

Libro Anual de los
Estudiantes de la
Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad
Católica del Ecuador
2005

Ruptura

por la institucionalidad

No. 49



Libro Jurídico Ruptura No. 49

CONSEJO EDITORIAL

**Leonardo Sempértegui V.
María Auxilidora Molina
Efrén Guerrero S.
Santiago David Ochoa B.**

**Diseño Portada:
Christian Ochoa B.**

**Diagramación:
Aracely Guanoluiza
Diego Andino**

**Impresión:
Grafacorp Tradingstate**

**Los criterios emitidos en
esta obra son de
exclusiva responsabilidad
de los autores.**

**Los artículos pueden ser
reproducidos citando la
fuente.**

BIBLIOTECA



AED

Asociación Escuela de Derecho

"HERNAN SALGADO PESANTES"

PRÓLOGO

La edición de un libro, sobre todo de un libro jurídico, es una tarea difícil en este medio, que carece de cultura o costumbre intensiva intelectual. Sin embargo, a inicios del año 2005, acometimos esta tarea con entera satisfacción, ya que los miembros del Consejo Editorial del Libro Jurídico consideramos que el mayor aporte que podemos hacer en estos momentos al Derecho, es la publicación de artículos de alto nivel, que aporten a estudiantes y profesionales para su práctica diaria.

Fue el principal objetivo de esta Edición del Libro Jurídico "Ruptura", incentivar a estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica del Ecuador, para que desarrollen sus capacidades jurídicas y contribuyan con su aporte a esta revista. Es por eso que podemos decir con orgullo que de los 21 artículos que contiene la publicación, ocho son de autoría de alumnos, quienes demostraron su calidad académica y a quienes expreso mi mayor gratitud.

Expresaba líneas atrás que la tarea de la edición de un libro resultó más dura de lo pensado. Es así, sobre todo porque los editores debimos también asumir el reto de financiar la publicación, tarea difícil, mucho más que la agradable tarea de leer los artículos que contiene el Libro.

Es por ese motivo que expresamos nuestro reconocimiento a la gentil colaboración de las diversas instituciones que auspiciaron nuestro trabajo: Grupo El Comercio, Cámara de Comercio de Quito, Estudio Jurídico SEMPÉRTEGUI ONTANEDA Abogados, Dr. Rodrigo Salgado Valdez Notario Vigésimo Noveno del Cantón Quito, Colegio de Abogados de Quito, LEXIS S.A., Estudio Jurídico Pérez Bustamante y Ponce, Fundación Antonio Quevedo y Grafacorp, Industria Gráfica de Tradingstate S.A.

Los artículos de esta publicación son variados dentro de la temática jurídica, sin embargo se ha dado especial importancia a la salida del Presidente Lucio Gutiérrez el 20 de abril de 2005, tomando diversos criterios que nos permiten hacer un análisis objetivo, con la distancia que el tiempo impone, a los hechos ocurridos en la última sucesión presidencial.

Por último me permito agradecer a los demás miembros del Consejo Editorial de la Revista Ruptura, María Auxiliadora Molina Barrera, David Ochoa Beltrán y Efrén Guerrero Salgado, quienes fueron parte fundamental en la elaboración de este trabajo, ya que como ha quedado dicho, este Libro Jurídico es el resultado de la labor de los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica del Ecuador, sin más apoyo que el brindado por nuestros auspiciantes arriba señalados. De lo cual queremos dejar expresa constancia.

Leonardo Sempértegui V.

PRESIDENTE

CONSEJO EDITORIAL RUPTURA

INDICE

DERECHO PUBLICO

Un nuevo Derecho Administrativo en el Ecuador	1
Reformas para fortalecer el sistema de control Constitucional en el Ecuador	11
Apuntes sobre la acción de Lesividd en la Legislación Ecuatoriana	26
Vías de acción contra la inobservancia del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina por parte del Estado	39
Reparación del daño causado por la administración con la revocación de actualizaciones administrativas	49
Sistema de control, Fiscalización y Auditoria del Estado	54
El Juicio en Ausencia	69
La asistencia penal Internacional en el proceso final Ecuatoriano	79
La represión del delito de blanqueo de activos	95
Corte Penal Internacional	106

ABRIL 2005 CONSECUENCIAS

El Estado Social de Derecho en el Ecuador: Un País en crisis	122
Las secuelas de la carencia de Corte Suprema de Justicia y de Tribunal Constitucional	148
Los comerciantes mantenemos nuestra convicción democrática	158
La revuelta de abril voces y opiniones	166

VARIOS

El contenido mínimo y el desarrollo progresivo de los Derechos Humanos	171
Características de liquidez en las obligaciones de dar no dinerarias y de hacer	177
¿Son ilegítimos los costos adicionales en los créditos?	184
El Derecho de Autor y las nuevas Tecnologías	189
Acercamiento a la doctrina del disregard o levantamiento del velo societario	196
El Arte de la guerra y las estrategias del mediador	205
La Jurisdicción Convencional	209

¿UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR?

Dr. Javier Robalino Orellana¹

El Derecho Administrativo ecuatoriano es una rama de particular y preponderante importancia. Lo es, no solo en el Ecuador, sino en cualquier país que, llamándolo o no Derecho Administrativo, ejerza una democracia en la que la organización institucionalizada del Estado tenga la relevancia necesaria para alcanzar el pleno desarrollo. Sin embargo, desde el origen de la República y hasta la década de los años noventa del siglo pasado, el Derecho Administrativo en el Ecuador no tuvo la atención necesaria de parte de políticos, servidores públicos, abogados y académicos del derecho. Sólo es durante la referida década de los años noventa que se produce un “destape”, si cabe el término, del Derecho Administrativo en el Ecuador, y por primera vez, de una manera organizada, si bien aún es por demás inacabada. Antes de aquella década, el Derecho Administrativo se desarrolló de una manera circunstancial, orientado por las necesidades ocasionales de algún gobierno o por la iniciativa rejuvenecedora de uno o varios juristas ávidos de progreso, mas no, a mi juicio, debido a una consciente orientación institucional, jurídica y democrática del Estado ecuatoriano. A continuación haremos una aproximación al Derecho en el Ecuador y a la posición, que en éste, ha tenido el Derecho Administrativo hasta la fecha.

Necesaria ubicación del Derecho Administrativo en nuestro ordenamiento jurídico

Cabe hacer algunas precisiones sobre el Derecho Administrativo. Esta es la rama que estudia la actividad de la Administración, entiéndase en uso de la facultad o potestad administrativa, así como su organización y las relaciones que ésta, la Administración, mantiene con los administrados.

El término facultad o potestad administrativas son de capital importancia para determinar la existencia de una relación sujeta al Derecho Administrativo, pues es esta potestad la que activa la aplicación dinámica del derecho administrativo. La existencia de potestad legislativa o judicial determina la aplicación de otras ramas del derecho, y excluye, automáticamente al Derecho Administrativo como regente principal de tales actividades².

Profesor de Derecho Administrativo y Coordinador Académico del Postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad San Francisco de Quito. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Academia Iberoamericana de Derecho Administrativo. Participa del Consejo Académico de la firma Cremades & Calvo-Sotelo de Madrid. Se encuentra cursando un postgrado en derecho internacional en Duke University, donde además tiene la posición de editor en el “*Duke Journal of Comparative and International Law*”. Ha realizado estudios en las universidades de Texas en Dallas, de California en San Diego y Harvard, entre otros estudios superiores. Se desempeñó como director de la Cámara de Industrias entre los años 2003 y 2005. Ha publicado varios artículos en el Ecuador y en el extranjero así como también ha participado en la publicación de dos libros jurídicos editados en España por McGraw-Hill y la Universidad de La Coruña. Ejerce la profesión en Pérez Bustamante y Ponce Abogados Cia. Ltda. desde casi una década y fue profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica de Quito por varios años, en la que obtuvo los títulos de Doctor en Jurisprudencia y Abogado.

¹ Sin embargo, la presencia de una potestad legislativa o judicial podría dar lugar a que el Derecho Administrativo sea parte sustantiva, por ejemplo en una ley, o sea la materia de una controversia, por ejemplo en un juicio contencioso administrativo.

Por lo tanto, podemos ubicar y delimitar al Derecho Administrativo como la rama del derecho relativa a las relaciones que la Administración Pública desarrolla en ejercicio de una potestad administrativa, lo cual, si bien es limitante, pues no cubre todas las actuaciones del Estado y de la Administración Pública, no deja de ser sumamente amplio y disperso, pues la potestad administrativa abarcará un sinnúmero de materias, las que, sin querer clasificar en este trabajo, serán ejercidas por órganos de las administraciones central, seccional o autónoma, en ramas o materias que abarcan desde la cedulación de un ciudadano hasta la contratación pública, incluyendo la potestad reglamentaria y regulatoria. Para determinar la presencia de la Administración Pública será más preciso usar lo que he denominado la prueba del anticuerpo, es decir, que para determinar la presencia de la Administración Pública bastará analizar si la potestad aplicada es una potestad administrativa. Con ello, antes que pretender delimitar a la Administración en función de materias predeterminadas, conceptualizaremos al sujeto Administración Pública como un ente dinámico y cambiante, de forma indefinida, que llegará hasta donde llegue la potestad o competencia administrativa.

En este contexto, y sin perjuicio de su evidente presencia en la vida cotidiana del Estado ecuatoriano, el Derecho Administrativo ecuatoriano ha sido relegado a un segundo plano de estudio y análisis durante el siglo pasado. Esta rama del derecho fue, y en algunos aspectos aún es, desatendida, consciente o inconscientemente, por jueces, abogados, administrados y funcionarios públicos. Para demostrar este aserto basta mencionar el énfasis civilista, sustantivo y adjetivo, que primordialmente han dado nuestras universidades al estudio del Derecho durante muchos años; no escapa a nuestro recuerdo universitario las pocas clases que tuvimos sobre asuntos de derecho público administrativo, a diferencia de lo que ocurre con las universidades de otros países sujetos sistema francés o continental.

La desatención que el foro jurídico ha dado al Derecho Administrativo, no así al tributario, produjo en el siglo próximo pasado un rezago del Derecho Administrativo ecuatoriano en el plano del derecho comparado, frente a otros derechos administrativos.

A continuación exploraremos, a través de citas constitucionales, la evolución del Derecho Administrativo en el Ecuador.

Permanente reconocimiento constitucional de la Administración Pública, ergo, del Derecho Administrativo

Existen algunos ejemplos de la presencia del Derecho Administrativo en la evolución constitucional del Ecuador. Sin embargo, dicha presencia no ha sido proyectada al plano legislativo necesario para determinar un efectivo desarrollo del Derecho Administrativo. La Constitución Quiteña de 1812 definía al Estado de la siguiente manera:

*“En el nombre de Dios Todopoderoso Trino y Uno.
El Pueblo Soberano de Quito legítimamente representado por lo diputados de las Provincias Libres que lo forman, ... un uso de los imprescriptibles derechos que Dios mismo como autor de la naturaleza ha concedido a los hombres para conservar su libertad y proveer cuanto sea conveniente a la seguridad y prosperidad de todos y cada uno en particular, ... para la Gloria de Dios, defensa y conservación de la Religión Católica, y felicidad de estas provincias por un pacto solemne, y recíproco convenio de todos sus Diputados sanciona los artículos siguientes que formarán en lo sucesivo la Constitución de este Estado”.*

La cita previa nos evoca tiempos casi olvidados, pero que a los efectos es menester refrescar. Aquella constitución quiteña de 1812, más allá de la ausencia de una separación Estado – Iglesia y de consideración religiosas en el propio texto constitucional, configuró un Estado al estilo francés originario, es decir, amparado en una división de poderes clásica: legislativo, ejecutivo y judicial. Sin embargo, no vemos en la citada constitución una forma elaborada del

Estado como la podemos concebir en la Constitución actual. Es decir, en aquella solo vemos un Estado dividido en 3 órganos de la Administración, los que a su vez son sujeto y función, es decir, los poderes son, a su vez, órganos ejecutivo, legislativo y judicial. No vemos, por ejemplo, en esta constitución primaria un Estado que tenga una contraloría, o un régimen autónomo ni mucho menos un tribunal constitucional.

La organización clásica del Estado se verá ratificada en las constituciones grancolombianas de 1821 y 1830, aunque esta última ya contiene disposiciones respecto de ciertos órganos del Ejecutivo como los Ministerios de Estado, el Consejo de Estado, el Ministerio Público y las Fuerzas Armadas.

La constitución ecuatoriana de 1830, la primera del Ecuador independiente, sigue a grandes rasgos la constitución grancolombiana de 1830, si bien incluye una primera disposición sobre lo que ahora conocemos como el régimen seccional, al que identifica como la “Administración del Interior”, conformada por los prefectos, gobernadores y corregidores, así como por los municipios. Además, se percibe un primer intento constitucional de establecer mecanismos de control de los recursos públicos, pues se ordenó en ella:

“Habrá en la capital del Estado una contaduría general que revisará las cuentas de las contadurías departamentales...”.

Aquella constitución de 1830, la que a criterio de los constitucionalistas sería la norma hipotética fundamental, también establece, aunque con ciertas limitaciones propias de la época, ciertos derechos civiles y garantías básicas, los que se continúan citando en las normas actuales de nuestra joven y desgastada constitución de 1998. La norma suprema de 1830 mandaba:

“Art. 59. Ningún ciudadano puede ser preso o arrestado sino por autoridad competente”

o también establecía:

“Art. 66. Todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública...”

además incluía un principio de responsabilidad estatal al disponer:

“Art 67. Se garantiza la deuda del Estado.”

Podemos seguir, refiriéndonos a cada una de las casi dos decenas de constituciones ecuatorianas, sin mencionar a aquellas tres anteriores a la república actual, pero el espacio y el tiempo del lector nos sugieren no hacerlo y nos obligan a enfocarnos en temas más puntuales, no sin antes analizar aquella constitución de 1906, la primera constitución del siglo próximo pasado y la que estableció el estado laico y así una separación definitiva entre el Estado y la Iglesia, aún no evidente en todas las constituciones anteriores, sea por la oficialidad de la religión católica o por la dedicación constitucional del Estado a Dios. La constitución alfarista, revolucionaria por los cambios que trajo, disponía:

“Art. 17. No pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley y en proporción a las facultades del contribuyente.”

Importante artículo éste, pues conlleva un reconocimiento del principio de legalidad en materia tributaria, aún ahora vigente, y a veces olvidado por nuestra autoridades. El Art. 18 de la misma nos decía:

“Art. 18. La República no reconoce empleos hereditarios, privilegios ni fueros personales....”

Convendría recordar este principio a ciertas instituciones públicas y privadas, que en aras de las conquistas laborales han hecho tabla rasa el equilibrio entre el Estado empleador y sus trabajadores, en clara referencia al principio de igualdad ante la ley.

“Art. 20. Es incompatible el ejercicio de dos o más autoridades en una misma persona.”

Esta disposición es ahora recogida, *mutatis mutandis*, en el artículo 123 de la actual constitución, como otra referencia a la responsabilidad administrativa del funcionario público y los conflictos de intereses.

Otras normas de aquella célebre y polémica constitución del caudillo liberal establecieron la renuncia a reclamación diplomática por parte de contratistas extranjeros del Estado y la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos por la violación de cualquier garantía constitucional, las que podían ser denunciadas por cualquier persona “sin necesidad de fianza ni firma de abogado”. Lector, permítame hacer una breve digresión: no siempre el derecho avanza, también retrocede. En 1906, el constituyente favorecía el derecho de petición y denuncia. Un siglo después, tenemos una Ley de Abogados que restringe aquel derecho y exige que toda petición a la Administración Pública debe ir acompañada de la firma de un abogado. No cabe duda que esta es una norma beneficiosa para los abogados, no así para los ciudadanos.³

Sin duda ha existido una importante evolución entre aquella constitución de los albores de la república y las normas supremas de finales del siglo XX, lo cual se debe a la permanente evolución del Derecho y del Estado, siendo aquel un eficaz instrumento para satisfacer las necesidades de éste. Pero, no es menos cierto que mientras el Estado Ecuatoriano entraba y salía de procesos dictatoriales o constituyentes, estos procesos recurrentes generaron una cierta evolución de algunas instituciones constitucionales relativas a la organización del Estado. También es cierto que la evolución del Estado se realizó desatendiendo al Derecho Administrativo como veremos más adelante. En otras palabras, avanzamos por la vertiente del lado del Derecho Constitucional, pero nos estancamos en la vertiente hermana y derivada del Derecho Administrativo.

Evolución Comparada del Derecho Administrativo

Veamos lo sucedido en los países que lideran la investigación y desarrollo del Derecho Administrativo. Durante los siglos XIX y XX, las vertientes europeas continentales se encontraban en un profundo proceso de desarrollo del Derecho Administrativo, como consecuencia de importantes cambios políticos y económicos. Alemania, Italia, España y Francia, primordial pero no exclusivamente, a través de sus universidades y círculos académicos desarrollaban al Derecho Administrativo como una efectiva fuente de gobernabilidad e impulso político.

Francia es siempre el punto de partida. Napoleón no solo produjo el Código Civil sino que además produjo la primera ley de lo contencioso administrativo y creó el primer tribunal

³ El Decreto Supremo 201-A, publicado en el Registro Oficial 507, de 7 de marzo de 1974 que contiene la LEY DE FEDERACION DE ABOGADOS DEL ECUADOR, dispone:

“Art. 50.- Se requerirá la firma de un abogado inscrito en la matrícula de un Colegio de Abogados, en toda solicitud, pedimento, escrito, memorial o piezas similares en que se ventilen asuntos de derecho ante los organismos e instituciones y dependencias del Estado o de las instituciones de derecho privado con finalidad social o pública, con inclusión de la Contraloría General de la Nación, de la Procuraduría General de la Nación, la Superintendencia de Compañías y la Superintendencia de Bancos, así como las dependencias subordinadas a dichas Superintendencias; y en las solicitudes, memoriales o pedimentos encaminados a obtener concesiones o privilegios por parte de los referidos organismos, instituciones y dependencias.”

administrativo, el Consejo de Estado. Luego, serán los alemanes durante la segunda mitad del siglo XIX y primera del siglo XX, que de manera relevante, producen una inercia, que generó un importante cambio y desarrollo al Derecho Administrativo, a mi juicio, de la mano de una necesaria unificación alemana bajo la égida de Bismarck y luego, ya en el siglo XX, sujeta a la promoción del culto pardo.⁴ Los autores alemanes desarrollaron brillantemente conceptos como la personalidad y la responsabilidad de la Administración Pública, a un nivel que actualmente desconocemos en el Ecuador. Su influencia ha sido enorme.

El caso español es particularmente interesante para el Ecuador por su cercanía jurídica e influencia legislativa. A inicios del siglo pasado, España reestructuraba su Estado. Basta citar la Ley Santa María de Paredes, la que recoge el nombre de un conocido hombre del derecho y, es a inicios del siglo XX, un hito en el desarrollo del derecho administrativo continental. En ella se introducen las primeras disposiciones sobre el procedimiento administrativo, el acto y la impugnación administrativa, en formas y eficacias inimaginables para el Ecuador de aquella época. El desarrollo iniciado por el derecho español con la Ley Santa María de Paredes fue recogido por la Ley de Procedimientos Administrativos de 1956 y la Ley de lo Contencioso Administrativo de 1958, valiosísimos aportes que motivaron la redacción de la Ley de Procedimientos Administrativos del año 1992 y su reforma de 1998, todas ellas de relevante influencia tanto en nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y como en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva del Ecuador.

Pero ese no es el único avance en esta materia. España se caracterizó por la lucha entre el centralismo y la autonomía, con un predominio efectivo de aquel sobre ésta, palpable en las dictaduras de Primo de Rivera (1923-1930) y Franco (1929-1975). Sin embargo, antes del franquismo, catalanes, gallegos y vascos, entre otros, ya exigían el reconocimiento de los fueros ancestrales y la descentralización autonómica. Estos movimientos históricos, opuestos al centralismo madrileño, serán recompensados en la constitución española de 1978, la que dio paso a la actual España, autonómica y descentralizada, con tres niveles de administración pública: el régimen central, el autonómico y el local o ayuntamiento.

El análisis de la evolución del derecho administrativo español no puede ser ajeno a dos eventos históricos de particular importancia: por un lado la guerra civil y el franquismo, que ocuparon gran parte del siglo pasado, y por otro, la Constitución del año 1978 y el proceso autonómico, que ocuparon el resto de aquel siglo. El producto denominado constitución de 1978, en España, obedece a un proceso que llevó a cabo Franco, tal vez sin mayores deseos, pero que permitió la madurez y fermentación, a través del estudio del Derecho y en particular de dos de sus ramas hermanas: el derecho constitucional y el administrativo. Solo el análisis profundo de las instituciones jurídicas pudo lograr lo que ahora es incuestionable: un verdadero Estado de Derecho, base de una real democracia. España pasó de ser la niña fea de una Europa de posguerra a una nación pujante en el contexto del primer mundo.

Estos elogios a España no obedecen a un afán de segunda conquista, sino a una mera reflexión objetiva del derecho constitucional y administrativo comparado. Los administrativistas españoles ya dejaron su huella en el Ecuador: lo hicieron y lo siguen haciendo en la expedición de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la que recoge, en lo que se refiere al proceso judicial de revisión de los actos administrativos, parte de las Leyes de 1956 y 1958 de España, así como en el estudio actual de la descentralización, las autonomías, y otros muchos temas. Cabe mencionar nombres como García de Enterría, Rodríguez-Arana, Chinchilla, Fernández, Nieto, Parada, Font, Aja, entre otros, que con visiones madrileñas o autonómicas, si cabe decir, han enriquecido sustancialmente el estudio del Derecho Administrativo en el Ecuador.

⁴ Autores de la talla de Eduardo García de Enterría y Antonio Nieto se refieren reiteradamente a los autores alemanes en sus diversas obras así como a su importancia respecto para el Derecho Administrativo moderno. Véase, Eduardo García de Enterría, La Lengua de los Derechos, Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa, Ed. Civitas, Madrid; y Antonio Nieto y Tomás Ramón Fernández, El Derecho y El Revés, Ed. Ariel, Barcelona: 2001.

La Madre Patria, como he dicho, no se quedó en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Algunas décadas después se reafirma en ciertas instituciones constitucionales y leyes administrativas, como el amparo constitucional, la Ley de Modernización, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, la descentralización y las tan discutidas autonomías, elementos importantes del que denominaremos, más adelante, al nuevo derecho administrativo ecuatoriano.

Otros países de Europa, dígame Francia, Italia y Alemania, fueron también objeto de una profunda evolución durante el siglo pasado. Los alemanes son particularmente importantes por su temprano estudio de diversas instituciones del derecho administrativo, como hemos mencionado. Autores como Albrecht, Gerber, Laband, Jellinek y Mayer son exponentes de una valiosa cultura jurídica dedicada al estudio del Derecho Público, que aún hoy en día sigue siendo referente de influencia y estudio en nuestras aulas, así como en las de las universidades de Europa.

En Latinoamérica, la vertiente argentina es la más representativa. En ella se destacan autores importantes, sea por su influencia doctrinaria o política. Mareinhoff, Gordillo, Maizal, Cassagne o Comadira⁵, son a mi juicio, los más relevantes exponentes actuales del derecho administrativo de la república austral. Otros, dígame Dromi, gestor de un proceso privatizador sin parangón en éste país latinoamericano, han tenido relevancia, más que por un profundo estudio del derecho, por su influencia en aquel citado proceso de privatización que tiene y tendrá importantes, e incluso, graves efectos para la Argentina del siglo XXI. Sin embargo, de la legislación argentina cabe destacar la Ley de Procedimientos Administrativos de 1979 así como su amplia doctrina, la cual ha tenido práctica influencia en nuestra legislación: Dos casos son muy concretos: La Ley de Modernización y el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva. La primera recoge gran parte de la experiencia modernizadora y privatizadora de aquel país, y el segundo incluye definiciones como las de acto, hecho o contrato que son propias de ciertas doctrinas argentinas.

Lo sucedido en el Ecuador. Pasado y Presente

Bajo este paraguas jurídico, doctrinario e histórico conviene volver al Ecuador, y hacernos una pregunta: ¿qué sucedió durante el siglo XX en materia de derecho administrativo en el Ecuador? O más bien, que hechos relevantes se produjeron en materia de derecho administrativo en el siglo pasado, que nos permitan sostener que actualmente estamos inmersos en un nuevo derecho administrativo?

Analicemos los eventos primordiales, luego de lo cual haremos algunas conclusiones.

En los años 60 y 70 el legislador ecuatoriano realizó esfuerzos valiosos, pero dispersos, por regular ciertos ámbitos del actuar administrativo. Es así que, necesitado de ciertas normas para actividades y relaciones determinadas de la Administración Pública, se expidieron y codificaron, por citar algunas, las siguientes normas.

La Ley de Régimen Administrativo, cuya codificación consta en el Registro Oficial Suplemento No. 1202 de 20 de agosto de 1960, establece las pautas de la organización del régimen político y administrativo del Estado, y en particular a la Función Ejecutiva. Debemos resaltar su importancia en lo relativo a la organización de esta función del Estado, y su carácter de antecedente directo del actual Estatuto.

La Ley de Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, codificada en el Registro Oficial No. 574 de 26 de Abril de 1978 y reformada en 2003⁶ y 2004⁷, que regula el servicio civil ecuatoriano y comprende a los ciudadanos ecuatorianos que ejerzan funciones públicas remuneradas, en dependencias fiscales o en otras instituciones de Derecho Público y en

⁵ El Doctor Julio Comadira, falleció en Octubre de 2005, de manera súbita e inesperada, pero dejó una enorme huella en el derecho administrativo de Latinoamérica.

instituciones de Derecho Privado con finalidad social o pública.

Mediante Decreto Supremo 1429 publicado en el Registro Oficial 337 de 16 de mayo de 1977 se expidió la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, que comprendía, hasta la reciente expedición de la Ley Orgánica de la Contraloría, la programación, organización, dirección, ejecución, coordinación y control del presupuesto y del crédito público, la determinación, recaudación, depósito, inversión, compromiso, desembolso y recuperación de los recursos financieros públicos, y del registro contable de los recursos financieros y materiales y la evaluación interna y externa de ellos por medio de la auditoría.

La Ley de La Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en el Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968, si bien se refiere a potestades de la función jurisdiccional, representa el reconocimiento y creación de una jurisdicción especializada encargada de revisar los actos potestativos del Estado, lo cual es, sin duda, un avance hacia el Estado de Derecho y el pleno sometimiento de la Administración al principio de legalidad.

Existen otras necesidades de la Administración a las que se les dio atención a través de iniciativas legislativas, como son las leyes de Régimen Municipal y Provincial, y la Ley de Ministerio Público y Patrocinio del Estado o la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control del Gasto Público permitieron un cierto desarrollo del régimen seccional autónomo y de la administración institucional autónoma del Estado.

Pero más allá de estas iniciativas y algunas otras que se produjeron en áreas de interés particular del Estado, no existió durante el siglo pasado, interés político y jurídico por organizar estructuralmente y reformar a la Administración Pública ecuatoriana, y más aún, no existió interés en desarrollar los mecanismos de producción de la actuación administrativa ni tampoco de impugnación de actuaciones de la Administración. Las razones son evidentes. A finales de los años 70, el Estado se encontraba en un proceso de transición a la democracia, y en los 80, se consolidaba una tierna democracia; el Estado destinaba sus esfuerzos a necesidades más importantes, aparentemente, el debate y análisis de su propia realidad, en lugar de fomentar su institucionalidad a través del Estado de Derecho y el principio de legalidad.

En materia de investigación y técnica jurídica, dentro y fuera de las universidades, el derecho administrativo era casi olvidado o considerado de una aridez tal, que no atraía la atención sino de unos pocos; y esto lo he podido corroborar con colegas que recuerdan que en esas décadas, el derecho administrativo y el estudio del Estado seguía relegado a un segundo plano, opacado por las ramas del derecho privado y litigioso, siempre más atractivas a los estudiantes y profesionales.

Es en estas circunstancias que los ecuatorianos llegamos a la última década del siglo pasado, envueltos en vientos neoliberales, influidos por organismos multilaterales que prodigaban las bondades de las reformas del Estado a veces sin compadecerse de nuestras realidades, utilizando ejemplos y modelos de países como Chile o Inglaterra, y en materia de privatizaciones, Argentina o algún otro país de la entonces liberada Europa oriental, que pretendían ser impuestos como contraparte de asignaciones económicas.

Paralelamente a este hecho externo, pues era innegable en los 90 que el mundo giraba hacia el

⁶ Ley 2003-17, publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 184, de 6 de octubre de 2003. Esta reforma establece, principalmente, la homologación salarial e instituye la Secretaría Nacional de Remuneraciones del Sector Público, SENRES, que es el ente encargado de operativizarla.

⁷ Ley 2004-30, publicada en el Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2004. Esta reforma incluye reglas más claras para la homologación salarial y ajusta algunas normas relacionadas con las declaratorias de inconstitucionalidad emitidas por el Tribunal Constitucional a través de las resoluciones No. 40-2003 (R.O. No. 224 de 3 de diciembre de 2003) y No. 036-03 (R.O. No. 440 de 12 de octubre de 2003). Tanto las reformas de 2003 como las de 2004 y las declaratorias de inconstitucionalidad han sido refundidas en la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, publicada en el R.O. No. 16 de 12 de mayo de 2005.

liberalismo, también cabe considerar que el Estado percibía, así como ciertos sectores ciudadanos, la necesidad de la reforma de algunos estamentos del Estado, en particular la prestación de servicios públicos, en aquella época de muy mala calidad.

Así arribamos a 1992, año a partir del cual se produjeron importantes reformas jurídicas que catalizaron las tendencias políticas de la época y aquellas necesidades de la propia Administración. Es a partir de esta época que se inicia el desarrollo de este nuevo Derecho Administrativo. Procedo a explicar ciertos eventos que soportan este argumento. Se producen dos reformas constitucionales en la constitución de 1978, por medio de las que se introdujeron determinadas instituciones jurídicas, entre ellas la creación de los tribunales distritales, lo que quitó a los tribunales Fiscal y Contencioso Administrativo el carácter de sala de la Corte Suprema, descentralizando la jurisdicción en materia de asuntos relativos a actuaciones de la Administración. Además, se le atribuyó al Presidente de la República la capacidad de expedir el "Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva".

Posteriormente, mediante Ley 50, publicada en el Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993, se expidió la Ley de Modernización del Estado, ésta es un importantísimo hito en el Derecho Administrativo ecuatoriano, pues representa la introducción de aspectos desconocidos hasta esa época en nuestro ordenamiento, dotados de una modernidad acorde con los esquemas internacionales. Menciono algunos: la introducción del concepto **modernización** del Estado, reconocimiento expreso del anacronismo de éste en el ocaso del milenio, la descentralización y transferencia de recursos de la Administración, la delegación de servicios públicos a la iniciativa privada a través de varias formas, entre ellas una de gran contenido político, la privatización, el silencio administrativo positivo, el reconocimiento de varios derechos básicos de los administrados como el de la motivación de los actos, la impugnabilidad de los mismos, el derecho de petición, el derecho de acceso a los expedientes públicos, el derecho del ciudadano a que no se le exija más información de la estipulada en la Ley, entre otros varios de importancia. Muchas de las instituciones político-jurídicas que transportó la Ley de Modernización a nuestro ordenamiento siguen siendo de actual discusión por parte de los abogados y funcionarios públicos, y más aún, por parte de los jueces, que continúan dilucidando controversias sobre su aplicación.

La Ley de Modernización ha sido el vehículo jurídico de varios procesos de modernización del Estado. Podemos decir que la punta del ovillo de varias iniciativas legislativas particulares y de procesos modernizadores. Recalco que no escribo privatizadores, pues es evidente que no toda modernización del Estado requiere privatización de activos públicos. Lastimosamente, pocos procesos modernizadores han llegado al éxito deseado, pero aún ello representa un logro. No cabe duda que las concesiones viales, la creación de un mercado eléctrico abierto a la iniciativa privada y a la importación y exportación de energía, las concesiones realizadas por ciertos municipios de servicios de recolección de basura o agua potable, los aeropuertos de Quito y Guayaquil, los servicios postales o ciertos servicios de telecomunicaciones, son servicios que han mejorado y que actualmente se prestan en mejores condiciones que en el pasado. Tampoco podemos cuestionar que la introducción de nuevos agentes en la prestación de servicios públicos ha impulsado a las instituciones públicas a competir para prestar mejores servicios.

A raíz de este hito, denominado Ley de Modernización, y de la reforma constitucional de 1992, se producen otros dos eventos importantes en la evolución y conformación de esta nueva era del derecho administrativo.

Primero, y por mandato constitucional y referencia de la Ley de Modernización, la Expedición del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, innovadora norma, no solo por su origen y naturaleza, sino por su valioso e innovador aporte al Derecho Administrativo de nuestro país. Traigo a colación pocas de las tantas e importantes instituciones

jurídicas que el Estatuto trajo. Más allá de permitirle al presidente organizar su organismo (el Ejecutivo) y de las normas para ello contenidas en el Estatuto, éste definió conceptos en un muy útil glosario de términos lastimosamente ahora derogado; se definió a la Administración Pública como un sujeto con personalidad jurídica y responsable, se tratan en detalle instituciones relativas a la organización de la Administración tales como la descentralización, desconcentración, delegación y avocación, se introducen conceptos y categorías jurídicas, con un orden y estructura adecuados, como son el acto, hecho y contrato administrativos, acto normativo y acto de simple administración, se introducen los reclamos y recursos administrativos, antes solo conocidos ordenadamente en materia tributaria, se desarrolla la muy necesaria temática sobre las nulidades y anulabilidades, siempre con un gran contenido didáctico, que ha servido para introducir y permitir el conocimiento de muchas de esas instituciones en un contexto en el que el conocimiento del derecho administrativo era incipiente. Desde la óptica de desarrollo del derecho administrativo, el Estatuto, sin mencionar que puede ser criticable en algunas de sus partes, ha sido ya un gran aporte didáctico y de difusión jurídica, que permitirá, en el mediano plazo, el desarrollo de un Código Administrativo moderno.

El segundo evento de importancia acaecido a raíz de la Ley de Modernización, es la expedición de la Ley de Descentralización del Estado, norma particularmente interesante, que introduce, junto con las dos antes citadas, los medios jurídicos para la transferencia definitiva de competencias y recursos de la administración central a la seccional autónoma, a manera de mecanismo de reestructuración del Estado. Penosamente, esta norma al igual que otras de legítima iniciativa, no han encontrado la aplicación esperada para una efectiva descentralización de competencias. Sin embargo, no podemos menospreciar que ésta y las otras normas antes citadas han traído a la mesa del debate nacional uno de gran envergadura: las autonomías, término éste que nace del ordenamiento español y que representa una forma de federalismo. Recordará usted lector o lectora, que en el año 2000 el Presidente de turno consideró una consulta popular. Nuestra Constitución se refiere a un Estado descentralizado, más no autonómico, y en este sentido, no solo será necesaria una reforma constitucional para federalizar al Ecuador, sino además serán necesarios maduros y responsables análisis antes de hacer del Ecuador un estado autonómico*, pues no sea que por dar autonomía a ciertas regiones terminemos atomizando el Ecuador. A mi criterio, lo que procede es una efectiva descentralización de la educación, la salud, el medio ambiente, y otras competencias, que deben ser asignadas a los gobiernos seccionales, luego de lo cual, y solo habiéndose demostrado que somos capaces de descentralizarnos, deberemos retomar el debate autonomista.

Los hechos jurídicos relatados se reflejaron con gran ímpetu en la constitución de 1998, la que recoge de manera acertada y valiosa varias instituciones del derecho administrativo, ratificando la existencia de un proceso evolutivo del derecho público ecuatoriano. Así pues, se ratifica y desarrolla constitucionalmente el Estado de Derecho, la naturaleza descentralizada del Estado, el principio de legalidad, el derecho de petición, el debido proceso, la revisión judicial de los actos administrativos, la responsabilidad del Estado, la participación privada en los servicios públicos y en la explotación de áreas y recursos del Estado, entre otras muchas instituciones administrativas que han sido reafirmadas y elevadas al rango constitucional. Hemos avanzado en el establecimiento de normas que regulan el Estado de Derecho a través del reconocimiento de la jerarquía normativa y la supremacía de las normas constitucionales y supranacionales, se ha desarrollado acertadamente la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos así como el conflicto de intereses, se ratifica el debido proceso inclusive para actuaciones administrativas, se le permite al Presidente organizar la Función Ejecutiva y expedir los procedimientos administrativos, base del actual Libro II del Estatuto, se reconoce la estabilidad

* A la fecha de este artículo, el Presidente Alfredo Palacio anunció el llamamiento a un proceso de reforma constitucional. Es criterio del autor que el tema autonómico estará en el debate constitucional.

jurídica en los contratos suscritos entre particulares y el Estado, entre otras varias disposiciones importantes incorporadas en la Constitución de 1998.

Conclusiones y reflexiones

El proceso evolutivo que he resumido nos lleva a las siguientes conclusiones:

- a. El Derecho Administrativo ecuatoriano antes de la última década del siglo pasado era un derecho diferente del que actualmente aplicamos. También era un Estado diferente. La década pasada determinó cambios en la Administración Pública que han hecho del Derecho Administrativo una necesidad del abogado moderno. Paradójicamente, el Estado debería reducirse en el mundo moderno que pretende dar rienda suelta a la competencia mercantil y a las leyes de la oferta y la demanda, pero por otro lado, ese mismo Estado requiere más órganos que, a través de actividades de control, permitan garantizar esa competencia. Por lo tanto, la injerencia del Estado se modifica pero no se extingue, y las relaciones de los ciudadanos hacia aquel Estado son cada vez mayores en número, haciendo más importante y dinámico al Derecho Administrativo. ¿Es qué acaso el derecho de la Propiedad Intelectual o el Derecho Ambiental o el Minero, Eléctrico, Municipal, etc., no tienen enormes componentes de Derecho Administrativo?
- b. Este Nuevo Derecho Administrativo está en pleno proceso de consolidación. Muchas de las mencionadas instituciones jurídicas, dígame el silencio administrativo, la presunción de legitimidad de los actos, o la responsabilidad del Estado se encuentran en plena etapa, sostengo, de digestión por la comunidad política y jurídica. Los jueces, funcionarios y sectores gremiales debaten sobre la privatización, o sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y sobre tantos otros temas, que nos atraen y sobre los que tenemos inquietudes insolutas, algunas de las cuales requieren una efectiva institucionalización política en el Ecuador, sin la cual, las normas pueden ser muy buenas, mas su eficacia será nula.
- c. Es también cierto que el estudio del Derecho Administrativo seguirá adelante, pues el proceso iniciado continuará sin perjuicio de nosotros, de nuevas constituciones o de nuevas crisis. Lo cual no impide que podamos aportar a él, de varias maneras, entre ellas, aplicando y ejerciendo el cumplimiento de sus preceptos.

Finalizo con la siguiente reflexión. El Estado lo conformamos todos los ecuatorianos, y es por ello que sin perjuicio de la existencia de normas más o menos evolucionadas, los ordenamientos jurídicos desde nuestras primeras constituciones, han garantizado ciertos derechos básicos, los que existen y deben ser respetados por la Administración y los administrados. Ése es el verdadero Estado de Derecho. De nada sirven las normas y principios jurídicos de última generación si las personas encargadas de aplicarlos y respetarlos hacen caso omiso de sus mandatos. Es por ello que el Derecho Administrativo nada aporta al Ecuador si no existe una verdadera voluntad de aplicarlo, ejercerlo y honrarlo, tanto por los administrados cuanto por el Estado, y si éste no ejerce los mecanismos coercitivos para garantizar su vigencia. No tengo dudas respecto de que un derecho innovador y moderno es positivo, pero no aplicado, o lo que es peor, repudiarlo, no lo hacen fuente de desarrollo alguno, sino solo fuente de frustración, desgano y cansancio, que al final, se traducen en apatía ciudadana. Ese no debe ser nuestro camino ni debe ser nuestro destino. Podemos, cada uno, en nuestra actividad y en nuestras relaciones, ejercer los derechos ciudadanos e impulsar al Estado, a través de acciones independientes pero uniformes orientadas hacia una efectiva aplicación de las garantías constitucionales y administrativas, como única fuente de superación nacional.

REFORMAS PARA FORTALECER EL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

Juan Francisco Guerrero del Pozo¹

INTRODUCCIÓN

Más allá de mi convicción personal, de que lo que menos necesita nuestro país es emprender en un nuevo proceso de reforma constitucional², me parece conveniente, ahora, que nos encontramos en plena discusión acerca de una eventual “reforma política”, realizar ciertas observaciones al sistema de control constitucional ecuatoriano, y elaborar un esbozo de una eventual reforma constitucional en esta materia, corrigiendo, los que a mi entender, son los vicios o deficiencias que tiene la Constitución Política de la República en materia procesal constitucional o de control constitucional.

En el presente ensayo, se propondrán textos concretos de reforma constitucional. En primer lugar se esgrimirán los motivos que hacen necesario un cambio, para posteriormente pasar a precisar el contenido de las reformas que considero deberían entrar en vigencia para corregir las deficiencias actuales en cada uno de los tópicos que se tratan.

1. Tribunal Constitucional

1.1 Periodo de Funciones

La jurisdicción constitucional tiene como finalidad el velar porque las normas jurídicas de un Estado estén en concordancia formal y material con la Constitución que lo rige. Este tipo de jurisdicción, es indispensable para la estabilidad del sistema democrático y la vigencia de los derechos y garantías fundamentales.³

En nuestro país, el principal órgano que ejerce jurisdicción constitucional es el Tribunal Constitucional⁴, organismo que indudable debe fortalecerse, no solamente en cuanto a sus atribuciones, sino también en lo relacionado a su estructura y su periodo de funciones. El periodo de funciones de quienes integran el Tribunal Constitucional debe concebirse como un

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor de Mecanismos de Participación Ciudadana en la Constitución, Derecho Procesal Orgánico y Práctica Parlamentaria de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Asesor del Congreso Nacional.

² Una nueva reforma constitucional, no hace más que debilitar la “*conciencia constitucional*”, que en términos de Cea Egaña es el grado de aceptación que tiene una Constitución en la sociedad que rige. En el Ecuador ha quedado fehacientemente demostrado, que el número de constituciones y reformas constitucionales no es proporcional al desarrollo político y social de un país, pues de ser así, seríamos una potencia mundial.

³ Nótese que en nuestro país, al menos al momento en que se termina este artículo (Diciembre de 2005), no se ha nombrado Tribunal Constitucional, desde hace ya hace más de 8 meses, cuando a los que entonces ostentaban la calidad de vocales del dicho organismo, el Congreso Nacional los destituyó, argumentando la inconstitucionalidad de su elección.

⁴ Nótese que no se dice el *único*, pues nuestro sistema de control es mixto, es decir que existe control constitucional difuso y concentrado. Los órganos de la función judicial, también ejercen control constitucional en los fallos que emiten, de conformidad con el artículo 274 de la Constitución.

garante de su independencia y autonomía, sin que sea admisible su coincidencia con los ciclos electorales ordinarios⁵, pues esto último implica que la integración del Tribunal Supremo Electoral se supedita a la variación de las fuerzas políticas en cada proceso electoral, haciendo imposible la denominada “despartidización” del Tribunal Constitucional.

Si queremos un Tribunal Constitucional alejado de los intereses particulares de partidos, movimientos y alianzas políticas, es necesario que el periodo de funciones de sus miembros contribuya a dicha autonomía, al establecer un periodo mayor al del ciclo electoral ordinario, que en nuestro país es de cuatro años, para evitar de esta manera que su composición varíe de acuerdo con las tendencias electorales.

Por lo dicho, y siguiendo parámetros del derecho comparado, (Colombia⁶ 8 años, Chile⁷ 8 años, España⁸ 9 años y Perú⁹ 5 años), considero que el periodo de funciones de los Vocales del Tribunal Constitucional debe ser al menos de seis años.

1.1.1 TEXTO CONCRETO QUE SE PROPONE

Texto Vigente	Texto Propuesto
Art. 275.- El Tribunal Constitucional, con jurisdicción nacional, tendrá su sede en Quito. Lo integrarán nueve vocales, quienes tendrán sus respectivos suplentes. Desempeñarán sus funciones durante cuatro años y podrán ser reelegidos. La ley orgánica determinará las normas para su organización y funcionamiento, y los procedimientos para su actuación.	Art. 275.- El Tribunal Constitucional, con jurisdicción nacional, tendrá su sede en Quito. Lo integrarán nueve vocales, quienes tendrán sus respectivos suplentes. Desempeñarán sus funciones durante <u>seis años</u> y podrán ser reelegidos. La ley orgánica determinará las normas para su organización y funcionamiento, y los procedimientos para su actuación.

1.2. INTEGRACIÓN

Las numerosas crisis políticas, jurídicas e institucionales que ha vivido nuestro país, nos han demostrado la necesidad de que exista un Tribunal Constitucional independiente, que esté conformado por integrantes que cumplan elevados requisitos morales y académicos¹⁰.

*“En este sentido, no ha dejado de llamar la atención, en especial en el extranjero,...**la intervención de representantes de trabajadores y empleadores en un Tribunal que no defiende intereses de clase sino la regularidad del ordenamiento jurídico positivo**”¹¹. (El subrayado y resaltado es mío).*

En el Tribunal Constitucional ecuatoriano, encontramos de manera sorprendente representantes corporativistas¹², que responden a los intereses de los gremios que los nominan (trabajadores, cámaras de la producción, municipios, indígenas, etc), lo cual indudablemente es incompatible

⁵ “...Si a ello se suma que la designación de magistrados del Tribunal Constitucional en el Ecuador se realiza junto con las renovaciones de representación tanto en el Ejecutivo como en la Legislatura, ello se suele identificar como una eventual nominación de carácter político del organismo, lo que no favorece la institucionalización de la jurisdicción constitucional en el Ecuador”. Marco Morales Tobar, *Actualidad de la justicia constitucional en el Ecuador*, La Justicia Constitucional en la Actualidad. Corporación Editora Nacional, Quito, 2002. p. 118.

⁶ Art. 239 Constitución colombiana

⁷ Art. 81 Constitución chilena

⁸ Art. 159 número 3 Constitución española

⁹ Art. 201 Constitución peruana

¹⁰ En cuanto a los requisitos que se exigen para ser Vocal del Tribunal Constitucional, podemos decir que son bastante adecuados, por cuanto se exige que cumplan los mismos requisitos que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, con lo que se garantiza que al menos se traten de profesionales con cierta experiencia y reconocimiento.

¹¹ Marco Morales Tobar, “La Justicia Constitucional en la Actualidad”. *Actualidad de la justicia constitucional en el Ecuador*. Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, p. 115-116.

¹² Tendencia de rasgos eminentemente fascistas.

con la autonomía e independencia que debe tener el organismo que ejerce la jurisdicción constitucional en un país.

Todo órgano que ejerce jurisdicción, en los términos del artículo uno del Código de Procedimiento Civil, es decir, concebida esta como la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado, ya sea que ejerza jurisdicción ordinaria o constitucional, debe tener como principal característica la **imparcialidad** en sus actuaciones. Cómo podemos exigir, o siquiera pensar en imparcialidad, cuando el origen de las designaciones de los Vocales del Tribunal Constitucional, lo encontramos en grupos sociales perfectamente identificados y que tiene intereses determinados, que no necesariamente coinciden con los intereses generales. Yo me pregunto, por ejemplo ¿quién dudaba cual iba a ser el pronunciamiento del vocal proveniente de la terna de los trabajadores, en la demanda de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa del Código del Trabajo que incrementaba el décimo cuarto sueldo?, o por el contrario ¿a quién le cabía duda que el vocal proveniente de la terna presentada por las Cámaras de la Producción iba a pronunciarse por la inconstitucionalidad de esa misma Ley?

Debe señalarse que *“...en los sistemas constitucionales que han seguido el modelo de control concentrado de constitucionalidad, a través de tribunales o cortes constitucionales, la designación, de modo general, proviene de órganos de carácter político. La razón se debe, históricamente, a la legitimidad que se les quiso otorgar a estos órganos de control, pues sus decisiones, generalmente, se dirigen a oponerse a actuaciones inconstitucionales de órganos del Poder Público que han sido elegidos por el pueblo para ejercer sus atribuciones”*¹³. Es decir, que la integración de los tribunales y cortes constitucionales por parte de órganos políticos, trataba de solucionar el problema, hoy en día totalmente superado, de la legitimidad de los órganos que ejercían jurisdicción constitucional, ya que no se comprendía cómo era posible que un órgano que no tiene origen democrático como es el Tribunal Constitucional pueda controlar y dejar sin efectos los actos del Poder Legislativo que tiene una composición eminentemente democrática.

En virtud de lo señalado y siguiendo el esquema español¹⁴, que procura mantener un cierto equilibrio entre las distintas funciones del Estado, al momento de integrar al máximo órgano de control constitucional, considero conveniente que el Tribunal Constitucional se integre con representantes de las tres funciones del Estado en igual número.

1.2.1 TEXTO CONCRETO QUE SE PROPONE

Texto Vigente	Texto Propuesto
Art. 275.- (inciso cuarto) Serán designados por el Congreso Nacional por mayoría de sus integrantes, de la siguiente manera:	Art. 275.- (inciso cuarto) Serán designados por el Congreso Nacional por mayoría de sus integrantes, de la siguiente manera:
Dos, de ternas enviadas por el Presidente de la República. Dos, de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno. Dos, elegidos por el Congreso Nacional, que no ostenten la dignidad de legisladores. Uno, de la terna enviada por los alcaldes y los prefectos provinciales. Uno, de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones	Tres, de ternas enviadas por el Presidente de la República; Tres, de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno; y, Tres, elegidos por el Congreso Nacional, que no ostenten la dignidad

¹³ Ibid. p. 116.

¹⁴ El artículo 159 número 1 de la Constitución española señala que el Tribunal Constitucional estará compuesto por doce miembros, cuatro con origen en el Congreso, cuatro con origen en el Senado, dos con origen en el Gobierno y dos con origen en el Consejo General del Poder Judicial.

indígenas y campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidas. Uno, de la terna enviada por las Cámaras de la Producción legalmente reconocidas.	de legisladores.
La ley regulará el procedimiento para la integración de las ternas a que se refieren los tres últimos incisos.	El Tribunal Constitucional elegirá, de entre sus miembros, un presidente y un vicepresidente, que desempeñarán sus funciones durante dos años y podrán ser reelegidos.
El Tribunal Constitucional elegirá, de entre sus miembros, un presidente y un vicepresidente, que desempeñarán sus funciones durante dos años y podrán ser reelegidos.	

1.3. INMUNIDAD

La inmunidad funcional o inviolabilidad, en términos generales es un privilegio que tienen ciertos funcionarios¹⁵ en virtud del cargo que ostentan, y por el cual no son responsables –al menos civil y penalmente– por las actuaciones que realizan en ejercicio de sus cargos. La modalidad más conocida de esta inmunidad, es la denominada inmunidad parlamentaria, consagrada en la Constitución Política de la República, en su artículo 137.

Sin embargo de lo dicho, es importante señalar que la inmunidad no debe generar irresponsabilidad en el ejercicio de las funciones. Por eso es importante restringir la inmunidad funcional que les otorga la Constitución a los Vocales del Tribunal Constitucional.

Este tipo de inmunidad se otorga a ciertos funcionarios que por las tareas que le son asignadas, pueden ser objeto de persecución política, a través de la iniciación en su contra de numerosos procesos judiciales con el afán de intimidarlos o al menos presionarlos. Actualmente, los Magistrados del Tribunal Constitucional, no son responsables por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de su cargo, sin importar si sus resoluciones son emitidas dentro de casos en que conocen situaciones jurídicas abstractas y generales¹⁶ o específicas e individuales¹⁷. Por esta razón, al igual que un juez debe ser responsable frente a las partes por la sentencia que emite, los Vocales del Tribunal Constitucional deben ser responsables frente a los afectados por las resoluciones que dictan en procesos donde se discuten intereses particulares. La inmunidad por las resoluciones de carácter general debe mantenerse, para que los Vocales del Tribunal Constitucional puedan trabajar con tranquilidad y no sean presionados e intimidados a través de la iniciación de numerosos procesos de carácter judicial. Por ejemplo, en el caso de que los Vocales del Tribunal Constitucional rechazaren una demanda de inconstitucionalidad de un impuesto, no deben ser susceptibles de ser demandados por todos los que se crean afectados (que podrían ser todos los sujetos pasivos de aquel impuesto); pero, por el contrario, si niegan un amparo constitucional que debían conceder, sí deberían ser responsables por los daños y perjuicios que causaron de una manera directa e indebida a la persona a quienes denegaron una acción de amparo constitucional cuando esta era procedente

1.3.1 TEXTO CONCRETO QUE SE PROPONE

¹⁵ En el Ecuador poseen este tipo de inmunidad los Diputados, los Vocales del Tribunal Constitucional, los Parlamentarios Andinos y el Defensor del Pueblo.

¹⁶ Por ejemplo demandas de inconstitucionalidad y dirimencia de conflictos de competencia.

¹⁷ Por ejemplo cuando conocen en apelación las acciones de amparo constitucional, los habeas data o los habeas corpus.

Texto Vigente	Texto Propuesto
Art. 275.- (inciso segundo) Los vocales del Tribunal Constitucional deberán reunir los mismos requisitos que los exigidos para los ministros de la Corte Suprema de Justicia, y estarán sujetos a las mismas prohibiciones. No serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo.	Art. 275.- (inciso segundo) Los vocales del Tribunal Constitucional deberán reunir los mismos requisitos que los exigidos para los ministros de la Corte Suprema de Justicia, y estarán sujetos a las mismas prohibiciones. No serán responsables por las opiniones que formulen y por los votos que emitan en ejercicio de las atribuciones establecidas en el Art. 276 numerales 1, 4, 5 y 6.

2. SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL

2.1. PLAZO PARA INTERPONER UNA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Prescripción, entendida como un modo de adquirir derechos y extinguir obligaciones¹⁸ por el lapso de tiempo, es una institución que se establece con fundamento en la seguridad jurídica, pues se dice que la existencia de derechos y obligaciones que, por ejemplo, tienen causales de nulidad, no pueden estar indefinidamente en la sociedad y en el tráfico jurídico, sin una definición sobre su validez, ya que esto imposibilita la existencia de certeza jurídica, requisito *sine qua non* para que pueda hablarse de seguridad jurídica.

*"En el Ecuador no hay plazo para demandar la inconstitucionalidad de este tipo de normas, dadas las características imprescriptibles de esta acción vinculada a la posibilidad del mantenimiento del orden jurídico y de repudio a las orientaciones autoritarias, dictatoriales o antidemocráticas"*¹⁹. Es decir, que en nuestro ordenamiento jurídico la acción de inconstitucionalidad puede presentarse en cualquier momento²⁰, sin importar hace cuanto tiempo una norma ha sido expedida. Si bien esto seguramente responde a que los vicios de constitucionalidad son muy graves y debe ser eliminada la norma que vulnere la Constitución, parece que sería conveniente, precisamente por seguridad jurídica, que al menos en cuanto a los **vicios constitucionales formales o de procedimiento** de la norma jurídica, sean convalidables por el paso de tiempo, es decir que **en estos casos** la acción de inconstitucionalidad solamente pueda presentarse en un determinado plazo, vencido el cual, la norma ya no sería susceptible de impugnación constitucional. Al respecto, se señala que al establecer un plazo para demandar la inconstitucionalidad, tales normas *"no quedan excluidas del objeto de la acción de inconstitucionalidad; solo ocurre que, por razones de seguridad jurídica, a partir de un determinado plazo devienen "firmes", por así decirlo, y no es posible ya hacer valer su inconstitucionalidad por esta vía..."*²¹

Con la reforma que se plantea, si una ley orgánica fue aprobada por un quórum menor al exigido por la Constitución²², y no se demanda su inconstitucionalidad formal en un determinado tiempo posterior a su promulgación, la acción ya no puede ser iniciada y dicho

vicio formal queda por así decirlo, "convalidado", haciendo imposible deducir una demanda de inconstitucionalidad por vicios de procedimiento.

¹⁸ Art. 2392 Código Civil.

¹⁹ Hernán Rivadeneira Játiva, "La Justicia Constitucional en la Actualidad", Acción de Inconstitucionalidad de las Normas Jurídicas, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, p. 241

²⁰ No existe disposición constitucional ni legal alguna que establezca un tiempo de prescripción para la acción de inconstitucionalidad.

²¹ Joaquín Brage Camazano, La Acción de Inconstitucionalidad, Universidad Autónoma de México, México, 2000, p.140.

²² Mayoría absoluta de acuerdo con lo que dispone el Art. 143 inciso primero de la Constitución Política.

Si revisamos el derecho comparado, podemos constatar que en otros ordenamientos jurídicos se establecen plazos para demandar la inconstitucionalidad, luego de los cuales ya no se puede iniciar dicha acción, sin distinguir entre demandas de inconstitucionalidad por el fondo o por la forma²³. Sin embargo de lo señalado, parece más conveniente que el plazo para demandar la inconstitucionalidad se establezca únicamente para demandar a la norma por razones de forma, puesto que si esta contiene un vicio de fondo, es decir si su contenido es contrario a la Constitución, por más que transcurra el tiempo debe mantenerse la posibilidad de demandar la inconstitucionalidad, pues muchas veces este tipo de vicios solamente se pueden detectar con el paso del tiempo, cuando la norma comienza a aplicarse con más frecuencia y sus efectos jurídicos se plasman en la práctica, a diferencia de los vicios formales **que ya quedan completamente configurados al momento mismo de la expedición de la norma.**

De establecerse un plazo para demandar la inconstitucionalidad de una norma, es imperante también resolver el problema de qué sucederá con las normas que estuvieron vigentes con anterioridad a la fecha de expedición de la reforma constitucional, para lo cual se hará indispensable promulgar una Disposición Transitoria que contemple tal situación.

2.1.1 TEXTO CONCRETO QUE SE PROPONE

Texto Vigente	Texto Propuesto
	Al final del artículo 277 de la Constitución Política, agregar el siguiente inciso: “Las demandas de inconstitucionalidad por vicios formales podrán ejercitarse dentro de los ses meses siguientes a la fecha de publicación de la norma en el Registro Oficial”. Agregar la siguiente Disposición Transitoria a continuación de la Disposición Transitoria Cuadragésima Sexta de la Constitución Política.- “En el caso de las normas que estuvieren vigentes al momento de la promulgación de esta reforma, el plazo previsto para ejercitar las demandas de inconstitucionalidad por vicios formales establecido en el artículo 277, empezará a contarse desde la fecha de publicación en el Registro Oficial de la presente reforma constitucional”.

2.2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

De manera inexplicable, nuestra Constitución establece el control de constitucionalidad de actos administrativos²⁴ (Art. 276 numeral 2), es decir de actos que tienen efectos particulares y afectan derechos subjetivos. *“Quizá esta atribución es la más conflictiva en cuanto no se inscribe en la naturaleza del control de constitucionalidad, sino que corresponde al ámbito de lo contencioso administrativo que precavetela el principio de legalidad. Mucho se ha discutido sobre esta competencia del Tribunal que en mi criterio personal debe permanecer en el ámbito contencioso, por tanto debiera eliminarse esta atribución que no existió antes de la reforma de*

²³ El artículo 105 II de la Constitución Mexicana, en su parte pertinente establece que: “Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los **treinta días** naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma”. Por su parte, el artículo 26 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del Perú establece que la demanda de inconstitucionalidad podía interponerse dentro del plazo de **seis años** contados a partir de la publicación de la norma. (Derogada por Ley 28237 de 22 de julio de 2004).

²⁴ ACTO ADMINISTRATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa. ERJAFE Art. 65

1996".²⁵ Por lo dicho este "peculiar" objeto de control constitucional, parece que debe ser eliminado, puesto que el control de los actos administrativos le corresponde al Tribunal Contencioso Administrativo, a la Corte Suprema de Justicia, y a la propia jurisdicción constitucional pero a través del amparo constitucional²⁶.

Precisamente, la propia Constitución a través de la acción de amparo constitucional ya nos trae un mecanismo más apropiado para controlar la legalidad y constitucionalidad de este tipo de actos, que como ha quedado señalado tienen efectos particulares. De esta manera se ha producido una duplicidad de procesos constitucionales para impugnar un acto administrativo, sin contar con los procesos en sede administrativa y judicial, que ya existen.

Por otro lado, como quedó dicho en este mismo trabajo²⁷, la acción de inconstitucional no tiene un plazo para incoarse²⁸, lo cual ocasiona el inconveniente de que los actos administrativos siempre podrán ser impugnados por la vía de inconstitucionalidad, y con un agravante más, que es que el efecto de la inconstitucionalidad de los actos administrativos es la revocatoria del acto²⁹, es decir que tiene en este caso **efectos retroactivos**, pues ese es el efecto que tiene la revocatoria del acto administrativo según la doctrina y las resoluciones del Tribunal Constitucional³⁰.

2.2.1 TEXTO CONCRETO QUE SE PROPONE

Texto Vigente	Texto Propuesto
Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional: ...	Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional: ...
2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.	2. Derogado

2.3. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES ORGÁNICAS Y DE LAS NORMAS INTERPRETATIVAS Y REFORMATARIAS DE LA CONSTITUCIÓN

2.3.1 LEYES ORGÁNICAS

Las leyes orgánicas, son concebidas como normas jurídicas de desarrollo directo del texto constitucional categoría que se introdujo en la codificación del año 98, para "...evitar que determinadas materias, por su importancia, queden al arbitrio de las mayorías legislativas coyunturales; y, ...que, en el afán de evitar lo antes señalado, no se incorpore el desarrollo de dichas materias a la Constitución, pues ello ocasiona el denominado *décalage*, según la denominación que SARTORI otorga al efecto del envejecimiento del Código Político al sufrir una disminución en sus capacidad de adaptación"³¹.

²⁵ Hernán Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, p. 61.

²⁶ Art. 95 Constitución Política del Ecuador.

²⁷ Vid. *Infra*. 2.1.

²⁸ Tribunal Constitucional, Primera Sala. Resolución No. 082-AA-99-IS, dictada en el caso No. 738-99-AA: "El derecho a demandar por actos violatorios a la Constitución es imprescriptible, por tanto la acción puede deducirse en cualquier tiempo y el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre ellas sin poder invocar caducidad o prescripción".

²⁹ Art. 276 numeral 2 de la Constitución Política del Ecuador.

³⁰ Tribunal Constitucional, Primero Sala. Resolución No. 308-AA-00-IS, dictado en el caso No. 1153-99-AA, en su parte resolutoria señala: 2. "Que, el caso se enmarca en lo que dispone el art. 276, numeral 2 de la Constitución de la República, **por lo cual la declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto administrativo impugnado volviendo las cosas a su estado anterior**, esto es que el Lic. José Miguel Torres sigue siendo secretario titular de lo civil de la Juya de los Sachas" (el subrayado y resaltado en mío).

³¹ Rafael Oyarte Martínez, "Curso de Derecho Constitucional", Tomo II. *La Función Legislativa*, Fondo Editorial Andrade & Asociados, Quito, 2005, p. 68.

Por las razones expuestas, debe tenerse especial cuidado a la hora de expedir este tipo de normas, por lo que parece conveniente establecer un sistema de control constitucional, a priori obligatorio³², es decir antes de que entren en vigencia, para garantizar que no contravengan a la Constitución, pues regulan materias especialmente delicadas que han sido taxativamente enumeradas por el constituyente³³.

2.3.2 NORMAS INTERPRETATIVAS DE LA CONSTITUCIÓN

Las normas interpretativas de la Constitución, son normas que determinan el verdadero sentido y alcance de la disposición constitucional que interpretan, cuando esta es oscura o se presta a confusión. Dada su naturaleza, al igual que cualquier otra norma interpretativa, estas se incorporan al texto interpretado teniendo efectos retroactivos, es decir que surten efectos como si hubiesen estado vigentes al momento en que se expidió la norma interpretada.

Al igual que las leyes orgánicas, estas normas deberían tener un control constitucional previo y obligatorio que garantice su conformidad con el texto constitucional, más aún si se tiene en cuenta que dados sus particulares efectos, que precisamente constituyen una excepción al principio de que “la ley rige para lo futuro” pueden prestarse a manipulaciones de carácter político.

2.3.3 NORMAS REFORMATARIAS DE LA CONSTITUCIÓN

“En la actualidad, la Constitución ecuatoriana no asigna al Tribunal Constitucional la facultad de conocer y resolver acciones de inconstitucionalidad de reformas a la Constitución, lo que presenta un problema de control al ejercicio del poder constituyente derivado, que no lo tiene, presentándose la posibilidad de que la Carta Primera sea modificada sin cumplir los procedimientos establecidos en la misma, lo que no podría ser declarado inconstitucional”³⁴.

La norma reformativa sustituye al texto reformado, aunque, a diferencia de la norma interpretativa, en este caso no tiene efectos retroactivos la reforma introducida.

Cuando se realiza una reforma constitucional, se está ejerciendo poder constituyente derivado, es decir la facultad de reformar la Constitución. Tradicionalmente se ha señalado que el poder constituyente no podría ser controlado por los poderes constituidos. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuando dentro de una demanda de inconstitucionalidad, interpuesta en virtud del artículo 276 numeral 4to de la Constitución, señaló: **“Que el Tribunal Constitucional considera importante señalar que no tiene atribuciones para entrar a examinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de preceptos contenidos en la propia Constitución ni puede examinar si las disposiciones transitorias insertas en la Carta Política guardan armonía o no con las normas permanentes establecidas en la misma Constitución; pues los actos emanados del órgano que ejerce el Poder Constituyente no pueden ser revisados por un órgano, como el Tribunal Constitucional que forma parte de los Poderes Constituidos”³⁵.** (el subrayado y resaltado son míos)

³² Así lo establecen las Constituciones de Francia, Guatemala y Chile.

³³ *Art. 142.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias.

Serán leyes orgánicas

1. Las que regulen la organización y actividades de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; las del régimen seccional autónomo y las de los organismos del Estado, establecidos en la Constitución;

2. Las relativas al régimen de partidos, al ejercicio de los derechos políticos y al sistema electoral;

3. Las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección; y,

4. Las que la Constitución determine que se expidan con este carácter.

Las demás serán leyes ordinarias”.

³⁴ Marco Morales Tobar. op.cit. p. 149.

³⁵ Tribunal Constitucional, resolución Nro. 026-2000-TP, adoptada por el pleno del Tribunal, dentro del caso nro. 001-2000-OI.

Sin embargo, de lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional, este no es un tema pacífico en la doctrina, especialmente en lo que respecta a la posibilidad de ejercer control constitucional sobre la reforma constitucional por cuestiones de forma, es decir verificar si existió o no conformidad con el procedimiento establecido en la propia Constitución para llevar a cabo la reforma constitucional.

Por lo señalado, creo necesario que en el Ecuador se incorpore el control constitucional de la reforma constitucional, en un esquema similar al colombiano³⁶, de manera que se faculte al Tribunal Constitucional a conocer demandas de inconstitucionalidad, en contra de normas reformativas de la Constitución, **únicamente por vicios de forma**, ya que considero indispensable para la sobrevivencia del Estado de Derecho que el poder constituyente derivado se ejerza apegado a las limitaciones formales impuestas por el poder constituyente originario, y que en caso de no se apegue a esas limitaciones, exista un órgano capaz de realizar un control posterior de dichos procedimientos.

2.3.4 TEXTO CONCRETO QUE SE PROPONE

Texto Vigente	Texto Propuesto
Art. 153.- Aprobado el proyecto, el Congreso lo enviará inmediatamente al Presidente de la República para que lo sancione u objete. Sancionada la ley o no habiendo objeciones, dentro de los diez días subsiguientes a aquel en que el Presidente de la República la recibió, se promulgará de inmediato en el Registro Oficial. Si el Presidente de la República objetare totalmente el proyecto, el Congreso podrá volver a considerarlo solamente después de un año, contado a partir de la fecha de la objeción. Transcurrido este plazo, el Congreso podrá ratificarlo en un solo debate, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, y lo enviará inmediatamente al Registro Oficial para su promulgación. Si la objeción fuere parcial, el Congreso deberá examinarla en un plazo máximo de treinta días contados a partir de la fecha de entrega de la objeción presidencial y podrá, en un solo debate, allanarse a ella y enmendar el proyecto, con el voto favorable de la mayoría de asistentes a la sesión. Podrá también ratificar el proyecto inicialmente aprobado, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros. En ambos casos, el Congreso enviará la ley al registro oficial para su promulgación. Si el Congreso no considerare la objeción en el plazo señalado, se entenderá que se ha allanado a esta y el Presidente de la República dispondrá la promulgación de la ley en el Registro Oficial. Toda objeción será fundamentada y en el caso de objeción parcial, el Presidente de la República presentará un texto alternativo.	Art. 153.- Aprobado el proyecto, el Congreso lo enviará inmediatamente al Presidente de la República para que lo sancione u objete, a excepción de los proyectos de Ley orgánicas o normas interpretativas de la Constitución, en cuyo caso, deberá remitir el proyecto al Tribunal Constitucional para que dentro del plazo de quince días, previo a la sanción Presidencial, se pronuncie sobre su constitucionalidad tanto por el fondo como por la forma. Si el Tribunal Constitucional encontrare vicios de inconstitucionalidad, devolverá el proyecto al Congreso Nacional a fin de que realice las enmiendas necesarias para que pase a la sanción del Presidente de la República; de encontrar que el proyecto no contiene vicios de inconstitucionalidad, lo remitirá al Presidente de la República para la sanción correspondiente. Sancionada la ley o no habiendo objeciones, dentro de los diez días subsiguientes a aquel en que el Presidente de la República la recibió, se promulgará de inmediato en el Registro Oficial. Si el Presidente de la República objetare totalmente el proyecto, el Congreso podrá volver a considerarlo solamente después de un año, contado a partir de la fecha de la objeción. Transcurrido este plazo, el Congreso podrá ratificarlo en un solo debate, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, y lo enviará inmediatamente al Registro Oficial para su promulgación.

³⁶ Art. 241 número 1 Constitución de Colombia: "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen. **sólo por vicios de procedimiento en su formación**".

En los casos señalados en esta disposición y en el artículo 152, el número de asistentes a la sesión no podrá ser menor de la mitad de los integrantes del Congreso.

Art. 154.- Si la objeción del Presidente de la República se fundamentare en la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto, éste será enviado al Tribunal Constitucional para que emita su dictamen dentro del plazo de treinta días. Si el dictamen confirmare la inconstitucionalidad total del proyecto, éste será archivado. Si confirmare la inconstitucionalidad parcial, el Congreso Nacional deberá realizar las enmiendas necesarias para que el proyecto pase luego a la sanción del Presidente de la República.

Si el Tribunal Constitucional dictaminare que no hay inconstitucionalidad, el Congreso ordenará su promulgación.

Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional:

...

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

Si la objeción fuere parcial, el Congreso deberá examinarla en un plazo máximo de treinta días contados a partir de la fecha de entrega de la objeción presidencial y podrá, en un solo debate, allanarse a ella y enmendar el proyecto, con el voto favorable de la mayoría de asistentes a la sesión. Podrá también ratificar el proyecto inicialmente aprobado, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros. En ambos casos, el Congreso enviará la ley al Registro Oficial para su promulgación. Si el Congreso no considerare la objeción en el plazo señalado, se entenderá que se ha allanado a esta y el Presidente de la República dispondrá la promulgación de la ley en el Registro Oficial.

Toda objeción será fundamentada y en el caso de objeción parcial, el Presidente de la República presentará un texto alternativo.

En los casos señalados en esta disposición y en el artículo 152, el número de asistentes a la sesión no podrá ser menor de la mitad de los integrantes del Congreso.

Art. 154.- En los casos de leyes orgánicas y normas interpretativas de la Constitución, en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del proyecto, el Presidente de la República no podrá hacer objeciones por razones de constitucionalidad.

En los demás casos, si la objeción del Presidente de la República se fundamentare en la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto, éste será enviado al Tribunal Constitucional para que emita su dictamen dentro del plazo de treinta días. Si el dictamen confirmare la inconstitucionalidad total del proyecto, éste será archivado. Si confirmare la inconstitucionalidad parcial, el Congreso Nacional deberá realizar las enmiendas necesarias para que el proyecto pase luego a la sanción del Presidente de la República.

Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional:

...

2. Derogado

Agregar a continuación del numeral 2 del artículo 276:

Primer numeral innumerado.... Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad que se presenten contra las normas reformativas de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

Segundo numeral innumerado.... Dictaminar sobre la constitucionalidad, de las leyes orgánicas y de las normas que interpreten algún precepto de la Constitución, antes de su promulgación en el Registro Oficial. En el caso de leyes orgánicas, el Tribunal Constitucional se pronunciará expresamente sobre la pertinencia de la calificación de orgánica que le ha dado el Congreso Nacional;

2.4. CONFLICTOS DE COMPETENCIA

En cuanto a este tema, debe señalarse que el Tribunal Constitucional es el órgano encargado de conocer los conflictos de competencia³⁷ que se susciten entre los órganos establecidos en la Constitución. Sin embargo de esto, la propia Carta Fundamental a la hora de señalar quiénes pueden presentar las solicitudes para que el Tribunal resuelva los conflictos (legitimación activa), es sumamente restrictiva, al señalar que la dirimencia podrá ser solicitada por el Presidente de la República, el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia, los consejos provinciales o los concejos municipales. Al respecto se ha señalado que *"No hay razón suficiente para haber excluido de esa posibilidad al órgano que tiene tratamiento constitucional y cuya competencia está siendo distorsionada positiva o negativamente. Así, pongamos que exista un conflicto de competencia entre las superintendencias. La que se considera afectada no tiene facultad para promover la dirimencia del conflicto, a pesar de que su interés es manifiesto"*.³⁸

Por lo señalado, es importante ampliar el contenido de esta norma, para que todas las instituciones y organismos instituidos por la Constitución, puedan solicitar la dirimencia al Tribunal Constitucional, y este se convierta en un efectivo árbitro para determinar qué le compete y qué no le compete a cada organismo establecido en la Constitución³⁹, ya que el actual sistema es simplemente incomprensible, y por ejemplo, si se presenta un conflicto entre la Superintendencia de Compañías y la Contraloría General del Estado, acerca de a cual de estos dos organismos le corresponde controlar a las personas jurídicas privadas con capital público, simplemente el Tribunal Constitucional no podría pronunciarse, produciéndose un vacío de difícil solución y que puede degenerar en arbitrariedades.

2.4.1 TEXTO CONCRETO QUE SE PROPONE

Texto Vigente	Texto Propuesto
Art. 277.- Las demandas de inconstitucionalidad podrán ser presentadas por: ... 5. Mil ciudadanos en goce de derechos políticos, o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia, en los casos de los números 1 y 2 del mismo artículo.	Art. 277.- Las demandas de inconstitucionalidad podrán ser presentadas por: ... 5. Mil ciudadanos en goce de derechos políticos, o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia, en los casos de los números 1 y 2 del mismo artículo.
El Presidente de la República pedirá el dictamen establecido en los números 4 y 5 del mismo artículo.	El Presidente de la República pedirá el dictamen establecido en los números 4 y 5 del mismo artículo.
La dirimencia prevista en el número 6 del mismo artículo, podrá ser solicitada por el Presidente de la República, por el Congreso Nacional, por la Corte Suprema de Justicia, los consejos provinciales o los concejos municipales.	La dirimencia prevista en el número 6 del mismo artículo, podrá ser solicitada por cualquiera de los organismos del Estado establecidos en la Constitución y los del régimen seccional autónomo.
La atribución a que se refiere el número 3 del mismo artículo, será ejercida a solicitud de las partes o del Defensor del Pueblo.	La atribución a que se refiere el número 3 del mismo artículo, será ejercida a solicitud de las partes o del Defensor del Pueblo.

³⁷ Competencia:...Capacidad para conocer una autoridad sobre una materia o asunto. Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, p.78.

³⁸ Wladimirio Villalba Vega, "Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia". La facultad del Tribunal Constitucional para dirimir la competencia. Tribunal Constitucional. Quito, 1999, p. 176

2.5. CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

Otra modalidad de control constitucional, es el denominado control difuso, el cual consiste en que los órganos de la Función Judicial puedan controlar la constitucionalidad de las normas que aplican. Este control no se encuentra suficientemente desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que es importante incorporar en la Constitución, algunos preceptos que permitan una mejor aplicación de esta modalidad de control constitucional.

Siguiendo el esquema español, este tipo de control solamente puede darse cuando la norma inconstitucional, sea aquella de cuya validez dependa el fallo, debiendo, en consecuencia, el juez previo a declararla inaplicable, hacer el siguiente ejercicio mental: ¿cambiaría el sentido del fallo, si no existiera la norma que voy a declarar inaplicable? Si la respuesta es afirmativa, cabe la inaplicación por razones de inconstitucional, por el contrario, si la respuesta es negativa no cabe la declaratoria de inaplicabilidad, porque caso contrario, lo que se estaría es configurando un fraude constitucional, ya que se estaría utilizando el artículo 274 de la Constitución Política, como una norma de cobertura para omitir el trámite de la demanda de inconstitucionalidad contemplado en el artículo 276 y siguientes de la Constitución.⁴⁰

Una segunda reforma que debe introducirse para mejorar el sistema de control constitucional difuso en el Ecuador, es la relacionada con el efecto que debe tener el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, cuando éste se pronuncia a favor de la constitucionalidad de la norma inicialmente declarada inaplicable por el juez, magistrado o tribunal de instancia, ya que este pronunciamiento debe tener efectos vinculantes, para evitar que los jueces sigan inaplicando normas por los mismos argumentos, a pesar de que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad.

2.5.1 TEXTO CONCRETO QUE SE PROPONE

Texto Vigente	Texto Propuesto
Art. 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio.	Art. 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico, de cuya validez dependa el fallo, contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio. Resuelto por el Tribunal Constitucional que un precepto es constitucional, ningún juez o tribunal podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la resolución.

⁴⁰ Debemos recordar que los conflictos de competencia, pueden ser **positivos** (cuando dos o más órganos o funcionarios se consideran competentes) o **negativos** (si ninguno de ellos se considera competente).

2.6. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

En el Ecuador existen dos tipos de instrumentos internacionales, aquellos que requieren aprobación del Congreso Nacional y aquellos que pueden ser directamente ratificados por el Presidente de la República sin necesidad de intervención del órgano legislativo. Sin embargo, no existe en nuestra Constitución, la determinación de quien va a controlar que el convenio o tratado internacional siga el trámite que corresponda⁴¹, y que por ejemplo, el Presidente de la República no ratifique directamente un instrumento internacional que le compete previamente aprobar al Congreso Nacional⁴².

Previo a realizar cualquier tipo de propuesta, debemos tener presente que en materia de Derecho Internacional Público, rige el principio denominado "*pacta sunt servanda*", en virtud del cual un Estado no puede invocar normas de derecho interno –ni siquiera la Constitución– para incumplir sus compromisos internacionales. En virtud de este principio, el control constitucional de tratados y convenios internacionales, no puede ser a posteriori (luego de su ratificación), sino que debe ser a priori (antes de su ratificación definitiva), pues una vez ratificado un tratado internacional este no podría ser declarado inconstitucional, pues le generaría responsabilidad internacional al Estado. Por estas razones, es que nuestra actual Constitución únicamente contempla el control constitucional previo de convenios y tratados internacionales⁴³. Sin embargo, este control es deficiente, ya que se establece solamente para los tratados y convenios internacionales que requieren aprobación del Congreso Nacional (es decir los del Art. 161) y no existe control constitucional alguno de aquellos que son suscritos y ratificados directamente por el Presidente de la República. Por lo dicho, debe incluirse en nuestro sistema, un control que abarque a todos los tratados y convenios internacionales, previo a su ratificación, sin distinción alguna, pues es muy importante que las normas internacionales no entren a regir sin un control de constitucionalidad efectivo, pues como ha quedado dicho, su incumplimiento generaría responsabilidad internacional al Estado ecuatoriano.

Otro inconveniente que se presenta en materia de control constitucional de tratados y convenios internacionales, es que el control se lo hace previo a la aprobación del Congreso Nacional (Art. 162), es decir que **nunca se verifica si el trámite de aprobación se lo hizo con el procedimiento respectivo**. Por ejemplo, si un tratado es aprobado con una mayoría menor a la que señala la Constitución Política -mayoría absoluta según el Art. 162 inciso primero-, nada podría hacerse para posteriormente rectificar o convalidar ese vicio. De allí la necesidad de que el control de constitucionalidad abarque también el trámite interno de aprobación del tratado o convenio internacional, tal y como sucede en Colombia⁴⁴.

⁴⁰ Un fraude constitucional podría producirse, si por ejemplo en un juicio de prescripción adquisitiva de dominio, una de las partes solicita la inaplicabilidad por inconstitucional de la norma que posibilita la tercerización laboral y el juez acepta el pedido. La parte que alega la inaplicabilidad, a través de esta, estaría omitiendo el cumplimiento de las normas relativas a la acción de inconstitucionalidad.

⁴¹ "...la práctica ecuatoriana de remitir todos los instrumentos al Congreso Nacional para que sea la Comisión Especializada Permanente de Asuntos Internacionales la que en su informe determine si el tratado es de aquellos señalados en el artículo 161 de la Constitución, no solo que es irregular, por no estar prevista en nuestro ordenamiento jurídico positivo, y entrega facultades a un órgano que solo ejerce potestad informativa, sino que no cubre el problema planteado". Rafael Oyarte Martínez, "Curso de Derecho Constitucional", Tomo II, La Función Legislativa, p. 180.

⁴² Para muchas personas esto ya ocurrió, cuando el entonces Presidente de la República, Janul Mahuad Witt, suscribió el **Tratado de la Base de Manta**, prescindiendo de la aprobación del Congreso Nacional.

⁴³ Constitución Política de la República "Art. 162.- La aprobación de los tratados y convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso.

Previamente, se solicitará un dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio, con la Constitución. La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma".

⁴⁴ Para solucionar este inconveniente, la Constitución Colombiana, en su artículo 241 inciso décimo señala: "Decidir definitivamente sobre la exigibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas, en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva". Como podemos ver, la Corte Constitucional analiza en su totalidad no solo el procedimiento de suscripción y aprobación, **sino incluso la sanción presidencial**.

2.6.1 TEXTO CONCRETO QUE SE PROPONE

Texto Vigente	Texto Propuesto
Art. 162.- La aprobación de los tratados y convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso. Previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución. La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma. Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional: 5. Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional.	Art. 162.- La aprobación de los tratados y convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso. Elimínese los incisos segundo y tercero del artículo 162 de la Constitución. Art. innumerado a continuación del artículo 162. Art... Previamente a la promulgación en el Registro Oficial de todos los tratados y convenios internacionales, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución, tanto en su contenido como en el trámite interno de aprobación. Si el Tribunal Constitucional los declara constitucionales podrá realizarse el correspondiente canje o depósito, caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. Si el Tribunal Constitucional determinare que existe un vicio en el trámite interno de aprobación del tratado o convenio, lo remitirá al órgano correspondiente para que lo corrija, hecho lo cual se lo devolverá al Tribunal Constitucional para que emita su dictamen al respecto. La ratificación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma. Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional: 5. Dictaminar definitivamente sobre la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales y de los actos normativos que los aprueben. Con tal fin, el Presidente de la República o el Congreso Nacional los remitirá al Tribunal Constitucional, dentro de los diez días siguientes a la aprobación o suscripción del tratado o convenio internacional, según corresponda.

3. COROLARIO

Por las razones expuestas, en caso de emprenderse en un proceso de reforma constitucional⁴⁵, se la debe aprovechar para reformar el sistema de control constitucional ecuatoriano, a fin de que cumpla con su objetivo fundamental, el cual es que todas las normas jurídicas que rigen en un Estado estén estrictamente apegadas a la norma fundamental, esto es, la Constitución Política, concebida como el principio de unidad y validez del ordenamiento jurídico.

Todas las reformas que han sido propuestas en este ensayo, deberán ir acompañadas de reformas legales que desarrollen el sistema de control constitucional ecuatoriano, conjuntamente con un fortalecimiento institucional y organizacional de los órganos encargados de ejercer jurisdicción constitucional, y en especial del Tribunal Constitucional.

⁴⁵ Insisto en mi criterio de que no existe necesidad de una nueva reforma constitucional en nuestro país.

APUNTES SOBRE LA ACCION DE LESIVIDAD EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

Juan Pablo Aguilar Andrade

P rincipio fundamental en el derecho administrativo es el de autotutela, en virtud del cual la administración está facultada para declarar y ejecutar su derecho sin necesidad de acudir ante la Función Judicial; la Administración, dicen García de Enterría y Fernández, está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial¹.

Ante ésto, la acción de lesividad se presenta como una excepción, pues deja de lado las potestades de autotutela de la administración pública y le obliga a recurrir a la instancia judicial. En efecto, la acción de lesividad es aquélla que tienen los órganos administrativos para, cuando consideran necesario revocar un acto administrativo dictado por ellos mismos, acudir ante los tribunales, a fin de que sean éstos los que resuelvan lo conveniente.

Esta limitación es uno de los instrumentos de los que el derecho administrativo se vale para garantizar la estabilidad de los actos administrativos, estabilidad que constituye una característica de estos últimos, íntimamente relacionada con el principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución reconoce como un derecho de las personas².

La estabilidad del acto administrativo

La estabilidad o, como la denominan algunos autores, la cosa juzgada administrativa³, es una característica de los actos administrativos que han causado estado, en virtud de la cual se limitan las potestades de los órganos administrativos para revisar o dejar sin efecto sus propios actos. Su fundamento se encuentra, como ya se dijo, en el principio de seguridad jurídica y en la necesidad de generar certeza sobre la actuación de las instituciones del estado, al impedir que las personas queden libradas a la voluntad cambiante de las autoridades administrativas.

En nuestro medio, la existencia de limitaciones a las facultades de la administración para modificar o revocar sus propios actos es reconocida, tanto en la práctica administrativa, como en la jurisprudencia. Francisco Tinajero cita la siguiente resolución de la Comisión de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social:

Es principio aplicado no solamente en la esfera judicial sino también en la administrativa que el mismo juez o la misma autoridad u organismo que dictó la resolución no pueden revocarla, pudiendo ser revisados únicamente por los tribunales u organismos superiores que establece la ley ...⁴

¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid. Civitas, 1999, tomo I, p. 499.

² Constitución Política de la República, art. 23:26.

³ La denominación cosa juzgada administrativa, si bien puede ayudar a entender el concepto de estabilidad del acto, no es precisa, pues mientras la cosa juzgada en el ámbito judicial implica la imposibilidad absoluta de volver a considerar un caso ya resuelto, la estabilidad del acto administrativo no excluye la posibilidad de una revisión ulterior en la vía judicial.

⁴ Resolución de la Comisión de Apelaciones del IESS, 19 de julio de 1972, publicado en "Normas, Resoluciones y Jurisprudencia", *Boletín* II, julio a septiembre de 1973, p. 74. Citado por Francisco Tinajero Villamar, "La Cosa Juzgada en lo Administrativo", en *Revista de Derecho*, Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones, número 42, enero de 1982, p. 120.

