RUPTURA No. 55

año 2011

ruptura

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

55

AED
Asociación Escuela de Derecho

Asociación Escuela de Derecho
Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Av. 12 de octubre, entre Av. Veintimilla y Av. Patria.
Torre II, Piso 8.
Telf: (593-2) 2991700 ext. 2171
aed.puce.2011@gmail.com

Esteban Polo Pazmiño
Presidente Asociación Escuela de Derecho 2011

Ruptura No. 55
Año 2011

Editor: *Esteban Polo P.*

Consejo Editorial
Francisco Puente I.
Cristina Pozo M.

Colaboradores de Edición
Dr. Hernán Salgado P.
Msc. Dunia Martínez M.

Diseño de Portada
Juan Francisco Salazar P.

ISSN 1390-7182
Impresión: Imprenta Ideaz

Quito, Ecuador
1era edición: junio 2012

Los criterios emitidos en esta obra, son de exclusiva responsabilidad de sus autores.
Todos los derechos reservados. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.

AED
Asociación Escuela de Derecho

DIRECTORIO DE LA ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO 2011

Esteban Polo Pazmiño
PRESIDENTE

Cristina Pozo Mejía
VICEPRESIDENTA

CONSEJO DE FACULTAD

Jessahé Navarrete Villalba
Mayra Tirira Rubio

VOCALES DEL DIRECTORIO

Consuelo Velasco Mancheno
Harold Burbano Villarreal
Gabriela Rojas Garcés
Ricardo Hernández González
Vanessa Arellano Rodríguez
Jaime Cevallos Navas

Secretario
Andrés Mora Arias

Secretario Adjunto
Leonidas Chiliquinga Castillo

Colaboradores
Andrés Heredia Alvear
David Egas Yerovi
Eduardo Cantos Cortez

Juntas de Facultad

Ana Carina Félix
Ana Ordóñez
José García
Ismael Vallejo
Andrés Hinojosa
Silvia Otavalo
Renata Medina
Ángel Armijos
Gabriela Castaño

Participan en esta edición:

Hernán Salgado Pesantes
Miguel Carbonell
Claudia Storini
Juan Francisco Guerrero del Pozo
Esteban Polo Pazmiño
Francisco Puente Izurieta
Efrén Guerrero Salgado
Roberto Gargarella
Ramiro Ávila Santamaría
Santiago Acurio Del Pino
Xavier Zavala Egas
Sonia Merlyn Sacoto
Ricardo Rabinovich-Berkman
Stalin Andino González
Sebastián Corral Guevara
Edward Dyer Cruzado
Carmen Simone Lasso
Ma. Alejandra Román Benavides
Juan Carlos Cassinelli
Diego Núñez Santamaría
Ricardo Vaca Andrade
Sebastián Dueñas Riofrío

Contenido

Presentación.....V
Esteban Polo Pazmiño

Editorial.....IX
Agradecimientos.....XI

Capítulo I
Debates Constitucionales y de Derechos Humanos

La Reelección Presidencial en el Ecuador 3
Hernán Salgado Pesantes (Ecuador)

El derecho a la Libertad de Asociación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 17
Miguel Carbonell (México)

Constitución y garantía de los derechos. Una comparación entre Ecuador y Bolivia 35
Claudia Storini (Italia)

¿Caben las medidas cautelares constitucionales en contra de un proceso arbitral? 71
Juan Francisco Guerrero del Pozo (Ecuador)

La Selección y Revisión de la Corte Constitucional: Los Precedentes Jurisprudenciales como fuente del Derecho 81
Esteban Polo Pazmiño (Ecuador)

Interlegalidad o Interjudicialidad en la Reconstrucción del Estado 103
Francisco Puente Izurieta (Ecuador)

Conflictividad Social, Estado de Derecho y Prospectiva Jurídica: Un análisis de las consecuencias de aplicar Derecho en el Ecuador..... 113
Efrén Guerrero Salgado (Ecuador)

Capítulo II

Perspectivas del Derecho Penal Contemporáneo

La coerción penal en contextos de injusta desigualdad..... 131
Roberto Gargarella (Argentina)

¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena? Un acercamiento desde la interculturalidad..... 161
Ramiro Ávila Santamaría (Ecuador)

Fraude Informático: Responsabilidad de las Instituciones Bancarias..... 187
Santiago Acurio Del Pino (Ecuador)

Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas al Anteproyecto de Código Penal Integral..... 213
Xavier Zavala Egas (Ecuador)

Capítulo III

Nuevos Enfoques y Tendencias del Derecho

La adopción prenatal: destino jurídico óptimo para los embriones congelados en el Ecuador..... 227
Sonia Merlyn Sacoto (Ecuador)

Cine y Derecho: más sobre "Yo Acuso" (Alemania, 1941)..... 243
Ricardo Rabinovich-Berkman (Argentina)

Reflexiones sobre la Patria Potestad en el Ecuador y su origen en Roma..... 261
Stalin Andino-Sebastián Corral (Ecuador)

Los animales frente al Derecho: el caso de sus derechos subjetivos..... 271
Edward Dyer Cruzado (Perú)

El Principio de Realidad Económica: Un análisis de su aplicación en la Jurisprudencia de Casación Ecuatoriana 297
Carmen Simone Lasso (Ecuador)

Derechos de Autor vs. Internet: Batalla legal entre la realidad y la virtualidad 315
Ma. Alejandra Román Benavides (Ecuador)

Análisis del Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de las Personas Usuarias y Consumidoras 331
Juan Carlos Cassinelli (Ecuador)

Breve análisis de la Nueva Gestión Pública en el Ecuador 337
Diego Núñez Santamaría (Ecuador)

El Impuesto a la Salida de Divisas 351
Sebastián Dueñas Riofrío (Ecuador)

Capítulo IV
Homenaje

Perfil del Dr. Hernán Salgado Pesantes 357
Eugenia Silva Gallegos (Ecuador)

Discurso de Homenaje al Dr. Julio César Trujillo 365
Ricardo Vaca Andrade (Ecuador)

Presentación

Hablar de la Revista Jurídica RUPTURA, es hablar de la historia misma de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de sus estudiantes, representados en la Asociación Escuela de Derecho. Su origen se remonta al año 1949, cuando la primera generación de estudiantes de Derecho de la Facultad fundadora de la PUCE, emprendieron la importante tarea de generar la primera revista periódica de la Universidad. Una tarea cuyos resultados hablan por sí mismos: la publicación de ocho números en menos de tres años. En aquel entonces, las obras tenían varios objetivos: en primer lugar, generar opinión y difundir el pensamiento de profesores y estudiantes sobre temas jurídicos, sociales, económicos, literarios, políticos e históricos, un reflejo de la educación integral que se recibía en las nóveles clases de la Universidad Católica; por otra parte, elevar la discusión sobre aspectos y problemas coyunturales que aquejaban a la sociedad ecuatoriana, desde la visión del estudiante universitario; y, finalmente, fomentar el canje de la Revista, para recibir publicaciones que formen parte de la Biblioteca universitaria recién constituida. Es así que la primera revista de la Universidad, la Revista de la Asociación Escuela de Derecho, iniciaba sus primeros pasos.

Existió un segundo momento en el cual la periodicidad de los números ya no era la misma, pero su espíritu forjado por estudiantes rebeldes, creyentes en la justicia y en la transformación de la sociedad, permanecía intacto. De esta forma, como nos recuerda el Dr. Irving Zapater en el discurso pronunciado durante la presentación del número 44 de la Revista, a partir de los números publicados durante el período comprendido entre 1964 y 1969, la Revista se convirtió en vocera "de nuevos planteamientos y marcó una huella importante en el proceso de reforma de nuestra Universidad." Los años 60 fueron testigos de una labor extraordinaria de representación estudiantil que lideraba la Asociación Escuela de Derecho: se fundó la Federación de Estudiantes, se consiguió que las clases de religión no sean obligatorias, se logró que el Consejo Académico de la Universidad lo conforme un estudiante en representación del alumnado, quienes hasta ese momento eran representados por un profesor, entre otros de los logros conseguidos, los que han dejado huella hasta nuestros días como estudiantes.

Se vivían tiempos conflictivos en nuestro país, tiempos que merecían atención especial en los debates universitarios; acorde con esa realidad, la hasta entonces

denominada "Revista de la Asociación Escuela de Derecho" propuso una RUPTURA; RUPTURA que no se agota en su nuevo nombre, el cual lo acogemos por su significado histórico:

"RUPTURA (…) no es algo únicamente negativo; es romper con todo aquello que puede instrumentalizarnos a este desorden que condenamos, pero es sobre todo hacer de nuestra generación una generación comprometida en la construcción de algo nuevo y más humano, rompiendo con el egoísmo social y la farsa política que constituyen los motores de la crisis que nos ha tocado vivir".