La doctrina del antiguo Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostuvo también la estabilidad del acto administrativo.

Conforme señala unánimemente la doctrina, el órgano administrativo autor del acto, por regla general, no se halla autorizado a revocarlo, sobre todo cuando el acto revocatorio conlleva perjuicio o lesiona derechos de terceros.⁵

Pero si la estabilidad existe para preservar el derecho a la seguridad jurídica, es evidente que corresponde aplicarla en los casos en que ese derecho debe ser protegido y, en consecuencia, se la debe considerar como una característica de los actos administrativos en los que esa seguridad está en juego.

Esto nos lleva a distinguir al menos tres clases de actos administrativos según sus efectos en las personas: los que les imponen cargas, aquellos que les son favorables y, finalmente, los que no producen ninguno de los dos efectos anteriores.

En el caso de estos últimos, de los cuales son un buen ejemplo los actos propios de la administración interna de las instituciones del Estado, es evidente que revocarlos no ocasiona perjuicio alguno a la seguridad jurídica, pues no hay intereses particulares que puedan verse afectados.

Cuando se trata de actos que imponen cargas a las personas, esto es, los que la doctrina conoce como actos de gravamen, revocarlos tampoco atenta, en principio, contra la seguridad jurídica, pues el afectado acogerá favorablemente la decisión administrativa que le libere de la carga impuesta. En este caso, sin embargo, sí hay intereses que pueden ser afectados y es preciso que el ordenamiento jurídico los proteja. En efecto, la decisión de revocar los actos de gravamen no puede tomarse como una graciosa concesión administrativa sino que, aparte de someterse estrictamente al principio de legalidad, debe atender a razones de orden público e impedir que se vean afectados derechos de terceros, entre los cuales hay que destacar el derecho a recibir un trato igual por parte de la administración.

Es en los actos favorables, aquéllos que consagran situaciones individuales en beneficio de las personas, donde se pone en juego la seguridad jurídica y, en consecuencia, debe ponerse especial cuidado en la estabilidad como característica del acto administrativo. Para ello es necesario tomar en cuenta las dos posibles razones para revocar un acto administrativo: la oportunidad y la legalidad.

Las razones de oportunidad tienen que ver con la conveniencia, desde el punto de vista del interés público, de que un acto administrativo mantenga su vigencia. En este caso, el acto que se pretende revocar no tiene irregularidad alguna, ha sido expedido con apego estricto a la ley y, en consecuencia, es plenamente válido; simplemente, las necesidades de orden colectivo han variado desde la expedición del acto y mantenerlo resulta contraproducente para ellas.

García de Enterría y Fernández establecen, como principio general, la imposibilidad de que la administración revoque de oficio un acto administrativo “so pretexto de que ... se ha convertido en inconveniente o inoportuno en un determinado momento”, pues así se establece “una importante garantía para los particulares que, de este modo, quedan a cubierto de los posibles cambios de criterio de la Administración”; admiten, sin embargo, que podría adoptarse “una solución de equilibrio que garantizaría tanto al interés público como al de los particulares”, permitiendo que los actos administrativos se revoken por motivos de conveniencia, con la condición de que se pague “una indemnización adecuada que compensase la pérdida de los

⁵ Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, juicio 3090, Rosa León Ambi y Elsa Flor Mora vs. Ministerio de Bienestar Social, 6 de abril de 1989, *Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Quito, número 10, 1991, pp. 146-147. Puede verse también la sentencia de la Primera Sala en el juicio 1207, Rafael Muñoz vs. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 24 de junio de 1983, *Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Quito, número 6, 1985, pp. 93-94.

derechos reconocidos por el acto revocado”⁶.

Cuando el fundamento de la revocación son razones de legalidad nos enfrentamos a un acto irregular, expedido sin cumplir las formalidades que deben cumplirse conforme el ordenamiento jurídico. En este caso se discute si la violación del principio de legalidad, que está en la base de un acto administrativo irregular, autoriza a la administración a revocarlo de oficio.

Julio Comadira defiende la potestad administrativa para revocar sus actos por razones de ilegitimidad y considera que la misma es inherente a la función de administrar y exista aún sin norma expresa que la consagre:

La posibilidad de revocar sus propios actos por razones de ilegitimidad constituye, en mi opinión, más allá de su reconocimiento explícito en el ordenamiento, un poder inherente a la función de administrar. Administrar, que viene de *ad ministrare*, servir a, implica gestionar el interés público. Y no es dudoso que hay un interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad.

Por lo tanto, cuando la Administración revoca un acto en razón de su ilegitimidad, ejerce una función que le es propia y debe hacerlo, además con las mismas virtualidades que acompañan todo el ejercicio de la función administrativa, entre ellas, la ejecutoriedad.

La revocación se presenta, entonces, en estos casos, como un modo de ejecutoriar en sede administrativa las consecuencias que el propio ordenamiento atribuye a los actos gravemente viciados.⁷

Hay autores, sin embargo, para los que en todo caso la administración está impedida de revocar por sí misma sus propios actos, aunque las irregularidades de éstos sean graves. Ese es el caso de Manuel María Díez:

En nuestra opinión, aún en el supuesto de que el vicio sea grave, grosero, la administración no puede revocar el acto si es declarativo de derechos, y debe ocurrir, para eliminar el acto jurídico, a sede judicial. Decíamos así, porque pensamos que en esta forma estarán mejor garantizados los derechos del administrado y no dependerán del arbitrio de algún funcionario administrativo que, encontrado viciado el acto lo revoque.⁸

Este acudir a la vía judicial es, precisamente, lo que se hace a través de la acción de lesividad. Los casos en que debe recurrirse a esta última y, como consecuencia, aquéllos en los que la administración puede revocar de oficio sus propios actos, serán los expresamente determinados en cada ordenamiento jurídico.

La acción de lesividad en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

En el Ecuador, antes de la promulgación del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no existían referencias expresas a la necesidad de recurrir a la acción de lesividad para revocar actos administrativos. Sin embargo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁹ contiene una clara referencia a la acción de lesividad cuando, en la letra d) del artículo 23, al establecer quiénes pueden “demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración”, se refiere al “órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo”.

⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. op. cit., tomo I, pp. 651-652.

⁷ Julio Comadira, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, p. 28.

⁸ Citado por Pablo Tinajero Delgado, *La Acción de Lesividad*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Biblioteca de Jurisprudencia, 1998, p. 59.

⁹ Ley 35, publicada en el Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968.

Como se ve, la norma no establece expresamente la necesidad de recurrir a la acción de lesividad, no define los casos en que debe hacerse ni determina el término para plantear la acción; se limita a determinar la posibilidad de que la administración se presente como actora ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para demandar que se revoque un acto suyo que no sea conforme a derecho, cuando no pueda revocarlo por sí misma "en virtud de lo prescrito en la ley".

Parecería que la norma citada no establece la acción de lesividad, sino que determina que ésta puede plantearse en los casos en que una disposición legal niegue a la administración la posibilidad de revocar sus propios actos. Sin embargo, no es éste el criterio asumido por la jurisprudencia ecuatoriana que, a partir de la letra d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sostenido, primero, como lo vimos ya, que la administración no está facultada para revocar sus propios actos y, segundo, que la revocación solo puede hacerse por el juez, una vez que se acuda ante él con la acción de lesividad¹⁰.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo desarrolla este criterio en la sentencia que citamos anteriormente:

... cuando tal revocatoria es exigida por la abierta ilegalidad del acto inicial, el órgano administrativo debe acudir ante el organismos contencioso administrativo demandando a través de la acción de lesividad; esta doctrina se halla concretada en nuestro derecho en la norma del literal d) del art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual señala como para demandar la declaración de no ser conforme a derecho pueden comparecer "El órgano de la administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo".¹¹

Enseguida, el Tribunal explica que no es necesario que una norma niegue expresamente a la administración la posibilidad de revocar sus propios actos, pues una correcta aplicación del principio de legalidad exige que la potestad de revocar conste expresamente en la ley; en caso contrario, afirma, debe entenderse que esa potestad no existe.

... en tratándose de derecho público, como es la materia que tratamos, la autorización para revocar un acto administrativo por sí mismo tiene que ser expresa, sin que pueda considerarse que dimana de las normales atribuciones del órgano. En el caso, la Ley de Cooperativas en ninguna de sus disposiciones faculta al Director General a anular o revocar un pronunciamiento realizado por el mismo Director sea titular la misma persona u otra, por más que sea evidente que el acto o pronunciamiento inicial esté viciado de total ilegalidad al haber intervenido el Director en una materia en la que ningún atributo tenía ... La obligación de tal Director era entonces y lo será una vez que se dicte esta sentencia, el acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con un recurso de lesividad, demandando se declare la nulidad del pronunciamiento ilegal.¹²

A diferencia de lo que sostiene Julio Comadira en un texto que reproducimos más arriba, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no reconoce la potestad de revocar como inherente

¹⁰ Francisco Tinajero Villamar, quien fuera profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sostuvo siempre la necesidad de recurrir a la acción de lesividad para revocar los actos administrativos, tal como lo expone en el prólogo del texto de Pablo Tinajero Delgado, op. cit., p. 16. Pablo Tinajero, por su parte, si bien acepta la letra d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como fundamento suficiente de la acción de lesividad, reconoce las dificultades que surgen del texto y propone, inclusive, un proyecto de reforma que regule en detalle la referida acción.

¹¹ Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, juicio 3090, Rosa León Ambí y Elsa Flor Mora vs. Ministerio de Bienestar Social, 6 de abril de 1989. Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Quito, número 10, 1991, p. 147.

¹² *Ibid.*, *ibid.*

a la función administrativa; para que ésta potestad pueda ejercerse, dice, es necesario que se la confiera expresamente a través de la ley y solo en esos casos puede prescindirse de la acción de lesividad¹³.

Desaparecido el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ha recogido y desarrollado el criterio al que nos referimos.

... si por alguna circunstancia no se da cumplimiento a la disposición legal de la forma de designación del personal legislativo permanente, esto es que no se haya designado previo concurso de merecimientos y oposición, el efecto no es que de permanente el servidor se convierta en ocasional; sino que el nombramiento adolezca de ilegalidad, circunstancia ésta que de ninguna manera faculta a la autoridad nominadora para prescindir de los servicios del irregularmente designado, ya que conforme al Art. 2, el personal legislativo permanente goza de estabilidad. En tal evento lo legalmente pertinente es demandar la ilegalidad del acto administrativo de nombramiento, que no puede ser dejado sin efecto por sí mismo, por crear derechos subjetivos y en acatamiento de la disposición constitucional contenida en el Art. 119 de la Carta Política, demandar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en acatamiento de lo que dispone el lit. d) del Art. 23 de la ley de esa jurisdicción mediante el recurso que la doctrina denomina de lesividad.¹⁴

Como puede verse, hay plena continuidad entre la jurisprudencia del desaparecido Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia¹⁵ y el principio de legalidad, consagrado en el artículo 119 de la Constitución Política de la República, sigue siendo el fundamento para negar a los órganos administrativos la potestad de revocar sus propios actos.

La Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, al menos hasta el golpe de estado que contra la Función Judicial protagonizaron las otras funciones del Estado el 8 de diciembre de 2004, ha mantenido consistentemente el criterio de exigir la acción de lesividad como requisito para revocar los actos administrativo, incluso en casos en los que, a mi juicio, no es aplicable, como las adjudicaciones de contratos administrativos que han recibido informe negativo por parte de los organismos de control¹⁶.

Como puede verse, la escueta referencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la acción de lesividad, referencia en la que ni siquiera se la nombra, no es suficiente para regular en debida forma la institución, pues deja sin tocar varios aspectos fundamentales de ella, como el procedimiento que debe seguir la administración para plantearla¹⁷.

¹³ La letra f) del artículo 31 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre (publicada en el Registro Oficial 1002 de 2 de agosto de 1996), es un buen ejemplo de la potestad de revocar expresamente conferida por la ley: "Son deberes y atribuciones de los consejos provinciales de tránsito y transporte terrestres y de la Comisión de Tránsito de la provincia del Guayas dentro de sus respectivas jurisdicciones: ... f) Conceder, modificar, revocar o suspender los permisos de operación de las empresas de transporte terrestre de servicio masivo, de acuerdo con esta Ley y sus reglamentos".

¹⁴ Sentencia de 15 de noviembre de 2000. Ignacio Zambrano vs. Congreso Nacional, G.J., XVII, 5, 1484.

¹⁵ La presencia de José Julio Benítez, tanto en uno como en otra, tiene sin duda mucho que ver con esta continuidad.

¹⁶ Véase la sentencia de 23 de agosto de 2001 en el juicio Poligráfica vs. Tribunal Supremo Electoral, G.J. XVII, 7, 2175, en el que la Sala sostiene que "el acto de adjudicación creó a favor de los adjudicatarios derechos subjetivos, razón por la cual dicho acto de adjudicación, aunque hubiere el informe negativo para la contratación, no podía ser revocado por la autoridad administrativa, siendo así lo pertinente habría sido que esta autoridad declarara la lesividad de la adjudicación e iniciara ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo la correspondiente acción de lesividad". La exigencia legal de contar con informes previos a la contratación, convierta al acto de adjudicación en un acto que solo puede producir efectos cuando esos informes sean favorables: "... la aprobación es una manifestación típica de la tutela que unos entes administrativos ejercen sobre otros y ... su exigencia no afecta en absoluto la perfección ni la validez del acto del inferior. El acto en sí mismo es perfecto y plenamente válido, pero no produce efectos en tanto no sea aprobado por la autoridad superior" Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, op. cit., tomo I, p. 570.

¹⁷ Pablo Tinajero Delgado, op. cit., pp. 77-80 detalla las deficiencias de la regulación ecuatoriana en materia de acción de lesividad y plantea un proyecto de ley que las supere.

Una pregunta surge en relación con lo dicho: es evidente que la acción de lesividad debe plantearse para revocar actos favorables por razones de legalidad, pero ¿corresponde hacerlo también en el caso de presentarse razones de oportunidad?. Pablo Tinajero Delgado opina que sí¹⁸; por nuestra parte pensamos que en este caso se produce, por parte de la administración, un desconocimiento de derechos anteriormente reconocidos a las personas, lo que genera un daño que debe ser resarcido en los términos del artículo 20 de la Constitución Política de la República¹⁹.

Las razones de legalidad tienen que ver con irregularidades del acto administrativo que provoquen su invalidez. El artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa enumera dos causas de nulidad de una resolución o un procedimiento administrativo:

- a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia; y,
- b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.

A estas causas deben sumarse las especiales que consten en otros leyes. A manera de ejemplo podemos citar la nulidad de nombramientos o contratos por falta de registro²⁰, la de procedimientos administrativos con las instituciones del Estado por falta de citación o notificación al Procurador General del Estado²¹ y la de concesiones si no se cumplen las exigencias que para el concesionario fija el artículo 3 de la Ley de Radiodifusión y Televisión²².

Evidentemente, causales como las señaladas pueden englobarse en la segunda de las enumeradas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cosa que ocurre también con el incumplimiento de exigencias de orden constitucional en materia de procedimientos administrativos como las que tienen que ver con el debido procedimiento, la notificación a los interesados y la motivación de los actos administrativos.

En este punto conviene tomar en cuenta el valioso desarrollo de los principios del procedimiento administrativo a partir de la Constitución Política de la República realizado por Edgar Neira Orellana, para quien los vacíos y dificultades que trae consigo la falta de una ley orgánica de procedimientos administrativos debe tratar de superarse con la aplicación de los principios sobre la materia desarrollados por el texto constitucional, sin que ésto pueda tomarse como una renuncia a la necesidad urgente de que se promulgue una ley sobre la materia²³.

Si la revocación de actos administrativos por parte de la propia administración, cuando se presentan casos de nulidad como los enunciados, requiere de acción de lesividad, parece lógico que deba procederse tal como unánimemente establece la doctrina, aunque falte una

¹⁸ Op. cit., pp. 57-58.

¹⁹ "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.

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

²⁰ Ley Orgánica de Servicios Civil y Carrera Administrativa, publicada en el Registro Oficial 16 de 12 de mayo de 2005, artículo 20.

²¹ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial 312 de 13 de abril de 2004, artículo 6.

²² Decreto Supremo 256, publicado en el Registro Oficial 785 de 18 de abril de 1975.

²³ "Con el presente análisis que lleva implícito el clamor de nuestro Estado de Derecho para que se expida una ley orgánica de procedimientos, planteo que a partir de 1998 en que se promulgó la Constitución Política que nos rige, el fundamento de las relaciones de Derecho Administrativo en el Ecuador ya no está librado a la casuística de las leyes especiales ni de las reglamentaciones ad hoc. La normativa constitucional ofrece una herramienta eficaz para la defensa de los administrados, al haber consagrado con disposiciones de la más alta jerarquía, principios que uniforman los procedimientos administrativos, garantías del debido proceso que precautelan el carácter tutelar de la relación administrativa, y un sinnúmero de derechos que protegen la libertad y la propiedad de los ciudadanos" Edgar Neira Orellana. "Las Normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común, en Ruptura. Libro Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, tomo II, p. 81.

disposición legal expresa que detalle el procedimiento.

Esa forma establecida por la doctrina parte de un acto administrativo concreto: la declaración de lesividad. Pablo Tinajero Delgado define esta última como un “acto administrativo inimpugnable, que contiene la expresión de voluntad del órgano administrativo competente, mediante el cual se procura el retiro del mundo jurídico, de un acto cuyos efectos benefician a un particular ... y que lesiona los intereses públicos”²⁴.

Cunado un órgano administrativo pretenda revocar uno de sus actos por razones de legalidad debe empezar, entonces, por declarar que ese acto es lesivo a los intereses públicos. Esa declaración se hace a través de un nuevo acto administrativo, al que se da la característica de inimpugnable porque su contenido va a discutirse, necesariamente, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

La declaración de lesividad es la que sirve de fundamento al órgano administrativo para acudir, con la acción de lesividad, ante los jueces contencioso administrativos, para demandar la nulidad del acto administrativo de que se trate.

El Estatuto de la Función Ejecutiva

Es el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva²⁵ el que introduce por primera vez en la legislación ecuatoriana, normas detalladas en relación con la acción de lesividad. Para entender el alcance de esas normas es necesario, previamente, revisar algunos problemas relacionados con el referido Estatuto.

El primer problema se refiere la jerarquía normativa del Estatuto, al que en un principio se pretendió dar el rango de ley²⁶. La jurisprudencia definió con claridad el tema al considerar que el Estatuto era un reglamento subordinado a la ley²⁷, y en la actualidad el propio Jorge Zavala Egas, autor del Estatuto y defensor de su rango de ley admite su carácter reglamentario, si bien por razones diferentes a las que han sustentado quienes se oponían a sus planteamientos²⁸.

El segundo problema tiene que ver con el ámbito de aplicación del Estatuto. Tanto primera disposición transitoria de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada²⁹, que dispuso la expedición del Estatuto, como la Constitución vigente³⁰, se refieren a un régimen jurídico aplicable a la Función Ejecutiva.

En la actualidad, el ámbito de la Función Ejecutiva se determina con claridad en el artículo 118 de la Constitución Política de la República, que al clasificar las instituciones del Estado se refiere en primer lugar a “los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial” y enumera luego varias clases de instituciones, todas ellas personas jurídicas. Del texto constitucional se desprende, entonces, que aparte de una serie de personas jurídicas de derecho público, son parte de las instituciones del Estado las que pertenecen a cada una de sus funciones y que tienen, como característica común, carecer de personalidad jurídica y ser parte de la persona jurídica estado. Más adelante, al desarrollar las normas sobre la Función Ejecutiva, la Constitución se refiere a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, a los ministerios de Estado y a la fuerza pública.

²⁴ Pablo Tinajero Delgado, op. cit., p. 47.

²⁵ Decreto Ejecutivo 1634, publicado en el suplemento del Registro Oficial 411 de 31 de marzo de 1994.

²⁶ Jorge Zavala Egas, *El Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva en el Ordenamiento Jurídico*, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 1995, p. 78.

²⁷ Véase la sentencia en el juicio Carlos Alberto Ibarra Hurtado vs. Directora del Servicio de Rentas Internas, G.J. XVII, 5, 1492-1493.

²⁸ Jorge Zavala Egas, *Introducción al Derecho Administrativo*, Guayaquil, Edino, 2003, pp. 266-270. Zavala sostiene que los textos constitucionales aprobados por la Asamblea de 1998 eliminaron las disposiciones que servían de fundamento al Estatuto del Ejecutivo como ley delegada y, en consecuencia, éste ha perdido ese carácter.

²⁹ Ley 50, publicada en el Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993.

³⁰ Artículo 171, número 9.

Pues bien, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, sin duda con el propósito de establecer un procedimiento administrativo que fuera común al mayor número posible de instituciones, establece que forman parte del Ejecutivo una serie de entidades que la Constitución considera como distintas y separadas de esa función del Estado.

En efecto, el vigente artículo 2 del Estatuto³¹ enumera, como parte de la Función Ejecutiva, no solo a la Presidencia y Vicepresidencia de la República y a los ministerios de Estado³², a los que denomina administración pública central, sino también a la que considera administración institucional, integrada por las personas jurídicas adscritas a las instituciones de la Función Ejecutiva y las personas jurídicas autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integren la administración pública central.

Si volvemos al texto constitucional, las personas jurídicas que el Estatuto considera parte del Ejecutivo, como integrantes de la administración pública institucional, aparecen en el número 5 del artículo 118 de la Constitución como “organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado”. Se trata, entonces, de instituciones que la Constitución considera fuera de la Función Ejecutiva y que, por lo tanto, no podrían integrarse a ella por mandato de un reglamento.

Conforme lo dicho, a partir de 1998, cuando entró en vigencia el artículo 118 de la Constitución Política de la República, la administración pública institucional dejó de pertenecer al Ejecutivo y, por lo tanto, el ámbito de aplicación del Estatuto se restringe a las instituciones de la administración pública central.

Es bueno anotar que la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema no ha considerado este particular y asume como integrantes de la Función Ejecutiva a todas las instituciones enumeradas por el artículo 2 del Estatuto. Eso ocurre, por ejemplo, en el caso del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, al que la Sala aplica las normas del Estatuto en materia de lesividad³³.

Un tercer problema, que se relaciona con el anterior, es el que surge como consecuencia de las reformas de diciembre de 2002³⁴, reformas que sustituyeron el libro segundo del Estatuto para establecer un procedimiento administrativo común para la Función Ejecutiva³⁵ y que tuvieron el serio defecto de mantener intocadas disposiciones que, sobre la misma materia, constaban en el libro primero. Los casos más claros son los de los artículos 94, 95 y 97 del libro primero y 129, 130 y 168 del libro segundo, que regulan de manera distinta las irregularidades de los actos administrativos (anulabilidad y nulidad de pleno derecho) y la acción de lesividad.

La solución obvia es aplicar los principios generales del derecho en materia de conflictos normativos y considerar que, entre normas de igual jerarquía, la posterior sustituye a la anterior aunque no lo diga expresamente; es la derogatoria tácita a la que se refiere el artículo 37 del Código Civil. Las normas del libro primero del Estatuto, según esto, estarían derogadas en todo lo que se oponga a las que constan en el libro segundo.

Pero el problema se complica si atendemos al ámbito de aplicación que el Estatuto fija para cada uno de sus libros; mientras el libro primero se aplica tanto a la administración pública central como a la institucional³⁶, el libro segundo se limita a contener normas para la

³¹ Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

³² Se incluyen los órganos adscritos y dependientes, tanto a la Presidencia y Vicepresidencia, como a los ministerios de Estado.

³³ Sentencia de 27 de mayo de 2002, juicio Guido Tadeo Garzón Ponce vs. Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, G.J., XVII, 10, 3341. El Instituto Nacional de Desarrollo Agrario es una persona jurídica de derecho público, adscrito al Ministerio de Agricultura y Ganadería y, por lo tanto, es parte de lo que el Estatuto denomina administración pública institucional (Ley de Desarrollo Agrario, publicada en el suplemento de Registro Oficial 315 de 16 de abril de 2004).

³⁴ Decreto Ejecutivo 3389, publicado en el Registro Oficial 733, de 27 de diciembre de 2002.

³⁵ Estas reformas recogen el texto de la ley española de procedimiento administrativo.

³⁶ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 1.

administración pública central³⁷.

Esto quiere decir que, si aceptamos lo dicho anteriormente sobre la indebida extensión del Estatuto a la administración pública institucional, las normas del libro primero que se opongan a las reformas introducidas en 2002 deben considerarse derogadas; pero si ese criterio es rechazado, las normas del libro primero, en lo que contradigan a las del segundo, mantienen su vigencia y son aplicables a las instituciones de la administración pública institucional.

Como veremos enseguida, la alternativa que se escoja produce consecuencias directas en el tema de la acción de lesividad.

La acción de lesividad en el caso de la administración pública central

Empecemos por analizar la forma en que el Estatuto regula la acción de lesividad en el caso de las instituciones de la administración pública central.

El Estatuto sí contiene normas detalladas en materia de revocación de actos administrativos y parte de distinciones como las que hemos hecho más arriba.

El número 1 del artículo 170, por ejemplo, se refiere a los actos de gravamen y dispone la posibilidad de que la administración los revoque “siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”.

También diferencia entre la revocación por razones de oportunidad y la que se funda en motivos de legalidad.

En el primer caso, el artículo 92³⁸ dispone que es posible revocar un acto administrativo por razones de oportunidad siempre que, cuando esa revocación “afecte total o parcialmente un derecho subjetivo”, se pague “la debida indemnización por el daño que se cause al administrado”.

En materia de revocación por razones de legalidad, el Estatuto parte de distinguir dos clases de irregularidades en el acto administrativo: las que producen nulidad de pleno derecho y aquellas que generan anulabilidad.

Son causas de nulidad de pleno derecho, conforme el artículo 129, las siguientes:

- a) La lesión ilegítima de los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República;
- b) La incompetencia del órgano por razón de la materia, del tiempo o del territorio;
- c) El contenido imposible de un acto;
- d) El hecho de que el acto sea constitutivo de infracción penal o que se dicte como consecuencia de ésta;
- e) El haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;

³⁷ Ibid., art. 100.

³⁸ Este artículo se encuentra en el libro primero del Estatuto, pero es aplicable por no existir, en el libro segundo, ninguna disposición expresa relacionada con la revocación de actos por razones de oportunidad.

- f) Otorgar facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y,
- g) Cualquier otra causa establecida expresamente en una disposición de rango legal.

Cualquier otra irregularidad del acto, dice el artículo 130, incluida la desviación de poder, produce anulabilidad.

La diferencia fundamental entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad tiene que ver con la convalidación, que solo es posible en el caso de los actos anulables³⁹.

Pero también el tratamiento es distinto, para los actos nulos de pleno derecho y para los anulables, en materia de revocación.

Para revocar los actos anulables, dice el artículo 168, el Presidente de la República, los ministros de estado o las máximas autoridades de la administración pública central, según el caso, deberán expedir la correspondiente declaración de lesividad del acto, “a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”. El mismo artículo establece que la declaración de lesividad debe hacerse después de oír a cuantos aparezcan como interesados en el acto que se pretende revocar y en ningún caso si han transcurrido tres años desde que se dictó el acto.

El número 3 del mismo artículo 168 dispone que, una vez iniciado el procedimiento para declarar la lesividad, la correspondiente declaración debe hacerse dentro de los tres meses siguientes, produciéndose en caso contrario la caducidad del procedimiento. Para iniciar la acción de lesividad si fija el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.

En los demás casos, esto es, cuando se presenten causas de nulidad de pleno derecho, debe aplicarse la disposición del número 1 del artículo 167 del Estatuto:

La Administración Pública central, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, declarará de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en este estatuto.

Los supuestos a los que se hace referencia son, indudablemente, los que el artículo 129 establece para la nulidad de pleno derecho pues, como hemos visto, de existir anulabilidad debe recurrirse a la acción de lesividad. Ese es, precisamente, el sentido de la norma que consta en el artículo 102.1 de la ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de la que es una copia el número 1 de nuestro artículo 167⁴⁰; la diferencia está en que mientras el texto español es más preciso en relación con la copia ecuatoriana, pues se refiere expresamente al artículo que contiene las causales de nulidad de pleno derecho.

Conforme lo dicho, el Estatuto admite que los órganos de la administración pública central pueden revisar de oficio sus propios actos, cuando éstos se encuentren afectados por causas de nulidad de pleno derecho; sólo si la irregularidad que afecta a un acto administrativo es de

³⁹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 134, número 1.

⁴⁰ El artículo 102.1 de la ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dice: Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.”

aquellas que producen anulabilidad, debe recurrirse a la acción de lesividad.

Es importante resaltar, como lo hace Garrido Falla en el caso del texto español⁴¹, que no existe plazo alguno para que la administración pueda revocar sus actos afectados por causas de nulidad de pleno derecho; esto se desprende de las palabras “en cualquier momento”, que utiliza el número 1 del artículo 167 del Estatuto.

La acción de lesividad en el caso de la administración pública institucional

Si, como dijimos más arriba, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva no puede extenderse a las que denomina instituciones de la administración pública institucional, éstas deberían someterse a las reglas generales que, en materia de recurso de lesividad, se han definido a partir de la letra d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En caso contrario, las normas sobre la acción de lesividad a las que nos hemos referido en el apartado anterior no serían aplicables pues, como indicamos, el ámbito del libro segundo del Estatuto, en el que se encuentran, se limita a las instituciones de la administración pública central. Quedan, sin embargo, las disposiciones que sobre la materia constan en el libro primero, aplicable también a la administración pública institucional, y que no han sido derogadas expresamente.

Esas normas contienen, como veremos enseguida, reglas diferentes a las del libro segundo.

Esas reglas diferentes se limitan, sin embargo, a las causales de nulidad y a los casos en que es exigible la acción de lesividad. En temas como la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, existe una norma general, aplicable tanto a la administración pública central como a la institucional, que consta en el artículo 92 del Estatuto y según la cual, como lo anotamos en su momento, procede la revocación siempre que se pague “la debida indemnización por el daño que se cause al administrado”.

Esta misma disposición debe considerarse aplicable a la revocación de actos de gravamen, pues ninguna norma expresa contiene el libre primero en relación con este punto; es evidente que, al tratarse de actos que imponen cargas a las personas, en este caso no procede el pago de indemnización alguna.

Las causas de nulidad de pleno derecho, que serían aplicables a la administración pública institucional, constan en el artículo 94 del Estatuto y son las siguientes:

- a) Incompetencia del órgano en razón de materia, territorio o tiempo;
- b) Que el objeto del acto sea imposible o constituya un delito;
- c) Que los presupuestos fácticos no se adecúen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento;
- d) Que el objeto del acto sea la satisfacción ilegítima de un interés particular “en contradicción con los fines declarados por el mismo acto”; y,
- e) Falta de motivación.

Saltan a la vista las diferencias entre estas causas y las transcritas anteriormente, enumeradas por el artículo 129; no vamos a hacer un análisis detallado del tema y nos limitamos a resaltar que

⁴¹ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 2001, tomo III, p. 25.

el artículo 129 muestra una mayor preocupación por los principios constitucionales del debido proceso.

También en este caso, todas las irregularidades que puedan afectar a un acto administrativo y que no se consideren causas de nulidad de pleno derecho, incluida la desviación de poder, convierta al acto en anulable, conforme el artículo 95:

Todos los demás actos que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico que las señaladas en el artículo anterior, inclusive la desviación de poder, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad tan pronto como dichos vicios sean encontrados con el propósito de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico. La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio.

En el punto concreto de la acción de lesividad, las normas del libro primero del Estatuto son completamente opuestas a las del segundo, pues el artículo 97 reconoce a la administración la facultad de revocar sus actos cuando éstos sean anulables, pero exigen plantear la acción de lesividad en el caso de nulidad de pleno derecho; esto es, completamente lo contrario de lo que sostiene el ya analizado artículo 168. Dice el artículo 97:

La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

También en este caso el artículo 97 exige una declaratoria previa de lesividad, pero en este caso la misma debe ser hecha, mediante resolución, por “el ministro competente”, esto es, aquél que tenga a su cargo el ministerio de Estado al que se encuentre adscrita la entidad de la administración pública institucional de que se trate.

Una vez declarada la lesividad, el inciso final del artículo 97 fija un plazo de tres meses, igual al que consta en el artículo 168, para acudir ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con la acción de lesividad.

Consideraciones finales y una inquietud

Conforme se ha detallado en las páginas anteriores, el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico da a la acción de lesividad no es uniforme.

A partir de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se establece, como regla general, que los órganos administrativos no tienen competencia para revocar, por razones de legalidad, actos administrativos favorables que han causado estado. Para hacerlo deben, necesariamente, proceder a declarar que el acto en cuestión es lesivo al interés público y acudir ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo a través de la acción de lesividad.

Esta regla general se ve modificada en el caso de las instituciones de la Función Ejecutiva, a las cuales se aplica el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Conforme este último, los actos administrativos favorables, que han causado estado, pueden ser revocados directamente por la administración, por razones de legalidad, si tienen irregularidades que produzcan nulidad de pleno derecho; pero si las irregularidades son de aquellas que generan anulabilidad, es necesario recurrir a la acción de lesividad.

Pero a más de las normas indicadas, que se aplican a la que el Estatuto denomina administración pública central, es necesario tomar en cuenta las disposiciones que el mismo cuerpo normativo

contiene para las entidades que pertenecen a la denominada administración pública institucional. En el caso de estas últimas, la potestad de revocar de oficio los actos administrativos puede ejercerse exclusivamente en el caso de actos anulables, pero si se trata de actos que tengan irregularidades de aquéllas que producen nulidad de pleno derecho, debe plantearse la acción de lesividad.

No está de más recordar que, como hemos dicho, hay fundamentos para considerar que la denominada administración pública institucional no puede ser regulada por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. De aceptarse ésto, las normas aplicables a las instituciones que integran esa administración pública serían las de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Finalmente, cabe manifestar una inquietud relacionada con la jerarquía normativa del Estatuto.

Tal como hemos visto, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se desprende que, salvo disposición legal en contrario, los órganos de la administración no pueden revocar por sí mismos sus propios actos y deben, para hacerlo, plantear una acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

El Estatuto, como hemos dicho y se reconoce unánimemente, tiene la jerarquía de reglamento y, en consecuencia, no puede contradecir lo previsto en las leyes vigentes.

Cabe preguntarse, entonces, si es aceptable que el Estatuto, norma de rango inferior, contradiga el carácter general que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa da a la acción de lesividad y la reserve solo para casos específicos, en concreto, los actos anulables de la administración pública central.

VÍAS DE ACCIÓN CONTRA LA INOBSERVANCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA POR PARTE DEL ESTADO

David Padilla Moreno¹

La Comunidad Andina y el Derecho Comunitario

Todo Estado que soberanamente suscribe un Tratado Internacional en virtud del cual se compromete a realizar cierto tipo de actos y dejar de ejecutar otros, tiene en definitiva, la obligación de cumplir los compromisos libremente asumidos en virtud del principio de *pacta sunt servanda*. De este modo se entiende sucintamente que el Ecuador, al haber asumido el compromiso firmado en la ciudad de Cartagena el 26 de mayo de 1969,² se encuentra obligado a cumplir con las prescripciones que derivan del Acuerdo fundacional de la ahora Comunidad Andina, llamado Acuerdo de Integración Subregional Andino, o también conocido como el Acuerdo de Cartagena.

Conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, la ahora Comunidad Andina fue creada con una visión comunitaria de integración, y se encuentra constituida por sus Tratados fundacionales, que son normas de Derecho Internacional Público que han sido negociadas, suscritas, aprobadas y ratificadas de conformidad con lo que cada texto constitucional de los Estados haya previsto para que aquellas disposiciones emanadas de la voluntad consensuada de los mismos, entre a formar parte del ordenamiento nacional. Fue así que, mediante Decreto Ejecutivo No. 1932 de 24 de octubre de 1969, se publicó en la República del Ecuador el Acuerdo de Cartagena. En este importantísimo instrumento internacional se prevé la consolidación paulatina de un proyecto integracionista a fin de cumplir ciertos objetivos claramente detallados en su artículo 1, mediante el establecimiento de determinadas políticas y mecanismos fijados en el artículo 2, lo que se encamina, en definitiva, a alcanzar el fin último de la integración andina, cual es “un mejoramiento persistente en el nivel de vida del habitante de la Subregión”.³

Como datos que reflejan lo favorable de la integración andina, tenemos que el territorio de los cinco Países implica una superficie de 4.710.000 kilómetros cuadrados, con una población

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Diploma Superior en Derecho Internacional Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Asistente de Magistrado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Las ideas expresadas por el autor en éste trabajo son personales y no comprometen a la institución para la cual trabaja.

² Que ha sido modificado en cinco ocasiones por los Protocolos de Lima (1976), de Arequipa (1978), de Quito (1981), de Trujillo (1996) y de Sucre (1997), y tiene una vigencia de más de 36 años.

³ Respecto a este fin último de la integración andina, el Supremo Tribunal comunitario ha señalado en un reciente pronunciamiento, que: “En lo que concierne al mejoramiento del nivel de vida, es decir, de las condiciones económicas, sociales y culturales de los habitantes de los Países Miembros, su procuración, en tanto que finalidad del desarrollo y de la integración, pasa por el aumento de los niveles de renta real per capita y por la evolución de una serie de indicadores económicos, tales como los señalados en el artículo 2 del Acuerdo, es decir, la expansión de las exportaciones globales de cada País Miembro, de la balanza comercial, del producto interno bruto, del empleo y del capital, pero también por la satisfacción progresiva de necesidades fundamentales como la alimentación, la salud, la educación, el trabajo y la seguridad social”. Sentencia dictada en el Proceso 137-IP-2003, del 10 de marzo de 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1034, del 15 de abril de 2004, caso “Demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 4 de la Ley 822 del 10 de julio de 2003”.

estimada de 120 millones de habitantes, y un Producto Interno Bruto que en el año 2002 ascendía a 260 mil millones de dólares. Esto muestra una Comunidad que funciona, de modo satisfactorio, como una Zona de Libre Comercio desde 1993 entre Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela, a la que el Perú se encuentra prácticamente incorporado. Gozamos de un arancel externo común vigente desde el 1 de febrero de 1995 con un nivel promedio de 13,6%; se han ido liberalizando paulatinamente los servicios de transporte en sus diferentes modalidades; ha habido un incremento, en más de 50 veces, de las exportaciones intrasubregionales, al pasar de 111 millones de dólares en 1970, a 5.631 millones de dólares en 2001. El incremento del componente manufacturero de los productos que comercializan los andinos entre sí, ha pasado de 48 por ciento en 1970 a 90 por ciento en el 2001. Ha aumentado en 25 veces la inversión extranjera acumulada, al pasar de 3.400 millones de dólares en 1970, a 84.572 en 2001.⁴ Sin duda, creemos que el aspecto esencial que ha permitido alcanzar estas realidades que hoy constituyen la carta de presentación a nivel internacional de la Comunidad Andina, ha sido la adopción —desde la suscripción del propio Acuerdo de Cartagena— de un ordenamiento jurídico especial, que ha podido ser desarrollado y fortalecido según los requerimientos y urgencias propias del proceso de integración, que goza de características y principios particulares, y que se denomina Derecho Comunitario.

Esta estructura prevista desde sus inicios para el proceso andino de integración se la conoce como de tipo comunitario, y fue elaborada por quienes visionaron una Europa unida pese a su devastación luego de la Segunda Guerra Mundial. Este modelo de integración —que va más allá de lo económico-comercial— dista mucho de la visión estatista que vela exclusivamente por los intereses del Estado, e incluso dentro de éste, por los intereses de ciertos sectores privilegiados, alejándose de un interés comunitario. La integración andina se estructura, por tanto, a través de la división de funciones de un Supra Estado, asignadas a Órganos establecidos para cumplir de manera independiente —tanto de los Estados parte como de entre los propios órganos— los objetivos de la integración. Así, el 28 de mayo de 1979 se suscribió en la ciudad de Cartagena el Tratado de Creación del ahora Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y en la ciudad de La Paz, el 25 de octubre de 1979, el Tratado constitutivo del Parlamento Andino.

Como hemos señalado, esta ambiciosa e importante estructura creada a través de los Acuerdos Internacionales mencionados, tiene cabida en las disposiciones de las Constituciones Políticas de cada Estado Miembro de la Comunidad Andina. A través de la previsión expresa que en ellas se contempla para que cada País pueda ser parte de determinados Tratados que le obliguen y brinden derechos, es posible afirmar que las prescripciones de la Norma Suprema son las que han previsto la cesión libre y soberana de competencias en múltiples materias claramente establecidas en tales Tratados, referidas principalmente a aspectos económico-comerciales, con trascendencia en el campo social y necesarias para alcanzar las pretensiones integracionistas, en cuyo caso, dicha cesión ha consistido en la atribución a la Comunidad Andina, y a sus Órganos que cumplen las distintas funciones para las cuales fueron creados, de la competencia exclusiva y suficiente para realizar las mismas.

Con la vigencia de los Tratados constitutivos de la Comunidad Andina, y con la puesta en funcionamiento de sus principales Órganos de decisión, ejecución, desarrollo y control, se dio también nacimiento a un ordenamiento jurídico autónomo y con características propias, cuyas disposiciones, al igual que las normas de Derecho Internacional Público, vienen a integrarse en los ordenamientos nacionales de cada Estado Miembro. Así, el llamado Derecho Comunitario o de la Integración, conformado por las distintas normativas enunciadas en el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal Andino,⁵ en las que se encuentran tanto las normas

⁴ Referencias estadísticas elaboradas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, y que se encuentran publicadas en la página web <http://www.comunidadandina.org/>.

⁵ **Artículo 1.** - El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

constitutivas o primarias (que son los Tratados fundacionales de la integración) como las normas derivadas o secundarias que emanan de los Órganos comunitarios, se caracteriza por la obligatoriedad, la vigencia inmediata, el efecto directo, y la supremacía de sus disposiciones.

En cuanto a la **obligatoriedad**, el Tribunal comunitario ha manifestado que el ordenamiento andino “es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros, y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo”, por cuanto dicho ordenamiento “regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de derecho”.⁶

La **vigencia o aplicabilidad inmediata** de las disposiciones del Derecho Comunitario implica que las mismas, en principio, no requieren ser adoptadas por la legislación interna de cada País Miembro ya que entran a regir a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC), salvo que en la propia norma conste la fecha de entrada en vigor, o cualquier otra disposición expresa. Esta característica se encuentra explícitamente contemplada en el artículo 3 del Tratado.⁷ Adicionalmente, cabe indicar que las providencias del Tribunal comunitario, emitidas en asuntos particulares, también son exigibles inmediatamente conforme lo dispone el artículo 41⁸ *ibidem*. Por tanto, si las normas del ordenamiento jurídico comunitario rigen, por lo general, en todo el territorio de la Comunidad en forma inmediata, luego de su publicación en la GOAC, es posible reconocer que la falta de distinción entre las normas internacionales y las de Derecho Comunitario del asambleísta constituyente ecuatoriano, que se desprende del artículo 163 de la Constitución Política del Estado,⁹ puede interpretarse de modo que las disposiciones de derecho primario comunitario —que surgen de normas de Derecho Internacional— deben ser publicadas en el Registro Oficial nacional para que sean aplicables en el Ecuador; mientras que las disposiciones de derecho comunitario derivado (Decisiones, Resoluciones y otros), tal como lo establece el propio Tratado constitutivo del Tribunal Andino, son aplicables generalmente sólo con su publicación en la Gaceta de la Comunidad.

Respecto de esta importante característica de la aplicación inmediata del Derecho Comunitario, el Órgano Jurisdiccional andino ha manifestado lo siguiente:

No es necesario ni conveniente, y podría representar una violación al ordenamiento jurídico andino, que cada uno de los países incorpore la norma comunitaria mediatizándola en un instrumento jurídico interno, cuya vigencia está sujeta a la publicación en el correspondiente medio de divulgación oficial. Ello podría, incluso, generar en el proceso de aplicación de las normas el fenómeno conocido como conflicto de la ley en el tiempo, ya que haría suponer que la norma andina no entró en vigencia sino hasta cuando fue reproducida y publicada por el país correspondiente.¹⁰

En cuanto al **efecto directo**, la doctrina especializada nos enseña que las disposiciones del Derecho Comunitario, una vez proferidas y promulgadas por los organismos competentes, “constituyen fuente de derechos y obligaciones y, por consiguiente, pueden ser invocadas ante los jueces nacionales por los particulares de los países miembros de la comunidad

⁶ Sentencia del Tribunal Andino emitida en el Proceso 02-N-86, del 22 de octubre de 1987, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 21, del 15 de julio de 1987.

⁷ “**Artículo 3.-** Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Quando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro”.

⁸ “**Artículo 41.-** Para su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátur en ninguno de los Países Miembros”.

⁹ “**Artículo 163.-** Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgadas en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Andino emitida en el Proceso 07-AI-98, del 21 de julio de 1999, publicada en la GOAC No. 490, del 4 de octubre de 1999.

supranacional, en defensa de sus intereses”.¹¹ Siguiendo la línea sentada por su par Europeo, el Tribunal Andino ha manifestado que el efecto directo de las disposiciones comunitarias, como consecuencia de su aplicabilidad inmediata

... significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez; que de esta manera, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario...¹²

Finalmente, la **supremacía** del Derecho Comunitario se desprende del artículo 4 del Tratado de creación del Tribunal,¹³ se deriva del efecto directo y conlleva la virtud de ser imperativo “y de primar sobre una norma de derecho interno, de manera que allí donde se trate de aplicar normas legales en actos jurídicos contemplados en el derecho de integración deberá acudirse al ordenamiento jurídico comunitario, con prevalencia sobre el derecho interno”. Quienes invoquen a su favor normas de derecho comunitario, “pueden aspirar a que se apliquen para el caso concreto, aunque las disposiciones internas tengan establecido algo diferente”.¹⁴

Por tanto, el Estado incumple sus obligaciones establecidas en el ordenamiento comunitario andino cuando actúa de determinada manera que está vedada por las propias normas de la integración, o porque deja de hacer de modo deliberado lo que ellas prevén. Cabe señalar que el término Estado se hace extensivo a todos los poderes públicos, como ocurre cuando es la Función Legislativa de un País que no aprueba dentro de los lapsos concedidos, las leyes necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones comunitarias, en cuyo caso, de demostrarse que esa inactividad ha producido un daño al no poder gozar de los derechos conferidos por la norma comunitaria, es procedente entablar una acción contra el Estado por su incumplimiento. También ocurre un desacato a la norma de la integración, cuando es el Ejecutivo nacional —o cualquier órgano de la administración pública— que emite disposiciones con carácter normativo que desconocen las prescripciones del derecho común. La doctrina, al respecto, señala que la obligación del Estado de cumplir con las disposiciones comunitarias, y de la correspondiente responsabilidad por su desacato, “es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho Comunitario independientemente de cuál sea el órgano del estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento”.¹⁵

Acciones contra la inobservancia del Derecho Comunitario

Todo Estado que desconozca el ordenamiento vinculante de la Comunidad Andina, se encuentra, por tanto, incumpliendo disposiciones de carácter supranacional, y deberá resarcir a los perjudicados por los daños producidos a causa de dicho incumplimiento, además de ser susceptible de ser sancionado por la Comunidad mientras el desacato perdure.

En efecto, como ha sido manifestado anteriormente, en virtud de las características esenciales del Derecho de la Integración andino de supremacía, efecto directo y aplicabilidad inmediata, el Estado se encuentra obligado a cumplir con las disposiciones comunitarias, por cuanto los

¹¹ Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, editorial Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie). Bogotá, 2002, p. 211.

¹² Sentencia del Tribunal Andino emitida en el Proceso 03-AI-96, del 24 de marzo de 1997, publicada en la GOAC No. 261, del 29 de abril de 1997.

¹³ **Artículo 4.-** Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

¹⁴ Mauricio Alfredo Vega Plazas, *Derecho Tributario Comunitario. La Harmonización Tributaria en el Sistema Andino de Integración*, editorial Legis, Madrid, 2001, p. 144.

¹⁵ Martín Araceli Mangas y Diego Liñán Noguerras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 433 y 434.

objetivos y fin último que ellas prevén no sólo benefician a los Países Miembros, sino principalmente a los ciudadanos que conforman la Comunidad, quienes son los principales y más importantes destinatarios del proceso de integración. Ello explica el derecho de todo ciudadano comunitario que se vea beneficiado por una disposición del ordenamiento andino, de exigir al Estado —en virtud de los Tratados fundacionales de la propia Comunidad— el cumplimiento de sus obligaciones, y también de reclamar el resarcimiento por los daños causados en caso que dichas obligaciones efectivamente no hayan sido cumplidas.

Al haber quedado automáticamente desprovisto el legislador nacional de competencia para normar aquellas materias que han sido encargadas a la regulación por parte de la Comunidad Andina, según las normas fundacionales del ordenamiento integracionista, compartimos la opinión del Tribunal comunitario en el sentido que “El legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común ...”.¹⁶

Por tanto, las normas de la integración andina al ser aplicables de modo inmediato, adquieren estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados, y generan en todo Juez nacional la obligación de aplicarlas, lo que se suma a la potestad que tienen los beneficiarios de esas normas —fundamentalmente los particulares— de ejercer las acciones necesarias para obtener su aplicación efectiva.

En ese contexto, tenemos que la responsabilidad del Estado surge, “en principio, siempre que el Derecho Comunitario impone ... la obligación de alcanzar un resultado concreto”.¹⁷ Si el Estado, en beneficio de sus propios intereses o por causa de cualesquiera otra medida, desconoce en forma unilateral sus obligaciones comunitarias, en desmedro de los intereses de los demás Estados, de los objetivos y fin de la integración, y por ende de los ciudadanos de la Comunidad, está afectando gravemente la confianza que debe presidir las relaciones entre los Países Miembros y, conforme lo ha expresado recientemente nuestro Tribunal comunitario en un reciente e importante fallo:

(...) tiene la obligación de reparar las consecuencias que sobrevengan del mismo, ya que si los Países Miembros o particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos fueran lesionados por una violación del Derecho Comunitario imputable a un País Miembro, la plena eficacia de las normas comunitarias se vería seriamente cuestionada, y menoscabada la protección de los derechos que ellas consagran. (...) el incumplimiento grave, por parte de un Estado Miembro de sus obligaciones y compromisos comunitarios ... no sólo infringe la norma correspondiente, sino que atenta contra las bases del Acuerdo de Cartagena y del proceso de integración.¹⁸

La protección de los derechos vulnerados de los particulares, como principales destinatarios del proyecto integracionista, viene a ser la razón principal que sustenta la responsabilidad de los Estados que necesariamente debe alcanzar el resarcimiento patrimonial. En tal virtud, y de modo histórico, consideramos que el Tribunal Andino reconoció en esta última sentencia que todo País Miembro incumplidor se encuentra obligado a adoptar las medidas necesarias a fin de cesar el incumplimiento declarado, debiendo abstenerse de emitir nuevas medidas que vulneren el ordenamiento conforme a lo sentenciado por el Tribunal, “sin perjuicio del derecho de los afectados ... para que puedan perseguir, en la vía interna, la reparación de los daños y perjuicios que pudieran corresponder”.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Andino emitida en el Proceso 02-IP-90, del 20 de septiembre de 1990, publicada en la GOAC No. 69, del 11 de octubre de 1990.

¹⁷ Ricardo Alonso García, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Civitas, Madrid, 1997, p. 76.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Andino emitida en el Proceso 118-AI-2003, del 14 de abril de 2005, publicada en la GOAC No. 1206, del 13 de junio de 2005.

Es evidente, por tanto, que el derecho de los particulares a reclamar cualquier indemnización nace por la existencia previa de normas comunitarias que crean derechos subjetivos a su favor, por lo que la decisión de cualquier autoridad con potestad jurisdiccional viene únicamente a declarar esos derechos. En todo caso, compartimos la opinión sentada desde antaño en Europa, en el sentido de que el Juez que conozca de un posible desconocimiento por parte de un Estado de las prescripciones del Derecho Comunitario, deberá reconocer primero la existencia de los derechos que esas normas prevén a favor de los demandantes, la violación que ha sido perpetrada por parte del Estado, y el nexo causal entre tal desacato y el daño sufrido.¹⁹

Bajo esta línea de reflexión tenemos que para el caso de la Comunidad Andina —y particularmente el Ecuador— la acción de incumplimiento prevista en el Tratado de Creación del Tribunal es independiente de la acción que el propio Tratado prevé en su artículo 31.²⁰ En consecuencia, todo particular que se vea perjudicado en sus derechos, sobre la base de una disposición del ordenamiento comunitario que le confiera tales derechos, podrá entablar cualquiera de las siguientes acciones, cuyos procedimientos son independientes aunque también excluyentes.²¹

(i) La acción de incumplimiento ante el Tribunal comunitario, previo el agotamiento del procedimiento administrativo a instancias de la Secretaría General de la Comunidad Andina, en cuyo caso, de existir una sentencia favorable del Tribunal, se podrá requerir al Juez nacional la indemnización de daños y perjuicios por parte del Estado, en virtud de lo previsto en el artículo 30 del mencionado Tratado.²² Es importante destacar que ha sido un desarrollo andino, sin duda de gran valor jurídico, y que va más allá de lo previsto en el sistema europeo, haber incorporado en la última modificación del Tratado constitutivo del Órgano Jurisdiccional de la Comunidad, el derecho de los particulares a acceder en forma directa a la justicia comunitaria, para lo cual, como requisito esencial de procedibilidad de la acción, deben demostrar el derecho subjetivo que los legitima para demandar al Estado sobre la base de las disposiciones comunitarias aplicables.

(ii) Acudir directamente ante el Juez nacional de conformidad con el derecho adjetivo aplicable de cada País. Consideramos que dependiendo del órgano del Estado por cuya acción u omisión se estén violado los derechos de los particulares consagrados en una norma del ordenamiento comunitario, cabría interponer la respectiva acción —administrativa o contenciosa— según las prescripciones de la legislación nacional. De este modo, en el Ecuador podrán aplicarse las disposiciones consagradas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva²³ cuando sea algún órgano o entidad que integra la Administración Pública Central e Institucional y que dependa de la Función Ejecutiva, al que deba denunciarse por la violación de la norma jerárquicamente superior. También serán aplicables, consecuentemente, las

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, emitida en los Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, casos *Andrea Francovich y Danila Bonifazi y otros vs. República italiana*, párrafos 40 a 42.

²⁰ “**Artículo 31.** Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

²¹ **Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “Artículo 25.-** Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa”.

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “Artículo 49.- Requisitos adicionales de la demanda en acción de incumplimiento. La demanda de incumplimiento deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46: (...) c) Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional”.

²² “**Artículo 30.-** La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”.

²³ Artículos 69, 77, 79, 83, 100 y ss. De estos últimos cabe destacar el artículo 122 que establece: “Ninguna disposición administrativa podrá contrariar lo preceptuado por otra emanada de órgano superior. Los actos administrativos se someterán a la jerarquía siguiente: a) Tratados Internacionales; b) Decretos Ejecutivos; c) Acuerdos y Resoluciones Ministeriales; y, d) Instructivos, circulares y más actos jurídicos de otros órganos según el orden en la respectiva jerarquía”.

previsiones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, o también toda disposición en materia tributaria, aduanera, comercial, entre otras, que faculte al órgano competente a exigir del Estado (o de cualquier ente, institución o autoridad administrativa que cumpla las funciones de Estado), una actuación determinada que permita cesar con el desconocimiento de la norma comunitaria en beneficio del habitante de la Subregión. Por último, la acción de daños y perjuicios contra el correspondiente órgano del Estado que se encuentre desacatando la norma andina que confiere derechos a favor del particular demandante, será parte de la tutela de esos derechos, lo que deberá ser reconocido y declarado en favor de todo perjudicado.

Cabe señalar que de conformidad con el propio Tratado del Tribunal Andino,²⁴ cuando sea el Juez nacional quien conozca de una causa en la que deba aplicarse una norma comunitaria, podrá o estará obligado —dependiendo de si procede o no un recurso ordinario contra la sentencia que él emita— a requerir la interpretación vinculante que sobre dicha norma profiera el Tribunal de la Comunidad, debiendo suspender el proceso y acoger el pronunciamiento formulado para el caso concreto.

En cualquiera de los dos procedimientos antes referidos, tanto el de resarcimiento por los daños y perjuicios que puede entablarse en virtud de la sentencia de incumplimiento emanada del Tribunal Andino, como en la acción directa contra el órgano nacional que incumple el Derecho Comunitario, la actuación del Juez nacional que conozca de la causa deberá ser muy cautelosa y apegada a los principios que fundamentan el Derecho de la Integración, por cuanto su propio accionar podrá causar responsabilidad del Estado.

Sin embargo, es importante reconocer que si bien la citada disposición normativa del artículo 31 del Tratado de creación del Tribunal Andino, fija la base para entablar el segundo tipo de acción arriba descrita, sería lo más conveniente que el propio ordenamiento comunitario (sea a través de normas primarias o de derecho derivado) desarrolle más ese procedimiento interno para que, bajo el argumento de falta de una ley nacional expresa que regule esa disposición comunitaria, no se pretenda desconocer esta legítima y expresamente prevista vía de acción. Lo contrario llevaría a que se continúen violando los derechos de los particulares consagrados en una norma andina.

Por tanto, al no existir expresamente establecida en la legislación procedimental del Ecuador la atribución de la competencia necesaria para que los Jueces nacionales conozcan de este tipo de acciones, aunque insistimos que dicha competencia se halla claramente fijada en una norma de Derecho Comunitario con primacía sobre las disposiciones internas, creemos que son aplicables ante esta realidad, las reflexiones que el Tribunal Europeo sentenció en casos puntuales, en el sentido que:

... a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario. Debe señalarse, además, que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.²⁵

²⁴ **Artículo 33.-** Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal”.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, emitida en los Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, ya citados, párrafos 42 y 43.

Este criterio ha sido matizado con posterioridad del modo siguiente:

... la reparación de los daños causados a particulares por violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio sufrido, de forma que permita garantizar una tutela efectiva de sus derechos (...) para determinar el perjuicio indemnizable, el Juez nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y, si, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían. (...) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse respecto a las clases de perjuicios indemnizables conforme al Derecho nacional que aplica (...) la reparación, a cargo de los Estados miembros, de los daños que han causado a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio por éstos sufrido. (...) No es conforme al Derecho comunitario una normativa nacional que limite, de manera general, el daño indemnizable únicamente a los daños causados a determinados bienes individuales especialmente protegidos, excluyendo el lucro cesante sufrido por los particulares. (...) admitir que la obligación de indemnización a cargo del Estado miembro interesado pueda limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento de que se trate equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización reconocido por el ordenamiento jurídico comunitario.²⁶

Podemos concluir en consecuencia que es el ordenamiento jurídico comunitario que fija el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños y perjuicios causados por los Estados al incumplir lo en él previsto, en cuyo caso se debe entender que el fundamento normativo que legitima la actuación de los Jueces nacionales que gozan de competencia para conocer de cualquiera de las acciones antes referidas, va más allá de las disposiciones adjetivas nacionales, y se encuentra justamente en aquellas normas de Derecho Comunitario que son de obligatorio cumplimiento y que ostentan de preeminencia en relación a cualquier norma nacional que las contradiga. Estas reflexiones pueden sustentar la interpretación y alcance que se brinde a las normas previstas en los artículos 18, tercer inciso, y 20, primer inciso,²⁷ de nuestra Carta Política, en cuya virtud podrían también fundamentarse las demandas a ser presentadas ante el respectivo Juez para que conozca de las acciones brevemente referidas en el presente trabajo.

Inaplicabilidad de la norma nacional que viola el Derecho Comunitario

Finalmente, consideramos apropiado hacer referencia al incumplimiento del ordenamiento andino por parte del Estado reflejado en la emisión de una disposición normativa nacional —de cualquier nivel jerárquico— que lo desconozca, en cuyo caso se estima que serán perfectamente aplicables las acciones señaladas en el aparte anterior con miras a suspender la aplicación y efectos de dicha norma nacional. De comprobarse el desacato del Derecho Comunitario a causa de la emisión y aplicación de la disposición normativa nacional, cabría incluso el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

No existe una vía expresa y directa para anular una norma nacional que viole el Derecho Comunitario, siendo el único órgano que la puede anular el mismo que la emitió. Al respecto, el Tribunal Andino ha manifestado que “El derecho de la integración no deroga leyes nacionales,

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, emitida en los Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, casos *Brasserie du Pêcheur SA vs. Bundesrepublik Deutschland* y *The Queen vs. Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd.* y otros, párrafos 82, 84, 88, 89 y 94.

²⁷ **Artículo 18.-** (...)

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos”.

Artículo 20.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. (...)”.

las que están sometidas al ordenamiento interno: tan sólo hace que sean inaplicables las que le resulten contrarias. Ello no obsta, por supuesto, para que dentro del ordenamiento interno se considere inconstitucional o inexecutable [léase *nula*] toda norma que sea incompatible con el derecho común ...".²⁸

Recordemos que en virtud de las características del Derecho de la Integración, en caso de conflicto entre una norma comunitaria y una nacional, la más importante consecuencia es que "la ley nacional queda desplazada por la comunitaria"²⁹ sobre la base del principio de supremacía. Asimismo, el Órgano Jurisdiccional Andino ha tenido a bien manifestar que "La norma nacional que de algún modo la contradiga, o resulte irreconciliable con la norma comunitaria andina no es aplicable, sin importar si es anterior o posterior a la norma integracionista".³⁰

En cualquiera de las dos acciones que se interpongan por el incumplimiento del ordenamiento comunitario, se podrá por tanto conseguir que se inaplique la norma nacional que lo desconoce, siendo lo beneficioso de la inaplicación, sin duda, que se dejan de causar los daños a los afectados por el incumplimiento del Estado, aunque sólo existirá un cumplimiento pleno del Derecho Comunitario cuando se elimine del ordenamiento nacional, ya sea derogando o modificando, esa norma que lo viola. Al respecto, el Tribunal Andino ha señalado que:

... el pronunciamiento de una sentencia declarativa de incumplimiento impone al País Miembro demandado, por virtud del artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal, la obligación de adoptar las medidas que fueren necesarias para su ejecución, en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación. ... el País Miembro demandado deberá adoptar en cada caso, vistos la naturaleza y el alcance de las obligaciones que hubiesen sido objeto de la declaratoria de incumplimiento, las medidas de ejecución que fuesen necesarias y suficientes para restablecer el ordenamiento comunitario infringido, toda vez que la inaplicabilidad de la disposición o del acto que hubiese dado lugar a la citada declaratoria se encuentra implícita en la sentencia. Ahora bien, si la infracción deriva de la vigencia de una norma interna, el orden jurídico no se verá restablecido con la simple declaratoria de inaplicabilidad de aquélla, sino que será necesario el retiro de la disposición infractora de aquel orden, sin perjuicio de la reparación de los daños y perjuicios que se hubiesen causado.³¹

En consecuencia, es el principio que prevé la invalidez e inaplicabilidad de una norma inferior por violar una norma superior el que se aplica en el supuesto entre la norma nacional que vulnera las disposiciones comunitarias; inaplicación que expresamente se encuentra regulada en el artículo 274 de la Constitución Política de la República del Ecuador,³² que respalda absolutamente la actuación de cualquier Juez cuando ordene se deje de aplicar la norma nacional que desconozca las disposiciones del Derecho Comunitario. En todo caso, compartimos la opinión de que la anulación o modificación de dicha norma nacional, con lo que se daría plena vigencia y cumplimiento al ordenamiento andino, corresponderá al órgano nacional competente.

²⁸ Sentencia del Tribunal Andino emitida en el Proceso 02-IP-90, ya citada.

²⁹ Sentencia del Tribunal Andino emitida en el Proceso 17-AI-2000, del 31 de enero de 2001, publicada en la GOAC No. 651, del 20 de marzo de 2001.

³⁰ Sentencia del Tribunal Andino emitida en el Proceso 121-IP-2004, del 6 de octubre de 2004, publicada en la GOAC No. 1139, del 12 de noviembre de 2004, caso marca "FRUCOLAC".

³¹ Sentencia del Tribunal Andino emitida en el Proceso 136-AI-2004, del 28 de septiembre de 2005.

³² "Artículo 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.

Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio".

Todas las reflexiones esbozadas en el presente documento han sido efectuadas en la medida que el ordenamiento de la Comunidad Andina es poco conocido en el ámbito nacional y de la propia Subregión, a pesar de ser un Derecho sumamente vigente, innovador e importante para el proceso de globalización que necesariamente rige —y lo seguirá haciendo— en cada uno de los Estados que conforman la Comunidad; más aún cuando existen en la actualidad distintos intereses que inducen al Estado a que adopte determinados compromisos, acciones u omisiones, que desconozcan ese ordenamiento que prevalece sobre cualquier disposición que lo contradiga. Estructurado en beneficio del habitante de este espacio territorial, las características especiales del Derecho Comunitario le otorgan gran importancia para que aquellos que se benefician con sus disposiciones, exijan su observancia y obtengan el resarcimiento por los daños producidos a causa de su incumplimiento, a fin de mostrar al mundo que este proceso andino de integración no es tan solo discurso, sino más bien la aplicación efectiva de compromisos en una Comunidad de Derecho.

EL COMERCIO



DIARIO INDEPENDIENTE • FUNDADO EN 1906

LÍBANO



Siria fue blanco
de críticas en el
funeral de Hariri

AMBIENTE



La lucha contra el
cambio climático
tiene tropiezos

NEGOCIOS



La industria del
mueble se asocia
para competir

100 años,

el inicio de nuestro camino.

Visite nuestra página web: www.elcomercio.com





SilecProTM
Edición Profesional

el universo legal en sus manos....

**Sistema Integrado de
Legislación Ecuatoriana**

Silec Sec
Edición Especial

normalizando el universo legal

**Normativa Jurídica
Vigente**

DVD

Biblioteca de Imágenes
LexRO

Biblioteca de Imágenes del
REGISTRO OFICIAL
ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

LEXIS S.A.
LEGISLACIÓN INDEXADA
SISTEMÁTICA
normalizando el universo legal

Biblioteca de Imágenes del Registro Oficial

Infolex
Biblioteca Digital del Registro

**El Catálogo de la
Legislación Ecuatoriana**

El Juez
Normas de mayor uso en las
Cortes de Justicia del Ecuador

**Pautas para la
Administración de Justicia**

Av. 10 de Agosto N47-190 e Isaac Alberniz Sector La Luz
Telfs: 2417421 - 2417309 - 2416374 - 2416268 Fax: 2417544
Email: AtencionClientes@lexis.com.ec
Quito - Ecuador

REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN CON LA REVOCACIÓN DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Dr. Leonardo Sempértegui O.¹

INTRODUCCIÓN

Dentro de un Estado Social de Derecho, en el cual según la teoría clásica, los ciudadanos hemos suscrito un contrato con el Estado a fin de que este regule y encause el que hacer social, los gobernados esperamos que nuestras autoridades actúen siempre de forma apegada a derecho, y sobretodo con justicia.

Sin embargo, la ausencia de reglas claras en el Derecho Administrativo Ecuatoriano² ha permitido a los funcionarios estatales de todo nivel actuar arbitrariamente, esto es apegados más a sus propias convicciones o conveniencias que al Derecho y a la Justicia, error lamentable que los ciudadanos, y especialmente los Abogados, no nos hemos preocupado de perseguir con la finalidad de acabar con tal problema.

A diario se verifica esta nociva práctica, ya que mediante un simple acto de funcionario, del cual muchas veces no queda vestigio escrito³ alguno, se deniegan derechos, se impide el acceso a derechos otros jurídicamente válidos, se generan y revocan actos sin seguir ningún procedimiento establecido, violentando de esta forma varios de los derechos constitucionales establecidos a favor de los administrados.

Con la finalidad de estructurar debidamente este trabajo, procederemos a analizar brevemente las formas de actuación administrativa, y a continuación se estudiara las modalidades de revocatoria de dichas actuaciones, su juridicidad y las consecuencias para el ciudadano afectado por esta revocatoria

FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Dada la incompleta formación del Derecho Administrativo ecuatoriano, que quedó expresada en líneas anteriores, para realizar análisis de las instituciones administrativas es necesario recurrir al texto del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), decreto que regula los procedimientos y formas de actuación para la dicha función del Estado. Por otra parte, en el Art. 126 y siguientes de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal se hace breves referencias a las formas de actuación de los concejos municipales, las mismas que no son consideradas en este análisis, ya que se refieren básicamente a actos administrativos, subdivididos en las especies de ordenanza, acuerdo y resolución.

¹ Doctor en Jurisprudencia y Abogado. Socio del Estudio Jurídico SEMPÉRTEGUI ONTANEDA Abogados, donde ejerce la profesión en áreas relativas al Derecho Público.

² No contamos con un Código Administrativo de carácter general, sino con normas dispersas enfocadas a la Administración Central, al Régimen Seccional Autónomo, y a las Instituciones autónomas, cuya creación se ampara en el Art. 118 No. 5 de la Constitución.

³ Con lo cual se incrementa la dificultad del ejercicio de la tutela judicial de la actuación administrativa.

Retomando lo establecido en el ERJAFE, a continuación se citan los distintas especies de actuación administrativa:

Acto Administrativo: “Declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”.

Esta es la principal y clásica forma de actuación administrativa, la que será materia de posterior estudio, en el análisis de la revocatoria de las actuaciones administrativas.

Actos de Simple Administración: “Toda declaración interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.”

Poco se dirá sobre la revocatoria de los actos de simple administración y ulteriores consecuencias de la misma, en el caso de los actos de simple administración, ya que todo su contenido se debe plasmar en una actuación administrativa directa.

Hecho Administrativo: “Toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión de acto administrativo previo”.

Esta categoría de actuación administrativa merece especial atención, ya que es común que ciertas entidades, sobre todo las del régimen seccional autónomo, actúen a través de hechos administrativos, que generalmente no se encuentran precedidos de actos administrativos formales, inclusive se actúa fuera de la ley, ante lo que nos encontraríamos frente a una *vía de hecho administrativa*⁴. En este caso, el hecho administrativo es la fuente de efectos jurídicos directos sobre el administrado y como tal tiene igual categoría que el acto administrativo, en especial en lo relativo a la impugnación y, a criterio del autor, a la revocación.

En el ERJAFE solamente se prevé la posibilidad de revocatoria de los actos administrativos, sea directamente (por razones de oportunidad o de legitimidad) o indirectamente (mediante la declaratoria y acción de lesividad), con la consiguiente consecuencia para el administrado, sin analizar la revocatoria de los hechos administrativos, la cual podría tener igual o superior trascendencia para los ciudadanos.

En todo caso, **la revocatoria de los hechos administrativos debería también ser una acción real**, o en los casos en los que se haya combinado actos y hechos administrativos, la revocatoria también debe consistir en la remediación de las dos formas de actuación administrativa. Inclusive consideramos que si debido a un acto o hecho administrativo de autoridad pública, un tercero particular actuó de una determinada manera, la Administración es responsable de remediar o compensar la actuación de dicho particular, a favor del administrado afectado por la errónea e irregular forma de actuar de la Administración.

Contrato Administrativo: “Acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.”

La norma prescribe que en este caso se trata de una actuación de voluntad común, entre la Administración y el administrado, debiendo previamente a la suscripción del contrato generarse un derecho para el administrado, mediante acto administrativo de adjudicación.

Reglamento: “Declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa”.

⁴ Roberto DROMI, “Derecho Administrativo”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 243.

En este estudio, no se analizará la posibilidad de la revocatoria de actos generales, tales como los reglamentos, ya que tal actuación no beneficia ni perjudica directamente a ningún administrado..

EXTINCIÓN DE LA VOLUNTAD ADMINISTRATIVA

Tradicionalmente, la doctrina administrativa y por ende las diferentes legislaciones de cada país, han dedicado mucha más atención y estudio a los actos administrativos que a cualquier otra categoría de actuación con efectos jurídicos directos (hechos administrativos y actos de simple administración). Esto hace que tanto las referencias legales como jurisprudenciales sobre extinción de actuaciones administrativas se concentren en actos administrativos.

La doctrina administrativa es muy amplia y reconoce como formas de extinción del acto administrativo a: 1) cumplimiento del objeto, 2) imposibilidad del hecho superveniente, 3) expiración del plazo, 4) condición resolutoria, 5) renuncia o rechazo del administrado, 6) **revocación**, 7) caducidad, y 8) declaración judicial o de la propia administración, mediante recurso administrativo admitido.

En primer lugar, cabe analizar que es lo que dice el ordenamiento legal nacional sobre la revocación de actos administrativos. Según el Art. 119 de la Constitución, “Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley,...”. Por lo tanto, varios estudiosos ecuatorianos del Derecho Administrativo sostienen que al no concederse en las leyes la facultad expresa de revocación de los actos administrativos a las propias autoridades públicas, estas estarían obligadas a recurrir al procedimiento de lesividad, que implica el concurso de la sede administrativa y judicial; salvando el caso de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que en su Art. 131 establece el procedimiento para la revocatoria de los actos emanados del Concejo Municipal, **la legislación ecuatoriana no autoriza a otras entidades a revocar por sí mismas sus actos administrativos**. Podría pensarse, sin embargo, que la facultad de emitir un acto administrativo trae envuelta en sí la posibilidad de revocarlo, al menos ante ciertas razones, pero la aplicación estricta del principio de legalidad detiene tal aseveración, ya que los límites de la actuación administrativa se encuentran claramente marcados por el texto de la ley.

Ante tal posición, la ley debería prever un mecanismo claro de revocación de actos administrativos mediante la declaratoria de lesividad, sin embargo esto no es así. Solamente el Art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa hace una mención indirecta a la acción de lesividad, cuando señala que puede comparecer a demandar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo “el órgano de la Administración autor de algún acto, que en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiera anularlo o revocarlo por sí mismo.”, lo que nos permite deducir que ante la necesidad de revocar un acto (o eventualmente un hecho administrativo) por parte de la Administración, esta se verá obligada a recurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que este declare la lesividad y extinga el acto, en caso de que la ley no le otorgue expresamente la facultad de revocación.

PROCEDIMIENTO PARA LA FUNCIÓN EJECUTIVA

El ERJAFE no es tan extenso como la doctrina en sus apreciaciones sobre las modalidades de extinción de los actos administrativos y señala solamente que **“En general, se extinguirán los actos administrativos por el cumplimiento de alguna modalidad accidental a ellos, tales como plazo o condición”**. De hecho, la revocación no se la considera como una especie de la extinción, sino que se utiliza los términos indistintamente, de forma contraria a lo señalado por la doctrina administrativa.

El Estatuto no es claro con relación a la extinción de actos administrativos. En primer lugar, y a pesar de que ese no es el tema central de este artículo, es necesario plantear que no consideramos que el Estatuto pueda definir formas de extinguir un acto administrativo por parte de la misma Administración, ya que conforme se expresó en párrafos anteriores, esta potestad solo podría ser conferida mediante ley.

Dejando este factor de lado, podemos decir que el Estatuto prevé únicamente dos causas por las cuales la Administración puede dejar sin efecto un acto administrativo: 1) Por razones de legitimidad y 2) Por razones de oportunidad. Se deduciría que estas posibilidades de extinción se aplican a los actos anulables, ya que en el caso de actos que adolecen de nulidad de pleno derecho, el mismo Estatuto establece que habrá que seguir el procedimiento de lesividad (Art. 97 ERJAFE). Sin embargo, esta aparente distinción no es así, ya que el Art.93 del Estatuto, cuando se refiere a la extinción del acto administrativo por razones de legitimidad, establece que “Cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto deberá ser extinguido **cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados**” (Lo resaltado me corresponde). De este texto se entiende que los actos que no pueden ser convalidados o subsanados, es decir los que adolecen de nulidad de pleno derecho, pueden ser extinguidos directamente, por decisión de la Administración, contradiciendo la necesidad de declaratoria de lesividad y concurrencia ante el Tribunal Contencioso Administrativo, establecido por el mismo Estatuto. Sin embargo, como la indemnización por extinción del acto administrativo no se refiere a ninguna de estas dos formas de extinción, dejaremos esta duda vigente, que deberá ser resuelta por la Presidencia de la República, mediante una reforma al Decreto Ejecutivo tantas veces aludido.

Con relación a la extinción del acto administrativo por razones de oportunidad, el ERJAFE establece que esta especie de revocación se da por “razones de orden público”. ¿Qué es orden público, entonces? Orden público, según Guillermo Cabanellas⁵, es “aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades, individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos.” Al no existir una definición legal, la doctrinaria aquí citada nos ayuda a delimitar el concepto de orden público, y por ende, cuando la Administración podría extinguir un acto administrativo.

Esta extinción por razones de oportunidad trae una consecuencia directa: **La obligación de la Administración de indemnizar al particular por el daño que causa la revocatoria**, y de hecho también la modificación, en caso de que solo se dé una revocatoria parcial. Esta indemnización deberá ser determinada en un expediente administrativo, sustanciado de forma sumaria, e instaurado a petición de parte o de oficio. Entendemos que dentro del expediente, en atención a los mandatos constitucionales, se debe permitir al administrado que pruebe el daño que ha sufrido y sobre el que debe compensárselo. En caso de no estar de acuerdo con el valor señalado, se deberá recurrir al Tribunal Contencioso Administrativo para que revea tal decisión, en la que a nuestro criterio deberán tomarse en cuenta los conceptos básicos de indemnización del Derecho Civil, tales como daño emergente, y de ser el caso, lucro cesante, sobre todo en lo relativo a revocatoria o extinción de actos que otorgan derechos sobre los que se basará un contrato administrativo.

RESISTENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN A CUMPLIR SU OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO CAUSADO

La Administración Pública tiene la lamentable costumbre de no cumplir puntualmente sus obligaciones con los particulares, y en el caso que hemos estudiado a lo largo de este artículo la situación es aún más complicada, ya que las autoridades administrativas han estado tradicionalmente acostumbradas a imponer su voluntad sin resistencia del perjudicado, por lo que la exigencia de una reparación se encuentra siempre con muchas dificultades.

⁵ Guillermo CABANELLAS, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Heliasta, Buenos Aires, 1998, tomo 5, p. 697

El Art. 92 del ERJAFE establece que el expediente administrativo para la determinación del perjuicio causado al particular por la revocación del acto administrativo por razones de oportunidad deberá iniciarse de oficio o a petición de parte. Es ingenio pensar que la Administración iniciará de oficio este procedimiento, pero es tortuoso el camino a seguir para que se inicie a petición de parte. Resulta evidente que el expediente a iniciarse para establecer la indemnización a favor del particular es distinto e independiente a cualquier otro trámite que haya precedido a la revocación del acto administrativo, por lo que podría iniciarse con una simple petición, al tenor de lo dispuesto en el Art. 137 del mismo Estatuto. Sin embargo, es práctica usual de la Administración pretender encontrar errores a dicha petición inicial, o argumentar que el derecho “ha prescrito”. Ya que la norma del Art. 92 no prevé prescripción (extinción del derecho) en un plazo determinado, se entiende que se debe estar a lo dispuesto en el Art. 2400 del Código Civil, que manifiesta que la prescripción extintiva procede a los diez años de que el derecho sea exigible.

En varios casos, ante la persistente negativa de iniciar el expediente para determinar la indemnización, se ha debido recurrir a los jueces de derecho para que así lo dispongan a la Administración, mediante amparos constitucionales o recursos contencioso – administrativos.

Luego, la fijación de la indemnización se la hace mediante acto administrativo que, como tal, es unilateral y no necesariamente ha tomado en cuenta los hechos y pruebas aportados por el administrado, sobre el daño causado por la revocación. Como lo dice el artículo antes citado, si el administrado no está de acuerdo con tal indemnización, puede impugnarla judicialmente, sin perjuicio de que el acto administrativo se extinga, lo cual lleva al administrado a un nuevo proceso judicial, esta vez para que la Función Judicial establezca, de ser el caso, una indemnización justa y real.

CONCLUSIONES

Quedan varias inquietudes planteadas a partir de este ensayo, entre otras: La necesidad de establecer con claridad parámetros para que la Administración Pública pueda declarar la extinción de un acto administrativo, sin recurrir a la Función Judicial. Este particular es muy importante, ya que nos permitirá apreciar con claridad cuando la Administración está actuando de forma legítima y cuando arbitrariamente.

Por otra parte, es importante comenzar a entender la verdadera trascendencia de los hechos administrativos, que si bien no son el tema de este artículo, tienen igual importancia que los actos administrativos “clásicos”. Además, la frecuencia con la que ocurren es alta, dada la informalidad de las actuaciones administrativas de muchas entidades, por lo que es necesario desarrollar normas que regulen esta modalidad de actuación administrativa con más rigurosidad.

Por último, si bien el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva establece un mecanismo de exigencia de indemnización en caso de revocación de los actos administrativos por razones de oportunidad, este es un procedimiento excesivamente engorroso, que además queda totalmente en manos de los mismos funcionarios que declararon extinto el acto administrativo, los que difícilmente serán proclives a indemnizar al administrado por una actuación que potencialmente puede ser repetida contra ellos, en virtud del Art. 20 de la Constitución Política de la República. Cabría entonces plantear la posibilidad de la instauración de procedimientos judiciales sumarios de ejecución, para aplicar en este tipo de procedimientos, en los que un juez de Derecho podría mediante una verificación sumaria del daño, determinar la indemnización, sin más trámite para el administrado.

SISTEMA DE CONTROL, FISCALIZACIÓN Y AUDITORIA DEL ESTADO

Valentina Zárate Montalvo

Introducción

Todo Estado estructuralmente organizado prevé un sistema de control de los recursos públicos, con el fin de llevar un estricto balance de sus ingresos y egresos y certificar el destino dado a los mismos, el manejo que realizan los empleados públicos y de brindar una mejora en los servicios que brinda. En nuestro país, mediante el Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría, se examina, verifica y evalúa las gestiones: administrativa, financiera y operativa; y, cuando corresponda, la gestión medio ambiental de las instituciones del Estado y la actuación de sus servidores.¹

La ejecución del Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado se realiza por medio del control interno, que es de responsabilidad administrativa de cada una de las instituciones del Estado; y, el control externo, que comprende el correspondiente a la Contraloría General del Estado y el ejercido por otras instituciones pública de control en el ámbito de sus competencias.²

Control Interno

Como se manifestó anteriormente, el control interno es responsabilidad administrativa de cada una de las instituciones del Estado; es un proceso aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada institución, que proporciona seguridad razonable para la protección de los recursos públicos y el alcance de los objetivos institucionales.³

El artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, señala que las instituciones del Estado, sus dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores, actuarán dentro del Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, con el fin de lograr que:

- 1.- Los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos, sin excepción, se responsabilicen y rindan cuenta pública sobre el ejercicio de sus atribuciones, la utilización de los recursos públicos puestos a su disposición, así como de los resultados obtenidos de su empleo;
- 2.- Las atribuciones y objetivos de las instituciones del Estado y los respectivos deberes y obligaciones de sus servidores, sean cumplidos a cabalidad;
- 3.- Cada institución del Estado asuma la responsabilidad por la existencia y mantenimiento de su propio sistema de control interno; y,
- 4.- Se coordine y complemente con la acción que otros órganos de control externo ejerzan sobre las operaciones y actividades del sector público y sus servidores.

¹ Art. 8 Op. Cit.

² Art. 6 Op. Cit.

³ Art. 9 Op. Cit.

El control interno es responsabilidad de cada institución del Estado y tiene como finalidad primordial crear las condiciones para el ejercicio del control externo a cargo de la Contraloría General del Estado.

Según las Normas de Control Interno para el Sector Público de la República del Ecuador⁴, *“las entidades y organismos del sector público tienen una misión que cumplir, para lo cual es necesario dictar las estrategias y objetivos para alcanzarlos.”*⁵ Los objetivos, de acuerdo a esta misma norma, pueden formularse para la organización en conjunto o dirigirse a proyectos o actividades específicas dentro de la misma institución, clasificándose en tres categorías:

- *Operacionales:* Referente a la utilización eficaz y eficiente de los recursos financieros, materiales y humanos.
- *Financieros:* Tiene que ver con la elaboración y publicación de reportes y estados financieros internos y externos de manera oportuna, actualizados y confiables.
- *Legalidad:* Referente al cumplimiento de disposiciones y normativas que le sean aplicables.

La consecución de los objetivos depende del grado de seguridad que proporcione el control interno de la entidad. Para ello, continúa esta norma: *“la máxima autoridad dispondrá la formulación, aprobación y divulgación de los objetivos del control interno, tanto para la entidad, como para sus proyectos y actividades”*⁶.

Asimismo, la *norma ecuatoriana de auditoría No. 10 Evaluación de riesgo y control interno* se refiere a este como:

“ El término sistema de control interno significa todas las políticas y procedimientos (controles internos) adoptados por la administración de una entidad para ayudar a lograr el objetivo de la administración de asegurar, tanto como sea factible, la conducción ordenada y eficiente de su negocio, incluyendo la adhesión a las políticas de administración, la salvaguarda de activos, la prevención y detección de fraude y error, la precisión e integridad de los registros contables, y la oportuna preparación de información financiera confiable. El sistema de control interno va más allá de aquellos asuntos que se relacionan directamente con las funciones del sistema de contabilidad y comprende:

- a) El ambiente de control significa la actitud global, conciencia y acciones de directores y administración respecto del sistema de control interno y su importancia en la entidad. El ambiente de control tiene un efecto sobre la efectividad de los procedimientos de control específicos. Un ambiente de control fuerte, por ejemplo, uno con controles presupuestarios estrictos y una función de auditoría interna efectiva, puede complementar en forma muy importante los procedimientos específicos de control; sin embargo, un ambiente fuerte no asegura, por sí mismo, la efectividad del sistema de control interno.

Los factores reflejados en el ambiente de control incluyen:

- La función del consejo de directores y sus comités.
- Filosofía y estilo operativo de la administración
- Estructura organizacional de la entidad y métodos de asignación de autoridad y responsabilidad.
- Sistema de control de la administración incluyendo a la auditoría interna, políticas de personal, y procedimientos de segregación de funciones.

⁴ Edición Especial Nº 6. Registro Oficial, jueves 10 de octubre del 2002.

⁵ *Ibidem*, norma 110 – 01.

⁶ *Ibidem*.

- b) *Procedimientos de control*, se refiere a las políticas y procedimientos, además del ambiente de control que la administración ha establecido para lograr los objetivos específicos de la entidad.

Los procedimientos específicos de control incluyen:

- Reportar, revisar y aprobar conciliaciones.
- Verificar la exactitud aritmética de los registros.
- Controlar las aplicaciones y ambiente de los sistemas de información por computadora; por ejemplo, estableciendo controles sobre:
 - Cambios a programas de computadora.
 - Acceso a archivos de datos.
- Mantener y revisar las cuentas de control y los balances de comprobación.
- Aprobar y controlar documentos.
- Comprobar datos internos con fuentes externas de información.
- Comparar los resultados de cuentas de efectivo, valores e inventario con los registros contables.
- Limitar el acceso físico directo a los activos y registros.
- Comparar y analizar los resultados financieros con las cantidades presupuestadas.”⁷

Elementos del Control Interno

Constituyen elementos del control interno: el entorno de control, la organización, la idoneidad del personal, el cumplimiento de los objetivos institucionales, los riesgos institucionales en el logro de tales objetivos y las medidas adoptadas para afrontarlos, el sistema de información, el cumplimiento de las normas jurídicas y técnicas; y, la corrección oportuna de las deficiencias de control. ⁸ La Contabilidad Gubernamental, como parte del sistema de control interno, “tendrá como finalidades establecer y mantener en cada institución del Estado un sistema específico y único de contabilidad y de información gerencial que integre las operaciones financieras, presupuestarias, patrimoniales y de costos, que incorpore los principios de contabilidad generalmente aceptados aplicables al sector público, y que satisfaga los requerimientos operacionales y gerenciales para la toma de decisiones, de conformidad con las políticas y normas que al efecto expida el Ministerio de Economía y Finanzas, o el que haga sus veces.”⁹

El control interno comprende, además, los fraudes, errores e irregularidades:

- *Fraudes*: Son actos intencionales por parte de uno o más individuos de entre la administración, empleados o terceros, que dan como resultado una exposición errónea de los estados financieros.
- *Errores*: Son equivocaciones no intencionales en los estados financieros.
- *Irregularidades*: Son diferencias u omisiones de importes o exposiciones en los estados financieros, hechas intencionalmente.¹⁰

⁷ Normas Ecuatorianas de Auditoría N° 10, (de la número 1 a la 31), Registro Oficial 5 del 30 de Septiembre del 2002.

⁸ Artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Registro Oficial 595 de 12 de junio de 2002.

⁹ Art. 13 Op. cit.

¹⁰ Normas Ecuatorianas de Auditoría N° 10 Op. cit.

Tiempos de control

El artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, señala que el ejercicio del control interno se aplicará en forma previa, continua y posterior:

- a). *Control previo.*- Los servidores de la institución, analizarán las actividades institucionales propuestas, antes de su autorización o ejecución, respecto a su legalidad, veracidad, conveniencia, oportunidad, pertinencia y conformidad con los planes y presupuestos institucionales;
- b). *Control continuo.*- Los servidores de la institución, en forma continua inspeccionarán y constatarán la oportunidad, calidad y cantidad de obras, bienes y servicios que se recibieren o prestaren de conformidad con la ley, los términos contractuales y las autorizaciones respectivas; y,
- c). *Control posterior.*- La unidad de auditoría interna será responsable del control posterior interno ante las respectivas autoridades y se aplicará a las actividades institucionales, con posterioridad a su ejecución.

Auditoría Interna

Las instituciones del Estado, contarán con una Unidad de Auditoría Interna, cuando se justifique, que dependerá técnicamente de la Contraloría General del Estado, que para su creación o supresión emitirá informe previo. El personal auditor, excepto en los gobiernos seccionales autónomos y en aquellas dependencias en que por estar amparados por contratos colectivos, se sujetarán al Código del Trabajo, en los que lo hará la respectiva corporación, será nombrado, removido o trasladado por el Contralor General del Estado y las remuneraciones y gastos para el funcionamiento de las unidades de auditoría interna serán cubiertos por las propias instituciones del Estado a las que ellas sirven y controlan.

Por disposición expresa del Contralor General del Estado o de la máxima autoridad que ejerza la representación legal de la Institución, la respectiva unidad de auditoría interna ejecutará auditorías y exámenes especiales, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado,¹¹ organismo que presta su asesoría y asistencia técnica a dichas unidades de auditoría interna de gestión al orientar y coordinar la preparación de su Plan Anual de Trabajo.¹²

Los informes de las unidades de auditoría interna de gestión, suscritos por el jefe de la unidad, deben ser dirigidos a la máxima autoridad de la institución a la que pertenezcan, la que es responsable de adoptar, cuando corresponda, las medidas pertinentes. Las unidades de auditoría interna de gestión, para efecto de determinación de las responsabilidades correspondientes, enviarán a la Contraloría General del Estado, ejemplares de sus informes, en el término de ocho días contado desde la fecha de suscripción, conjuntamente con la documentación probatoria de los hechos informados.¹³

Como hemos podido observar, el control interno abarca diversos aspectos que deben ser tomados en cuenta por cada entidad del sector público. Además de crear un ambiente de control eficaz y mantener un proceso continuo de evaluación, la institución debe procurar un constante mejoramiento de los mecanismos de control, aplicando criterios como la revisión del desempeño de los empleados, procesamiento de la información, controles físicos (arqueos,

¹¹ Artículo 14 Op. cit.

¹² Artículo 16 Op. cit.

¹³ Artículo 17 Op. cit.

constataciones físicas, inspecciones, etc.), separación de funciones (sin que ello signifique la creación de nuevos cargos), rotación de personal y evaluación y seguimiento de órdenes impartidas para comprobar si efectivamente fueron acatadas. Estos criterios expuestos se encuentran regulados en las Normas técnicas de Control Interno, expedidas por la Contraloría General del Estado y publicadas en el Registro Oficial de 6 de octubre de 2002, las cuales incluyen los siguientes grupos:

- 100-00.- Normas Generales de Control Interno
- 110-00.- Fundamentos de Control Interno
- 120-00.- Componentes del Control Interno
- 130-00.- Herramientas de evaluación de los componentes del Control Interno
- 140-00.- Normas Gerenciales de Control Interno
- 200-00.- Normas de Control Interno para el área de Administración Financiera Gubernamental.
- 210-00.- Normas de Control Interno para Contabilidad Gubernamental
- 220-00.- Normas de Control Interno para Presupuesto
- 230-00.- Normas de Control Interno para Tesorería
- 240-00.- Normas de Control Interno para anticipos de fondos y cuentas por cobrar.
- 250-00.- Normas de Control Interno para el área de Inversiones en existencias y bienes de larga duración.
- 260-00.- Normas de Control Interno para Deuda Pública
- 300-00.- Normas de Control Interno para el Área de Recursos Humanos
- 400-00.- Normas de Control Interno para el Área de Sistemas de Información Computarizados
- 500-00.- Normas de Control Interno para el Área de Inversiones en Proyectos y Programas.

Control externo

El numeral dos del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado señala que el control externo comprende:

- a. El que compete a la Contraloría General del Estado;
y,
- b. El que ejerzan otras instituciones de control del Estado en el ámbito de sus competencias

Asimismo, el artículo 18 de la mencionada ley, manifiesta que el control externo que realiza la Contraloría General del Estado se ejerce mediante la auditoría gubernamental y el examen especial, utilizando normas nacionales e internacionales y técnicas de auditoría.¹⁴

La Contraloría es el organismo técnico superior de control, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado por el Contralor General del Estado, quien desempeñará sus funciones durante cuatro años. Tiene atribuciones para controlar ingresos, gastos, inversión, utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos. Es competente para realizar auditorías de gestión a las entidades y organismos del sector público y sus servidores, y se pronunciará sobre la legalidad, transparencia y eficiencia de los resultados institucionales. Su acción se extenderá a las entidades de derecho privado, exclusivamente respecto de los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan.¹⁵

¹⁴ Artículo 18 Op. Cit.

¹⁵ Artículo 211 Op. Cit.

El artículo 122 de la Constitución Política de la República precisa que "Los funcionarios de libre nombramiento y remoción, los designados para período fijo, los que manejan recursos o bienes públicos y los ciudadanos elegidos por votación popular, deberán presentar, al inicio de su gestión, una declaración patrimonial juramentada, que incluya activos y pasivos, y la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias. De no hacerlo, no podrán posesionarse de sus cargos. También harán una declaración patrimonial los miembros de la fuerza pública a su ingreso a la institución, previamente a la obtención de ascensos, y a su retiro.

Al terminar sus funciones presentarán también una declaración patrimonial juramentada, que incluya igualmente activos y pasivos. La Contraloría General del Estado examinará las dos declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones hará presumir enriquecimiento ilícito.

Cuando existan graves indicios de utilización de un testaferro, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares, a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública."

Dentro de este contexto, considero pertinente anotar brevemente los antecedentes históricos la Contraloría General del Estado.

Antecedentes Históricos¹⁶

La Contraloría General de la Nación fue creada el 2 de diciembre de 1927, como consecuencia del asesoramiento prestado al país por la Misión Kemmerer. La Ley Orgánica de Hacienda, publicada en el Registro Oficial N° 448 de 16 de noviembre de 1927, creó al mencionado Organismo de Control, como departamento independiente del gobierno, con el objeto de realizar el control fiscal, compilar cuentas y constituir la oficina central de la Contabilidad del Estado.

Con el Decreto Ley 1065-A se reformó la ley Orgánica de Hacienda de 1927. Estas enmiendas fueron codificadas en 1960, las cuales establecieron que la Contraloría debía tener un sistema moderno de control (Sistema Integrado de Administración Financiera y Control). Se buscaba precautelar, entre otras cosas, la efectiva y eficiente administración de los recursos humanos, materiales y financieros; controlar oportunamente los fondos fiscales y satisfacer las necesidades del servicio público y del desarrollo del país.

En la constitución de 1967 se cambió la denominación de "Contraloría General de la Nación" por la de Contraloría General del Estado y se le asignaron, además, funciones de fiscalización.

En 1977 se sustituyó la Ley Orgánica de Hacienda Codificada mediante la expedición de la ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC) publicada en el Registro Oficial N° 337, de 16 de mayo de ese mismo año. La LOAFYC contenía normas fundamentales que regían la estructura y funcionamiento de la Contraloría General del Estado la cual dejó atrás el simple sistema de Control Fiscal para instaurar un sistema de Control Gubernamental Moderno de los recursos públicos, a tal punto que se constituyó como un Organismo Superior de Control de los recursos de las entidades del sector público y ya no como la oficina de Contabilidad e Intervención Fiscal; este control lo efectúa mediante un examen posterior a las operaciones financieras y administrativas de cada entidad a través de exámenes especiales, auditorías financieras y auditorías operacionales.

¹⁶ Resumen efectuado en base a los antecedentes publicados en: www.contraloria.gov.ec

Finalmente, el 12 de junio del 2002, se publica en el suplemento del Registro Oficial Nº 595, LEY Nº 2002-73, la LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, con el fin de armonizar con los preceptos constitucionales, las disposiciones relativas al control y auditoría en el sector público y de adaptar la gestión de control de la Contraloría General del Estado a las exigencias propias de un Estado moderno.

Ámbito de control de la Contraloría

El artículo 211 de la Constitución Política señala que la Contraloría General del Estado, es un organismo técnico y autónomo que controla el manejo de los recursos públicos, está determinando su ámbito de acción, que abarca a todas las entidades y organismos que perciben recursos de parte del Estado. Inclusive, termina señalando que su vigilancia se extenderá a las entidades de derecho privado que reciban bienes, rentas u otras subvenciones estatales, en lo relativo a la correcta utilización de los mismos. Su ámbito comprende por tanto:

- a) El Gobierno Central, comprendido por:
 - Función Legislativa
 - Función Jurisdiccional
 - Función Ejecutiva.
- b) Organismos Varios
- c) Organismos de Control
- d) Organismos Seccionales
- e) Organismos Financieros
- f) Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

- g) Personas jurídicas de derecho privado con participación estatal.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría establece, a su vez, que: “ Para efecto de esta Ley se entenderá por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.

Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución, hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio, sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la Ley”.

Cabe anotar que para todos los efectos contemplados en la ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, están sometidas al control de dicho organismo, las personas jurídicas de derecho privado con fines sociales o públicos, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria este integrado en el 50% o más, con recursos públicos.¹⁷ Además, las demás personas jurídicas de derecho privado, que no tengan finalidad social o pública aún cuando su capital esté integrado en más del 50% con recursos públicos, y aquellas cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado con recursos públicos en un porcentaje menor al 50%, estarán sometidas a la vigilancia y control de las superintendencias de Compañías, de Bancos y Seguros, o del respectivo órgano de control. La Contraloría General del Estado en estos casos, efectuará el control de los recursos públicos administrados por ellas, a través del accionista, socio o partícipe del sector público, con sujeción a lo establecido en esta Ley, en cuanto a la gestión desarrollada por éste en los órganos de gobierno y administración de

¹⁷ Artículo 4 op. cit

la empresa receptora de los recursos públicos y acerca de las gestiones empresariales, económicas y financieras, mediante el análisis de los estados financieros, informes de auditoría interna y externa y de los administradores y representantes legales, después de cada ejercicio económico. El ejercicio de estas facultades, la Contraloría General del Estado lo efectuará en coordinación con los respectivos órganos de control.¹⁸

Es necesario manifestar, que en el caso de las entidades públicas sujetas a la vigilancia de otros organismos de control externo, la Contraloría General, ejerce su acción en coordinación con los mismos.

Mecanismos de Control

El artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, manifiesta que el control externo que realiza la Contraloría General del Estado se ejerce mediante la auditoría gubernamental y el examen especial, utilizando normas nacionales e internacionales y técnicas de auditoría.

A continuación, incluimos las definiciones contempladas en dicho cuerpo legal respecto de los mecanismos de control de los fondos públicos, recursos y gestión empleados por la Contraloría General del Estado:

- **Auditoría gubernamental.-** Es realizada por la Contraloría General del Estado y consiste en un sistema integrado de asesoría, asistencia y prevención de riesgos que incluye el examen y evaluación críticos de las acciones y obras de los administradores de los recursos públicos.

La auditoría gubernamental, no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, facultades o competencias, cuando éstas hubieran definido la situación o puesto término a los reclamos de los particulares, pero podrá examinar la actuación administrativa del servidor, de conformidad con la ley.

- **Examen Especial.-** Como parte de la auditoría gubernamental el examen especial verificará, estudiará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental, con posterioridad a su ejecución, aplicará las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen y formulará el correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones y recomendaciones.
- **Auditoría Financiera.-** La auditoría financiera informará respecto a un período determinado, sobre la razonabilidad de las cifras presentadas en los estados financieros de una institución pública, ente contable, programa o proyecto; concluirá con la elaboración de un informe profesional de auditoría, en el que se incluirán las opiniones correspondientes.
En este tipo de fiscalización, se incluirán el examen del cumplimiento de las normas legales, y la evaluación del control interno de la parte auditada.
- **Auditoría de Gestión.-** La Auditoría de Gestión es la acción fiscalizadora dirigida a examinar y evaluar el control interno y la gestión, utilizando recursos humanos de carácter multidisciplinario, el desempeño de una institución, ente contable, o la ejecución de programas y proyectos, con el fin de determinar si dicho desempeño o ejecución, se está realizando, o se ha realizado, de acuerdo a principios y criterios de economía, efectividad y eficiencia. Este tipo de auditoría examinará y evaluará los

¹⁸ Ibidem

resultados originalmente esperados y medidos de acuerdo con los indicadores institucionales y de desempeño pertinentes.

A diferencia de la auditoría financiera, el resultado de la fiscalización mediante la auditoría de Gestión no implica la emisión de una opinión profesional, sino la elaboración de un informe amplio con los comentarios, conclusiones y recomendaciones pertinentes.

- **Auditoría de Aspectos Ambientales.**- La Contraloría General del Estado podrá en cualquier momento, auditar los procedimientos de realización y aprobación de los estudios y evaluaciones de impacto ambiental en los términos establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, publicada en el Registro Oficial No. 245 del 30 de julio de 1999 y en el artículo 91 de la Constitución Política de la República.
- **Auditoría de Obras Públicas o de Ingeniería.**- Evaluará la administración de las obras en construcción, la gestión de los contratistas, el manejo de la contratación pública, la eficacia de los sistemas de mantenimiento, el cumplimiento de las cláusulas contractuales y los resultados físicos que se obtengan en el programa o proyecto específico sometido a examen.¹⁹

RESPONSABILIDADES EN EL SECTOR PUBLICO

El artículo 121 de la Constitución Política, señala que “las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado...”. En esa misma línea, el artículo 212 de la Carta Magna declara que la Contraloría General del Estado es el organismo de control con potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal en base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes.

Previamente a la determinación de este tipo de responsabilidades que se desprendan de los informes elaborados por las auditorías internas, la Contraloría General del Estado debe examinar el cumplimiento de los preceptos legales y de las normas de auditoría. A continuación, procede a determinarlas con la debida motivación, sustentándose en los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes. De existir indicios de responsabilidad penal, se debe proceder de acuerdo a lo previsto en los artículos 65, 66 y 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría, como veremos más adelante.

En todos los casos, la evidencia que sustente la determinación de responsabilidades, a más de suficiente, competente y pertinente, debe reunir los requisitos formales para fundamentar la defensa en juicio.

Así mismo, la Contraloría General del Estado debe efectuar el seguimiento de la emisión y cobro de los títulos de crédito originados en resoluciones ejecutoriadas.²⁰

El artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece una presunción de inocencia al manifestar que “se presume legalmente que las operaciones y actividades realizadas por las instituciones del Estado y sus servidores, sujetos a esta Ley, son legítimas, a menos que la Contraloría General del Estado, como consecuencia de la auditoría gubernamental, declare en contrario.” Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, según lo dispuesto en el artículo 40 del mismo cuerpo

¹⁹ Artículos 19, 20, 21, 22 y 23 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

²⁰ Artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

legal, deben actuar con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, pues, de lo contrario, responderán, por sus acciones u omisiones. Así mismo, ningún servidor, funcionario o empleado de las instituciones del Estado, podrá ser relevado de su responsabilidad legal alegando el cumplimiento de órdenes superiores, con respecto al uso ilegal, incorrecto o impropio de los recursos públicos de los cuales es responsable. Los servidores públicos podrán objetar por escrito, las órdenes de sus superiores, expresando las razones para tal objeción. Si el superior insistiere por escrito, las cumplirán, pero la responsabilidad recaerá en el superior.²¹

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado nos presenta tres formas de responsabilidades:

- **Responsabilidad Directa.-** Los servidores de las instituciones del Estado, encargados de la gestión financiera, administrativa, operativa o ambiental, serán responsables, hasta por culpa leve, cuando incurrieren en acciones u omisiones relativas al incumplimiento de normas, falta de veracidad, de oportunidad, pertinencia o conformidad con los planes, programas y presupuestos y por los perjuicios que se originaren de tales acciones u omisiones."
- **Responsabilidad principal y subsidiaria por pago indebido.-** La responsabilidad principal, en los casos de pago indebido, recaerá sobre la persona natural o jurídica de derecho público o privado, beneficiaria de tal pago. La responsabilidad subsidiaria recaerá sobre los servidores, cuya acción culposa u omisión hubiere posibilitado el pago indebido. En este caso, el responsable subsidiario gozará de los beneficios de orden y exclusión previstos en la ley."
- **Responsabilidad solidaria.-** Habrá lugar para establecer responsabilidad solidaria cuando dos o más personas aparecieren como coautoras de la acción, inacción u omisión administrativa que la origine."²²

Estas responsabilidades se pueden manifestar a su vez, en las responsabilidades Administrativa y Civil Culposa.

- **Responsabilidad administrativa culposa**

El artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado señala que "la responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecerá a base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales,..." Además, expone las causales por las cuales un funcionario puede incurrir en responsabilidad administrativa culposa las autoridades, ya sea por acción u omisión.

Causales

1. No establecer ni aplicar indicadores de gestión y medidas de desempeño para evaluar la gestión institucional o sectorial y el rendimiento individual de sus servidores;

²¹ Artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

²² Artículos 42, 43 y 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

2. Cometer abuso en el ejercicio de su cargo;
3. Permitir la violación de la ley, de normas específicas emitidas por las instituciones del Estado, o de normas de carácter generalmente obligatorio expedidas por autoridad competente, inclusive las relativas al desempeño de cada cargo;
4. Exigir o recibir dinero, premios o recompensas, por cumplir sus funciones con prontitud o preferencia, por otorgar contratos a determinada persona o suministrar información, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar;
5. No establecer o no aplicar con sujeción a la ley y normas pertinentes, los subsistemas de determinación y recaudación, presupuesto, tesorería, crédito público y contabilidad gubernamental;
6. No establecer o no aplicar con sujeción a esta Ley y más normas pertinentes los subsistemas de control interno y control externo;
7. No establecer o no aplicar con sujeción a la ley y más normas pertinentes, los sistemas de planificación, administración de bienes y servicios, inversiones públicas, administración de recursos humanos, de gestión financiera y de información;
8. Contraer compromisos y obligaciones por cuenta de la institución del Estado, a la que representan o en la que prestan sus servicios, en contravención con las normas respectivas y sin sujetarse a los dictámenes de la ley; o insistir ilegalmente en una orden que haya sido objetada por el control previo;
9. No tomar inmediatamente acciones correctivas necesarias en conocimiento del informe del auditor interno o externo; o de consultas absueltas por organismos de control;
10. No proporcionar oportunamente la información pertinente o no prestar la colaboración requerida a los auditores gubernamentales, y demás organismos de control y fiscalización;
11. Incurrir en ilegal determinación o recaudación de los ingresos del Gobierno Central, y demás instituciones del Estado;
12. No efectuar el ingreso oportuno de cualquier recurso financiero recibido;
13. Disponer o ejecutar, sin tener atribución, el cambio de planes, programas y estipulaciones relativas a la ejecución de los contratos; y,
14. Las demás previstas en otras normas y disposiciones legales vigentes.

El artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, señala, respecto de las sanciones por esta responsabilidad: “Sin perjuicio de las responsabilidades civil culpable o penal a que hubiere lugar, los dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado que incurrieren en una o más de las causales de responsabilidad administrativa culpable previstas en el artículo anterior, originadas en los resultados de las

auditorías, serán sancionados, con multa de uno a diez sueldos básicos del dignatario, autoridad, funcionario o servidor, de acuerdo a la gravedad de la falta cometida, pudiendo además ser destituido del cargo, de conformidad con la ley. Las sanciones se impondrán graduándolas entre el mínimo y el máximo señalados en el inciso anterior de este artículo, debiendo considerarse los siguientes criterios: la acción u omisión del servidor; la jerarquía del sujeto pasivo de la sanción; la gravedad de la falta; la ineficiencia en la gestión según la importancia del interés protegido; el volumen e importancia de los recursos comprometidos; el haber incurrido en el hecho por primera vez o en forma reiterada.

- **Responsabilidad civil culposa**

Mediante la determinación de la responsabilidad civil se busca principalmente reparar el daño causado cubriendo el valor del perjuicio; al efecto es necesario tener en cuenta dos elementos: la culpa y el daño.

Esto se manifiesta en el Art. 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que prescribe: "La responsabilidad culposa nace de la acción u omisión culposa aunque no intencional (culpa) de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos e indirectos a los bienes y recursos públicos. "

La responsabilidad civil culposa, de acuerdo al artículo citado, genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del código civil.

Procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, imprevención o negligencia²³.

La responsabilidad civil culposa se determinará en forma privativa por la Contraloría General del Estado, cuando por los resultados de la auditoría gubernamental, se hubiere determinado que se ha causado perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de la acción u omisión culposa de los servidores públicos, o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Los perjuicios económicos causados en la administración de bienes, asignaciones, subvenciones, participaciones ocasionales de recursos públicos, concedidas por el Estado o sus instituciones a las personas naturales o jurídicas de derecho privado, estarán sujetos a las disposiciones de la Sección 1 de este Capítulo (Determinación de Responsabilidades) y al procedimiento previsto en esta Sección²⁴.

El perjuicio económico se establecerá en la forma establecida en los numerales 1 y 2 del Art. 53 antes referido los cuales establecen lo siguiente:

- 1.- Mediante la predeterminación o glosa de responsabilidad civil culposa que será o serán notificada a la o las personas implicadas sean servidores públicos o personas naturales o jurídicas de derecho privado, concediéndoles el plazo de sesenta días para

²³ Artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

²⁴ Artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

que las contesten y presenten las pruebas correspondientes. Expirado este plazo, la Contraloría General del Estado expedirá su resolución; y,

2.- Mediante órdenes de reintegro, en el caso de pago indebido. Se tendrá por pago indebido cualquier desembolso que se realizare sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido solo parcialmente. En estos casos, la orden de reintegro será expedida por la Contraloría General del Estado y notificada a los sujetos de la responsabilidad, concediéndoles el plazo improrrogable de noventa días para que efectúen el reintegro. Sin perjuicio de lo expresado, en el transcurso de dicho plazo, los sujetos de la responsabilidad podrán solicitar a la Contraloría General del Estado la reconsideración de la orden de reintegro, para lo cual deberán expresar por escrito los fundamentos de hecho y de derecho y, de ser del caso adjuntarán las pruebas que correspondan. La Contraloría General del Estado se pronunciará en el plazo de treinta días contado a partir de la recepción de la petición y su resolución será definitiva, pero podrá impugnarse en la vía contencioso administrativa.

De acuerdo con el Código Civil ecuatoriano, la culpa puede dividirse en tres clases:

- **Culpa grave.-** Tiene lugar cuando no se han manejado los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios.
- **Culpa leve.-** Es concebida como la falta de cuidado que las personas emplean ordinariamente en sus negocios propios.
- **Culpa levísima.-** Tiene lugar cuando no se administra un negocio como lo haría un buen padre de familia. Se asimila a la falta de cuidado que aplicaría un "diligentísimo" padre de familia en sus propios negocios.²⁵

En virtud de lo señalado, teniendo en cuenta la presunción de inocencia establecida en el Art. 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y la facultad exclusiva otorgada por la Constitución Política de la República y la ley al organismo superior de control de los recursos públicos, para establecer las responsabilidades administrativas y civiles culposas, corresponde a los auditores, en el proceso de la respectiva auditoría, demostrar la inexistencia de la presunción antes referida a través la obtención de la evidencia adecuada y suficiente, mediante la cual compruebe por un lado la violación a las disposiciones legales y normativas pertinentes y se cuantifique debidamente el monto del perjuicio causado.²⁶

El perjuicio desde el punto de vista contable se traduce en una merma del patrimonio de la institución que por partida doble puede provocar disminuciones en los activos o aumentos en los pasivos. Esa disminución en el patrimonio del ente público debe ser debidamente demostrada.

Con el propósito de sustentar debidamente las responsabilidades civiles, es pertinente tener en cuenta la ocurrencia de varios supuestos entre los cuales se incluyen los siguientes²⁷:

- Debe realizarse una auditoría o examen especial con ajuste a las disposiciones legales y a las normas emitidas por la Contraloría General del Estado.
- En el curso del respectivo examen deben comunicarse los resultados a las personas

²⁵ Artículo 29 del Código Civil Ecuatoriano.

²⁶ Curso "Control de Gestión de la Administración Pública", Manual del Participante, año 2005, Contraloría General del Estado.

²⁷ Curso "Control de Gestión de la Administración Pública", Manual del Participante, año 2005.

afectadas a fin de que amparados en el derecho constitucional a la defensa, los involucrados tengan oportunidad de presentar los descargos que estimen pertinentes para desvirtuar los comentarios y conclusiones mediante los cuales se sustenta el establecimiento de las posibles responsabilidades.

- Los auditores deben respaldar mediante las pruebas o evidencias adecuadas, suficientes y competentes obtenidas en el curso del examen, las violaciones legales incurridas, el incumplimiento de las normas, procedimientos y demás instrumentos normativos.
- Debe cuantificarse y demostrarse en forma precisa el perjuicio causado, la disminución del patrimonio institucional, sustentada en la demostración y cuantificación del daño emergente o el lucro cesante. Buena parte de las demostraciones se apoyan en la aplicación de técnicas o procesos de carácter contable.

• **Indicios de responsabilidad penal**

El segundo inciso del Art. 121 de la Constitución Política del Estado establece: "...Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes de los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito...", mismos que se encuentran definidos en el Código Penal. Del mismo modo, el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que "Cuando por actas o informes y, en general, por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado, se establezcan indicios de responsabilidad penal, por los hechos a los que se refieren el artículo 257 del Código Penal, los artículos agregados a continuación de éste, y el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 296, que trata del enriquecimiento ilícito y otros delitos, se procederá de la siguiente manera:

1.- El auditor Jefe de Equipo que interviniera en el examen de auditoría, previo visto bueno del supervisor, hará conocer el informe respectivo al Contralor General o a sus delegados, quienes luego de aprobarlo lo remitirán al Ministerio Público, con la evidencia acumulada, el cual ejercitará la acción penal correspondiente de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal. Dichos informes también serán remitidos a las máximas autoridades de las Instituciones Auditadas;

2.- El Fiscal de ser procedente resolverá el inicio de la instrucción en los términos señalados en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal y solicitará al juez las medidas cautelares que considere pertinentes, en defensa de los intereses del Estado; y,

3.- Copia certificada de la sentencia ejecutoriada, será remitida al órgano competente en materia de administración de personal, para la inhabilitación permanente en el desempeño de cargos y funciones públicas".

• **Peculado**

Se encuentra tipificado en el artículo 257 del Código Penal, el cual establece lo siguiente:

" Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que

hubiere abusado de dineros públicos o privados, de los efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder que estuvieren en su poder o en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional. ..."

- **Conclusión**

Se encuentra tipificado dentro del Art. 264 del Código Penal, en los términos siguientes:

"Concusión.- Los empleados públicos o las personas encargadas de un servicio público que se hubieren hecho culpables de concusión, mandando percibir, exigiendo o recibiendo lo que sabía que no era debido por derechos, cuotas, contribuciones, rentas o intereses, sueldos o gratificaciones, serán reprimidos con prisión de dos meses a cuatro años.

La pena será de prisión será de dos a seis años, si la concusión ha sido sometida con violencias o amenazas. ..."

- **Enriquecimiento Ilícito**

Está determinado en el artículo 296.1 del Código Penal y lo define como: "el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos."

- **Cohecho**

Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa, o recibieren dones o presentes, para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América, a más de la restitución del duplo de lo que hubieren percibido. ..."²⁸

Conclusiones:

Por lo expuesto, se podría decir, sin temor a equivocaciones, que el Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría a cargo de la Contraloría General del Estado constituye el mecanismo idóneo para poner en marcha los mas ambiciosos proyectos de lucha contra la corrupción, que en principio, fue uno de los factores determinantes para la creación del Organismo de Control de las finanzas públicas. Podríamos decir que en el historial de la Contraloría se inscriben, profundas transformaciones en cuanto al control gubernamental, con la implementación de la dependencias de auditoría interna en las entidades estatales que así lo requieren técnicamente, así como el establecimiento de la auditoría ambiental, para estar a tono las exigencias actuales de protección del medio ambiente y del manejo sustentable de los recursos naturales. De ahí la importancia de fortalecer los mecanismos de control en procura de lograr que el Estado cumpla eficazmente con sus planes y proyectos.

²⁸ Art. 285 Código Penal

EL JUICIO EN AUSENCIA

Dr. Ricardo Vaca Andrade

I. Introducción

Un breve análisis de los sistemas procesales penales inquisitivo, acusatorio y mixto, nos lleva a la conclusión de que en cualquier tipo de proceso penal, particularmente en el mixto y en el acusatorio, es indispensable la presencia del imputado y encausado al momento en que se le está juzgando.

Sea en el plenario de antes, o en la etapa del Juicio de ahora, es indispensable la presencia del encausado para que se respete de manera efectiva la garantía del debido proceso, principalmente, la posibilidad de que sobre la base de la contradicción, el acusado pueda ejercer su derecho a la defensa.

Pero, la no comparecencia del encausado al juicio oral es un problema que se da con bastante frecuencia en nuestro medio, como en los de otros países del mundo.

II. La doctrina

Existen posiciones encontradas:

- Para algunos tratadistas y estudiosos del Derecho Procesal Penal DPP, como los españoles ESCUSOL y CORTÉS DOMINGUEZ, "la ausencia del imputado, acusado de un delito, justificada o no, debiera ser siempre causa de suspensión del juicio oral", por las siguientes razones:
 - a) Porque si no está presente el encausado, o acusado ya por el Ministerio Público en su dictamen, no se puede constituir la relación jurídica procesal básica.
 - b) Por razones constitucionales: se priva al acusado de enterarse, personal y directamente, de la acusación que le hace el Ministerio Público, y de los fundamentos de la misma. No puede hacerse escuchar ni contra argumentar ni rebatir la acusación.
 - c) Porque al no estar presente no puede ejercer su derecho a la defensa ni impugnar las pruebas que se presenten en su contra; por ejemplo, no puede contra interrogar a los testigos de cargos y a los peritos, ni cuestionar los informes periciales que se hubieren presentado.
- Para otros, en cambio, que actúan por motivaciones políticas o de política criminal, debe darse paso al juicio en ausencia, por las siguientes consideraciones:
 - a) Por razones de economía procesal: Si el Estado ha incurrido en gastos de investigación policial y actividad del Ministerio Público, el objetivo final - juzgar e imponer la pena al delincuente - no debe dejarse de lado. El fin - hacer efectivo el *Ius Puniendi* - debe alcanzarse a como dé lugar.
 - b) Por razones prácticas: Cuando se ha dado una suspensión, lo más probable es que se dé una y otra y otra más.
 - c) Para evitar impunidades: Los testigos ya no querrán concurrir a un Juicio que se ha pospuesto varias veces. El alejamiento de la fecha del juicio a la de los hechos produce la desdibujación de los mismos.

d) Para evitar una sobrecarga de trabajo para las judicaturas: Las suspensiones originan nuevas providencias, notificaciones a las partes, etc.

Por las consideraciones anteriores, prevalece el criterio mayoritario, especialmente entre los integrantes del Ministerio Público, de que el juicio se celebre en ausencia del acusado, pero a condición de que se cuide "de forma muy cautelosa de que en ningún caso se vulnere el derecho a la defensa y el principio según el cual nadie puede ser condenado sin ser oído" (Jaime MORENO VERDEJO, Fiscal).

III. La tendencia actual en los países europeos:

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la Recomendación (87) 18 "Sobre simplificación de la justicia penal", acordó recomendar a los estados miembros que consideren la posibilidad de permitir a los órganos judiciales sentenciadores celebrar juicios en ausencia, al menos por lo que se refiere a las infracciones menores y atendiendo a la naturaleza de la pena que pudiera imponerse.

Igualmente, la Resolución (75) 11, "Sobre criterios a seguir en el procedimiento en ausencia del inculpado", adoptó, entre otras, las reglas mínimas siguientes:

- que nadie puede ser juzgado si con carácter previo no ha sido efectivamente citado en tiempo hábil que le permita comparecer y preparar su defensa;
- que la citación ha de precisar las consecuencias de la incomparecencia;
- que la sentencia dictada en ausencia debe serle notificada al inculpado;
- que se permita al condenado impugnar la sentencia a través de todos los recursos que fueren procedentes de haber estado presente y a través del recurso de nulidad cuando su incomparecencia a juicio obedeciera a causas involuntarias, teniendo, en caso de que acredite que la ausencia fue justificada, derecho a ser enjuiciado de nuevo en la forma ordinaria.

"La cuestión no es tanto si debe o no permitirse la celebración de juicios sin la presencia del acusado, que creo debe llevar una rotunda respuesta afirmativa, sino que el acento deberá ponerse, por una parte, en el establecimiento de requisitos cuya falta haga imposible la celebración del juicio y, de otro lado, en la instauración de los oportunos sistemas de impugnación para revisar lo hecho en ausencia, entre los cuales se halla específicamente el recurso de anulación". (MORENO VERDEJO Jaime, El Recurso de Anulación, Cuadernos y estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial de España).

En algunos países se ha optado por permitir que el juicio oral se lleve a cabo únicamente en delitos "no graves", que tienen como pena máxima seis años, por ejemplo, aunque la pena que en concreto solicite el Ministerio Público sea inferior.

IV. Diferencia entre rebelde, ausente y prófugo

Rebelde, de acuerdo con el CPC, sería aquel que habiendo sido citado con la demanda no comparece en el término legal. A solicitud del actor se le declarará rebelde, se le hará conocer de esa providencia y no se contará más con él, sino para notificarle la sentencia.

No creemos que el término sea aplicable al procedimiento penal ecuatoriano, porque la relación jurídica procesal penal, a falta de comparecencia del sospechoso o acusado, se establece con el Defensor de Oficio, o el Defensor Público, o con el integrante de la Defensoría Pública Nacional, cuando ésta exista. Y esto aún cuando en estos casos el derecho a la defensa sea una farsa y una hipocresía. No existe declaración de rebeldía. No se deja de contar con el imputado o acusado en ningún momento: las notificaciones se harán siempre y en todos los casos contando con el defensor de oficio. La audiencia de juzgamiento también se cumple, necesariamente, con el defensor, de oficio o contratado.

Ausente sería el imputado o acusado que habiendo tenido noticia, en cualquier forma, de que se ha instaurado un proceso penal en su contra, no ha designado defensor, no ha comparecido a rendir su versión ni a otras diligencias propias de la Instrucción o de la etapa Intermedia; y, en general, se ha desentendido absolutamente del trámite procesal.

Prófugo, como lo llama nuestro Código de Procedimiento Penal, en el Art. 233, sería el encausado en contra de quien se hubieren dictado medidas cautelares personales, que no se han hecho efectivas, que no hubiere designado defensor; y, con mayor razón, en contra de quien se hubiere dictado auto de llamamiento a juicio y no se hubiere presentado a la audiencia de juzgamiento oral. Obviamente, también sería el que habiendo estado privado de la libertad, por una orden de detención o por una de prisión preventiva - o detención en firme - se ha escapado del Centro de Detención o de Rehabilitación y evade la acción de la Policía.

Salvo las medidas cautelares personales - detención y prisión preventiva - no cabe que se dispongan otras requisitorias antes de que se dicte el auto de llamamiento a juicio, como para lograr la comparecencia del acusado a rendir la versión libre o a la audiencia preliminar. Por esta razón, consideramos carente de fundamentos constitucionales y legales la orden de prisión que la dictan algunos jueces, por petición del fiscal, con la finalidad de que el imputado comparezca a rendir una versión que esencialmente es libre y voluntaria, tanto más que las medidas cautelares personales tienen otra finalidad no siempre entendida por algunos jueces, inclusive de cortes superiores, para quienes la pérdida de la libertad sirve para otros objetivos, casi siempre bastardos.

V. La realidad ecuatoriana

- Presentada la denuncia ante la Policía Judicial o ante el Fiscal, o actuando de oficio, como Ministerio Público, el Art. 215 faculta al Fiscal para que "si lo considera necesario", inicie una Indagación previa.
- De ser éste el caso, el Juez penal, siempre a petición del Fiscal (164) puede ordenar la detención de la persona.
- Si se hubiere producido la aprehensión en delito flagrante, el Juez penal legalizará la privación de libertad, dictando la correspondiente orden de detención. (161)
- Si el Fiscal dicta la Resolución Fiscal, (217) puede pedir al Juez que ordene la prisión preventiva. Ésta y las otras medidas cautelares son facultativas del Fiscal en cuanto a pedir las; y lo son también para el Juez penal en cuanto a disponerlas, según el Art. 167 del CPP, pero siempre y cuando haya requerimiento del Ministerio Público. Quede claro que los jueces penales, o Presidentes de Cortes Superiores o el Presidente de Corte Suprema, en los casos de fuero correspondiente no pueden por su sola voluntad ordenar la prisión preventiva del imputado, si no hay petición expresa del Ministerio Público. Bajo eses supuesto tendrá que entenderse la primera parte del Art. 168 del CPP, en cuanto el Juez Penal, puede acceder o no a la petición del Fiscal. Jueces o Ministros de Cortes Superiores que no entienden en qué consiste el sistema penal acusatorio deberían renunciar a sus cargos para permitir que alguien académicamente más capacitado ocupe la judicatura.

1. La relación procesal básica

Se constituye entre el Ministerio Público y el Imputado, (asistido por el abogado defensor) - que para el momento en que se dicte la Resolución Fiscal, debe estar plenamente identificado, como exige el Art. 217 del CPP. Si no se ha podido identificar al sospechoso para darle la calidad de imputado, con sus nombres y apellidos, no tan solo con el alias, como el famoso "chocolate" del caso de los hermanos Restrepo, no es posible que se instaure la acción penal, y ello porque el Ministerio Público no puede atribuir un delito determinado a un sujeto desconocido, o, peor aún como sucedía en el proceso penal anterior, cuando se dictaba el auto cabeza de proceso "para descubrir autores...".

No hay que olvidar que los sujetos procesales a los que se refiere el Título III del Código de

Procedimiento Penal, son: el Ministerio Público, el Ofendido, como sujeto procesal eventual no indispensable, el Imputado, y el Defensor.

Habiéndose hecha pública la Resolución del Fiscal, al haberle notificado al Juez penal; y él, a su vez, haber dispuesto que se le notifique al Imputado, por disposición del Juez penal, personalmente o "por medio" del Defensor de Oficio, Público, o Contratado, existe ya un proceso penal instaurado legalmente.

2. Posibles situaciones:

Que el imputado desconozca absolutamente acerca del proceso penal instaurado en su contra. Nada raro es en nuestro medio que una persona no siquiera se entere de que se ha iniciado un proceso penal en su contra, lo cual se puede dar – cuando los medios de comunicación no han escandalizado con noticias infamantes, porque al designarse defensor de oficio éste se desentiende de la causa, y no hace el más mínimo esfuerzo por ubicar a su defendido gratuitamente; o también cuando el imputado está fuera del país.

Que el imputado se desentienda totalmente del proceso, adoptando una actitud de indiferencia. Esta situación, en cambio, es distinta de la anterior en cuanto el imputado conoce que tiene tal calidad pero no le importa, bien sea porque es totalmente inocente se los delitos que se le imputan, y confía que el Ministerio Público cumpla su cometido legal haciendo acopio de evidencias que demuestren que el sujeto sí participó en la perpetración del delito. Muchos inocentes podrían y deberían esperar confiados que el Ministerio Público, dando fiel cumplimiento a las reglas de la carga de la prueba, demuestre que el imputado sí tiene que ver con el delito; mas, en nuestro medio, luego de la imputación formal que realiza el Ministerio Público, se espera y hasta se exige que el imputado demuestre su inocencia.

Que el imputado asuma una actitud de rebeldía ante la Policía Judicial y el Ministerio Público, en la Indagación previa y en la Instrucción Fiscal; actitud que se podría manifestar mediante varias actitudes: no comparecencia a rendir su versión, no comparecencia a diligencias de reconocimiento material o instrumental, acogerse al derecho al silencio, etc;

Que en la etapa Intermedia no comparezca a la Audiencia preliminar ni el imputado ni su defensor (aunque esté preso);

Que, si está privado de la libertad, se produzcan algunas maniobras para alcanzar la caducidad de la prisión preventiva, con las siguientes posibles consecuencias:

- a) Que una vez recuperada la libertad no se vuelva a tener noticia del acusado, pese a lo cual sí se puede dictar auto de llamamiento a juicio;
- b) Que después de dictado auto de llamamiento a juicio, se evada del centro de detención o de rehabilitación, no se vuelva a tener noticia del acusado, - ahora en calidad de prófugo - y por este motivo no se pueda celebrar la audiencia de juzgamiento;
- c) Que pese a haber recuperado la libertad durante la Instrucción fiscal, porque se revocó la orden de prisión o porque se aceptó caución, si comparezca a juicio, si se le ha llamado a Juicio con orden de detención en firme, situación posible aunque no tan frecuente.

En este punto conviene reflexionar respecto a una cuestión que no parece importante y que tiene que ver con la expedición obligatoria de la detención en firme, siempre y en todos los casos en los que se dicte auto de llamamiento a juicio. Reiteradamente hemos expuesto nuestro criterio de que la detención en firme es inconstitucional, que pese a todos los argumentos y razonamientos se la mantiene vigente únicamente porque el Tribunal Constitucional que conoció la acción de inconstitucionalidad relativa al tema estuvo dominado por el partido político que tanto daño le ha hecho a la juridicidad de este país. Como quiera que sea, es nuestro criterio que la norma del Art. 232 # no debería aplicarse imperativamente en cuanto se

obliga al Juez penal que ordene la detención en firme al dictar el auto de llamamiento a juicio. Se argumentará en contra diciendo que no se puede dejar a discreción del Juez Penal una medida tan aflictiva como es la de privar de la libertad a quien todavía no ha recibido sentencia condenatoria, más aún en nuestro medio penitenciario en el que se mantiene por igual y en el mismo sitio a procesados y sentenciados; se dirá que la mayoría de los jueces son corrompidos y podría quebrarse su decisión por razones ajenas a la justicia, pero todos esos argumentos parten del supuesto de que nuestra justicia es deleznable, frágil y poco confiable; pero, en tal caso, el remedio, no está en la normativa constitucional o procesal sino en la estructura institucional.

Los ecuatorianos deberíamos adquirir conciencia de que ni la prisión preventiva - y ahora tampoco la detención firme - son necesarias, en la mayoría de los casos; y, por tanto, deberían dictarse excepcionalmente, como ordenan los convenios y tratados internacionales, al igual que la doctrina, más aún si se tiene presente que en muchos casos, si se dictan, son la causa de que la justicia penal no sea efectiva. La experiencia nos enseña que no son pocos los casos en los que lo que realmente se busca con el proceso penal no es llegar al cabal descubrimiento de la verdad, sino por el contrario, lo que se busca es alejar a los rivales políticos, de manera definitiva, cuando no extorsionar, chantajear o anular a ciertas personalidades, e inclusive impedir que los procesados hablen y hagan conocer SU verdad y las verdaderas intenciones de sus perseguidores. Y todo esto con la ayuda de ciertos medios que no reparan el pobre papel que cumplen y el mal que están causando a inocentes víctimas forzadas a adquirir la calidad de prófugos. Pero, en ciertos casos, la audiencia de juzgamiento, es decir, el Juicio en ausencia es posible.

3. El juicio en ausencia

En Ecuador existe la posibilidad de que se juzgue en ausencia a un encausado tan sólo si es que el proceso penal se hubiere iniciado después o partir del 13 de Julio del 2000, cuando entró plenamente en vigencia el actual Código de Procedimiento Penal; y ello en razón de que, pese a que el inciso 2º del Art. 121 de la Constitución Política vigente desde el 10 de Agosto de 1998, ya permitía que los juicios por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito se inicien y continúen "aún en ausencia de los acusados", no existía la norma procesal que desarrolle el precepto constitucional porque el Código de Procedimiento Penal de 1983 no contemplaba la posibilidad de que el plenario se dé en ausencia del encausado. Se podría argumentar que la Constitución está por sobre toda otra ley, inclusive el Código de Procedimiento Penal de 1983, pero aún admitiendo que ello es verdad, no puede desconocerse que el Código de Procedimiento Penal es *instrumental* porque permite el juzgamiento de las personas por delitos determinados, es decir, no se puede juzgar a las personas por delitos únicamente contando tan solo con las disposiciones constitucionales; el proceso penal es el *instrumento* propio y regulado por el Derecho Penal Adjetivo que permite la aplicación del Derecho Penal Sustantivo a los casos concretos. En definitiva, en los procesos penales iniciados mediante auto cabeza de proceso antes del 13 de Julio del 2000 no se puede realizar el Plenario en ausencia del acusado; el proceso penal debe paralizarse. No así en los procesos penales iniciados después o partir de esa fecha en los que sí es posible que se cumpla la etapa del Juicio en ausencia del acusado.

La disposición general (233 CPP) ordena que *"Si al tiempo de dictar el auto de llamamiento a juicio, el acusado estuviere prófugo, el juez después de dictado dicho auto, ordenará la suspensión de la etapa del juicio hasta que el encausado sea aprehendido o se presentare voluntariamente, excepto en los procesos penales por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito"*.

Veamos en qué consisten estos delitos:

PECULADO es “la sustracción de caudales o efectos públicos por parte del funcionario público al que le fueran confiados”. (GOLDSTEIN). El Código Penal ecuatoriano lo tipifica principalmente en el Art. 257, y siguientes. El tipo básico prevé una pena de reclusión mayor ordinaria de 8 a 12 años e incapacidad perpetua para el desempeño de cargos públicos.

COHECHO (del bajo latín *confecto*, preparado, arreglado) es la “acción y efecto de cohechar, es decir de sobornar o corromper al funcionario o magistrado. En Derecho romano denominábase *crimen repetundae* (v.) y su concepto solía estar restringido al acto de aceptar el soborno, usando esta última expresión para significar el delito del que compra o corrompe. Actualmente ambas acciones tienen la denominación común de cohecho”. (GOLDSTEIN) Está tipificado en el Art. 285 y siguientes del Código Penal ecuatoriano. El tipo básico prevé pena de prisión de seis meses a tres años y multa de 8 a 16 dólares.

CONCUSIÓN es la “acción y efecto de *concutere*, verbo latino que significa literalmente, sacudir el árbol para que caigan sus frutos. De aquella primitiva y literal significación se pasó a lo que hoy designa la palabra: el delito cometido por el magistrado, juez o funcionario, que, abusando de su poder, comete exacción. Los romanos lo conocían como *crimen repetundae* y se cometía por el hecho del que extorsionaba un lucro de otro infundiéndole miedo al uso de su propio poder. CARRARA lo define como despojo del patrimonio ajeno infundiendo temor, que se hace derivar de la fuerza pública”. (GOLDSTEIN). Como se puede observar, es similar al cohecho. La diferencia radicaría en el hecho de exigir, de pedir, aprovechándose de la función pública. Está tipificado en el Art. 264 del Código Penal ecuatoriano. El tipo básico tiene una pena de prisión de dos meses a cuatro años, multa de 40 dólares y la restitución del cuádruplo de lo que hubieren percibido.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. Según el diccionario de Derecho Penal y Criminología de Raúl GOLDSTEIN, se lo circunscribiría al ejercicio de la Administración Pública y consistiría en “el enriquecimiento obtenido a expensas del ejercicio espurio de la función que el agente desempeña”. El Código Penal ecuatoriano lo incluye a continuación del Art. 296 en tres artículos innumerados: el primero dice que “Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos”; el segundo innumerado prevé una pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito.

De lo que se puede observar, únicamente el delito de peculado es considerado como delito grave en la legislación penal ecuatoriana, puesto que la pena prevista para ese delito es de reclusión; los otros tres tienen penas de prisión.

VI. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL ART. 233

- “... al tiempo de dictar auto de llamamiento a juicio”.- La expresión del legislador no es correcta porque el encausado bien podría no haberse apersonado en la fase y etapas previas del proceso penal: la indagación previa, la Instrucción fiscal y la etapa Intermedia pueden desarrollarse en términos relativamente normales sin la presencia del imputado o acusado; por tanto, esta expresión no se refiere específicamente a los procesos en los que el imputado esté gozando de libertad porque no se ha dictado en su contra orden de prisión; o ya también porque ha ofrecido caución que se la ha aceptado y está vigente.

- “... el acusado estuviere prófugo”.- En realidad, podría tratarse de un acusado o de un encausado, precisión que tiene su importancia, y da origen a dos situaciones distintas, como vamos a ver:

1. En cuanto ACUSADO

Si se trata de un **acusado**, la suspensión procedería cuando "al tiempo de dictar el auto de llamamiento a juicio", el juez considere que el **acusado** está en condición de prófugo, porque en su contra se han dictado medidas cautelares personales, que no se han hecho efectivas;

Porque el acusado ha permitido que se haga efectiva la caución al no haber acudido al llamado del juez penal, dentro del plazo fijado (185), y se hubiere dictado nueva orden de prisión; o,

Porque habiendo estado privado de la libertad ha escapado del centro de detención y no se lo ha recapturado, vale decir, evade la acción de la Policía.

PRÓFUGO, según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de CABANELLAS, sería, en general, el FUGITIVO; y, especialmente, "quien huye de la justicia"; es decir, es "el evadido que anda ocultándose" de la policía o de los administradores de justicia.

2. En cuanto ENCAUSADO

Estamos frente a un **encausado** si se ha dictado auto de llamamiento a juicio; ya hay formación de causa, se ha definido su situación procesal, se ha dictado auto resolutorio, en el que se decide el enjuiciamiento del acusado.

El juez penal ordena la suspensión del juicio, después de haber dictado auto de llamamiento a juicio, que debe estar ejecutoriado, en los siguientes casos:

Si después de dictado el auto de llamamiento a juicio, en el que obligatoriamente debe ordenarse la detención en firme (232 # 4) el encausado no comparece a la audiencia de juzgamiento, porque no se le ha privado de la libertad;

Si después de dictado el auto de llamamiento a juicio el encausado se fuga del establecimiento penitenciario;

Si el encausado que está en libertad bajo caución, (173 A, inc. final) no comparece a Juicio;

Si después de haber recuperado la libertad por caducidad de la prisión preventiva, tampoco comparece a juicio.

- "... ordenará la suspensión de la etapa del juicio hasta que el encausado sea aprehendido o se present [are] voluntariamente"

La suspensión es por tiempo indefinido, hasta que se cumpla la condición fijada en la propia norma, o hasta que prescriba la acción penal, en los términos del Art. 101 del CP, plazos de prescripción que corren irremediablemente, lo cual podría parecer injusto, al menos desde el punto de vista social, porque el sujeto pasivo del proceso penal se estaría beneficiando de su propia decisión negativa, y abiertamente dolosa de no comparecer a Juicio, ocultándose hasta que pase el tiempo necesario. Más justo sería para la sociedad que los plazos de prescripción se interrumpieran hasta que el sujeto sea aprehendido, o comparezca voluntariamente a Juicio.

Es una realidad que la Policía judicial no hace mayor esfuerzo para aprehender a los que están en calidad de prófugos, o en una de las situaciones previstas en el acápite anterior. Esta actitud es la que explica que muchos de los conductores responsables de delitos de tránsito sigan laborando sin mayor problema luego de un corto tiempo de inactividad, hasta que todo quede en el olvido. En lugar de actuar como deberían, se buscan justificaciones de todo tipo y se echa la culpa a la lentitud de la administración de justicia.

En esas condiciones, la suspensión del juicio - básicamente por caducidad de la prisión preventiva, que obedece a muchas causas, o la ineficiencia del sistema carcelario ecuatoriano, - equivale a IMPUNIDAD.

Otros casos de suspensión:

La suspensión también procede en el caso al que se refiere el Art. 175 del Código de Procedimiento Penal de la Policía Civil Nacional; y el Art. 80, inciso 1 del Código de Procedimiento Penal Militar, que tienen una redacción similar: *"Si el sindicado está prófugo se suspenderá el procedimiento y se fijará un edicto, por una sola vez, que contendrá:..."*.

La Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, en el Art. 119, dispone que: *"Cuando el indiciado o querellado estuviere prófugo, terminada la etapa probatoria se suspenderá el proceso penal de tránsito, sin perjuicio de que sea aprehendido para responder ante la justicia"*.

VII. EL JUICIO EN AUSENCIA

Los únicos casos en los que procede EL JUICIO EN AUSENCIA de acuerdo con la redacción del Art. 121 de la Constitución Política de la República, especialmente en el inciso 2º, en concordancia con el Art. 232 del CPP, cuyo texto señala los casos en los que no procede la suspensión del proceso penal, dice: *"... excepto en los procesos penales por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito"*.

1. Disposición constitucional

El Art. 121 inciso 2º, dice: *"Los dignatarios elegidos por votación popular, delegados o representantes, funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión, y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad"*.

¿Cuál la razón de ser de esta disposición? Hay un ánimo inocultablemente persecutorio en contra de los supuestos responsables de estos delitos; hay una predisposición constitucional y legal para procesar, juzgar y sancionar de un modo especialmente severo a quienes también deberían gozar, en la realidad, de ciertos derechos constitucionales, como son, la presunción de inocencia, la igualdad ante la ley.

Nos asalta el temor, como simples ciudadanos de este país, que el grupo político que mantiene cautiva a la Función Judicial – haya o no Corte Suprema, que para el caso da igual - se empeñó en que se apruebe esta disposición de manera restrictiva únicamente para este tipo de delitos que cometen quienes ha ocupado funciones públicas. No de otra manera se explica que se haya excluido, deliberadamente, a los presuntos responsables de delitos muchísimo más graves y que causan mayor alarma en la sociedad, como son los de narcotráfico, homicidios, asesinatos, violaciones, plagios con muerte, y últimamente los de coyotaje o tráfico de personas, que causan muertes por decenas. De otro lado, precisamente en este ánimo de eliminar a los rivales políticos encontramos la razón de ser de que la mayoría de procesos penales de mayor escándalo nacional se inicien por peculado, recurriendo a una red de funcionarios de órganos de control sometidos al capricho de políticos que tanto daño le han hecho al país.

2. Otras posibilidades no previstas en la ley

No se ha previsto otra posible excepción, como en cambio si la contempla el Art. 687 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal español, en que puede continuarse el Juicio sin la presencia del procesado: cuando altere el orden por falta de compostura, actitud desafiante o por una

conducta inconveniente, en todo caso, pese a las advertencias del Presidente del Tribunal penal y apercibimiento de hacerle abandonar el local. El Tribunal puede decidir que sea expulsado por un tiempo y por todo el tiempo que duren las sesiones, continuando el juicio en su ausencia. En Ecuador hemos visto casos de falta de respeto y franco desafío a las órdenes del Presidente del Tribunal, particularmente en algunos casos en los que el que va a ser juzgado busca por todos los medios evitar que se celebre el Juicio porque quiere que caduque su prisión preventiva o detención en firme (Art. 24 # 8 de la Const.) y así recuperar la libertad, lo cual, en la práctica, significa alcanzar la impunidad. Recordamos el caso de algún encausado que frente al Tribunal Penal del Guayas, en momentos en que se instalaba la audiencia de juzgamiento, golpeó su frente en la mesa que tenía delante hasta abrirse la frente con una herida de la que manaba abundante sangre, logrando de inmediato su objetivo: que se suspenda la audiencia de juzgamiento para beneficiarse de la caducidad de la detención en firme. Tal vez en este caso, una vez superado el escándalo, debería continuarse con la audiencia para juzgar a quien quiere beneficiarse de su actuación abiertamente dolosa que persigue obtener un designio determinado. Pero, ni la Constitución ni el Código de Procedimiento Penal lo permiten porque el juicio en ausencia es posible sólo con los cuatro delitos que interesaban a los políticos.

Por lo demás, no hay que olvidar que "La presencia del procesado no sólo es una obligación impuesta por la Ley, sino que constituye, además, un derecho del mismo". (Eladio ESCUSOL BARRA, Manual de Derecho Procesal Penal, pág. 460) traducido en un derecho de defensa, para que pueda hacer conocer al Tribunal Penal su verdad, dar la versión de los hechos tal como acontecieron, contra interrogar a los testigos y peritos y presentar documentos, en general, pruebas que le sirvan para demostrar la inocencia o la forma menos comprometida en que participó en el delito de la trata el proceso penal.

Según nuestro criterio, el Juez Penal debería tener la facultad de ordenar o no la prisión preventiva del imputado, (no la detención en firme, porque a nuestro juicio esa "medida cautelar" es inconstitucional) cuando dicte auto de llamamiento a Juicio; pero, si el acusado no comparece a Juicio voluntariamente respondiendo al primer señalamiento el Presidente del Tribunal Penal debería, forzosamente, ordenar su privación de libertad con la finalidad de que comparezca, obligatoriamente, a su juzgamiento, tal como acontece con el procedimiento que debe adoptarse para el caso de la audiencia de juzgamiento fallida por falta de testigos, peritos o intérpretes, en cuyo caso, según el Art. 278 inciso 3º, el Presidente puede ordenar la detención de los que no hubiesen concurrido.

VIII. CONCLUSIÓN

1. Aspectos negativos y positivos del JUICIO EN AUSENCIA:

Aspectos negativos:

De naturaleza constitucional:

Se puede ver afectado el derecho a la defensa, y otros derechos, como no contar con el propio abogado o contar con un abogado defensor de oficio designado a última hora para que sólo llene la exigencia legal pero que no pueda o no quiera defender adecuadamente.

Que se afecte el derecho a la presunción de inocencia de toda persona mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada. En nuestro medio, al menos para algunos periodistas o comentaristas, quien está prófugo automáticamente está o debe ser condenado como culpable. Que los juzgadores formulen juicios de valor sin haberle visto ni haber escuchado al encausado. En el Ecuador sería muy arriesgado.

Que no se pueda rebatir, con suficientes conocimientos, los alegatos inculpativos del Ministerio Público.

De naturaleza procesal:

Que no se pueda llegar al cabal descubrimiento de la verdad, objetivo fundamental del proceso penal y del juzgamiento.

Si el acusado no está presente no se puede recibir su testimonio, con o sin juramento, ni preguntarle o repreguntarle acerca de los acontecimientos que se le atribuyen.

No se podrá recibir ni evaluar prueba de descargo, que podría aportar el encausado, de haber estado presente en la audiencia de juzgamiento.

Aspectos positivos:

Evitar que el poder punitivo del Estado, quede burlado por la paralización del proceso penal.

Restar validez a las maniobras de tantos sujetos que, por todos los medios, tratan de alcanzar la caducidad de la prisión preventiva, o evadir la acción de la justicia, eliminando la fuga como el medio más efectivo.

Buscar mecanismos que permitan hacer efectiva la JUSTICIA PENAL.

2. Alternativa de solución

El Art. 793.1 párrafo 2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España tiene el siguiente texto:

"La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona a que se refiere el apartado 4 del Art. 789, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento cuando la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad o, si fuere de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años".

Según el autor español ARAGONESES MARTINEZ, los requisitos para poder celebrar juicio en ausencia del acusado, serían los siguientes:

1. Citación del encausado,
2. Ausencia no justificada,
3. Solicitud de pena que no exceda de un año de privación de libertad o de seis años si fuere de distinta naturaleza,
4. Presencia de abogado defensor,
5. Solicitud de enjuiciamiento por el Fiscal u otra acusación,
6. Decisión afirmativa del órgano jurisdiccional al entender que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento.

Siguiendo el modelo español, en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano podría incluirse un artículo, después del 233, que diga:

"La ausencia injustificada del encausado que hubiera sido notificado legalmente no será causa de suspensión del Juicio, si así lo decidiere el Tribunal penal, previo pedido expreso del Fiscal y luego de haberse oído al defensor. Para la celebración del Juicio en ausencia el Tribunal penal cuidará muy especialmente que se observe de manera real y efectiva la garantía constitucional del debido proceso, principalmente el derecho a la defensa.

En caso de que el encausado, o su defensor, hubieren buscado deliberadamente la no celebración del Juicio en la fecha señalada, éste se podrá realizar en ausencia encausado, en un segundo señalamiento que se lo hará con las debidas prevenciones, sin perjuicio de que el Tribunal penal remita información documentada al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados al que pertenece el defensor para que analice la conducta del letrado".

LA ASISTENCIA PENAL INTERNACIONAL EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO

Francisco Estupiñán

De acuerdo con nuestro vigente ordenamiento jurídico adjetivo penal, que en otra época fue denominada por el maestro Carnelutti como la “cenicienta del mundo del derecho”¹, el Agente Fiscal, adquiere una serie de facultades y obligaciones, que ponen en relevancia el sistema acusatorio que se ejecuta desde la visión del Nuevo Código de Procedimiento Penal. No es de análisis propio la competencia de los Agentes Fiscales en todos sus aspectos; mas bien, me centrare únicamente en la capacidad que tiene el Estado a través del Ministerio Público, para ejercer la función y obligación de investigar –ojo que digo obligación, puesto que en delitos de acción pública ya sea de instancia particular o de instancia oficial, una vez presentada la denuncia se convierte en un deber para el Agente Fiscal, el intervenir e investigar como ejecutor del poder estatal ante la sociedad- y por ende, presentar solicitudes de asistencia penal internacional a los países en donde se requiera las diligencias o pruebas.

Según LASCANO, referido por el autor Ricardo VACA ANDRADE, este explica que “Técnicamente la jurisdicción es una función, y la competencia, la aptitud para ejercerla”.² Siendo esta la base y tomando en cuenta el Art. 19 del Código de Procedimiento Penal, que dice: “La competencia en materia penal nace de la ley”; debemos analizar la facultad que atribuye los instrumentos internacionales a esta autoridad.³

Es así, que en el Art. 2 de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal, determina que “Los Estados Partes se prestarán asistencia mutua en investigaciones, juicios y actuaciones en materia penal referentes a delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Estado requirente al momento de solicitarse la asistencia”. Por ende establecemos la competencia penal sobre esta Convención en el Ecuador, para los Agentes Fiscales. En todo instrumento internacional, expresa siempre esta facultad.⁴

LA COMPETENCIA FISCAL DENTRO DE LA ASISTENCIA PENAL INTERNACIONAL.

La actual organización criminal internacional, ha creado redes casi invisibles y cada vez más

¹ El maestro Francesco Carnelutti, nos enseñó la historia de la cenicienta del mundo del derecho, y mencionó que “Había una vez tres hermanas que tenían en común, por lo menos, uno de sus progenitores: se llamaban la ciencia del derecho penal, la ciencia del proceso penal y la ciencia del proceso civil. Y ocurrió que la segunda en comparación con las otras dos, que eran mas bellas y prósperas, había tenido una infancia y una adolescencia desdichadas”. Carnelutti, Francesco. “Cuestiones sobre el Proceso Penal”. Vol. 2, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001. Pág. 2.

² Vaca Andrade, Ricardo. “Manual de Derecho Procesal Penal”. Tercera Edición. Volumen 1, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2003. Pág. 178.

³ Los instrumentos internacionales una vez firmados, ratificados y promulgados en el Registro Oficial según el Art. 163 de la Constitución Política del Ecuador, nos dice que formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y que prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

⁴ Entre las mas importantes, tenemos: Art. 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Publicada en el Registro Oficial No. 396 de 15 de Marzo de 1990. Pág. 4; Art. 15 de la Convención contra la delincuencia Organizada Transnacional, Publicada en el Registro Oficial No. 197 de 24 de Octubre del 2003, Pág. 8; Art. 5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, publicada en el Registro Oficial No. 83 de 10 de Junio de 1997; Art. 4 del Convenio sobre Asistencia Judicial en materia penal entre la República del Ecuador y la República del Paraguay, publicada en el Registro Oficial No. 371 de 18 de Julio de 2001; Art. 1 del Tratado de Cooperación

complicadas; creando frecuentes problemas a la actividad funcional y operativa de las autoridades judiciales encargadas de su persecución y sanción penal. Pues, mientras los órganos judiciales requieren de tratados escritos para realizar y ejercer el "ius puniendi" o derecho de castigar, las organizaciones delictivas realizan contratos tácitos, logrando avanzar más expedito que los Estados.

Esas dificultades adquieren una relevancia procesal en lo que concierne a la obtención y aseguramiento de evidencias o a la aplicación de medidas coercitivas personales o reales, que las señalaremos mas adelante.

El Ministerio Público, cuya actuación anteriormente había sido poco palpable y débil, a partir del nuevo Código de Procedimiento Penal, adquiere importancia mayúscula, de simple figura decorativa pasa a ser elemento básico en la administración de justicia penal y de los demás intereses que le encomiendan las leyes.

Sin llegar a realizar un análisis del objetivo del Ministerio Público, el cual no compete a este trabajo, cabe señalar, que incumbe al Ministerio Público la persecución de todos los delitos de acción pública, y por lo mismo, a este corresponderá investigar a fondo, los delitos que se pongan bajo su conocimiento.

Siendo así, nuestra Carta Magna expone en su Art. 217 las características básicas del Ministerio Público, al decirnos que nos dice que es único, indivisible e independiente en sus relaciones con las ramas del poder público y lo integran los funcionarios que determine la ley⁵.

Sin embargo, el rol del Ministerio Público lo encontramos en el Art. 219 del mismo cuerpo legal que nos dice: "El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal"⁶. Posteriormente señala funciones específicas como el luchar contra la corrupción, el cual creemos que fue innecesario, ya que la ser delito de acción pública, se encuentra obligada ejercer la acción penal correspondiente.

En esta primera definición, encontramos ya el sentido mismo del deber de un Agente Fiscal, el INVESTIGAR, que según Cabanellas, nos dice que es: "Averiguamiento, indagación, búsqueda o inquisición de un hecho desconocido o de algo que se quiere inventar."⁷ Por lo tanto la investigación no debe ser a petición de parte, (salvo delitos de acción pública de instancia particular, donde se requiere la denuncia previa)⁸, sino de oficio; no solo las actividades que emanen en el ámbito nacional, sino también en el campo internacional. Dentro de nuestra poca experiencia en el campo, debemos señalar que de la casi totalidad de los casos de los Agentes Fiscales en el Ecuador que hemos logrado observar, alguna vez, requirieron una diligencia o prueba en el extranjero, pero debido al desconocimiento del quien, como y cuando realizarla, se omitieron ejecutarlas.

Judicial en materia Penal entre la República del Ecuador y la Confederación Suiza, Publicada en el Registro Oficial No. 140 de 3 de Marzo de 1999; y en los siguientes Convenios que no se encuentran publicados en el Registro oficial, y por ende todavía no son vinculatorios para el Ecuador, pero vale la pena señalarlos: Art. 2 del Convenio de Cooperación Judicial y Asistencia mutua en materia penal entre la República de Colombia y la República de Ecuador; Art. 1 del Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Ecuador y Uruguay; Art. 1 del Convenio sobre Asistencia Judicial en materia Penal entre la República de El Salvador y la República del Ecuador.

⁵ Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 1 de 11 de Agosto de 1998, Pág. 57.

⁶ Ibidem. Pág. 57.

⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental", Editorial Helizasta. Edición 1998, Buenos Aires - Argentina. 1998, Pág. 213.

⁸ En el Art. 33 del Código de Procedimiento Penal, nos dice: "El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal. Sin embargo, el ejercicio de la acción pública de instancia particular, procederá solamente previa denuncia del ofendido. Lo dispuesto en el inciso anterior ha de entenderse sin perjuicio de los derechos del ofendido para acceder al órgano judicial competente, según lo previsto en este Código. El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido, mediante querrela."

Definitivamente, hay que establecer que el Art. 33 del Código de Procedimiento Penal, nos da el principio del ejercicio monopólico de la acción penal, la cual se encuentra únicamente en las manos del Fiscal, por ende, siempre argumentaremos que una investigación no tendrá fronteras.

Siendo así, se concluye que la investigación en el área internacional no puede ni debe ser una facultad para el Agente Fiscal, sino una obligación, puesto que mas allá de la importancia de la investigación, se encuentra el buscar la verdad y esta debe ser obtenido mediante todos los medios que tenga el Agente Fiscal a su disposición.

En efecto, a menudo se detecta en la investigación o juzgamiento de los delitos, que las fuentes, medios y órganos de prueba que son necesarios para los fines del proceso se encuentran físicamente en otro país, donde el Agente Fiscal, no tiene jurisdicción ni competencia.

Por último, sobre este tema, dejaré sentado que no es competencia exclusiva y única del Agente Fiscal, el utilizar los convenios sobre asistencia penal mutua, ya que en su totalidad de los instrumentos de asistencia penal, hablan de “operadores de justicia penal”, los cuales involucra también a jueces, pero que debido al sistema acusatorio implantado en el Ecuador, creemos que corresponde generalmente al Fiscal tomar la iniciativa; sin embargo esto no sucede en todos los países que continúan con sistemas inquisitorios o mixtos como España y Perú.

CONCEPCIONES DOCTRINARIAS

Como bien lo sostiene GARZON CLARIANA la cooperación internacional, para poder materializarse, requiere de la concurrencia de tres elementos básicos: “una pluralidad de sujetos cooperantes, una actividad y unos fines determinados”.⁹ Podríamos ejemplificar que el Ministerio Público del Ecuador y Colombia son sujetos cooperantes, la actividad específica que se puede traducir, sería recibir un testimonio, y el fin es obtener respuestas que conduzcan a descubrir la verdad histórica sobre el hecho delictivo investigado.

Al respecto sostiene CERVINI que definida en términos generales como una de las variedades de entre ayuda Penal Internacional, “la Cooperación Judicial Penal Internacional se concretiza cuando el aparato judicial de un Estado, que no tiene imperio sino dentro de la porción de territorio jurídico que le pertenece, recurre al auxilio, a la asistencia que le pueden prestar otros Estados a través de su actividad jurisdiccional”.¹⁰

Por su parte DE CASTELLO CRUZ advierte que la expresión “cooperación judicial internacional” puede identificar hasta dos formas distintas de colaboración. Por un lado, la que brinda y ejecuta una autoridad nacional para la aplicación del derecho penal de un Estado extranjero. Pero también, la que consiste únicamente en la tolerancia de la actuación de las personas designadas por un Estado extranjero en territorio nacional.¹¹

Todas estas acepciones, tiene elementos y efectos similares de la cooperación penal internacional, sin embargo, consideramos como válida la definición que nos da el autor PRADO SALDARRIAGA, quien precisa a la cooperación judicial internacional penal, como un conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa; que involucra a dos o más Estados, y que tienen por finalidad favorecer la criminalización secundaria de un hecho delictivo ocurrido en territorio, cuando menos, de uno de tales Estados.¹² Aquí se describen todos los elementos que conllevan la asistencia penal internacional, como es la pluralidad de sujetos, un acto realizado por la autoridad correspondiente y con una finalidad.

⁹ Clariana, Gregorio Garzón, “Sobre la Noción de Cooperación en el Derecho Internacional”, Revista Española de Derecho Internacional No. 1, 1976, España, Pág. 33.

¹⁰ Cervini, Raúl, “La Cooperación Judicial Penal Internacional: Concepto y Proyección. en Curso de Cooperación Penal Internacional”, Carlos Álvarez Editor, Río de Janeiro - Brasil, 1994, Pág. 6

¹¹ De Castello Cruz, Luis, “Informe del Brasil, Cooperación Interamericana en los Procedimientos Penales”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, Pág. 118

¹² www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp

En tal virtud, podríamos decir que la primera situación de la cooperación penal internacional corresponde a una cooperación activa (cuando un Estado solicita asistencia), mientras que la segunda enuncia una forma de cooperación pasiva (cuando a un Estado se le solicita asistencia). Cabe también distinguir a los Estados que resultan relacionados con un proceso de asistencia judicial mutua internacional penal, a partir de la posición que ocupan en el acto de cooperación. Esto es, según les corresponda ofrecer o demandar dicha colaboración.

Así, se considera Estado requirente a quien solicita la colaboración judicial, y Estado requerido al que la debe brindar. Cabe recalcar que la asistencia mutua a la cual nos referimos, según la doctrina tiene siempre una operatividad supletoria. Ella sólo funciona en la medida en que resulte útil a uno de los países cooperantes, para perseguir y sancionar la comisión de un hecho delictivo que está considerado dentro de los marcos de aplicación de los convenios de cooperación. Lo cual, por lo general depende de varios indicadores como la gravedad del delito, las dimensiones del daño por él ocasionado, o la jerarquía de los bienes jurídicos que han sido afectados. Es así que resulta frecuente que la cooperación judicial en materia penal no sea empleada para los casos de formas delictivas de escasa gravedad o sancionados generalmente con penas privativas de la libertad menores a doce meses.¹³

Dejando de lado esta salvedad, la asistencia penal no está subordinada a la naturaleza específica del hecho punible que la motiva. Ella, por tanto, puede ser utilizada contra formas de criminalidad convencional o no convencional; contra delitos que afecten bienes jurídicos individuales o colectivos; y tanto para infracciones de alcance nacional, como también para supuestos referidos a delitos internacionales o de carácter transnacional.¹⁴

La efectividad, pues, de los procedimientos de asistencia penal se presentan frente a la impunidad tanto de delito comunes, así como delitos de lesa humanidad de la magnitud de genocidio, que puede conocer la Corte Penal Internacional, hasta la trata de blancas o el tráfico ilícito de drogas.

Dentro del marco del derecho penal internacional, tenemos que observar varios temas, sin embargo, cobra singular relevancia en las últimas décadas la asistencia judicial mutua que se brindan los Estados para enfrentar, justamente, aquellas limitaciones espaciales que afectan los objetivos de la actividad procesal.

Como consecuencia de la necesidad de aplicar la justicia penal a nivel transfronterizo, se ha hecho una necesidad práctica y política para los Estados el suscribir convenios y tratados internacionales, regionales y bilaterales, que estén orientados al objetivo común de crear condiciones propicias y sobre todo vinculantes para la acción coordinada de los órganos jurisdiccionales de los Estados en favor de la eficacia de la justicia penal interna de cada país.

AMBITO DE APLICACIÓN

Según la doctrina, el auxilio judicial internacional tanto civil y comercial cuanto penal, es susceptible de ser distinguido en distintos niveles o grados según su complejidad y el modo como su prestación afecta los derechos de los individuos y al propio Estado que brinda la asistencia.

PRIMER NIVEL: En tal sentido cabe destacar un primer nivel asistencial subdividido a su vez de

¹³ Así lo señala el Art. 6 de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal, Publicada en el Registro Oficial No. 147 de 14 de Agosto del 2003. Pág. 2; también lo indica el Art. 2 de la Convención contra la delincuencia Organizada Transnacional. Publicada en el Registro Oficial No. 197 de 24 de Octubre del 2003, Pág. 1.

¹⁴ Sin embargo, por estrategia procesal, se puede utilizar instrumentos específicos en materias singulares como lo señala el Art. 3 de la Convención contra la delincuencia Organizada Transnacional; también Art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Publicada en el Registro Oficial No. 396 de 15 de Marzo de 1990; y el Art. 4 de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, publicada en el Registro Oficial No. 83 de 10 de Junio de 1997.

dos escalones:

- a) El primero, relativo al auxilio de mero trámite como citaciones, emplazamientos, notificaciones, llevadas a cabo en un país a requerimiento de autoridades competentes de otro, grado en el que la cooperación internacional afecta de modo mínimo al Estado que la brinda y en el que su prestación no implica mayor coerción y se verifica casi instantáneamente.
- b) El segundo escalón, más complejo, está constituido por la cooperación probatoria. El diligenciamiento de prueba fuera de fronteras supone una actuación procesal de mayor complejidad especialmente en materia penal. Tal la realización de inspecciones y registros, casos en los que resulta exigible el requisito de la doble incriminación.¹⁵

SEGUNDO NIVEL: Se refiere al auxilio cautelar, que supone una mayor complejidad y coerción, cuyo objeto en materia penal puede referir tanto a asegurar los instrumentos y frutos del delito,¹⁶ cuanto la reparación del daño civil emergente del mismo.¹⁷

TERCER NIVEL: Este comprende tipos de auxilio aun más intensos como la incautación y transferencia de bienes decomisados y la entrega de documentos y antecedentes. En relación al segundo y tercer grado de asistencia penal también es exigible la doble incriminación.¹⁸

Además de los tipos de cooperación penal internacional referidos, los modernos textos convencionales comprometen a través de una fórmula amplia la pertenencia de cualquier otra forma de asistencia acorde con los fines de la cooperación penal internacional y compatible con los principios del Derecho del Estado requerido, es decir, con su orden público internacional.¹⁹

PRINCIPIOS

La cooperación penal internacional responde hoy a principios propios, no necesariamente similares a los de la cooperación internacional civil y comercial, ni con aquellos condicionantes de la extradición, máximo nivel de cooperación penal "latu sensu" y por consiguiente sujeta a requisitos más exigentes, que no corresponde a su estudio en la presente.

Encontramos así, varios principios por los que se rige la Asistencia Penal Internacional, y estos son:

1. El primero se refiere a la obligatoriedad de cumplimiento para un Estado requerido, la ejecución de las asistencias penales internacionales, salvo excepciones de interpretación estricta, como en casos de delitos políticos y militares; tributarios; "non bis in idem"; o cuando contienen afectación del orden público internacional, seguridad e intereses esenciales del Estado rogado.²⁰

¹⁵ Así lo encontramos en el Art. 5 de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal; Art. 1.4: Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Parte del Mercosur.

¹⁶ Art. 13 de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal; Art. 5 del Tratado de Cooperación Judicial en materia Penal entre la República del Ecuador y la Confederación Suiza, Pág. 2; Art. 16 del Convenio de Cooperación Judicial y Asistencia mutua en materia penal entre la República de Colombia y la República de Ecuador, Pág. 4; Art. 21 y 22 del Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Ecuador y Uruguay, Pág. 5; Art. 15 del Convenio sobre Asistencia Judicial en materia Penal entre la República de El Salvador y la República del Ecuador, Pág. 4; y Art. 22 del Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales.

¹⁷ Arts. 1 y 2 de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, publicada en el Registro Oficial No. 240 de 11 de Mayo de 1982.

¹⁸ Art. 13 de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal.

¹⁹ Art. 7 literal j), de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal; Art. 4 numeral 2 del Convenio de Cooperación Judicial y Asistencia mutua en materia penal entre la República de Colombia y la República de Ecuador; Art. 2 literal j) del Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Ecuador y Uruguay; Art. 1 literal h) del Convenio sobre Asistencia Judicial en materia Penal entre la República de El Salvador y la República del Ecuador; así también lo expone el Art. 7 numeral 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; Art. 18 literal i) de Convención contra la delincuencia Organizada Transnacional.

²⁰ Ver nota No. 11.

Gracias a los nuevos convenios internacionales y sobre todo a la unificación global de sistemas jurídicos, la cooperación penal ha dejado de ser una mera decisión discrecional del Estado requerido fundada en la conveniencia, en la cortesía internacional o en la reciprocidad; tanto así que para negar la asistencia, se debe fundamentarla.²¹

2. En segundo lugar, la asistencia penal internacional debe ser ejecutada, en principio, sin la exigencia de doble incriminación. Una vez presentada la solicitud a la autoridad requerida, esta debe ejecutarla, salvo cuando corresponda a los niveles más altos de la asistencia, siempre que cumpla con los requisitos mínimos exigidos por las mismas Convenciones.

Así, en principio se acepta a trámite la solicitud, y sólo corresponderá a la autoridad requerida exigir la doble incriminación en auxilios de segundo y tercer grado, ya que estos afectan con cierta gravedad al ordenamiento jurídico requerido y los derechos de los individuos. La inexigibilidad de doble incriminación y sus límites esta consagrada en el Art. 5 de la Convención Interamericana de Asistencia Penal mutua.

Sobre la doble incriminación, la posición dominante en la doctrina y la jurisprudencia, concluye que se cumple con la exigencia toda vez que la conducta imputada se encuentre tipificada como delito tanto en el derecho del Estado requirente cuanto en el del requerido.²²

3. El tercer principio se refiere a la exclusividad de las actuaciones procesales de un país determinado. Así, no se faculta a autoridades o particulares pertenecientes al Estado requirente a llevar a cabo en el requerido, actuaciones o diligencias que conforme a la ley de éste, estén reservadas a sus propias autoridades. Es decir, un reconocimiento del lugar, jamás podrá ser ejecutado en el Ecuador por un Fiscal de Colombia, puesto que la normativa adjetiva penal, no lo permite.²³

Sin perjuicio de la asistencia prestada, el país requirente puede solicitar que se admita la presencia de autoridades competentes, para estar presentes y participar en la ejecución de la solicitud, siempre que no lo prohíba la legislación del Estado requerido y este haya expresado su consentimiento de sus autoridades al respecto.²⁴

4. Este principio se refiere al núcleo de esta investigación; es decir, a la competencia de los Agentes Fiscales o funcionarios del órgano jurisdiccional penal para solicitar asistencia penal internacional. Ya se habló en el punto uno de este capítulo extensamente sobre la competencia,

²¹ Art. 26 literal d), párrafo 2. de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal; Art. 7 numeral 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; Art. 18 numeral 23 de la Convención contra la delincuencia Organizada Transnacional; Art. 93 numeral 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (Convenio No. 1, Registro Oficial No. 699 de 7 de Noviembre del 2002; Art. 5 numeral 2 y Art. 11 numeral 3 del Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales; Art. 3 numeral 3 del Tratado de Cooperación en materia Penal con Suiza; Art. 3 numeral 2 del Convenio de Asistencia Penal con Paraguay; Art. 3 numeral 5 del Convenio sobre Asistencia Judicial en materia Penal con la República de El Salvador; Art. 5 numeral 3 del Acuerdo de asistencia Jurídica Penal con Uruguay; Art. 11 numeral 2 del Convenio de cooperación judicial y asistencia mutua en materia pena con Colombia.

²² www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp

²³ Art. 2, párrafo 2, de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal; Art. 4 numeral 2 de la Convención contra la delincuencia Organizada Transnacional; Art. 2 numeral 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; Art. 1 numeral 3 del Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Ecuador y Uruguay; Art. 2 numeral 4 del Convenio de cooperación judicial y asistencia mutua en materia pena con Colombia; y Art. 1, párrafo 5 del Protocolo de San Luis.

²⁴ Dentro del caso No. 42-05-UI/FXEB de la Unidad de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General, se solicitó autorización a la Dirección de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General de Colombia, la presencia del Agente Fiscal de Pichincha de la Unidad de Antinarcóticos Dr. Wilson Toainga en Bogotá, a fin de intervenir dentro de un testimonio que se debía tomar a un presunto delincuente acusado de Tráfico ilícito de estupefacientes, el cual a la postre ayudo para identificar a sospechosos involucrados en este acto delictivo que residían en la ciudad de Quito. Esta facultad la encontramos en los Convenios con nueva tendencia sobre la asistencia pena como: Art. 16 de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal; y, Art. 7 numeral 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

sin embargo, cabe recalcar que la cooperación penal internacional se presta únicamente ante solicitudes emanadas por las autoridades de la investigación o enjuiciamiento del acto punible en el Estado requirente. En tal virtud, debemos tener presente que pueden provenir solicitudes tanto, de Estados que mantengan un sistema inquisitivo (Juez), como de sistemas acusatorios (Fiscal), como lo es el Ecuador.

Este principio, se encuentra íntimamente ligado al procedimiento establecido en los instrumentos, como la famosa “legalización de documentos”, ya que según dicha tendencia era requisito indispensable la legislación de firmas para determinar la autoridad competente. Anteriormente el sistema de asistencia establecido en la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias²⁵, en su Art. 5, nos explica dentro de una serie de requisitos formales el literal a), que dice: “Que el exhorto o carta rogatoria se **encuentre legalizado**, salvo lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de esta Convención. Se presumirá que el exhorto o carta rogatoria se halla debidamente legalizado en el Estado requirente cuando lo hubiere sido por funcionario consular o Agente diplomático competente...”. Así mismo, la Convención Interamericana de Recepción de Pruebas en el Extranjero,²⁶ en su Art. 10, numeral 1, nos establece entre otros requisitos: “1. Que **estén legalizados**, salvo lo dispuesto por el artículo 13 de esta Convención. Se presumirá que se encuentran debidamente legalizados los exhortos o cartas rogatorias en el Estado requirente cuando lo hubieren sido por funcionario consular o Agente diplomático competente.” Es decir, siempre que las cartas rogatorias o exhortos se transmitan por vía diplomática, no requerirán legalización. Es por esto que en el Capítulo II, numeral 1.2 de la presente investigación, se explicara con mayor detalle estas diferencias con la nueva tendencia sobre asistencia penal internacional, sin embargo, hay que dejar claro que el espíritu de este principio radica en que única y exclusivamente, la autoridad competente, podrá requerir asistencia penal.