José Bolívar "el Chato" Castillo, Director de la Revista No. 18, la primera conocida como Ruptura, correspondiente al período octubre 1965- febrero 1966, nos planteó en aquellas líneas una propuesta que se ha mantenido vigente a pesar de los años que han transcurrido y que debe comprometer a la juventud actual a fortalecer la esencia de aquel ideal.

Sin embargo, como todas las grandes obras, la Revista también ha sufrido momentos difíciles, algunas interrupciones tan largas que amenazaban con su desaparición, como la que sucedió entre los años 1970 hasta 1979; otras, no tan largas, y en otras ocasiones esporádicas, casi imperceptibles; mas, debemos ser enfáticos en que estos vacíos han dejado un perjuicio irreparable en la historia de la Facultad y a los estudiantes que se comprometieron en servir. No obstante, es preciso destacar la gestión de la gran mayoría de Asociaciones Escuelas, quienes conscientes de la altísima valía, han colocado la publicación de la Revista Ruptura como una prioridad en sus planes de trabajo, desvaneciendo la opción de su desaparición. ¡Que así sea por siempre!

La Asociación Escuela de Derecho, constituida en 1948, se erigió como la primera organización estudiantil de la Universidad particular; consciente de ese digno membrete y enorme responsabilidad, a lo largo de la historia ha actuado como precursora de valiosas actuaciones y significativos cambios reconocidos en la sociedad. Para la Asociación Escuela de Derecho que tuve el honor de presidir, fue muy grato honrar esta herencia y elevar el nombre de la AED a un sitial digno de su trascendencia. Nada menor es el mérito de haber contribuido con todos los estudiantes y egresados de la carrera de Ciencias Jurídicas, Derecho y Jurisprudencia del país y con las futuras generaciones de profesionales del Derecho. Esto, debido a que la Asociación Escuela de Derecho del período 2011, legítimamente elegida por una inmensa mayoría de la Facultad de Jurisprudencia, fue la gestora de una Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, que permitió, entre otros aspectos, reivindicar los derechos de los estudiantes, quienes contarán con una remuneración por el servicio comunitario que deberán

prestar durante un año previo a la obtención del título de abogado; al contrario de la gratuidad que se establecía de manera injusta, la misma que vulneraba derechos constitucionalmente reconocidos. Por otro lado, aplicando principios como la irretroactividad de la ley y derechos como la seguridad jurídica, logramos que las prácticas pre profesionales, cuyo ejercicio obligatorio se lo estableció a través de la publicación del Código Orgánico de la Función Judicial, se apliquen para quienes ingresaron a cursar sus estudios superiores de Derecho desde la promulgación de dicho Código, es decir, marzo del 2009, cuando la disposición ya estaba vigente, y no como se pretendió inicialmente, al exigir el cumplimiento de las prácticas a quienes ya se encontraban cursando sus estudios en las diferentes facultades y escuelas de Derecho, incluso a quienes ya habían egresado de las mismas. Por otra parte, la Ley Reformatoria permitirá a los estudiantes realizar las prácticas durante los dos últimos años de la carrera y no exclusivamente cuando egresen de la misma.

En este punto, considero de justicia agradecer al Dr. Juan Carlos Cassinelli, actual Primer Vicepresidente de la Asamblea Nacional, quien confió en el proyecto de ley realizado por este Organismo de representación estudiantil, lo presentó y lo defendió al interior de la Asamblea, hasta el momento en que fue aprobado por unanimidad, recogiendo todos los puntos planteados por la AED. Así mismo, agradecemos al Dr. Santiago Guarderas, Decano de la Facultad, por el apoyo incondicional en este proyecto. Hoy, después de la entrada en vigencia de la Ley realizada por la AED, la misma que se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 568 de martes 1 de noviembre de 2011, podemos afirmar que todo el esfuerzo dedicado al momento de la realización del proyecto, la difusión a nivel nacional del mismo, las innumerables reuniones con dirigentes estudiantiles, autoridades universitarias, asambleístas, nuestra intervención en la Comisión Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea, constituyó la labor más importante de la Asociación Escuela de Derecho y significó el beneficio para miles de estudiantes de Derecho de todo el país.