Por último, hay que señalar la avanzada visión que maneja la Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal de la Unión Europea, sobre las autoridades competentes que pueden requerir asistencia, puesto que en su Art. 3, numeral primero, señala que también están facultados las autoridades administrativas, a mas de las jurisdiccionales.²⁷

5. El último principio se refiere al fin último de la cooperación: la asistencia penal entre los Estados, y por ende, no otorga derechos a los particulares para la obtención, supresión o exclusión de pruebas, o para oponerse al cumplimiento de las solicitudes de asistencia.²⁸ El carácter represivo del derecho penal, hace que la potestad del “ius puniendi” se canalice únicamente entre Estados, y por ende los sujetos de la cooperación son las instituciones encargadas del ejercicio de la acción penal o de juzgamiento, más no los particulares. Sin embargo, esto no quiere decir que no se reconozca el legítimo derecho a la defensa, y mucho menos, que se faculte al Estado en transgredir los derechos consagrados en las normas internacionales y nacionales, en perjuicio del individuo.

LA TRANSMISIÓN DE LA COOPERACIÓN Y EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES CENTRALES

Podríamos afirmar que la cooperación penal internacional se materializa en el momento mismo en que se ha ejecutado la asistencia, pero esta, debe de transmitirse por una autoridad competente, que en derecho internacional se la conoce como “Autoridad Central”, quienes son las oficinas especializadas encargadas de tramitar de una manera rápida y expedita las solicitudes de asistencia penal.

A nivel global, las Autoridades Centrales aparecen en las Convenciones de La Haya sobre Notificación en el Extranjero de Actos Judiciales en Materia Civil y Comercial de 1965; y sobre

²⁵ Publicada en el Registro Oficial No. 865 de 12 de Agosto de 1975.

²⁶ Publicada en el Registro Oficial No. 863 de 8 de Agosto de 1975.

²⁷ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/c230903-mae.html#convenio

²⁸ Así lo determina el Art. 2, párrafo final de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal.

Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil y Comercial de 1970. En Europa, aparece en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, y posteriormente ampliado en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000. Las encontramos también en las Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Posteriormente aparecen en la Convención de Nassau de 1992, la cual abarca un número alto de países que la han ratificado.²⁹

Este empleo de transmisión directa y ágil entre Autoridades Centrales, permite que las solicitudes de asistencia no se demoren en procesos burocráticos largos y llenos de formalidades, que vistas desde la óptica penal, son disímiles, puesto que uno de los principios del proceso penal es justamente el de la celeridad, que según el autor VACA ANDRADE, significa en términos generales, “tratar de cubrir una necesidad con el mínimo de sacrificio, gasto y esfuerzo” y que por ende se debe buscar la comprobación jurídica del delito con el “mayor ahorro de tiempo y espacio, recurriendo a los medios probatorios mas efectivos y adecuados, logrando la contribución del personal más idóneo y calificado”.

En el Ecuador, tanto en la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias,³⁰ como en la Convención Interamericana de Recepción de Pruebas en el Extranjero,³¹ se designó como Autoridad Central a la Asesoría Técnico Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, el 14 de agosto de 1996, y el 23 de abril de 1984, respectivamente. Así, todas las Cartas Rogatorias o Exhortos deben utilizar este canal.

En tanto que en la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal, se designo como Autoridad Central a la Fiscalía General del Estado, el 24 de julio de 2003. Con este antecedente, la Dra. Mariana Yépez Andrade, Ministra Fiscal General, a la época, creó la Unidad de Asuntos Internacionales, a fin de que esta sea la encargada de aplicar las obligaciones y facultades de la Convención.³² Creemos que es certero y conveniente que se haya designado a la Fiscalía como Autoridad Central, puesto que al ser el órgano que ejerce actualmente el monopolio del ejercicio de la acción penal, tiene la facultad y obligación de

²⁹ Hasta Julio del 2005, la han ratificado 18 países que son: Antigua y Barbuda. Canadá, Chile, Colombia, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Trinidad & Tobago, y Venezuela. (Fuente: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-55.html>)

³⁰ Publicada en el Registro Oficial No. 865 de 12 de Agosto de 1975.

³¹ Publicada en el Registro Oficial No. 863 de 8 de Agosto de 1975.

³² Durante el 2004 se recibieron 49 solicitudes de asistencia penal internacional en la Fiscalía General, entre los países que mas requieren asistencia a Ecuador se encuentra Colombia, Perú, México y Países Europeos.

³³ Los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas en que la INTERPOL aparece como canal transmisor, son:

Art. 7, numeral 8 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988); Art. 9, numeral 1 del Tratado modelo de extradición de las Naciones Unidas (1990); Art. 39 del Reglamento de procedimiento y de prueba aprobado en 1994 por el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991 (tribunal creado en virtud de la resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); Art. 87, numeral 1, literal b), del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 1998); Art. 18, numeral 4 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 1999); y, Art. 18, numeral 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. El instrumento internacional de la Organización de los Estados Americanos en que la INTERPOL aparece como canal transmisor, es: Preámbulo de la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (Washington, 1997). Los instrumentos internacionales de la Unión Europea en que la INTERPOL aparece como canal transmisor, son: Art. 16 numeral 3 del Convenio europeo de extradición (París, 1957); Art. 15 numeral 5 del Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal (Estrasburgo, 1959); Art. 27 numeral 3 del Convenio Europeo para la vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional (Estrasburgo, 1964); Art. 15 numeral 3 del Convenio europeo para la represión de las infracciones en carretera (Estrasburgo, 1964); Art. 15 numeral 2 del Convenio europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales (La Haya, 1970); Art. 21 del Convenio europeo sobre la repatriación de menores (La Haya, 1970); Art. 13 numeral 2 del Convenio europeo sobre la transmisión de procedimientos en materia penal (Estrasburgo, 1972); Art. 9 numeral 2 del Convenio europeo sobre el control de la adquisición y la tenencia de

cumplir, fehacientemente con las solicitudes de asistencia penal.

Adicionalmente, es importante señalar, que además de las vías tradicionales de comunicación, como lo es la diplomática y la de Autoridades Centrales, en varios instrumentos internacionales aparece la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), como un medio expedito para canalizar las solicitudes.³³ Inclusive en el Art. 119 de la nueva Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas,³⁴ -que por cierto, es la única norma dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano que se refiere a la asistencia penal internacional- manifiesta a INTERPOL como canal alternativo de transmisión. Sin tratar de entrar a un análisis exhaustivo de la INTERPOL, debemos mencionarla como un brazo más de la justicia. Su razón de ser es contribuir a crear un mundo más seguro. Su objetivo consiste en ofrecer a la comunidad policial mundial una gama única de servicios fundamentales para elevar al más alto nivel la lucha internacional contra la delincuencia. Tiene tres funciones esenciales: a) un servicio único de comunicación policial a escala mundial; b) una serie de bases de datos y servicios de análisis en relación con la información policial; y c) un enérgico apoyo policial operativo a escala mundial;³⁵ este último punto, es el mas importante para los organismos jurisdiccionales, puesto que estos pueden acudir a INTERPOL para que se envíen solicitudes de asistencia penal, siempre que lo faculte los instrumentos internacionales; y estos son enviados mediante el nuevo medio de comunicación que mantiene la INTERPOL: el I-24/7, que consiste en un sistema seguro y de máxima eficacia, que se vale del Internet para la transmisión de datos altamente codificados, y para acceder a bases de datos como vehículos robados, huellas dactilares, datos relativos al ADN, etc.; las 24 horas al día, 7 días a la semana y los 365 días del año, de allí su nombre.³⁶ En Ecuador la Unidad de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General del Estado ha enviado varias solicitudes de asistencia penal internacional a través de esta importante organización.³⁷

Así mismo, hay que señalar que la globalización de las comunicaciones han hecho que los Estados se preocupen por una comunicación mas rápida y eficaz entre sus organismos de control, siendo así, actualmente la Fiscalía General posee el software denominado GROOVE®, el cual es un sistema de comunicación de alto nivel de seguridad, en tiempo real, a través de Internet, donde se puede intercambiar información y archivos, administrado por la Organización de Estados Americanos. En términos comunes se asemeja a un chat, pero únicamente entre Autoridades Centrales.

Resulta igualmente relevante dentro del panorama jurídico internacional, la creación de la Eurojust, mediante decisión del Consejo de la Unión Europea de 28 de febrero de 2002,³⁸ organismo que se encarga de reforzar la cooperación y la coordinación judiciales en Europa,

armas de fuego por particulares (Estrasburgo, 1978); Art. 24 numeral 3 del Convenio Europeo sobre blanqueo, localización, decomiso y confiscación de haberes procedentes de actividades delictivas (Estrasburgo, 1990); Art. 18 numeral 2 del Acuerdo relativo al tráfico ilícito por mar para la aplicación del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacentes y sustancias psicotrópicas (Estrasburgo, 1995); Art. 30 numeral 3 del Convenio penal sobre la corrupción (Estrasburgo, 1999); y. Art. 27 numeral 9, literal b), Convenio sobre la ciberdelincuencia (Budapest, 2001).

³⁴ Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 490 de 27 de Diciembre del 2004. El Art. 119 dice: Los Fiscales, jueces y tribunales de lo penal podrán solicitar asistencia de sus similares u órganos policiales extranjeros para la práctica de diligencias procesales y la investigación de los delitos previstos en esta Ley. Esta asistencia se referirá, entre otros hechos, a la detención y remisión de imputados y acusados, previo el procedimiento establecido en la Ley, recepción de testimonios, exhibición de documentos inclusive bancarios, inspecciones de lugar, envío de elementos de prueba, identificación y análisis de sustancias sujetas a Fiscalización e incautación de bienes. Las diligencias señaladas serán incorporadas al proceso, presentadas y valoradas en la etapa del juicio, conforme a las reglas de la sana crítica. Los requerimientos de asistencia reciproca se harán por vía diplomática o por conducto de la INTERPOL.

³⁵ <http://www.interpol.int/Public/Icpo/defaultEs.asp>

³⁶ Revista de la Oficina Central Nacional de Interpol – Ecuador, 2005, Pág. 10.

³⁷ Generalmente en casos de delitos de tráfico ilícito, se utiliza a INTERPOL ya que la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacentes lo faculta. Consúltase en el Exp. 50-05/MFG/UA1 de la Unidad de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General del Estado.

³⁸ DOCE No. 6.3.02. Serie L.

entre los Estados miembros, mediante la adopción de medidas estructurales a escala de la Unión para facilitar la mejor coordinación posible de las investigaciones y las actuaciones judiciales que cubren el territorio de más de un Estado miembro, con pleno respeto de los derechos y libertades fundamentales.

Sus principales objetivos son: a) el fomentar y mejorar la coordinación entre las autoridades competentes de los Estados miembros en lo que se refiere a las investigaciones y las actuaciones judiciales en los Estados miembros; b) mejorar la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros, facilitando, en particular, la prestación de ayuda judicial mutua internacional y la ejecución de peticiones de extradición; c) apoyar de cualquier otro modo a las autoridades competentes de los Estados miembros para reforzar la eficacia de las investigaciones y actuaciones judiciales.

Así, la Eurojust e IberRed, a pesar de que se encuentran en sus inicios, ya han, lograron desarticular grandes bandas delincuenciales, gracias a sus redes de conexión inmediata y eficaces.³⁹

EFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

Justamente, la falta o errónea aplicación de los instrumentos internacionales en el ámbito penal, pueden ocasionar retrasos y daños irreparables, es por ello que el manejo técnico de las mismas debe ser analizada con detenimiento y con un alto criterio jurídico, puesto que no estamos hablando de asistencia civil sobre una herencia, o cosas; aquí hablamos del ámbito penal en donde se puede afectar con el segundo derecho subjetivo mas importante del hombre, después de la vida: la LIBERTAD.

Como hemos dicho, el Fiscal, es quien ejerce la acción penal; sin embargo, según el autor ZAVALA BAQUERIZO, manifiesta que no es así, puesto que el único que la ejerce es el denunciante⁴⁰; lo cual creemos no es del todo correcto, puesto que la naturaleza del denunciante es diferente, puesto que pone en conocimiento la noticia del crimen, mas no esta autorizado para ejercer la calidad punitiva del Estado, caso contrario caeríamos en el error de creer que todo ofendido puede ejercer la acción penal y por ende cumplir bajo su propia mano las facultades establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

En tal virtud, el Agente Fiscal, una vez que inicia su investigación penal, puede requerir asistencia penal internacional. Por estrategia procesal, es preferible que se la solicite durante la indagación previa, puesto que esta dura uno o dos años dependiendo el delito; mientras que la instrucción Fiscal dura únicamente 90 días, según el Art. 223 del Código de Procedimiento Penal. Realmente lo que más tiempo toma es el envío y recepción física de la solicitud o las diligencias ya practicadas, puesto que la mayoría de instituciones gubernamentales se manejan con el correo postal oficial, el cual demora un promedio de 20 a 30 días en el área americana, y de 30 a 60 días para países europeos, africanos o asiáticos, según nuestra experiencia. Es por esto que se debe recomendar a las Autoridades Centrales, que manejen las solicitudes por medio de un medio más rápido que los canales postales, como pueden ser las empresas privadas de couriers que manejan un alto nivel de seguridad sobre los documentos que transportan.

Por lo tanto, la verdadera eficacia de las pruebas requeridas, únicamente serán validas si se las

³⁹ Hasta la fecha su mejor logro fue el que diecinueve personas fueran detenidas en España y otras 500 quedaron bajo sospecha en 11 países de Europa y América Latina, en el marco de una operación mundial contra la paidofilia en Internet iniciada por la Guardia Civil española. La acción, que recibió el nombre de "Cerbera", fue coordinada por las redes policiales Eurojust e Iberred, la cual comenzó a inicios de marzo del 2005, en la ciudad de Pontevedra, en Galicia, y se extendió a doce países de Europa y América Latina: Francia, Italia, Suecia, Holanda, Chile, la Argentina, Panamá, Costa Rica, México, República Dominicana y Uruguay. Los policías rastrearon 900 direcciones de Internet por las que se distribuyeron unos 20.000 artículos con contenido paidófilo, entre videos, fotografías y archivos MP3. Tomado de: <http://www.laprensa.com.ar/secciones/nota.asp?ed=1652&tp=12&no=53714>

⁴⁰ Zavala Baquerizo, Jorge. "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo II. Editorial Edino, Guayaquil - Ecuador, 2004. Pág. 323.

solicito en el término que nos da la ley, y por ende es preciso hacer un cronograma de la investigación y tener presente el tiempo que demora.

Cobra singular importancia el señalar un caso especial en donde puede haber en el fondo, mas que una simple solicitud de asistencia penal internacional; y este es cuando en un Estado requerido, al verificar los hechos y diligencias que fueron base para la expedición de dicha solicitud, aparezcan elementos constitutivos de una infracción penal cometida también en el país requerido; por ejemplo, puede suceder que la persona A desde el país Z envíe droga a través de un curier a la persona B del país Y; si bien el país Y puede pedir asistencia penal para comprobar la infracción en su país, no es menos cierto que esta poniendo en aviso de un delito cometido también en el país Z; siendo así habrá varios implicados y por ende se deberá abrir una indagación previa o instrucción fiscal si se identifica plenamente las dos circunstancias sine quanon del derecho procesal penal que son: comprobación del hecho e identificación de responsables.

Para esto, nace la duda si toda asistencia penal internacional requiere una indagación, investigación previa o instrucción fiscal en el país requerido. Por ello debemos dejar bien en claro, que no toda asistencia penal internacional recibida en el país requerido, requiere que se inicie una fase o etapa del proceso penal, puesto que esta se iniciara únicamente si concurren los elementos dados por las normas sustantivas y adjetivas penales, como en el caso antes señalado.

FUNCIÓN DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL PENAL.

Dentro del marco internacional, es obvio que la función última, es la cooperación entre Estados, pero no necesariamente es el fin último del Estado requirente, puesto que el fin último del proceso penal y por ende del Fiscal, es buscar la verdad histórica. En tal razón, así como la eficacia depende de los métodos aplicados, la funcionalidad depende del "como" se manejen los instrumentos dados al Fiscal.

Cierto es que los Fiscales y los Jueces de lo Penal son competentes para solicitar asistencia penal internacional, como lo dejamos explicado en el numeral 1 del Capítulo I de la presente investigación; pero no es menos cierto que un Abogado defensor, encuentre o se entere de que existen pruebas o diligencias que se requieren practicar en el extranjero. Es allí donde el abogado debe solicitar al Fiscal que se debe practicar las pruebas en el extranjero. Decimos "debe" porque como ya lo dejamos señalando en anteriores líneas el Fiscal esta llamado a representar a la sociedad, y para ello una vez que promueve el aparato jurisdiccional debe agotar todos sus recursos para encontrar la verdad fidedigna de los hechos.

Este tema cobra singular relevancia en el Ecuador, en donde existen 340 Fiscales a nivel nacional, y donde solo durante el año 2004 se recibieron 160236 denuncias a nivel nacional,⁴¹ es decir, existe una proporción alta de casos para investigar por Fiscal. Sin embargo, a pesar del poco recurso humano que cuenta el Ministerio Público, el promedio de atención de los casos de requerimientos de asistencia penal, se encuentra en 36 días⁴², esto depende de acuerdo a la naturaleza de la solicitud, y sobre todo a la cooperación que puedan dar las instituciones que intervienen en el desahogo de los requerimientos, tales como la Superintendencia de Compañías o de Bancos, Registro Civil, Mercantil etc.; que casi siempre son las que incumplen los plazos estipulados por los Fiscales.

En tal virtud, el fin mismo de la Asistencia Penal Internacional es la cooperación, pero este fin no es autónomo, puesto que se contrasta con los fines del derecho procesal penal, que muy bien nos enseña el autor VACA ADNDRADE, y que son:

1. Comprobación de una acción u omisión que constituya delito: Obviamente todo acto

⁴¹ Informe de Labores del Ministerio Público, 2004. Págs. 58 y 96.

⁴² Base de datos de la Unidad de Asuntos Internacionales.

delictivo debe ser comprobado conforme a derecho, para obtener la confirmación de la existencia de un tipo penal. Es por esto que la Asistencia Penal Internacional, puede convertirse en un instrumento fundamental a la hora de determinar la comprobación de un delito, ya que se puede solicitar, como ya veremos mas adelante, prácticamente cualquier diligencia que no contravenga al orden legal del país requerido. Sin embargo, hay que recalcar, que al momento de practicar la asistencia, se debe observar las normas que se refieren a la prueba del país requerido, ya que si no se las cumplen, esta carece de validez probatoria en el país requerido.⁴³

2. Individualización e identificación de los responsables de la infracción: No le sirve de mucho al derecho procesal penal, comprobar que se ha cometido un delito; es necesario determinar fehacientemente un responsable, es decir uno o varios seres humanos, puestos que estos son los únicos que pueden realizar un acto humano. El derecho penal no castiga las ideas, los sentimientos, o las meras intenciones, puesto que estos no son actos, tampoco se toma en cuenta las condiciones personales, las calidades o los estrados de la persona, ya que tampoco son actos. Para emprender el aparataje institucional penal, el acto debe contener un elemento fundamental, denominado voluntad. En el ámbito internacional penal, el desconocer al presunto responsable es una traba, pero no imposible de superarla. En varias ocasiones hemos tenido la oportunidad de hallar sujetos procesados en el Ecuador, y que se encuentran prófugos en países extranjeros.

La herramienta fundamental para estos casos es la INTERPOL, puesto que esta maneja las “difusiones internacionales”, las cuales están divididas en seis clases. Estas difusiones, de distinto color según su tipo, contienen los datos de identidad, la descripción física, fotografías y las huellas dactilares de la persona en cuestión, y son circuladas en todas las OCN’s en el mundo. Estas se clasifican en: a) ROJA: se emiten para solicitar la detención y la extradición de una persona buscada sobre la que se ha expedido una orden de detención; b) AMARILLA: Para localizar a personas desaparecidas, niños incluidos, o para descubrir la identidad de personas que no se pueden identificar a sí mismas (las amnésicas, por ejemplo); c) AZUL: Para conseguir información sobre la identidad de una persona o sus actividades delictivas. Esta difusión se utiliza principalmente para localizar a los presuntos responsables de un acto delictivo cuando todavía no se ha expedido la oportuna orden de detención, y para localizar a los posibles testigos de un delito; d) NEGRA: Para identificar cadáveres encontrados en cualquier parte del mundo; e) VERDE: Para poner sobre aviso a los países y facilitar información sobre una persona que ha cometido delitos en un país y es posible que vuelva a cometerlos en otros países; f) TOMATE: Sobre posibles amenazas contra la seguridad en forma de armas camufladas, paquetes bomba y demás materiales y objetos peligrosos.⁴⁴

Como vemos estas son herramientas tremendamente eficaces y ágiles, que ayudarían a la labor del Agente Fiscal para individualizar y ubicar al presunto responsable de un acto delictivo.

3. Aseguramiento del imputado y de las personas cuya presencia sea necesaria para el esclarecimiento de la verdad: En este caso tenemos que ver al sospechoso o imputado dentro de dos ópticas: Una, dentro de una asistencia en la cual no se solicita su traslado, y otra dentro de una asistencia en la cual se solicita su traslado. En el primer caso, se requiere, que la persona de la cual se necesita su presencia para cumplir la o las diligencias, no trate de evadir la acción de la justicia, para esto hay que tomar en cuenta el Art. 2 último párrafo de la Convención de Nassau, en el cual dice “...Esta convención se aplica únicamente a la prestación de asistencia mutua entre los Estados Partes; sus disposiciones no otorgan derecho a los particulares para obtener o excluir pruebas, o para impedir la ejecución de cualquier solicitud de asistencia.” Esto no quiere decir que el implicado no se le reconozca sus derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales. Este ejerce todos sus derechos, pero tampoco puede impedir que se cumpla con la ejecución de una solicitud, a no ser que

⁴³ En el Art. 10 de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal, se estipula que: “Las solicitudes de asistencia libradas por el Estado recurrente se harán por escrito y se ejecutarán de conformidad con el derecho interno del Estado requerido”.

⁴⁴ Revista de la Oficina Central Nacional de Interpol – Ecuador, 2005, Págs. 7-9.

obviamente, esta sea totalmente arbitraria e inconstitucional, es por esto que las Autoridades Centrales deben de examinar sigilosamente las solicitudes, antes de avocar conocimiento, a fin de verificar si estas cumplen con todos los requisitos formales y constitucionales.

El segundo caso, se refiere cuando se requiere la presencia del implicado en el Estado requerido. Esta nueva figura de asistencia penal internacional de tercer nivel, la contempla el Art. 20 de la Convención de Nassau. Si bien esta norma es muy singular, da un procedimiento que lo denominaríamos como "traslado temporal", la cual se rige bajo estrictos requisitos, (no tan rígidos como los de la extradición), pero que aplicándolos a la realidad interamericana, creemos que es casi nula su aplicación, salvo para dos o tres Estados, puesto que el mismo Art. 29 de la Convención referida, explica que el Estado requirente correrá con los gastos del viaje y sus conexos, es decir, hace difícil su aplicación por cuestiones económicas, salvo casos que puedan considerarse como "importantes para el Estado".

4. Aseguramiento del objeto material de la infracción: En el derecho procesal penal es famosa la frase "si no hay prueba, no hay juicio", es decir, el elemento probatorio es un fin principalísimo en el proceso. Es por esto que la asistencia penal internacional ha contemplado la remisión de pruebas, en varios instrumentos⁴⁵, sin embargo, en el Art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Narcotráfico, se crea una figura muy novedosa y útil para los Estados: la "entrega vigilada". Esta técnica consiste en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes salgan del territorio de uno o más países, con el fin de identificar a las personas involucradas en el acto delictivo.⁴⁶ Así, por ejemplo la Fiscalía de Antinarcóticos de Pichincha, ha resuelto algunos casos con la evidencia que se encontraba en otros países, así como ha cooperado a enviar sustancias que son prueba en el exterior. ⁴⁷Obviamente, estas pruebas deben regirse bajo la cadena de custodia, a fin de que tenga una validez probatoria, tanto a nivel nacional como internacional.

5. Aseguramiento de bienes suficientes del encausado para cubrir las indemnizaciones civiles, las penas pecuniarias: No es raro que en un proceso aparezcan bienes que se encuentren en el extranjero. Los nuevos tratados de cooperación penal han abordado este tema⁴⁸; sin embargo, el instrumento más importante en la región es la Convención Interamericana sobre cumplimiento de Medidas Cautelares, publicada en el Registro Oficial No. 240 de 11 de Mayo de 1982, en el cual en su Art. 1 dispone que las expresiones "medidas cautelares" o "medidas de seguridad" o "medidas de garantía" se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil. Sin embargo, en nuestro país es casi nula la aplicación de esta Convención, por la falta de conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

6. Condena o absolución del enjuiciado penalmente: El Estado debe garantizar a toda persona la presunción de inocencia, y solamente una vez que compruebe el acto, típico, antijurídico,

⁴⁵ Art. 7, literal h) de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal; Art. 18, numeral 3, literal c), de la Convención contra la delincuencia Organizada Transnacional; Art. 14 párrafo 1, de la Convención Interamericana contra la Corrupción; Art. 1, numeral 1 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre Ecuador y Paraguay; Art. 1, numeral 2, literal b) del Tratado de Cooperación Judicial en materia Penal entre Ecuador y Suiza; Art. 4, numeral 1 del Convenio de Cooperación Judicial y Asistencia mutua en materia penal entre Colombia y Ecuador; Art. 2, literal h), del Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Ecuador y Uruguay; Art. 1, numeral 1, literal b), del Convenio sobre Asistencia Judicial en materia Penal entre El Salvador y Ecuador.

⁴⁶ Art. 1, literal g), de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes

⁴⁷ Ver el caso No. 32-05 de la Unidad de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General, en el cual la Embajada de Israel en Quito envía una solicitud de Asistencia Penal Internacional, librada por el Director del Departamento de Asuntos Internacionales de la Fiscalía de Israel en el caso No. 38/05/20, que se seguía contra varios imputados por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. En aproximadamente un mes la droga fue entregada por la Fiscalía de Pichincha a su similar de Israel, mediante el sistema de "entrega vigilada" y con ello se logro la sentencia condenatoria de 7 de los 12 imputados, en Israel.

⁴⁸ Art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes; Art. 12 de la Convención contra la delincuencia Organizada Transnacional; Art. 3 de la Convención Interamericana contra la Corrupción; Art. 13 de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal.

culpable y por lo tanto punible del mismo, tendrá el Estado que efectivizar el aparato penal, mientras tanto las investigaciones nacionales como internacionales deben llevarse con la presunción de inocencia, es decir con una “pretensión primitiva”; y esta enorme responsabilidad cae en las manos del Fiscal, por ello el deber de investigar conforme a derecho, y aquí concordamos con las expresiones de ZAVALA BAQUERIZO al mencionar que el Fiscal no puede ser imparcial, por mas que lo exprese el Código de Procedimiento Penal, el único que debe serlo es el Juez; puesto que el Fiscal es “parte” en el proceso y no puede ser imparcial, ya que si exhibe una pretensión punitiva no puede ser psicológica o mentalmente imparcial, pues es de la naturaleza humana que se reconozca como correcta su posición frente a el problema concreto sobre el cual a tomado “partido”.⁴⁹ Así mismo lo menciona CARNELUTTI al decir: “Es inconciliable la naturaleza de parte con una posición neutral”.⁵⁰

LOS PROCEDIMIENTOS DE COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL, Y LA DIFERENCIA CON LOS EXHORTOS Y CARTAS ROGATORIAS.

Tradicionalmente la cooperación judicial internacional se reducía a los procedimientos de extradición y de tramitación de cartas rogatorias y exhortos internacionales. Con ellos se procuraba la detención y captura en territorio extranjero del autor de un delito cometido en el espacio nacional del Estado requirente, así como la actuación por un Juez extranjero de determinados actos procesales a nombre de un Juez nacional. Sin embargo, paulatinamente la asistencia judicial mutua ha ido mudado sus actores y procedimientos. En ese proceso han tenido importante influencia los procesos políticos de integración regional y global, económica y política, que han venido sucediendo desde fines del siglo XIX, y que se han singularizado en la asistencia penal a mediados de la década del cincuenta en Europa⁵¹ y América.⁵² Sin lugar a duda en la región americana tanto los tratados de Montevideo de 1889 y 1940, como el Código Sánchez de Bustamante⁵³, fueron las pautas en la cooperación penal, a pesar de que sus normas son muy generales⁵⁴,

Uno de los primeros desarrollos de la cooperación penal internacional se relacionó con el cumplimiento de sentencias extranjeras y con el traslado o transferencia de detenidos o condenados de un país a otro. Sobre estas innovaciones sostiene KUNTERQUE “la transferencia de la supervisión de la ejecución de la condena es la técnica gracias a la cual las personas que fueron condenadas o liberadas a prueba o bajo condiciones por las autoridades competentes de un Estado, pueden ser supervisadas en lo que corresponda a sus sentencias, a pedido de dicho Estado, por las autoridades competentes de otro Estado en el cual el condenado tiene establecida su residencia habitual.”⁵⁵

En el presente la asistencia mutua en materia penal comprende una amplia gama de procedimientos que se pueden requerir.

Así, se entiende a la carta rogatoria o exhorto como un medio de comunicación procesal entre autoridades que se encuentran en distintos países, y que sirve para practicar diversas diligencias en otro lugar en el que el juez del conocimiento no tiene jurisdicción. Dichas diligencias van

⁴⁹ Zavala Baquerizo, Jorge. “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo II, Editorial Edino, Guayaquil – Ecuador. 2004, Pág. 328.

⁵⁰ Carnelutti, Francesco, “Lecciones sobre el Proceso Penal”. Vol. I.

⁵¹ En Europa nace con el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959; y posteriormente se amplía con el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de Mayo de 2000.

⁵² En América se plasma con la Convención Interamericana de Recepción de Pruebas en el Extranjero. Publicada en el Registro Oficial No. 863 de 8 de Agosto de 1975; y con la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias. publicada en el Registro Oficial No. 865 de 12 de Agosto de 1975.

⁵³ Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 1202 de 20 de Agosto de 1960.

⁵⁴ Aparece el primer sentido de asistencia especialmente en los Arts. 388-393; 394-397. y 436-437 del Código Sánchez de Bustamante.

⁵⁵ Kunter, Nurullah, “La transmisión de la Surveillance”, en Revue Internationale de Droit Penal N° 3-4, 1974.

encaminadas a la solicitud que formula un juez a otro de igual jerarquía, a fin de que se practique ante el segundo el desahogo de una notificación de documentos o citación de personas, emplazamientos a juicio, etc., y que recurren a ello, en virtud de que por cuestiones de jurisdicción, tienen una limitante en cuanto a su ámbito de competencia espacial.⁵⁶ Las cartas rogatorias o exhortos, son sinónimos para la doctrina, y también para la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, en su Art. 1.

Sin embargo, es importante dejar en claro la diferencia que mantienen las Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (CISECR); y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (CIRPE), con la Convención Interamericana sobre asistencia penal mutua en materia penal. Sin tratar de hacer una comparación temática, el objetivo es encontrar las diferencias prácticas entre las dos. Así las primeras, crean formalidades innecesarias en la práctica penal, como la legalización de documentos, la cual en la práctica penal, conlleva un tiempo largo, durante el cual, se podrían afectar derechos subjetivos de ciudadanos. También en estas, las costas y demás gastos corren por cuenta de los interesados, es decir, se asimilaba el carácter civil y comercial con la naturaleza del proceso penal que es distinta, en cuanto a los "interesados". Así también notamos que existe mucha ambigüedad, puesto que en el Art. 7 de la CISECR, se dispone que los "tribunales de las zonas fronterizas" pueden prestarse asistencia en forma directa, y sin legalizaciones; pero, a que podríamos llamar zonas fronterizas?. Como vemos para la época en la cual fueron elaboradas, era un avance muy grande, pero ya con la importancia de la materia penal regional, se hizo necesaria una Convención mas moderna y práctica, así nació la Convención Interamericana sobre asistencia penal mutua en materia penal, adoptada en Nassau, Commonwealth of Bahamas, el 23 de mayo de 1992, en el Vigésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. Esta crea un nuevo sistema, con una nueva visión y totalmente alejada de obstáculos burocráticos, especialmente en dos temas: Sobre las autoridades centrales⁵⁷, las cuales se comunican directamente, pero ya no son los mismos agentes diplomáticos, sino los encargados del ejercicio de la acción penal, como por ejemplo en Ecuador es la Fiscalía General al igual que en Colombia. Y, en segundo lugar, la importancia de tramitar documentos sin legalización o autenticación.⁵⁸ Creemos que estos dos puntos crean un nuevo y práctico sistema que mejora en mucho la asistencia penal, puesto que como ya analizamos anteriormente el principio de celeridad es fundamental en el campo penal, y por ende, esta es la Convención que se debe recomendar su uso, cuando requiera asistencia entre los Estados partes.

Adicionalmente, no obsta para que se pueda usar otro tipo de herramientas al mismo tiempo, como el software GROOVE®, el cual fue detallado anteriormente.

Sin embargo de esto, existen Países que todavía no aplican el nuevo sistema de cooperación penal internacional y mantienen los requisitos absurdos de la legalización de documentos, como México.⁵⁹

CONCLUSIÓN

Como vemos, la Asistencia Penal internacional, ha tenido un enorme desarrollo durante el siglo XX. La globalización del crimen organizado y la creación de tramas invisibles de la delincuencia, ha hecho que los Estados tomen como batuta la persecución de los delitos que atraviesan fronteras ya que permanecían en la impunidad.

En el ámbito europeo la visión de cooperación penal internacional se inició con el Convenio Europeo de Asistencia Judicial firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. En el ámbito

⁵⁶ <http://www.sre.gob.mx/juridicos/exhortos.htm>

⁵⁷ Art. 3 de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia Penal.

⁵⁸ Art. 27, Ibidem.

⁵⁹ Un ejemplo de esto podemos observar en el caso No. PGR/UEDO/152/2003 de la Procuraduría General de la República de México sobre una solicitud de asistencia internacional por el delito contra la Delincuencia Organizada y Tráfico de Indocumentados. Exp. 70-04/UAI/FXEB.

interamericano se inicia con certeza en el año 1975 con las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

Sin embargo, es a partir de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, que la cooperación internacional se amplió a distintas formas, tratando de abarcar una cooperación de alto nivel. Posteriormente la Convención de Nassau abrió el camino Interamericano para utilizar una vía mas expedita que las dictadas anteriormente, culminando sin lugar a duda en la más amplia Convención referente a la asistencia, esta es la Convención contra la delincuencia Organizada Transnacional.

Actualmente poseemos los medios jurídicos y técnicos para cumplir con una verdadera cooperación penal internacional, creemos que es hora de dejar los tratados y encajarnos en la capacitación a los órganos jurisdiccionales penales, puesto que de ellos depende el real y eficaz cumplimiento de los mismos, puesto que de no hacerlo, quedará en la impunidad una gran cantidad de delitos.



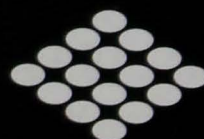
SEMPÉRTEGUI ONTANEDA

ABOGADOS

- Derecho Administrativo
- Contratación Pública
- Derecho Tributario
- Litigios

Av. República de El Salvador N° 309 y Suiza
Telfs.: (593-2) 2271 - 282 / 2441 - 596
www.soabogados.com
Quito - Ecuador

SEGURIDAD JURÍDICA
+ INVERSIÓN
+ NEGOCIOS
+ EMPLEO



CCQ | Cámara de
Comercio
de Quito

LA REPRESIÓN DEL DELITO DE BLANQUEO DE ACTIVOS

Ab. Gisela Alejandra Vaca Jaramillo

a) La presunción de inocencia vs. el delito de blanqueo de activos de origen delincuencia

Existen varios autores que sostienen que la presunción de inocencia no debe operar en relación a ciertos delitos. Con el nacimiento del lavado de activos y el firme propósito de las naciones en general por exterminarlo, han surgido una serie de opiniones que giran alrededor de encontrar el medio más eficaz para poder sancionar conductas, que por dificultades probatorias, han debido quedar en la impunidad.

Al ser el delito de lavado de activos un ilícito difícil de probar, debido principalmente a su complejidad, se ha planteado el hacer uso de la prueba indiciaria, sin embargo, como se sabe, la aplicación de este tipo de prueba, sugiere el invertir la carga probatoria, constituyéndose de este modo, una errada presunción de culpabilidad.

Lo cierto es que, para definir la responsabilidad penal en un ciudadano determinado que está siendo procesado, “no es suficiente con probar que la conducta sea típica y antijurídica, sino que además, se debe demostrar que se es culpable a título de dolo, culpa o preterintención”¹.

Varios son los defensores de la presunción de culpabilidad, lo cual ha hecho que el debate con quien defiende hoy, la universalmente reconocida, presunción de inocencia se torne excesivamente dificultoso. Los principales argumentos a favor de la presunción de culpabilidad son los siguientes:

Rafael Garófalo², miembro de la escuela criminal positiva señaló que la presunción de inocencia debilitaba la acción procesal del Estado, porque constituye un obstáculo para tornar eficaces resoluciones en contra de los inquiridos, especialmente en materia de detención preventiva, hasta favorecer la libertad de los imputados, aun cuando ella pudiese constituir un peligro común y una provocación a la víctima del delito, aun cuando la culpabilidad fuese evidente por confesión o flagrancia.

A su juicio, al imputado no se le debe presumir ni inocente ni culpable. El sujeto es únicamente imputado, del cual existen razones suficientes para suponer que ha cometido un ilícito y por tanto, debe ser investigado, por ello, es que se lo envía a los jueces porque se ha creído del mismo que es culpable.

Enrico Ferri³, fundador de la escuela criminal positiva, cuando hubo la discusión en torno al proyecto del Código Penal Italiano, sostuvo que la presunción de inocencia debe mantenerse a

¹ Alfonso Rodríguez, Orlando: “La Presunción de Inocencia”, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000, p. 97.

² Alfredo Vélez M.: “Estudios de Derecho Procesal Penal”, tomo II, p. 34, citado por Alfonso Rodríguez Orlando, Op. Cit., p. 99.

³ Alfredo Vélez M.: “Estudios de Derecho Procesal Penal”, tomo II, p. 34, citado por Alfonso Rodríguez Orlando, Op. Cit., p. 100.

lo sumo para los juzgables que tengan buenos antecedentes, que no sean reincidentes, que hayan cometido delitos no perversos, y que no sean peligrosos, (...) y debe valer menos para los otros porque es ingenuo poner como fundamento del procedimiento la presunción de inocencia cuando se ha sorprendido en flagrancia a un ladrón habitual o a un homicida ya condenado por delitos de sangre.

Para el mismo autor, la presunción de inocencia debe ceder gradualmente con el avance del procedimiento hacia la sentencia definitiva, porque a medida que la instrucción acumula indicios y prueba contra quien es juzgado, la presunción de inocencia debe atenuarse hasta desvanecerse frente a la sentencia que encierra el juicio penal. Por tanto, la presunción de inocencia es ilógica cuando es absoluta y no hace distinción alguna.

El autor Berenini⁴ ha manera de ejemplo señala: “Ha ocurrido un hecho criminoso; un hombre, por la voz pública, por circunstancias más o menos graves es designado autor. ¿Por qué presumirlo reo? Es un hombre sospechoso, no otra cosa. Crece la sospecha, resulta la prueba, la evidencia, es reo. La sospecha se debilita, se esfuma, desaparece, es inocente”. Por lo que concluye, que el no estar ciertos de la culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente dudar de su inocencia y, por lo tanto, no puede nunca equivaler a presumir en él la inocencia.

Vicenzo Manzini en su Tratado de Derecho Penal⁵ acota que si se presume la inocencia del imputado, ¿por qué entonces proceder contra él? No siempre el proceso certifica la inocencia si no se ha afirmado la culpabilidad. Y por otro lado, el no ser reconocido como culpable no equivale a ser reconocido como inocente.

Lo anterior es plenamente aplicado en el derecho anglosajón, al cual en líneas anteriores ya hicimos referencia, debido a que el veredicto dado por el jurado de “no culpable” no necesariamente significa que se genere una condición de inocencia en la persona que fue procesada.

En relación a lo que sostiene Manzini, también cabe hacer referencia a la diferencia que existe entre el derecho a la defensa y la presunción de inocencia. El derecho que tiene la persona a defenderse no implica necesariamente inocencia, sino un menor grado de culpabilidad de lo que aparenta la acusación.

Para Alfredo Vélez Mariconde⁶, si existiera una verdadera presunción de inocencia, no se podría concebir ningún acto coercitivo en contra de la persona y de los bienes del imputado, desde que la detención preventiva, lo mismo que el procesamiento, se basan por el contrario, en una presunción más o menos fuerte de culpabilidad.

Existen legislaciones alrededor del mundo que prevén la presunción de culpabilidad en determinadas normas, así en la legislación punitiva Colombiana, el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal del año 1938 reglaba: “Constituye así mismo presunción legal que una persona responsable de un delito de robo o hurto, el hecho de encontrarse en su poder la cosa robada o hurtada, o el haberla enajenado con posterioridad a su sustracción ilícita, siempre que esta persona haya sido anteriormente condenada en sentencia irrevocable por un delito contra la propiedad”

En lo referente al delito de enriquecimiento ilícito se estableció, también en la legislación colombiana, en el antecedente del artículo 148 del Decreto 100 del año 1980 lo siguiente: “El empleado oficial que por razón de su cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial

⁴ Berenini: “Anzione ed instruzione penale”, 1888, p. 153. citado en la obra de Vélez Mariconde, citado por Alfonso Rodríguez Orlando, Op. Cit., p. 101.

⁵ Citado por Alfonso Rodríguez Orlando, Op. Cit., p. 102.

⁶ Citado por Alfonso Rodríguez Orlando, Op. Cit., p. 104.

no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de 1 a 8 años, multa de veinte mil a dos millones de pesos e interdicción de derecho y funciones públicas de 2 a 10 años”

El artículo 392 del Código francés de Aduanas establecía una presunción legal para las infracciones penales de contrabando incompatible con la presunción de inocencia que imprimía que “el portador de mercancías fraudulentas será responsable del fraude”⁷.

Para el autor, Orlando Alfonso Rodríguez, defensor del la presunción de inocencia, existen dos consecuencias desde el ángulo operativo judicial que se desprenden de poner en práctica este principio universal:

- I. Nadie es culpable hasta la sentencia condenatoria con tránsito a cosa juzgada. Solo en sentencia, con la suficiente y necesaria motivación, se desvirtúa la premisa menor de la presunción demostrando que el procesado, en concreto, infringió el código que protege intereses sociales.
- II. En desarrollo del proceso, se debe observar y respetar íntegramente el debido proceso. Al procesado, en desarrollo de la actuación judicial, se le debe rodear de todas las garantías judiciales para que defienda su primario derecho de inocente.

Existen diversos antecedentes históricos que han planteado la presunción de inocencia como un interés de toda la sociedad. Al respecto podemos nombrar la Carta Magna de 1215 en la cual el procesado era tratado con toda consideración, al cual se le menciona como “gentleman”.

Más tarde con la Revolución Francesa de 1789 y posterior Asamblea Nacional de Francia de 1791 en lo pertinente al tema se señaló que se debía “presumir que es inocente en nombre mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”

Aproximadamente 150 años después, superadas las dos guerras mundiales en el año de 1948, los Estados del mundo se reúnen y producen la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual, en el artículo 11 numeral 1 se establece que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. De este documento, al pasar los años surgieron otros instrumento de carácter internacional con el objetivo de dar un tratamiento más específico a una serie de derechos, entre éstos la presunción de inocencia, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 14 # 2; Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos Art. 8 # 2.

Así mismo podemos encontrar varios antecedentes en legislaciones tales como la Constitución de Unificación Alemana de 1993, la Constitución italiana de 1947 en su Art. 27⁸, la Constitución Política española de 1978 en su Art. 24⁹, la Constitución Política de la Federación Rusa de 1993 en su Art. 49¹⁰, las constituciones de Brasil, Ecuador, Puerto Rico, Nicaragua, Costa Rica, etc.

⁷ Al respecto existe una jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nombrada como Caso Pham Hoang, en el cual se alegaba violación del art. 6.2 del Convenio. El imputado no pudo hacer uso de su derecho a la defensa por establecer la norma una presunción legal.

⁸ “Todos pueden actuar en juicio en defensa de sus propio derechos y sus legítimos intereses. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del proceso. Mediante institutos especiales se les aseguran a los pobres los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción”

⁹ “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse la indefensión. Así mismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”

¹⁰ “Nadie podrá ser reconocido culpable de la comisión de delito ni penalizado sino hasta por sentencia del tribunal y consonancia con la ley”

En lo referente a doctrina, Framarino Dei Malatesta dice que “el hecho que nos lleva a presumir la inocencia del acusado es su condición de hombre, la cual hace que éste quede incluido en la especie humana, que de ordinario es inocente”¹¹; mientras que, Eugenio Florián reflexiona alegando que la presunción de inocencia no puede significar otra cosa sino que en la duda no es permitido condenar, y así, para que pueda dictarse absolución, no habrá que esperar que resulte probada la negación del hecho que se imputa, sino que bastará que no se haya obtenido la comprobación de ese hecho (...). En el fondo no se presume nada, y la acusación debe probarse. Y dicho en términos más claros: los hechos, en el sentido o en otro, deben comprobarse en el proceso y por el proceso”¹²

En conclusión, objetivamente hablando, pensamos que sin estar absolutamente de acuerdo con los autores que sostienen la tesis de admitir la presunción de culpabilidad, cabe el hacer uso de presunciones iuris tantum solo con el fin de imputar el cometimiento de un ilícito a una persona sospechosamente culpable. Sin embargo, dichas presunciones, a medida que avanza el proceso, a través de la aportación de pruebas legalmente obtenidas, podrán desvirtuar aquella sospecha de culpabilidad que se depositó sobre el imputado.

No estamos de acuerdo en la creación de normas que mantengan dentro de sí presunciones legales, imposibles de desvirtuar mediante prueba, porque atentarian directamente contra la dignidad de la persona, puesto que la misma, ya no sería considerada como sospechosamente culpable, sino que sería considerada absolutamente culpable y por tanto, se coartaría totalmente su derecho a la defensa.

Tenemos presente que la condición de inocente que posee todo ciudadano es anterior al Estado y a cualquier garantía judicial consignadas en diferentes codificaciones normativas. “La condición de inocente del ciudadano, y por ende el derecho que judicialmente se le respeta hasta la sentencia ejecutoriada que lo condene, es el producto de milenios de cultura jurídica”

Por otro lado, no debemos olvidar que el proceso penal sirve para encontrar, a través de sus etapas, la verdad histórica del hecho en conflicto. Las pruebas aportadas al proceso sirven para alcanzar este requisito a fin de poder dictar una sentencia justa. El Estado, a través del Ministerio Público, está en la obligación de aportar aquellas pruebas que demuestren el estado de culpabilidad del imputado; y el imputado, en su calidad de “sospechosamente culpable”, está también en la obligación de aportar aquellas pruebas, si las tiene, que ratifiquen su inocencia.

Sería absolutamente ilógico que una persona a quien se le imputa la responsabilidad en un hecho delictuoso, teniendo las pruebas que demuestren su inocencia, permanezca en silencio, porque es el Estado quien está en la obligación de demostrar la culpabilidad que se le imputa. Pensamos que ésta actitud es demasiado arriesgada y cómoda por parte del imputado; y por otro lado, atentatoria al principio de economía procesal, porque el individuo permite que se desperdicie el dinero del Estado en las investigaciones que el fiscal realiza de oficio; aun cuando conoce y puede probar que es inocente.

Deontológicamente hablando, todas las personas que puedan colaborar a fin de encontrar la verdad del hecho delictuoso, tienen la obligación moral de aportar la evidencia suficiente con el propósito de evitar que se sancione a un inocente o se libere a un culpable.

b) La inversión de la carga de la prueba en el delito de blanqueo

El Art. 5 numeral 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas, aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988,

¹¹ Framarino Dei Malatesta: “Lógica de las Pruebas en Materia Criminal”, Volumen I. Ed. Temis, Bogotá. 1981, p. 242.

¹² Florián Eugenio: “De las Pruebas Penales”, Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 1968, p. 336.

¹³ Alfonso Rodríguez Orlando, Op. Cit., p. 117.

ratificado por el Ecuador en el Registro Oficial 396 del 15 de marzo de 1990, sugiere a los Estados la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.

También se ha ocupado de esta cuestión el Parlamento Europeo, en una Resolución de 16-12-93, en la que insta a los Estados miembros para que modifiquen sus legislaciones e incorporen los mecanismos jurídicos que hagan posible la incautación y confiscación de todos los beneficios procedentes del tráfico ilícito de drogas.

En la misma línea, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes de las Naciones Unidas en el informe de 1995 establece como recomendación el que todos los Gobiernos consideren la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, conforme a lo establecido en el párrafo 7 del Art. 5 de la Convención de 1988, aunque ello implique la adopción de enmiendas a la legislación y/o a la Constitución de cada Estado.

Recientemente, el Consejo de la Unión Europea, a petición de la Presidencia alemana, remitió un informe al Grupo de Expertos sobre blanqueo de dinero en el que engendra, para efectos de análisis y estudio, la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto de los productos obtenidos gracias a la comisión de actividades criminales.

Ante esto solo se puede percibir la terrible preocupación que ello ha generado en la mayoría de los juristas. Sin embargo, vale decir que con respecto al delito de lavado de activos y la aplicación de este método no se parte de la ausencia total de elementos de prueba, sino de la existencia de ciertos indicios que el individuo manifiesta en su vida particular que de una u otra forma llevan a presumir que el delito se está llevando a cabo, como por ejemplo el enriquecimiento espectacular manifestado en grandes inversiones carentes de un origen lícito acreditado.

No podemos olvidar que la presunción de inocencia es un derecho fundamental del proceso penal garantizado por varias legislaciones mundiales. En el Ecuador varias son las normas que también la contemplan, así como por ejemplo la Constitución en su Art. 24 #7 y el Código de Procedimiento Penal en sus Arts. 1 y 4.

Sin embargo, no se puede dejar de lado que se trata de una presunción "iuris tantum", y que por lo tanto, admite prueba en contrario, es decir, es susceptible de destruirse por medio de presentación de elementos de prueba, no solo directos sino también indirectos.

A manera de ejemplo podemos citar la doctrina señalada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del caso Salabiaku (TEDH, S 7-10-1988, nº 10519/1983) y del caso Pham Hoang (TEDH, S 25-9-1992, nº 13191/1987), en los cuales las leyes internas de cada país contravenían directamente el Art. 6.2 del Convenio Europeo por contemplar en sus normas¹⁴ una presunción legal de culpabilidad que dejaba al acusado en un estado de indefensión total y se plasmaba como incompatible con la presunción de inocencia.

Al respecto, el Tribunal señaló que semejante norma no podía ser considerada como una presunción de culpabilidad puesto que, dicha presunción podía ser refutable si así el acusado lo deseaba presentando prueba, dirigida a hacer constar ausencia de responsabilidad en el hecho por medio de posibles causas que la excluirían, como por la ejemplo la fuerza mayor, el estado de necesidad o el error.

Si se sigue de cerca este pronunciamiento podríamos colegir entonces que, para poder llevar a

¹⁴ Art. 392 del Código francés de Aduanas: "...el portador de mercancías fraudulentas será responsable del fraude"

cabo una posible incautación de bienes, sería necesario primero contar con la concurrencia de prueba indiciaria acerca del origen ilícito de los mismos, lo cual, una vez confirmado llevaría al juez a elaborar un razonamiento lógico que le permitiría adoptar la medida en base a lo siguiente:

1. La razonable probabilidad de existencia de vínculo o conexión del agente inculcado con actividades de tráfico de estupefacientes, o con personas u organizaciones relacionadas con las mismas. Es decir, si el juez se encontrara ante un procesamiento o una acusación penal para efectos del dictamen de medidas cautelares provisionales, o una sentencia ejecutoriada que condene al individuo para efectos del decomiso definitivo de los bienes del mismo.
2. Aumento del patrimonio tomado en cuenta desde el período de tiempo al que se refiere esa vinculación, tanto del patrimonio directo como indirecto. Es decir, no solamente el que figure a su nombre, sino también del que pueda tener a nombre de otros sean personas físicas o sociedades que puedan simular la condición de testaferros o personas interpuestas.
3. Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen ese aumento del patrimonio.

En base a lo anteriormente señalado, podría decirse a manera de conclusión que los bienes que han ingresado en el patrimonio del inculcado proceden directa o indirectamente del tráfico ilícito de drogas y, por tanto, deben ser decomisados, a no ser que el individuo debilitara esa prueba indiciaria, presentando como prueba de descargo los documentos necesarios para acreditar la legitimidad de su adquisición o posesión.

Sin embargo, como quedó señalado ya en líneas anteriores de este trabajo, cumpliendo estrictamente con lo que se entiende por la presunción de inocencia, en la práctica al imputado de un ilícito no le corresponde probar absolutamente nada, sino a aquella parte procesal encargada de acusar, es decir, la fiscalía.

En materia tributaria, en lo relativo a los ilícitos tributarios, tanto la legislación española, así como la ecuatoriana otorgan validez a las presunciones establecidas legalmente. Así pues, el Art. 342 inciso 2do del Código Tributario del Ecuador establece que "en el contrabando y la defraudación, los actos u omisiones que los constituyen se presumen conscientes y voluntarios, pero será admisible la prueba en contrario", por su parte, el Art. 118 de la Ley General Tributaria española admite la validez de las presunciones establecidas legalmente, especificando que tienen naturaleza "iuris tantum", es decir, que admiten prueba en contrario; y el Art. 49 párrafo 2.º de la Ley 18/91 de 6 de junio que regula el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas establece una presunción con repercusiones penales consistente en imputar los incrementos patrimoniales no justificados al período en el que se descubran, salvo naturalmente prueba en contrario.

Debe quedar claro sin embargo que no se trata de alterar las reglas del proceso penal, así como tampoco de trasladar la carga de la prueba al acusado para que demuestre su inocencia. Al contrario, las presunciones legales desarrollarían su eficacia exclusivamente si se aplican al ámbito patrimonial o económico dentro de un procedimiento, ya sea dentro del mismo proceso penal a modo de pieza separada, o de manera independiente de éste, necesaria como elemento imprescindible para la declaración de culpabilidad penal por parte del Tribunal juzgador.

Los argumentos jurídicos para sostener lo anterior deben ir de la mano de preceptos legales que no pueden dejarse de lado:

- a) La presunción de inocencia debe aplicarse, al hecho constitutivo del delito, así como a la participación del acusado en el mismo.

- b) El comiso o decomiso, aplicable de manera accesoria a aquellas sanciones principales dentro del marco de lo delictual penal, puede y de hecho se aplica de manera administrativa a ilícitos completamente independientes de aquellos previstos por el Código Penal, como por ejemplo lo establecido en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas¹⁵, a la Ley Orgánica de Aduanas¹⁶ y el Código Tributario¹⁷, lo cual nos puede llevar a pensar que se trata de una medida *sui generis*, que en su aplicación alcanza todo el patrimonio directo o indirecto que posee el imputado o acusado, permitiendo la oportunidad de demostrar la procedencia de los bienes especialmente, si sus titulares fueran terceras personas.
- c) El comiso se diferencia del resto de sanciones penales, puesto que en ésta no interesa la relación de pertenencia que vincula al imputado, acusado o culpable con el bien, sino más bien el hecho de que los bienes o ganancias provengan de una actividad delictual o de la utilización de los mismos para fines ilícitos.

El comiso según nuestro Código Penal es una consecuencia accesoria de la pena que sólo puede ser aplicarse si existe de por medio una sentencia penal. Creemos que para garantizar la eficacia de esa medida sería necesario, a su vez, interponer reformas jurídicas complementarias visibles en dos vertientes:

- Por un lado, hacer posible el adoptar amplias medidas cautelares de incautación provisional sobre todo el patrimonio (independientemente de la titularidad jurídica formal) y de forma proporcional a la disponibilidad económica real sobre el mismo.
- Por otro lado, reforzando las facultades de los Tribunales dándoles autoridad suficiente para declarar nulos todos los actos y negocios jurídicos que hayan servido para disimular y ocultar la verdadera titularidad de los bienes.

La justificación de lo anteriormente propuesto nace del *modus operandi* de estas actividades en las que los autores de este tipo de delitos casi nunca poseen bienes a su nombre, sino que para ocultar la titularidad y procedencia de los mismos utilizan los más variados y sofisticados mecanismos que a final de cuentas llegan a confundir la investigación que lleva a descubrir el delito.

En derecho comparado, las soluciones que se dan a este conflicto son diversas, al respecto

¹⁵ Art. 86 lit. c): "Comiso especial.- Además de las penas establecidas en este capítulo, el Juez dispondrá el comiso especial: c) Del dinero aprehendido y del que tuvieren los encausados en cuentas corrientes de instituciones bancarias y de ahorro, de títulos valores e instrumentos de libre conversión y curso legal como cheques, cheques de viajeros, títulos al portador, bonos, giros postales o, en general, cualquier documento negociable, cuando sean el producto de las infracciones tipificadas en esta Ley".

¹⁶ Art. 17 lit. f): "Extinción de la Obligación Tributaria.- La obligación tributaria aduanera se extingue por: f) Decomiso administrativo de las mercancías..."

Art. 26 lit. c): "Decomiso Administrativo.- El decomiso administrativo es la pérdida de la propiedad de las mercancías por declaratoria del Gerente Distrital, en resolución firme o ejecutoriada, dictada en los siguientes casos: c) Mercancías que hayan sido objeto de hurto o robo en los recintos aduaneros, o a bordo de los medios de transporte, cuando luego de recuperadas se ignore quien es su propietario, consignatario o consignante..."

Art. 84 lit. b): "Sanciones para el Delito.- Sin perjuicio del cobro de los tributos, son sanciones acumulativas aplicables al delito, cualquiera que sea el valor de la mercancía o la cuantía de los tributos que se evadieron o se pretendieron evadir que supere el diez por ciento, las siguientes: b) Decomiso de las mercancías materia del delito y de los objetos utilizados para su cometimiento, inclusive los medios de transporte, siempre que sean de propiedad del autor o cómplice de la infracción. En caso de que el medio de transporte no sea de propiedad del autor o cómplice de la infracción, previamente a la devolución del mismo se impondrá a su propietario una multa equivalente al 20% del valor CIF de la mercancía..."

Art. 87: "Decomiso Judicial.- El Juez Fiscal declarará el decomiso definitivo y ordenará el remate o venta directa de las mercancías conforme a las normas de esta ley y su reglamento, cuando transcurridos quince días desde la fecha de citación del autocabeza del proceso no compareciere el sindicado o propietario de las mercancías aprehendidas o no fuere identificado..."

¹⁷ Art. 349 # 1: "Penas aplicables.- Son aplicables a las infracciones, según el caso, las penas siguientes: 1. Decomiso..."

Art. 354: "Decomiso.- El decomiso es la pérdida del dominio sobre los bienes materia del delito, en favor del acreedor tributario. Puede extenderse a los bienes y objetos utilizados para cometer la infracción, siempre que pertenezcan a su autor o cómplice o de acuerdo a la gravedad y circunstancias del caso"

enunciaremos las siguientes:

- *Comiso de todos los bienes presuntamente pertenecientes directa o indirectamente al condenado:* así, en Gran Bretaña el Acta de 1986 sobre Delitos de Tráfico de Drogas -secciones 1.a y 2.a- autoriza a los Tribunales a incautar todos los bienes del acusado, incluso los pertenecientes a terceros, y a confiscar todos los bienes del condenado, incluso los obtenidos en otros países y los poseídos durante un período anterior de 6 años, obligándole a probar el medio de adquisición.

- *Adopción de medidas de confiscación de bienes en un procedimiento de medidas de prevención o de seguridad:* así, en Italia la Ley Rognoni-La Torre de 13-9-82 contra la delincuencia mafiosa en su redacción original estableció un sistema de incautación-confiscación al margen del procedimiento penal fundamentado en los siguientes principios¹⁸:

- a) No requiere la existencia de un proceso criminal por delito.
- b) Se aplica a las personas sospechosas de pertenecer a una asociación mafiosa o a una asociación para el tráfico de estupefacientes.
- c) La investigación financiera y económica previa a tales medidas alcanza a cónyuges, hijos y personas que hayan convivido durante los últimos 5 años con el sospechoso, así como a las personas naturales o jurídicas cuyos bienes sean dispuestos directa o indirectamente por aquellos.
- d) La decisión de incautar y confiscar todos los bienes de los que se disponga directa o indirectamente cuando no se proporcione la prueba de su fuente legal corresponde en todo caso a un Tribunal.
- e) Si las propiedades incautadas pertenecen a un tercero, se le permite intervenir en el procedimiento y ser asistido por un defensor para poder ejercer sus intereses.

Dentro de la misma línea a la normativa italiana, la ley 333/96 de 19-12 de la República de Colombia posee un procedimiento específico para la extinción del dominio de los bienes adquiridos en forma ilícita. Se trata de un procedimiento jurisdiccional (que debe ser resuelto por un Tribunal Penal) independiente y diferente del proceso penal; cuyo objeto es extinguir el dominio y posteriormente adjudicar al Estado los bienes provenientes directa o indirectamente del ejercicio de las actividades delictivas previstas por el Art. 2 de la Ley (entre las que se encuentran los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y el Lavado de Activos) o que hayan sido utilizados como medios o instrumentos necesarios para la realización de tales actividades¹⁹.

Con respecto al trato que se da al comiso en la legislación italiana, lo primero que salta a la vista es que la aplicación de esta medida no puede aplicarse antes de que se produzca el ilícito, ya que solo el cometimiento de un delito puede llevar aparejada una sanción penal. Sin embargo, al variar el presupuesto inicial de imposición de estas medidas de confiscación para exigir la existencia de una condena en el proceso penal, es perfectamente legítimo interponer sanciones contra el patrimonio del que se dispusiere, de hecho y de derecho, en un procedimiento independiente al margen del proceso penal, siempre y cuando el comiso o confiscación de los

¹⁸ Una sentencia de 17-2-94 dictada por el Tribunal Constitucional Italiano estableció que la aplicación de ese sistema a personas simplemente sospechosas o investigadas por determinadas actividades ilícitas quebrantaba derechos constitucionales básicos pues, el ejercicio de un derecho como lo es el de no declarar y, consecuentemente el de no confesarse culpable y no estar obligado a presentar pruebas de descargo, no podía comportar automáticamente sanciones. La ley fue reformada por Decreto-Ley 399/94 -convertido posteriormente en ley 50/94 de 8 de agosto- para aplicar el procedimiento a las personas que resultasen condenadas por las actividades criminales específicamente previstas a tales efectos. (VIGNA, Piero Luigi. Fiscal Nacional Antimafia de la República Italiana: "El delito de contrabando en el ámbito del crimen organizado". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VIII, 1998, pags. 309 y siguientes).

¹⁹ La Corte Constitucional de esa República en sentencias C-374/97 y C-409/97 declaró compatible la citada disposición legal con los preceptos constitucionales. El fundamento jurídico de ello es que el origen ilícito de los bienes excluye la licitud de la propiedad y por lo tanto, los derechos que el individuo pueda tener sobre los mismos.

bienes dejara de ser una medida de naturaleza exclusivamente penal a esos efectos.

El Código Penal español en su Art. 374 establece el comiso de aquellos bienes, productos, ganancias e instrumentos derivados DE y utilizados PARA cometer los delitos de tráfico ilícito a no ser que pertenezcan a terceros no responsables del delito que hayan actuado de buena fe.

Independientemente del trato que se da al comiso en otras legislaciones, consideramos que en el Ecuador es absolutamente necesario crear un marco jurídico más preciso y eficaz que permita llevar a cabo, sin impedimentos de ninguna clase, el levantamiento del velo societario para de esta manera descubrir la verdadera identidad de testaferros y personas interpuestas; así como la anulación de cualquier negocio o acto jurídico que haya servido para disimular, ocultar o encubrir los bienes provenientes de una actividad delictual.

c) Consideraciones jurisprudenciales en el ámbito internacional

El control jurídico que se da en otros países en el plano jurisprudencial comparado, eminentemente en la etapa de casación sobre la prueba indiciaria, se dirige a comprobar la estructura racional del proceso valorativo seguido por el Tribunal y la adecuación de éste a las reglas de la lógica y de la experiencia.

La doctrina constitucional española que se ha realizado sobre la materia limita el control en cuanto a la observación y constatación de la existencia de una prueba de cargo suficiente y lícitamente practicada: la licitud para los españoles significa que no se hayan quebrantado las debidas garantías constitucionales; mientras que la suficiencia exige que la inferencia realizada por el Tribunal sea razonable, pues la falta de razón de esta inferencia puede vulnerar la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo.

La sentencia del Tribunal Constitucional español STC 220/98 de 16 de noviembre (Ponente: Viver Pi-Sunyer) cita como supuestos de falta de razón los siguientes:

- 1) la falta de lógica o de coherencia en la estructura del proceso valorativo del Tribunal; y
- 2) el carácter no concluyente de los indicios por ser excesivamente abiertos, débiles o indeterminados (lo que posibilita conclusiones alternativas razonables).

Así, varios fallos jurisprudenciales, como los emitidas en la Sentencia de Audiencia Penal en Baleares el 30/06/2004 (Ponente Calderón Susín); la Sentencia de Audiencia Penal de Cádiz de 23/06/2004 (Ponente Tesón Martín Fernando) y la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2da. de 25/02/2004 (Ponente Martín Pallín), que resuelven varios recursos de casación que han consolidado definitivamente la doctrina jurisprudencial española en relación al delito de lavado de activos. Más en concreto se han señalado por la jurisprudencia como indicios que permiten deducir el **conocimiento** de la ilícita procedencia de los bienes los siguientes:

- el incremento inusual del patrimonio,
- el manejo de cantidades de dinero elevadas,
- la dinámica de las transmisiones en efectivo,
- las operaciones ajenas a las prácticas comerciales,
- la inexistencia de negocios lícitos que amparen patrimonios o
- la constatación de vínculos con el delito o con personas vinculadas a ellos.

La cuestión resulta especialmente difícil en el caso de las profesiones jurídicas, en particular los despachos de abogados, por la existencia de una obligación legal de reserva o secreto profesional en las relaciones con los clientes, aunque la Comisión y el Comité de Contacto española coinciden, y así se refleja en la propuesta de Directiva, en la necesidad de deslindar el asesoramiento jurídico, la defensa y representación en pleitos de otras actividades comerciales de carácter menos confidencial como la intermediación financiera, supuesto en el cual deberían aplicarse plenamente las disposiciones de prevención del blanqueo.

Por otro lado, jurisprudencialmente se ha señalado que la imprudencia se reputa grave e inexcusable, porque cualquier persona mínimamente cuidadosa advierte el riesgo y, advertido el riesgo, la actividad entraña un alto nivel de omisión de la diligencia debida.

En este punto, es pertinente hacer mención a las prácticas que realiza el SEPBLAC, que es la unidad de inteligencia financiera o agencia nacional española responsable de recibir, analizar y distribuir a las autoridades competentes las informaciones financieras relacionadas con procedimientos criminales o aquellas requeridas por la legislación nacional para impedir el blanqueo de capitales. Los órganos equivalentes en otros países son, por ejemplo, FINCEN (USA), NCIS (Gran Bretaña), CTIF (Bélgica) y TRACFIN (Francia).

Para realizar con eficacia y coordinación sus funciones operativas y proceder en el marco de la cooperación internacional a un intercambio de la información financiera (mediante acuerdos bilaterales entre tales organismos), se ha constituido un organismo internacional de carácter informal denominado Grupo EGMONT, estructurado internamente en cuatro grupos de trabajo: Legal, Tecnológico o de análisis, de Formación, y de Asistencia y Promoción de nuevas “Inteligencias Financieras”.

Para el desempeño de sus funciones, cuando reciben información sobre operaciones indiciariamente sospechosas promueven actuaciones previas, disponiendo para la práctica de sus indagaciones de una facultad ciertamente excepcional consistente en el acceso a toda la información bancaria y sus soportes documentales, sin necesidad de mandamiento judicial.

Las jurisprudencias españolas son un valioso punto de referencia para el futuro de las investigaciones relativas al blanqueo de capitales así como también, claros ejemplos de cómo debe construirse el tipo penal del blanqueo y de qué manera deben orientarse, tanto en el ámbito policial como en el judicial los esfuerzos dirigidos a la investigación de estos comportamientos delictivos.

CONCLUSIONES

En Ecuador, el original del Proyecto de Ley para reprimir el Lavado de Activos patrocinado por la Procuraduría General del Estado, que se envió al Congreso Nacional el año 2004 solucionaba muchos de los problemas planteados a lo largo de este trabajo. Por un lado desvinculaba el delito de lavado de la conducta ilícita determinante; y, por otro lado, permitía que se infiriera de las “circunstancias objetivas de cada caso” los elementos de convicción para demostrar en el juicio la conducta típica, antijurídica y culpable se estaba llevando a cabo. Esto daba paso a que el delito se probara mediante prueba indiciaria o indirecta, lo cual no era malo siempre y cuando se fundamentara en varios hechos probados, unívocos y concordantes entre sí. Lo anterior, obligaba necesariamente a elaborar una reforma a nivel procesal de los medios probatorios contemplados en el Art. 89 del Código de Procedimiento Penal, agregando los indicios como medio para establecer presunciones que permitan llamar a Juicio al imputado, pero dejando la responsabilidad de probar la existencia del delito en manos del Ministerio Público.

Adicionalmente, también era necesario establecer una reforma legal al Código de Procedimiento Penal que diferencie claramente los indicios de las presunciones. De este modo, el juez comprendería qué implican los indicios y su verdadero valor como prueba indirecta. Así, si la prueba indiciaria, presentada por el fiscal, lograba convencer al juez de la existencia del delito y la participación de los acusados; éste debería condenar. De lo contrario, si surgía en el juez alguna clase de duda respecto a lo anterior, debería abstenerse de sancionar y fallar, es decir, que el acusado es “no culpable” del delito que se le imputa, no por haberse demostrado su inocencia, sino porque no se encontró prueba suficiente que demuestre su culpabilidad.

Si el juez falla y establece una sanción haciendo uso de prueba indiciaria, debería crearse una norma expresa, independientemente de la general establecida en el numeral 2 del Art. 309 del Código de Procedimiento, que señale la obligación del juez de justificar el por qué consideró que los elementos indiciarios aportados por la acusación estaban fundamentados en varios hechos probados, unívocos y concordantes entre sí.

De esta manera podría evitarse cualquier tipo de arbitrariedad por parte del juzgador. El Consejo Nacional de la Judicatura podría haber colaborado realizando auditorias respecto de los fallos relacionados con el delito de lavado de activos, verificando si los jueces estaban efectivamente sancionando en derecho y cumpliendo con las normas del debido proceso.

Sin embargo, con la aprobación de la nueva Ley para Reprimir el Lavado de Activos, que vale mencionar es absolutamente diferente al proyecto original, se elimina tajantemente esta posibilidad. La disposición general tercera establece que: “el origen ilícito de los activos, así como su carácter inusual e injustificado, se determinará **por los medios de prueba previstos en la legislación ecuatoriana**, correctamente aplicados y valorados conforme a las reglas de la sana crítica y a los principios del debido proceso establecidos en la Constitución Política de la República”.

Lo anterior nos lleva a concluir que en el Ecuador el delito de blanqueo deberá probarse solamente con los medios establecidos en el Código de Procedimiento Penal, es decir, prueba materia, documental o testimonial. Ello complica de una manera formidable la tarea del Ministerio Público. Su trabajo de investigación a fin de probar el ilícito de blanqueo, de ahora en adelante, deberá ser maratónica y hasta vale decir, imposible.

El juez, por otro lado, deberá prestar suma atención a los medios de prueba que se aporten en la audiencia de juzgamiento –que no sean indiciarios- por parte del fiscal a fin de alcanzar certeza absoluta y poder fallar en justicia.

Aunque nuestro ordenamiento jurídico haya dado un gran paso con la aprobación de la nueva Ley para Reprimir el Blanqueo, su persecución será una auténtica cacería de brujas. Esperemos que las potencias mundiales que de cerca observan los fallos de los jueces en lo relativo a este delito, no perturben la real apreciación que el juez asuma; y que por su parte, los jueces ecuatorianos tengan el valor de fallar independientemente según las pruebas aportadas, su lógica y su sana crítica.

CORTE PENAL INTERNACIONAL

Ab. Francisco José Salgado Ribadeneira¹

*¿Inmunidad o impunidad?:
Una respuesta jurídica a los
convenios bilaterales bajo el
artículo 98.2 del Estatuto de Roma*

Introducción

La intención de Estados Unidos de firmar tratados bilaterales a la luz del artículo 98 del Estatuto de Roma, para evitar que sus funcionarios o civiles no sean sometidos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI) en el caso de cometerse delitos de genocidio, crímenes de guerra, o de lesa humanidad, es un tema bastante complejo, pues encierra una serie de detalles que deben ser analizados a la hora de tomar una decisión y que además se debe hacer una clara diferenciación entre lo jurídico, lo político y económico. Jurídicamente el tema es muy claro, mas en lo político y económico es donde debe actuar la diplomacia para ver hasta que punto es o no conveniente consentir con las presiones norteamericanas.

En este contexto, este ensayo pretende dar un criterio legal de la situación con Estados Unidos, bajo consideraciones jurídicas importantes, sintetizadas en 5 puntos principales: a) Las consecuencias de la aplicación del art. 98, respecto al Ecuador como país que ratificó el ER.; b) Los tratados internacionales (de acuerdo a la Convención de Viena de los Tratados), específicamente en la forma de interpretación del controversial artículo 98 del ER; c) El artículo 27 del ER, el cual se refiere al caso de inmunidades; d) algunas consideraciones sobre la nulidad de los tratados según la Convención de Viena de 1969 (CV); y, e) La iniciativa para la aplicación del art. 98 del Estatuto.

Posteriormente, veré el marco político y económico, examinando, cuales serían las alternativas del país en caso de que firmar el convenio bilateral.

Las pretensiones estadounidenses.

La actual política exterior de Estados Unidos respecto a la CPI, se circunscribe a evitar la vigencia del estatuto de Roma, como instrumento internacional que la contiene, no solo en el perímetro norteamericano, sino también en el resto de países del planeta. Esto se refleja en sus argumentos negativos en contra del tratado resumido en 3 puntos: 1) El estatuto de Roma crea un sistema de fiscalía con poder ilimitado; 2) la CPI desliga su competencia sobre ciudadanos que no han ratificado el tratado; y, 3) la CPI se asienta sobre bases defectuosas quedando expuesta a la manipulación y enjuiciamientos políticamente interesados.

Estos argumentos quedan sin piso si analizamos el carácter complementario a las jurisdicciones nacionales que tiene la CPI, según lo dicta su artículo 1. Respalda el criterio de respetar la

¹ Licenciado en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de la República, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Presidente de la Asociación Escuela de Derecho 2002; Tercer Secretario A.D. del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador.

soberanía y jurisdicción de cada estado, el cual tiene primacía de actuación y que sólo se vería avocado a dejar el proceso en manos de la CPI en casos de excepción los cuales se traducen en: a) Inacción de la justicia por parte del Estado o, si el Estado no se ve en capacidad de poder juzgar al presunto criminal; y, b) La existencia de un fraude en el tribunal interno donde se sobreesió a la persona o se le impuso una pena irrisoria de acuerdo al tipo de delito sancionado, siempre y cuando se compruebe fehacientemente que esa impunidad se dio por apariencias y mala fe y/o hasta corrupción de la justicia interna².

Lo último es importante, pues si se pretendería mandar a la CPI todos los casos en que existan sobreesimiento sin las debidas pruebas, se atentaría contra el principio constitucional de inocencia, donde se establece que “nadie es culpable hasta que no se demuestre lo contrario”³, pues se pondría a la persona como culpable pese al sobreesimiento y esto no es aceptable jurídicamente. Además se atentaría al principio *Ne bis in idem*⁴ por el cual nadie puede ser juzgado nuevamente por el mismo hecho, si no existen causas suficientes para su ulterior revisión⁵.

Terminando el punto, la complementariedad de la Corte se manifiesta en el sentido de que se respetan primero los tratados de extradición o solicitudes por otros estados que estén interesados en juzgar a estos presuntos delincuentes.

Respecto al juzgamiento de personas de estados no ratificantes del tratado, no hay que olvidar que primero se les juzga si comenten los crímenes de los que la CPI es competente dentro del Estado que sí es suscriptor, lo cual no atenta jurídicamente contra ningún criterio. La legitimidad de esta atribución de juzgar nace de las leyes internas del estado, donde el estatuto de Roma está vigente⁶, así como de los principios penales como el de territorialidad, donde al momento de actuar judicialmente, la competencia está dada por el lugar donde se cometió el delito.

En segundo lugar, se pueden juzgar esos delitos si el estado que no es parte del tratado lo admite ad hoc, es decir, no se le obliga a entregar a su nacional, lo cual respeta su soberanía. Y, tercero, se juzgan a ciudadanos de estados no miembros, si así lo acuerda el Consejo de Seguridad de la ONU, lo cual no merece mayor comentario si se toma en cuenta que EU ha aceptado su injerencia en estos temas con las resoluciones 1422 y 1487, donde se permitía la inmunidad ante la CPI de sus funcionarios si actuaban en casos relacionados con la ONU.

A más abundancia, EU no podría alegar el art. 34 de la Convención de Viena sobre los Tratados, que establece que el tratado no crea derechos ni obligaciones para un tercer estado (no parte del acuerdo) sin su consentimiento, pues el carácter del estatuto de Roma no influye sobre un estado no parte (EU), como condición de la Convención, sino sobre la persona individual que comete el delito.

Sergio García nos indica: “El artículo 1 prevé la existencia de la Corte para “ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves...” y, el artículo 25 ratifica el alcance subjetivo de este orden jurisdiccional que traduce la idea de responsabilidad penal

2 GÜELL PERIS Sonia, “Ofensiva Jurídica contra la Corte Penal Internacional”. Revista de Política Exterior Europea No. 94 Julio /Agosto 2003.

3 Constitución Política del Ecuador art. 24.

4 Idem. art. 24 No. 16: “... nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa”.

5 Precisamente el mismo estatuto de Roma, consagra el citado principio en su art. 20 y establece en su numeral 3, dos excepciones al mismo, y que tienen que ver precisamente con el criterio esgrimido respecto a la importancia probatoria en caso de absolución. Estas dos excepciones son: “a) Cuando el proceso que se realizó en otro tribunal: obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte: o b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”.

6 Según el art. 167 de la Constitución del Ecuador, los tratados internacionales ratificados pasan a ser parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano y están por sobre las leyes inclusive.

internacional de carácter individual:...“la Corte tendrá competencia respecto de personas naturales (25.1)” y, “quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente” (25.2)”⁷.

El argumento se ratifica con lo dicho por la Dra. María Elena Moreira: “Con la adopción en 1998, del **Estatuto de la Corte Penal Internacional**, Estatuto que entró en vigencia recientemente el 1 de julio de 2002, la humanidad ha sido testigo de un avance sin precedentes en materia de derechos humanos, ya que el antiguo concepto de que el **sujeto de derechos humanos** solamente podía manifestarse de **manera activa**, esto es, a través del ejercicio de sus derechos, ha quedado atrás, para dar paso al **sujeto pasivo de derechos humanos**, es decir, que el individuo también es responsable de violaciones y puede ser penalmente sancionado. Antes de la adopción del Estatuto, únicamente los Estados estaban sujetos a sanciones por violaciones a los derechos humanos, individuales y colectivos. La entrada en vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional consolida el principio de **justicia universal**, según el cual, un individuo puede ser detenido, procesado y sancionado por el cometimiento de crímenes de lesa humanidad, como genocidio, tortura, desaparición forzada, etc., en cualesquiera de los países que han ratificado el Estatuto”⁸ (subrayado nuestro).

Por tanto no podemos hablar de estado parte o no parte del Convenio cuando lo que se juzga es a la persona, sin importar su nacionalidad.

La labor del fiscal y los jueces que forman parte de la Corte, está reglamentada en el Estatuto y su imparcialidad y actuación están garantizadas (arts. 15 y 35 a 41)⁹, por lo que EU no debería “temer” a la CPI. Con todo, se conoce que ese miedo es solo una pantalla que camufla sus verdaderas intenciones, reflejadas en una guerra contra el terrorismo, aprovechada por sus ciudadanos para cometer delitos contra la humanidad (solo véase lo sucedido en la cárcel de Abu Ghraib, en la guerra de Irak).

El preámbulo anterior sirve de base para el análisis de los tres instrumentos jurídicos de los que se han válido los norteamericanos para conseguir la inmunidad de sus funcionarios, y que a continuación se analizan sucintamente.

1. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS PRETENSIONES DE ESTADOS UNIDOS.

a) Intervención de la ONU para contrarrestar a la CPI mediante las Resoluciones del Consejo de Seguridad.

El Consejo de Seguridad de la ONU¹⁰, es el organismo encargado de velar por la seguridad mundial, en caso de que la paz se vea afectada. Está facultad nace del texto del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que en su art.39 manifiesta: “El Consejo de Seguridad (CS) determinará la existencia de toda amenaza de la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o reestablecer la paz y la seguridad internacionales”¹¹. Podría existir una confusión de competencias entre las Corte Penal Internacional y las actuaciones del Consejo de Seguridad dado que este último desde sus orígenes detenta el poder de decisión respecto a las medidas a adoptar por el mantenimiento de la paz.

7 GARCÍA Sergio, “Justicia Penal Internacional”, Libro Ruptura No. 43, PUCE, Quito 2000. (pág. 27).

8 MOREIRA María Elena, “El Ecuador y los Derechos Humanos”, www.dlh.lahora.com.ec

9 Para ampliar más sobre estos puntos véase el artículo: “Ofensiva Jurídica contra la Corte Penal Internacional” de Sonia Güell Peris, Revista de Política Exterior Europea No. 94 Julio /Agosto 2003 (págs 141- 146).

10 Cabe aclarar que el artículo 2 del ER. vincula a la Corte con la ONU, así lo manifiesta el Dr. Sergio García en su artículo “Justicia Penal Internacional”. Libro Ruptura No. 43, PUCE, Quito 2000 (pág. 28).

11 Carta de las Naciones Unidas <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm>

Entonces, si el CS se ve llamado a juzgar ciertos actos delictivos (hablando en términos generales, no tan específicos como es el caso del estatuto de Roma) que violen la seguridad internacional, la CPI quedaría de lado debido a que ya habría un órgano que esté conociendo los ilícitos en la esfera de su competencia. Con esto se entendería que el órgano por excelencia que se encarga de la seguridad mundial es el CS y no puede haber instancias u otros entes que se puedan atribuir estas facultades, ni que estén sobre él.

En este sentido, la diplomacia estadounidense, muy hábilmente, aprovechó esta calidad del CS y su capacidad exclusiva de examinar la legalidad de sus propios actos para emitir la resolución 1422, de 12 de julio de 2002, a través de la cual se estipulaba que “de conformidad con el art. 16 del Estatuto de Roma: la Corte Penal Internacional, en los casos de presentarse acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por la ONU y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma, y aporte contingentes, no podrá iniciar, ni proseguir investigaciones o enjuiciamientos de ningún caso de esa índole (durante un período de 12 meses, a partir del 1 de julio de 2002) salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario (ergo se entiende que están incluidos los nacionales estadounidenses)”¹². (paréntesis nuestro).

En vista de que la justificación en esta resolución estaba dada en razón del mantenimiento de la paz, y que la actuación de la ONU como encargado de enviar los contingentes militares es a nombre de la Comunidad Internacional, los demás países miembros del Consejo de Seguridad, accedieron favorablemente.

A su vencimiento, esta resolución fue renovada por la resolución 1487 del mismo Consejo de Seguridad, con los mismos términos.

La pregunta jurídica que surge es, ¿con qué base el CS emite una resolución donde deja en la impunidad a personas que eventualmente podrían cometer crímenes atroces contra la humanidad?. La respuesta se expresa en que la resolución es legal, pero no legítima.

Precisamente como lo señalé, no hay instancia, ni recurso alguno que revise la legalidad de las actuaciones del CS, sino que es el mismo, según sus atribuciones dadas por la Carta¹³, quien califica si sus actuaciones son o no ajustadas a derecho. Con las palabras de Remiro Brotons, citado por Sonia Güell, se justifica esta legalidad de la resolución pues: “... el Consejo de Seguridad sólo responde ante Dios y ante la Historia.”¹⁴.

La Dra. Sonia Güell es muy explícita respecto a esta ilegitimidad de actuación cuando manifiesta: “... Está claro que la resolución 1487 chirría al percibir el funcionamiento de la CPI como una amenaza a la paz y seguridad internacionales (analizando que las resoluciones del CS deben circunscribirse a preservar la paz, como lo establece el antedicho art. 39 de la Carta) (...) Nunca hasta ahora había llegado a identificar a una institución nacida a partir de la voluntad de hoy ya, noventa Estados, bajo el auspicio de las Naciones Unidas, con el objeto de evitar la impunidad de aquellos que cometen los crímenes más atroces como una amenaza a la paz y

12 GÜELL PERIS Sonia, “Ofensiva Jurídica contra la Corte Penal Internacional”, Revista de Política Exterior Europea No. 94 Julio /Agosto 2003 (págs. 139, 140)

13 Sonia Güell, respecto a esta atribución dada por la Carta manifiesta: “De este modo el Consejo de Seguridad se le dota, en el marco del Capítulo VII de la Carta de San Francisco, de capacidad para adoptar medidas dirigidas a neutralizar tales situaciones, amén de la capacidad para calificar en qué casos concretos se producen estas; todo ello complementado con un sistema de adopción de voluntad basado en la unanimidad de las, entonces, grandes potencias vencedoras en aquella fatal contienda” (subrayado nuestro) (fuente: GÜELL PERIS Sonia, “Ofensiva Jurídica contra la Corte Penal Internacional”, *in*fla, (pág. 149)).

14 GÜELL PERIS Sonia, “Ofensiva Jurídica contra la Corte Penal Internacional”, Revista de Política Exterior Europea No. 94 Julio /Agosto 2003 (pág. 149)

seguridad internacionales¹⁵ (paréntesis y subrayado nuestros).

Además si analizamos el art. 16 del ER en el que se basan las resoluciones, éstas estarían mal concebidas, pues el indicado artículo estipula que si una investigación o enjuiciamiento de un acto generase la percepción en el Consejo de Seguridad de ser constitutiva de una amenaza contra la paz y seguridad internacionales, éste estaría facultado para provocar la suspensión de dicha investigación o enjuiciamiento¹⁶. Frente a esto caben dos apreciaciones: 1) La manifestada por la Dra. Güell, pues este artículo se refiere a investigaciones ya iniciadas, no a aquellas que todavía no se han comenzado¹⁷, es decir, no es una renuncia temporal de investigación preventiva; y, 2) La justificación de utilizar el art. 16 del ER, no tiene sentido, si tomamos en consideración que esta norma es bastante clara y por tanto, ¿para qué se necesitaría una resolución del Consejo de Seguridad para explicarla y peor aún ampliarla? Esto atenta contra el espíritu y naturaleza d un tratado internacional firmado y ratificado.

Por ende, en el fondo, la resolución no es aceptable a pesar de que en la forma no haya manera de contradecirla.

Sin embargo, este mecanismo pasa a un segundo plano, debido a que la resolución 1487, feneció en julio del año 2004, y ya no fue ratificada por los estados miembros del Consejo de Seguridad (recordemos la necesidad de la unanimidad en la toma de decisiones), debido a la guerra preventiva y las atrocidades ocurridas en Iraq y Guantánamo.

b) La ASPA (American Service Members Protection Act).