No creo que éste sea el espacio adecuado para citar todas las obras y proyectos realizados durante nuestra gestión; nuestros mandantes, es decir, los estudiantes de la Facultad, fueron testigos y actores que contribuyeron a la realización de los mismos; sin embargo, por su alto valor y las repercusiones que tuvo, consideramos pertinente que la "Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial" quede grabada en las páginas de la tradicional Revista Ruptura.

A nombre de todos los miembros de la Asociación, quiero expresar la gratitud hacia todos los estudiantes de la Facultad por la oportunidad que nos brindaron de servirles durante un año, esperamos que nuestra gestión, con sus virtudes y defectos, haya aportado en la misión de formar excelentes profesionales del Derecho, pero

más allá de eso, íntegros y correctos seres humanos. La labor que debe desempeñar una Asociación Estudiantil va más allá de la organización de eventos netamente académicos o sociales, se puede y se debe apuntar a la excelencia desde diversas esferas que confluyan en formar estudiantes críticos, participativos, conscientes que una Asociación no la hacen los 19 miembros electos, sino que el éxito de la misma depende de la colaboración que reciba de todos los estudiantes. Por mi parte, agradezco la colaboración brindada hacia este grupo de trabajo, la ayuda, los buenos deseos y la crítica fueron bien recibidos.

Por todo lo anteriormente expuesto, me es muy grato presentar a ustedes la segunda publicación de la Asociación Escuela de Derecho 2011: la Revista RUPTURA No. 55, que siguiendo la misma línea que nuestra obra anterior, "Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos", pretende convertirse en una sólida y útil herramienta didáctica para quienes nos vinculamos con el mundo del Derecho, especialmente para los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Esteban Polo Pazmiño
Presidente
Asociación Escuela de Derecho 2011

Editorial

Vivimos tiempos de cambios, por lo que resultaría erróneo sostener que el Derecho y su comprensión tradicional permanecen estáticos frente a la realidad que los rodea. La transformación de las ciencias jurídicas no se limita en las constantes reformas que sufre el ordenamiento jurídico, ni en la inclusión de nuevas normas, sino que debe ser analizada a partir de nuevos y profundos debates sobre las perspectivas y enfoques contemporáneos del Derecho.

Tras la publicación de la obra: "Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos", dedicada al estudio de varias instituciones del Derecho Constitucional, se ha preparado en esta ocasión un libro cuya discusión no se agota en una sola área del Derecho. De esta forma, la Revista RUPTURA No. 55, pretende abordar nuevos planteamientos del Derecho y desarrollarlos desde una mirada jurídica y crítica desde diversas ramas. Hemos incluido, además, un homenaje al Dr. Julio César Trujillo y al Dr. Hernán Salgado, reconocidos juristas y maestros.

Este número de la Revista Anual de la Asociación Escuela de Derecho, tiene como misión ser un aporte en el estudio de algunas áreas que, sin duda, están siendo reinterpretadas en este proceso de perfeccionamiento del Estado y del Derecho en su eterna búsqueda de alcanzar los altos valores de justicia, democracia y solidaridad en la convivencia humana.

La Revista Jurídica RUPTURA No. 55, a cargo de la Asociación Escuela de Derecho electa para el período 2011, es una obra cuya valía esperamos la sepan aprovechar todos sus lectores.

Agradecimientos

Queremos agradecer a los distinguidos articulistas que participaron en esta edición No. 55 de la Revista Ruptura, su trabajo llena de prestigio y contenido académico a esta obra.

Igualmente agradecemos a las entidades que hicieron posible esta publicación: el Servicio Integrado ECU- 911 y el Ministerio de Coordinación de Seguridad; a la Federación de Estudiantes de la PUCE del período 2011, presidida por el Ing. Fernando Naranjo Galindo; a la Empresa LEXIS S.A., en especial a María Elena Hidalgo; al Estudio Jurídico Pérez, Bustamante & Ponce; y a la Dra. Paulina Araujo.

Sin duda, merecen un agradecimiento muy especial las autoridades de la Facultad de Jurisprudencia, sus docentes y su personal administrativo, por todo el apoyo brindado en nuestra gestión.

Así mismo, un agradecimiento a dos destacados docentes de la Facultad, al Dr. Hernán Salgado y al Dr. Juan Francisco Guerrero, por todas sus enseñanzas y su apoyo durante nuestra gestión, en particular para esta publicación.

De la misma forma, un sincero agradecimiento a la Dra. Carmen Estrella, por su invaluable colaboración y comprensión durante el período de actividades de la Asociación Escuela de Derecho 2011. Finalmente, agradecemos a Dunia Martínez y a Juan Francisco Salazar, del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Ecuador se ubica a la vanguardia regional al plantear un nuevo concepto integral de seguridad en la Constitución de la República y en el Plan Nacional de Seguridad Integral.

Uno de los proyectos que materializa este concepto lo constituye el Servicio Integral de Seguridad ECU 911, sistema que articula, por medio del 9-1-1, línea única y gratuita, los recursos de las instituciones que atienden emergencias en el país; personal altamente capacitado y tecnología de punta, que entrega en la actualidad, cobertura a las provincias de Guayas, Santa Elena, Azuay y Cañar.

El ECU 911 es un proyecto emblemático liderado por el Ministerio de Coordinación de Seguridad, donde numerosos actores, trabajan de manera coordinada, desde la gestión de políticas públicas que privilegian al ser humano como vía para garantizar la paz, la equidad, la seguridad y alcanzar el Buen Vivir.

La infraestructura tecnológica del ECU 911, implementada por la empresa estatal china CEICE, es una de las fortalezas que permite atender, en forma ininterrumpida, 24 horas del día y 365 días del año, los requerimientos de emergencias de la ciudadanía; el sistema, conformado por diversas unidades generadoras, de tipo redundante, impide que en cualquier circunstancia, el servicio se vea interrumpido, gracias a la alta disponibilidad de servidores y equipos de telecomunicación en continuo y permanente asistencia.

Equipo humano e infraestructura: una dupla eficiente

El Centro Nacional de Seguridad Ciudadana ECU 911 Samborondón, en funcionamiento desde el mes de febrero, cuenta con 44 consolas para la recepción de llamadas, 180 líneas telefónicas, 54 consolas de despachos para las instituciones de respuesta en los diferentes tipos de emergencia y 21 consolas de video vigilancia y periféricos. A lo que se suman más de 1700 dispositivos GPS y alrededor de 1300 PDA.

La pantalla gigante de este Centro Nacional es un medio de visualización de imágenes captadas por cámaras ubicadas –estratégicamente– en lugares que posibilitan una visión amplia de los hechos para la toma de decisiones oportunas en situaciones de crisis.

Este método de vigilancia conforma otro de los mecanismos novedosos del ECU 911. El procedimiento apela a tres tipos de cámaras DOMO: el primer tipo son las High Definition que tienen un alcance de más de 400 metros; el segundo tipo con trayectoria de 350 metros, y el tercer tipo son las cámaras fijas de grado angular, orientadas a lugares específicos y estratégicos como bancos, locales comerciales y lugares de alto tráfico.

En abril entró en operaciones el Centro Zonal de Seguridad Ciudadana ECU 911, Cuenca, segundo centro en funcionamiento, que además de una moderna tecnología al servicio de la seguridad, entrega un parque temático de 2700 m2 con áreas verdes, parqueaderos y WIFI gratuito al servicio de la ciudadanía.

Este Centro, planificado bajo cuidadosos estándares de seguridad y estructura antisísmica, agrupa 50 consolas, 15 para analistas de llamadas, 25 de despacho de las instituciones de respuesta y 10 de video vigilancia y periféricos; 350 cámaras de video vigilancia, 100 botones de alarmas, GPS en todos los vehículos de las entidades de respuesta y 350 radios transmisores troncalizados a la Policía Nacional.

El Servicio Integrado de Seguridad ECU 911 cuenta con un personal altamente capacitado y desempeño de trabajo, cuyas fases iniciales de selección previó el desplazamiento de técnicos ecuatorianos a Beijing para la capacitación y transferencia de conocimiento en temas operativos, hardware y software que fueron adaptados a la realidad y necesidad ecuatoriana.

ECU 911: hacia la construcción de corresponsabilidad y una cultura de seguridad ciudadana

Existe, a nivel regional, un mal uso de los servicios de emergencia, llamadas malintencionadas y falsas, que afectan la calidad del servicio de atención, producen gastos infructuosos y genera un gran desperdicio de recursos de todo tipo.