La ASPA es una norma interna de los Estados Unidos, que surgió el 26 de julio de 2002, donde se establecen disposiciones que no sólo afectan al país (como debería ser con una norma interna), sino que va más allá de sus fronteras, influyendo en terceros sujetos internacionales, lo cual no tiene ninguna cabida jurídica en el ámbito internacional, pues se le dota a una ley interna un carácter de extraterritorialidad.

Así, esta ley entre sus disposiciones incluye la facultad de recurrir al uso de la fuerza para liberar a sus ciudadanos detenidos en la Haya (en virtud de una decisión acordada por la CPI), y la retirada de ayuda militar a aquellos países, a excepción de los Estados Miembros de la OTAN¹⁸, que sean parte del estatuto de Roma¹⁹.

Por donde se la mire esta norma no es ni legal ni legítima.

Partamos del hecho que el 31 de diciembre del 2000, el presidente Clinton autorizó la firma del estatuto de Roma. Según lo establece el Convenio de Viena de los Tratados, en su artículo 10, la firma constituye un factor preponderante para establecer la autenticidad y estructura final y definitiva del texto, el cual no puede ser alterado a posteriori. Sonia Güell al respecto nos dice: "... la firma es un acto de naturaleza cuasi- notarial por el que los Estados que han venido negociando el texto de un futuro acuerdo deciden (...) dar por concluida la negociación aprobando el texto definitivo (...). Por tanto a priori la firma no implica efectos jurídicos de naturaleza vinculante, solo el Estado que lo hace se compromete a en el futuro ratificar ese texto y no otro"²⁰. Por tanto se crea una obligación de respetar en un futuro el texto del tratado y no producir alteraciones en el mismo lo cual le lleva al estado firmante a ratificarlo según los deberes y derechos que en él quedaron estipulados. Por otra parte, y como consecuencia de la

15 Idem (pág. 150).

16 Idem (pág. 145)

17 Idem (pág. 150)

18 Pues con estos Estados la administración Bush ya tiene concluidos los tratados bilaterales referidos infra en este trabajo.

19 Idem (pág. 140)

20 Idem (pág. 147)

anterior (pues si respeto el texto ya negociado, de hecho debo respetar su contenido), surge la obligación de no frustrar el objeto y fin del tratado mientras no hayan manifestado su intención de llegar a ser parte del mismo y este entre en vigencia (artículo 18 de la Convención de Viena de 1969).

Pese a que EU no ha ratificado el tratado y ha intentado dar a entender su desvinculación total respecto a su firma, es decir, una “desfirma”, sus argumentos no tiene ningún asidero jurídico (el Convenio de Viena en ninguna parte permite que se pueda retirar una firma, precisamente por el principio de seguridad jurídica) y por ende debe cumplir con las obligaciones antes expuestas, incluso por el principio de buena fe que rige a los tratados. Sonia Güell al respecto: “... en virtud del principio de buena fe todo estado no parte en un tratado internacional en cuyo proceso de gestación ha participado debe abstenerse, por acción u omisión, de generar actitudes en menoscabo de su eficacia y en perjuicio de sus homólogos que han decidido vincularse por el mismo en el ejercicio de la capacidad que para tal fin reconoce el propio convenio de Viena en su artículo 6”²¹. (subrayado nuestro).

Con estos antecedentes, y tomando en consideración que el objeto del ER es precisamente sancionar los crímenes que están en su esfera de competencia (art. 5 ER), evitando la impunidad, el ASPA resulta una flagrante violación de la obligación que EU tiene como firmante. Tal como lo señala Hernán Salgado Pesantes: “... Este sistema cumpliría con dos objetivos: la protección de bienes jurídicos superiores como son los derechos humanos, protección que se da más allá de las fronteras de los Estados; y, sancionar a las personas responsables de las violaciones para que estos delitos no queden en la impunidad”²² (subrayado nuestro). Lo único que puede traspasar fronteras es la protección de los DDHH y no una ley interna que busca salvar con la impunidad a sus funcionarios militares o civiles.

El ASPA atenta en cierto sentido con la voluntad de otros estados que aceptan a la CPI, mediante su amenaza de quitarles apoyo militar, si no efectivizan el tratado bilateral, lo cual atenta su determinación y soberanía.

Lo anterior se complementa con el hecho de que infringe normas ius cogens²³ de inviolabilidad de fronteras y prohibición del uso de la fuerza, al facultar a sus órganos de representación a recurrir por cualquier medio, incluso el uso de la fuerza, para liberar a sus nacionales de la Haya. Esta es una muestra de la unilateralidad de Estados Unidos con una norma interna sobre otro sujeto de derecho internacional (CPI instituida en la Haya).

Por las razones expuestas esta figura jurídica es inaceptable legalmente tanto en su fondo como en su forma.

c) Convenios Bilaterales de inmunidad de acuerdo al art. 98 del Estatuto de Roma.

Como se determinó supra, la ASPA bajo la antes citada amenaza de retirar ayuda económico militar a los Estados, pone presión para que los países firmen convenios bilaterales donde se permite la inmunidad de sus funcionarios, a la luz del artículo 98 de la Convención.

A estos tratados, se los debe enfocar también como una forma de violación de la obligación que

²¹ Idem (pág. 149)

²² SALGADO PESANTES Hernán, “La Corte Penal Internacional”, Libro Jurídico Ruptura No. 44, AFD, Quito 2001 (pág. 151)

²³ Ius Cogens. es una norma aceptada y reconocida por el por la Comunidad Internacional de los Estados en su conjunto, lo cual le da carácter imperativo (Fuente: VASCO Miguel, Diccionario de Derecho Internacional, Ministerio de Relaciones Exteriores, Quito, 2004). Además si el estatuto es un tratado que ha sido ratificado por más de 100 países esto le da a esta norma el carácter de ius cogens. argumento ante el cual es muy difícil que EU pueda oponerse.

tiene EU de evitar que se agreda al objeto del ER, tal como se examinó, pues aunque este camuflada por una supuesta legalidad enmarcada en el art. 98 del Estatuto, como veremos a posteriori, esta norma no tiene el fundamento pretendido por el imperialista del Norte.

Partamos del hecho de que las presiones para la firma de estos tratados bilaterales parten de una norma interna que como vimos no tiene ningún sustento jurídico. No obstante, esta de por medio la voluntad de los Estados para hacerlo.

Son estos acuerdos el motivo principal de este trabajo y a continuación desglosaré otros criterios jurídicos relativos a los mismos, para ver hasta que punto son viables y convienen a los intereses ecuatorianos.

c.1) Consecuencias de la firma del tratado bilateral para el Ecuador como país miembro del Estatuto de Roma.

Como lo manifestamos, el objeto principal del ER, es juzgar a todas aquellas personas que hayan cometido los repudiables crímenes señalados en su artículo 5, sin dejarlos en la impunidad.

Por ende al celebrar un tratado bilateral de esa naturaleza, es decir, donde se deja en la impunidad a muchos norteamericanos, se estaría violando el objeto del tratado (art.1), su preámbulo y el art. 86, lo cual es inaceptable, pues como veremos más adelante, a pesar de que aparentemente se celebra el tratado a la luz de una disposición del mismo ER (art. 98), esta no esta bien interpretada y su aplicación por tanto no justifica la impunidad.

Amnistía Internacional explica esta posición: "Ambos Estados Partes (refiriéndose a los que firman el acuerdo bilateral) violarán las obligaciones que tienen contraídas en virtud del artículo 86 del Estatuto de Roma de detener y entregar a la Corte Penal Internacional a las personas acusadas de tales crímenes si sus respectivos Parlamentos ratifican esos acuerdos. (...) Según se explica en el informe adjunto, el fin del Estatuto de Roma es acabar con la impunidad para los peores crímenes posibles del mundo conforme al principio de complementariedad, es decir, el principio que sitúa la responsabilidad preferente de la investigación y procesamiento de estos crímenes en los Estados, pero que al mismo tiempo garantiza que la Corte Penal Internacional podrá ejercer su jurisdicción cuando los Estados no puedan o no quieran ejercer esa responsabilidad. Uno de los principios fundamentales subyacentes al Estatuto de Roma es el de que nadie está por encima de la ley ni puede ser inmune por el delito de genocidio, por crímenes contra la humanidad o por crímenes de guerra. Toda posible exención a lo dispuesto en el Estatuto de Roma para este principio debe, por consiguiente, argumentarse minuciosamente y con estricta coherencia con los fines últimos del Estatuto"²⁴ (subrayado nuestro).

Por otra parte el criterio es reforzado por el Parlamento Europeo, que en el considerando tercero de una de las resoluciones aprobadas el 26 de septiembre de 2002 manifiesta: "3. Cree firmemente que los Estados Partes y los Estados Signatarios de la CPI están obligados por el Derecho internacional a no frustrar el objeto y el propósito del Estatuto de Roma, en virtud del cual, según su preámbulo, "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo" y que los Estados Partes están obligados a cooperar plenamente con la Corte, de conformidad con el artículo 86 del Estatuto de Roma, lo que les impide celebrar acuerdos de inmunidad para sustraer a determinados ciudadanos a las jurisdicciones de los Estados o de la Corte Penal Internacional, mermando la efectividad de la CPI y poniendo en peligro su función de jurisdicción complementaria de las jurisdicciones estatales y de pieza de la seguridad colectiva mundial;..."²⁵. (subrayado nuestro).

24 Amnistía Internacional, "Los esfuerzos estadounidenses por conseguir impunidad para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra". Agosto de 2002 Resumen Índice AI: IOR 40/025/2002/s, <http://www.amnesty.org/icc/>

25 Fuente: Parlamento Europeo 2002-2003 - TEXTOS APROBADOS en la sesión del jueves 26 de septiembre de 2002 - P5_TA-PROV(2002)09-26 - EDICIÓN PROVISIONAL - PE 323.025

Entonces, como consecuencia de esta actuación, el país caería en una de las causales de violación grave de un tratado según lo establece el artículo 60 del Convenio de Viena, que en sus partes pertinentes dice: "2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará: ... a dar por terminado o suspender el tratado... 3. para efectos de este artículo se considera como violación grave:... b) La violación de una disposición esencial para la consecución del objeto y fin del tratado (arts. 1 y 86 del ER en nuestro caso)"²⁶ (paréntesis nuestro).

Ahora bien, aunque los países miembros del Convenio de Viena no sancionarían²⁷ al Ecuador con esa terminación o suspensión del ER (aunque como vemos tendrían la facultad legal para hacerlo), el país quedaría marcado moralmente ante la Comunidad Internacional.

c.2) La interpretación del art. 98 del Estatuto de Roma.

Después del examen hecho en el punto anterior, ¿no sería ilógico que el artículo 98 del estatuto de Roma prevea un sistema de excepción donde se permita dar inmunidad y por tanto impunidad a ciertas personas por el solo hecho de que concurren la voluntad de dos Estados, siendo uno de ellos (o dos), miembros ratificantes del Tratado?. Es evidente que sí, es más, sería sospechoso que un tratado prevea una disposición que auto atente con su propio objeto manifestado en otros artículos. Amnistía Internacional manifiesta: "De hecho, llevado a su última conclusión lógica más absurda, ese argumento llevaría a permitir que cada Estado Parte pudiese eludir la responsabilidad que tiene contraída, en aplicación del artículo 86 del Estatuto de Roma, de detener y entregar a personas de Estados No Partes acusadas de crímenes en su territorio o en el territorio de otro Estado Parte"²⁸.

Es por esto que resulta importante desentrañar el espíritu del artículo en cuestión (especialmente en su punto 2.), que como veremos se refiere a convenios internacionales ya existentes (pues así se mantendría la seguridad jurídica del ER frente a otros instrumentos internacionales ya existentes), y no a la creación de nuevos tratados, como lo pretende EU.

Con esto quedaría insubsistente el rumor de que fue el mismo EU el que presionó este artículo para encontrar la impunidad, por dos razones: 1) que en el momento que EU firmó el acuerdo, todavía no se manifestaba esa política de guerra preventiva (que viene a raíz del 11 de septiembre), la cual es el pretexto para cometer las atrocidades que se ven actualmente; y, 2) Por la existencia de los Convenios del Estatuto de fuerzas que eran los que se quería proteger con el artículo 98.

Amnistía Internacional, respecto a la verdadera intención del art. 98 ER comenta: "Tal como ponen de manifiesto el modo en que está redactado y la historia que llevó a que ese texto quedara en su forma actual, el artículo 98.2 se introdujo para garantizar que los existentes Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas (CEF) no quedaran anulados por el Estatuto de Roma, posterior en el tiempo. No se concibió como licencia para actuar impunemente con respecto a la Corte dejando que los Estados firmasen después entre ellos subsiguientes Convenios

26 NOVAK Fabián y GARCÍA Luis, "Derecho Internacional Público", Tomo I: Introducción y Fuentes, Universidad Católica de Perú, Perú 2003. (pág 288).

27 Este argumento de no sanción lo respaldó por lo dicho por Suiza en la Conferencia de Viena, cuando aumentó un párrafo 5, que establece que la sanción de sus pensión o terminación no se aplique en tratados de carácter humanitario o de DDHH (que en nuestro caso si se aplica con la CPI): "El valor superior de la persona humana, no autoriza a dar por terminado o suspender un tratado, por violación grave de una de las partes. No se justifica el daño a personas inocentes, por el hecho de que la otra parte no cumpla con el tratado. Sería inconcebible si una de las partes dejará de cumplir con la Convención sobre el Genocidio (similar con la CPI que es el órgano que lo juzga)... porque una de las partes deje de hacerlo". (subrayado y paréntesis nuestro) (Fuente: Idem pie de página anterior, pág. 292).

28 Amnistía Internacional, "Los esfuerzos estadounidenses por conseguir impunidad para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra", Agosto de 2002 Resumen Índice AI: IOR 40/025/2002/s, <http://www.amnesty.org/icc/>

bilaterales que socavasen el conjunto de la estructura estatutaria”²⁹.

Tal y como está reflejado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Luego de ver el punto c.1 de este ensayo, podemos concluir que jamás se pudo haber concebido el art. 98.2 como una forma de impunidad si esto atenta contra el objeto mismo del estatuto.

Con este criterio interpretativo veamos lo que dice el art. 98.2: “La Corte no dará curso a una solicitud de entrega (para un juicio) en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe (la demanda) para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”. En su sentido lato la palabra “imponga”, habla del presente, es decir, de un acuerdo que ya exista, en ningún momento podríamos buscar una interpretación de tratados futuros que demanden impunidad, de lo contrario se quebraría el principio de seguridad jurídica.

Además según el artículo 32 de la Convención de Viena, puede recurrirse a medios complementarios de interpretación para confirmar el sentido resultante en el modo ya ha indicado o cuando este método conduzca a un resultado absurdo o irrazonable:

“Medios de interpretación complementarios.- Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

Los comentarios que los participantes en la Conferencia de Roma han publicado en relación con el artículo 98 confirman que éste se concibió para tratar la cuestión del efecto del Estatuto de Roma respecto a los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas (CEF) *existentes*. Hans-Peter Kaul y Claus Kress, miembros de la delegación alemana, han explicado que el artículo 98.2 se ideó para atajar posibles conflictos (si bien improbables) entre las obligaciones existentes en virtud de CEF vigentes y las disposiciones del Estatuto de Roma: “El concepto subyacente a esa disposición (el artículo 98.2) era resolver los posibles conflictos jurídicos que pudieran producirse a causa de Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas existentes. Es decir, que, por el contrario, el artículo 98.2 no se concibió para generar un incentivo mediante el que (futuros) Estados Partes llegaran a celebrar Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas que pudieran suponer un obstáculo en la ejecución de solicitudes de cooperación cursadas por la Corte.”³⁰

Como vemos la interpretación del artículo in situ está mal concebida y por tanto no resulta un argumento jurídico contundente ni válido para que EU lo aplique según sus intereses.

c.3) La aplicación del artículo 27 del ER.

Un factor clave del objeto y el fin del Estatuto ha sido la incorporación, en su artículo 27, del principio fundamental de que nadie puede ser inmune por la comisión de delitos tipificados en el derecho internacional, como lo son el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los

²⁹ Idem.

³⁰ Idem

crímenes de guerra. El artículo 27.1 del Estatuto de Roma establece claramente que “será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial”, y el 27.2 dispone que “las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”. Tal competencia, aparte de la remisión de una situación conforme a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, es de aplicación, y en virtud del artículo 12 del Estatuto de Roma, a los crímenes cometidos por cualquier persona mayor de 18 años de edad, e independientemente de su nacionalidad, en el territorio de un Estado Parte o de un Estado que haya realizado una declaración especial, así como a los crímenes cometidos por cualquier ciudadano de uno de estos Estados.

La preponderancia de este artículo para contrarrestar las intenciones estadounidenses es fundamental, ya que gracias a este, en el supuesto no consentido de que se firmará el convenio bilateral, las inmunidades ahí establecidas quedan sin sustento, ya que todo tipo de inmunidad, sin importar su fuente, queda anulada en el momento en que se cometan los delitos bajo la jurisdicción de la Corte Internacional, la cual según esta norma no pierde competencia. Para complementar la idea de interpretación anterior, este artículo precisamente se ha de manifestar en los cargos oficiales o inmunidades ya existentes, no en las que se creen a futuro.

El artículo “El Estatuto de Roma veta la inmunidad”, publicado en el Diario “El Comercio” del 29 de noviembre de 2004, Sección A2, pone sobre el tapete la inquietud de los acuerdos bilaterales a ser firmados y reafirma lo antes señalado respecto al art. 27 del Estatuto: “El artículo 15 del Estatuto de Roma genera incomodidad en la Casa Blanca. Esa norma vigente desde julio del 2002, permite que cualquier fundación, ONG o simplemente cualquiera pueda denunciar, ante la Corte Penal Internacional, al autor de genocidio, crimen de guerra o delito de lesa humanidad en cualquier parte del mundo. Por está razón, el Gobierno de E.E.U.U elaboró una ley (la ASPA) para condicionar a los países amigos: la nación que no otorgue inmunidad a todos los militares y funcionarios estadounidenses, ante el fuero de la CPI, no recibirá ayuda militar (...) No obstante, el artículo 27 del mismo Estatuto, que dio origen a la Corte Penal, echa al piso la pretensión de EE.UU. Señala: “las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella””.(subrayado nuestro).

Adicionalmente, complementando el criterio esgrimido, el Dr. Sergio García manifiesta: “... el artículo 27.2 del Estatuto previene claramente la ineficacia de las inmunidades nacionales – constitucionales inclusive-, y también de las provenientes de normas convencionales internacionales aplicables al Estado, en aras del enjuiciamiento penal internacional (...). Se comprende que el Estatuto rehúse eficacia a las inmunidades nacionales, que de lo contrario se convertirían en infranqueables inmunidades internacionales, y que no reconozca antejuicios locales que pudieran frustrar el juicio ante la CPI.” (subrayado nuestro)³¹.

He aquí una excelente ofensiva jurídica, comprendida en el mismo Estatuto, que no sólo da fe de que el artículo 98 no está encaminado a crear más inmunidades, sino que sirve también como artilugio de defensa contra un posible convenio bilateral.

c.4) Cuestiones sobre la nulidad de los tratados según la Convención de Viena de 1969.

El artículo 52 de la Convención de Viena estipula: “Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o uso de la fuerza en violación de los principios de Derecho Internacional Incorporados en la Carta de las Naciones Unidas”.

El hecho de quitar ayuda militar económica o rehusarse a firmar un TLC, ¿no son presiones suficientes para considerar que la voluntad de un Estado se encuentra viciada al momento de

³¹ GARCÍA Sergio. “Justicia Penal Internacional”, Libro Ruptura No. 43, PUCE, Quito 2000. (pp. 12).

celebrar un contrato bilateral a través del cual se pretenda violar el objeto de otro convenio internacional?.

Mi respuesta es afirmativa, aunque se pueda alegar que las presiones o amenazas económicas, políticas o sociales no están consideradas dentro de la Convención de Viena como motivo para entender que un tratado es nulo. Empero, soporto mi afirmación en una Declaración hecha por la propia Conferencia de Viena que señaló: “Condena solemnemente la amenaza o el uso de la presión en cualquier forma militar, política, económica por parte de un Estado, con el fin de coaccionar a otro Estado para que realice un acto relativo a la celebración de un tratado con violación del principio de igualdad soberana de los Estados y de la libertad de consentimiento”³² (subrayado nuestro).

Consideremos además que Ecuador a través de su Canciller Nina Pacari, ya dio su negativa de firma del tratado, lo cual se traduce en la verdadera intención del Estado ecuatoriano de no firmar el mismo, y ratifica que si se lo hace a posteriori es precisamente por factores externos ajenos a su voluntad (presiones que pueden desembocar en la nulidad del instrumento).

La existencia de estas presiones está identificada internacionalmente, así por ejemplo el Parlamento Europeo manifiesta en los considerandos de una de sus resoluciones del 26 de septiembre de 2002: “Considerando que la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos para persuadir a los Estados Partes y a los Estados Signatarios del Estatuto de Roma, así como a Estados no signatarios, de que celebren acuerdos bilaterales de inmunidad que, sirviéndose indebidamente de su artículo 98, impidan que funcionarios y empleados del Gobierno, personal militar o ciudadanos de los Estados Unidos sean entregados a la Corte Penal Internacional, no debería dar resultados en ningún país y, en particular, en los Estados miembros de la UE, los países candidatos a la adhesión a la UE, los países participantes en el Proceso de Estabilización y Asociación, los países asociados con la UE en la Asociación Euro mediterránea, los países del MERCOSUR, el Pacto Andino y el Proceso de San José o los países ACP. Lamentando que el Consejo y la Comisión no hayan dirigido unas orientaciones políticas claras en este respecto a los países candidatos, así como a los demás países asociados con la UE en virtud de diferentes acuerdos”³³ (subrayado nuestro).

Amnistía Internacional en Carta dirigida al Presidente Lucio Gutierrez expresa también esta preocupación: “Amnistía Internacional siente gran preocupación por la presión a la que se está siendo sometido en estos días al Ecuador para firmar un acuerdo bilateral con los Estados Unidos de América sobre la inmunidad de sus ciudadanos ante la Corte Penal Internacional...”³⁴.

Se presenta otro argumentó jurídico (aunque más complicado de aplicar en la práctica y por su dificultad probatoria) que deja inconsistentes estos tratados que en mi criterio serían nulos según la Convención de los Tratados.

c.5) La iniciativa de celebración de los tratados bilaterales la debería tener el Estado miembro de la CPI.

Como corolario de lo anterior, si es EE.UU el país que está presionando para que se firmen los tratados, lo cual se manifiesta categóricamente en la Ley ASPA, se entendería que este es el país que toma la iniciativa para celebrar los convenios bilaterales y para esto se ampara en un artículo de un instrumento internacional que no ha ratificado y que por tanto no forma parte, lo cual le quita completamente legitimidad y hasta legalidad a este convenio.

32 NOVAK Fabián y GARCÍA Luis, “Derecho Internacional Público”, citando a Vargas Carreño. Tomo I: Introducción y Fuentes, Universidad Católica de Perú, Perú 2003 (pág. 246).

33 Fuente: Parlamento Europeo 2002-2003 - TEXTOS APROBADOS en la sesión del jueves 26 de septiembre de 2002 - P5_TA-PROV(2002)09-26 - EDICIÓN PROVISIONAL - PE 323.025

34 <http://www.amnesty.org/jcc/>

Precisamente, el artículo 34 de la Convención de Viena dice: “Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”. Lo completa el artículo 35 de la Convención de Viena sobre los Tratados el cual subraya que un tratado no crea un vínculo entre terceros sujetos de Derecho Internacional Público, ya sean Estados u Organizaciones Internacionales que no hayan consentido en ser parte de dicho tratado.

Entonces, si el tratado no me afecta o yo no tengo obligaciones con él, es evidente que el estado no miembro no pueda tampoco invocar normas contenidas en el mismo, como lo hace EE.UU. Paul Reuter, citado por Fabián Novak y Luis García, indica: “... De la misma forma, un Estado no podrá invocar los beneficios de un tratado si no forma parte del mismo, más aún si se trata de un convenio abierto a la adhesión de todos los Estados (como es el caso del Estatuto)”³⁵. (paréntesis nuestro).

En consecuencia, para que sea válida la aplicación del artículo 98 en el tratado bilateral, este debe ser expresamente invocado por el Ecuador en las negociaciones, que es el Estado miembro de la CPI, y no por EE.UU. No se aceptaría jurídicamente que el imperialista del norte pretenda tomar para sí un “beneficio” de un instrumento del que no es parte.

2. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL CONVENIO BILATERAL EN CASO DE QUE ESTE SE FIRME.

Primero tengo que resaltar la posición frontal en el tema y es mi negativa a la firma de este tipo de Convenios, la cual está respaldada por todo el estudio jurídico y legal efectuado en la parte primera de este trabajo.

Además si analizamos las amenazas de EE.UU, realmente las consecuencias de no firmar el tratado no resultan, por lo menos a primeras luces, tan trascendentales.

Nos quitan ayuda militar, es decir, económicamente Ecuador ha perdido ya alrededor de 7 millones de dólares por su negativa de suscripción. Así lo reveló la ex embajadora de ese país en el Ecuador Kristy Keney al visitar la Base de Manta, donde se reunió con militares y civiles de EE.UU.: “Ecuador dejó de recibir siete millones de dólares en ayuda militar, por no firmar un acuerdo bajo lo que estipula el artículo 98 del Estatuto de Roma sobre la inmunidad de personal estadounidense, aprobado por el Congreso de mi país”³⁶. Sin embargo, esto va directo a las arcas de defensa ecuatorianas, y por lo menos yo como ciudadano, no he visto en que se invierte ese dinero. Lo que si sé es que su destino no es para gasto social, que es lo que más necesitamos, por ende no veo el gran perjuicio.

Adicionalmente, la lucha contra el narcotráfico es política estadounidense, lo que nos lleva a concluir que por la posición estratégica del Ecuador como vecino de Colombia, los contingentes económicos y militares estadounidenses, en este rubro se mantendrán constantes, tomando en cuenta inclusive su presencia en la base de Manta, misma que deben mantener. Precisamente la misma Keney lo ha dicho: “Kenney aseguró que la cooperación económica en proyectos para el desarrollo y de control de drogas a través de la Agencia de Desarrollo Internacional (USAID) y la sección antinarcóticos de la Embajada (NAS, por sus siglas en inglés) no se suspendieron”³⁷ (subrayado nuestro).

Para completar esta idea, el vecino país Perú tiene una situación similar, que se la puede analogar, y en palabras de su Canciller en entrevista para El Comercio de Perú, este dijo: “Por lo

35 NOVAK Fabián y GARCÍA Luis. “Derecho Internacional Público”. citando a Paul Reuter. Tomo I: Introducción y Fuentes. Universidad Católica de Perú. Perú 2003 (pág. 197).

36 Artículo “EU no entregó 7 millones a Ecuador”. El Telegrafo digital. www.eltelgrafo.com.ec

37 Artículo “Kenney insiste en el tratado de inmunidad”, Diario El Universo, edición digital (Guayaquil). <http://www.eluniverso.com/>

pronto son dos millones de dólares, que son cursos de entrenamiento para militares peruanos, pero lo importante es que el grueso de la ayuda militar que nos interesa es la ayuda para la lucha contra el narcotráfico, que además también le interesa a Estados Unidos, y esa colaboración viene a través, no del presupuesto de la Secretaría de Defensa de los Estados Unidos, que es la que está afectada por la ley que aprobó Estados Unidos sobre esta materia, sino estos recursos para el Perú salen del presupuesto de la Secretaría de Estado, con lo cual la renovación de los vuelos de interdicción y la continuación del apoyo norteamericano en la lucha contra el narcotráfico en el Perú...³⁸.

Por esto vemos que económicamente no habría gran afectación en este sentido a nuestro país.

El mismo criterio lo aplico a las amenazas de no querer continuar con las negociaciones del TLC, pues si tomamos en cuenta que estos también son una política primordial en la agenda de presidente Bush ante el fracaso de sus pretensiones del ALCA, difícilmente querrán salirse del mismo con argumentos tan pobres.

Con este preámbulo, me veo en la obligación de detallar a continuación, a breves rasgos, como deberíamos negociar las cláusulas del acuerdo bilateral, en el supuesto no consentido de que nuestras autoridades decidan firmar este tratado. El mecanismo es primero poniendo las cláusulas tipo más importantes que están en los tratados bilaterales ya firmados y como enfocarlas.

Estados Unidos no puede investigar ni procesar todos los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma cometidos en el extranjero³⁹. No todos los crímenes de guerra tipificados en el Estatuto de Roma están expresamente definidos como delito en la legislación federal estadounidense cuando se cometen en el extranjero. Los crímenes contra la humanidad cometidos en el extranjero, aparte de la tortura, no son delito según la legislación federal. Los tribunales estadounidenses pueden negarse a juzgar a personas por delitos del derecho consuetudinario internacional que no estén expresamente tipificados como tales según la legislación de Estados Unidos.

Esta cláusula debe ser evitada, o complementarla con el hecho de que si EE.UU no puede juzgar bajo su jurisdicción estos delitos, permita que el mismo Estado o un Estado afín los juzgue, para que los crímenes no queden en la impunidad.

Investigaciones y procesamientos sólo «cuando proceda». En segundo lugar, incluso en relación con los crímenes del derecho internacional cometidos en el extranjero sobre los que los tribunales estadounidenses son competentes, Estados Unidos expresa su intención de investigar y procesar sólo «cuando proceda» y, por consiguiente, lo que se está diciendo es que la decisión de hacerlo compete única y exclusivamente al criterio discrecional de Estados Unidos, quedando al margen como cuestión de derecho.

Cambiar esta cláusula, quitando la discrecional a EE.UU de decidir cuando juzgar, sino obligándole siempre bajo sus normas a juzgar e investigar los crímenes cometidos bajo su Ley interna.

El segundo Estado no tiene obligación de investigar ni procesar. En cuarto lugar, no hay requisito alguno que establezca que el segundo Estado tenga que investigar y, caso de darse suficientes pruebas admisibles, procesar. El segundo párrafo preambular del acuerdo estadounidense de impunidad sencillamente recuerda el principio de complementariedad vertical conforme al que la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia cuando los

38 www.aprodeh.org.pe/noti-apr/2000/25jul2000.html

39 Las cláusulas tipo fueron obtenidas de: Amnistía Internacional, "Los esfuerzos estadounidenses por conseguir impunidad para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra". Agosto de 2002
Resumen Índice AI: IOR 40/025/2002/s. <http://www.amnesty.org/icc/>

Estados verdaderamente no puedan o no deseen investigar o procesar. Sin embargo, el acuerdo no lo sustituye por una complementariedad horizontal por parte del segundo Estado. En los párrafos dispositivos no hay estipulación alguna que exija a Estados Unidos investigar y, caso de darse suficientes pruebas admisibles, procesar de buena fe y con la diligencia debida a toda persona extraditada o transferida de otro modo por el segundo Estado a Estados Unidos, o a devolver a esa persona al segundo Estado si ese caso no llegara a darse.

Establecer para nuestro caso la complementariedad horizontal para que nosotros como Estado miembro del Estatuto ayudemos a la consecución de sus objetivos, de lo contrario estaríamos violando este instrumento internacional.

La variedad de personas protegidas es muy amplia. En quinto lugar, las personas que un acuerdo estándar de impunidad estadounidense protege son “funcionarios del gobierno actuales o pasados, empleados (contratistas incluidos), personal militar o ciudadanos de una de las Partes”. La redacción del artículo 98.2 del Estatuto de Roma, las personas a las que se protege con los acuerdos de impunidad estadounidenses no se limitan a los actuales miembros de las fuerzas armadas y civiles afines de un Estado de origen presentes en el Estado receptor conforme a ese acuerdo.

Precisamente evitar un amplio margen de inmunidad, lo que se debe hacer al negociar estos tratados es especificar exactamente que funcionarios van actuar en nuestras fronteras y el tipo de actividades que estos desempeñarían, lo cual debería estar expresamente detallado en este tratado, con lo cual se reduzca la inmunidad solamente a aquellos elementos que en particular se supone actuarán y no dejando un margen tan general. Por lo menos con esto se atenuaría de alguna manera la flagrante violación al objeto de la Corte.

Se prohíbe la transferencia de testigos estadounidenses de crímenes del derecho internacional. En sexto lugar, los acuerdos estadounidenses de impunidad se han concebido de tal forma que se impide que ciudadanos estadounidenses, y personas asociadas, así como ciudadanos y personas asociadas del segundo Estado, comparezcan ante la Corte Penal Internacional como testigos, incluida la posibilidad de que lo hagan en calidad de peritos. Este tipo de acuerdos establecen que las personas de cualquiera de los dos Estados Partes presentes en el territorio de la otra Parte, «sin el consentimiento previo y expreso de la primera Parte, no serán: a) entregadas ni transferidas por ningún medio a la Corte Penal Internacional por ningún motivo». (52) Dado que los testigos ante la Corte Penal Internacional generalmente comparecen sólo si dan su consentimiento, en aplicación de los acuerdos estadounidenses de impunidad podría impedirseles su comparecencia incluso aunque estuvieran dispuestos a prestar su ayuda a la Corte en la búsqueda de la verdad y una determinación justa de la culpabilidad o la inocencia fundadas en todas las pruebas pertinentes, incluidas las exculporias y las atenuantes. Su derecho a declarar en la causa de la justicia internacional les sería sustraído por su propio gobierno. Por consiguiente, los acuerdos de impunidad podrían ser un obstáculo para la justicia internacional en relación con el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, incluso en los casos en que ciudadanos estadounidenses (o personas asociadas) no fueran las procesados, al impedirse la presentación de declaraciones cruciales que podrían determinar la culpabilidad o la inocencia de las personas acusadas de los peores crímenes conocidos por el mundo.

Esta cláusula atenta contra la soberanía del Estado impidiendo que sus peritos o testigos comparezcan a la Corte para investigaciones. Lo mismo respecto a los testigos o peritos de EU, recordando que el ámbito del Estatuto es personal sin importar la nacionalidad y no tiene que ver con el Estado como sujeto de derecho internacional. Esto es inadmisibles y por tanto esta cláusula debe ser desestimada.

Súmese el hecho de que estos tratados deben ser sine qua non temporales (máximo un año o hasta que se entienda que las actividades de los estadounidenses han terminado, lo que ocurra primero), y que dicha temporalidad se debe romper en el momento en que uno de sus funcionarios cometa o se presuma que cometa uno de los crímenes sancionados por el Estatuto de Roma, momento en el cual dicho tratado perderá efecto en casos futuros, dejando como excepción que el supuesto criminal sea juzgado, por esa sola vez, por los Tribunales Norteamericanos según lo que se negocie en el tratado, para que no quede el delito impune.

Además, no debemos olvidar que se pueden solicitar a cambio ayudas económicas, que preferiblemente deben ser no reembolsables, a fin de ser invertidas en lo social, y no en lo militar.

3. CONCLUSIÓN.

Ecuador, no debería firmar el tratado bilateral con Estados Unidos manteniendo el criterio ya propuesto por la Canciller Pacari, respecto a la inmunidad de sus funcionarios y ciudadanos frente a la jurisdicción de la CPI, pues considero que los argumentos jurídicos examinados son lo suficientemente claros y contundentes para tener una buena defensa en contra de una presión sin sentido del país del norte.

Bertha García, directora del proyecto Civil Militar de la Pontificia Universidad Católica, señala una gran verdad: “es absolutamente inaceptable la pretensión de EE.UU de exigir la inmunidad. Lesiona los parámetros del Estado de Derecho. Y mucho peor, cuando se ha visto que en la guerra contra el terrorismo ha sido flagrante la violación de DD.HH y se ha llegado a casos de barbarie otra vez”⁴⁰.

Como hemos visto, por lo menos hasta el momento, no encuentro perjuicios importantes dentro de las amenazas de EE.UU, lo cual nos permite tener un mejor espacio de maniobra para evitar caer en las presiones.

Un país como el nuestro no puede, ni debe incumplir tratados internacionales, más aún si tienen la trascendencia del Estatuto de Roma, pues no sólo estaríamos mal vistos internamente, sino también internacionalmente ante los ojos de la Comunidad Internacional, que día a día va cambiando en su estructura donde hay más igualdad entre Estados y ya no los grandes gobernantes del mundo que surgieron a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Frente al Estatuto de Roma, el Ecuador no puede pretender dejar de lado los ideales que lo impulsaron a firmarlo y ratificarlo, ni obviar los principios internacionales, a los que se debe, pues esto quebranta la autonomía y soberanía de nuestro estado, al pretender aceptar ayuda condicionada de una potencia externa, respondiendo a una política de afuera.

El hecho de consentir en un Convenio Bilateral atentaría contra estos valores y se iría al traste lo que María Elena Moreira nos manifiesta, y que yo comparto plenamente: “El Ecuador ha expresado en varias ocasiones ante los foros internacionales que uno de los mayores logros de las Naciones Unidas en estos cincuenta y siete años de existencia ha sido y seguirá siendo la promoción y el fortalecimiento del sistema internacional de los derechos humanos. Si la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, constituyó un hito para la historia de la humanidad, el Ecuador considera que la entrada en vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional el 1 de julio de 2002, es uno de los mayores logros de la Comunidad Internacional en su conjunto y de las Naciones Unidas, luego de la culminación de la Guerra Fría, dirigido a tan encomiable propósito”⁴¹.

40 Artículo “El Estatuto de Roma veta la inmunidad”, Diario El Comercio de Quito. 29 de noviembre de 2004, Sección A, página 2.

41 MOREIRA María Elena, “El Ecuador y los Derechos Humanos”, www.dlh.lahora.com.ec

Las armas legales y el soporte internacional son nuestro apoyo para negarnos a negociar y ratificar un acto que en definitiva no puede ser aceptado.

Para finalizar me uno a las palabras de Fernando Suárez Pertierra, ex ministro de Defensa de España, que resumen mi posición sobre este ensayo: “Creo que los problemas del mundo solo se deben enfrentar desde la perspectiva de la legalidad. Privilegios, inmunidades o extracciones de la competencia territorial – como sucede en Guantánamo- hacen un mal favor a la resolución de los problemas del mundo; no es el camino”. (subrayado nuestro).

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN ECUADOR UN PAÍS EN CRISIS

Clinica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador¹ Octubre de 2005

Introducción

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH” o “Comisión”), en 1999, incluyó en su informe anual al Ecuador por considerar que se presentaron medidas excepcionales contra la población y por “situaciones coyunturales o estructurales, que estén presentes en Estados que por diversas razones enfrentan situaciones que afecten seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales, consagrados en la Convención Americana en la Declaración Americana. Este criterio incluye, por ejemplo: (...) graves crisis institucionales.”²

Ecuador se debate en una situación que “con propiedad puede denominarse crisis. El país enfrenta una prolongada recesión económica, un quiebre de su sistema político y una realidad social agitada y convulsa.”³

Esta crisis a pesar de que el Ecuador tiene una Constitución Política (en adelante “la Constitución”) vigente desde 1998, generosa en reconocer y garantizar derechos humanos, y en la que se define al país como un “estado social de derecho”⁴.

Este informe pretende describir al estado social de derecho en crisis, centrado en los hechos acaecidos a partir de noviembre de 2004, cuando abiertamente se comenzó a dismantelar la institucionalidad del estado social de derecho.

Hay muchas formas doctrinarias de entender al estado social de derecho. Nosotros lo abordaremos desde la tríada derechos, garantías y estado de derecho.⁵

El estado de derecho, a su vez, y para fines de este documento, lo entenderemos como el conjunto de instituciones que forman parte del Estado, que están sujetas a los principios de legalidad, transparencia y control⁶, y que en Ecuador están divididas en funciones legislativa, judicial y ejecutiva, organismos electorales y organismos de control.⁷

¹ Este documento fue elaborado por Ramiro Avila Santamaría, Mercedes Córdor Salazar, Gabriela Espinosa Serrano, Daniel Gallegos Herrera, Efrén Guerrero Salgado, Fidel Jaramillo Paz y Miño, Carla Patiño Carreño y José Valencia Amores, en el marco de los procesos que la clínica de DDHH, tiene presentadas frente al sistema Interamericano.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador, Capítulo IV, 1999, párrafo 2.

³ El Comercio, “las huellas de la crisis”, en educación cívica, fascículo 2, 2005, p.9.

⁴ Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 1.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N. 17, párr. 92.

⁶ Ver Luigi Ferrajoli, “Estado social y estado de derecho”, en Abramovich, Añón y Curtis. Derechos Sociales-Instrucciones de uso, Doctrina jurídica contemporánea, México, 2003, pág. 11-21.

⁷ Constitución Política del Ecuador, Art. 118

Este documento no agotará la complejidad de la realidad que atraviesa el Ecuador. Tan sólo se expondrán algunas manifestaciones de la crisis institucional, que tiene como efectos las violaciones a los derechos humanos, y que se nutre de la modesta visión y experiencia de la Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

En específico, ubicaremos el contexto en el que se desenvuelve el Ecuador desde una perspectiva política, social y económica; describiremos cronológicamente y desde las funciones del Estado el modo cómo se desinstitucionalizó al estado social de derecho; haremos un breve análisis de las falencias de las garantías constitucionales; relataremos algunas de las violaciones de las que han sido víctimas personas que defienden los derechos humanos, investigación realizada por la Fundación Regional de Derechos Humanos (INREDH). Dejamos para el análisis de la Comisión Ecuaménica de Derechos Humanos (CEDHU) la situación en específico del ejercicio de los derechos humanos en el Ecuador.

Finalmente, concluiremos que en Ecuador existe una crisis institucional que afecta a los derechos humanos y solicitamos a la Comisión que incluya en sus informe anual al Ecuador, realice una visita y in loco, efectúe recomendaciones al Estado ecuatoriano y observe de cerca la situación de los derechos humanos en Ecuador.

1. Contexto.-

a. Deterioro de la situación socio-económica de Ecuador

Desde el último informe sobre el Ecuador, presentado por la CIDH en 1999, se afirmó que la grave crisis económica por la que atravesó el Ecuador se reflejó en algunos indicadores. Se afirmó que el 62.5% las personas que habitan en el Ecuador viven bajo la línea de pobreza y que el desempleo ascendió a 17%.⁸

Seis años más tarde, la situación social se agravó. El índice de pobreza es del 70% siendo los más afectados los niños y niñas⁹; la desocupación total, según Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos (INEC), indica que ascendió a un 18.4%¹⁰; 45% de los niños y niñas sufren desnutrición crónica¹¹; 9.3 niños y niñas de cada mil mueren antes de nacer.¹²

El gasto de salud ha bajado del 7.0% al 4.1%, en el período de 1990 al 2002¹³; de igual forma, en educación la situación ha empeorado: 345.000 niños no pueden acceder a la educación básica¹⁴ (Ecuador había tenido hace pocos años acceso universal a la educación básica). Respecto a los almuerzos escolares, "las últimas entregas realizadas el año pasado (2004) sufrieron una rebaja sustancial y progresiva, al punto incluso de eliminar el almuerzo escolar del Programa de Alimentación Escolar..."¹⁵

El principal reflejo de la crisis es la migración de ecuatorianos a España, Italia y Estados Unidos. Se calcula que Ecuador tiene más de un millón y medio de ciudadanos y ciudadanas, aproximadamente el 10% de su población, en el extranjero. Las personas han migrado para conseguir mejores condiciones de vida que no han encontrado en Ecuador. Los ingresos provenientes de los migrantes se han convertido en uno de los mayores rubros de divisas que entran al Ecuador, con un total de 613.106 personas solo en el año 2003.¹⁶ Estas causas, que se considera que tienen relación con la omisión del Estado para garantizar los

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador, Capítulo IV, 1999, párrafo 4.

⁹ El Universo, "INEC alertó sobre los niveles de pobreza que soportan los ecuatorianos", 12 de octubre de 2004 (ver www.eluniverso.com)

¹⁰ Op. Cit. http://www.inec.gov.ec/interna.asp?inc=enc_tabla&idTabla=613.

¹¹ Ver www.frentesocial.gov.ec/siise/siise.htm

¹² Instituto Nacional de Estadística y Censo, 2000.

¹³ Plan País Ecuador, "Inversión Social", 2004, pág. 51. (Ver Anexo 1)

¹⁴ La Hora, "Derechos: incumplimientos en el Ecuador", www.lahora.com.ec (visita 19 de octubre de 2005).

¹⁵ Fausto Corral Guevara, Coordinador Nacional del Programa de Alimentación Escolar, of. N. 1233 CN-PAE.

¹⁶ Plan País Ecuador, "Inversión Social", 2004, pág. 99 y siguientes. (Ver Anexo 1)

derechos sociales, han contribuido para que el descontento se refleje en las calles y se materialice en la caída de varios presidentes.

b. La crisis político-institucional.-

Tenemos un debilitamiento crónico de las instituciones políticas, que tiene su origen en la segunda parte de la década de los 90's, y se encuentra recogido en los informes de 1997, 1998 y 2000 realizados por la CIDH, y que ha causado episodios de ruptura constitucional que se detallarán a lo largo de este informe.

Actualmente, el Ecuador es un país en desarrollo con un sistema democrático endeble y una institucionalidad estatal deficiente. Aunque el país ha vivido formalmente en democracia desde 1979, en el marco de la "ola de democratización" de América Latina, hay prácticas e imperfecciones estatales y sociales que impiden una cabal promoción y protección de los derechos humanos.

Ecuador ha sido víctima de tales prácticas e imperfecciones. En el marco del estado de derecho se supone que las leyes son respetadas por los poderes públicos y la colectividad, y que hay un sistema institucional que impone de manera independiente el acatamiento de la ley. Más cuando no hay un efectivo equilibrio de poderes y una administración de justicia inestable y afectada por injerencias políticas, los principios básicos que identifican al Estado de Derecho no se materializan adecuadamente.

Los sucesos de diciembre de 2004 agravaron de modo extremo esta situación. El Ejecutivo del ex Presidente Gutiérrez forjó una mayoría en el Congreso Nacional¹⁷ que abrogándose funciones que la Constitución no contempla, procedió a reemplazar a los magistrados de la Corte Suprema, del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Electoral con personas afines al régimen¹⁸. El Ecuador desde entonces, no cuenta con instituciones claves no sólo para la vigencia efectiva del estado de derecho sino para la protección de los derechos humanos.

Imaginemos un país donde no hay Corte Suprema, Tribunal Constitucional y unacuestionada elección al Defensor del Pueblo. Un país en el cual se llevan meses sin un Ministro Fiscal titular y otros importantes cargos estatales se hallan en similar situación –no se ha electo Contralor General en casi dos años-. En el Ecuador se han reunido los ingredientes para ocurra una urgencia en materia de derechos humanos, si se toma en cuenta la inestabilidad política y social del país: en los últimos diez años Ecuador ha tenido ocho presidentes¹⁹.

En abril del 2005, el Congreso cesó en sus funciones al Presidente de la República, después de multitudinarias manifestaciones en las calles de Quito y de una fuerte represión policial, en las que participaron más de cien mil personas (Ver infra 2.4.b). El Presidente designado, Alfredo Palacios, ofreció refundar la República y, hasta el momento, no se han concretado reformas políticas ni sociales sustanciales.

Ecuador ha sido un escenario de disputas entre los poderes del Estado, sin llegar a acuerdos sobre el mecanismo y el fondo para lograr un equilibrio político y social. El descontento y la inseguridad son cotidianos. Al momento de presentar este informe, una nueva pugna de poderes se ha presentado: el ejecutivo ha planteado de forma sorpresiva una convocatoria a asamblea constituyente, con plenos poderes y que podría decidir la permanencia o no del presidente y del Congreso.²⁰

El Congreso Nacional ha solicitado la renuncia del Presidente. La población de Quito ha vuelto a salir a las calles y a protestar en contra del Congreso.²¹

¹⁷ Diario Hoy, "Primer asalto para el gobierno", 10 de noviembre de 2004. p. A3, diario Hoy "Gobierno vira diputados y anula juicio", 10 de noviembre de 2004. p. A1

¹⁸ El Universo, "Sicouret es el estratega del régimen", 25 de noviembre del 2005, p. A2, Diario Hoy: "El gobiernista Gualle dirige el Tribunal Constitucional" y "Sociedad Patriótica y MPD controlan el Tribunal", 1 de diciembre de 2004.

¹⁹ Abdalá Bucaram, Rosalía Arteaga, Fabián Alarcón, Jamil Mahuad, Junta (Gutiérrez, Solórzano y Vargas, 3 horas), Gustavo Noboa, Lucio Gutiérrez y Alfredo Palacios.

²⁰ El Comercio, "Palacio pudiera irse si la asamblea lo decide", 17 de octubre de 2005, A1.

Todo se puede esperar de esta situación compleja, menos una salida fácil de la crisis. Parecería que el Ecuador sigue en un proceso decadente de institucionalización y que las personas nos encontramos más que nunca en situación de vulnerabilidad de los derechos humanos.

2. Las funciones del Estado Social de Derecho

2.1. La justicia constitucional.-

a. Deficiencias en la regulación constitucional:

Tienen competencia para ejercer la justicia constitucional los jueces de la función judicial, en primera instancia, y el Tribunal Constitucional, en última y definitiva instancia. El Tribunal Constitucional (en adelante "TC") tiene competencia para resolver en apelación las resoluciones que denieguen el amparo, el hábeas corpus, el hábeas data, el recurso de acceso a la información y conoce sobre la inconstitucionalidad de actos y normas expedidas por otros poderes públicos.²² En otras palabras, es el máximo garante de los derechos humanos en el Ecuador.

El tema de la justicia constitucional en el Ecuador lo vamos a enfocar desde la garantía de independencia judicial, por considerar que toda persona tiene derecho a contar con un juez imparcial e independiente.²³

El Ecuador está en mora legislativa frente a la garantía de una justicia independiente e imparcial. La independencia e imparcialidad, según el Comité de Derechos Humanos²⁴, "plantea diversas cuestiones en cuanto a la manera en que se nombra a los jueces, las calificaciones exigidas para su nombramiento y duración de su mandato (...) las condiciones que rigen su cesación de funciones y la independencia efectiva con respecto al poder ejecutivo y legislativo"²⁵.

En cuanto a la selección, los vocales del Tribunal Constitucional provienen de ternas de distintos cuerpos colegiados²⁶. Los vocales pueden guardar fidelidad frente a los intereses de sus nominadores y, por tanto, podrían no ser independientes. Además son designados por el Congreso Nacional. En cambio, las magistrados de la Corte Suprema tienen la garantía de la cooptación²⁷; es decir, no son nombrados por el Congreso, y se lo hace en función de sus méritos.

En relación a la especialidad, no existe requisito alguno en la Constitución en cuanto a la experticia para conocer temas constitucionales, de derechos humanos y de ciencia política. Parecería que más que la especialidad lo que importa para su designación es su afinidad y relaciones políticas.

La garantía de funcionamiento tiene que ver con la existencia de períodos de tiempo suficientes para poder ejercer su cargo. Los vocales tienen que tener estabilidad. La Constitución establece un corto período de cuatro años²⁸. Para demostrar que pueden existir mejores garantías, mencionemos que los magistrados de la Corte Suprema no están sujetos a período fijo²⁹.

En cuanto a la remoción, los vocales del Tribunal Constitucional pueden ser destituidos por juicio político³⁰, cuando los magistrados de la Corte Suprema gozan de la garantía de

²¹ El Comercio, "en el congreso se produce un rechazo frontal y total a la iniciativa del Ejecutivo", 19 de octubre de 2005, A3.

²² Constitución Política del Ecuador, Art. 276.

²³ Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14.

²⁴ Observación general N. 13 en relación al Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁵ Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Leandro Despouy, 31 de diciembre de 2003, E/CN.4/2004/60, párrafo 45.

²⁶ Constitución Política del Ecuador. Art. 275: ternas que provienen del presidente, Corte Suprema, Congreso, alcaldes, prefectos, centrales de trabajadores, organizaciones campesinas e indígenas.

²⁷ Constitución Política del Ecuador. Art. 202.

²⁸ Constitución Política del Ecuador. Art. 275.

²⁹ Constitución Política del Ecuador, Art. 202.

³⁰ Constitución Política del Ecuador. Art. 130 (9)

inamovilidad y no pueden ser juzgados políticamente. De esta forma, cuando el Congreso no esté de acuerdo con alguna decisión del Tribunal Constitucional, simplemente puede invadir su esfera y destituirles.

Podríamos concluir que el marco jurídico constitucional no establece garantías específicas para que la justicia constitucional del Ecuador sea independiente e imparcial.

b. Atentados contra la independencia de la justicia constitucional:

Desde el gobierno del Ing. Lucio Gutiérrez, *de facto* dejó de existir la justicia constitucional en el Ecuador: tanto la función ejecutiva como la legislativa atentaron contra la independencia judicial del Tribunal Constitucional.

En noviembre de 2004, el Presidente de la República anunció el propósito del gobierno de impulsar (en el Congreso) la reorganización de la Corte Suprema de Justicia (en adelante "CSJ"), con el objeto de "despolitizarla". Para viabilizar el proyecto presidencial de modificación de la CSJ y en consideración a que el TC podría frenar su inconstitucional iniciativa, el Gobierno Nacional preparó su reorganización.³¹

El 25 de noviembre de 2004, pese a que el Congreso realizó una convocatoria a juicio político para el 1 de diciembre de 2004, el Congreso Nacional, mediante una simple resolución adoptada por la mayoría gobiernista, en contra de normas expresas de la Constitución y en violación de los procedimientos propios del debido proceso (del juicio político), resolvió que los vocales principales y suplentes del Tribunal Constitucional habían sido designados en forma ilegal en 2003³² y cesó en sus funciones a todos sus vocales principales y suplentes.³³

El mismo 25 de noviembre, el Congreso Nacional procedió a designar a los nuevos vocales del TC en contra de los procedimientos establecidos en la Constitución. Tan politizada fue la designación que uno de los vocales del TC, Víctor Hugo Sicouret, se desempeñó como uno de los asesores cercanos del anterior Presidente de la República Lucio Gutiérrez.³⁴ Sicouret, luego de posesionarse como vocal de facto del TC, "en nombre del gobierno dijo que la resolución del Congreso [de reemplazar a los miembros del TC y el TSE] es constitucional y legal (sic)"³⁵, además advirtió que "la primera acción será desalojar con el respaldo de la fuerza pública a los vocales cesados"³⁶. Es decir, anticipó criterio sobre un asunto que podría eventualmente llegar a conocimiento del TC de facto. El 30 de noviembre de 2004 nombraron como presidente del organismo a un afiliado al partido del Presidente de la República (Partido Sociedad Patriótica), Estuardo Gualle Bonilla³⁷.

El 1 de diciembre de 2004 se realizó un juicio político en contra de los vocales destituidos, para dar visos de legalidad a una resolución arbitraria. El juicio político concluyó sin que se haya aprobado ninguna moción de censura.³⁸ En otras palabras, en el juicio político el Congreso

³¹ El Telégrafo, "Gobierno busca reorganizar el Tribunal Constitucional", 24 de noviembre de 2004, 8A; El Telégrafo, "Buscar reestructurar TC", 23 de noviembre de 2004. La Hora, "Gobierno buscar reestructurar TC", 23 de noviembre de 2004.

³² La Resolución 25-160, de 25 de noviembre de 2004, fue adoptada por la mayoría de diputados entre los que se contaban muchos de los legisladores que justamente participaron y votaron en la elección de los vocales del Tribunal el 19 de marzo del 2003, tales como los diputados de los partidos PRIAN, Sociedad Patriótica, Unión Alfariata y Democracia Popular, integrantes ahora de la coalición gobiernista.

³³ Resolución 25-160, de 25 de noviembre de 2004, publicada en el Registro Oficial N. 485 de 20 de diciembre de 2004. Ver también El Universo, "mayoría gobiernista removió esta madrugada a vocales del TC y TSE", 26 de noviembre de 2004. El Universo, "Mayoría reestructuró la integración del TC y TSE", 26 de noviembre de 2004, A4; Expreso de Guayaquil, "Una resolución liquidó a los tribunales", 26 de noviembre de 2004; El Telégrafo, "mayoría consiguió nombrar a II vicepresidente y reorganizar el TC", 26 de noviembre de 2004.

³⁴ El Universo, "Sicouret es el estratega del régimen", 25 de noviembre de 2005, p. A2. Diario El Comercio: "Sicouret y sus mayorías anti-PSC", 19 de diciembre de 2004, p. A2.

³⁵ Diario El Comercio: "La reorganización fue legal y constitucional: Sicouret", 12 de diciembre de 2004, A3.

³⁶ El Universo, "Mayoría reestructuró la integración del TC y TSE", A4.

³⁷ Expreso de Guayaquil, "Sociedad Patriótica y el MPD al frente del Tribunal Constitucional", 1 de diciembre de 2004; Diario Hoy: "El gobiernista Gualle dirige el Tribunal Constitucional" y "Sociedad Patriótica y MPD controlan el Tribunal", 1 de diciembre de 2004.

³⁸ Certificación del Secretario General del Congreso Nacional, con fecha 2 de diciembre de 2004. En esta certificación consta el Orden del Día y el resultado de la votación.

Nacional consideró que los vocales del TC eran inocentes de las acusaciones.³⁹

Una vez instalado el Tribunal Constitucional de facto, el 2 de diciembre de 2004, el Presidente de la República solicitó a los “vocales” del Tribunal que se pronuncien para impedir que los jueces de instancia tramiten acciones de amparo constitucional que cuestionen resoluciones parlamentarias. Todas sus acciones de amparo, y por presión de diputados del Congreso Nacional, fueron negadas.

El camino de arbitrariedades no terminó ahí. Aunque el Congreso Nacional no les halló culpables en el juicio político que terminó el 1 de diciembre de 2004, el 5 de diciembre el Presidente de la República convocó a un período extraordinario de sesiones del Congreso Nacional para el 8 de diciembre, a fin de resolver, entre otras cosas: “1.- Votación en el Juicio Político contra los ex Vocales del Tribunal Constitucional”⁴⁰.

El Presidente del Congreso, Guillermo Landázuri, precisó que “la convocatoria es inconstitucional, ilegal, arbitraria y totalmente contraria al ordenamiento constitucional (...) el Presidente de la República solo puede hacer cumplir la Constitución en el ámbito de sus competencias y no dentro de las otras funciones del Estado.”⁴¹

En la sesión convocada por el Presidente de la República, el 8 de diciembre de 2004, la mayoría del Congreso afín al Gobierno repitió la votación del juicio político, por segunda vez, y sin observar las normas del debido proceso, toda vez que ya se había resuelto sobre la materia el 1 de diciembre, censuró a los vocales magistrados del TC.⁴²

Los Vocales Magistrados del TC presentaron ante la CIDH una petición por la violación a sus derechos, patrocinados por la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE.⁴³

c. Inexistencia de justicia constitucional en Ecuador.-

El 26 de abril de 2005, el Congreso Nacional declaró nula la resolución por la que designó al Tribunal Constitucional, dejando sin efecto las designaciones de los vocales magistrados⁴⁴, por considerar que no se ajustaban al marco constitucional. Sin embargo, los magistrados cesados en noviembre de 2004 no volvieron a ejercer sus funciones. El Congreso Nacional dispuso que los organismos nominadores remitan las ternas para la conformación del TC.⁴⁵

Los organismos nominadores enviaron al Congreso tres ternas, una por los alcaldes y prefectos, otra por las organizaciones indígenas y campesinas y otra por la Federación de las Cámaras de Producción. La Clínica de Derechos Humanos nunca pudo acceder a las hojas de vida de los postulados.⁴⁶

El 27 de julio de 2005, el Presidente del Congreso, Dr. Wilfredo Lucero, convocó a un período extraordinario de sesiones para designar a los vocales del Tribunal Constitucional. Al mismo tiempo, el Presidente de la República convocó a una sesión extraordinaria para tratar sobre los fondos de reserva. El Congreso nunca designó al Tribunal Constitucional.

A la fecha de presentación de este documento ante la CIDH, no existe Tribunal Constitucional.

Existen 523 causas represadas hasta abril de 2005⁴⁷ y hay un promedio de 4.5 causas diarias que ingresan al TC.⁴⁸

³⁹ El Universo, “Mayoría no logró censurar a los ex vocales del TC”, 3 de diciembre del 2004, A2.

⁴⁰ El Comercio, Convocatoria a Congreso Extraordinario, 5 de diciembre de 2004; El Universo, 5 de diciembre de 2004, A2.

⁴¹ El Telégrafo, “Landázuri: Convocatoria a Congreso extraordinario es inconstitucional”, 6 de diciembre del 2004, A8.

⁴² Registro Oficial No. S-282, de 1 de marzo de 2004. Ver El Telégrafo, “Congreso ratificó la cesación y censura de ex vocales del TC”, 9 de diciembre de 2004, A6.

⁴³ CIDH, Petición 180-05. En esta petición constan los anexos de prensa citados en este documento.

⁴⁴ Ver www.congreso.gov.ec (revisión 13 de Octubre de 2005).

⁴⁵ Registro Oficial No. S-282, de 1 de marzo de 2004. Ver El Telégrafo, “Congreso ratificó la cesación y censura de ex vocales del TC”, 9 de diciembre de 2004, A6.

⁴⁶ Clínica de Derechos Humanos, boletín de prensa, 29 de junio de 2005.

⁴⁷ Ver www.tribunalconstitucional.gov.ec

⁴⁸ Ver www.radiocatonica.org.ec

2.2. Administración de justicia.-

a. Cesación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de 1997.-

El 5 de diciembre de 2004, el Presidente de la República, coronel Lucio Gutiérrez, convocó a un período extraordinario de sesiones del Congreso Nacional. Aunque el Presidente tiene la atribución de convocar de manera extraordinaria al Congreso⁴⁹, se debe observar que el propósito de la convocatoria del Presidente se refirió al “análisis y resolución sobre la situación jurídica-constitucional de la Función Judicial”.⁵⁰ En el transcurso de la sesión extraordinaria, el Congreso Nacional –con el voto de una mayoría simple, **52 votos⁵¹ de 101 legisladores** que integran el Congreso- adoptó el 8 de diciembre de 2004 la Resolución Parlamentaria mediante la cual cesó en sus funciones a los 31 jueces de la Corte Suprema de Justicia⁵².

El Congreso Nacional actuó de una manera inconstitucional. El Congreso, institución que forma parte del Estado ecuatoriano, no tiene la atribución de remover y nombrar jueces de la CSJ por cuanto ninguna disposición constitucional o legal le otorga dichas facultades. En el Art. 130 de la Constitución⁵³, se determinan las funciones del Congreso Nacional, dentro de las cuales no están las de destituir a los magistrados y, peor aún, elegir a los nuevos.⁵⁴ Recuérdese que la ciudadanía en la Consulta Popular de 1997 y las reformas constitucionales que le siguieron, expresamente retiró dicha atribución del Congreso Nacional y estableció el sistema de cooptación para la elección de magistrados y la duración indefinida de éstos en sus cargos. Éste es el principio consagrado en el Art. 202 de la Constitución:

“Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no estarán sujetos a período fijo en relación con la duración de sus cargos. Cesarán en sus funciones por las causales determinadas en la Constitución y en la ley.

Producida una vacante, el pleno de la Corte Suprema de Justicia designará al nuevo magistrado, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, observando los criterios de profesionalidad y de carrera judicial, de conformidad con la ley.”

Como se puede advertir, no hubo procedimiento judicial ni de ninguna especie para destituir a los magistrados de la CSJ, y el modo de acción seguido por el Congreso no estaba contemplado en la ley.

Los Magistrados de la CSJ cesados inconstitucionalmente presentaron ante la CIDH una petición por la violación de sus derechos, patrocinados por la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE.⁵⁵

b. Designación de Corte Suprema de facto.-

Como continuación de sus actuaciones inconstitucionales, la mayoría gobiernista del Congreso Nacional designó ilegalmente a 31 nuevos “magistrados” para integrar la CSJ.⁵⁶

El 9 de diciembre de 2004, la policía nacional –que se encuentra bajo órdenes del Presidente de la República y del Ministerio de Gobierno y Policía⁵⁷- desalojó del Palacio de Justicia al Presidente de la Corte Suprema y a algunos magistrados que lo acompañaban, e impidió por medio de la fuerza el ingreso de otros magistrados y empleados de la Función Judicial.

⁴⁹ Constitución Política del Ecuador, Art. 133.

⁵⁰ Hoy, “Mayoría de Bloques irá al llamado de Gutiérrez”, 6 de diciembre de 2004.

⁵¹ Hoy, “Congreso reestructura la Corte”, 9 de diciembre del 2004, A3.

⁵² Resolución 25-181 del Congreso Nacional, publicada en Registro Oficial número 485, 20 de diciembre del 2004, p. 11.

⁵³ Constitución Política del Ecuador, Art. 118 (1).

⁵⁴ Constitución Política del Ecuador, Art. 130 y Art. 130 (11).

⁵⁵ CIDH, Petición 1425-04. En esta petición constan los anexos de prensa citados en este documento.

⁵⁶ El Comercio, “La mayoría destituyó a la Corte”, jueves 9 de diciembre de 2004, p. A1.

⁵⁷ Constitución Política del Ecuador, Arts. 176, 179, 183 y 184.

El 10 de diciembre, Ramón Rodríguez, afín al Partido Roldosista⁵⁸, asumió la presidencia de la CSJ de facto⁵⁹, quien renunciaría semanas más tarde. La Corte Suprema así integrada tiene un marcado sesgo partidista. Muchos de sus miembros están afiliados o son afines a los partidos políticos que conforman la mayoría del Congreso que los eligió y tienen serios cuestionamientos⁶⁰. El mismo señor Ramón Rodríguez, presidente de la Corte Suprema, nombrada por el Congreso, admitió públicamente que “el origen político de todas las designaciones que es el Congreso es innegable (...)”,⁶¹ y, no sólo eso, el 13 de diciembre reveló que “el Presidente de la República me dijo: le propongo a usted la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, que vaya como magistrado.”⁶²

El Presidente de la República del Ecuador anunció que “los nuevos magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán temporales”. Este anuncio contribuyó a la inseguridad jurídica y de trasgresión a la Constitución que se vivió en el país.

La noticia pone además en evidencia la intromisión de la Función Ejecutiva en el Poder Judicial, en contravención a expresas normas de la Carta Fundamental.⁶³

El Presidente del Congreso Nacional, Guillermo Landázuri, reconoció que con la destitución los magistrados se violó la Constitución y que “el gobierno articuló una mayoría para crear un peligrosísimo precedente, de que con mayoría de votos se pueda hacer cualquier cosa.” También afirmó que el 8 de diciembre, con la destitución de los magistrados, la democracia ecuatoriana se degradó y se violó descaradamente la Constitución.⁶⁴

El 28 de diciembre de 2004, el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, Leandro Despouy, en comunicación oficial al gobierno del Ecuador, sostiene que sobre la base de la información que tiene disponible, la cancelación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia constituiría “una interferencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo en el Poder Judicial, al ser violatoria del principio constitucional de “independencia judicial,”⁶⁵ requisito esencial del estado de derecho y de la democracia garantizado por instrumentos internacionales de los cuales el Ecuador es parte”.⁶⁶ El Relator Especial ha solicitado al gobierno del Ecuador que le haga llegar sus criterios con respecto a la materia.

La Corte Suprema de Justicia *de facto* eligió a los conjuces y comenzó el proceso de elección de los delegados al Consejo Nacional de la Judicatura con sobresaltos.⁶⁷ En efecto, el 21 de diciembre de 2004 cesó a los miembros del Consejo y dejó a la entidad en acefalía.⁶⁸ La inconstitucionalidad del ente nominador, la Corte Suprema *de facto*, pone en tela de duda la legitimidad del nuevo Consejo Nacional de la Judicatura, “órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial.”⁶⁹

El Partido Roldosista Ecuatoriano (en adelante el PRE), cuyo director supremo es el ex presidente Abdalá Bucaram, quien tiene acusaciones pendientes en la Corte Suprema de Justicia, demostró públicamente tener influencia en el gobierno del Presidente Gutiérrez y sus decisiones con

⁵⁸ Partido político cuyo líder es el ex presidente del Ecuador, Abdalá Bucaram, que se encuentra enjuiciado y condenado por varios hechos ilícitos.

⁵⁹ El Comercio, “el PRE toma las riendas de la Suprema”, sábado 11 de diciembre de 2004, A7.

⁶⁰ El Comercio, “Diez magistrados arrastran un pasado turbio”, 11 de diciembre de 2004, A6.

⁶¹ El Comercio, “Cualquier reclamo debe ir al Tribunal Constitucional”, 13 de diciembre del 2004, A6.. Ver además, el Comercio, “Despolitizar la justicia un cuento Chino”, 10 diciembre de 2004, A9..

⁶² El Comercio, “Gutiérrez ofreció la Presidencia”, martes 14 de diciembre del 2004, A3.

⁶³ Constitución Política del Ecuador. Art. 199 (1): “Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos.”

⁶⁴ Testimonio de Guillermo Landázuri, El Comercio, 1 de enero de 2005, B17.

⁶⁵ Constitución Política del Ecuador. Art. 199.

⁶⁶ Ver Anexo 1, documento 19. El Comercio, “Corte: la ONU exige un informe al país”, 6 de enero de 2004, A1

⁶⁷ Hoy, “CSJ de facto elige delegados a la CNJ”, 21 de diciembre de 2004, 2A. El Universo, “Corte se alista para elegir a vocales del CNJ”, 7 de enero de 2005.

⁶⁸ El Comercio, “El CNJ está en acefalía desde ayer”, 22 de diciembre de 2004, A3.

⁶⁹ Constitución Política del Ecuador, Art. 206 (1)

relación a la Administración de Justicia. Magistrados cercanos al PRE ocuparon las Salas de lo Penal de la CSJ *de facto*, donde se decidió la suerte del señor Bucaram.

El presidente de la Corte Suprema *de facto*, Guillermo Castro, el 1 de diciembre de 2005 declaró la nulidad de varios juicios penales de personas prófugas de la justicia ecuatoriana. El 4 de abril regresó el ex presidente Abdalá Bucarán, acusado de enriquecimiento ilícito y mal manejo de fondos públicos.

c. Inexistencia de Corte Suprema de Justicia.-

El 17 de abril de 2005, domingo, el Congreso Nacional cesó en sus funciones a la Corte Suprema de Justicia, designada en diciembre de 2004, con el voto unánime de 89 parlamentarios presentes. Al dejar sin efecto a la CSJ que se denominó en la opinión pública como "corte de facto", el Congreso no restituyó a los magistrados cesados en diciembre de 2004, "por no haber ejercido sus cargos los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, designados en 1997 y cooptados hasta el 2002, desde el 8 de diciembre de 2004, se produjo la terminación de sus funciones lo que les imposibilita legalmente retomar el ejercicio de sus magistraturas".⁷⁰ Es decir, se declaró que los ex magistrados abandonaron el cargo, cuando el mismo Congreso los cesó y el ejecutivo a la fuerza los sacó de sus oficinas.

El 27 de abril de 2005, el Congreso Nacional aprobó el proyecto de reformas a la Ley de la Función Judicial y definió el mecanismo de elección de los nuevos magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El Congreso delegó a un Comité integrado por cinco delegados de corporaciones y movimientos.⁷¹ Se produjeron algunos incidentes corporativos en la nominación de los miembros. Al final, sólo se llegaron a posesionar en sus cargos cuatro personas.

La ley tenía normas que eran inconstitucionales y contrariaban expresas disposiciones de tratados internacionales. Prohibía, por ejemplo, postular a personas que hubiesen defendido a acusados por narcotráfico, confundiendo de este modo al defensor con su cliente.⁷² Estas normas fueron cuestionados por la veeduría nacional e internacional, y el Comité de Calificación resolvió no aplicar las normas inconstitucionales.⁷³

Del total de personas que postularon a un puesto en la Corte Suprema de Justicia, 165 profesionales calificaron.⁷⁴

Actualmente se encuentra en un proceso de impugnación a los candidatos y candidatas a magistrados de la CSJ.

En septiembre de 2005, el Presidente hizo público su proyecto de consulta popular. La pregunta catorce textualmente disponía:

"Opción uno: aprueba el proceso para la designación de la Corte Suprema de Justicia.

Opción dos: si hasta la fecha de la consulta no se hubiesen designado los magistrados de la CSJ, autoriza al Presidente de la República para que conforme una asamblea electoral para la designación de los magistrados de la Corte en un plazo de 30 días."⁷⁵

⁷⁰ Ver www.congreso.gov.ec (revisión 13 de Octubre de 2005).

⁷¹ un miembro designado por el presidente de los tribunales de honor de los colegios de abogados del país, uno designado por los decanos de las facultades de jurisprudencia, uno representante de la función judicial, uno por la comisión de control cívico de la corrupción y uno por organismos de derechos humanos: en total cinco miembros. Ver www.congreso.gov.ec (revisión 13 de Octubre de 2005).

⁷² Ley Orgánica Reformatoria a la ley orgánica de la función judicial, Art 10 (2).

⁷³ Ver <http://www.redjusticia.org.ec> (revisión 14 de octubre de 2005), en boletines de prensa.

⁷⁴ Ver www.justiciaecuador.gov.ec (revisión 14 de Octubre de 2005)

⁷⁵ Ver www.ieep.org.ec (revisión 14 de Octubre de 2005)

La existencia de esta pregunta puso en evidencia que todo el proceso de designación de magistrados es frágil. Incluso hay grupos de personas que cuestionan toda la validez constitucional del proceso.⁷⁶ Lo cierto es que no existe norma constitucional que regule y legalice el proceso de selección que se encuentra en camino.

Según el Presidente del Comité Calificador, Carlos Estarellas, se ofreció “darle al país una nueva Corte Suprema de Justicia a más tardar en noviembre”.⁷⁷

Por el momento, durante más de seis meses, a la fecha de presentación de este informe, no existe Corte Suprema de Justicia en Ecuador, y, dados los precedentes en el Congreso Nacional, nada ni nadie asegura la estabilidad del Comité Calificador y la efectiva designación de los magistrados de la CSJ.

d. La función judicial.-

En una reciente investigación sobre la justicia en Ecuador⁷⁸, se afirma que “fuimos en busca de la justicia y encontramos un cadáver”⁷⁹. En las conclusiones, después de un estudio basado en estadísticas y entrevistas, se sostiene que “se ha comprometido seriamente el derecho a la justicia, se han desatendido las garantías fundamentales (...), están ausentes todos y cada uno de los principios que deberían dominar la acción penal. Corrupción y falta de entendimiento de los valores (...)

La percepción de usuarios, abogados y trabajadores de la justicia (...), dejan un saldo de inconformidad y notorio incumplimiento de nueve de los once principios legales y constitucionales de realización de la justicia penal: intermediación, celeridad, eficacia, eficiencia, concentración, independencia, imparcialidad y no discriminación, gratuidad y contradicción. Justicia selectiva que compromete a todos sus filtros (...).

(La administración de justicia) actúa más bien, se lo ha reiterado hasta el cansancio, como una arena de contiendas con reglas fácilmente maleables y sin certezas jurídicas, en la que el éxito o fracaso de los usuarios respecto de sus pretensiones depende del poder político, social o económico que logren acreditar.”⁸⁰

En Ecuador, sólo el 16.1% de la ciudadanía confía en la justicia y el 58,3% de las personas que fueron víctimas de un delito no lo denunciaron porque no sirve de nada.⁸¹

El presupuesto de la administración de justicia es exiguo comparado con las otras funciones y con el papel que debería desempeñar. En el 2004, se le asignó el 1.97% del Presupuesto General del Estado⁸².

Los sujetos procesales no están en igualdad de condiciones para atender la demanda de justicia. Existe una tasa de 5.6 jueces, 2.7 fiscales y 0.3 defensores públicos por cada cien mil habitantes.⁸³

Las causas se tramitan con lentitud y están represadas. Los juicios contenciosos tienen una duración promedio de 383 días. Sólo en Pichincha, provincia donde se ubica la capital de la República, existen 390.000 causas pendientes.⁸⁴

⁷⁶ La hora, “audiencias contra impugnados”, 14 de octubre de 2005 (ver www.lahora.com.ec). en esta nota aparece el argumento de Alejandro Ponce Martínez, que ha impugnado a todos los postulantes y al proceso.

⁷⁷ El Mercurio, “Preocupación por el Comité Calificador”. 2 de octubre de 2005 (ver www.elmercurio.com.ec)

⁷⁸ Plan País Ecuador, “en busca de justicia”, Derechos Humanos Apuntes para la Reflexión N. 4, Ecuador 2005. (Ver Anexo 2)

⁷⁹ Plan País Ecuador, op. Cit. P. 95. (Ver anexo 2)

⁸⁰ Plan País Ecuador, op. Cit. P. 95. (Ver anexo 2)

⁸¹ Seligson, Mitchell. “Auditoría de la democracia: Ecuador”. Universidad de Pittsburg, Ediciones Cedatos, Quito, 2002.

⁸² Coalición Nacional por la Justicia en el Ecuador-Fundación Esquel, “Algunos datos sobre la justicia en el Ecuador”, 2005. (Ver anexo 3)

⁸³ Coalición Nacional por la Justicia..., id. (Ver anexo 3)

⁸⁴ Coalición Nacional por la Justicia..., id. Ver anexo 3)

A pesar de la reforma penal, y por todas las causas enunciadas, existen actualmente un 70% de privados de su libertad sin sentencia⁸⁵.

Las cifras hablan por sí solas y no merecen mayor comentario.

e. La justicia electoral.-

El Tribunal Supremo Electoral (TSE) tiene dos funciones, de acuerdo con la Constitución: (1) organizar, dirigir, vigilar y garantizar los procesos electorales; y (2) ser juzgador electoral.⁸⁶

Como juzgador electoral el TSE es el ejemplo paradigmático de lo que no debería ser un órgano imparcial e independiente.

Siguiendo los parámetros de Naciones Unidas sobre independencia judicial⁸⁷. Los partidos políticos representados en el Congreso designan a siete personas de sus propias tiendas políticas. En el portal del TSE se puede confirmar este dato: junto a cada integrante del TSE, consta la organización política a la que pertenecen.⁸⁸

La Constitución no exige requisitos de idoneidad o capacidad profesional.

Por otro lado, el TSE fue otra de las instituciones importantes que fue cesada arbitrariamente y luego, del mismo modo, conformada. El 26 de abril de 2005, el Congreso Nacional declaró nula la resolución por la que designó al TSE.⁸⁹

Los juicios electorales, sobre el exceso de gasto, no han podido ser ejecutados o terminados por la parcialidad y dependencia del organismo.

Ante la presentación del Presidente de la convocatoria a asamblea constituyente, varios diputados del Congreso han amenazado con enjuiciar políticamente a los vocales del TSE si dan trámite a la petición del ejecutivo.⁹⁰

2.3. La función legislativa.-

El Congreso tiene atribuciones legislativas⁹¹ y fiscalizadoras⁹². Sin embargo, pese a contar con éstas atribuciones constitucionales, en el último período legislativo su labor ha sido seriamente cuestionada por la opinión pública.

En este acápite abordaremos los siguientes temas: (a) responsabilidad del Congreso por provocar la agudización de la crisis institucional; (b) incumplimiento en su función legislativa de forma adecuada; (c) mora en la designación de funcionarios importantes de Estado; (d) falta de legitimidad y representatividad.

a. Agudización de la crisis institucional.-

El 24 de noviembre de 2004, una mayoría afín al gobierno destituyó contra expreso mandatos de la Constitución a los magistrados del Tribunal Constitucional, órgano encargado del control

⁸⁵ El Mercurio, "aumentan las penas, aumenta la violencia". 17 septiembre de 2005 (ver www.elmercurio.com.ec, visita 14 de octubre de 2005)

⁸⁶ Constitución Política del Ecuador, Art. 209.

⁸⁷ Ver Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General N. 13 sobre el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁸⁸ Ver www.tse.gov.ec

⁸⁹ Ver www.congreso.gov.ec (revisión 13 de Octubre de 2005).

⁹⁰ El Comercio, "la asamblea con una enredada hoja de ruta", 19 de octubre de 2005, A3.

⁹¹ Constitución Política del Ecuador, Art. 130: Reformar la Constitución e interpretarla de un modo obligatorio; expedir, modificar, reformar derogar e interpretar las leyes; establecer o suprimir impuestos, tasas u otros ingresos públicos; aprobar o rechazar los tratados internacionales.

⁹² Constitución Política del Ecuador, Art. 130 (8) y (9): Fiscalizar los actos de la Función Ejecutiva y de los demás órganos del Estado, enjuiciar políticamente durante el ejercicio de sus funciones al Presidente y Vicepresidente de la República, los Ministros de Estado, de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Constitucional y al Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo Electoral, Ministro Fiscal, entre otros.

de la Constitucionalidad y es máximo órgano de respeto de los derechos humanos, y a los miembros del Tribunal Supremo Electoral, máximo órgano que administra justicia electoral.

El 8 de diciembre de 2005 el Congreso Nacional destituyó a todos los miembros de la Corte Suprema de Justicia y designó a nuevos magistrados de una forma sumaria, arbitraria y sin calificar previamente a los candidatos.

El Congreso Nacional ante la presión ciudadana sesionó el día domingo 17 de abril de 2005 y cesó a la Corte Suprema de facto validando todos los actos realizados por la Corte en contra de las leyes y la Constitución.⁹³

El Congreso Nacional cesó en sus funciones al Presidente de la República, el 20 de abril de 2005, fundamentándose en la causal de abandono del cargo y sin que exista juicio político alguno.⁹⁴

El Congreso expidió una ley reformativa a la que rige la función judicial y determinó un mecanismo, ajeno a la Constitución por no estar regulada la hipótesis de vacancia total de los magistrados, para designar a la CSJ.

En cuanto a la relación ejecutivo-legislativo, ha habido una falta total de colaboración y de sensibilización para poder salir de la crisis institucional: no se ha concretado la posibilidad de la consulta popular y el Presidente, sin consultar al Congreso, ha presentado una propuesta de Asamblea Constituyente.

La situación jurídica del país no ha cambiado mucho desde estos eventos. El Estado de Derecho no ha sido restablecido.

Sin temor a equivocarnos, el Congreso Nacional es el gran responsable de la crisis institucional que atraviesa el Ecuador.

b. Incumplimiento en su función de legislar adecuadamente.-

Se considera que el Congreso Nacional, para adecuarse a los requerimientos de la Constitución de 1997, debió expedir o reformar aproximadamente 180 cuerpos legales⁹⁵. No lo hizo.

A partir de enero de 2003 hasta el 16 de octubre de 2005, ingresó al Congreso Nacional 896 proyectos de ley, de ellos 25 proyectos de ley están aprobados en segundo debate. En materia penal –para afirmar que se aceleraron medidas de índole represiva- se aprobaron 8 leyes.⁹⁶

El incumplimiento del trabajo realizado por la función legislativa es tal que de las 121.936 normas existentes el Ejecutivo expidió el 46 por ciento mientras que el Legislativo expidió menos del 10 por ciento. De acuerdo a Edgar Terán, no solo en la cantidad de leyes radica el problema de la legislación sino en la calidad de las mismas.⁹⁷

Según informes de la organización “Hacia la seguridad e imperio de la ley”, la legislación ecuatoriana está formada de 57.000 cuerpos legales que contienen miles de normas, muchas de ellas contradictorias. Solo el año pasado se estima que se incorporaron a la legislación 4.800 nuevos cuerpos legales. Actualmente existen 121.936 normas, de las cuales solo la mitad está vigente.⁹⁸

⁹³ Congreso Nacional, “por unanimidad, el Congreso superó la crisis institucional de la Corte Suprema de Justicia”, 17 de abril de 2005 (www.congreso.gov.ec/pages/frames/internas.asp, visita 18 de octubre de 2005)

⁹⁴ El Congreso Nacional, “al amparo del Art. 167 de la Constitución, el Congreso cesó a Gutiérrez”, 20 de abril de 2005 (www.congreso.gov.ec, visita 18 de octubre de 2005)

⁹⁵ María Paula Romo, entrevista en Radio Democracia, 16 de octubre de 2005.

⁹⁶ José Barrera, Subdirector del Archivo-Biblioteca de la Función Legislativa, Of. N. 346-05, 17 de octubre de 2005.

⁹⁷ Diego Palacios, artículo “La Basura Jurídica” publicada en la Revista Vistazo, publicada el 19 de mayo del 2005

⁹⁸ Diego Palacios, artículo “La Basura Jurídica” publicada en la Revista Vistazo, publicada el 19 de mayo del 2005.

Por otro lado, las leyes y resoluciones aprobadas por el Congreso Nacional han sido incapaces de responder a las verdaderas necesidades del pueblo y, al contrario, han ocasionado problemas a la institucionalidad del país. Por ejemplo, las resoluciones por las que ha cesado repetidamente a los miembros del TSE, TC y CSJ, la aprobación de una reforma legal que ha impedido la garantía de la libertad por exceso en los plazos de prisión preventiva, conocida como detención en firme, por la que, actualmente, en el Ecuador existen 2.348 personas privadas de su libertad sin contar con sentencia acusatoria y que deberían, de acuerdo a la Constitución, estar en libertad.⁹⁹

Por omisión legislativa, el Congreso no ha expedido, a pesar de mandato legal, la Ley Orgánica para la Defensa Pública, la reforma procesal para instaurar el principio constitucional de oralidad, no ha tipificado la mala práctica médica, no se ha adecuado a los estándares del Estatuto de Roma, no tiene legislación para regular la prohibición de la discriminación, entre otras.

c. Mora en la designación de funcionarios importantes de Estado.-

Otra de las funciones constitucionales del Congreso Nacional es el nombramiento de los representantes de las instituciones fundamentales del Estado, tales como el Contralor General del Estado, Procurador General, Ministro Fiscal, Superintendentes de Bancos y de Compañías.

Sin embargo, los hechos demuestran que ésta atribución tampoco ha sido cumplida:

- Ecuador no tiene Contralor General del Estado titular.
- Ecuador no tiene Fiscal General del Estado titular.
- Ecuador no tiene Defensor del Pueblo legitimado.
- Ecuador no tiene Corte Suprema de Justicia.
- Ecuador no tiene Tribunal Constitucional.

d. Falta de legitimidad.-

El Congreso Nacional, en las manifestaciones de abril, fue una de las instituciones cuestionadas. El grito era "que se vayan todos" y muchas marchas se dirigieron en contra del Congreso Nacional.

El 12 de mayo de 2005, el Congreso destituyó a cuatro diputados que protagonizaron "incidentes vergonzosos en Perú."¹⁰⁰ Los diputados se amenazan con golpearse y es frecuente el insulto como forma de discurso.¹⁰¹

Según informes de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción en solo un año se ha presentado 700 denuncias por actos de corrupción en dicha institución.¹⁰²

Más aún, en el último período legislativo, la mayoría de los diputados independientes son producto de las desafiliaciones dudosas, tal es así que del movimiento Pachakutik se desafiliaron cinco diputados, del partido socialcristiano dos, del Prian uno, del partido sociedad patriótica, uno. En total 11 de 19 diputados independientes, son el resultado de desafiliaciones políticas.¹⁰³

Académicamente se considera que los partidos políticos tienen regímenes autoritarios, son poco representativos, no ejercen la democracia en su interior, están desconectados de la sociedad civil, tienen prácticas clientelares y son simplemente maquinarias electorales, que no

⁹⁹ Dirección Nacional de Rehabilitación Social, oficio N. 136-GP-DNRS, 7 de octubre de 2005, dirigida a la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE. Estos datos no incluyen las cárceles más pobladas que se encuentran en Quito y Guayaquil.

¹⁰⁰ Últimas Noticias, "Una decisión política descalifica a 4 diputados", 12 de mayo de 2005.

¹⁰¹ El Comercio, "conato de incidente en el debate", 19 de octubre de 2005, A3.

¹⁰² www.unl.edu.ec/anticorruccion/comision/comision.html

¹⁰³ Últimas Noticias, "Diputados independientes", 5 de enero de 2005.

responden ni trabajan por las necesidades generales sino solo por sus intereses políticos o económicos.¹⁰⁴

2.4. La función ejecutiva.-

a. La Presidencia de la República.-

En el último período democrático, Ecuador ha tenido ocho presidentes. De ellos, tres han sido derrocados en revueltas populares.

El último derrocado, Lucio Gutiérrez, hizo alianzas con diferentes partidos políticos, dividió al movimiento indígena y rompió con el grupo político con el que llegó al poder (Pachacutik), se involucró en problemas de nepotismo y escándalos de corrupción. Finalmente, irrumpió abiertamente contra la independencia judicial, al convocar a período extraordinario al Congreso Nacional, después de haber conformado una nueva mayoría parlamentaria, para destituir a los magistrados de la CSJ y TC.

El Presidente, en aquel entonces, pidió a los vocales de TC de facto que tomen medidas para negar recursos de amparo que los posibles vocales magistrados pudieren presentar.

El 14 de abril de 2005, el Presidente declaró el estado de emergencia en la ciudad de Quito, cesó a la Corte Suprema de facto y restringió los derechos ciudadanos de las personas. Las manifestaciones se multiplicaron en la ciudad en las noches e incontables ciudadanos salieron a protestar en todas las calles de la ciudad de Quito. Como efecto de las multitudinarias protestas, el Presidente revocó el estado de emergencia. Sin embargo, las protestas continuaron y se multiplicaron.

El 18 de abril de 2005 el gobierno blindó el centro de la ciudad, impidió la circulación de la gente y ordenó a los militares que controlen la ciudad.

El 19 de abril de 2005 la ciudadanía se convocó en uno de los parques de la ciudad de Quito. Se calculó que aproximadamente 100.000 personas se reunieron y procedieron a marchar hacia el palacio de gobierno. La marcha fue pacífica, la gente tenía globos, carteles, cacerolas y cucharas. Hubo ancianos, niños y niñas que protestaban en contra de los actos arbitrarios del gobierno.

El Centro Histórico de Quito estaba blindado con aproximadamente 4000 uniformados. Públicamente se conoció que el gobierno dio la disposición de defender el palacio de gobierno como sea y a cualquier costo. La consigna fue “repeler con todo la manifestación, cueste lo que cueste”.¹⁰⁵ La Policía Nacional, aproximadamente a las 22h00, arrojó abundante gas lacrimógeno y vomitivo contra los participantes de la marcha pacífica, da golpizas a los estudiantes que protestan.

En horas de la mañana varios buses provenientes de lugares fuera de la ciudad (Guayaquil, Morona Santiago, Babahoyo, Quevedo, Napo), contratadas por el gobierno nacional, comenzaron a invadir la ciudad de Quito. Ingresaron a pesar de haberse dispuesto por parte de autoridades locales el cierre de las vías.

La represión fue violenta, desproporcionada y vulneró los derechos de varios ciudadanos y ciudadanas. Quito vivió la más grande represión de los últimos años de democracia.

El Dr. Alfredo Palacio sucedió al Coronel Lucio Gutiérrez.

¹⁰⁴ Catherine M. Conaghan, “Partidos vs. Partidos”, FLACSO, 2003, p. 251 (www.flacso.org.ec/docs/antidemocracia.pdf)

¹⁰⁵ El Comercio, “El Marriot, el centro de la planificación”, 20 de abril de 2005, página A2.

Durante el gobierno de Alfredo Palacio, se ha hecho público en la prensa varios escándalos. Por mencionar algunos, falsificación de firmas del Presidente para designar cargos en el gobierno¹⁰⁶, seis viajes personales de la esposa del Presidente con fondos públicos¹⁰⁷, problemas en el manejo del Fondo de Inversión Social.

Uno de sus ejes de gobierno, cuando ofreció refundar al país, fue realizar una consulta popular. Esta consulta ha tenido tres momentos: (1) el vicepresidente fue designado para recoger las inquietudes de la ciudadanía en cuanto a reforma política del Estado¹⁰⁸, que nunca fue tomada en cuenta; (2) presentación de una propuesta de consulta popular; (3) negociación de la consulta popular.

El primer intento del Presidente de tratar la Consulta Popular la realizó el 26 de julio de 2005, cuando la envió con carácter de urgente. El Congreso negó la calificación de urgencia y devolvieron el texto.

El segundo intento consistió en un acercamiento con las bancadas del Congreso Nacional. Según datos de prensa, no se llegó a consenso e incluso el ministro de gobierno, por discrepancias internas, renunció.¹⁰⁹

La Comisión Económica del TSE fijó en quince millones de dólares el costo de la consulta popular.¹¹⁰

Finalmente, el Presidente de la República presentó al TSE la convocatoria a una asamblea constituyente¹¹¹, que ha provocado nuevos incidentes con el Congreso y ha movilizado a las ciudadanía a las calles.

b. Excesos de la Policía Nacional en la represión a los manifestantes en Abril del 2005 en Quito.-

“...frente al parque de La Alameda, donde les esperaba atrincherada la represión gutierrista. La gente llegó e inesperadamente, como en una guerra, los policías dispararon masivamente sus bombas, Mónica Fernández, viendo como su madre era agredida, se avalanzó a los policías demandándoles que no toquen al pueblo, luego de sacudir las escarapelas de un policía, cayó desmayada, asfixiada. En un lugar próximo Julio García, fotógrafo chileno, que ha laborado en el país durante décadas, luego de señalar a la policía que no use la brutalidad como arma, también cayó desplomado. Mónica pudo ser reanimada. Julio muy afectado, fue llevado al hospital y murió.”¹¹²

En abril de 2005, Quito vivió días extraordinarios. La gente protestó por la ruptura del orden constitucional y por el retorno de prófugos de la justicia.¹¹³ Las manifestaciones evidenciaron el ingenio popular al encontrar originales formas de protestar pacíficamente: el cacerolazo, el reventón, el tablazo, el rollazo, el golpe de estadio.¹¹⁴ El público fue diverso, desde neonatos en los brazos de sus padres o madres, hasta gente de la tercera edad, sin distinción de clase social, profesión y ocupación.¹¹⁵

¹⁰⁶ La hora. “Presidente se quedó solo con cuatro asesores”, jueves 13 de octubre de 2005, www.lahora.com.ec

¹⁰⁷ Ver www.eltiempo.com.ec

¹⁰⁸ Ver www.conam.gov.ec

¹⁰⁹ El Comercio. “Congreso: se da por hecho que la consulta fracasará”, A2. 13 de octubre de 2005.

¹¹⁰ El Comercio, “los costos económicos de las reformas resultan incalculables”. 14 de octubre de 2005.

¹¹¹ La Hora, “Palacio no descarta constituyente”, 14 de octubre de 2005 (ver www.lahora.com.ec)

¹¹² Larrea, Marcelo, 22 de abril de 2005, ver www.llacta.org

¹¹³ Franklin Falconí. “Volvió el circo de Bucaram en medio del repudio popular”. editor general del quincenario ecuatoriano Opción, 5 de abril de 2005.

¹¹⁴ Wilson Moposita. “Se radicalizan las protestas en Quito”, 17 de abril de 2005. Ver http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/latin_america/newsid_4453000/4453267.stm

¹¹⁵ Pocho Alvarez. Documental “Forajidos: el legado de abril”. Director, abril de 2005.

¹¹⁶ Hoy-Blanco y Negro. “Gutiérrez desvió fondos para la policía para reparar el impacto ambiental”. 7 de mayo de 2005.

El Gobierno desplegó un operativo policial nunca antes visto desde la instauración de la democracia en 1979. Los policías fueron trasladados de todos los rincones del país y se concentraron en Quito.¹¹⁶

La policía aplicó diversos mecanismos para reprimir las manifestaciones pacíficas:

- Espionaje y hostigamiento: se utilizaba equipos sofisticados de interceptación de llamadas telefónicas. El nuevo mando policial no ha aclarado aún cuál fue exactamente el motivo de estas operaciones.¹¹⁷

63 personas fueron perseguidas. Además, se legitimó a grupos civiles, como el denominado “Cero Corrupción”, que atentaron contra los opositores y se intentó callar a los medios de comunicación.¹¹⁸

- Amedrentamiento con animales: los policías caminaban por las calles en las que se manifestaba con perros Rottweiler, amaestrados para atacar y desgarrar carne humana¹¹⁹. Había también gran cantidad de policías montados en caballos¹²⁰, que en los últimos días de las manifestaciones se encargaban de acorralar a la gente en calles bloqueadas por más uniformados.
- Utilización de tanques blindados: varios de éstos bloqueaban importantes calles del centro histórico de Quito por donde estaba planificado el avance de la marcha pacífica. Frente a ellos se colocaban decenas de policías en filas. En la madrugada, cuando ya no estaban presentes los medios de comunicación, los tanques se movilizaban persiguiendo a la multitud, lanzando grandes cantidades de agua helada con pimienta.
- Detenciones arbitrarias: se detenía a las personas alegando cuestiones como desorden del orden público, irrespeto a la autoridad. Cualquier razón era válida. Este comportamiento lamentablemente es usual dentro de la Policía Nacional: recientemente en un paro en la provincia de Sucumbios¹²¹ fueron detenidas 157 personas en 11 días. De éstas, estuvieron aisladas 23, cosa que está explícitamente prohibida por la Constitución Política del Ecuador.¹²²
- Uso indiscriminado de gas lacrimógeno: tal vez lo más evidente durante las manifestaciones. Se disparaban bombas lacrimógenas sin discreción ni medida apuntando al cuerpo de los manifestantes, para “causar lesiones y para suprimir el derecho de manifestación pacífica.”¹²³ Tantas bombas se lanzaron que “si las manifestaciones continuaban por dos horas más, se acababan los proyectiles, que, con el fin de controlar a los ‘forajidos’, se recolectaron de todos los rastrillos del país.”¹²⁴

En total la Policía Nacional reconoció que utilizó un total de 1651 bombas lacrimógenas, en los 8 días de protesta.¹²⁵ Según la Defensoría del Pueblo, la Policía utilizó 5.000 bombas solo el 19 de abril de 2005.¹²⁶

¹¹⁶ Hoy, “Gutiérrez desvió fondos a la Policía destinados para reparar el impacto ambiental”, Blanco y Negro No. 344, 7 de mayo de 2005

¹¹⁷ Corporación Participación Ciudadana Ecuador y sus integrantes, petición de medidas cautelares. N. 49-05.

¹¹⁸ “Ecuador entre la ira y la esperanza: Asesinado el videasta y cronista Julio García durante la bestial represión a 50.000 quiteños y quiteñas. Casi un centenar de heridos. Quito batalla hasta la madrugada”, <http://www.lacta.org/notic/2005/noto420a.htm>, 19 de abril de 2005.

¹¹⁹ Marcelo Larrea, “Ecuador, cuando el pueblo es el poder”, Adital.

Ver http://clavedigital.com/Reporte/Articulo.asp?Id_Articulo=4487

¹²⁰ Informe de la Policía Nacional: 2005-0397-DMG. Quito, 4 de octubre de 2005.

¹²¹ Constitución Política del Ecuador, Art. 24 (6).

¹²² Amnistía Internacional. 2 de diciembre de 2003, ACT 40/008/2003/s

¹²³ Hoy, “Gutiérrez desvió fondos a la Policía destinados para reparar el impacto ambiental”, Blanco y Negro No. 344, suplemento semanal del Diario Hoy, 7 de mayo de 2005.

¹²⁴ Policía Nacional, oficio No. 2005/2097/DGO/PN. Quito, 4 de octubre de 2005

¹²⁵ El Comercio. “La protesta dejó una costosa secuela”, 1 de mayo de 2005.

¹²⁶ El Comercio, “El ejército disparó balas de goma a los jóvenes”, 21 de abril de 2005.

- Disparo de balas de goma para dispersar a los manifestantes.¹²⁷
- Utilización de aerosoles de pimienta para reprimir directamente a individuos, echando esta sustancia directamente a los ojos.

Se infiere que la policía tenía la orden de reprimir las manifestaciones por cualquier medio.

La represión tuvo altos costos económicos. Se afirmó que hubo desvío de fondos¹²⁸ e incluso que resultó rentable para la Policía Nacional.¹²⁹

Peor aún, tuvo costos en la vida de las personas. Julio García, periodista chileno radicado en Ecuador, murió la noche del 19 de abril a causa de un paro respiratorio, ocasionado por las grandes cantidades de la sustancia tóxica en el ambiente.

El saldo de la represión fue de 2 muertos y más de 360 personas atendidas por asfixia, golpes, traumas, y problemas en las vías respiratorias.¹³⁰

3. Las garantías.-

3.1. El amparo constitucional.-

Dentro de los distintos recursos que el Ecuador brinda para proteger los derechos de las personas, el amparo constitucional está diseñado como el mecanismo más idóneo para la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución frente a los posibles abusos por parte del poder público.¹³¹ Podríamos afirmar que el amparo es el recurso que más adecua a los estándares de la Convención Americana para garantizar derechos humanos.¹³²

El amparo es, pues, un recurso sencillo, sumario y eficaz de tutela judicial de los derechos humanos consagrados en la Constitución Política y otros instrumentos jurídicos internacionales.

Sin embargo, el ejercicio del amparo ha sido restringido tanto por resoluciones de la Corte Suprema de Justicia como por la práctica procesal ecuatoriana.

a. Restricción del amparo mediante resolución de la Corte Suprema de Justicia.-

En la Constitución se establece que, para que proceda el amparo, se requiere argumentar que se ha violado un derecho, que exista una acción u omisión de autoridad pública y que cause un daño grave.¹³³ También la Constitución determina que “en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos”.¹³⁴

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, argumentando que se han suscitado dudas en la aplicación de la acción de amparo y para precisar el genuino sentido de las normas jurídicas, dictó dos resoluciones que acabaron restringiendo la garantía establecida en la Constitución.¹³⁵

¹²⁷ Hoy, “Gutiérrez desvió fondos a la Policía destinados para reparar el impacto ambiental”. Blanco y Negro No. 344, suplemento semanal del Diario Hoy, 7 de mayo de 2005.

¹²⁸ “La represión de la policía al pueblo de Quito, tenía un objetivo económico”, <http://www.cedhu.org/html/modules.php?name=News&file=article&sid=144>. Gasespol Industrial CEM es una empresa que pertenece en un 70% a la policía, ubicada al noroccidente de Quito, en Calacali. El otro 30% pertenece al Sr. Carlos Cevallos, quien colaboró económicamente con la campaña electoral de Lucio Gutiérrez. La actividad de Gasespol se concentra en la producción de gases y en el ensamblaje de pistolas Glock. modelo 17.

¹²⁹ El Comercio, “Dos muertos y 360 afectados en 9 días”, 21 de abril de 2005. 19<http://www.elcomercio.com>

¹³⁰ Constitución Política del Ecuador. Art. 95.

¹³¹ Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 25.

¹³² Constitución Política del Ecuador, Art. 95.

¹³³ Constitución Política del Ecuador. Art. 18.

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia, resolución publicada en el Registro Oficial N. 378 del 27 de julio del 2001, y resolución publicada en el Registro Oficial N. 559 del 19 de abril del 2002.

¹³⁵ CSJ, resolución del 2001, Art. 2.

La resolución de la CSJ impide la presentación de la acción de amparo si se impugnan actos normativos, actos de gobierno que implican ejercicio directo de una atribución constitucional, decisiones judiciales y cuando se podrían plantear otras acciones judiciales específicas distintas a la del amparo, aún si se reúnen los requisitos constitucionales. En estos casos, el amparo “no procede y se la rechazará de plano.”¹³⁶

En otras palabras, la CSJ determina que la función legislativa y la función ejecutiva no pueden violar derechos humanos en ciertos casos específicos.

En la resolución se considera que sólo se podrá pedir amparo cuando exista “certeza de la inminencia del daño”¹³⁷, que constituye un estándar alto y restrictivo. Además que obliga al peticionario a tener prueba científica y conclusiva sobre los efectos de los abusos de los actos del poder público.

La resolución impone un juramento adicional al establecido en la Ley Orgánica de Control Constitucional, en el que se debe afirmar que no se ha propuesto otra acción sobre la misma materia y con el mismo objeto.¹³⁸ En la práctica de los juzgados, se rechaza el amparo cuando no existen dos juramentos.

La CSJ, como lo sostuvo uno de los magistrados que salvó el voto, no tenía competencia para resolver una cuestión que concernía al Tribunal Constitucional. También afirmó que los jueces ejercen control constitucional y que la CSJ no podía reglamentar algo que no le correspondía a pesar de pertenecer los jueces a la función judicial.¹³⁹

Los juzgados de primera instancia, a pesar que la Constitución les faculta a ejercer control constitucional¹⁴⁰ y tienen independencia judicial¹⁴¹, consideran de cumplimiento obligatorio la resolución de la CSJ.

b. Práctica procesal ecuatoriana.-

Los jueces que conocen, tramitan y resuelven el amparo son los del área civil, administrativo y, excepcionalmente, penal. Los mismos comentarios realizados sobre la administración de justicia (ver supra 2.2.d.) corresponden a la tramitación de las acciones constitucionales.

En particular, los jueces no tienen el conocimiento necesario sobre derecho procesal constitucional peor aún sobre derechos humanos. Las acciones de amparo simplemente se suman a las causas que normalmente tienen que tramitar y lo hacen con criterios civilistas.

El plazo de 24 horas establecido en la ley para que tenga lugar la audiencia ante el juez competente, nunca se cumple. Hay casos que se conocen en semanas o meses más tarde de lo presentado, tornándose de este modo en un recurso poco efectivo.

No existe independencia judicial para resolver casos en los que otros poderes del Estado, como el Congreso Nacional o el poder ejecutivo, tienen intereses. Dos ejemplos para graficar esta afirmación.

- (1) Cuando los integrantes del Tribunal Constitucional fueron cesados inconstitucionalmente de sus cargos, en noviembre del 2004, varios vocales magistrados presentaron acciones de amparo. En algunas de ellas intervino el diputado Luis Fernando Almeida, afín a la mayoría congresal del gobierno, compareció al juicio, sin haber sido parte procesal, y solicitó que se revoque el Auto

¹³⁶ CSJ, resolución del 2001, Art. 3.

¹³⁷ CSJ, resolución del 2002, Art. 2.

¹³⁸ Camilo Mena Mena, Voto Salvado. Resolución 2001, 5 de julio 2001.

¹³⁹ Constitución Política del Ecuador, Art. 273 y Art. 274.

¹⁴⁰ Constitución Política del Ecuador, Art. 199.

¹⁴¹ Juicio N. 1222-2004, escrito del diputado por Guayas, Luis Almeida Morán, con fecha 7 de diciembre de 2004, Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha.

del juez. Además le solicitó que se inhiba de conocer la causa y le amenazó: “ejerceré las acciones penales que me asiste por ser parte afectada y requeriré se inicie la respectiva instrucción fiscal y se dicte auto de prisión preventiva en su contra”¹⁴².

- (2) Cuando un postulante a Defensor del Pueblo, Patricio Pazmiño, fue excluido ilegítimamente por el Congreso Nacional, presentó una acción de amparo. El juez admitió los argumentos y resolvió declarar que el acto administrativo del Congreso violaba los derechos humanos del candidato. El juez fue amenazado por el Presidente del Congreso y fue denunciado penalmente ante la fiscalía por parte del Procurador General del Estado, acusándolo de prevaricato y pidiendo el encarcelamiento del juez.¹⁴³

Las demandas de amparo son rechazadas por cuestiones de forma y por incumplir con requisitos no establecidos en la Constitución ni en la ley, tales como partidas de nacimiento si son menores de edad¹⁴⁴, doble juramento¹⁴⁵, o por actos del poder público que el juez considera normativos¹⁴⁶.

Cuando el juzgador califica la demanda y decide dar trámite, la citación debe hacerla la misma persona que ha sufrido la violación a los derechos humanos. Esto es, ir a la autoridad pública demanda, citarla, llevar la fe de presentación al juzgado. Si la persona no realiza el trámite, el procedimiento se detiene y se archiva.

En la audiencia, el trámite es impersonal y excesivamente sumario, no siempre ante la presencia del juez. El accionante no tiene posibilidad de conocer con anterioridad las pruebas que presenta el Estado y tampoco puede refutarlas en la audiencia. Los juzgadores no conceden derecho a réplica.

Las resoluciones de los jueces son motivadas de forma superficial y concluyen aceptando o rechazando el recurso. No se especifica las medidas que tiene que tomar la autoridad pública para cesar, enmendar o reparar la violación de los derechos humanos.

Otro problema de fondo es la falta de mecanismo para el cumplimiento de la sentencia. Los jueces suelen simplemente oficiar a la autoridad que ha incumplido con la resolución¹⁴⁷. Los jueces no son proactivos en el seguimiento de sus resoluciones. Como no hay consecuencias, el amparo se torna, una vez más, como un recurso ineficaz.

Finalmente, no existe, al momento, posibilidad de apelar a la resolución del juzgador de primera instancia. No existe Tribunal Constitucional.

3.2. El Habeas Corpus.-

El habeas corpus está consagrado en el sistema jurídico ecuatoriano¹⁴⁸, protege el derecho a la libertad de movimiento y tiene fines preventivos, reparadores y rectificadores. La autoridad encargada de resolverlo es el Alcalde del cantón donde se encuentra la persona que se siente afectada en su libertad. Formalmente reúne las características de un recurso sencillo y eficaz.

Sin embargo, el Municipio de Quito, en una investigación, determinó que de las peticiones presentadas, sólo se resuelve el 38%, y de esta cifra el 11% es favorable. En un 35% de los casos se da audiencia.¹⁴⁹

¹⁴² Boletines de prensa del 7 y 8 de agosto de 2005 <http://www.pge.gov.ec/boletines27.html> visita 2005-10-17

¹⁴³ Clínica de Derechos Humanos de la PUCE, la acción nunca fue aceptada por la sala de sorteos de la Función Judicial, mayo de 2004.

¹⁴⁴ Juzgado VIII de lo Civil de Pichincha, juicio N. 647-2005, providencia del 22 de agosto de 2005.

¹⁴⁵ Juzgado IX de lo Civil de Pichincha, caso N. 2004-0164, providencia 3 de marzo de 2004.

¹⁴⁶ Juzgado XII de lo Civil de Pichincha, caso N. 2003-0761, oficio N. 378-2004-SP-JDSCQ-P, 3 de mayo de 2004.

¹⁴⁷ Constitución Política del Ecuador, Art. 93; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 7 (6).

¹⁴⁸ Fabián Guido Flores, “Datos estadísticos del Hábeas Corpus en el municipio de Quito”, Ilustre Municipio de Quito, 1998.

¹⁴⁹ Municipio de Quito, caso Ibarra Chila Marco Antonio, recurso presentado el 15 de julio de 2005, ante la Secretaría del

No es una acción ágil. Los tiempos reales son extremadamente largos. En la práctica, un recurso dura aproximadamente dos meses.¹⁵⁰

Los recursos de habeas corpus no son motivados, debido a que el único requisito analizado es la presencia o no de boleta de detención, siendo un formato base el de respuesta tanto afirmativa como negativa para el recurso.¹⁵¹

Por citar un ejemplo que evidencia estas afirmaciones. En Ecuador existe una garantía constitucional por la que nadie puede estar preventivamente privado de su libertad por más de un año.¹⁵² Sin embargo, en enero del 2003 se publicó la ley 101-2003 que reformó al Código de Procedimiento Penal que introdujo la medida cautelar de carácter personal denominada "detención en firme", figura mediante la cual el juez, al momento de dictar el auto de llamamiento a juicio, debe ordenar la detención en firme del acusado. La detención en firme no caduca en tiempo determinado, contrariando la garantía de libertad de la Constitución.

Actualmente, según la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, entre los años 2003 y 2005 existen 2348 detenidos bajo la figura de detención en firme, cifras que no incluyen datos de los centros de rehabilitación (masculinos y femeninos de Quito y Guayaquil, las dos ciudades más grandes del País).¹⁵³ Esta figura ha contribuido a la grave crisis de hacinamiento en los centros de rehabilitación en el Ecuador¹⁵⁴.

INREDH, CEDHU y la Clínica de Derechos Humanos presentaron más de 200 acciones de hábeas corpus a favor de los detenidos de los centros de rehabilitación social de la ciudad de Quito. Ningún recurso tuvo resultado favorable.

De igual modo, la alcaldía ha rechazado sistemáticamente casos relacionados a mujeres embarazadas detenidas por investigaciones de narcotráfico, detenidos por investigaciones de narcóticos, condenados que han cumplido con una sentencia y no se les pone en libertad, detenidos que se encuentran en calabozos (centros de detención que no son autorizados por la ley).

Podríamos concluir que existe en Quito una política de negación de recursos de habeas corpus.

3.3. El acceso a la información pública.-

En mayo de 2004 se promulgó la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública¹⁵⁵. En esta ley se estableció que toda información que esté en poder de funcionarios públicos, pertenece a la ciudadanía. Se reguló sobre las varias formas para garantizar el acceso a la información pública. Por un lado, la obligación de establecer portales informáticos y cualquier otro medio para hacer conocer la información pública y, por otro, se establecieron mecanismos administrativos y judiciales para garantizar el acceso.

En mayo de 2005, la Coalición Acceso a la Información Pública, realizó un monitoreo sobre el cumplimiento de la ley.¹⁵⁶

En cuanto a las peticiones presentadas, el 86% fueron contestadas negativamente o no fueron respondidas.

Municipio de Quito, la alcaldía convoca a Audiencia el 3 de agosto y la resolución se emite el 6 de septiembre del mismo año.

¹⁵⁰ Ver Expedientes de Habeas Corpus en el Ecuador.

¹⁵¹ Constitución Política del Ecuador, Art. 24 (8).

¹⁵² Dirección Nacional de Rehabilitación Social, oficio N. 136-GP-DNRS, 7 de octubre de 2005, dirigida a la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE. Estos datos no incluyen las cárceles más pobladas que se encuentran en Quito y Guayaquil.

¹⁵³ www.elmercurioi.com.ec 25-07-04 "Paro carcelario sin miras de solución" ; "existen Las cárceles registran un hacinamiento del 79%".

¹⁵⁴ Ley N. 24 publicada en el Registro Oficial Suplemento N. 337, del 18 de mayo de 2004.

¹⁵⁵ Coalición Acceso-Clínica de Derechos Humanos PUCE, informe de monitoreo. (Ver Anexo 4)

¹⁵⁶ Constitución Política del Ecuador, Art. 96.

El informe concluyó que la ley no es cumplida por las instituciones públicas, que existe un total desconocimiento por parte de los funcionarios sobre la ley y los mecanismos para acceder a la información, y que la cultura del secreto impera en las instituciones públicas.

Por tanto, la ley no ha podido garantizar el derecho a acceder a la información.

3.4. La Defensoría del Pueblo.-

La Defensoría del Pueblo se considera, según la Constitución, como una garantía de los derechos humanos reconocidos en el sistema jurídico ecuatoriano. Tiene jurisdicción nacional y su finalidad es defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales. Su titular es el Defensor del Pueblo, elegido por el Congreso Nacional luego de haber escuchado a las organizaciones de derechos humanos legalmente reconocidas.¹⁵⁷

a. Designación inconstitucional del Defensor del Pueblo¹⁵⁸.-

El día 26 de Mayo del 2005, varias organizaciones de derechos humanos¹⁵⁹ concurrieron ante el Presidente del Congreso Nacional para insistir en la necesidad de la elección del Defensor del Pueblo, después de no haber sido nombrado por más de cuatro años.¹⁶⁰

El día domingo 10 de Julio de 2005, el Presidente del Congreso Nacional, por medio de la prensa, invitó a las organizaciones de derechos humanos legalmente reconocidas, para que se pronuncien sobre las candidaturas para Defensor del Pueblo. El 12 de julio del 2005 comparecieron ante el Congreso y propusieron la candidatura de Patricio Pazmiño Freire, para el cargo de Defensor del Pueblo.

El 13 de julio de 2005, en la sesión de Congreso en la que se trató la elección del Defensor del Pueblo, no se tomó en cuenta ni se dio lectura al Acta de la sesión del día 12 de julio de 2005, en la que se nominó a Patricio Pazmiño. Más aún, por pedido del Presidente del Congreso Nacional, se excluyó a Patricio Pazmiño de la elección, con el fin de que el otro candidato alcance la votación necesaria.¹⁶¹ Contraviniendo así el propio reglamento del Congreso.¹⁶² De este modo, el Congreso Nacional designó como Defensor del Pueblo a Claudio Mueckay.

Días más tarde, Patricio Pazmiño presentó una acción de amparo por considerar que se violaron sus derechos fundamentales, ocurridas en la referida sesión.

El Juez admitió el amparo y resolvió aceptar lo alegado por Pazmiño por considerar que el Congreso había violado la Constitución y los derechos del postulante, ordenó cesar los efectos del acto inconstitucional y dispuso que se realice una nueva elección respetando la Constitución, la ley y el reglamento del Congreso.

El Congreso Nacional, la Defensoría del Pueblo y el Procurador General del Estado no acataron el fallo del Juez, a pesar que la Corte Suprema de Justicia ha interpretado que "...el recurso se concederá sólo en efecto devolutivo. Por tanto, se cumplirá lo que el Juez hubiese decidido hasta cuando el Tribunal Constitucional resuelva otra cosa."¹⁶³

¹⁵⁷ CDES. "La Defensoría del Pueblo o el espejo de una práctica política vergonzante", 2005. (Ver anexo 5).

¹⁵⁸ Asociación Americana de Juristas (AAJ, Rama Ecuador); Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos (ALDHU); Asamblea Permanente de Derechos Humanos (APDH del Ecuador); Comisión Ecuémica de Derechos Humanos (CEDHU); Comisión de Solidaridad y Derechos Humanos de Imbabura (COSDHI); Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos (CDH); Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES); Centro de Documentación en DDHH "Segundo Montes Mozo S.J." (CSMM); ClFundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH); Foro Interamericano de Derechos Humanos FIDH; Red Juvenil de Derechos Humanos; Servicio Paz y Justicia (SERPAJ-Ecuador); SER PAZ

¹⁵⁹ <http://www.lahora.com.ec/noticiacompleta.asp?noid=344027>

Derechos Humanos piden designación de Defensor. (visita 2005-10-17).

¹⁶⁰ Acta No. 25-096 de 13 de julio de 2005, página 29.

¹⁶¹ Reglamento Interno de la Función Legislativa Artículos 77 y 80.

¹⁶² Corte Suprema de Justicia, resolución publicada en el Registro Oficial N. 378, 27 de julio del 2001, Art. 10.

¹⁶³ El Comercio, 19 de Agosto 2005. A4. "Tal como señala el Diario, la designación del Defensor del Pueblo es una "decisión soberana y exclusiva del Congreso Nacional" que, por lo mismo, no puede ser revisada por ningún otro organismo o autoridad y menos aún por un Juez que se ha prestado evidentemente a consumir la manipulación del recurso de amparo..." Wilfredo Lucero B. Presidente del H. Congreso Nacional.

El Presidente del Congreso Nacional, Wilfredo Lucero, expresó que el Congreso no está en la obligación de revisar la designación de Claudio Mueckay¹⁶⁴ y el Procurador General del Estado denunció penalmente al Juez, restando, de este modo, la facultad para controlar judicialmente los actos del Estado y la independencia judicial.

Claudio Mueckay, sigue al frente de la Defensoría del Pueblo¹⁶⁵.

b. Incumplimiento del deber de defender los derechos humanos.-

La Defensoría del Pueblo tiene como funciones, entre otras, promover o patrocinar las garantías constitucionales, defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales y observar la calidad de los servicios públicos.

Las delegaciones y funcionarios de la Defensoría del Pueblo cumplen con su rol. De hecho, hay que destacar el papel que ha jugado la Defensoría Indígena en la defensa de campesinos por el impacto de las fumigaciones en la frontera con Colombia.

Sin embargo, nos permitimos ejemplificar una de las actuaciones de la Defensoría el Pueblo en la indefensión de un caso en el que estuvo demostrada la violación al derecho a la alimentación de más de un millón quinientos mil niños y niñas.

En mayo del 2004, los niños Carmen Bastidas Auquilla y Javier Pilatuña, menores de edad, oriundos de la ciudad de Riobamba, presentaron solicitud de informe al defensor para plantear la inconstitucionalidad de los actos administrativos por medio de los cuales se desvió fondos (tres millones de dólares) de la partida presupuestaria del Programa de Alimentación Escolar (PAE) para otros fines. La Defensoría ha negado dar trámite a la solicitud por cuatro ocasiones y por cuestiones de forma: alegó que menores de edad no pueden ser peticionarios; luego, que se necesita firmas originales en todas las copias de la petición; que se necesita las firmas de los peticionarios en la solicitud al Defensor y que la firma del abogado no bastaba; que se tiene que invocar normas de procedimiento; afirmó que no se puede solicitar la reparación del hecho sino que sólo hay que pedir la declaración de inconstitucionalidad del acto administrativo. Al momento este caso está en la impunidad. Requisitos parecidos solicitó el defensor cuando se planteó la inconstitucionalidad de la “detención en firme”.

En otras palabras, la Defensoría del Pueblo exige formalidades que no son sustanciales y que no deben sacrificar la justicia¹⁶⁶, y atenta contra los principios constitucionales de simplificación, eficacia y agilidad de los trámites¹⁶⁷.

4. La situación de los defensores de derechos humanos en el Ecuador¹⁶⁸.-

Un actor importante en la conformación y consolidación del estado social de derecho es la persona que defiende los derechos humanos. Para efectos de este informe, se considerará como defensores/as de derechos humanos a aquellas personas que promueven tanto los derechos civiles, políticos como los económicos, sociales y culturales.¹⁶⁹

En primer lugar, se debe destacar la existencia de un discurso oficial que desconoce, estigmatiza y pretende deslegitimar la identidad de los/as defensore/as y su trabajo. Así, se los ha criminalizado con acusaciones que van desde responsabilizarlos por entorpecer el desarrollo económico del país y cometer atentados contra la infraestructura de las empresas extractivas, hasta imputaciones de actos subversivos.

¹⁶⁴ EL Comercio, 12 de agosto de 2005. A9.

¹⁶⁵ Constitución Política del Ecuador Artículos 192.

¹⁶⁶ Constitución Política del Ecuador Artículos 193.

¹⁶⁷ Esta sección se basa en un documento elaborado por la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, “Informe”, Proyecto defensa de defensores de derechos humanos, Hivos/Inredh 2005. (Ver anexo 6)

¹⁶⁸ Hina Jilani. Representante Especial de Naciones Unidas para Defensores de Derechos Humanos: “...el término defensores y defensoras de derechos humanos no está restringido exclusivamente a aquéllos/as que promueven y protegen los/as derechos civiles y políticos. La declaración... reconoce como defensores y defensoras de derechos humanos a aquéllos/as que luchan por la promoción, protección, e implementación de los/as derechos sociales económicos y culturales. En consecuencia, aquéllos/as que defienden el derecho a un medio ambiente sano, o que promueven los derechos de los pueblos indígenas se encuentran sin duda alguna dentro de la definición de defensores y defensoras de derechos humanos”.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Declaración de Quevedo de la Red Divina. 8 de mayo 2004.

Las personas defensoras de los derechos humanos han sufrido varios atentados a sus derechos:

a. Violación del derecho a la vida:

1. Asesinato del dirigente Ángel Shingre, campesino de Orellana, que desarrollaba trabajo de concientización sobre los efectos negativos de las actividades petroleras en poblaciones campesinas,¹⁷⁰ y participó activamente en el juicio que siguen los/as afectados/as por explotación y contaminación de la Texaco.

2. Asesinato de Alberto Quiñónez, integrante de la Federación de Organizaciones Campesinas del Cordón Fronterizo de Sucumbíos (FORCCOFES), presuntamente asesinado por paramilitares colombianos en La Hormiga, Colombia, a comienzos de diciembre de 2004; hecho que no ha sido esclarecido hasta el momento. El señor Quiñónez participaba activamente en la defensa de los derechos de la población ecuatoriana de la frontera, afectada por las fumigaciones del Plan Colombia, fue secuestrado en territorio ecuatoriano y asesinado con 16 balazos¹⁷¹.

3. Masacre de tres personas, uno de ellos Walter Sosa, integrante de FORCCOFES, su esposa embarazada y un señor que los conducía en una barca, hecho cometido el 9 de noviembre de 2004, cuando los tres se trasladaban por el río San Miguel. Sosa llevaba un pañuelo en el cuello, y por ello presuntamente paramilitares colombianos los obligaron a acoderar en a la Balastrera, Colombia. Los paramilitares los registraron y los asesinaron utilizando una motosierra. Igualmente, el señor Sosa estaba dedicado a actividades de defensa de derechos de la población de frontera y fue secuestrado de territorio ecuatoriano¹⁷².

4. Atentado contra Leonidas Iza. Presidente de la Confederación de Nacionales Indígenas del Ecuador, (en adelante, CONAIE).

5. Destrucción de medios de subsistencia de pueblos indígenas, como sembríos de comunidades indígenas en las provincias amazónicas.

b. Violación del derecho a la integridad personal. Amenazas.

1. Daniel Alarcón, dirigente de FORCCOFES, ha sido advertido de que los paramilitares colombianos tienen una lista de los/as dirigentes a quienes tienen vigilados. Se le ha advertido que no vaya a la frontera porque corre peligro su vida. El dirigente manifiesta que tiene inseguridad ante las amenazas,¹⁷³ situación por la cual se presentó petición de medidas cautelares por parte de INREDH.

2. Amenaza de muerte a Marlon Santi, presidente de Sarayacu, candidato a la Presidencia de la CONAIE, por la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (CONFENIAE).

3. Sarayaku. Persecuciones y amenazas. El 17 de diciembre de 2002, la empresa CGC a través de grupos armados privados, junto con miembros de la comunidad Quichua, vecinas de Pakayaku y Canelos ingresó violentamente a las comunidades de Sarayaku.

4. Amenazas a integrantes de la organización ecologista Acción Ecológica. En diciembre de 2004, el ex ministro de Relaciones Exteriores, Patricio Zuquilanda, en el contexto de una manifestación organizada por varias organizaciones en contra de las últimas fumigaciones con glifosato realizadas en la frontera Norte, conminó a varios integrantes de organizaciones a su despacho, en donde les manifestó textualmente que sabía bien quiénes eran los activistas y que tenía una informe de inteligencia militar sobre sus actividades.

5. Pueblos indígenas amazónicos de Pastaza, amenazas y allanamiento. El 30 de abril de 2004, 50 soldados helitransportados, dotados de fusiles, metralletas y otros armamentos pesados, ocuparon la comunidad de Yana Yacu, asentada en las riveras del río Punduc Yacu, en la

¹⁷⁰ Informe de la Misión Internacional de FIDH, FIAN de junio de 2005, pág. 29.

¹⁷¹ Ibidem, pág. 29.

¹⁷² Entrevista al dirigente, con INREDH el 27 de enero de 2005.

frontera con el Perú. En forma violenta, allanaron varias viviendas, requisaron instrumentos de casería y penetraron en otras infraestructuras comunitarias.

c. Violación al derecho a la libertad personal. Privaciones ilegales y arbitrarias de la libertad.

1. Detención del señor Floresmillo Villala, de 65 años de edad, dirigente de la organización “Ecuador Libre” de Esmeraldas como consecuencia de sus acciones de protesta contra actividades de la empresa Botrosa de Esmeraldas. El señor Villalba lleva dos años detenido. Además, existe orden de captura contra 14 dirigentes más.

2. Humberto Cholango, dirigente de CONAIE. Detención Arbitraria.

d. Violación del derecho a la libertad y seguridad personal Persecuciones/seguimientos.

1. Vigilancia y seguimiento a María Teresa Chérrez, dirigente de la comunidad vía Auca, Km 30, Orellana, miembro de la Red d Líderes Angel Shingri, por sus actividades de resistencia a las petroleras, desde diciembre de 2004.¹⁷⁴

2. Persecución a John Rosero, presidente de la Junta Parroquial de Dayuma, dedicado a actividades de reivindicación y defensa de derechos colectivos, ante la explotación petrolera. Ha sido perseguido por desconocidos varias ocasiones y se ha visto forzado a huir para el monte.¹⁷⁵

e. Criminalización de la organización y demandas sociales. Falsa imputación de delitos contra el Estado.

1. testimonios recogidos en el Taller en El Coca, Orellana establecen: “Cuando la propuesta del líder es firme, las compañías argumentan diciendo que van a ser enjuiciados. Los/as amenazan, los/as acusan de subversivos comunes o también de que están en contra del desarrollo del Estado. Enjuician a nuestros líderes por sabotaje o por estar asesorados de grupos subversivos. Los/as líderes y liderezas han sufrido persecución por parte de las autoridades y compañías”.¹⁷⁶

2. Frontera Norte, especialmente en la provincia de Sucumbíos, “se da una criminalización a priori de todas las actividades comunes de la población civil, que van desde la simple movilización, el transporte de alimentos y el paso de personas a través de la frontera,¹⁷⁷ hasta las actividades organizativas y de movilización social por reclamaciones de derechos o ante situaciones de riesgo, como en el caso de la protesta y denuncia constante por la afectación sufrida por las comunidades producto de las fumigaciones del Plan Colombia en la frontera.

3. Criminalización a priori de todas las actividades comunes de la población civil, que van desde la simple movilización, el transporte de alimentos y el paso de personas a través de la frontera,¹⁷⁸ hasta las actividades organizativas y de movilización social por reclamaciones de derechos o ante situaciones de riesgo, como en el caso de la protesta y denuncia constante por la afectación sufrida por las comunidades producto de las fumigaciones del Plan Colombia en la frontera.

4. Enjuiciamiento penal a integrantes del Comité Cívico de Pacto, Vitelia Alarcón, presidenta del Comité y Nelly Carrera, quienes defienden su vida y territorios frente a la explotación minera.¹⁷⁹

5. Zurmi, Zamora Chinchipe. Denuncia de acciones penales contra 40 personas, dirigentes de la comunidad Zurmi, como una represalia por haber iniciado acciones legales por la defensa del territorio, en donde no se ha consultado previamente a las comunidades, ni campesino/as, ni al

¹⁷⁴ Entrevista a Maria Cherrez con INREDH, marzo de 2005.

¹⁷⁵ Entrevista a John Rosero con INREDH, marzo de 2005.

¹⁷⁶ Trabajo en grupos. Grupo Focal El Coca, provincia de Orellana, marzo 2005.

¹⁷⁷ Diario El Comercio. Sección Judicial, página A3.

¹⁷⁸ Diario El Comercio, Sección Judicial, página A3.

¹⁷⁹ Declaración de Quevedo

pueblo indígena Shuar, presente en la zona antes de la expropiación de la que fueron víctimas.¹⁸⁰

f. El Estado y los defensores de derechos humanos.-

En los casos de violaciones a derechos humanos descritos anteriormente la administración de justicia no ha cumplido con su rol de juzgar y sancionar a los/as responsables materiales, peor intelectuales de las violaciones de derechos humanos de los/as defensores/as de derechos humanos.

Los líderes y comunidades de las provincias donde se producen las violaciones a sus derechos, existe una falta de confianza en la administración de justicia, se tiene la percepción de que las autoridades son negligentes, ineficaces, o fallan siempre a favor de las empresas transnacionales, no respetan el debido proceso y sus resoluciones no se fundamentan en la normatividad vigente, por lo cual se abstienen de iniciar procesos.

La Defensoría del Pueblo no tiene una política institucional de acción concreta en torno a la protección, promoción y defensa de defensores/as de derechos humanos¹⁸¹.

En la investigación del INREDH, se verificó la existencia de un Convenio de Cooperación de Seguridad Militar entre el Ministerio de Defensa y las empresas petroleras, firmado el 30 de julio de 2001¹⁸², que operan en la región amazónica, denominado Convenio Marco y existe el Plan Militar de Defensa Interna de las Fuerzas Armadas, en lo relacionado a los planes de protección y seguridad del sistema hidrocarburífero.

Las violaciones a los derechos humanos de los defensores y defensoras de derechos humanos continúan sin evidenciarse ante la opinión pública nacional e internacional, debido a la casi invisibilización de las situaciones por parte de los/as medios de comunicación. La información se publica en las páginas interiores de los diarios, generalmente en pequeños espacios, o en pequeños y marginales espacios de la radio y televisión.

5. Conclusiones.-

Ecuador ha reconocido que es un estado social de derecho y también ha incorporado en la Constitución lo más importante de este modelo político y jurídico de gobierno: los derechos humanos y las garantías para su cumplimiento.

El mayor desarrollo y avance del derecho ha sido crear el control de la constitucionalidad. Por ello, la importancia de contar con juzgadores independientes e imparciales es de vital importancia para la subsistencia y desarrollo de la democracia constitucional y para la garantía de los derechos humanos.

Lamentablemente, en la crisis institucional por la que atraviesa el Ecuador, podríamos afirmar que existen falencias tanto normativas como prácticas. Los poderes del Estado, en contra de principios y normas, inciden en las otras funciones del Estado.

Las garantías constitucionales no son eficaces y adecuadas cuando se presentan violaciones a los derechos humanos.

Al no existir garantías, la impunidad cuando existen abusos por parte de las autoridades públicas es un hecho. Los y las ciudadanas estamos en una situación de vulnerabilidad. En pocas palabras, reina el autoritarismo y el estado social de derecho es sumamente débil en Ecuador.

¹⁸⁰ Declaración de Quevedo

¹⁸¹ Entrevista con Francisco Bonilla, Director de Organismos de Derechos Humanos, consultado sobre si existe un programa específico manifiesta que no existe tal programa y que la protección que tienen "es la misma que tiene cualquier otro ciudadano y que si tienen algún problema, los defensores deberán presentar su queja ante la Defensoría, como cualquier otro ciudadano."

¹⁸² Beltrán, Bolívar, Empresas Petroleras promueven la militarización de la Amazonía, publicado en "Tintaji denuncia", primera quincena de mayo de 2005.

El restablecimiento del Estado de Derecho en el Ecuador depende ahora de la reconstrucción de las instituciones democráticas. La falta de voluntad política del nuevo régimen así como del Congreso Nacional y su continua inobservancia de las normas constitucionales, nos hace pensar que la activación de los mecanismos internacionales de tutela de los Derechos Humanos y la Democracia es la única manera efectiva para reconstruir las instituciones democráticas del Ecuador.

6. Solicitud.-

La Comisión Interamericana debe considerar la grave circunstancia del quiebre de la institucionalidad formal, que ha sido descrita en este informe, y los peligros para el Estado de Derecho como garante de los derechos humanos, para urgir al Estado ecuatoriano y a su clase dirigente a subsanar las deficiencias en las instituciones antes citadas.

Los señores Comisionados conocen la necesidad de prevenir violaciones a los derechos humanos, de aplicar medidas preventivas que impidan acontecimientos críticos sobre los que hay riesgos de cierta consideración.

Es indispensable que la Comisión Interamericana se pronuncie de manera tajante sobre la seria situación de la institucionalidad en el Ecuador y sobre todo que establezca la necesidad de investigar y sancionar a los causantes de la misma: el gobierno del ex Presidente Gutiérrez y los diputados que en el Congreso formaron mayoría para impulsar acciones antidemocráticas que afectaron varios derechos fundamentales y han puesto en peligro otros.

Además, solicitamos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

1. Incluir al Ecuador en el Informe Anual de la CIDH y realice recomendaciones sobre la observancia de los derechos humanos y la consolidación del Estado social de Derecho.
2. Realizar una visita in loco para analizar la situación del estado social del derecho en el Ecuador. La Clínica de Derechos Humanos de la PUCE considera que existe el requisito de urgencia, de conformidad con el Art. 51 del Reglamento de la CIDH.

LAS SECUELAS DE LA CARENCIA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, LEGITIMOS

Dr. Oswaldo Cevallos Bueno

Ya a nadie le sorprende el hecho de que, nuestra sociedad viva en estos momentos, una de las más profundas crisis institucionales y jurídicas de su historia, y bien se puede afirmar que corre serio peligro el Ecuador de dejar de ser realmente país.

Un viejo proverbio señala que es más fácil destruir que construir. Para ilustrar el hecho de que lo verdaderamente difícil y meritorio es construir, basta reflexionar por ejemplo: cuantos años, cuantos millones de dólares y cuanto trabajo costo la edificación de las famosas Torres Gemelas de Nueva York, que llegaron a ser el orgullo y se convirtieron en un verdadero icono de ese país.; pero con qué facilidad, en pocos minutos y con el costo de un simple boleto de avión, manos criminales las destruyeron ante la mirada atónita de millones de televidentes, originando secuelas políticas, sociales, económicas y sicológicas, casi imposibles de curar.

Conservando las proporciones y distancias, un fenómeno similar aconteció en el Ecuador, pero ya no en el campo material, sino en el campo intangible del sistema jurídico, pues en efecto el Ecuador demoró muchos años, diríamos que demoró toda su historia milenaria, hasta llegar a contar con un sistema jurídico y democrático de convivencia, que si bien no fue, ni puede ser “perfecto”, es el mejor de los posibles y es siempre susceptible de ser perfeccionado.

El país, luego de una larga época negra de regímenes dictatoriales, desde 1979 hasta el 2004, vivió una etapa democrática, en la cual funcionaron las normas e instituciones propias del Estado de Derecho.

Pero bastó una sola y simple votación el 24 de Noviembre del 2004 en el Congreso Nacional, la misma que puede ser calificada de írrita, irregular, irresponsable, ilegítima, inconstitucional, absurda, arbitraria y de todos los demás epítetos peyorativos que constan en el diccionario de la lengua, pero que tuvo el mismo efecto que la colisión de la aeronave contra el World Trade Center, pues pulverizó el Estado de Derecho, arrasó con las instituciones democráticas y dio lugar a secuelas en todos los órdenes, de las cuales todavía no podemos salir y que han puesto en serio peligro la subsistencia del Ecuador como Estado.

Luego del malhadado golpe mortal contra el Tribunal Constitucional, el dictador con la complicidad del Congreso Nacional, defenestró el 8 de Diciembre del 2004, de la manera mas absurda e inconcebible, amparado en la fortaleza que le daba contar con un pseudo Tribunal Constitucional propio y sumiso, a una Corte Suprema de Justicia, que aún con todos los defectos que puedan señalarle sus detractores, pasará a la historia como la única Corte legítima y

constitucional, y será reconocida tarde o temprano, por tirios y troyanos, como la de mayor altura moral y de mayor capacidad intelectual de nuestra época. No por ello podemos dejar de señalar que pudieron haberse cometido errores en la Corte, ni que la Función Judicial padece de graves males que todos conocemos, y debemos corregirlos, pero de allí a defenestrarla burdamente y a sustituirla con una Corte bufa, hay mucha distancia. Justamente esa es la misma distancia que hay entre la democracia y la dictadura, entre el Estado de Derecho y este sui géneris país en el que estamos viviendo, en donde impera la ley del mas listo, la teoría absurda de los hechos consumados, en donde las Instituciones se han convertido en simples membretes y en donde los ecuatorianos hemos recibido toda clase de atropellos quedando en plena indefensión, mientras los truhanes pasean cínica y orondamente su impunidad y su desvergüenza.

El pueblo del Ecuador, y de manera muy especial, los ciudadanos de Quito reaccionaron heroicamente ante los atropellos de quienes indignamente abusaron del mandato que recibieron en las urnas, y expulsaron el 20 de abril del 2005, al aventurero que con engaños y mañas electoreras accedió a la mas alta Magistratura del País, para vergüenza de los ecuatorianos de todos los tiempos.

Luego de la gesta patriótica, se produjo la inmediata sucesión presidencial prevista por la Constitución y todos esperábamos que tanto el nuevo Gobierno, como el Congreso supuestamente depurado, como primer acto de Gobierno, procedan a la restitución de las instituciones inmoralmemente cesadas; y empiece nuevamente a regir y aplicarse en forma estricta la Constitución y las Leyes de la República.

Para desgracia de todos, y para vergüenza de los ecuatorianos, no ocurrió así, pues primaron los intereses políticos que volvieron a camuflarse de democráticos, se buscaron toda clase de pretextos y subterfugios y no tardaron en designar un Tribunal Electoral viciado de inconstitucionalidad, cesaron al seudo Tribunal Constitucional que había sido lanzado a la calle por el pueblo y por sus propios empleados y funcionarios; y por último diseñaron un rocambolesco y burdo procedimiento a través de una apresurada e inconsulta reforma a la Ley Orgánica de la Función Judicial, para tratar de designar una Corte Suprema de Justicia, que a la postre seguirá siendo inconstitucional, ilegítima y temporal.

Debo señalar en forma clara y sin ambages, que la obligación primordial para retornar al Estado de derecho, con plena sujeción a las normas de la Constitución de la República, en mi concepto, era y es, la restitución plena e incondicional de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral que fueron inconstitucionalmente cesados, y que cualquier otra fórmula, por imaginativa que hubiese sido, no podrá dejar de ser total y absolutamente contraria y violatoria de la norma constitucional.

Esta verdad, que puede no ser del agrado de muchos, algún día será reconocida por la Comisión primero, y después por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde siguen su curso las causas que han sido presentadas por los Magistrados, tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Tribunal Constitucional.

Muchas pueden haber sido las motivaciones que nos impulsaron a arriesgar nuestras vidas y las de nuestras familias para acabar con el nefasto gobierno del señor Gutiérrez Borbúa, pero la principal y la mas importante fue el retorno al Estado de Derecho y el castigo a los infames que lo destruyeron, mas ni lo uno, ni lo otro ha ocurrido hasta la fecha y constituye una asignatura pendiente para el país.

Tengo la esperanza de que no solo la historia, pero también la justicia, algún día no muy lejano castigará a quienes destruyeron dolosamente el sistema democrático ecuatoriano, algunos de los cuales ostentan aún el título de honorables legisladores; y del mismo modo deberán rendir

cuentas quienes debiéndolo hacer, han omitido el cumplimiento de su obligación de restaurar el Estado de Derecho, ocasionando irreparables y cuantiosos daños a todos los ecuatorianos, como veremos mas adelante.

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La Constitución Política de la República vigente, califica en su primer artículo al Ecuador como un “Estado Social de Derecho”. Esta misma expresión se utiliza en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la Constitución Española de 1978, en la Constitución del Perú de 1979 y en la Constitución de Colombia de 1991. La Constitución Política de Bolivia desde el 20 de Febrero de 2004 califica a dicha República como un “Estado Social y Democrático de Derecho”.

Veamos siquiera someramente, lo que significan para nosotros estos términos que por ser demasiado utilizados, a veces dejamos de reparar en su significado y en su importancia.

El Estado de Derecho ha sido definido como aquel en el cual todos los hombres, y principalmente los gobernantes, someten todos sus actos a la juridicidad; para mayor abundamiento, el propio Tribunal Constitucional, en una de sus Resoluciones (126-2001-TP) señalo que “El Estado de derecho es un régimen en el que el Derecho regula minuciosamente e imperativamente la vida y la actividad del Estado, la sistematización y el funcionamiento de sus órganos y de sus relaciones con los derechos de los individuos. Es aquel que se desenvuelve y funciona según las leyes, en que la actividad gubernamental se ajusta a las leyes y los Tribunales son los encargados de evitar desviaciones. El Estado de Derecho supone que las normas se mantienen vivas o en vigor hasta que se la derogue o modifique con otras normas de igual categoría y siempre siguiendo los procedimientos constitucionales, y así se garantiza la seguridad jurídica que permite que todos quienes están subordinados a una Carta Fundamental, actúen en conformidad con sus preceptos”.

El Doctor Rodrigo Borja en su Enciclopedia de la Política, expresamente señala que en el Estado de Derecho existe una sumisión a las normas jurídicas y la racionalización del poder político de cara a la estructura lógico-jurídica, que le regula las potestades, competencias y los derechos de las personas, entonces el poder se somete al derecho, anulando toda posibilidad de caos, anarquía o despotismo.

Una mirada retrospectiva a estos últimos veinte y cinco años, nos permiten aseverar que aun con todos los enormes problemas económicos, sociales y políticos que jamás nos han faltado, desde el retorno a la democracia ocurrido en 1979, hasta el día en el que una mayoría mediatizada de diputados, violó flagrantemente la norma constitucional atropellando el principio elemental de la independencia de los poderes, funcionó el país en base a la letra del Código Político y primó el respeto a las instituciones propias del Estado de Derecho.

Si bien el pueblo llano a veces no alcanza a percibir los beneficios de un Estado al que se lo califica como “social de derecho”, de otro, es necesario destacar que estados en los que no se cumplen los principios democráticos y constitucionales, constituyen estados absolutistas, totalitaristas y arbitrarios; o lo que es aún mas grave, terminan constituyendo estados mafiosos o estados disgregados.

El gran mérito del constitucionalismo y de la independencia de las funciones del Estado, consiste justamente en la limitación del poder del propio Estado, la garantía del respeto a la Ley Fundamental y el estricto cumplimiento, tanto de las normas constitucionales que organizan las

instituciones políticas del Estado, como de aquellas otras que consagran los derechos humanos y garantizan los valores esenciales de la comunidad.

El modelo de control constitucional que estuvo vigente en el Ecuador hasta el 24 de Noviembre del 2004, es el que ha sido adoptado por la mayoría de los estados latinoamericanos, tuvo su origen en el modelo norteamericano, y posteriormente se fue perfeccionando con la influencia europea que tienen un órgano único, representado por una Corte o Tribunal Constitucional.

Han transcurrido diez meses desde el nefasto día en que se empezó a aplicar el plan maléfico que dio al traste con la Constitución de la República, y surge en nuestra conciencia la pregunta: vivimos o no en un Estado de Derecho.

Mi respuesta categórica es que no, pues para que exista plenamente tal Estado, deben confluir en forma simultánea los principios de juridicidad, de control y de responsabilidad. El principio de juridicidad no es sino el estricto apego al Derecho, pero no solamente al derecho positivo, sino incluso al derecho natural de tal manera constituye el escudo protector de las personas frente a los excesos, las ilegalidades y la arbitrariedad de la autoridad. Según el principio de control, los órganos que lo ejercen deben ser imparciales y e independientes y de ninguna manera sumisos ni tolerantes al momento de contrastar los actos con las normas jurídicas. Y en cuanto al principio de responsabilidad, la autoridad debe responder en los ámbitos: disciplinario, administrativo, civil, penal y político, cuando la autoridad se aparta de la juridicidad en la expedición de sus actos.

Hay que señalar que en el Ecuador ha primado la fuerza de los hechos sobre la fuerza del Derecho, pues no solo que en la época de la dictadura de Gutiérrez se atropellaron sin misericordia las normas Constitucionales, sino que nada se ha hecho por subsanar las violaciones adoptando la cómoda teoría del respeto a los hechos consumados. Se han adoptado mecanismos que aparentemente buscan instituir de cualquier manera alguna Corte Suprema de Justicia, a sabiendas de que será una Corte temporal e inconstitucional, pero realmente no se cumplido con el deber primordial de restituir a la Corte ilegítimamente defenestrada; han fallado dos veces los Diputados en su tentativa de nombrar, asimismo, de cualquier manera un Tribunal Constitucional, aun cuando sabían que si no hay Corte el Tribunal no puede legítimamente conformarse. Han nombrado un Tribunal Supremo Electoral que también adolece de inconstitucionalidad, y en el han designado a una de las integrantes de la Corte de Facto. El Consejo Nacional de la Judicatura es el designado por la Corte de facto y obviamente carece de legitimidad.

El Estado Social de Derecho no es un simple Estado legal de Derecho, sino que más bien puede ser conceptuado como un Estado material de derecho, en el que se controla el contenido de la actividad estatal y no la mera formalidad en el ejercicio del poder del Estado.

QUE ES LO QUE DICE LA CONSTITUCION VIGENTE

El Art. 202 de la Constitución Política señala que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia no estarán sujetos a periodo fijo en relación con la duración de sus cargos y que cesarán en sus funciones por las causales determinadas en la Constitución y en la Ley. Manifiesta además que: producida una vacante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia designará al nuevo magistrado, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes.

El Art. 204, en su segundo inciso señala que : “Con excepción de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los magistrados, jueces, funcionarios y empleados de la Función Judicial, serán nombrados previo concurso de meritos y oposición.

El Art. 275 de la misma Constitución establece los vocales del Tribunal Constitucional desempeñarán sus funciones durante cuatro años y podrán ser reelegidos, y que no serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de sus cargos.

De manera que mientras no sean reformados estos artículos de la Constitución, están vigentes, y según el Art. 280 de la Carta Fundamental, la Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso Nacional o mediante Consulta Popular.

El Congreso debe conocer y discutir los proyectos de reforma constitucional mediante el mismo trámite previsto para la aprobación de las leyes, pero el segundo debate requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de miembros del Congreso y deberá efectuarse luego de transcurrido un año a partir de la realización del primero. (Art. 282).

El Presidente de la República, en los casos de urgencia, calificados previamente por el Congreso con el voto de la mayoría de sus integrantes, puede someter a consulta popular la aprobación de reformas constitucionales, y deberá ponerse en consideración del electorado textos concretos de reforma constitucional que de ser aprobados, se incorporarán inmediatamente a la Constitución. (Art. 283 CPRE).

De acuerdo al Art. 104, el Presidente de la República puede convocar a consulta popular, no para reformar la Constitución, sino en cuestiones de trascendental importancia para el país.

De todo lo dicho y de la aplicación del principio de la supremacía de la constitución previsto en el Art. 272, se colige que el procedimiento que se está siguiendo en el país para la elección de la Corte Suprema de Justicia, no es el que prevé la Carta Política Fundamental, y que mientras no se reforme la Constitución, seguirá siendo el mecanismo de la cooptación el único aplicable en el Ecuador.

Dudo mucho que en las actuales circunstancias una consulta popular pueda ser aprobada para reformar la Constitución en los artículos que he citado, y aún en ese hipotético caso, en mi criterio no convalidaría, y peor aún con efecto retroactivo, las inconstitucionalidades de las que pudiesen adolecer tanto la reforma a la Ley Orgánica de la Función Judicial, como el procedimiento mismo con el que se está pretendiendo constituir una nueva Corte de Facto.

La simple consulta al pueblo sobre la aceptación de una u otra Corte, de ninguna manera podrá prevalecer sobre la norma constitucional clara y contundente, por más que asistan al proceso como veedores ilustres representantes de organizaciones de cualquier naturaleza, nacionales o internacionales, que nos honran con su presencia, pero que no tienen facultad alguna para cohonestar procesos que nacieron viciados.

SECUELAS DEL CONGELAMIENTO DE LA JUSTICIA EN EL ECUADOR.

Hemos visto con enorme asombro, como no solamente que nuestra sociedad no ha reaccionado como era de esperarse, ante la ausencia de una Corte Suprema de Justicia y de un Tribunal Constitucional legítimos, sino que incluso cierto sector de la opinión pública, con total desparpajo ha llegado a aseverar que a lo mejor estamos en mejores condiciones sin estos dos organismos, partiendo del presupuesto de que las leyes no sirven, de que todo el sistema judicial se basa en el poder de los tinterillos.

El Doctor Ernesto Alban Gómez en su Artículo titulado “Al Margen de la Ley”, publicado en el Diario “Hoy” el 11 de Septiembre de 2005, dice “Podemos afirmar, sin exageraciones, que estamos viviendo, como sociedad, al margen de la Constitución y de la Ley. Y este factor y esta

realidad han acentuado, hasta límites extremos, la descomposición institucional que el país ha venido padeciendo en los últimos años. Si no hay Corte Suprema ni Tribunal Constitucional, cualquier cosa puede ocurrir.”

Veamos pues que es lo que está aconteciendo en el Ecuador, y primero analizaremos el caso del Tribunal Constitucional.

Hay que señalar que luego del 24 de Noviembre de 2005, se nombro a un Tribunal espurio que operó por aproximadamente cuatro meses, en medio de escándalos, hasta que fue echado a la calle por la ciudadanía. Durante ese período emitieron apuradamente para tratar de legitimarse, cientos de Resoluciones, en orden de conveniencia y luego de destruir deliberadamente el sistema electrónico de sorteos; surge la inquietud sobre la legitimidad de todas esas Resoluciones, muchas de ellas con claro tinte político gutierrista, como aquella por la cual se atrevieron incluso a legislar sobre la Acción de Amparo, con el único propósito de exigir a los jueces que nieguen los Amparos que los legítimos Magistrados habían presentado; o aquella otra por medio de la cual procedieron a publicar una Resolución de un Tribunal anterior que se encontraba suspensa, para acabar con el sistema de seguridad social creyendo que esa acción les otorgaría popularidad en los círculos sindicales y de izquierda. Cuando retorne el Estado de Derecho y actúe el Tribunal Constitucional Legítimo, deberá afrontar primeramente este obstáculo y resolver si se debe proceder a la revisión, una por una, de las Resoluciones del Tribunal de Facto, o si debe aceptárselas, en la misma forma en la que se aceptaron los actos de las dictaduras para evitar un caos mayúsculo. Igual problema deberá afrontar la Corte Suprema respecto de la revisión de los escandalosos fallos y actuaciones de la tristemente célebre Corte de Facto.

Procedamos a analizar cual es panorama de la Justicia Constitucional en los actuales momentos.

Existe un total de mil quinientas veinte y tres causas pendientes, de las cuales mil cinco corresponden a causas iniciadas en años anteriores y rezagados hasta el día de hoy. Quinientas dieciocho han sido ingresadas en el período en el cual no existe ni Tribunal legítimo, ni Tribunal de facto.

Siendo muy amplio el abanico de las diferentes clases de causas que debe conocer el Tribunal de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes, procederé a analizar cada una de ellas.

En primer lugar debemos referirnos a las demandas de inconstitucionalidad por el fondo y por la forma que se presentan sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y podremos comprobar que prácticamente no existe justicia constitucional operativa, pues apenas se han presentado seis demandas desde el 20 de abril a la fecha. Esto se debe, obviamente a que todo el mundo sabe que no existe Tribunal Constitucional, razón por la cual resulta inoficioso realizar el trámite de admisibilidad ante el Defensor del Pueblo (¿a propósito, alguien sabe si todavía funciona la Defensoría del Pueblo ?), o lo que es aún mas difícil, proceder a recoger las firmas de mil ciudadanos que exige la norma constitucional para presentar esta clase de demandas.

No es que no hayan inconstitucionalidades, pues basta revisar el Registro Oficial o las suí géneris Codificaciones que se están haciendo, para comprobar todo lo contrario; lo que ocurre es que en la mayor parte de los casos se está esperando la restauración del Tribunal Constitucional, para presentar esta clase de demandas.

Igual cosa se puede afirmar con respecto a las demandas de inconstitucionalidad de actos Administrativos de autoridad pública, que se han presentado solamente en número de cuatro

desde la fecha en que fue relevado del cargo el señor Gutiérrez, lo que significa también que simplemente se está acumulando el trámite de esta clase de expedientes, para cuando realmente retornemos al Estado de Derecho.

Desde el 20 de abril del 2005, se han presentado a trámite en las dependencias del Tribunal Treinta y tres apelaciones de Recursos de Habeas Corpus denegados por los Alcaldes del país. Si tomamos en cuenta que en esta clase de trámites esta en discusión la libertad de las personas, podemos llegar a la conclusión de que estas treinta y tres personas han presentado su recurso en vano, pues para cuando exista Tribunal y despache la causa, habrán pasado varios meses, en muchos de los casos, inconstitucionalmente detenidos.

Y al igual que en los otros tipos de demandas, no es que no hay milagrosamente ciudadanos detenidos en forma abusiva, sino que la desconfianza en la justicia constitucional impide que se haga uso de esta garantía básica y fundamental.

Cosa semejante sucede con los Habeas Data, que en el período de “congelamiento de la justicia” se han presentado Veintiseis casos, que deberán esperar hasta las calendas griegas para ser resueltos, con la consiguiente indefensión para los recurrentes.

Pero en cambio el fenómeno que se produce con relación a las apelaciones de las Acciones de Amparo Constitucional es totalmente inverso. En realidad, a pesar del abuso que en el Ecuador se ha hecho respecto del Amparo Constitucional, en la práctica es la única esperanza que tiene el ciudadano perjudicado por los actos ilegítimos de las autoridades, que ante la carencia de la Corte y del Tribunal, abusan paladinamente de sus cargos, seguros en algunos casos de la impunidad.

En estos cinco últimos meses han llegado a las dependencias del Tribunal Constitucional Acéfalo, nada menos que cuatrocientos cuarenta y dos trámites de Amparo Constitucional, y por el gran número de causas represadas, su Resolución estará realizándose por lo menos después de uno o dos años, con lo cual se desvirtúa totalmente la celeridad que debe caracterizar a la justicia constitucional.

En efecto, se viene produciendo un fenómeno digno de estudio, pues la gran mayoría de los jueces de primer nivel, en razón de la inestabilidad y la zozobra que impera a causa de la carencia de Corte Suprema y la existencia de un Consejo Nacional de la Judicatura ilegítimo y gravemente cuestionado, han optado por el camino más fácil y que menos complicaciones puede acarrearles en el futuro: la negación de los amparos en la mayoría de los casos que se presentan, bajo la premisa inmoral e injusta, pero muy práctica, de que nunca se sanciona a los jueces que niegan el Amparo, pero siempre se sospecha de aquellos que lo conceden.

Es de desear que algún día el Congreso Nacional, cuando realmente haya un Congreso consciente de sus obligaciones, apruebe la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que fue hace mas de tres años remitida al Parlamento y cuyo proyecto fue aprobado en primer debate, pues en ella constan normas que sin lugar a dudas van a limitar cualquier abuso del Amparo Constitucional, y sobre todo se crearán los Jueces Constitucionales sin los cuales la administración de justicia constitucional siempre será imperfecta. Hasta tanto, los pobres jueces de lo civil y de lo penal, hacen esfuerzos sobrehumanos para despachar los amparos, y luego firman proyectos de sentencias elaborados en serie, estereotipados, carentes de una verdadera motivación, generalmente buscando subterfugios para negar cualquier petición de amparo. No me atrevería a afirmar que los únicos casos en los que se están concediendo amparos, son el resultado del tráfico de influencias, mal que ha acompañado a nuestra administración de justicia desde la época de fundación de la república y aún en la época de la Colonia.

Una cosa que resulta inexplicable es el hecho de que, luego de toda la enorme campaña con la que los medios de prensa promocionaron la expedición de la Ley de Acceso a la Información,

apenas existan cinco causas reclamando ante el T.C. por la negación de ese nuevo e importante recurso. En mi concepto esta es otra prueba de que en el país no se cree en la justicia, y por consiguiente se prefiere prescindir de utilizar las vías que franquea la Ley a los ciudadanos, es decir que la gente se está acostumbrando a vivir en el caos, pues como dice el Columnista del Diario "Hoy" Carlos de la Torre, en su artículo publicado el 10 de septiembre de 2005, "No hay Corte y qué", y ese realmente es el daño mas grave al país, pues si no es un Estado de Derecho y si no hay orden, autoridad y normas, el Ecuador se convierte en un mero territorio con personas, al cual ningún país en el mundo lo va a respetar.

Pero hay otras funciones quizás menos conocidas, pero no menos importantes que debe realizar el Tribunal Constitucional y que en razón de su acefalía no hay manera de cumplirlas: que pasa por ejemplo si el Congreso realmente se dedicaría a dictar Leyes, y el Presidente presenta alguna objeción de inconstitucionalidad. Pues simplemente que se detendría el trámite por *seccula secculorum*.

Asimismo, si el país necesitaría suscribir cualquier tratado o convenio internacional, no podría hacerlo puesto que no hay Tribunal Constitucional y ningún otro Organismo esta facultado para emitir el dictamen previo a la aprobación por parte del Congreso Nacional.

Quien podría dirimir cualquier conflicto de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, en el caso de presentarse esta clase de problemas entre entidades estatales o seccionales, como ha ocurrido en varias ocasiones en el pasado, pues simplemente nadie.

No nos olvidemos que el Art. 145 de la Constitución le faculta al Tribunal para presentar proyectos de ley en materias que correspondan a sus atribuciones específicas, y el 281 le concede la facultad para presentar ante el Congreso Nacional Proyectos de Reforma Constitucional, y cuanta falta hace en estos momentos un organismo de control que tenga estas facultades y haga buen uso de ellas.

Pero el ámbito de acción del Tribunal Constitucional no se circunscribe solamente a las atribuciones que le señala la Constitución, sino que hay otras quizás menos conocidas, pero de enorme importancia para la buena marcha del país: el Art. 60 de la Ley de Régimen Municipal determina que le corresponde al Tribunal, resolver en tercera instancia las Resoluciones que dicta el Consejo Provincial, respecto de Resoluciones del Concejo Municipal descalificando o separando Concejales. El Art. 62 de esta misma Ley le faculta a resolver las quejas que se presenten contra la corporación provincial, en caso de que no dicte la resolución oportunamente en el caso de descalificación o separación de concejales. El Art. 138 de esta misma Ley faculta al T.C. para resolver cualquier reclamo por los perjudicados por cualquier ordenanza, acuerdo o resolución del Municipio, que constituya violación de preceptos constitucionales.

Asimismo la Ley de régimen Provincial contempla la facultad de resolver las apelaciones sobre innumerables decisiones del Concejo Provincial.

La Ley de Elecciones en su Art. 15 le faculta al Tribunal a suspender por un año los derechos políticos de los vocales del Tribunal Supremo Electoral, que se nieguen a cumplir sus funciones sin causa justa.

El Art. 45 de la Ley de Elecciones le faculta al TC incluso a convocar a elecciones y destituir a los vocales del Tribunal Supremo Electoral, cuando no convoquen a elecciones en el plazo previsto en la Ley; el Art. 96 le concede facultad para resolver las quejas contra el Tribunal Supremo Electoral cuando este no resuelva las apelaciones oportunamente; e incluso el Art. 164 le faculta a señalar plazos perentorios tanto al Tribunal Supremo Electoral, como a los Tribunales Provinciales para que resuelvan todas las reclamaciones que se presenten.

Incluso, el Código de Ética de la Legislatura le concede al Tribunal Constitucional en su Art. 32, la facultad de resolver sobre las impugnaciones en materia de descalificación de legisladores por parte del Congreso Nacional.

De manera que cuando violando flagrantemente la Constitución se cesó a los Magistrados del Tribunal Constitucional, se puede afirmar que se pulverizó a la Justicia Constitucional, pero además a todo el sistema jurídico ecuatoriano, y no hay que olvidar que se lo hizo con el deliberado propósito de eliminar de inmediato a la Corte Suprema de Justicia, como efectivamente ocurrió el 8 de Diciembre del 2004.

Sobre las nefastas consecuencias de la carencia de una Corte Suprema legítima, y sobre la toma ilegítima del Consejo Nacional de la Judicatura se podrían escribir libros enteros, que estoy seguro que, parafraseando al gran Juan Montalvo, harían llorar al mundo.

Solamente pongámonos a pensar lo que ocurre con aquellas personas que se encuentran privadas de la libertad y cuyo recurso de casación duerme y seguirá leudando entre telarañas, por mucho tiempo más, en las bodegas de la Corte Suprema de Justicia.

Reflexionemos sobre el hecho insólito de que todas las personas que han ganado legítimamente juicios en dos instancias al Estado, a los Municipios o a los Concejos Provinciales, por el abuso de algunas autoridades, se encuentran en total indefensión, pues los sagaces defensores de tales actos arbitrarios, han encontrado la formula mágica para congelar las causas, presentando recursos de casación y recursos de hecho, como una artimaña para prolongar por algunos años más los procesos, que de suyo son lentos y engorrosos.

Ni que decir del beneficio que tienen los funcionarios sujetos al fuero de Corte Suprema que aunque hubiesen cometido los crímenes más terribles, pueden pasearse impunemente ante los ojos atónitos de los ingenuos ecuatorianos.

Pero no quisiera concluir esta intervención, sin hacer un verdadero llamado a la conciencia de todos, pues es hora de que no tengamos miedo ni vergüenza de luchar por principios y defender los derechos de todos los ecuatorianos. No nos dejemos influir por opiniones interesadas de conocidos personajes que fungen de expertos y que pretenden inventar la democracia a través de procedimientos truculentos, ni de quienes pretenden entretener al pueblo a través de amañadas consultas o de ilusorias constituyentes.

La solución que en este día les propongo es una sola, y es la misma de siempre, defendamos la Constitución en forma total y absoluta. No caigamos en el vil engaño de buscar la conveniencia práctica, sacrificando los principios y las normas; no justifiquemos la ilegitimidad con el pretexto burdo de la viabilidad política; no permitamos que los sátrapas y los aventureros se impongan sobre los que creemos en la razón, en la democracia y en la justicia, con el ridículo y manido argumento de los hechos consumados.

Invitemos a todos los ciudadanos de bien a pelear por el imperio del derecho. Exijamos a quienes tienen el poder de orientar a la sociedad, que se ajusten al texto de la constitución y de la ley, sin caer en novelorías antijurídicas. Pidamos a los Colegios de Abogados y de Profesionales que tomen en sus manos la bandera del constitucionalismo y del respeto irrestricto a la letra de la Ley.

Y nosotros mismos, orientemos nuestros actos hacia la búsqueda de la verdad y de la justicia. No nos conformemos con un país sin salida, ni permitamos que el Ecuador caiga en aquello que

temen el propio Comisionado Leandro Despouy y el Constitucionalista Inglés Lord Daniel Brennan, testigos de la anomia jurídica y de la carencia de instituciones en que sobrevivimos, que este que un día fue un Estado Social de Derecho se convierta en un país dominado por las mafias, sin Dios ni Ley, sin autoridad y sin justicia.

No hay que olvidar que la peor de las dictaduras es aquella que se disfraza de democracia y que la más denigrante de las cobardías es aquella con la que justificamos el atropello de la justicia por la comodidad, la desidia o la conveniencia.

Algún día dijo Mahatma Gandhi la frase que hasta hoy día invita a meditar al mundo: no hay camino para la paz, la paz es el camino. Bien podemos decir a quienes buscan un derrotero para el Ecuador y no lo encuentran: no hay camino para llegar al Estado de Derecho, pues el Estado de Derecho es el único camino.

LOS COMERCIANTES MANTENEMOS NUESTRA CONVICCIÓN DEMOCRÁTICA

Blasco Peñaherrera Solah

En diciembre de 2004 el Ecuador fue testigo de una violación constitucional orquestada desde el poder Ejecutivo y ejecutada por el Congreso, una de las acciones contrarias a la seguridad jurídica y ciudadana más flagrantes registrada en los últimos 25 años de democracia, esta fue –nada menos– que la cesación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia (CSJ). Este acto, de por sí inconstitucional, mereció el rechazo del sector productivo, sobre todo de los comerciantes, pero sería solo el inicio de una serie de bochornosos incidentes de un gobierno que, como demostraron los hechos, defendía intereses particulares y no intereses nacionales.

Ante estas circunstancias, la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador y la Cámara de Comercio de Quito iniciaron una serie de acciones que consideraron en todo momento su obligación ante los ciudadanos de un país que era violentado día a día desde el poder, que al dejar de actuar desde y para el interés común, perdió toda su autoridad.

El 10 de diciembre, la Federación de Cámaras de Comercio convocó a los representantes de la sociedad civil a unirse para expresar su inconformidad con los hechos sucedidos en ese momento. De esa reunión surgió un documento que fue suscrito, entre otros, por los Alcaldes de las principales ciudades del país y otras autoridades seccionales, representantes de organizaciones de la sociedad civil y del sector productivo, en el que se expresaba lo siguiente:

Los que suscribimos, en vista de las antidemocráticas violaciones al orden jurídico nacional, perpetradas por una circunstancial mayoría de diputados del Congreso de la República, las mismas que se concretaron en la inconstitucional destitución y sustitución de los vocales de los Tribunales Constitucional y Supremo Electoral, y de la Corte Suprema de Justicia, consideramos que las consecuencias de tales actos son profundamente nocivas para el país, porque implican la destrucción irreparable de la seguridad jurídica, perjudican el desarrollo económico y social del Ecuador y propician una escalada de violencia política y de abusos de poder.

No defendemos a las mencionadas cortes y tribunales ni a sus miembros, cuyo desempeño ha merecido críticas de distintos sectores de la sociedad. Defendemos la institucionalidad del país y el respeto a la Constitución y las Leyes.

Todos estos actos de facto son nulos y carecen de valor, por lo tanto no obligan a nadie, ni causan efecto jurídico alguno, sino que contribuyen al caos administrativo, jurídico y social.

En tal virtud, demandamos del H. Congreso Nacional el inmediato sometimiento a la Constitución y las Leyes; y, del Presidente de la República, el ejercicio de la más importante de sus funciones, que es la de preservar la paz y mantener la armonía ciudadana, con irrestricto respeto al orden constitucional.

Demandamos que la ilegal e ilegítima interferencia de la Función Ejecutiva en la Legislativa y Judicial termine ya. Toda intromisión entre las funciones del Estado debe cesar inmediata y definitivamente.

Haremos legal y cívicamente, a nivel nacional e internacional, todo lo necesario para reestablecer la vigencia del estado social de derecho.

Convocamos a todos los ciudadanos, sin excepción a construir el bienestar colectivo y a rechazar acciones que perjudican a todos los ecuatorianos.¹

El 16 de diciembre, y siempre como representante de los comerciantes del país, tuve ocasión de expresar la insatisfacción que sentíamos los ciudadanos que amamos la democracia ante los atentados que se venían sucediendo en el país ante la *Heritage Foundation*, una organización mundialmente reconocida por sus análisis de problemas económicos, políticos y sociales. En dicha reunión estuvieron presentes 32 representantes del Departamento de Estado, Congreso, Senado y Organizaciones No Gubernamentales de los Estados Unidos.

Durante la exposición expliqué la crítica situación del país detallando los antecedentes que produjeron la ruptura Constitucional que llevaron al nombramiento de los jueces de la nueva Corte Suprema de Justicia y la posición que ante ello tomaron los Alcaldes, Prefectos, organizaciones de la Sociedad Civil y la Federación de Cámaras de Comercio, haciendo énfasis en que dichos organismos se unieron para cumplir cuatro objetivos:

- 1.- Advertir al Ecuador de la gravedad de las decisiones del Congreso relacionadas con la reestructuración de la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Constitucional y Supremo Electoral.
- 2.- Unir al país en torno a la reinstauración del estado de derecho.
- 3.- Denunciar la violación de la estructura constitucional en la reorganización de la Corte Suprema de Justicia y el nombramiento de nuevos jueces.
- 4.- Presentar una propuesta de solución a la crisis.

Dicha propuesta solamente podía provenir –de acuerdo a lo que podíamos juzgar en ese momento- de rectificaciones en las decisiones del Congreso, mediante un nuevo período extraordinario de sesiones que viabilicen la elección de nuevos jueces en la Corte Suprema de Justicia, a través de Colegios Electorales que representaran a la sociedad civil.

Durante la reunión comenté que, de darse paso a esta decisión, el presidente Lucio Gutiérrez perdería el apoyo del Partido Roldosista Ecuatoriano (PRE), lo cual pondría en juego la estabilidad del país, por lo que propuse una Agenda de Gobernabilidad con puntos de acuerdo en torno a una solución económica, política y social para el país y una propuesta de estabilidad para el Presidente de la República.

Muchos de los asistentes a la reunión realizada en la *Heritage Foundation* expresaron su preocupación por lo que sucedía en el Ecuador, considerando que las crisis sistemáticas significaban el desaprovechamiento de las mejores condiciones históricas de la nación para lograr dinamizar la economía y mejorar las condiciones de vida de toda la población.

Durante mi estadía en Washington (Estados Unidos) también mantuve una reunión con Daniel Wilkinson, representante de *Human Rights Watch*, organización que emitió el informe que se reproduce a continuación, el 17 de diciembre de 2004, en su página electrónica:

¹ Remitido de Prensa aparecido en los diarios Expreso, Hoy, El Comercio y El Universo; diciembre 12 de 2005.

Ecuador: Depuran Corte Suprema de Justicia El Presidente y el Congreso coartan la independencia judicial

(Washington, 17 de diciembre de 2004) El Congreso ecuatoriano ha violado el principio de la independencia judicial al purgar virtualmente a todos los magistrados de la Corte Suprema, señaló hoy Human Rights Watch. En una sesión especial convocada la semana pasada por el Presidente Lucio Gutiérrez, 52 de los 100 diputados del Congreso aprobaron la sustitución de 27 de los 31 magistrados por sus propios aliados políticos.

“La independencia judicial es un ingrediente fundamental para el funcionamiento de la democracia”, señaló José Miguel Vivanco, Director Ejecutivo de la División de las Américas de Human Rights Watch. “El hecho de que el Presidente Gutiérrez y sus aliados en el Congreso puedan purgar la Corte Suprema demuestra claramente que falta dicho ingrediente en el Ecuador actual”, agregó.

Ecuador es parte de tratados de derechos humanos que le exigen salvaguardar la independencia de su sistema judicial—entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El principio de la independencia judicial es también un aspecto central de la Carta Democrática Interamericana, que los ministros de relaciones exteriores de Ecuador y otros 33 miembros de la Organización de Estados Americanos adoptaron en 2001. La Carta define “Son elementos esenciales de la democracia representativa”, entre otros, “el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho” y “la separación e independencia de los poderes públicos”.

La Constitución de Ecuador de 1998 también establece los principios de la independencia judicial y la separación de poderes. Dispone específicamente que las vacantes en la Corte Suprema deben ser cubiertas por la propia Corte. A diferencia de la Constitución anterior, no otorga al Congreso la autoridad para destituir a Magistrados.

El Presidente Gutiérrez, elegido en 2002, alegó que la Corte era leal a sus opositores políticos, quienes intentaron recientemente sin éxito iniciar procesos judiciales para su destitución. Los jueces sustitutos fueron seleccionados entre los partidos políticos que se opusieron con éxito al proceso para la destitución del Presidente.

Los cambios en la Corte Suprema forman parte de una serie de medidas que han consolidado el control del sistema de justicia por parte del Presidente y sus aliados. El mes pasado, el Congreso también reemplazó a la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo Electoral y el Tribunal Constitucional del país.

El Presidente Gutiérrez ha declarado que la nueva Corte Suprema será un arreglo temporal hasta que se proponga una enmienda constitucional, el año próximo, que transformará el sistema de justicia.

“En lugar de intentar controlar la Corte Suprema, el Presidente y el Congreso deberían tomar de manera inmediata las medidas necesarias para fortalecer su independencia”, señaló Vivanco.