Nuestro país, a través del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y de sus organismos competentes generó normativas y sanciones ante esta práctica irresponsable. Las sanciones van desde la suspensión temporal hasta el posterior cierre definitivo de la línea telefónica, además de cubrir los gastos de la movilización de recursos.

Cada centro contempla espacios de capacitación y acompañamiento a trabajadores, estudiantes y a la ciudadanía en la necesidad de construir una cultura de seguridad y cooperación a través de la organización barrial y la recuperación de valores como la solidaridad.

La culminación del proyecto, a nivel nacional, está previsto para el año 2014, estructura total que estará conformada por 15 centros, 2 nacionales, instalados en Samborondón y Quito, 5 zonales en Ambato, Cuenca, Ibarra, Loja, Portoviejo, 8 locales en Babahoyo, Esmeraldas, Nueva Loja, Macas, Machala, Santo Domingo, Tulcán y una sala de operaciones en San Cristóbal, Galápagos.

El Servicio Integrado de Seguridad ECU 911, pionero en un enfoque integral en seguridad, y que atiende en esta primera etapa al 32 por ciento de la población del Ecuador, será, sin dudas, un referente futuro y modelo de consulta para la región.

Fuente consultada: TNNV-SU César Navas Vera,
Coordinador de Proyectos Especiales,
Ministerio de Coordinación de Seguridad

Capítulo I

Debates Constitucionales y de Derechos Humanos

La Reelección Presidencial en el Ecuador [1]

Hernán Salgado Pesantes [2]

Sumario

I. Introducción. **II**. El inicio republicano del Ecuador. **III**. La República inestable. **IV**. Normativa constitucional sobre la cónyuge y parientes del Presidente. **V**. La Constitución de 2008 y la institucionalidad ecuatoriana. **VI**. La reelección inmediata en la actual Constitución 2008. **VII**. La alternabilidad, una virtud republicana. **VIII**. Síntesis final. **IX.** Bibliografía.

I. Introducción

El constitucionalismo ecuatoriano mantuvo como principio político la no reelección del presidente de la República de manera inmediata, fue un criterio generalizado que tal reelección podría darse después de transcurrido un periodo presidencial. Y este criterio de esperar un cuatrienio para una posible reelección predominó hasta ser modificado por la actual Constitución 2008.

De las dieciocho constituciones, anteriores a la actual, que se han expedido en el Ecuador tan sólo **una** consideró la posibilidad de una reelección presidencial inmediata (la actual sería la segunda); es más, cuatro constituciones regularon que la reelección presidencial debería esperar dos periodos y otras dos constituciones suprimieron toda posibilidad de que el presidente fuera reelegido.

Asimismo, la regla general respecto de la duración del mandato presidencial ha

1 Extracto de la ponencia presentada en el Seminario de Derecho Constitucional Iberoamericano, en Bogotá, 14 y 15 de abril de 2011.

2 Doctor en Derecho por la Universidad de Guayaquil. Doctor (*Phd*) en Ciencias Políticas por la Universidad *Panthéon Sorbonne* de París. Profesor Principal de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Antiguo Decano de su Facultad de Jurisprudencia. Ex Magistrado del Tribunal Constitucional. Ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (periodos 1992-1997 y 1998-2003). Ex Magistrado de la Corte Suprema del Ecuador (2005-2008).

sido de cuatro años, las excepciones para aumentar dicho periodo son muy pocas (únicamente tres constituciones establecieron un mayor periodo).

Antes de examinar las disposiciones de la actual Constitución de la República del Ecuador (2008) me referiré de modo sucinto a los antecedentes de nuestra historia constitucional y a destacar la idea republicana que forma parte esencial de los Estados de Latinoamérica. Este republicanismo que -a manera de un telón de fondo- debe estar presente en toda actividad política y constitucional, en este caso la reelección presidencial.

II. El inicio republicano del Ecuador

Si bien en la adopción del sistema republicano y presidencial hubo una influencia decisiva de parte de los Estados Unidos, cuyo modelo fue tomado, sin embargo no sucedió lo mismo en materia de la reelección inmediata del titular del Ejecutivo (aparte de otras cuestiones), que establecieron los constituyentes de Filadelfia para el país del norte. El Ecuador prefirió dejar de lado una reelección presidencial de carácter inmediato, como ocurrió en la mayoría de países de América Latina. Aunque se adoptó el cuatrienio como duración de las funciones presidenciales.