Para obtener más información sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador: <http://www.hrw.org/spanish/ecuador.html>²

² “Ecuador, depuran Corte Suprema de Justicia”, hrwdc@hrw.org.

Pese a estos esfuerzos y a los de otras organizaciones sociales y políticas, el régimen gutierrista fue degradándose cada día más, como lo demuestran los hechos que se registraron cada día como una cadena de insultos infringida a cada uno de los ciudadanos de nuestro país, tanto que los organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA) inician investigaciones por la ilegal conformación de la Corte Suprema de Justicia, acción que se anuncia el 3 de enero de 2005; luego de dos días el relator especial de la ONU, Leandro Despouy, envía una carta al Gobierno sobre la preocupación de ese organismo respecto a la situación jurídica del país; la embajada de Estados Unidos realiza un pronunciamiento en igual sentido el 9 de enero; los ciudadanos inician en Quito una protesta de 'pitazos' contra la CSJ de facto, el 18 de enero; al día siguiente la Corte de Justicia de facto nombra a seis integrantes del Consejo Nacional de la Judicatura, vinculados con la mayoría gobiernista en el Congreso. El 20 de enero el régimen designa a Napoleón Villa, ex policía vinculado a Gutiérrez, como su candidato para magistrado del Tribunal Andino de Justicia. Ante este nuevo atropello, la Federación de Cámaras de Comercio vuelve a pronunciarse públicamente, pidiendo el enjuiciamiento del ministro de Relaciones Exteriores del país, Patricio Zuquilanda, de acuerdo a los siguientes argumentos que se expusieron ante la opinión pública:

FEDERACIÓN DE CÁMARAS PIDE ENJUICIAMIENTO POLÍTICO DE ZUQUILANDA

El presidente de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador, Blasco Peñaherrera Solah, solicitó al Congreso Nacional el enjuiciamiento político del ministro de Relaciones Exteriores, Patricio Zuquilanda por la designación del coronel (r) de Policía, Napoleón Villa, como magistrado del Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), pese a no cumplir con los requisitos y no reunir los méritos que se requieren para dichas funciones.

El Tribunal Andino de Justicia es un órgano central del Sistema Andino Integrado (SAI), llamado a precautelar sus instituciones y velar por su eficaz funcionamiento. Además, garantiza a las personas naturales, las empresas y las entidades públicas, el legítimo ejercicio de sus derechos y el cabal cumplimiento de sus obligaciones. Siendo estas su naturaleza y sus potestades, es obvio deducir que su conformación debe garantizar la más alta solvencia profesional y una irreprochable condición ética de quienes lo integren. Por tan obvio motivo, el Tratado de Creación del Tribunal prescribe, en su artículo sexto, que los cinco magistrados que lo integran *"deberán ser nacionales de origen de los Países Miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su País para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia."*

Esto significa, en el caso del Ecuador, que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 201 de la Constitución Política, quien aspire a ser magistrado, -aparte de ser ecuatoriano de nacimiento, hallarse en goce de los derechos políticos y ser mayor de cuarenta y cinco años- debe *"tener el título de doctor en jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas y, haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas, por un lapso mínimo de quince años"*.

NO SE CUMPLIERON PROCEDIMIENTOS

Con estos antecedentes, la insólita designación del coronel en retiro de la Policía Nacional, señor Napoleón Villa como magistrado principal y del señor Hugo Xavier del Pozo y la señora Katya Andrade, como suplentes, ha provocado el rechazo unánime de la opinión pública nacional, al margen de toda consideración subjetiva o de orden político o partidista, porque ninguno de los nombrados reúne las calificaciones éticas y profesionales que ineludiblemente se requieren.

A lo expresado se añade el hecho, igualmente inadmisibles, de que la Cancillería ecuatoriana hubiera desatado o incumplido normas expresas y concretas del Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina, que prescriben la forma en que se debe efectuar la elección de los magistrados del Tribunal. Tales normas determinan: a) Que la designación se efectúe *“con no menos de dos meses de anticipación a la finalización del periodo de sus predecesores”*, esto es, en el caso, a más tardar, el 15 de noviembre de 2.004; b) Que el Gobierno del país sede (Ecuador) requiera a los países miembros la presentación de las ternas respectivas y convoque a los plenipotenciarios de los Países Miembro, *con no menos de tres meses de anticipación a la finalización de dicho periodo*, es decir, el 15 de octubre de 2.004; y, c) Que los plenipotenciarios hayan sido acreditados para el efecto, esto es, específica o señaladamente, para calificar y designar a los candidatos a la magistratura andina. Conocemos que, para esta lamentable designación no se ha observado ninguno de estos requisitos y que ello ha impedido que los plenipotenciarios de los Países Miembros cumplan a cabalidad con su obligación, que no era la de meramente aceptar la propuesta del Canciller Zuquilanda, sino la de analizar cuidadosamente la documentación pertinente y constatar que los candidatos presentados reunían las condiciones requeridas para su designación. Esto ha conducido a una resolución que degrada al Sistema Andino de Integración y perjudica gravemente los supremos intereses de nuestro país.³

El Gobierno de Lucio Gutiérrez decidió finalmente retirar esta candidatura, lo que constituyó un triunfo parcial sobre las acciones contrarias a la Ley y al sentido común que el régimen acumulaba día con día. Otra batalla ganada fue el anuncio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de pedir explicaciones al entonces presidente de la República, Lucio Gutiérrez, por los abusos contra el estado de derecho, como consecuencia de la conversación mantenida con este organismo en el viaje realizado a Washington por la Federación Nacional de Cámaras de Comercio.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS PIDE EXPLICACIONES A GUTIÉRREZ POR ATROPELLOS AL ESTADO DE DERECHO EN EL ECUADOR

El Presidente de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador y de la Cámara de Comercio de Quito, Blasco Peñaherrera Solah, informó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos llamó a Lucio Gutiérrez, presidente de la República, a explicar los últimos acontecimientos institucionales y la inestabilidad democrática en el Ecuador. Por lo tanto, el régimen deberá comparecer, el 4 de marzo en Washington, ante el máximo tribunal de defensa de los derechos de las personas en Latinoamérica.

La comunidad internacional responde así a la denuncia que realizó en semanas anteriores la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador, luego del golpe de estado cometido con el nombramiento ilegítimo, inconstitucional e ilegal de los magistrados a la actual Corte Suprema de Justicia, aseveró Peñaherrera.

Asimismo, expresó que Gutiérrez es el primer mandatario en la historia republicana del Ecuador que ha sido citado para explicar sus actuaciones contra los derechos constitucionales que deben regir en los países democráticos.

Esta decisión de la Corte Interamericana abre la posibilidad que los ciudadanos apelen a la Carta Democrática para pedir protección ante los abusos de los gobernantes, pues el documento no solo considera golpe de Estado cuando sujetos ajenos al Gobierno toman el poder; sino también, cuando el Ejecutivo concentra

³ Federación de Cámaras pide enjuiciamiento político de Zuquilanda, boletín de prensa de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador, 25 de enero de 2005.

poderes ajenos a los de su potestad, como ha sucedido en el Ecuador, concluyó el presidente de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio.⁴

La inconformidad social por los continuos desaciertos del Gobierno, la presión internacional y la propia torpeza del Gobierno llevaron a Gutiérrez a cometer uno de los errores más graves de su período: declarar a Quito en estado de emergencia mediante el malhadado Decreto 2752.

Esta decisión mereció el rechazo de toda la ciudadanía de Quito que decidió no aceptar más la insolencia de un Presidente que se mantenía en el poder pero había perdido toda autoridad. Ante ello, y como parte de la lucha que ya hemos relatado, la Federación de Cámaras volvió a pronunciarse para que el país conociera su posición democrática, contraria a todo tipo de manifestaciones dictatoriales. Es en este momento que los comerciantes deciden solicitar al Congreso Nacional el enjuiciamiento político de Lucio Gutiérrez, pues él mismo se había encargado de perder su condición de Presidente Constitucional de la República al desconocer los procedimientos legales que deben regir a toda sociedad democrática. Con estos antecedentes, el 16 de abril se emite el siguiente boletín de prensa:

LA FEDERACION NACIONAL DE CAMARAS DE COMERCIO ANTE LA CRISIS POLÍTICA DEL PAÍS

En vista de que el coronel Lucio Gutiérrez Borbúa, al expedir el Decreto Ejecutivo 2752 de 15 de abril en curso, mediante el cual declara a la capital de la República en Estado de Emergencia, además de agudizar con esta decisión el clima de legítima insurgencia del pueblo ecuatoriano y las condiciones de inseguridad y violencia, creadas por la represión indiscriminada y violenta de la fuerza pública, ha perpetrado una nueva y grotesca violación al orden constitucional, al arrogarse atribuciones que no le confiere la Carta Política del Estado, aún en el ilegítimo e infundado Estado de Emergencia para dejar sin efecto una resolución del Congreso Nacional y destituir a la Corte Suprema de facto que fuera instaurada precisamente con el voto de los Diputados de su propio partido y el respaldo de sus aliados; y ante el inadmisibles respaldo a todas estas evidentes violaciones constitucionales y legales que le ha sido ofrecido al coronel Gutiérrez por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, resuelve lo siguiente:

Exigir al H. Congreso Nacional que, de manera inmediata, derogue el Decreto Ejecutivo 2752 de 15 de abril de 2005 y, por consiguiente, deje sin efecto todos sus artículos.

Demandar al H. Congreso Nacional que de manera inmediata cese a la ilegal, ilegítima e inconstitucional Corte Suprema de Justicia designada por una mayoría impúdica el 8 de diciembre de 2004.

Exigir al H. Congreso Nacional que propicie el nombramiento de una nueva Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Electoral que cumplan con las aspiraciones mayoritarias y con las condiciones de idoneidad, profesionalismo, independencia absoluta y honorabilidad.

Exigir la H. Congreso Nacional que, mientras se conforma la nueva Corte Suprema de Justicia, se constituya una Corte Temporal, que, de manera inmediata anule todas las providencias dictadas por la ilegal, ilegítima e inconstitucional Corte Suprema de Justicia designada el pasado 8 de diciembre de 2004.

Proponer al H. Congreso Nacional el inmediato enjuiciamiento político del coronel Lucio Gutiérrez, por haber atentado reiteradamente contra la Seguridad del Estado, la que se sustenta en la vigencia y acatamiento del orden jurídico constitucional, en

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos pide explicaciones a Gutiérrez por atropellos al estado de Derecho en *El Ecuador*, boletín de prensa de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador, 10 de febrero de 2005.

especial al haber promulgado el decreto 2752 del 15 de abril de 2005.

Exigir a las Fuerzas Armadas el respeto irrestricto a la Constitución Política del Estado que limita su misión a la conservación de la soberanía nacional, a la defensa de la independencia de las funciones del Poder Público y a la garantía de su ordenamiento jurídico.

Exhortar al coronel Lucio Gutiérrez a que, en aras a la restitución de la paz y el orden público, que se han visto severamente afectados debido a sus equivocadas y autoritarias decisiones, renuncie de manera inmediata como un gesto de ese amor a la Patria que tanto promulga pero que tan poco demuestra.⁵

Para este momento de la crisis política es evidente para los comerciantes –y para todos los sectores de la sociedad- que Gutiérrez no tiene la capacidad para gobernar ni las herramientas necesarias para conseguir los acuerdos que el Ecuador requiere para poder crear y progresar, en momentos que los acuerdos comerciales y de integración regional y hemisférica tienen una importancia estratégica para nuestra nación.

En una circunstancia dictatorial como la que vivió el país en este momento, los comerciantes decidimos mantener una actitud consecuente con lo que fue la lucha que llevamos adelante desde la reestructuración ilegal de la Corte de Suprema de Justicia y que fue degradando hasta convertirse en una degradación de las instituciones democráticas, empeorada por la represión de la que el régimen hizo uso para mantenerse en el poder que detentaba ya de forma ilegítima, es así como la mañana del 20 de abril –antes que se sucedieran los hechos ya conocidos por todos ahora- la Cámara de Comercio de Quito vuelve a pronunciarse sobre la necesidad de un cambio que incluya la salida del hasta entonces Primer Mandatario:

CÁMARA DE COMERCIO DE QUITO RECHAZA AGRESIÓN A LA CIUDAD Y EXIGE RENUNCIA DE PRESIDENTE GUTIÉRREZ

En estos momentos de caos y crisis, generados por la incapacidad del gobierno para dar una salida pacífica que reestablezca la paz en el Ecuador y evite confrontaciones entre los ciudadanos, la Cámara de Comercio de Quito manifiesta:

Rechazamos y repudiamos la agresión que sufre la ciudad de Quito y sus habitantes, sobre cuyas consecuencias responsabilizamos al gobierno nacional, pues ha conducido a la Nación a un enfrentamiento fratricida.

Exigimos a las Fuerzas Armadas, a la Policía Nacional como instituciones garantes de la democracia y de la libertad el cumplimiento de su misión constitucional, y a los oficiales dignos de estas instituciones, que depongan inmediatamente acciones represivas que fomentan y agravan el caos en que se encuentra la República, y asuman su histórica responsabilidad de ser garantes de la paz y el orden.

Exigimos, por el bien del país, la renuncia inmediata e irrevocable del coronel Lucio Gutiérrez como única salida a la convulsión nacional.

Denunciamos los actos de violencia de que son víctimas los comerciantes de la ciudad y sus negocios, propiciados por grupos de asalariados beligerantes que, en pretexto de defender al coronel Lucio Gutiérrez, buscan la permanente confrontación.

Es la hora del respeto a la dignidad nacional, a los principios éticos de nuestra

⁵ La Federación Nacional de Cámaras de Comercio ante la crisis política del país, boletín de prensa de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador, sábado 16 de abril de 2005

Nación, al rechazo frontal a los abusos fraticidas de quien perdió definitivamente el poder popular y hoy se ampara en la fuerza de las armas y la represión.

Los comerciantes de Quito seguimos ineludables en pie de lucha hasta conseguir la restitución de la democracia y de la paz en nuestro país.⁶

La fuerza de la decisión ciudadana, así como de sus representantes, llevó a que los hechos desembocaran en la huida de Gutiérrez y a que el vicepresidente de la República, Alfredo Palacio, asumiera el poder ese mismo día. Ahora está en las manos de todos vigilar que las exigencias planteadas en abril al Gobierno sean cumplidas y aportar con soluciones a los graves problemas que enfrenta el país. Estos objetivos solo será posible conseguirlos siendo solidarios con los más pobres y llegando a un acuerdo nacional sobre el país que queremos para nosotros y las futuras generaciones.

⁶ Cámara de Comercio de Quito rechaza agresión a la ciudad y exigen renuncia de Presidente Gutiérrez, boletín de prensa de la Cámara de Comercio de Quito, miércoles 20 de abril de 2005

LA REVUELTA DE ABRIL: VOCES Y OPINIONES

Efrén Guerrero Salgado

***“Quien controla el pasado controla
el futuro y quien controla el
presente controla el pasado”
(George Orwell –1984)***

Heródoto, el padre de la Historia como ciencia, anotó, en la primera página de su recopilación sobre los hechos y los actos de los hombres de su tiempo, que realizaba esa compilación con el fin de “evitar que las arenas del olvido lleguen a la memoria de los hombres”. Sin la historia, los hombres repetirían los errores de sus antepasados, y, más terrible todavía, olvidarían su destino como nación, como pueblo, como cultura.

Esta afirmación es adecuada para nuestra coyuntura histórica. La historia, como categoría, y como herramienta social, fue creada en abril, y va a seguir siendo creada, por los ciudadanos, que desde el anonimato, pueden modelar su futuro

En este orden de cosas, las voces y opiniones de los ciudadanos, son la base de este proceso. Desgraciadamente, han sobrado los adjetivos calificativos, y se ha desdibujado los objetivos de los hechos de abril, en medio de aspiraciones políticas.

¿Con qué propósito se quiere contar la Historia de Abril, a través de un cúmulo de comentarios? El fin es entender la vida del hombre. Descubrir las respuestas que a lo largo del tiempo el hombre se ha hecho sobre su procedencia, su razón de ser y su futuro. De ahí que surja como una necesidad el intentar registrar todo suceso significativo de nuestras vidas.

Este documento no pretende hacer juicios de valor, ni dar conclusiones. Para ello estará el recurrir de los días y los acontecimientos. Lo que se pretende esta recopilación de hechos y de actos, es escucharnos como Universidad y, no caer en el olvido.

1. - LAS MARCHAS

“Estuvimos unas 80000 personas. Y decidimos ir adelante, lo que era lo mejor. El momento que fuimos adelante, nos encontramos con un cordón policial enorme. Y empezaron los problemas. Y la verdad, empezamos a tener miedo”

“A muchas personas les importó poco lo que sucedía... preferían quedarse charlando, en vez de ir a la marcha. Aunque era peligroso, era muchísimo más importante que todo ese momento”

“La gente sale a la calle, pero el momento de que la Policía empezó a lanzar bombas fue difícil. La gente se desesperaba, y no podías ver nada... solo oías los sonidos de las bombas a lo lejos.

“En el Ministerio de Bienestar Social era una situación tensa: Gente armada, y dos bandos bien diferenciados, como en una guerra.”

" Había mucha solidaridad. Gente desconocida me ayudaba, diciéndote para donde caminar y que hacer. Caminaba en la marcha y la gente lanzaba periódicos para protegernos del gas"

" La policía actuó como si fuera una batalla. Parecía una línea de soldados espartanos. Gritando y golpeando sus bastones contra sus escudos. Y lo que más asustaba eran las mascarar. Solo podías ver sus ojos"

" A veces estar solo era una ventaja. Caminabas en medio de desconocidos que por verte como parte de ese movimiento que te daban una mano, e intentaban que todo este tranquilo"

" Imagínate esta escena. En la calle Gran Colombia, frente a todo el cordón policial, había un señor en silla de ruedas, enfrentándose el sólo a toda el pelotón. Ese momento me di cuenta que esto superaba a una mera propuesta política. Era un reclamo por ética, libertad, soberanía."

" En el centro de la ciudad las cosas estaban súper fuertes. La policía era cada vez más agresiva, y solo nos restaba correr"

" Empezamos a actuar con creatividad. Evitar el conflicto sino protestar de manera creativa, respetando a la propiedad privada y al resto de personas. Está vez fue la Policía quien hizo destrozos, y esa fue la diferencia"

"Creía que Lucio podía caer el martes por la noche, inclusive los cordones policiales no podían soportar la gran cantidad de gente que tenía enfrente, y se rompían en muchos sectores. Y fue extraño... en algún momento en la noche, sentí una tranquilidad entre policías y manifestantes, que pensé que ya había caído.."

"No valía la pena tanto maltrato a los civiles. El martes de noche, pensé: Se quedó (el presidente), no hay más vueltas que darle. Y el día siguiente, fueron los estudiantes de colegio quienes se enfrentaron a la Policía."

" Es distinto dispersar una manifestación, que reprimir salvajemente. Recordemos que las condiciones de las marchas de abril, con eran normales: espontáneas, no organizadas, siempre a pie, creativas, armadas con globos y cacerolas, y siempre nocturnas"

2. - MIÉRCOLES 20 DE MARZO

" La organización de la Universidad falló. Quien realmente tenía que organizar una respuesta a lo sucedido desde el 8 de diciembre debían ser los estudiantes de toda la PUCE. Siempre fue una respuesta de la Facultad de Jurisprudencia"

" Los organismos en el ámbito de Universidad en general fallaron, les faltó capacidad de reacción"

"Debíamos volver al estado de Derecho, no era cuestión de cambiar un presidente... en un comienzo. Después, empezamos a cambiar de actitud... el Gobierno empezó a equivocarse y actuar de manera ilegal."

"Llegue a la Universidad tarde, a las 10 de la mañana. Nos quedamos solos en la Universidad, hasta cuando se dieron las noticias de la caída de Lucio (Gutiérrez). Ese momento salimos a la Av. 12 de Octubre, y fuimos a la Plaza Grande. Ahí, se sentía un aire de victoria, pero en medio de todo, existían los agitadores, de grupos de extrema izquierda, los mismos que después lo vi a través de la TV, en CIESPAL."

“ La ciudad era algo increíble. Veías por la ventana marchas –grandes, pequeñas- caminábamos por calles desiertas y en un minuto estabas en medio de cientos de personas que intentaban llegar al centro”

“En abril demostramos como hacer las cosas. Antes, esperábamos de los partidos políticos, los movimientos sociales, o algún grupo de poder, cualquier tipo de soluciones; ahora, los ciudadanos comunes y corrientes, trabajadores, arriesgando su seguridad, pero de manera consciente, respetando la propiedad privada”

“Perdedores, obviamente esos grupos de la mal llamada “mayoría institucional” y todo el sistema político en general”

“Los ganadores, serán quienes capitalicen bien esta explosión popular; si no, estaremos frente a un nuevo desengaño, como ocurrió en 1997. Esperemos que este no sea un trampolín para llegar al poder político, a través del abuso del poder ciudadano”

“Somos un país novelero. La gente no piensa en las consecuencias a corto plazo, sino en lo momentáneo. La política no puede agotarse en la publicidad; la democracia exige otras actitudes”

“Este país cambiara cuando todos respetemos nuestro espacio, hagamos respetar nuestro espacio, y lo más importantes, respetemos el espacio y la libertad de otro”

“ En CIESPAL, la gente estaba enardecida. Y solamente las mujeres fueron quienes llamaron a la PAZ, mientras el resto lanzaban piedras”

“ No sé si era miedo lo que sentíamos ese día. Era una mezcla de muchas cosas... pero definitivamente ese día no fue un día normal. Es algo que todos los que de alguna manera estuvieron involucrados, recordaremos por mucho tiempo”

“ Al principio, en CIESPAL la situación estaba bien. Todos saltaban, gritaban, pero alguien nos hizo volver a la realidad, y nos dijo que muchos que estaban allí iban a estar en el Gobierno, y desgraciadamente tuvo razón”

“ La gente empezaba a insultar a la policía, mujeres pidiendo paz y evitar la represión”

“ Quienes vivieron en las contramarchas no sabía lo que hacía. Veía gente que se bajaba del bus para intentar hacer trámites en la ciudad... muchos eran delincuentes, pero había otras personas que venían a Quito por otros asuntos, nunca es bueno generalizar”

“ En el Valle de los Chillos, habían cerrado el paso, por que venían buses del Oriente. Frente esta situación la gente decidió cerrar el paso con los autos. Quienes venían en los buses iban armados, y la gente se les enfrentó, y finalmente, la Policía les separó”

“Había un vacío de militares absoluto.. se evidenciaba la carencia de liderazgo local”

3. - FORAJIDOS

“ Éramos gente de todas las edades, niños, viejos, mujeres, bebés”

“ Forajidos o foragiles?... no se.... el argumento era bueno, pero no se abarco realmente la situación. Solo se buscaba dignidad en la vida nacional, nada más”

“ Forajidos.. Lo que más me preocupa no es lo que sucedió en abril, sino lo que va a pasar, sobre todo las elecciones del próximo año, donde tendremos, por primera vez en mucho

tiempo, un escenario totalmente nuevo; y por otro lado, los cambios dramáticos en la manera en que la gente va a elegir a sus representantes; creo que no vamos a ser incautos"

"No me gusta el nombre de forajidos. Es una nueva especie de ciudadanía, que no sabemos cuál es su objetivo, pero que logra cambios, sin el uso de la violencia o los métodos tradicionales de hacer política"

" Como universidad, somos forajidos por que creíamos en lo que hacíamos., Y por otro lado, conseguimos un protagonismo que nunca tuvimos –ni quisimos- antes; ahora hay pertenencia a la Universidad como símbolo, por ello creo que debemos ser saludablemente y pacíficamente subversivos contra toda opresión. Eso será la base del cambio"

" Salimos a la calle por algo que creía que debía pasar, pero no paso, y de verdad, estoy decepcionada, por que esta volviendo el mismo sistema perverso de hacer las cosas"

4.- GANADORES Y PERDEDORES.

"Ganadores, la sociedad civil. La dignidad perdida durante mucho tiempo, como actor en la sociedad fue recuperada"

" Perdedor: el país, debemos trabajar para que esta sea la última crisis a este nivel. Nunca hemos tenido alguna explosión de violencia generalizada, pero esta vez estuvimos muy cerca"

" Ganadores, la sociedad quiteña. El imaginario social cambio de una manera fantástica, el momento en que los ciudadanos se dieron cuenta que tienen una voz y una opción política, tienen sus medios de comunicación, y tienen sus propios sistemas para organizarse... esperemos que las Asambleas Populares no se vuelvan cafetines culturales, donde no se generen propuestas"

" Deber darse un empoderamiento de la sociedad civil, respecto a sus derechos. Se puede, y se debe exigir a la clase política, participación y espacios; debemos dejar de temer al trabajo público, por decir que detesta la política"

" La política nace de los honores de una acción pública eficiente, y no de repartir caramelos en campañas"

" Los ganadores y perdedores están por verse; el único valor por el que la Historia calificará a los que ganaron o perdieron en este proceso, será si la "institucionalidad" de nuestro país, es algo por el que valió toda esta coyuntura. Si luchas por una institucionalidad, debes estar basado en la realidad, no en mera teoría"

"Ganadores, pueblo per se, por que demostraron a la clase política que no necesitan lideres: perdedores, por consecuencia lógica la clase política y su falta de propuestas... y el nuevo gobierno, por que Palacio fue un relleno, y no tenia la capacidad, y esta quedándose solo, en su isla.. la Isla de Carondelet"

5. - Y AHORA QUE?

"Lo que paso en abril son una serie de hechos que nos ha cambiado a todos. Pero lo más importante, es recuperar la calle como medio de presión política. Esta vez no hubo acto alguno de violencia por parte de los manifestantes; eso puede hacer la diferencia"

" El momento en que los detentadores del poder tomaron control de la situación, se acabo este ambiente de solidaridad y de compañerismo que hubo en todas las marchas. Parece que se

acabo el encanto de la insurrección”

“Y ahora que... pues a continuar!, a evitar que este proceso se diluya entre ambiciones políticas”

“ Lo que paso fue una revuelta, lo que buscaba es una revolución... un cambio total y permanente en la forma en la que se hacen las cosas. Todo lo que pasó en abril, deberá tener consecuencias a largo plazo... lo que debemos hacer, es que lo que pasó se vuelva una revolución”

“ Y ahora que... seguir en pie de lucha e insistir por todos los medios el cambio. No podemos quedarnos con la boca cerrada. Y aun falta mucho por hacer, por ello no debemos quedarnos tranquilos”

“Personalmente, la solución no es la estructura ni la norma, sino la gente; la Constitución no es el problema, sino la gente que actúa como en una hacienda, sino en como la gente actúa. La ley no podrá controlar las decisiones de la gente, y de los intereses de los grupos”

COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA



Forjando un Colegio Honesto y Solidario





Impresiones como en la vida real

- **Diseño Gráfico:** Artes, campañas gráficas
- **Pre-prensa:** película, placas terminadas.
- **Prensa:** impresión offset, tipográfica, serigráfica, plotter y digital.
- **Post-prensa:** terminados, numerados, troquelados, perforados, uv, plastificado. etc.

Productos Gráficos en general:

- **Papelería:** hojas membretadas, tarjetas de presentación, carpetas, sobres, etc.
- **Material publicitario, promocional y de información:** volantes, dípticos, trípticos, brouchures, folletos, revistas, libros, adhesivos, etc. (impreso en cualquier papel disponible en el mercado).
- **Gigantografía:** todo tipo de lona, papel fotográfico, vinyl, etc.

EL CONTENIDO MINIMO Y DESARROLLO PROGRESIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Christian Pérez

“La privación arbitraria de la vida no se limita, pues al ilícito del homicidio: se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualizada del derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo al dominio de los derechos civiles y políticos, así como el de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”.

1. Desarrollo PROGRESIVO historico

La idea de que existan derechos del hombre que se afirman más allá de toda ley, orden o autoridad se remonta a la antigüedad. Los derechos humanos han pasado por varias etapas, de ahí su clasificación histórica en derechos civiles y políticos (de segunda generación) y en derechos económicos, sociales y culturales (de tercera generación).

Los derechos humanos encuentran sus raíces mas antiguas en el humanismo, tanto en sus versiones occidentales – siendo el ejemplo clásico en SOFOCLES la respuesta de Antígona al reproche de Creón por haber enterrado a su hermano en contra de su prohibición, Antígona respondió afirmando que ella había ceñido su actuación a leyes no escritas e inmutables del cielo ²- como en las visiones humanísticas hindúes, china e islámica esencialmente. Desde el Código de Hammurabi, la problemática de los valores del ser humano se ha reflejado en el ordenamiento jurídico.

Se debe resaltar también el aporte filosófico hecho por el estoicismo griego; que según SÉNECA, “es un error creer que la esclavitud penetre al hombre entero. La mejor parte de su ser se le escapa, y aun cuando el cuerpo sea del amo, el alma es, por naturaleza, libre y pertenece a si misma” y por el romano, con la precisión del concepto de “derecho natural”, el desarrollo del jusnaturalismo fundamentado en la racionalidad, además, el pensamiento cristiano que expresaba el reconocimiento de la dignidad radical del ser humano, considerado como una creación a la imagen y semejanza de Dios, y de la igualdad entre todos los hombres, derivada la unidad de filiación del mismo Padre.

A continuación, en la edad medieval, con el dominio aun más fortalecido de las filosofías cristianas, el fundamento de los Derechos Humanos se encontraba en conceptos enteramente religiosos, hasta que, ulteriormente, con el contractualismo, se desarrolla la idea de “tolerancia religiosa” que, conjuntamente con la aparición de pensadores contractualistas como Hobbes y Locke que se basan en las ideas de “estado naturaleza”, “derecho natural inspirado en la razón”, “contrato social”, fortalecen la existencia de un Estado u organización política definida a partir

² Vofo Concurrente Conjunto de los jueces Antonio Augusto Cançado y Almo Albreu Burelli en el caso Villagrán y Morales (Caso de los niños de la calle), sentencia de 10 de noviembre de 1999, N° 63, párr. 4, pag. 106.

³ SZABO, Fondements historiques et développement des droits de l'homme, en “Les Dimensions Internationales”, pag. 11 y ss.

de lo cual se produce la primera positivización de derechos humanos como límite a la acción gubernamental, esto es el Bill of Rights Británico de 1689, que contiene apenas dos artículos que reconocen formalmente derechos individuales, que son el derecho de petición ante el Rey y el derecho de los protestantes a portar, según su rango, armas para su defensa. Los demás se concretan a imponer al gobierno la no suspensión de las leyes ni la dispensa de las mismas respecto de nadie; el no establecimiento de tribunales de excepción o penas crueles; la organización de jurados imparciales; la no creación de impuestos fuera de la ley; la obligatoria autorización parlamentaria para organizar y mantener un ejército.

Pero, por otro lado, las primeras manifestaciones concretas de declaraciones de derechos individuales, con fuerza legal, fundadas sobre el reconocimiento de derechos inherentes al ser humano que el Estado esta en deber de respetar y proteger, las encontramos en el Bill of Rights del Estado de Virginia del 12 de junio de 1776, como producto de la Revolución Norteamericana, y que se puede considerar como precursor de las declaraciones modernas de derechos y que declaro que todos los hombres son por naturaleza libres e independientes; que tienen ciertos derechos innatos, en especial la vida, la libertad, la propiedad y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad, de los cuales no pueden ser de ninguna manera despojados o limitados por el hecho de vivir en sociedad.

Posteriormente, con la presencia del Iluminismo Francés, la evolución de las ideas de Rousseau y Montesquieu, nutren los movimientos revolucionarios, que poco tiempo después se consolidan en la Asamblea Nacional francesa, el 26 de agosto de 1789, en la cual se adoptó la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo 1 reconoce que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos y que las distinciones sociales no pueden estar fundadas sino en la utilidad común.

Esta idea revolucionaria germinada en Francia se extendió por Europa hasta llegar a América, así ocurrió con los Derechos del Pueblo proclamados por el Supremo Congreso de Venezuela el 1 de julio de 1811, manifestándose en su Preámbulo la declaración de inalienables de los derechos del pueblo.

Es de esta forma como los derechos humanos a través de la historia, en todos los continentes han sentido la necesidad, y la han desarrollado de diferentes maneras, de dedicar un interés progresivamente creciente a los derechos humanos y, por supuesto, a su desarrollo progresivo, llegando a incluirlos, inclusive, dentro del Derecho Constitucional, limitando el alcance de las competencias del poder publico.

En el siglo XX, se presentaron serios avances y retrocesos en materia de derechos humanos. Se trata de un siglo de lenta consolidación de los ideales de la Revolución Francesa. Finalmente se logra su progresiva incorporación en el plano internacional tanto de los derechos civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales.

El fortalecimiento de ambos tipos de derechos humanos se presenta cuando el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamo la Declaración Universal de Derechos Humanos, con lo cual la Asamblea pidió a todos los países miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieren que fuera "distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios".³

La Declaración recogía tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales.

³ Resolución de la Organización de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948

2. CONTENIDO MINIMO ESENCIAL

Es importante definir y estudiar el Contenido Mínimo Esencial de los derechos, puesto que a partir de éste, se establece el desarrollo progresivo de los mismos. Citaremos algunas razones de fuerza para el establecimiento de un contenido mínimo de los derechos:

El carácter indeterminado del contenido mínimo de un derecho puede llegar a ser un obstáculo para su desarrollo progresivo y su respeto, puesto que no se tendría una base sustancial o material sobre la cual atenerse para que el Estado pueda tomar decisiones ya sea de carácter legislativas, económicas, entre otras, que puedan afectar a éste derecho, por lo cual es necesario establecerlo.

Es necesario señalar además que este contenido mínimo se lo debe tomar como punto de partida, como piso, mas no como punto de llegada o como techo, ya que se establece el mínimo de garantías de un derecho para que se pueda, a partir de esto, “lograr progresivamente el más alto nivel posible de satisfacción del mismo”.⁴

Por otro lado, el contenido básico mínimo identificado de cada derecho puede también ayudar a la Comisión de Derechos Humanos y a otros organismos de las Naciones Unidas a identificar más claramente los problemas del cumplimiento de los derechos humanos dentro de los distintos Estados, y de esta manera, formular políticas apropiadas para solucionar tales problemas.

Como lo señala Carlos Ayala

“el contenido mínimo esencial de los derechos señala una frontera que el legislador no debe traspasar, un terreno que la ley limitadora no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad. La garantía de contenido esencial es limite de los limites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un limite mas allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades publicas”⁵

Además, es necesario determinar el contenido mínimo de los derechos reconocidos para identificar las obligaciones concretas que asume el Estado al integrar estos derechos a su legislación interna.

Por otro lado, la Comisión ha reconocido que “los Estados partes están obligados, independientemente de su desarrollo económico, a garantizar un umbral mínimo de esos derechos”.⁶ Mas aun, el Comité de DESC de la ONU ha expresado que “cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto, requerirá la mas cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [DESC] y en el contexto del aprovechamiento pleno y máximo de los recursos que dispone”.⁷ Los principios de Limburgo establecen el mismo principio, al determinar que “se obliga a los Estados partes a garantizar el respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico”.

⁴ BOLIVIA Ligia, La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el papel de la sociedad civil. XVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999, pág. 2.

⁵ AYALA Carlos, “Consideraciones sobre el desarrollo legislativo inadecuado de derechos y garantías constitucionales” Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, Caracas, 1991.

⁶ CIDH, Informe Anual 1993, supra nota 20, pág 524.

El principio de que los derechos deben alcanzarse progresivamente no significa que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización plena de tales derechos. El fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones; **a garantizar un umbral mínimo** de esos derechos que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos.

3. DESARROLLO PROGRESIVO.- ARTICULOS I, II Y XXVI DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Partiendo del establecimiento del Contenido Mínimo Esencial, se establece el Principio de Progresividad, que se encuentra establecido en los dos artículos siguientes de la Convención Americana:

Artículo I.- Obligación de Respetar los Derechos.-

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y **a garantizar su libre y pleno ejercicio** a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (el énfasis es mío)
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo XXVI.- Desarrollo Progresivo.- Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr **progresivamente la plena efectividad de los derechos** que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, **por vía legislativa u otros medios apropiados**.(el énfasis es mío).

Este artículo, en concordancia con el anterior, establece que los Estados partes de la Convención se comprometen a adoptar de inmediato las medidas que persigan la plena realización de los derechos protegidos, utilizando todos los medios apropiados a nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales, y tanto a nivel internacional, que sean coherentes con la naturaleza de los derechos.

Creo importante resaltar que, si bien éste artículo se refiere de forma expresa a “los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos”, éste principio es aplicable a todos los derechos protegidos en la Convención según el ex miembro de la Corte Interamericana, Juez Rodolfo E. Piza Escalante que manifiesta “debe ser aplicado a cualquiera de los derechos civiles y políticos consagrados en la Convención Americana”⁶.

⁶ CDESC, Observación General No. 3, Párr.9.

⁷ Corte I.D.H., Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984 (Ser. A) No. 4 (1984), Párr. 6.

La Comisión en igual manera sostiene que “el desarrollo progresivo de los derechos no se limita a los económicos, sociales y culturales. El principio de progresividad es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos a medida que se elaboran y amplían. Los tratados sobre derechos humanos con frecuencia incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos

Además, en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena el 25 de junio de 1993, se establece que:

“todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma global y de mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.⁹

Con lo cual queda clara la aplicabilidad en sentido amplio de este principio tanto para derechos civiles y políticos; cuanto para económicos, sociales y culturales.

Por otro lado, este principio guarda estrecha relación con el artículo II de la Convención que expresa:

Artículo II.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.- Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo I no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes **se comprometen a adoptar**, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, **las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias** para hacer efectivos tales derechos y libertades. (el énfasis es mío)

En cuanto a éste artículo, debe recordarse que los Estados Partes asumieron, junto la obligación de “respetar los derechos y libertades reconocidos” en la Convención, el de “garantizar su libre y pleno ejercicio” (art.1.1), lo cual debe interpretarse, a la luz de dicho artículo 2, como también el compromiso de “adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para **hacer efectivos** tales derechos y libertades. Su diferencia con el artículo 26 es que aquí las medidas están dirigidas a el “logro progresivo” de los derechos, mas no a su efectivización, como en este artículo se trata. De esta manera, al deber negativo de no irrespetar, se suma el positivo de garantizar y, por ende, de ir garantizando, cada vez mejor y con más eficacia, aquellos derechos y libertades.

Por otro lado, teniendo en cuenta la necesidad de afianzar cada vez más el sistema, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“el Protocolo de San Salvador”), aprobado por la Asamblea General en 1988, indica un nuevo compromiso dentro del sistema interamericano de derechos humanos para hacer valer tales derechos. El Protocolo compila en forma de tratado los principios de igualdad social y los derechos individuales establecidos en anteriores instrumentos de derechos humanos, incluida la Carta de la OEA y resoluciones de la Asamblea General. El artículo 1 del Protocolo de San Salvador estipula que:

⁹ Declaración y Programa de Acción de Viena (parte I, Párr. 5), aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 25 de junio de 1993. [A/CONF.157/24 (Part I), cap. III].

"Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, ***hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente***, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo".(el énfasis es mío)

En otras palabras, según éste artículo, el principio de progresividad exige que, a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos, porque garantizar los derechos humanos exige en la mayoría de los casos un gasto público destinado a programas sociales.

A manera de conclusión diré que, una vez que se determine el contenido mínimo esencial de un derecho, es obligación del Estado respetar ese contenido mínimo, e ir tomando medidas de todas las índoles para lograr el desarrollo progresivo de ese contenido. A modo de ejemplo, en nuestro país, se fijó un contenido mínimo del derecho alimentación de los niños/as de las escuelas fiscales mediante el PAE (Programa de Alimentación Escolar), con el cual se dotaría a los niños/niñas del desayuno y almuerzo, que contiene las calorías, proteínas y vitaminas básicas para su buen desenvolvimiento educativo, pero, en el Gobierno de Lucio Gutiérrez se hizo un recorte presupuestario, eliminando éste Programa y destinando sus fondos a la adquisición de "picos y palas" para dotar a los campesinos de estas herramientas. La alimentación ya fue un derecho adquirido de los niños/niñas, por lo que era obligación del Estado lograr un "desarrollo progresivo" de este derecho, puede ser aumentando el valor nutricional de la ración diaria de alimento, extendiendo el programa para que hayan mas beneficiarios, entre otros, pero al eliminar el PAE, se atenta contra el Principio de Progresividad.

CARACTERÍSTICA DE LIQUIDEZ EN LAS OBLIGACIONES DE DAR NO DINERARIAS Y DE HACER

Dr. Ernesto Guarderas Izquierdo

La parte final del Art.413 del Código de Procedimiento Civil manifiesta que además de las obligaciones de dar una suma determinada o determinable de dinero, propias del juicio ejecutivo, son susceptibles de ejecución a través del mencionado juicio, las *obligaciones de dar y hacer alguna cosa*.

En efecto, esta disposición, luego de enumerar varios títulos ejecutivos, finaliza diciendo: “...las *actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa; y los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de título ejecutivo.*”**(lo subrayado es mío)**

Es decir, nuestro Código no limita la ejecución por vía ejecutiva a las obligaciones de dar una suma de dinero, como ocurre en otras legislaciones. Por el contrario, nuestro Código de Enjuiciamientos en Materia Civil del año 1892, en su Art.498, ya contenía la disposición, que luego se recogió en otras legislaciones de países de nuestro continente, de que la ejecución en juicio ejecutivo alcanzaba también a las obligaciones de dar o hacer alguna cosa. Cabe destacar que esta norma no incluyó, desde aquel entonces y hasta la actualidad, a las obligaciones “de no hacer”, lo cual demuestra la intención del legislador de excluir expresamente a esta clase de obligaciones de la posibilidad de ejecutarse por vía ejecutiva. Por lo que, definitivamente, esta clase de obligaciones no son susceptibles de ejecución en juicio ejecutivo, de acuerdo a nuestra legislación.

Ahora bien, en la práctica, son pocos los juicios ejecutivos en que la pretensión del actor es única y exclusivamente que el demandado o ejecutado entregue un bien mueble o inmueble, o haga una cosa determinada, sin importarle el valor de la cosa que se va a entregar o de la que el deudor se obligó a hacer. Lo que le interesa al actor es la cosa “per se”, no su valor económico. Por lo tanto, busca que el juez condene al ejecutado a la entrega o la hechura de la cosa, nada más.

A pesar de que en nuestra legislación, desde el siglo pasado, ya existió la posibilidad legal de ejecutar obligaciones de dar una cosa, diferente al dinero, y de hacer alguna cosa, por vía ejecutiva, este tema ha sido materia de discusión y análisis por tratadistas del siglo XX, quienes veían como un avance procesal a esta posibilidad. En efecto, el procesalista argentino Hugo Alsina, sobre este tema, manifiesta lo siguiente:

“a) La sentencia puede condenar a dar, hacer o no hacer, y hemos visto que su cumplimiento varía según la naturaleza de la prestación.

Substituyendo el título convencional a la sentencia, el reconocimiento contenido en él puede referirse, igualmente, no sólo a la obligación de pagar una suma líquida de dinero, sino a la de

dar una cosa determinada, de hacer o de abstenerse de hacer alguna cosa. Jurídicamente no existe ninguna diferencia substancial entre ambas situaciones, desde que la declaración judicial por la sentencia es sólo necesaria cuando se desconoce el derecho o su extensión.

b) Sin embargo, la legislación procesal, en general, autoriza el juicio ejecutivo únicamente respecto de las obligaciones de dar sumas de dinero, y son contados los códigos que lo extienden a las obligaciones de dar cosas ciertas, como el de Chile (arts. 455 y 459); el de Uruguay (arts. 1309 a 1315); etc. En Italia se permite aun tratándose de obligaciones de hacer o no hacer, pero siempre que se funde en una sentencia (arts. 605 a 614), que es un título ejecutivo (art. 474).

c) El movimiento renovador de nuestra legislación procesal, se ha puesto también de manifiesto en esta materia, pues los códigos más modernos extienden el campo de acción del juicio ejecutivo.

Así, el de la providencia de Santa Fe disponía en su art. 272 (2): "Se puede proceder ejecutivamente cuando se demande por obligaciones exigibles de dar cantidades líquidas de dinero, cosas o valores, o por obligación de otorgar escritura pública, siempre que la acción se deduzca en virtud de título que traiga aparejada ejecución". En la exposición de motivos se explica que a este último supuesto se limita la extensión tratándose de obligaciones de hacer. Una disposición análoga contiene el art. 443 del código de Santiago del Estero.

El de Jujuy dispone: "Procederá el juicio ejecutivo cuando se demande una cantidad líquida y exigible de dinero, valores o cosas de las que se pesan, miden o cuentan (art. 471). El de La Rioja expresa: "Se puede proceder ejecutivamente, en la forma que establece el presente código y siempre que la acción se deduzca en virtud de título que traiga aparejada ejecución: 1º) cuando se demanda por obligación exigible de dar cantidad líquida de dinero, cosas o valores; 2º) cuando se demanda por obligación exigible de dar cosa cierta y determinada." (art. 394).

d) El código de procedimientos de la Capital sólo autoriza el juicio ejecutivo cuando se demande una cantidad de dinero (art. 464) (2/1), líquida y exigible (art. 475), que conste de un documento que traiga aparejada ejecución (art. 465). Vamos a examinar cada uno de estos requisitos en el párrafo que sigue."²

Luego, este mismo autor, al señalar las condiciones de la acción ejecutiva, ratifica que en un título ejecutivo solo cabe que se consigne una obligación de dar una suma de dinero, puesto que el Código de la Capital -refiriéndose al de Buenos Aires- no autoriza tal procedimiento tratándose de obligaciones de dar cosas, de hacer o de no hacer, cuyo cumplimiento -según él- debería exigirse en juicio ordinario.³

Definitivamente esto último no es aplicable a nuestra legislación en la cual, como ya se dijo, se permite por ley, que la ejecución en juicio ejecutivo alcance también a las obligaciones de dar cosas, diferentes al dinero, o de hacer alguna cosa.

Por otro lado, nuestro Código de Procedimiento Civil en su Art.415 dispone que la obligación, para su ejecución por vía ejecutiva, debe ser clara, pura, determinada, líquida y de plazo vencido, de ser el caso.

Cuando la ejecución comprende la obligación de dar una suma determinada o determinable de dinero, la característica de liquidez es fácilmente apreciable. En efecto, Velasco Célteri, autor ecuatoriano, sostiene que la obligación es líquida cuando la cantidad está fijada en el mismo documento que se va ejecutar o es liquidable, cuando en el propio documento se encuentran establecidos los parámetros que con fáciles operaciones aritméticas nos permitan llegar al valor reclamado, como por ejemplo, cuando dentro del título ejecutivo se especifique el interés que el deudor pagará y el plazo sobre el cual debe aplicarse dicho interés.⁴ Este criterio es también

² ALSINA Hugo, Derecho Procesal. Tomo V. Páginas 187 y 188

³ Ibidem, Página 189

⁴ VELASCO Emilio, Sistema de Práctica Procesal Civil, Tomo III, Página 196

⁵ ROCCO Hugo, Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo IV, Página 145

⁶ Ibidem

sostenido por los civilistas Alessandri, Abeliuk, Ospina Fernández, Tamayo Lombana y Meza Barros, cuando explican sobre la característica de liquidez de las obligaciones recíprocas que se deben las partes para que opere la compensación legal.

La jurisprudencia de nuestro país ha acogido plenamente este criterio. A continuación transcribo una jurisprudencia del año 1925, publicada en la Gaceta Judicial, Año XXIV, Serie IV, No. 186, pág. 1.491, que ratifica lo dicho:

"... Como lo observa la Corte Superior, ni la una ni la otra excepción se apoyan en fundamento legal en la citada sentencia de fojas 21, se declaró que el deudor pague mil ciento sesenta sures y los intereses estipulados, a razón del interés del uno por ciento mensual, intereses que deben ser computados, por lo convenido en el documento de fojas 16, del mencionado juicio ordinario desde el 20 de Agosto de 1910 en el que fue otorgado; dicho instrumento, y la deuda indicada es líquida ya que para determinar el monto de los intereses, habida cuenta del capital y tiempo conocidos, es suficiente una sencilla operación aritmética, cuya falta no obsta, en manera alguna, a la condición de ser líquida la deuda. Por lo que concierne a la aceptación de la calidad de heredera de Rosa Elena Toledo, la copia de fojas 1a. del juicio ejecutivo, hace plena fe del hecho jurídico que la contiene, pues además de haberse conferido la copia por el mismo Escribano ante quien se otorgó la escritura, está derogado el inciso 2o. del artículo 178 del código de enjuiciamientos civiles; y comprobado por lo expuesto, la enajenación que la Toledo ha hecho de un bien hereditario, este acto de heredera implica la aceptación de la herencia, como lo prescriben los artículos 1231 y 1234 del Código Civil; heredera contra quien es ejecutivo del título que lo era contra su antecesor (artículo 1367 del mismo Código). Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se confirma, con costas, la sentencia recurrida. Legalizado este papel, devuélvanse." (lo subrayado es mío)

Pero, si bien esta característica de liquidez es perfectamente entendible cuando se trata de una obligación dineraria, la interrogante es cómo se la debe entender cuando se pretende ejecutar por vía ejecutiva obligaciones de dar alguna cosa, no dinero, y de hacer alguna cosa.

La primera posibilidad, y la más cómoda, es sostener que esta característica no es aplicable a las obligaciones de este tipo, por no ser dinerarias y puesto que el concepto de liquidez, es de carácter económico, no jurídico. En tal caso, los juzgadores no siquiera deberían referirse a ella en sus fallos. Sin embargo, en la práctica si lo hacen, pues, de lo que he podido observar, no existe sentencia alguna, dictada en juicio ejecutivo, en que un juez haya dejado de referirse a las características que, según el Art.415 del Código de Procedimiento Civil, deben reunir las obligaciones que se tramitan por esta vía, entre las cuales, obviamente se encuentra su liquidez

La segunda posibilidad es, entonces, sostener que esta característica si es apreciable en las obligaciones materia de nuestro estudio. En realidad, es una práctica común en nuestro medio, sin importar si la obligación que se ejecuta es de dar una suma de dinero, o de dar o hacer alguna cosa, que los jueces de primera y segunda instancias, en forma general y sin mayor explicación, manifestando que la obligación que se demanda es *clara, pura, líquida, determinada y de plazo vencido, y por lo tanto ejecutable por la vía ejecutiva*, acepten la pretensión del actor. De ello se concluye que en la práctica, los jueces, si bien en sus fallos se refieren a esta característica de liquidez, cuando se demanda la ejecución de obligaciones de dar alguna cosa, diferente a dinero y de hacer alguna cosa, no explican cuáles son los criterios utilizados para concluir que las obligaciones de esta clase son líquidas.

Pasemos entonces a analizar conceptos que varios autores han vertido sobre la característica de liquidez en una obligación de dar alguna cosa, no dinero, o de hacer alguna cosa, que pueden servir a futuro, a nuestros jueces, para que sienten jurisprudencia sobre este tema.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, obligación líquida es *"aquella cuyo objeto está constituido por cosas determinadas en su especie, cantidad y calidad"*. (lo subrayado es mío)

Este concepto, sin duda, limita la característica de liquidez a las obligaciones de especie, lo cual, como veremos más adelante, no es aceptado en otras legislaciones, como la colombiana. Además es importante desde ya, tomar en cuenta, que este concepto encierra la idea de determinación de las cosas, no solo en especie, sino también en cantidad y calidad.

Rocco, refiriéndose al contenido del título ejecutivo, analiza la certeza, liquidez y exigibilidad del derecho contenido en él. Y sobre la liquidez, expresa: *"En lo que atañe a la liquidez del derecho, hay que hacer notar que un derecho puede ser cierto, es decir resultante de un documento que consagre su certeza, pero no ser líquido. La iliquidez importa que el derecho, aún siendo cierto, o presumiblemente cierto, en su existencia, sea, en cambio incierto en su cualidad y cantidad, de manera que deba procederse a su determinación cualitativa y cuantitativa."*⁵ **(lo subrayado es mío)**. Con una nota explicativa a este criterio, añade: *"En el lenguaje de la física, la liquidez sirve para indicar uno de los tres estados de agregación de la materia (sólido, líquido y gaseoso). En el lenguaje jurídico es ilíquido todo lo que, aún siendo cierto en su existencia, es incierto en su monto"*⁶

Si bien este autor se refiere a la liquidez del derecho y no al objeto del mismo, debe entenderse que tal característica se refiere a éste. De allí que, coincidentemente con el anterior concepto, éste último expresa que la liquidez importa que el objeto del derecho, esté *determinado en su calidad y cantidad*. Ya no se habla aquí de la determinación de la especie.

Carnelutti, respecto al concepto de liquidez expresa: *"...se refiere, en particular, al modo de ser del objeto tal que consienta la sustitución del juez al obligado en la satisfacción del acreedor"*⁷. Como nota explicativa sobre este concepto añade: *"Trato de precisar sobre este punto la noción de la liquidez expuesta en las Istituzioni, en el lugar ahora citado, refiriéndome según mi costumbre, al significado propio de líquido y liquidez como modo de ser de lo que se presta a ser trasvasado; precisamente con el proceso de ejecución se sustituye el juez en la actividad dirigida a la satisfacción del acreedor y por eso la obligación debe ser de tal de prestarse a esa sustitución."*⁸

No comparto este concepto, puesto que es poco práctico y apegado al concepto físico de la palabra liquidez.

Sobre este tema he encontrado una jurisprudencia del año 1955, publicada en la Gaceta Judicial, año LVIII, serie VIII, No.8, pág.739, cuyo extracto dice:

"Entre los requisitos necesarios según la ley para que proceda demanda ejecutiva está el de que la obligación sea líquida. Cierto que la liquidez no se ha definido en la ley, más, es doctrina admitida ya en nuestro foro que el concepto de líquidas se aplica a las cosas claras, ciertas en su cantidad y valor, por modo que baste enunciarlas para saber en que consisten y cual es el valor y cantidad. La cónyuge sobreviviente no tiene calidad de heredera y en el presente caso la viuda ha sido demandada como tal heredera, sin que se haya presentado prueba de la existencia de una asignación testamentaria para ella a título universal hecha por su fallecido esposo; la obligación demandada no es clara ni es líquida y, por lo mismo, no reúne las condiciones exigidas por la ley para ser ejecutiva; pues, aún en el caso de que el actor hubiera tenido derecho a deducir la demanda, sería imposible determinar la cantidad o valor de la cuota a que hubiera de condenarse a la viuda y heredera." **(lo subrayado es mío)**

Si bien esta jurisprudencia no aclara el tema, resulta interesante como se pretende equiparar la característica de liquidez de la obligación a la idea de que a través de ella se debe saber con exactitud en que consiste la cosa debida y cuál es su valor y cantidad.

Luego de analizar estos conceptos y la respectiva jurisprudencia, concluyo que la característica de liquidez exigida por el Art.415 del Código de Procedimiento Civil en las obligaciones de dar una cosa, no dinero y de hacer alguna cosa, conlleva la determinación de la cosa que se debe dar o hacer al menos en su cantidad y calidad, entendiéndose además que esta determinación

⁵ CARNELUTTI Francesco, Derecho Procesal Civil y Penal. Tomo I, Página 361

⁶ Ibidem

a su vez conlleva la seguridad del juzgador de saber qué es lo que el deudor se obligó a entregar o hacer.

Por otro lado, el hecho de que en todos estos conceptos de liquidez de la obligación aparezca la idea de determinación de la cosa que se debe, ya sea en especie, ya en cantidad, ya en calidad, nos permite concluir que esta característica de liquidez incluye, inevitablemente, la característica de determinación de la cosa debida. En otras palabras si el juez llega a la conclusión de que la obligación es líquida es porque la obligación es determinada, entendiéndose que la determinación se refiere al objeto debido. De allí que considero que es un error de nuestro Código de Procedimiento Civil exigir que la obligación que se va a ejecutar sea determinada y líquida, pues es suficiente que se exija que sea líquida.

Recordemos ahora que en la obligación de especie o cuerpo cierto se debe un individuo determinado de un género determinado, es decir en las obligaciones de esta clase, la cosa debida está perfectamente individualizada o determinada, por tanto su calidad está también perfectamente individualizada o determinada y si se debe solo una especie, su cantidad también se encuentra determinada .

De allí que la característica de liquidez se cumple a la perfección en las obligaciones de especie, siempre y cuando se indique con precisión si se debe una o más de las especies. Más aún, Velasco Céleri manifiesta que cuando la ley exige que la obligación sea determinada, para que sea ejecutable por vía ejecutiva, se refiere a que debe tratarse de una obligación de especie o cuerpo cierto, no de género.⁹ Este criterio, como lo veremos más adelante, no se acepta en otras legislaciones. En otras palabras, si se demanda la entrega de una especie o cuerpo cierto o la hechura de una especie o cuerpo cierto, o de varias, sabiéndose con exactitud su número, la característica de liquidez automáticamente se encuentra cumplida. Un ejemplo de esto sería si se demanda la entrega (con o sin transferencia de dominio) de un vehículo perfectamente individualizado. Naturalmente la cantidad y calidad del objeto debido estarían perfectamente determinadas; o si se demanda ejecutivamente que el deudor pinte un cuadro y en el contrato constan perfectamente determinadas las características del mismo, como sus dimensiones, el material a utilizarse y el contenido de la obra.

Analicemos ahora si en las obligaciones de género se puede encontrar esta característica de liquidez. Al respecto el procesalista colombiano Jaime Azula Camacho expresa que el requisito necesario y de fondo para que exista el título ejecutivo es que la obligación contenida en él sea clara, expresa y actualmente exigible. Como se puede observar la característica de liquidez no aparece en la legislación procesal colombiana. No obstante, ésta se equipara, conceptualmente, a la característica que nos trae el Código de dicho país, de que la obligación debe ser expresa. En efecto, este autor añade: *“Obligación expresa quiere decir que esté determinada sin lugar a dudas en el documento. Se descartan, por tanto, las implícitas o presuntas, salvo la confesión ficta, que se presenta cuando el deudor no comparece en el día y hora que le señala el juez para absolver el interrogatorio solicitado por el acreedor como prueba anticipada o, aun cuando se haga presente, no contesta o responde con evasivas las preguntas asertivas y se le hace y deja constancia de esa prevención”*.¹⁰ **(lo subrayado es mío)**

Este mismo autor, respecto a las obligaciones exigibles ejecutivamente, dentro de las obligaciones de dar, enumera a las obligaciones de género, indicando lo siguiente:

“Obligaciones de género. Las consagra el mismo artículo 493 del Código de Procedimiento Civil, al preceptuar que si la obligación es de “dar bienes de género distinto del dinero”, indicando luego lo que puede reclamar el demandante.

Se entiende por obligación de género, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1565 del Código Civil, “un individuo de una clase o género determinado”, por ejemplo, cincuenta cargas de trigo.

Esta clase de obligaciones exige que en el correspondiente documento conste, sin lugar a dudas, el género y la cantidad de bienes adeudados, aunque no es indispensable, según lo expresamos

⁹ VELASCO Emilio, Sistema de Práctica Procesal Civil, Tomo III, Página 195

¹⁰ AZULA CAMACHO Jaime, Manual de Derecho Procesal. Tomo IV, Página 15

*en anterior ocasión, que se indique la calidad, pues, a falta de ella, se entiende que son de mediana.*¹¹

De lo dicho se desprende que en la legislación procesal colombiana también son susceptibles de ejecución, a través de juicio ejecutivo, las obligaciones de género, eso siempre y cuando el género esté determinado en cantidad. Esta tesis es contraria a lo sostenido por Velasco Céleri, quien aduce que cuando la ley ecuatoriana exige que la obligación sea determinada se refiere a que la obligación debe ser de especie.

Aún cuando es aceptable el criterio de este autor de que las obligaciones de género son ejecutables también en juicio ejecutivo, por así disponerlo la ley procesal colombiana, lo cual no está claramente establecido en nuestra ley, no comparto su criterio, en el sentido de que también es ejecutable la obligación de género, aún cuando la calidad no esté determinada, debiendo en tal caso aplicarse el Art. 1525 de nuestro Código Civil, esto es que la cosa debida sea de calidad mediana.

El análisis hasta aquí desarrollado, puede también aplicarse a ciertas normas del Derecho Civil, como por ejemplo el Art. 1672 del Código Civil que expresa las calidades que deben reunir las deudas recíprocas de las partes para que opere la compensación legal, una de ellas la fungibilidad y otra la liquidez del objeto de la obligación. Sobre ellas Meza Barros, desarrolla lo siguiente:

“Fungibilidad del objeto de las obligaciones.- Las obligaciones deben ser de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas del mismo género y calidad.

La compensación es un pago doble y recíproco; por lo mismo, cada acreedor no puede ser obligado a recibir en compensación una cosa que no estaría obligado a recibir en pago.

El objeto de las recíprocas obligaciones debe ser, pues, de tal manera semejante que pueda servir, indistintamente, para satisfacerlas ambas.

Sólo tiene lugar la compensación, por tanto, en las obligaciones de género, pero como se comprende, no es bastante que ambas obligaciones sean genéricas.

Las cosas genéricamente debidas han de ser de la misma clase y, todavía, si se ha expresado la calidad, ésta ha de ser idéntica. No puede compensarse la obligación de pagar 10 toneladas de trigo con la de pagar 10 toneladas de maíz y, tampoco, la de entregar 100 arrobas de vino Semillón con la de dar igual cantidad de vino Burdeos.

No cabe la compensación en las obligaciones de especie o cuerpo cierto; tampoco son compensables las obligaciones de hacer y de no hacer.

Liquidez de ambas obligaciones.- Una obligación es líquida cuando es cierta en cuanto a su existencia y a su cuantía.

Las obligaciones deben ser ciertas en cuanto a su existencia. No es líquida, por este motivo, la obligación discutida, como la de indemnizar los perjuicios derivados de un delito o cuasidelito, que se debate judicialmente.

*Pero no es bastante que la existencia de la obligación conste fehacientemente; es preciso que sea también cierto su monto. No es líquida la obligación de indemnizar perjuicios, reconocida en una sentencia judicial, que reserva la discusión del monto de los perjuicios para la ejecución del fallo o para un juicio posterior.”*¹²

Cabe recordar que de acuerdo con la parte final del segundo inciso del Art.486 de nuestro Código de Procedimiento Civil, la compensación y la confusión pueden alegarse como

¹¹ Ibidem, Páginas 19 y 20

¹² MEZA Ramón, Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones. Páginas 426 y 427

excepciones en el juicio ejecutivo, lo cual nos permite concluir, que también en nuestra legislación, se admite la posibilidad de ejecutar, a través de juicio ejecutivo, obligaciones de género, es decir, cuando el deudor debe dar un individuo indeterminado de género determinado, siempre y cuando el individuo indeterminado, esté determinado al menos en cantidad y calidad.

En conclusión, por un lado, nada obsta para que a través de juicio ejecutivo se demande la ejecución o cumplimiento de una obligación de dar una cosa diferente al dinero o de hacer una cosa. Por otro, la liquidez es una característica que siempre debe ser analizada por los jueces para definir que las obligaciones de esta clase reúnen las condiciones de ejecutividad.

Finalmente, una obligación de esta clase es líquida siempre que el objeto de la obligación se encuentre determinado al menos en cantidad y calidad. Naturalmente, siempre una obligación de especie, cuando esté determinada su cantidad, cumplirá la característica de liquidez, en tanto que en la obligación de género, aceptándose previamente que ésta es ejecutable a través de juicio ejecutivo, se debe cuidar que el individuo indeterminado que se debe dar, esté determinado en cantidad y calidad.

¿SON ILEGÍTIMOS LOS COSTOS ADICIONALES EN LOS CRÉDITOS?

Carmen Elena Falconí

Ante la existencia de mercados de crédito, dado por las distintas preferencias que tiene las familias y las empresas entre el consumo presente y futuro, siempre existirán prestamistas y prestatarios. Así, las familias y empresas toman su decisión de ser ahorradores o prestatarios, de acuerdo al precio que se pague en el mercado por dar un crédito, o el precio por solicitarlo. Este precio es lo que se denomina tasa de interés.

Por lo tanto, la tasa de interés es una tasa de retorno anual, en un porcentaje que se recibe cuando se da dinero en préstamo o cuando se invierte¹.

La tasa de interés suministra información de gran importancia, pues indica la tasa a la cual una familia puede negociar su poder adquisitivo presente, por su poder adquisitivo futuro. Así, la tasa de interés cumple con la función de distribución o asignación, debido a que ayuda a la sociedad a decidir como distribuir bienes y servicios a través del tiempo.

Adicionalmente a la tasa de interés existen costos extras, ya sea al momento de invertir el dinero en una institución financiera o al solicitarlo como préstamo. Estos costos son conocidos como cargos asociados por servicios o al crédito.

En primer lugar, veamos que tipos de tasas de interés existen en el mercado y que función desempeñan.

La tasa de interés activa o de colocación, es la que reciben los intermediarios financieros de los demandantes por los préstamos otorgados. La tasa de interés activa debe ser siempre mayor que la tasa de interés pasiva, ya que permite al intermediario financiero cubrir los costos administrativos, dejando una utilidad, esta diferencia se denomina margen de intermediación financiera o spread.

La tasa pasiva o de captación, es la que pagan los intermediarios financieros a los oferentes de recursos por el dinero captado, es decir, es la tasa que reciben los depositantes por su dinero que en parte representa el capital de trabajo de las instituciones del sistema financiero.

Existe también una tasa de interés tope denominada Tasa Máxima Convencional, que es la tasa de interés máxima bajo la cual los bancos pueden dar créditos a sus clientes. Es calculada mensualmente por el Banco Central, en base al resultado de la tasa activa referencial vigente en la última semana completa del mes anterior más un recargo del 50%. Si una institución financiera cobra una tasa superior a la tasa máxima convencional establecida, se lo considera usura.

Otra tasa de interés es la Tasa Legal, la cual corresponde a la tasa activa referencial de la última semana completa del mes anterior. Esta tasa rige por un mes calendario, y es una tasa de

¹ Miller / Pulsinelli, "Moneda y Banca". McGraw - Hill. Capítulo 6 Tasas de interés, 1992.

cumplimiento obligatorio, se la emplea como tasa de interés en los procesos legales, cuando no se ha cumplido con obligaciones de deudas contraídas.

Dado que las tasas de interés deben publicarse semanalmente, existen tasas referenciales tanto activa como pasiva. La tasa activa referencial, es el promedio ponderado semanal de las tasas de operaciones de crédito, con un plazo de 84 a 91 días otorgadas al sector corporativo. Y la tasa pasiva referencial, igual a la tasa nominal² promedio ponderada semanal de todos los depósitos a plazo de los bancos privados, captados entre 84 y 91 días.

Así las tasas de interés vigentes para la última semana del mes de mayo del 2006 se encuentran expuestas a continuación:

TASA	%
Activa referencial	7,42
Pasiva referencial	4,32
Máxima Convencional	13,76
Fuente : Banco Central	

Con todo lo anteriormente expuesto, queda claro que las tasas de interés son los costos que se deben pagar por la captación y colocación del dinero, pero a estos valores hay que sumarle los costos extras existentes al momento de solicitar un crédito o mantener una cuenta bancaria, que a mi parecer son ilegítimos. Pues si bien es cierto que tanto la tasa de interés cobrada, como los costos por servicios o cargos asociados al crédito por las instituciones financieras están dentro del marco legal. Esto no implica que sea lo óptimo para el desarrollo de una economía, pues a más del elevado margen financiero del cual ya se benefician las instituciones mencionadas, también obtienen un ingreso por concepto de costos y servicios adicionales, aumentando de esta manera el porcentaje que debe pagar una persona natural o jurídica como costo, al momento de acceder a un crédito.

Es importante mencionar que la legalidad del cobro de los costos adicionales se establece en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, según la cual las tasas de interés para operaciones activas y pasivas son de libre contratación, pero no deben sobrepasar a la tasa máxima convencional. Además se aclara que todas las instituciones del sistema financiero deberán especificar claramente en los documentos que respalden sus operaciones activas y pasivas; los montos, plazos, tasa de interés entre otros, y de incluir cualquier otra información necesaria para que el cliente pueda determinar con facilidad el costo total de la operación.

Por otra parte, como consta en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, en el Título V de Las Operaciones y Funcionamiento de los Servicios Financieros, la comisión por servicios financieros por otorgamiento de créditos, es la remuneración percibida a cambio de los mismos. La mencionada comisión **es determinada por libre negociación con los clientes**. Adicionalmente, las comisiones y gastos que se cobren deben corresponder a servicios reales efectivamente acordados y prestados. Así también, las comisiones establecidas por cada institución del sistema financiero, correspondiente a los distintos servicios que presten, deben constar en un folleto con información clara, concreta y completa de todos los costos en los que se incurre al momento de solicitar un crédito.

El folleto de costos financieros y operativos, debe presentar la tasa máxima del producto crediticio con mayor demanda, la tasa fija y la tasa variable, el plan de pagos, la tasa en caso de mora, los gastos de cobranza, y los cargos asociados al crédito, dentro de los cuales consta: comisiones, seguros, impuesto a las operaciones de crédito y otros servicios¹.

² Tasa nominal: Tasa de intercambio entre un dólar presente y un dólar en el futuro. Tasa nominal= tasa real + inflación. De no existir inflación la tasa nominal sería igual a la tasa real.

Consecuentemente, de acuerdo a un análisis realizado con base en los folletos publicados por los principales bancos del Ecuador, vigentes a partir del mes de octubre de 2005, se puede observar que:

Un crédito comercial corporativo en el mejor de los casos, es decir, ante una situación favorable para el demandante del crédito, paga una tasa de interés del 13.76%, más un 1% de comisiones e impuestos, sumando así un costo por el préstamo de 14.76% anual. Y, en el peor de los escenarios, el costo final del mismo préstamo sería de 16.76% anual; montos que exceden la Tasa Máxima Convencional Vigente (13.76%)⁴. Se debe tener en cuenta que los créditos comerciales corporativos, tienen tasas preferenciales por tener una mayor capacidad de pago ante el elevado nivel de ahorro.

De igual manera, al solicitar un crédito de consumo considerando los valores inferiores en los que se incurre al acceder al mencionado préstamo, la tasa de interés a pagar es de 12.05%, y los cargos adicionales pueden variar entre 3% y 6.67%, alcanzando así la tasa a pagar por acceder a un crédito de consumo un porcentaje completamente fuera de proporción, siendo el mismo equivalente a 15.05% o 18.27%, cifras que al endeudarse provocan una situación de sumo cuidado y reflexión, ya que el riesgo de no poder afrontar la obligación aumenta. Si bien, el crédito de consumo es una de las colocaciones con mayor riesgo, situación originada en el hecho de que el dinero así invertido no va a proporcionar un rendimiento que permita cubrir por sí sólo la obligación adquirida, la mayor posibilidad de pérdida por parte del prestamista puede ser compensada con otro tipo de requerimientos antes de acceder a un crédito o garantías, dada la asimetría de información.⁵

Las dos situaciones presentadas se repiten para los créditos, tanto de vivienda como microempresa. En el caso del crédito para vivienda la tasa activa inferior es del 9%, que al momento de considerar los valores asociados al crédito aproximadamente aumentará en 4 o 6 puntos, y se debe tener en cuenta que el cargo por otros servicios como avalúos, trámites y gastos legales, se estiman aproximadamente en 300 dólares⁶, variando de acuerdo al monto y a la entidad con la que se trabaje.

En lo referente al crédito destinado a la microempresa, el cargo o costo por acceder al mismo, incluida la tasa de interés activa puede variar entre 14.88% y 26.88%, debido a que la tasa de colocación utilizada en el último mes del año es de 13.76%, y las comisiones varían entre 5.40% y 12% dependiendo del plazo y el monto del crédito, a más de los valores correspondientes a seguros e impuestos.

Con fundamento en el análisis realizado, los costos adicionales (comisiones por asesoramiento y comisiones de crédito) deberían estar considerados dentro de la tasa de interés cobrada, y por tanto no exceder el valor de la Tasa Máxima vigente en la economía, pues es un porcentaje que igual se debe pagar mientras dure el período de endeudamiento, y al ser según la ley costos distintos, son cargos que ya constan en el costo de oportunidad de otorgar el dinero en préstamo.

Los impuestos y los seguros son cargos que quedan exentos de ser incluidos, en el caso de los primeros debido a su naturaleza de contribución con SOLCA, y en cuanto a los seguros, el

³ Entendiéndose por otros servicios aquellos no relacionados directamente con el acceso al crédito, pero que son ofrecidos con un valor o porcentaje de comisión por utilizarlos.

⁴ Banco Central del Ecuador

⁵ Asimetría de información: cuando uno de los agentes posee mayor información o información que otro de los agentes no posee.

⁶ Folletos informativos. principales instituciones financieras ecuatorianas, año 2005

desembolso es justificable siempre y cuando preserve el bien a favor del cliente y no de las instituciones financieras, caso en el cual el gasto debería ser cubierto por la institución a la que favorece, situación no especificada debidamente en la ley.

De esta manera está claro, que los ingresos por comisiones en las operaciones crediticias permiten aumentar los ingresos de las instituciones financieras, las que ya poseen un spread o ganancia bastante considerable, hecho evidenciado en que la máxima tasa que pagan a los cuenta habientes o personas naturales por su dinero es de 3% , siempre y cuando se exceda un monto considerable de dinero poseído en una cuenta bancaria, y la tasa pasiva promedio es de 1.75%. Evidentemente las tasas de captación mejoran si se invierte a largo plazo.

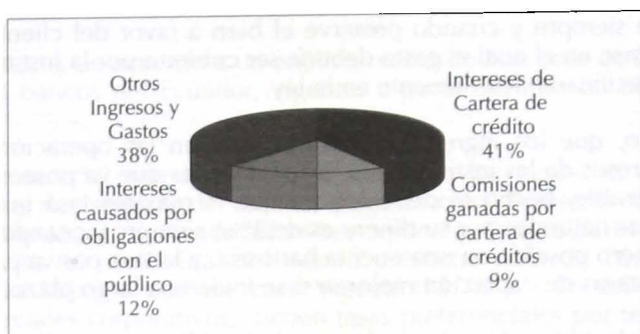
De esta manera el beneficio obtenido solo en base a los créditos otorgados evidencian un lucrativo negocio, a pesar de los altos costos y gastos en los que los intermediarios financieros deben incurrir, junto con la baja tasa de interés que reciben los recursos invertidos en el exterior , y ante la latente posibilidad de liquidez inmediata de los bancos para responder a una corrida de fondos inesperada, dada la inestabilidad del país, situaciones que en conjunto impiden pagar una mayor tasa pasiva.

El aumento de las comisiones en las operaciones de crédito y su mayor importancia a través del tiempo, se lo observa claramente en el estudio realizado en el mes de octubre del 2005 por el Banco Central del Ecuador "Evolución del crédito y tasas de interés", según el cual durante el año 2004 del total de los ingresos de la banca, el 13 % provenía de intereses, utilidades y comisiones en cartera, mientras que para octubre de esta año llegó a ser del 18%.

Se ratifica el hecho de que las instituciones financieras perciben una ganancia excesiva mediante los créditos otorgados y los cargos asociados al mismo, a través de los datos proporcionados por el boletín financiero del mes de noviembre del 2005, publicado por la Superintendencia de Bancos, donde se observa que del total de los ingresos obtenidos, el 40.43% provienen de intereses ganados mediante créditos, y el 8.69% provienen de comisiones ganadas a través de los créditos, sin tomar en cuenta los ingresos por servicios adicionales, pero al mismo tiempo queda claro que apenas el 11.38% del total de los ingresos obtenidos se destinan al pago de intereses causados por obligaciones con el público, es decir, es el monto que se destina al pago de intereses a los cuenta habientes, como se observa en el cuadro y gráfico a continuación expuesto.

DESGLOSE DE LOS INGRESOS PERCIBIDOS POR LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

	TOTAL	
	BANCOS	%
TOTAL INGRESOS	1.180.739	
INTERESES DE CARTERA DE CRÉDITOS	477.336	40,43%
COMISIONES GANADAS POR CARTERA DE CRÉDITOS	102.564	8,69%
INTERESES CAUSADOS POR OBLIGACIONES CON EL PUBLICO	134.389	11,38%
OTROS INGRESOS	445.512	37,73%
Fuente : Superintendencia de Bancos y Seguros, Boletín Financiero Noviembre 2005.		



Elaboración: El autor

Fuente: Superintendencia de Bancos y Seguros, Boletín Financiero Noviembre 2005.

Así, los cargos asociados a los créditos y los servicios adicionales, son costos ilegítimos aunque legales, pues a pesar de que las personas los aceptan antes de recibir un crédito, son costos adicionales en los que se debe incurrir necesariamente, ante la necesidad de capital para destinarlo a diversas actividades.

Consecuentemente, una posible solución sería establecer un límite a los cargos asociados al crédito, controlando de esta forma el costo que deben pagar las personas o empresas que necesitan acceder a un crédito, y al mismo tiempo permitiendo que los intermediarios financieros reciban un ingreso por sus servicios prestados, como es el objetivo de todo negocio y el de sus propietarios.

Es importante a la vez conocer que el Banco Central del Ecuador estudia la posibilidad de calcular y publicar tasas de interés activas referenciales y comisiones asociadas para cada tipo de crédito, dentro de los cuales constan: crédito comercial, crédito de consumo, crédito de vivienda y microcrédito. Acontecimiento originado en el factor de que la tasa de interés referencial publicada no refleja la realidad del costo de todas aquellas operaciones de crédito distintas al segmento corporativo⁷, que de acuerdo a las instituciones financieras origina el elevado costo de las comisiones, pues la capacidad de pago varía dependiendo del tipo de crédito y del deudor, provocando que el riesgo sea distinto en cada caso, hecho que determina el comportamiento de los intermediarios financieros, quienes segmentan el mercado en función de las diferentes demandas de financiamiento, de los niveles de riesgo y de los cargos asociados.

Por lo tanto, la misión del Sistema Financiero de cualquier nación es ser un mecanismo de intermediación financiera, que garantice el sistema de pagos y que genere financiamiento para el desarrollo social y económico. sus objetivos y las leyes que lo rigen deberían estar encaminadas además de generar un beneficio económico para sus accionistas, a permitir que los miembros de una sociedad que no poseen un gran patrimonio ni capital superávitario, puedan tener acceso a fuentes de dinero para tener un buen nivel de vida mediante el consumo de determinados bienes, el inicio de negocios y empresas, entre otras actividades.

⁷ "Los créditos corporativos dentro del mercado financiero tienen una muy baja representatividad". "Evolución del crédito y tasas de interés", Banco Central del Ecuador, Octubre 2005.

PEREZ BUSTAMANTE & PONCE

ABOGADOS

www.pbplaw.com

v. República de El Salvador 1082 y Naciones Unidas, Edif. Mansión Blanca

PBX: (593-2) 225 4323 / 226 0666, Fax: (593-2) 225 8038 / 224 4462

Quito - Ecuador

Corresponsalía nacional e internacional

Miembro de: Lex Mundi, InterLaw, Club de Abogados, INTA y ASIPI.

Dr. Rodrigo Salgado Valdez



*Juan León Mera 375 y Robles
Telf.: 252 6061 / 252 7954 / 223 1507*

rodsalval@andinanet.net
Quito - Ecuador



Centro de Arbitraje y Meditación
Fundación Antonio Quevedo

La Fundación se creó en 1988 para difundir el estudio y práctica del derecho en la sociedad ecuatoriana. Su actividad ha sido la publicación de obras jurídicas y actualmente el Centro de Arbitraje y Mediación.

La lista de árbitros y mediadores que poseemos garantiza la solución de sus conflictos comerciales, familiares de seguros y de toda índole con seriedad discreción y confiabilidad.

Nuestros costos y profesionalismo le permiten tener un acceso inmediato y razonable a los servicios de mediación y arbitraje: consúltenos

Centro de Mediación No 1 del Consejo Nacional de Judicatura
Centro de Arbitraje No 3 de la Federación de Cámara de Comercio

Dirección: Valladolid No 1244 y Coruña Teléfonos: 252 8766 / 222 4727
mediacionfaq@punto.net.ec
Quito - Ecuador

Dr Alejandro Ponce Martínez
PRESIDENTE

Dr Milton Castillo Maldonado
DIRECTOR

EL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

Esteban Argudo Carpio

Sostiene el autor español Jesús Rodríguez Cortezo, que si hay palabras mágicas que contribuyen a definir un período histórico, al término “tecnología” le corresponde este honor en el último cuarto de del siglo XX, porque se ha convertido en el referente más significativo de la posición de unos grupos humanos en relación con otros y en dato clave para estimar lo que se puede esperar en el futuro.¹

La sucesión de las innovaciones producidas en las últimas décadas del siglo pasado, a través de las llamadas nuevas tecnologías ha hecho que en la actualidad se incorpore en nuestro lenguaje común las expresiones “sociedad de la información”, “sociedad informática” o “era digital”. Si en su época todas las tecnologías fueron novedosas, es necesario iniciar esta exposición identificando al fenómeno que hoy se conoce como “nuevas tecnologías”.

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

Para Alberto Bercovitz, las nuevas tecnologías son aquellas que dan lugar a nuevos tipos de obras como son: el software, las bases de datos o las multimedias; otras facilitan la reproducción: copia, reprografía, escaneado; otros facilitan la comunicación al público, como el cable, la microonda, la fibra óptica y el satélite; y, por último, la digitalización de las obras, que permite su almacenamiento y transmisión convirtiéndolas en impulsos eléctricos. La combinación de estas diversas y nuevas tecnologías da lugar a lo que se denominan: autopistas o sociedad de la información.²

Esta confluencia de tecnologías, básicamente tiene que ver con un proceso sustentado en tres hechos: la digitalización de la información, los programas de ordenador y las redes de transmisión de banda ancha.

- **La digitalización**, que permite almacenar y transmitir toda clase de obras mediante su desmaterialización y transformación en impulsos eléctricos (bits) numéricos y la recuperación y reproducción de obras así almacenadas y transmitidas con absoluta fidelidad al original.
- **El software**, que gobierna los ordenadores y permite la digitalización y la transmisión, almacenamiento y reproducción de lo transmitido en estos aparatos.

¹ Rodríguez Cortezo, Jesús: “Las tecnologías de la Información: conceptos y usos”. Artículo publicado en el libro denominado “El Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías”. Ministerio de Cultura de España, 1996, pag. 29

² Ver: Bercovitz, Alberto: “Riesgos de las Nuevas Tecnologías en la Protección de los Derechos Intelectuales. La quiebra de los Conceptos Tradicionales del Derecho de Propiedad Intelectual. Soluciones Jurídicas”. Artículo publicado en el Libro: “El Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías” Ministerio de Cultura, Madrid, pag. 71.

- **Las redes digitales de banda ancha** multiplican las posibilidades de transmisión de datos, que se ven aumentadas por la digitalización que comprime las obras desde su forma original.

El resultado son las denominadas autopistas de la información o sociedad de la información, a través de las cuales cualquier usuario de la red, por medio de su ordenador personal puede recibir siguiendo sus instrucciones, toda clase de obras, casi instantáneamente, desde cualquier punto del planeta, de manera que pueda almacenarlas, simplemente oírlas, verlas y oírlas completas, reproducirlas en otros soportes distintos al computador, modificarlas a voluntad y retransmitirlas a quien desee, bien en la misma forma en que lo recibió, bien en la forma modificada por él. El ejemplo ya existente de autopistas de información es la red de Internet, surgida en los años sesenta en los USA bajo el nombre de ARPANET, que fue concebida y utilizada inicialmente con fines militares.

En la actualidad la red es de usos civiles y comprende todo el mundo, con millones de ordenadores integrados en ella.

LAS NUEVAS OBRAS Y SU PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR.

El software o programa de ordenador

La aplicación de las llamadas nuevas tecnologías han dado lugar a la aparición de una nueva clase de obra: el software. El software como ya conocemos, es un conjunto de instrucciones que interpretadas por las máquinas las adaptan para que realicen unas funciones determinadas. En definitiva, el software no es otra cosa que un texto escrito en un lenguaje especial bastante más sencillo que el utilizado por nosotros los humanos.

La Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, protege al software como obra literaria, así lo prescribe en el Art. 28, aunque como sostiene Alberto Bercovitz - al comentar la legislación de propiedad intelectual española -, esta calificación no tiene otro objeto que el de incluir el software bajo el Convenio de Berna con el fin de conseguir su protección a nivel internacional.³ Las diferencias fundamentales que esta protección presenta con la que se establece para las obras literarias en general, esta reconocida en la Ley de Propiedad Intelectual al dedicarle al software un parágrafo de disposiciones especiales, por lo que cabe manifestar con el autor citado, que el software o programa de ordenador constituye un nuevo tipo de obra protegida por el derecho de autor.

El Art. 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, estipula que los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Art. 2 del Convenio de Berna, protección que se aplica sin importar la forma de expresión. Este artículo está reforzado por una declaración concertada en la que se hace referencia a la conformidad que guarda este Art. 4 con el Art. 2 del Convenio de Berna y con las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC. Hay que recordar que el Art. 10 de los ADPIC, también determina que los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto serán protegidos y establece también el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de estos programas.

Nuestro legislador amplía esta disposición al otorgar la protección al software con independencia de que haya sido incorporado a un ordenador, cualquiera que sea la forma en que se encuentre expresado ya sea en forma legible por el hombre (código fuente) o en forma legible por la máquina (código objeto), ya sean programas operativos y programas aplicativos. Esta protección también se extiende para toda la documentación técnica de respaldo, como son los diagramas de flujo, planos, manuales de uso y en general a todos aquellos que conforman la estructura y secuencia del programa.

³ Ver: Idem, págs. 73 y 74.

Igualmente, en la Decisión 351 de la Comunidad Andina, se reconoce expresamente en el Capítulo XIII la protección de los programas de ordenador en los mismos términos que las obras literarias, bien se manifiesten como programas operativos o aplicativos, y en forma de código fuente o código objeto, remitiéndose además a la aplicación del Art. 6bis del Convenio de Berna para la protección de los derechos morales.

Las bases de datos

Las bases de datos también pueden mencionarse como un nuevo género de obra resultante de las nuevas tecnologías, aunque en esencia no son más que compilaciones de informaciones, datos u obras, cuyo contenido puede o no ser protegido por el derecho de autor. La protección que otorga el derecho de autor a las bases de datos, no abarca a los datos o materiales contenidos en la compilación y, aunque actualmente es un hecho controvertido en los niveles doctrinal y legislativo, es condición para la protección de las bases de datos el que presente originalidad en la forma de selección y disposición de las materiales compilados, en los términos establecidos en el Art. 2, apartado 5 del Convenio de Berna.

Las bases de datos pueden representarse por medios analógicos o digitales. El hecho de que las nuevas tecnologías han permitido que las bases de datos puedan compilarse por medios electrónicos, inciden en el nivel reforzado de protección que se les otorga, por la extraordinaria facilidad de copia que la misma tecnología digital permite.

Las bases de datos permiten incorporar una gran cantidad de materiales e informaciones de todo tipo, en formatos digitales que permiten comprimir los contenidos de la información, a los que puede accederse por medio de programas de ordenador para recuperarlos y reproducirlos.

Cuando las bases de datos incluyen obras o materias protegidas por el derecho de autor, requieren de la autorización de sus titulares de este derecho. La protección de las bases o compilaciones de datos esta contemplada en el Art. 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, TODA, y en el Art. 10. # 2 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Nuestra ley de Propiedad Intelectual y la Decisión 351 de la Comunidad Andina, reconocen en sus catálogos abiertos de obras protegidas a las bases de datos, aunque la norma comunitaria hace una mención especial a esta obra en el Capítulo VIII, dedicado también a los programas de ordenador (ver, Art. 28).

La obra multimedia.

Antonio Delgado Porras define a la obra multimedia *"... como creación unitaria, expresada mediante la reunión y fijación, en un medio digital, de elementos textuales, sonoros, de imágenes fijas o animadas, entre otros, pertenecientes, al menos, a dos de dichos géneros –cuyos elementos pueden constituir la expresión de obras o de prestaciones objeto de derechos conexos–, y de una propuesta de uso interactivo de dichos elementos ejecutable por un programa de ordenador."*

En una obra multimedia pueden confluir obras y prestaciones de distinta naturaleza: literarias, musicales, audiovisuales, fotográficas, interpretaciones, ejecuciones, representaciones, textos, obras gráficas, obras plásticas, software, etcétera. Lo que caracteriza a las obras multimedia es que gracias a la tecnología digital obras de diversa naturaleza pueden integrarse en un mismo soporte electrónico o formato digital, incorporando textos, sonidos e imágenes fijas o en movimiento, que además posibilitan que el usuario interactuar con el material fijado; desde esta perspectiva, la obra multimedia constituye de por sí una obra en coautoría, en la que colaboran distintos titulares a través de sus respectivas aportaciones, las que administradas por un software, permiten al público interactuar con la producción resultante.

Es fácil advertir la concurrencia de una cantidad de obras diversas y titulares diferentes que tienen la capacidad jurídica de ejercer los derechos que les correspondan cada cual, sobre sus respectivas aportaciones, lo que trajo como consecuencia el primer problema: cómo armonizar los intereses de los respectivos titulares a los efectos de la concesión de licencias, sea por derecho de reproducción o comunicación pública.

Por otra parte surgió de parte de los productores el deseo del establecimiento de la "ventanilla única", de manera de poder negociar con una sola parte, representativa de todos los titulares involucrados, las tarifas concernientes a las licencias por los derechos de reproducción.

Conforme con la legislación ecuatoriana, la creación multimedia podría ser considerada una obra en colaboración, si es que cada autor contribuyera con su aporte para una obra conjunta. No obstante, esta situación varía si en la obra multimedia se incorporaran obras preexistentes que no son creaciones originarias para la misma, pues en este caso la titularidad podría atribuírsela al productor; pero al no existir un tratamiento especial para la obra multimedia, como una nueva categoría de obra, nuestra legislación no define quienes son los autores o titulares, independientemente de los derechos de explotación que correspondan al productor de la misma.

Por todas estas características o peculiaridades, hay quienes consideran que la obra multimedia merecería – a la manera del software –, un tratamiento diferenciado o especializado en la ley, sobre todo, porque en la mayoría de los casos se integran en todo o en parte con el aporte de obras preexistentes, que deben contar previamente con la autorización de los titulares de derechos.

Otros consideran que la obra multimedia es una modalidad de compilación y como tal estaría protegida por el derecho de autor. No obstante, este criterio no se considera acertado, porque la creación multimedia no se limita a la selección y disposición de las obras preexistentes, sino que constituye una nueva obra, a la que se incorporan obras de distintas categorías que podrían ser creadas originariamente para formar parte de ésta.

Como vemos, siempre los avances tecnológicos traen consecuencias respecto del ejercicio de los derechos para los autores y en el caso de las obras multimedia aunque no se consideren una nueva categoría de obra, por su naturaleza distinta merecería por parte del derecho de autor un tratamiento especializado.

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET

Manifiesta José Luis Caballero, que para analizar la incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho de autor, siempre será necesario partir de la aclaración que el acto de transmisión en línea de obras o producciones amparadas por el derecho de autor a través del entorno digital, se encuentra invariablemente sujeto al ejercicio del derecho exclusivo que tiene el legítimo titular de autorizar o prohibir el uso de sus obras.

Esta aclaración, aparentemente innecesaria, es indispensable si se tiene en cuenta que a la fecha, muchos siguen considerando que en el entorno digital el acceso a la información es libre y gratuito, aun cuando incluya obras o producciones protegidas por el derecho de autor y por esta razón el uso y explotación de la información que allí se encuentra, está exenta de toda protección legal.⁴

⁴ Ver: Caballero Leal, José Luis "Aspectos Jurídicos de las Distribución en línea de Obras Literarias, Musicales, Audiovisuales. Bases de Datos, Producciones Multimedia": Ponencia presentada en el IV Congreso Iberoamericano Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos: La Propiedad Intelectual, un Canal para el Desarrollo Panamá, 15 a 17 de octubre de 2002

El alcance de los derechos patrimoniales existentes en el entorno digital a motivado las discusiones de distintos Comités de Expertos convocados por la OMPI, ha sabiéndose de que las nuevas tecnologías no solamente han propiciado la aparición de nuevos tipos de obras, sino también de formas de explotación hasta hace poco desconocidas, que no han tenido como consecuencia la aparición de una nueva categoría de derechos patrimoniales de autor o la disminución de los ya existentes. Así, algunos conceptos referentes a las modalidades de explotación tradicionalmente reconocidas en el entorno analógico han debido ampliarse, tal como ha ocurrido con el derecho de comunicación pública, definido como aquel a través del cual una obra es accesible a una pluralidad de personas, por medios que no consistan en la distribución de ejemplares. Este derecho, en su interpretación más amplia, comprende el derecho de representación pública, al derecho de exhibición pública, al derecho de ejecución pública, al derecho de radiodifusión así como al derecho de comunicación pública por medios inalámbricos entre otras modalidades que permiten o facilitan al público el acceso a las obras o producciones amparadas por el derecho de autor.

El concepto tradicional del derecho de comunicación pública, a la luz del entorno digital, ha sido ampliado en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WTC),⁵ en su Artículo 8 (1), dispone que sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos lo elija.

Para el reputado tratadista chileno Santiago Schuster, conforme con lo previsto en el Artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WTC), así como 10 y 14 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas (WPPT),⁶ la transmisión de obras en línea constituye una forma de comunicación pública, desde el acto de puesta a disposición, es decir, desde el acto de poner un objeto que puede ser capturado en la red, y el acto de captura mismo, incluyendo el proceso de conversión, hasta el momento en que el objeto es visto u oído por el destinatario final.⁷

En síntesis, la transmisión de las obras en línea, constituye un acto de comunicación pública, cuyos alcances claramente se definen en el contenido del Artículo 8 del WTC, y por tanto, cualquier persona natural o jurídica que pretenda colocar en la red una obra protegida por el derecho de autor, requiere del consentimiento de su titular.

La Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, define en el Art. 22 al acto de comunicación pública como aquel en virtud del cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar y, en el momento en que individualmente decidan, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Entre los actos que comprende el derecho de comunicación pública señalados en esta disposición legal, se encuentran la radiodifusión de las obras por medios inalámbricos (microondas-vía satélite), de forma que sirvan para difundir los signos, sonidos o imágenes, o la representación digital de éstos; y, la transmisión de las obras por cable, fibra óptica o cualquier otro procedimiento análogo.

LA DIGITALIZACIÓN, UN ACTO DE REPRODUCCIÓN.

Para la explotación de cualquier obra en el entorno digital, constituye una condición previa ineludible su digitalización. Digitalizar no es otra cosa más que desmaterializar las obras representándolas a través de una combinación numérica, en este caso, la aritmética binaria, es

⁵ Estas son las siglas en Inglés del referido tratado.

⁶ Estos dos Tratados Internacionales, resultantes de la Conferencia Diplomática convocada por la OMPI en el año de 1996, se encuentran vigentes en nuestro país.

⁷ Schuster, Santiago, El derecho de autor y los derechos conexos en el mundo digital, Tercer Congreso Iberoamericano de Derechos de Autor y de Derechos Conexos, OMPI, 1997, pág. 248.

decir, que finalmente puede reducirse a dos números, el 0 y el 1, a los que se denomina bits. Cualquier información es susceptible de ser digitalizada. Así, se afirma que una imagen puede dividirse en una red de 1.000 x 1.000 partes o pixels, traduciéndose así en una secuencia de varios millones de números.

Uchtenhagen, afirma que los bits presentan como propiedades o características peculiares, las siguientes:⁸

- a. La posibilidad de ser transmitidos independientemente de cualquier soporte;
- b. Pueden ser copiados a voluntad sin que haya degradación alguna o pérdida de calidad;
- c. Pueden ser modificados, intercambiados mezclados o conectados a voluntad y
- d. Pueden ser almacenados en memorias de dimensión casi ilimitada, pudiendo ser llamados en cualquier momento

Es unánimemente aceptado que la digitalización de una obra, independientemente del género al que ésta pertenezca, constituye un acto de reproducción, aunque el resultado de esa reproducción no sea perceptible por los sentidos. Por ejemplo, en el caso particular del derecho de reproducción, si bien es cierto que en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, (WTC) no se amplió o aclaró su significación actual, como fue el caso del derecho de comunicación pública, si fue objeto de una Declaración Concertada, respecto del Art. 1. 4) de este instrumento, que en lo principal señala que el almacenamiento en forma digital de una obra en un soporte electrónico, constituye un acto de reproducción.⁹

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de reproducción se encuentra adecuada al entorno digital, al señalar expresamente que la reproducción comprende la fijación o réplica de la obra en cualquier medio o por cualquier procedimiento, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo, de modo que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de todo o parte de ella.

Con lo manifestado, se puede concluir que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida o lo que es igual, la incorporación de una obra en el disco duro de un ordenador, constituye un acto de reproducción, que requiere de la autorización expresa del autor o del titular del derecho de autor.

José Luis Caballero, también señala que, la utilización de las obras en el entorno digital no inhibe en modo alguno el principio de la independencia de los derechos patrimoniales de autor y por ende de las modalidades de explotación, por lo que cada uno de los actos de utilización de las obras debe ser objeto de la obtención de la autorización previa a cargo del autor o del legítimo titular de los derechos respectivos.¹⁰ Este criterio armoniza perfectamente con la disposición contenida en el Art. 45 de la Ley de Propiedad Intelectual, que añade, que se entenderán reservados todos los derechos que no hayan sido objeto de estipulación expresa.

Así - según el autor mencionado -, el derecho de transformación de las obras supone igualmente una delicada aplicación al entorno digital, pues es práctica común el empleo de obras e interpretaciones con modificaciones o transformaciones, situación que se encuentra legalmente regulada en los Artículos 8 y 12 del Convenio de Berna. Sin embargo - en el caso específico del

⁸ Uchtenhagen, Ulrich, El derecho moral y las nuevas tecnologías, Tercer Congreso Iberoamericano de Derechos de Autor y de Derechos Conexos. OMPI. 1997. pág. 110.

⁹ La Declaración concertada del artículo 1. 4) del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor establece lo siguiente: "El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna"

¹⁰ Caballero Leal, José Luis: Opus cit.

entorno digital -, esta práctica parece recrudecer y el ejercicio de este derecho exclusivo se torna de difícil invocación por parte de los titulares de los derechos respectivos.

EL DERECHO MORAL EN EL ENTORNO DIGITAL.

Desde la perspectiva del derecho moral, es inevitable mencionar que la tecnología digital combinada con las autopistas de la información ofrece al usuario la posibilidad para interactuar y transformar las obras protegidas. En la tecnología digital, todas las copias son idénticas a la primera, constituyendo una seria amenaza al derecho moral de integridad de las obras.¹¹

El derecho moral de integridad de la obra, garantiza a los autores que sus creaciones intelectuales se mantengan intocadas. El autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado y, la comunidad tiene derecho a que los productos de la actividad intelectual creativa le lleguen en su auténtica expresión.¹²

Junto con el derecho a reivindicar la paternidad de la obra, el derecho a defender su integridad se encuentra establecido en el Art. 6bis del Convenio de Berna y por ende en el Artículo 1. 4) del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (WTC), cuando señala que las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo previsto en los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna. No es igual en el Acuerdo sobre los ADPIC, instrumento que reconociendo la aplicación de los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna y el Apéndice al mismo, excluye expresamente los derechos y obligaciones derivados para los Estados Partes, en el Artículo 6 *bis* de dicho Convenio.

En relación con otros derechos morales, que Antequera los denomina “clásicos”, estos son el derecho de divulgación de la obra y el derecho de reivindicar la paternidad, no se encuentra razón alguna que haga temer su desaparición en el entorno digital. Así, el derecho a divulgar la obra o mantenerla en el inédito, es igual en el entorno analógico o digital; y, aunque no se reconocieran en las legislaciones de derecho de autor, esta facultad forma parte de los derechos de la personalidad. Igualmente, no se entendería cuál sería la diferencia relativa al derecho a la paternidad entre una grabación musical analógica y una digital, ni cual sería el obstáculo para omitir en el entorno digital el nombre de los autores de las creaciones.¹³

¹¹ Bercovitz, Alberto: Opus cit., pag. 81

¹² Lipszyc, Delia, *Derechos de autor y derechos conexos*, UNESCO, CERLALC, Zavalia, Buenos Aires, 1993,

¹³ Ver: Antequera Parilli, Ricardo: *El Derecho de Autor*, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual. Caracas, 1996, pgs. 384 y 385.

ACERCAMIENTO A LA DOCTRINA DEL DISREGARD O LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO¹

Esteban Francisco Bueno

El “disregard” es una institución societaria novísima para nuestro sistema jurídico, y antigua para sistemas como el norteamericano y el inglés, que son sus verdaderos creadores, los cuales dieron características propias a esta doctrina. En todo caso, esta institución ha sido adaptada a nuestro sistema jurídico y aplicada varias veces en nuestro país por la Corte Suprema de Justicia, por lo cual es importante tratar de precisar ciertos conceptos para lograr una mejor comprensión y acercamiento a esta doctrina tan especial y polémica.

DEFINICIÓN DEL DISREGARD O DESCUBRIMIENTO DEL VELO SOCIETARIO.

Para iniciar este trabajo, es indispensable analizar varios conceptos que nos permitan conocer como funciona y, sobre todo, entender la esencia de esta doctrina.

En términos generales podemos decir que el “disregard” no es más que levantar o desenmascarar, bajo ciertas condiciones, los privilegios que el Derecho Societario entrega², para poder alcanzar a los verdaderos responsables de perjuicios, daños y abusos perpetrados a través de la persona jurídica.

Para profundizar y comprender, aun más, el funcionamiento de esta doctrina, analicemos otros conceptos que brindan las distintas características de esta doctrina.

La obra jurídica de Carmen Boldó Roda, *“Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español”*, que en concepto de Ricardo de Ángel Yagüez³ - es - *“un trabajo de imprescindible utilización para adentrarse en los muchos senderos que en el Levantamiento del Velo se abren”*, considera que el levantamiento del velo de la persona jurídica es un medio a través del cual “los jueces pueden prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para penetrar a través de ella, alcanzar a las personas y los bienes que se amparen bajo su cobertura”⁴. (El subrayado es nuestro)

Los tratadistas utilizan distintos nombres para referirse al Disregard, como: Levantamiento del Velo Societario, Desestimación o Descubrimiento del Velo societario. En este trabajo utilizaremos indistintamente estos nombres.

En términos generales, los beneficios que se desestiman son la responsabilidad limitada y la distinción o autonomía entre socios y sociedad.

El jurista Ricardo de Ángel Yagüez es uno de los tratadistas españoles más conocedores del tema, y quien ha realizado uno de los estudios jurisprudenciales más profundos y completos sobre la doctrina del Velo Societario.

¹ En el concepto citado hallamos la naturaleza jurídica del Levantamiento del Velo Societario. naturaleza tratada indirectamente por varios tratadistas: aspecto que obedece, posiblemente, a que en las distintas legislaciones no se define como puede aplicarse esta doctrina. Es por eso que es trascendental, y un aporte importante, el definir la naturaleza jurídica del “disregard”, a lo que nos dedicaremos una vez que terminemos con la definición y conceptos generales de esta doctrina.

Este concepto, a pesar de ser muy concreto y ejemplificador, no toma en cuenta un aspecto indispensable para la aplicación del “disregard”, que en nuestro criterio debe ser respetado ineludiblemente al momento de la aplicar esta doctrina, como es su excepcionalidad; por esta razón, considero necesario citar las precisiones que la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca realiza en su sentencia de 22 de mayo de 1995, que manifiesta:

“... lo cierto es que actualmente se percibe una tendencia a convertir la técnica del “levantamiento del velo”, de por sí excepcional, en un instrumento genérico para resolver muchos de los problemas que no encuentran justa solución en la aplicación privativa de la ley, excepcionalidad que viene impuesta por el derecho a la existencia y demás consecuencias que se derivan de ella de las personas jurídicas a las que otorga personalidad el ordenamiento jurídico desde su constitución legal, en tanto no se haga un mal uso que imponga acudir a tan excepcional medida para penetrar a través de ella en su interior y alcanzar a las personas y bienes que bajo su cobertura se cobijan”...

La excepcionalidad de esta doctrina en su aplicación es primordial, porque a pesar de que a través del tiempo esta doctrina se ha convertido en una herramienta muy importante para administrar justicia, no podemos olvidar que para su aplicación se deben probar minuciosamente ciertos hechos, y considerar las consecuencias de la aplicación de la misma, pues la mala o dolosa aplicación de esta doctrina puede acarrear un mal aun peor que el mal que busca curar, esto es, crear inseguridad jurídica en el ámbito comercial⁵.

Lo antes mencionado configura otra de las características de esta doctrina, y que la podemos apreciar gracias a otro concepto de la misma tratadista Boldó Roda, en su artículo “La Desestimación de la Personalidad Jurídica en el Derecho Privado Español”⁶ que enuncia lo importante que es el adentrarse en la persona jurídica para imputar los efectos abusivos o ilegítimos directamente a los miembros de la sociedad, al momento de aplicar la doctrina. Boldó, concretamente dice que el velo societario no es mas que imputar los efectos de un acto directamente sobre los miembros que la componen...”

El mencionado aserto no busca destruir al concepto de persona jurídica, sino que persigue a los responsables directos de un acto abusivo o ilegal que, utilizando la máscara societaria, busca retardar trámites para salir impunes, gracias a los beneficios societarios.

Concomitantemente al anterior juicio es el concepto de Juan M. Dobson ⁷ que menciona:

“la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica también allanamiento o redhibición de la personalidad jurídica... trata de un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular”

Este concepto, mucho más genérico, topa ciertos conceptos que valen considerarse; básicamente hace relación a la distinción entre los problemas provenientes del abuso de la personalidad jurídica de las sociedades, y los problemas que provienen de la limitación de responsabilidad que otorga el derecho societario.

La distinción de los conceptos está en los términos y en el objetivo que se busca atacar; es decir, que en un caso se prescindirá de la persona jurídica negando la existencia autónoma del sujeto del derecho, mientras que en otras situaciones será necesario negar la responsabilidad limitada del socio.

⁵ No podemos olvidar que el derecho mercantil tiene una carga funcional que gira sobre los principios de buena fe y sobre la confianza mercantil, esto por una obvia característica de los negocios de creer en la palabra y voluntad de las personas.

⁶ Este artículo fue incluido en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 30, números 175 y 180, ediciones Depalma Buenos Aires, 1997.

⁷ Juan M. Dobson, “El abuso de la personalidad Jurídica”, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 11.

Otras características del Levantamiento del Velos societario, de gran importancia para su aplicación, se encuentran en los siguientes conceptos:

“El levantamiento del velo societario es el acto por el cual se traspasa la forma externa de la persona jurídica, para investigar la realidad que existe en su interior, con el solo fin de evitar el fraude y la utilización de la personalidad para obtener resultados antijurídicos en perjuicios de intereses públicos o privados... también se definió al levantamiento del velo como un mero instrumento o mecanismo para evitar el fraude pudiendo aplicarse en diversos ámbitos legales...”⁸

Investigar la realidad interna del organismo societario es uno de los puntos más importantes en la aplicación del “disregard”, toda vez que es necesario probar el abuso de la persona jurídica y de los privilegios de la misma para poder acudir o responsabilizar a los socios de los actos supuestamente perjudiciales; es indispensable penetrar hasta las entrañas de la sociedad (compañía) para lograr establecer y conocer a los verdaderos responsables.

Por otra parte, tomando el mismo concepto, es necesario recalcar que el “disregard” es un instrumento que vela por el interés tanto público como privado, y debe ser aplicado en cualquier ámbito del mundo del derecho.

Hemos dicho que el sistema jurídico americano fue uno de los sistemas creadores de la doctrina del “disregard” por lo que es de gran importancia el considerar ciertos conceptos, de este sistema, que nos permiten acercarnos a la naturaleza jurídica de esta doctrina, como el concepto que el Diccionario de Derecho Norteamericano Barrons Legal Guides trae, sobre el Descubrimiento del Velo Societario - (Piercing the Corporate Veil), que lo define como:

“el proceso de imponer responsabilidad por actividad societaria, desatendiendo (o haciendo caso omiso) la personalidad jurídica, sobre persona jurídica o natural distintas a la persona jurídica agravante... La corte ignorará la personalidad jurídica, y despojará a los organizadores y administradores de la responsabilidad limitada de la que ellos usualmente gozan”⁹

Esta definición es práctica y establece concretamente el objetivo del descubrimiento del velo societario y, sobre todo, establece quien es el encargado de aplicar el “disregard” y sobre quién recae la aplicación del Descubrimiento del Velo Societario. Por otro lado establece la esencia del “disregard” que es imponer responsabilidad a personas naturales o jurídicas por una actividad societaria distinta de la persona jurídica agravante.

Es evidente que los conceptos del sistema anglosajón son mucho más precisos y prácticos, por ello, me permito citar otro concepto americano, el cual define con exactitud en qué consiste la doctrina del velo societario. El concepto corresponde al Black’s Law Dictionary y dice:

“Doctrina que mantiene que la estructura societaria con su inherente responsabilidad limitada de los socios puede ser desatendida e impone responsabilidad personal en los socios, administradores o directores en caso de fraude.”¹⁰

⁸ Sonia Ivone Chapelet, “Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica” Campus Virtual IEFPA – Instituto de Estudios de las Finanzas Públicas Argentinas, 31 de mayo de 2002, p. 19.

⁹ Steven H. Gifs, “Law Dictionary”, Barrons Legal Guides, New York, 1984.

Piercing the Corporate Veil the process of imposing liability for corporate activity, in Disregard of the corporate entity, on a person or entity other than the offending corporation itself... The courts will ignore the corporate entity and strip the organizers and managers of the corporation of the limited liability that they usually enjoy...

¹⁰ Doctrine which holds that the corporate structure with it’s attendant limited liability of stockholders may be disregarded and personal liability imposed on stock holders, officer and director in case of fraud.

Para concluir, debo considerar el concepto de Sonia Ivonne Chapelet¹¹, quien considera que luego del “análisis realizado por varios autores se desprende que - esta doctrina - se trata de una **técnica judicial** y que su aplicación es excepcional o subsidiaria...”. El concepto de Chapelet aporta dos características primordiales del “disregard”, la subsidiaridad y la ya mencionada excepcionalidad; pero sobre todo nos permite adentrarnos en el tema de la naturaleza jurídica del Descubrimiento de la Persona Jurídica.

NATURALEZA JURÍDICA DEL DISREGARD.

Pocos son los autores que han discurrido seria y ampliamente sobre la naturaleza y esencia del “disregard”. Hay tratadistas que consideran ligera o indirectamente el tema¹²; quizás esto se deba a que las legislaciones no determinan las características de esta institución ni concretan su aplicación. Carmen Boldó hace énfasis, en su libro “Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español”, sobre el creciente interés sobre la doctrina y sobre las dudas que se presentan en torno a su naturaleza y aplicación de la misma.

Razón esta por la cual, amable lector, intento determinar concretamente la esencia y sustancia jurídica del “disregard”.

Para iniciar nuestra tarea de determinar la naturaleza jurídica de la doctrina, es necesario tomar los conceptos citados en el punto anterior, de los cuales podemos claramente verificar que varios de los tratadistas consideran al Levantamiento del Velo Societario, en términos generales, como un medio o técnica¹³ que permite a los jueces penetrar en la persona jurídica y responsabilizar a los verdaderos autores de los actos perjudican a terceros.

Así pues, en primer lugar, definamos lo que por “medio” comprendemos, para lo cual es inevitable acudir al Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, el cual define al término “medio” como: “Recurso, elemento, procedimiento, para una obra u acción” (El subrayado es nuestro). En este caso sería un medio para poder alcanzar a los verdaderos autores de un hecho antijurídico o los que cobardemente se ocultan tras los privilegios de la persona jurídica; medio que solo los jueces pueden utilizar una vez comprobado el abuso de la persona jurídica, esto es, la configuración de un acto fuera de la ley. Así lo confirma Ricardo de Ángel Yagüez al definir al “disregard” como:

*“la **técnica judicial**”¹⁴ consistente en prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma, << levantar su velo >> y así examinar los reales intereses que existen o latén en su interior.”*

Como podemos observar, este concepto considera al “disregard” como técnica, lo cual de acuerdo con el Diccionario de Derecho Usual antes mencionado, no es más que “*el conjunto o serie de procedimientos, recursos y medios de acción de un arte como la pericia, destreza o*

¹¹ Sonia Ivonne Chapelet, “Levantamiento del Velo Societario” Instituto de Estudios de las Finanzas Públicas Argentinas, 2002, p. 19.

¹² Carmen Boldó considera este tema como de gran importancia para determinar la aplicación del Disregard y comenta que “muchas cuestiones que plantea la aplicación de esta doctrina en nuestro ordenamiento, una es básica: ¿Cuál es su naturaleza jurídica? El problema radica en saber si estamos ante una nueva figura, importada del Derecho comparado, y concretamente del Derecho anglosajón, que necesita todo un régimen jurídico nuevo y propio, una construcción adecuada con sus casos, sus criterios rectores, sus excepciones, o, por el contrario, lo que conocemos como doctrina levantamiento del velo es subsumible en alguna institución perfectamente tipificada en nuestro ordenamiento, es decir, los problemas que en relación a ella se plantean pueden ser resueltos en base a una o varias de dichas instituciones.”

¹³ Los tratadistas prefieren utilizar palabras como medio, técnica, instrumento, mediante el cual se alcanza el descubrimiento de la máscara societaria.

¹⁴ Yagüez en la nota a la cuarta edición de su libro sobre el Levantamiento del Velo Societario cita la expresión de Capilla Ronquero que dice como la jurisprudencia española ha acogido con entusiasmo, la llamada “técnica del levantamiento del velo” para poner coto a los actos abusivos.

habilidad para valerse de tales factores o elementos...", que en este caso son evidentemente judiciales, como menciona Guillermo Julio Borda cuando sugiere que *"la formulación de la doctrina del levantamiento del velo de la personería jurídica ha sido eminentemente de carácter judicial"*¹⁵.

Para robustecer las opiniones expuestas cito, nuevamente, una definición americana del descubrimiento del velo societario, del Blacks Law Dictionary:

*"Proceso Judicial"*¹⁶ mediante el cual la corte descubrirá la inmunidad usual de los administradores o personas jurídicas por responsabilidad en actividades societarias... Con todo las cortes, pueden ver detrás de la forma societaria solamente para vencer el fraude el error o remediar lo injusto.¹⁷

Como podemos observar se utiliza indistintamente la palabra técnica, como la palabra medio, que de acuerdo con las definiciones citadas son prácticamente lo mismo.

Conforme a lo tratado, el Descubrimiento del Velo Societario o "Disregard" es un procedimiento (técnica o medio) judicial¹⁸ que permite a los jueces, a través de la equidad, desatender o descubrir las barreras societarias -responsabilidad limitada y autonomía- características que abusivamente son utilizadas en beneficio propio en las actividades societarias por socios y administradores, causando perjuicios a terceros, privados o públicos. En definitiva, el "disregard" comprueba los actos perjudiciales, impone responsabilidades, los remedia y, por fin, sanciona los actos notoriamente injustos.

CARACTERÍSTICAS DEL DISREGARD.

Puntualmente, y en relación con lo antes mencionado, las características del Descubrimiento del Velo Societario, son:

- **Levanta o Prescinde de los Privilegios Societarios.**

La responsabilidad es norma del convivir social. En el caso acusativo, el "disregard" ataca tanto la autonomía de una sociedad, cuanto la responsabilidad de los socios. Es decir que se aplica la doctrina pasando por alto (o haciendo caso omiso) la autonomía societaria entre socios y sociedad, que fue utilizada para perpetrar ilícitos y perjudicar al Estado o a terceros.

En otro sentido, acomete contra la responsabilidad de los socios directamente, desatendiendo al privilegio de la limitación societaria de responsabilidad, permitiendo acudir a los bienes o a los socios directamente, en caso de perjuicio, o simplemente permite imputar la responsabilidad de actos injustos o abusivos a personas distintas de la persona jurídica agravante; es decir, permite acudir a los bienes y a la responsabilidad de los socios y administradores de una compañía.

¹⁵ Guillermo Julio Borda, "La Persona Jurídica y el Corrimiento del velo societario" Abeledo Perrot, Buenos Aires 2000, p. 31.

¹⁶ Guillermo Julio Borda, en su libro la Persona Jurídica y el Corrimiento del Velo Societario, considera que: *"La formulación de la doctrina del levantamiento del velo de la personería ha sido eminentemente de carácter judicial..."*; por lo que se podría considerar que es la jurisprudencia la que, a través del tiempo, a logrado moldear las características y darle forma a esta doctrina, como efectivamente a sucedido en nuestro país, como podremos ver mas adelante, gracias a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁷ Judicial Process whereby court will disregard usual immunity of corporate officers or entities from liability for corporate activities... The court, however, may look beyond the corporate form only for the defeat of fraud or wrong or remedying of injustice.

¹⁸ De hecho el mismo Rolf Serick considera que la jurisprudencia esta dando forma a la doctrina del levantamiento del velos societario y considera que en cada proceso que se aplique podrá verificarse los casos extremos en que debe actuar la doctrina, específicamente Serick comenta: *"la jurisprudencia ha de enfrentarse continuamente con los casos extremos en que resulta necesario averiguar cuándo puede prescindirse de la estructura formal de la persona jurídica para que la decisión penetre hasta su mismo substrato y afecte especialmente a sus miembros. Este problema no se plantea por casualidad. El hecho de que los tribunales le hayan prestado atención - al Disregard - demuestra que si no se admiten excepciones al respecto que merece la forma con que el derecho reconoce a la persona jurídica, pueden darse resultados injustos en casos que ofrecen circunstancias especiales."*

¹⁹ María de los Ángeles Montalvo, "LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y EL CONTRATO DE TRABAJO", Monografía Final de Especialización Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros, Universidad Simón Bolívar, Quito, p. 13.

- **Medio o técnica judicial.**

Hemos advertido que el levantamiento del Velo Societario no es más que un procedimiento, medio o técnica que los jueces deben seguir, siempre y cuando existan ciertos presupuestos para la aplicación de la doctrina del “disregard”.

- **Es aplicable únicamente dentro de un proceso judicial con un evidente fundamento probatorio.**

El “disregard” solo puede ser empleado como técnica judicial, y es aplicable únicamente después de las diligencias probatorias dentro del proceso que determine el abuso de la persona jurídica. Por tanto *“a quienes les corresponde aplicar la doctrina es a los jueces”*.¹⁹

Como mencionamos, el dictamen corresponde a los jueces, quienes, dentro del juicio o causa, han *“examinado si se han acreditado efectivamente los hechos que autorizan a penetrar en el sustrato personal y patrimonial de la persona jurídica, a los fines previstos y con las consecuencias indicadas.”*²⁰

El único momento que admite la aplicación del Descubrimiento del Velo Societario se presenta cuando, de no hacerlo, se quebrantaría la paz social, el derecho y ley. El abuso de la persona jurídica quedaría inmune.

- **Es aplicable únicamente dentro de un proceso judicial con un evidente fundamento probatorio.**

El “disregard” solo puede ser empleado como técnica judicial, y es aplicable únicamente después de las diligencias probatorias dentro del proceso que determine el abuso de la persona jurídica. Por tanto *“a quienes les corresponde aplicar la doctrina es a los jueces”*.²¹

Como mencionamos antes, el dictamen corresponde a los jueces, quienes, dentro del juicio o causa han *“examinado si se han acreditado efectivamente los hechos que autorizan a penetrar en el sustrato personal y patrimonial de la persona jurídica, a los fines previstos y con las consecuencias indicadas”*.²²

- **Es totalmente excepcional.**

La aplicación de esta doctrina debe ser totalmente excepcional, como señala la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, y debe ser aplicada si previamente se ha logrado probar el perjuicio causado mediante la utilización de privilegios societarios.

El mismo Serick, el primer tratadista en adoptar y adaptar esta doctrina al sistema latino, consideró que la *“persona jurídica es solo una creación del ordenamiento jurídico...-y- que es posible penetrar en ella, aunque en forma excepcional, cuando utilizándola se abuse del derecho...”*, es decir, solamente puede ser aplicada cuando hay abuso de los privilegios que tiene la persona jurídica, evitando así una posible inseguridad jurídica.

Guillermo Borda menciona que los *“...jueces siempre, tanto cuando han aplicado la teoría como cuando la desestiman, afirman que dicha teoría es de excepción.”*

¹⁹ María de los Ángeles Montalvo. Op. Cit. p. 10.

²⁰ Marcelo J. López Mesa. “EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES”, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 148.

²¹ María de los Ángeles Montalvo, “LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y EL CONTRATO DE TRABAJO”, Monografía Final de Especialización Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros, Universidad Simón Bolívar, Quito, p. 13.

²² Marcelo J. López Mesa. “EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES”, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 148.

- **Debe ser aplicada de manera momentánea.**

En vista de que el “disregard” solo puede ser aplicado por los jueces dentro de un proceso y de manera excepcional, luego de haberse probado la actuación perjudicial e ilegal, no puede aplicarse de manera indefinida. Esto es consecuencia de la estructura societaria, ya que, en verdad, al aplicar la doctrina del “disregard” no se busca destruir al contrato de sociedad o al concepto de persona jurídica, lo que se busca es ir mas allá de la actuación de la sociedad y, momentáneamente, hacer caso omiso de los beneficios societarios para determinar responsables y responsabilidades. Una vez terminado el proceso, la compañía, si es del caso, seguirá existiendo y manteniendo su estructura formal, con todas sus características.

- **Se encuentra presupuestado en la equidad, la buena fe, y la lealtad procesal.**

Como podemos observar, la aplicación del “disregard” se fundamenta en los principios de equidad, buena fe y lealtad procesal, y así lo reafirma la doctora María de los Angeles Montalvo, cuando dice que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia justifica la aplicación a través de *“la buena fe y la lealtad procesal, el abuso de la persona jurídica, el fraude de la ley y el abuso del derecho en perjuicio de los intereses de terceros”*²⁴.

- **No nulita el contrato social ni destruye el concepto de persona jurídica.**

El descubrimiento del velos societario no nulita el contrato de sociedad²⁵, solo ataca momentáneamente los beneficios societarios. La compañía, su estructura y su existencia no son cuestionadas por la aplicación de la doctrina del “disregard”.

Al respecto, el doctor Roberto Salgado Valdez, dice que existen *“distintas causas de nulidad propias que pueden establecerse en el caso específico de las sociedades civiles y mercantiles”*²⁶, comentario que tiene relación con el artículo 1697 del Código Civil, que establece en su parte pertinente que *“es nulo todo contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo contrato, según su especie y la calidad o estado de la partes”*; pero en el amplio estudio que el doctor Salgado hace sobre la nulidad del contrato de sociedad, así como en el Código Civil, no consideran la doctrina del Velo Societario, ni formas similares, como una causa específica de nulidad del contrato de sociedad, sino, como hemos manifestado, las ya conocidas causas de nulidad por objeto o causa ilícita, por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben, por haber sido realizado el contrato por persona incapaz, o por cualquier otra especie de vicio²⁷.

Ricardo de Ángel Yagüez, dice que la *“... aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo de la persona jurídica en modo alguno produce como efecto la desaparición de la misma...”*

²⁴ María de los Angeles Montalvo, Op. Cit. p. 13.

²⁵ El tratadista Efraim Hugo Richard considera que la desestimación (de la persona jurídica), como la nulidad absoluta, impone la previa disolución de la sociedad para proteger los derechos de los terceros de buena fe, comentario en el cual estamos totalmente en desacuerdo porque, como mencionamos, la nulidad del contrato de sociedad tiene causas específicas, no como la Doctrina del Descubrimiento que penetra en la sociedad solo momentáneamente, sin anular el contrato societario.

²⁶ Roberto Salgado Valdez, “La Nulidad del Contrato de Sociedad”, Editorial Universitaria. Quito, 1994.

²⁷ Artículo 1698 del Código Civil.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos o contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

- **El abuso de la personalidad jurídica a nivel internacional, remedio jurídico al abuso corporativo.**

Claramente hemos expuesto que esta doctrina es una evolución doctrinaria que encontró acogida de modo aborigen en la jurisprudencia, en busca de evitar el abuso de la persona jurídica y ser una solución eficaz frente a ciertos problemas que figuras y formas ya existentes no ha podido erradicar, y actualmente también en la jurisprudencia internacional.

Esta doctrina permite en un solo proceso acudir a los bienes y responsabilidad de los socios de una persona jurídica, y reestablecer el daño y los perjuicios causados después de haber demostrado de forma concreta, y a través de los medios de prueba pertinentes, el uso indebido de la persona jurídica; luego de este proceso vendrá la decisión de la autoridad judicial, resolución que pone término al abuso y remedia los perjuicios públicos y privados.

Para muchos, el “disregard” sencillamente busca evitar el perjuicio a terceros, utilizando abusivamente los privilegios societarios que ya hemos puntualizado anteriormente, buscando evitar el fraude y resultados antijurídicos en perjuicio de intereses públicos y privados; por lo que se ha transformado en un remedio que ha encontrado acogida en los tribunales internacionales, y así lo expresa Juan M. Dobson²⁸ que menciona que *“la aplicación del remedio del allanamiento de la personalidad jurídica ha sido muy profusa, tanto en nuestro país como en el extranjero. Se ha utilizado el resultado en casos que van de lo doméstico a lo internacional.”*

La Corte Internacional de Justicia, en Sentencia de 05 de febrero de 1970, menciona que *“se puede admitir que el **levantamiento del velo** (de la personalidad social o hacer abstracción de la personalidad jurídica) **procedimiento excepcional admitido por el derecho interno con respecto a una institución creada por él mismo, desempeña un papel análogo en Derecho Internacional. Se desprende de ello que, en el orden internacional igualmente, pueden existir en principio circunstancias especiales que justifiquen el levantamiento del velo...**”*²⁹ (el énfasis es añadido)

- **Principio de derecho universal.**

A través del tiempo, el “disregard” se ha transformado en útil y eficaz medio de sanción y remedio que encontró acogida en los tribunales internacionales; de hecho, al Descubrimiento del Velo Societario, en la actualidad, se lo ha calificado como parte del derecho a la tutela judicial, es decir, se ha transformado en una garantía básica; tanto es así que los tratadistas lo consideran un principio de derecho universal; y como tal, en el caso del Ecuador, debe ser aplicado de acuerdo con el último inciso del artículo 18 del Código Civil³⁰, y así lo menciona la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia al

considerar que:

“con fundamento en lo que dispone la parte final de la regla séptima del artículo 18 de Código Civil, por constituir un principio de derecho universal la desestimación de la personalidad jurídica para evitar un abuso de la institución... en perjuicio de intereses de terceros.”

nismo Dobson define al Disregard como un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedadación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente situación jurídica particular.

velona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Bélgica c/ España).

- **Busca la justicia material.**

Sabemos que el “disregard” nació en el sistema jurisdiccional inglés, donde su característica primordial es buscar la justicia material. Boldó considera que la base de la aplicación de la doctrina del “disregard” en los sistemas del common law *“se orientan más hacia la superación de dicho esquema -el concepto de sociedad- para contemplar la consecución de la justicia material en el caso concreto”*.

El Descubrimiento del Velo Societario persigue una justicia apegada al caso en concreto; y sobre todo busca la verdadera justicia, evitando el resquebrajamiento de valores fundamentales de la estructura social como la seguridad jurídica, y la confianza ciudadana. Por tanto, mal podría considerarse que la autonomía de la voluntad, en el caso del contrato de sociedad, prime sobre conceptos generales de derecho y justicia; parafraseando lo mencionado por la Corte Suprema de Justicia en su fallo de 28 de enero de 2003, podemos concluir que *“frente al principio de la autonomía de la voluntad, se lleva la necesidad para las partes de respetar la ley moral, -y sobre todo- la justicia debe reinar en el contrato”*, si esto existe en el contrato social no puede existir abuso de los privilegios sociales.

En síntesis, como menciona María de los Ángeles Montalvo, *“El objeto principal de la aplicación de la doctrina a los casos específicos es hacer justicia, responsabilizar a quienes utilizan la figura societaria para abusar de los privilegios que la ley otorga”*³¹.

- **Es un remedio Subsidiario.**

La teoría del “disregard” puede ser utilizada en los casos en los que no existan otros remedios, o, existiendo algún remedio aplicable, no sea suficiente para resolver o realizar una verdadera justicia a los abusos societarios.

Este principio guarda relación con su excepcionalidad. Por lo indicado podría decirse que el “disregard” es subsidiario cuando suple la falta de medios para el cometimiento de la justicia. Así lo considera Dobson al decir que *“la aplicación de la teoría del abuso del derecho sea enteramente subsidiaria a la existencia de otro remedio jurídico predispuesto por el derecho para el caso que se intenta solucionar”*.

Estamos muy conscientes que esta teoría debe ser analizada de manera extensa y profunda, por su complejidad e importancia, y en todo caso espero que este trabajo permita un conocimiento inicial, una base y acercamiento a la doctrina del “disregard”.

³⁰ El artículo 18 del Código Civil dice: Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos (...) juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

7.- A falta de ley, se aplica las que existen sobre casos análogos; y no habiéndolos, se ocurrirá a los principios del derecho universal”.

³¹ María de los Ángeles Montalvo. Op. Cit., p.15

EL ARTE DE LA GUERRA Y LAS ESTRATEGIAS DEL MEDIADOR

Milton Castillo Maldonado

LA GUERRA Y LA PAZ

Pretendo en el presente trabajo elevar a hipótesis el argumento de que todo conflicto tiene la lógica de una guerra, y por tanto, el estudio de la guerra, sus elementos y estrategias le brindan al mediador, detectar si existen o no posibilidades de llegar a un entendimiento dentro de un conflicto en particular. La experiencia del autor en audiencias de mediación y en conflictos como negociador le permiten cotejar la casuística con las conductas y estrategias de guerreros como Napoleón o teóricos como Sun Tzu lo que dicen los autores mencionados.

DE DONDE SURGE LA GUERRA

La pregunta ¿de dónde surge la guerra? nos ayuda, de acuerdo a lo planteado, a entender de dónde surgen los conflictos (de toda índole). Tal cuestionamiento, en primer momento no dice relación a los intereses o motivaciones subjetivas que pueden rodear a cada conflicto en particular, sino a la esencia antropológica o quizá histórica de la guerra.

“El Arte de Guerra” de Sun Tzu, libro que ha inspirado a personajes como Napoleón, nos servirá de base para comprender las conductas y comportamientos que las partes tienen en una Mediación. Conocer la guerra para aplicar la Paz.

Estudiar el origen de la guerra es estudiar el nacimiento del Estado mismo dice el profesor francés Alain Joxe. Organización social que tenía actividades de protección económica y de supervivencia para y con sus miembros pues, el primer “enemigo” es la naturaleza, la cual obliga a tener una disciplina casi militar. “Esta disciplina de todos modos es una disciplina impuesta por el desafío de la amenaza de muerte por hambre...” y, “es difícil saber si la disciplina militar surge de la disciplina económica, o si es la disciplina económica que, después, por una especie de retroacción sale de nuevo de la disciplina militar” pero lo cierto, es que al hablar de guerra y Estado hay una vinculación entre conflicto y racionalidad económica en donde “la política” es la mediación entre las dos lógicas: “de la amenaza de muerte y de la economía, siendo la economía una amenaza de muerte y de hambre también” ;la guerra es producto de la amenaza sobre una sociedad primitiva, esas amenazas hacen que se produzca la guerra.

1 En la conferencia organizada por la Universidad Nacional de Colombia dentro del seminario “Guerra, violencia y terrorismo”, compilado por Alejo Vargas Velásquez.

2 “La guerra nace en Sumer entre 3000 y 2500 A.C. Evitar la guerra civil parece ser el nacimiento del Estado. Entonces es también el nacimiento de la guerra y se soluciona, o por una amenaza externa que genera solidaridad de la ciudad y que se manifiesta también en la construcción de fortificaciones, como obra colectiva de piedra..... Aparece el templo, que de hecho es un silo de grano organizado por los sacerdotes, que son administradores de la relación con Dios, es decir, la relación de creatividad natural guiada por la agricultura neolítica y administrada en un plan estratégico, porque se sigue manteniendo una racionalidad trans-anual, que permite hacer reservas. En un momento dado se hace una muralla alrededor del templo y es la primera organización un poco militar. Hay dudas de si era a veces para hacer frente a los animales, o si era contra los propios hombres administrados. La tentación de comerse la reserva, lo que sería la ruina de la ciudad, porque había que conservar semillas, incluso si no había suficiente para comer. Todo esto implica la fortificación del silo y en la etapa siguiente, que siempre está muy marcada en la historia arqueológica, se tiene la muralla de la ciudad que aparece. Entonces, ahí sí están realmente el Estado y la guerra.” (Alain Joxe “Historia de la Guerra” en “Guerra, Violencia y Terrorismo” Memorias del Seminario, Alejo Vargas compilador, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá 1999. p.17)

3 Joxe, Op. Cit.

4 Joxe, Op.Cit. p.19.

Instructivo es analizar la lógica de la guerra para entender nuevas y mejores estrategias de comunicación dentro de la Mediación. Supongamos la Audiencia de Mediación como un campo de batalla, en donde el Mediador es el Gran Mariscal de la Paz, así podemos convertir las armas utilizadas por las partes en su combate como útiles herramientas para que ellas obtengan sus objetivos.

Toda arma de guerra tiene un justificativo lógico, el cual se basa en elementos psicológicos y estrategias técnicas: el elemento psicológico que justifica las armas es el miedo. El arma procura compensar la debilidad frente al contrincante buscando igualar e inclusive sobrepasar sus capacidades. Las estrategias técnicas en la guerra por medio de las cuales se usan las armas, dicen relación a su utilización y ubicación. Es mejor tener las armas más cercanas y más lejano al enemigo. El éxito de la batalla está en destruir desde más lejos y con el menor contacto corporal con el enemigo. De allí se justifica que los abogados podemos constituirnos en armas que protegen al guerrero de su contrincante dentro del conflicto que se pone a consideración en la Audiencia. No asistir a una Audiencia de Mediación y delegar a otra persona es un arma que nos puede invitar a pensar como mediadores que existe miedo de enfrentar el problema o que la posición es la del combate y no el arreglo pacífico.⁵

No obstante lo anterior es esencial comprender que el miedo es normal en las relaciones humanas, inclusive en aquellas que aún no han llegado a conflicto. Por ejemplo, en el caso de la confrontación en la que el respeto, entre las partes, parece haber desaparecido, es innegable que ocurre el miedo a alimentar aún más las pasiones que estén de por medio, y, en circunstancias de confrontación idénticas, las personas pueden reaccionar de formas distintas por el miedo.

En este sentido, el miedo puede hacer que el conflicto termine o se agrave, dependiendo de las circunstancias. En el presente trabajo no vamos a hacer un análisis psicológico detenido de las consecuencias que el miedo ocasiona para la terminación, postergación o crecimiento de un conflicto sino, apuntamos a la hipótesis de que el miedo es el principal sustento de todas las armas que se crean y utilizan en una Audiencia de Mediación pues, mientras más "herramientas de ataque" utilizan las partes de un conflicto, más elementos podrá desarrollar el mediador para facilitar el Acuerdo en base a las técnicas de parafraseo o de programación neurolingüística. La única circunstancia en donde disminuye o es minúsculo el miedo dentro de un conflicto, es aquella en donde el combatiente no tiene que directamente pelear sino que lo puede hacer a través de otros actores. En la guerra los generales o Comandantes podrán sentirse valerosos porque no están involucrados en la batalla "cuerpo a cuerpo" o cercana. En el mejor de los casos, aquellos quienes comandan la guerra se sentirán con menos miedo por la estrategia que desarrollan y el poder de destrucción de sus armas.⁶

Las técnicas de guerra que Sun Tzu menciona en su obra el "Arte de la Guerra", pueden considerarse como aquella posición inicial de las partes de estar seguros de que "ganarán la guerra", o dicho de otro modo: cada una defenderá su "razón". Una de las partes puede creer, o aparentar creer, que el resultado de un juicio le sería favorable, y que por lo tanto cualquier arreglo extrajudicial no debería apartarse mucho de ese resultado previsto. Como consecuencia, las posibles transacciones que está dispuesta a aceptar se agrupan en una estrecha franja del espectro, muy próxima a su posición inicial.⁷

En este sentido, la tarea del mediador, no está en hacerles ver que así como Napoleón fracasó en Waterloo por creer que podía ganar una guerra más en base a sus firmes y consabidas y probadas estrategias, sino, en ayudarlas a considerar con realismo lo que puede suceder dentro de un juicio. Para el efecto, se sugiere que el mediador utilice dos técnicas: a) dirigir la atención de la parte o su abogado por medio de preguntas cuidadosamente escogidas, hacia los momentos en

5 Entendiéndose como combate el juicio dentro de la Administración de Justicia formal.

6 Los antiguos estrategas chinos decían que la mayoría de los soldados tienen miedo todo el tiempo y que es la disposición de las tropas en el espacio y en el tiempo, como están organizadas por el mando, lo que transforma a los cobardes en valientes. (Alain Joxe "Historia de la Guerra" en "Guerra, Violencia y Terrorismo" Memorias del Seminario, Alejo Vargas compilador, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá 1999. p.27)

7 David Matz en Julio Gottheil, Adriana Schifffrin compiladores; "Mediación: una transformación en la cultura"; Edit. Paidós. Bs, Aires 1996. Pag.54

que se tomarán dentro de la “batalla” anunciada (proceso) decisiones judiciales importantes. El mediador puede instruir a la parte al respecto. Por ejemplo, en el caso de una deuda, el mediador podrá señalar, al discutir sobre el monto, que todo capital legalmente genera intereses, pero que éstos tienen limitaciones. El mediador debe ayudar a la parte a comprender o que tendrá que considerar quien examine los hechos, qué opciones tendrá ante sí, qué impresión causarán las pruebas o testimonios. ¿Qué le dirá usted al juez? ¿Qué le dirá la otra parte? ¿Cómo hará el juez para saber cuál de las partes está diciendo la verdad?⁸

Dentro de una Audiencia de Mediación presenciara el mediador actitudes que nacen de valoraciones económicas y de una suerte de estrategia de sobrevivencia que procura consagrar certidumbres o estabilidad. La génesis de un conflicto no proviene exclusivamente (al igual que a guerra) de ambición de poder, sino de estrategias de sobrevivencia, de conservación. Conservación de valores, principios o de bienes. Es evidente que en un conflicto familiar, por ejemplo, no sólo se discutirán temas económicos; detrás de ello puede existir el afán de uno de los cónyuges (o convivientes) de conservar el hogar. Lo mismo en un conflicto entre la comunidad y el Municipio en donde como pretensión se exige el cumplimiento de obras materiales o mejores servicios, se protege esencialmente la sobrevivencia en un espacio lo más cómodo posible, etc.

Una vez detectado, si la génesis del conflicto es por causas económicas o de sobrevivencia, se podrá hacer un posterior análisis de las posibles ambiciones, pasiones o emociones que concurren y lo complejizan, de tal manera que al final se pretende retornar, conciente o inconcientemente al estado de cosas anterior al conflicto: estabilidad, certidumbre.

Vinculado a lo anterior entonces podemos definir a la guerra como “actuaciones necesarias para cambiar las condiciones de paz”⁹. En relación con esto, de la paz podríamos decir que es el ‘período de transición entre dos guerras’.

Entender el eje dialéctico de la humanidad nos permite entender a la guerra como contenido de la mediación. Si, tal como lo señala San Agustín: “que la paz es más importante que la guerra; la prueba es que uno hace la guerra para tener paz y no se hace la paz para tener guerra”; Si lo ponemos como un silogismo categórico veremos que la mediación es igual a la Paz:

La paz es la no-guerra;
La no guerra es la mediación, entonces,
La paz es la mediación.

Las guerras “convencionales” normalmente han sido calificadas como la negación de la Ley, y así como lo señaló siempre el Mariscal Antonio José de Sucre, la guerra no crea derechos, al contrario, los niega. En la sociedad actual, y tal como lo señala Jean Francois Six¹⁰ existe incredulidad en el derecho y en la ley, y esto es una “amenaza”, porque allí se descompone la representación de un espacio común y los individuos pueden ignorar la noción del pacto que les une unos con otros, más allá de sus diferencias y conflictos.¹¹ Esta incredulidad frente a la ley nace particularmente del relativismo que se manifiesta en una cierta corrupción generalizada¹².

Esta apreciación nos permite ver que en una sociedad con corrupción, la ley, para todo ámbito, sea familiar, escolar, laboral, empresarial etc., simplemente se niega o no existe, y en ese sentido hay una guerra permanente de intereses contrapuestos.

La mediación logra que se reinstaure el respeto y el cumplimiento a la Ley, porque tal, nace de la soberana voluntad de las partes en conflicto.

8 Obra citada pag.54

9 Boulé ¿Alguien sabe qué es una guerra? Filosofía, deliberación y pensamiento
http://boulesis.com/boule/nota/32_o_1_o_C/

10 En “Dinámica de la Mediación”, Colección Paidós Mediación, Edit Paidós, Bs. Aires 1997.

11 Jean Francois Six cita a Claude Lefort.

12 Op. Cit.

Los conflictos se convierten en guerra cuando los intereses rebasan la Ley y, en este sentido la mediación se convierte en un escenario que permite “revalorizar” el respeto a normas soberanas de convivencia. El acuerdo al que llegan las partes se convierte en su ley, la cual entienden inviolable.

LA VALIDEZ DE UN ACUERDO FRENTE A LA ESTRATEGIA DEL ENGAÑO

Sun Tzu señala : *“El arte de la guerra se basa en el engaño. Por lo tanto, cuando es capaz de atacar, ha de aparentar incapacidad; cuando las tropas se mueven, aparentar inactividad. Si está cerca del enemigo, ha de hacerle creer que está lejos; si está lejos, aparentar que se está cerca...”*¹³ Y de esta forma acceder a firmar Acuerdos que no los cumplirán.

Normalmente quien asiste a una Audiencia de Mediación está dispuesto a solucionar su problema o a dejar, en uso de lo que siente son sus derechos, muy clara su posición (caso en el cual los mediadores desarrollamos nuestras propias estrategias para buscar el Acuerdo). En este sentido se entiende que es lícita su actuación y enmarcada en el derecho. Pero, normalmente existe engaño y un potencial incumplimiento cuando el directamente involucrado no asiste a la invitación realizada y envía un representante, pues éste casi siempre se verá imposibilitado de firmar un Acuerdo por “falta de poder” pero sí logrará engañar a su contrincante dándole la falsa impresión de estar abierto a encontrar la Paz. El mediador en este sentido se encuentra en una situación difícil pues, deberá iniciar la Audiencia exigiendo se acredite la debida representación y ello sin duda, va a molestar a quien no la tiene y servirá (tal posición del mediador) muy probablemente, como argumento de victimización (v.gr: conste que hemos venido). Si el representante de la otra parte es un abogado, deberá saber con claridad que en el caso de no acreditar de acuerdo con la ley su comparecencia, los acuerdos a los que llegue no tendrán validez alguna por lo tanto, el mediador tendrá la obligación de asegurar tal formalidad legal al momento de la Audiencia, ya sea exigiendo autorización legal (poder) o una carta de ratificación.

EL PERFIL DE LAS PARTES

Existen grupos de los belicistas, aquellos que muestran una voluntad absoluta de luchar por luchar; para ellos, la guerra es una finalidad en sí (mi egoísmo ante todo); para ellos, como lo dice Six “la única paz posible, a sus ojos, es la paz de los cementerios”¹⁴; Una segunda manera de considerar la guerra es la de los políticos que hacen de ella un cálculo: dicen que luchan para engendrar la paz; la guerra es, para ellos, no un final, sino un medio, la “continuación de la política por otros medios” dice Clausewitz, citado por Six. En la clase política ecuatoriana, la guerra de intereses de quienes medran del statu quo a través de la clase política mantiene al país en una permanente “guerra” que eufemísticamente llaman “crisis”.

Estas perspectivas sobre el conflicto se traducen al momento de la Audiencia de Mediación en conductas. Los belicistas tienen conductas altamente agresivas en la Audiencia pues les interesa obtener sus objetivos a cualquier precio por sobre las relaciones humanas. Allí, el mediador deberá actuar insistiendo en la ubicación de los intereses comunes y recurrir, como lo dijimos en líneas anteriores, a las técnicas propias de la mediación.

El juego de los intereses, el derecho y el poder¹⁵ que todo conflicto conlleva es propio también de toda guerra pero, se privilegia este último en la mayoría de los casos para el inicio de la Audiencia y eso es esencial sea detectado por el mediador para su estrategia dentro de esta batalla. El mediador debe usar sus armas también y combatir en contra de las posiciones que no apunten a encontrar intereses comunes.

¹³ Sun Tzu Op. Cit, p. 16

¹⁴ Six Op. Cit.

¹⁵ Ury William y otros, “Como resolver las disputas”, Fundacion Libra y Rubinzal Edit, Argentina, 1995.

LA JURISDICCIÓN CONVENCIONAL

Pablo Andrade

Generalidades

La función tutelar del Estado, consiste en proteger el derecho individual de las personas, su integridad, libertad, y propiedad. Esta función se ejerce, en el Ecuador, a través de tres funciones: la Legislativa, encargado de la expedición e interpretación de leyes, la Ejecutiva encargado de cumplir y hacer cumplir las normas creadas por el legislativo; y, la función Judicial encargada de resolver controversias en casos específicos, según las normas expedidas por el Legislativo.

Es a través de la “jurisdicción”, definida en el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil como la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado, que el órgano Judicial ejerce el poder de administrar justicia. Este poder nace de la soberanía del Estado y corresponde a los magistrados y jueces establecidos por la constitución y la Ley.

Existen otras acepciones de “jurisdicción”, como el espacio territorial en el cual un estado ejerce su soberanía; el conjunto de poderes de un Estado, bien sea el Ejecutivo, Legislativo y Judicial; o, el territorio donde un juez cumple sus funciones. Se ha llegado inclusive confundir “jurisdicción” con “competencia” lo que constituye un grave error.

La competencia es un concepto del derecho adjetivo, creado para dar solución a la imposibilidad de que un órgano jurisdiccional ejerza todas las funciones sobre todos los asuntos controvertidos judicialmente. Así, el Estado mediante Ley crea diversos órganos entre los que se distribuye el ejercicio de la jurisdicción. Los límites y ámbitos restringidos del ejercicio jurisdiccional se los conoce como competencia, que constituye una medida en que está distribuida la jurisdicción en función del territorio, de la materia – o de las cosas, como señala nuestro Código de Procedimiento Civil (artículo 1)-, de las personas y de los grados. La “jurisdicción” por tanto es, en breves rasgos, la función de administrar justicia y ejecutar lo juzgado, mientras que la “competencia” es el límite dentro del cual se ejerce aquella.

Para el doctor Enrique Alberto Véscovi la jurisdicción es:

Etimológicamente, jurisdicción –viene de las voces latinas *iuris dictio*- significa 'decir el derecho'. Su primera y esencial función es lo que Calamandrei ha denominado la 'declaración de certeza'. Se trata de declarar cuál es el derecho ante el conflicto, o sea, -en un determinado conflicto- quien tiene la razón. Es lo que se realiza a través del llamado 'proceso de conocimiento', que es el medio por el cual la jurisdicción 'dice el derecho'.

Concepto

Varias son las definiciones que se han dado sobre “jurisdicción”, sin embargo, para efectos de este estudio considero oportuno citar al profesor Hernando Devis Echandia quien sobre este tema señala:

En *estricto sentido* por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y paz sociales.²

Partiendo de esta definición debemos entender a la jurisdicción desde una doble polaridad: como un derecho subjetivo del Estado de juzgar y ejecutar lo juzgado de consecuente obligatoriedad para los particulares; y, como una obligación pública del Estado de prestar esas finalidades a fin de que, mediante el derecho de acción y contradicción, el particular acuda ante él en búsqueda de la tutela del derecho que se cree violentado.

El derecho subjetivo jurisdiccional, entendido éste como la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado, nace del interés del Estado de proteger el derecho objetivo a través de la tutela jurídica. El sujeto activo de este derecho subjetivo es el Estado quien ejerce poder para la consecución del fin antes definido que principalmente es el de proteger los derecho individuales de las personas. Los sujetos pasivos son todos los miembros de una sociedad: nacionales y extranjeros.

Por otro lado, el derecho objetivo jurisdiccional, entendido éste como la obligación Pública de administrar justicia, nace de la ley. De esta obligación se desprende el derecho subjetivo de los particulares para acudir ante el órgano respectivo en búsqueda de la protección de un derecho objetivo que se presume violentado. Bajo esta perspectiva el sujeto pasivo en esta relación jurídica es el Estado que tiene la obligación de brindar los elementos suficientes a quienes acudan a él en búsqueda de la resolución de las controversias sometidas a su jurisdicción.

Partiendo de la necesidad del Estado de distribuir el ejercicio de la jurisdicción en función de su deber de administrar justicia, de dar mecanismos de solución a quienes acuden ante él y en procura de cumplir con la sociedad a quien interesa que existan vías por medio de las cuales puedan arreglar controversias, mediante ley el legislador ha previsto la especialización del llamado derecho subjetivo jurisdiccional. En este sentido el artículo 3 de nuestro Código de Procedimiento Civil define distintas clases de jurisdicción y entre otros criterios las clasifica en jurisdicción legal y jurisdicción convencional.

Jurisdicción convencional

Es la jurisdicción que surge del acuerdo de las partes a diferencia de la jurisdicción legal que nace de la ley.

En la jurisdicción convencional, las partes, en ejercicio de la autonomía de voluntad y en los casos permitidos por la Ley, otorgan a unos terceros llamados Árbitros las facultades suficientes para resolver sus controversias. Al dar origen a la jurisdicción convencional, las partes implícitamente renunciarían a la jurisdicción legal. Por su naturaleza la jurisdicción convencional excluye totalmente a la legal y paralelamente a la sustracción de la jurisdicción legal opera la atribución de ella a los árbitros.

En nuestra legislación el ejercicio de la Jurisdicción convencional por parte de los Tribunales de Arbitraje tiene el siguiente sustento legal:

El artículo 191 de la Constitución Política del Ecuador que al tratar sobre la Función Judicial del

² HERNANDO Devis Echandia. Compendio de Derecho Procesal, Editorial ABC-Bogotá, 1974, p. 65.

Estado hace un reconocimiento expreso respecto al arbitraje y mediación como procedimientos alternativos de solución de conflictos, siempre que estos estén sujetos a lo que manda la Ley.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que determina como administradores de justicia a los Tribunales y Juzgados establecidos por la Constitución y las Leyes, concomitantemente con lo dispuesto por el artículo 2 del Código de Procedimiento Civil que señala que el poder de administrar justicia es independiente, y no puede ejercerse sino por las personas designadas de acuerdo con la Ley.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que diferencia las clases de jueces, clasificando a los jueces ordinarios como jueces de jurisdicción legal y a los árbitros como jueces de jurisdicción convencional.

Como norma especial el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación define al sistema arbitral como un 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 controversias.

Según lo anterior la Ley permite a los particulares convenir que a través del arbitraje, sean resueltas todas las controversias surgidas o por surgir y que versen sobre derechos transigibles. El arbitraje supone que esas controversias sean resueltas ante personas que les merezcan mayor confianza, a particulares que no tienen la calidad de jueces o magistrados pero que ejercen facultades jurisdiccionales con características especiales.

Considero que el arbitraje no tiene como finalidad suplantar a la justicia ordinaria. La justicia ordinaria tiene el dominio pleno de la fuerza pública, puede ejecutar coactivamente sus resoluciones. Los árbitros carecen de esa facultad. El arbitraje busca dar a quienes acuden ante el, mecanismos alternos a los ordinarios para arreglar sus controversias de una manera más amigable y especializada e inclusive, y si así lo hubieran pactado, de una manera confidencial. El arbitraje de cierto modo busca también descongestionar a la justicia ordinaria del amplio número de causas que a ella ingresan cada día.

Sin embargo estos métodos tienen ciertas restricciones. Quedan excluidos del arbitraje quienes no hubieran pactado expresamente esta jurisdicción. Las partes por tanto no pueden comprometer por medio del arbitraje derechos de terceros. Según la Ley de Arbitraje y Mediación quienes pueden someterse al arbitraje son personas, naturales o jurídicas, con plena capacidad para transigir.

El requisito *sine qua non* para poder acceder a este procedimiento es la existencia de un convenio arbitral celebrado por las partes.

El convenio arbitral

El convenio arbitral, es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes manifiestan su voluntad de someter al juicio de árbitros, la solución de sus conflictos actuales o futuros, dentro de una relación jurídica contractual o de hecho. Según la doctrina el convenio arbitral puede ser de dos tipos: cláusula compromisoria y compromiso arbitral, que si bien entre sí tienen una misma finalidad, por su naturaleza, comportan situaciones diferentes.

La cláusula compromisoria es la manifestación de voluntad de someter a árbitros todas las cuestiones que eventualmente puedan surgir de una relación jurídica que vincule a las partes; mientras que el compromiso arbitral, cronológicamente posterior al surgimiento del conflicto, contiene la decisión de las partes de someter el conflicto surgido a la decisión de árbitros. Frecuentemente el compromiso arbitral contiene reglas operativas del arbitraje, sin embargo este no es un requisito necesario para la validez del mismo.

Conforme lo señalado en la Ley de Arbitraje y Mediación, el convenio arbitral, sea cláusula

compromisoria o compromiso arbitral, debe constar por escrito. Al respecto el doctor Carlos Larreátegui Mendieta nos explica:

La exigencia de la forma escrita, tanto en el compromiso como en la cláusula arbitral, se justifica plenamente, pues, tratándose de un negocio jurídico como el que estamos analizando, que atribuye facultades jurisdiccionales a los particulares, sustituyéndolo al conocimiento y decisión de los órganos estatales ordinario, no puede quedar librado al puro consentimiento de las partes. La declaración de la voluntad de los compromitentes adquiere certeza y seguridad gracias a este documento.³

En la jurisdicción convencional son las partes quienes a través del convenio arbitral, atribuyen facultades a los árbitros, es por ello que la misma debe quedar establecida en un documento escrito que de fijeza a la voluntad y cuyo texto no de lugar a equívocos.

El laudo arbitral

Para el profesor Roque Caivano el laudo es:

La decisión emanada de los Árbitros que pone fin al litigio ... Constituye la expresión más acabada de la jurisdicción que ejercen los árbitros, al imponer a las partes una solución para las diferencias que los separaban, y es el acto que finalmente tuvieron en mira las partes al pactar el arbitraje como medio de resolución de sus conflictos.⁴

Según nuestra legislación, el laudo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se debe ejecutar del mismo modo que las sentencias de última instancia. Es decir, frente al laudo no existe ningún recurso vertical; existen sí los recursos de aclaración y ampliación que deberán ser presentados dentro de los tres días de notificadas las partes con el laudo y resueltos por el Tribunal en el término de diez días de presentado dicho recurso.

Naturaleza del arbitraje

Luego de revisar el reconocimiento que hace la ley a la jurisdicción convencional como un medio por el cual las partes pueden dar solución a sus conflictos, corresponde responder la pregunta si el proceso y la jurisdicción arbitral son efectivo ejercicio de jurisdicción en los términos definidos por el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil; o si las facultades otorgadas a los árbitros surgen de un acuerdo estrictamente privado. El estudio de las facultades de los árbitros dentro del proceso arbitral y especialmente en lo que a medidas cautelares se refiere, exige una revisión precisa sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

Por un lado, es la Ley la que permite a las partes someter sus controversias al arbitraje en virtud de su manifestación de voluntad y, en función de la facultad conferida por la Ley, los árbitros ejercen facultades jurisdiccionales. Por otro lado las partes, en estricto cumplimiento de su voluntad, deciden someter sus controversias a un tercero imparcial especializado, a fin de que sea éste quien resuelva su conflicto. En este caso, la Ley cumpliría con reconocer a la manifestación de voluntad de las partes. Según este criterio, el árbitro solucionaría los conflictos sometidos a su conocimiento en función de las facultades que las partes le han dado mas no por las atribuciones conferidas por Ley. Estos son los más importantes planteamientos sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

Es así que la doctrina ha reconocido varias teorías que buscan definir la naturaleza jurídica del arbitraje: La contractualista, la jurisdiccional, la mixta y la autónoma, siendo las mas importantes las dos primeras. La tesis mixta reconoce ciertas características de la contractualista y la jurisdiccional y la autónoma reconoce a la naturaleza del Arbitraje desde un carácter *sui*

3 LARREATEGUI M., Carlos, Contribución al estudio del arbitraje privado, P. 50, Publicación de la CCQ, Quito, 1982

4 CAIVANO, Roque J., Arbitraje, Editorial Ad-Hoc Villela, Buenos Aires, 2000, p. 247

generis pues, según manifiestan quienes sostienen esta tesis, sus características no encajarían en ninguna de las tres teorías antes señaladas.

Teoría contractualista

Quienes sostienen esta teoría se basan en los siguientes presupuestos:

- **Característica convencional del arbitraje.-** Sustentan su tesis en el carácter privado del arbitraje visto el origen convencional del mismo.
- **Calidad de los árbitros.-** La relación que surge entre las partes y los árbitros es netamente contractual. Los árbitros no son jueces o magistrados, sino terceros imparciales a quienes las partes han escogido para que a través de una decisión resuelvan sus conflictos; no tienen facultad de administrar justicia en nombre del Estado, sino en virtud del compromiso de las partes de acatarlo. Los árbitros obtienen sus poderes y facultades en virtud de la manifestación de voluntad de las partes y no de la Ley. Hay autores como el doctor Carlos Larreátegui Mendieta⁵ que sostienen que los árbitros no son sino mandatarios de las partes pues tienen que someterse fielmente a las facultades conferidas en el convenio arbitral, sin que puedan exceder lo convenido por los contratantes.
- **Naturaleza del Laudo arbitral.-** Toda vez que los árbitros son terceros que no administran justicia en nombre del Estado sino en virtud de la facultad a ellos otorgada por las partes, la resolución o Laudo expedido por los árbitros no tiene las características de una sentencia. En esta tesis el laudo obligaría a las partes en el mismo sentido que un contrato celebrado entre ellas y el laudo se convierte en ley para esas partes.
- **Características de la Jurisdicción.-** Siendo la jurisdicción un deber y un derecho indelegable del Estado soberano, el legislador mal puede conceder esta facultad a quienes no ostentan la calidad de jueces o magistrados. Autores como Chiovenda niegan al arbitraje como un proceso toda vez que en él se requiere la presencia de un órgano público y el arbitraje lo prescinde.
- **Falta de *imperium*.**- Entendida ésta como la facultad de ejecutar lo resuelto, es la razón principal para quienes niegan la facultad jurisdiccional del árbitro; aseguran que la jurisdicción lleva en su constitución la fuerza de coerción que proviene del poder del Estado soberano.

Teoría jurisdiccional

Quienes defienden la naturaleza jurisdiccional del arbitraje sostienen que:

- **Característica de la Jurisdicción.-** El poder de administrar justicia es un deber primordial del Estado y como tal debe garantizarlo a fin de que cubra las expectativas y demandas de sus ciudadanos. Es el propio Estado quien en uso de su soberanía y a través de leyes dispone quienes están facultados para ejercer potestades jurisdiccionales.
 - La tesis contractualista considera que sólo los órganos del Estado pueden ejercer jurisdicción. Sobre este punto el profesor Roque Caivano señala:

La cuestión en la que se basa la tesis contractualista pasa fundamentalmente por pretender que los órganos del Estado son los únicos que pueden ejercer la jurisdicción. Pero olvidan que lo que califica a los jueces del Poder Judicial como órganos estatales no es solamente el ejercicio de la jurisdicción, sino su pertenencia estructural a uno de

los Poderes del Estado.⁶

Por esta razón no se ve obstáculo para que el Estado, a través de ley delegue esta función a unos particulares; facultades suficientes para resolver conflictos.

- **Facultades de los árbitros.-** Los árbitros además de ser terceros imparciales, ostentan la calidad de jueces conforme lo dispone la Ley. El acuerdo arbitral celebrado por las partes solo instrumenta una competencia para conocer ciertas causas bajo determinadas condiciones.
- **Efectos del Laudo.-** Los laudos tienen iguales características que las sentencias dictadas por los jueces y por tanto serían de obligatorio cumplimiento para las partes.

Aproximación a la naturaleza jurídica el arbitraje

Considero que las posturas de la tesis contractualista y de la jurisdiccional destacan elementos ciertos, pero parciales. La combinación de los dos criterios permitirá una conclusión que satisfaga la necesidad de definir en forma completa naturaleza jurídica del arbitraje.

Respecto del origen del arbitraje.- Es muy cierto que el arbitraje tiene origen convencional El convenio arbitral es la piedra angular del proceso arbitral pues en él se manifiesta la voluntad de las partes de renunciar a la justicia ordinaria, expresa o tácitamente, y de someter sus controversias a la decisión de un Tribunal de Arbitraje.

Sin embargo recordemos que, en procura de la tutela jurídica, es una obligación del Estado -y un derecho de los ciudadanos-, proveer sistemas que den solución práctica a los conflictos en una sociedad.

Un fallo expedido por un juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo que:

... el proceso arbitral es un equivalente jurisdiccional privado (en el sentido de no estatal) de la jurisdicción judicial o estatal. No dudo, pues, de que los jueces árbitros y árbitros arbitadores cumplen una función jurisdiccional, en el sentido de resolver definitivamente y como acto de autoridad, un conflicto al que son ajenos. Que en un caso esa autoridad sea una emanación de la soberanía del Estado y que en el otro sea la consecuencia del acto convencional de dársele las partes del conflicto, marca una diferencia en cuanto al origen de la misma, pero no una diferencia en la función misma... más allá del *imperium* exclusivo de los jueces del Poder Judicial, tanto éstos como los jueces arbitrales —lo que incluye por igual a árbitros y a amigables componedores— cumplen una esencialmente idéntica función jurisdiccional, en el sentido de ‘decir el derecho’ aplicable a terceros en un caso de conflicto al que ponen definitivamente fin mediante un acto de autoridad.⁷

Respecto de conflictos surgidos sobre derechos transigibles el Estado no puede impedir a las partes su derecho a escoger el método de solución mas acorde esté con la realidad de su controversia. Es así que el Estado reconoce entre otros métodos alternativos de solución de conflictos al arbitraje y a la mediación⁸ para que las partes accedan a un sistema más eficaz, rápido y amigable. El Estado a través de la Ley, reconoce a las partes el derecho de someter sus controversias a la decisión de Tribunales de Arbitraje.

El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación faculta a las partes acudir al arbitraje si así lo convinieren, sin embargo esta norma no ha establecido que ese acuerdo sea el que faculte a los árbitros a tomar decisiones sobre la controversia. El origen de la facultad decisoria del árbitro viene implícita en la disposición referida al señalar:

6 CAIVANO Op. Cit. p. 96

7 Voto del Dr. Felipe M. Cuartero. CNCom., sala D, 20/4/92, autos “Blanco, Guillermo v. Petroquímica Bahía Blanca”, inédito. El fallo posterior de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se publicó en Rev. JA

8 artículo 191 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

El sistema arbitral es un 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 controversias. (el subrayado es mío).

El ejercicio del poder resolutorio del árbitro es de carácter jurisdiccional pero no se puede desconocer el origen convencional. Sobre este punto el profesor Roque Caivano sostiene que el arbitraje es una función de naturaleza jurisdiccional cuya raíz genética es contractual⁹.

Sin el acuerdo expreso de las partes no existiría sustento para la actuación de los árbitros. Exceptuase claro está los casos de los llamados arbitrajes forzosos previstos en otras legislaciones.

Sin embargo resulta insuficiente a la explicación que se busca, sostener en favor de los árbitros una función exclusivamente jurisdiccional pues de ser así, estarían obligados a resolver las controversias sometidas a su jurisdicción en nombre del Estado, cuando en realidad resuelven en uso de sus facultades previstas en la Ley pero siempre que las partes así lo hubieran acordado.

Respecto de la calidad particular de los Árbitros.- Si bien los árbitros no integran la función judicial del Estado estos ejercen poderes jurisdiccionales de la misma forma que el juez ordinario pero con ciertas limitantes que oportunamente analizaré. Tan es verdad lo manifestado que nuestra legislación confirma esta aseveración: el artículo 2 del Código de Procedimiento Civil señala que el poder de administrar justicia no puede ejercerse sino por las personas designadas de acuerdo con la ley, concomitantemente con el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que reconoce como jueces que ejercen la jurisdicción convencional a los árbitros.

Respecto de la naturaleza del laudo.- El artículo 32 de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación reconoce a favor del laudo los efectos de sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada.

Según definición del profesor Manuel Osorio¹⁰, cosa juzgada es:

La autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial que pone fin a un litigio y que no es susceptible de impugnación, por no darse contra ella ningún recurso o por no haber sido impugnada a tiempo, lo que la convierte en firme.¹¹

El laudo tiene carácter de cosa juzgada formal en el sentido que produce consecuencias en relación con el proceso arbitral y que no puede ser ya objeto de recurso extraordinario alguno, - si bien lo resuelto no puede ser objeto de un nuevo litigio, se admite la posibilidad de modificación en un procedimiento posterior siempre que hayan mudado los elementos de las cosas que se tuvieron en cuenta al momento de decidir¹²; y, efectos en sentido de cosa juzgada material del laudo en el sentido que además de “irrecurable” es “inmutable”.

El mismo artículo 30 en su parte final determina que frente al laudo no se puede interponer ningún tipo de recurso que no establezca la misma ley. Debemos tomar en cuenta que esta disposición se refiere al mal llamado recurso de nulidad que en realidad debe ser una “acción” en virtud de la cual las partes pueden demandar ante la justicia ordinaria, la anulación del laudo por estar inmerso en una o varias de las causales previstas en el recientemente reformado artículo 31 de la referida Ley de Arbitraje y Mediación.

El laudo, al igual que la sentencia de juez ordinario es la decisión de un tercero imparcial que

9 CAIVANO Op. cit. P. 97

10 MANUEL Osorio, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Edit. Heliasta, Bogotá Colombia, p.p. 251

11 No se debe confundir los conceptos sobre el carácter de invariable del laudo en función con la facultad del Tribunal para corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de similar naturaleza, facultad prevista en el mismo artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

12 EDUARDO Couture, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, tercera edición. Edit. De Palma, p.p. 416.

resuelve un punto específico que hasta antes de su notificación, mantuvo en conflicto a las partes. Éste por tanto no solo tiene el carácter de una sentencia dictada por el juez ordinario sino que además goza de un privilegio: estar legalmente reconocido como sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada.

El Árbitro al resolver las controversias sometidas a su jurisdicción lo hace de la misma manera que el juez ordinario, y su resolución tiene igual fuerza obligatoria para las partes litigantes. Por esto, considerar al laudo a manera de contrato como hacen quienes sostienen la tesis contractualista constituye un error. El contrato es una manifestación de voluntades mientras que el laudo es una decisión resolutoria de un tercero cuya fuerza coactiva incide en el comportamiento de las partes respecto de sus obligaciones de dar, hacer o dejar de hacer.

Poder jurisdiccional conferido por las partes.- La tesis contractualista sostiene que son las partes quienes facultan a los árbitros para que resuelvan los conflictos sometidos a su conocimiento. Al contrario considero que la facultad de resolver conflictos y ejecutar lo resuelto implica un ejercicio jurisdiccional originado en la Ley. Mal puede sostenerse que son las partes quienes pueden otorgar facultades jurisdiccionales a los árbitros ya que carecen de ella, la convención no es el origen de la facultad jurisdiccional sino la Ley. Es principio jurídico que nadie puede dar mas derechos de los que tiene.

Quienes sostienen la tesis contractualista confunden el efectivo ejercicio jurisdiccional con la competencia para resolver un conflicto específico y bajo determinadas condiciones. Competencia sobre la que los árbitros deben resolver en el momento procesal arbitral conocido como Audiencia de Sustanciación.

Elementos diferenciadores entre jurisdicción convencional y legal

Una vez determinada como jurisdiccional naturaleza del arbitraje es necesario buscar las diferencias existentes entre la jurisdicción convencional y la legal. Es así que la doctrina reconoce tres importantes diferencias que son:

Sobre el origen de las facultades

Dejando a un lado el llamado arbitraje forzoso, figura jurídica prevista en otras legislaciones, se puede decir que la voluntad de las partes es la primera diferencia en el origen de la jurisdicción convencional y la legal en donde el origen mediato de la jurisdicción arbitral es la ley y que el inmediato es la voluntad de las partes.

Sobre la materia y el tiempo

Las facultades de los jueces ordinarios no están limitadas sino respecto de las normas que determinan su competencia en función de la materia, personas, territorio y grados. La jurisdicción de los árbitros está limitada en función de su competencia respecto a la materia y tiempo. La primera toda vez que los jueces árbitros pueden conocer exclusivamente sobre asuntos en los que fueron expresamente designados y siempre que se traten de controversias surgidas en derechos susceptibles de transacción.

Mucho se ha discutido sobre la posibilidad de someter en conocimiento y decisión de árbitros los conflictos surgidos sobre materia cuyos derechos son, por mandato expreso de Ley, de carácter irrenunciable. Al respecto un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito expidió un laudo en materia de inquilinato en el que analizó respecto a la renunciabilidad de un derecho y la transigibilidad del mismo. Sobre este punto concluyó que en materia de inquilinato es factible la transacción en tanto en cuanto esta no implique la renuncia de derechos del inquilino.

En función del tiempo, las funciones jurisdiccionales de los Jueces del Estado son permanentes y no tiene más limitaciones que las que imponen las normas que atribuyen su competencia funcional y territorial. Los árbitros en cambio, manejan una competencia limitada no solo en razón de ciertas materias como anteriormente señaláramos sino también en el tiempo. Por expreso mandato del artículo 25 de la Ley de Arbitraje y Mediación los árbitros tienen el término de ciento cincuenta días para expedir el respectivo laudo, término que debe ser contado desde la Audiencia de Sustanciación en que se declaran competentes para conocer un caso. Este término que puede extenderse hasta por ciento cincuenta días más pero como señala la misma norma, en los casos estrictamente necesarios.

Sobre la forma de ejercer la jurisdicción.

La actuación del juez ordinario -al igual que el árbitro que deba resolver en derecho- se reduce a la aplicación de la norma positiva tanto en el procedimiento como en el fondo del conflicto. Los árbitros que conocen causas en equidad deben resolver de acuerdo con su leal saber y entender, con aplicación de los principios generales del derecho mas no de la norma expresa.

BIBLIOGRAFÍA

Artículo Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado (Valentina Zárate Montalvo)

- Código Civil
- Código Penal
- Constitución Política de la República del Ecuador
- Curso "Control de Gestión de la Administración Pública", Manual del Participante, año 2005.
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Registro Oficial 595 de 12 de junio de 2002.
- Normas Ecuatorianas de Auditoría N° 10, (de la número 1 a la 31) Registro Oficial 5 del 30 de Septiembre del 2002.
- www.contraloria.gov.ec
- Normas de Control Interno para el Sector Público de la República del Ecuador, Edición Especial N° 6, Registro Oficial, jueves 10 de octubre del 2002.

Artículo Corte Penal Internacional (Ab. Francisco José Salgado Ribadeneira)

- GARCÍA Sergio, "Justicia Penal Internacional", Libro Ruptura No. 43, PUCE, Quito 2000.
- MOREIRA María Elena, "El Ecuador y los Derechos Humanos", www.dlh.lahora.com.ec
- GÜELL PERIS Sonia, "Ofensiva Jurídica contra la Corte Penal Internacional", Revista de Política Exterior Europea No. 94 Julio /Agosto 2003.
- SALGADO PESANTES Hernán, "La Corte Penal Internacional", Libro Jurídico Ruptura No. 44, AED, Quito 2001.
- VASCO Miguel, Diccionario de Derecho Internacional, Ministerio de Relaciones Exteriores, Quito, 2004.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, "Los esfuerzos estadounidenses por conseguir impunidad para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra", Agosto de 2002 Resumen Índice AI: IOR 40/025/2002/s, <http://www.amnesty.org/icc/>.
- Parlamento Europeo 2002-2003 - TEXTOS APROBADOS en la sesión del jueves 26 de septiembre de 2002 - P5_TA-PROV(2002)09-26 - EDICIÓN PROVISIONAL - PE 323.025.
- NOVAK Fabián y GARCÍA Luis, "Derecho Internacional Público", Tomo I: Introducción y Fuentes, Universidad Católica de Perú, Perú 2003.

Prensa.

- Artículo "Kenney insiste en el tratado de inmunidad", Diario El Universo, edición digital (Guayaquil), <http://www.eluniverso.com/>
- Artículo "EU no entregó 7 millones a Ecuador", El Telégrafo digital, www.eltelgrafo.com.ec
- Artículo "El Estatuto de Roma veta la inmunidad", Diario El Comercio de Quito, 29 de noviembre de 2004, Sección A, página 2.

Normas

- Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998 (suscrito por el Ecuador el 7 de octubre del mismo año)
- Convenio de Viena sobre los Tratados de 1969
- Constitución Política del Ecuador.
- Carta de las Naciones Unidas <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm>





El libro jurídico Ruptura es el proyecto académico anual de los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y en cada edición presenta artículos que recogen el pensamiento jurídico, tanto doctrinario como forense, de destacados profesionales y estudiantes.

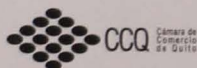
La presente edición incluye visiones y opiniones sobre la difícil transición que la justicia en el país vivió durante el año 2005, sin dejar de lado el profundo análisis jurídico que ha sido característico de esta obra por ya 49 años.

Esta publicación ha sido posible gracias al patrocinio de:


SEMPERTEGUI ONTANEDA
ABOGADOS



 
INDUSTRIA GRÁFICA




LEXIS S.A.
investigación y servicios jurídicos

EL COMERCIO

PEREZ BUSTAMANTE S PONCE
ABOGADOS