Como antecedente inmediato del Estado ecuatoriano vale recordar que en la época de la Gran Colombia la Constitución de Cúcuta de 1821 aceptó la reelección presidencial inmediata al señalar -con cierta vaguedad- en su artículo 107 que el presidente "*no podrá ser reelegido más de una vez sin intermisión*". Es decir una reelección era aceptable, quedando implícito que para obtener una segunda reelección debía transcurrir un período presidencial. Esta decisión adoptada en Cúcuta se lo hizo con el pensamiento puesto en el Libertador Bolívar.

Por su parte, la Constitución grancolombiana de Bogotá de 1830, aunque no llegó a regir por los hechos que se dieron en aquel año de gran convulsión política, dispuso que la duración de las funciones del presidente y vicepresidente fuera de ocho años, agregando que "*no podrán ser reelegidos para los mismos destinos en el siguiente período.*" (Art. 83).

Cuando el denominado *Departamento de Quito* se separó de la Gran Colombia el 13 de mayo de 1830 y dictó –en dicho año- su Constitución como Estado del Ecuador estableció que el presidente duraría en sus funciones cuatro años y que no podría reelegirse sino **después de transcurridos dos periodos constitucionales**, es decir, se fijaban ocho años entre una elección y otra.

Lo expresado demuestra que los constituyentes de esta primera Carta Política -como Estado del Ecuador- prefirieron distanciar la reelección presidencial para evitar que los grupos caudillistas, que amenazaban a la región luego de la independencia, se amparen del Poder por largos periodos y eliminen, por la misma razón, la alternabilidad republicana. Lamentablemente este esfuerzo quedó en buenas intenciones.

En efecto, los hechos políticos habían confirmado el temor de estos ecuatorianos de los inicios republicanos. El propio Libertador Bolívar estuvo en la presidencia grancolombiana un tiempo mayor e incluso debió asumir las facultades extraordinarias (apoyándose en la institución de la dictadura) para enfrentar las complicaciones políticas de aquella época difícil.[3] En cambio, para el Ecuador un mejor destino hubiera significado la presidencia del Mariscal Sucre dado su carácter magnánimo y desinteresado pero su trágico asesinato (consumado en las selvas de Berruecos) cambió el curso de nuestra historia y la presidencia fue a manos del general Flores para dar lugar a un predomino de quince años.

Como ha sido una constante en el Ecuador, la Constitución de 1830 apenas sirvió para un cuatrienio presidencial y la siguiente Carta Política redujo el tiempo para una nueva postulación del titular del Ejecutivo: el presidente –incluido el vicepresidente- podría ser **reelecto después de un periodo de cuatro años**. Y esta pasó a ser la regla generalmente aceptada en las diversas constituciones ecuatorianas.

La Constitución de 1843 preparada por el general Flores para continuar en el Poder, luego de haber concluido su segundo mandato, duplicó el periodo presidencial a ocho años, sin embargo conservó la regla de que la reelección no sería inmediata sino después de transcurrido un periodo, esto es luego de ocho años. En 1845 se pondría fin al dominio floreano. [4]

Un caso especial fue la Constitución de 1869, en la cual el presidente García Moreno introdujo su concepción de gobierno. El mandato presidencial se extendió a seis años con el agravante de la reelección inmediata. Y fue esta reelección la que

3 Incluso el Libertador Bolívar, agobiado por la anarquía que corroía su obra, concibió una presidencia vitalicia además de otras instituciones muy particulares para la Constitución de la República de Bolivia. Su oposición a los caudillismos locales y regionales le llevó a revestir al Estado grancolombiano de un estructura unitaria, excesivamente centralizada.

4 Para satisfacer a todos, también se aumentó el periodo de los legisladores: 12 años los senadores y 8 los diputados. Y para imponer un régimen autocrático –con un Ejecutivo hegemónico- se dispuso que el Congreso se reúna cada cuatro años. Estos excesos no fueron aceptados por el país que luchó contra esta nueva tiranía lo que culminó con la Constitución de 1845 que retornó a los cauces normales.

precipitó el asesinato de García Moreno, pues había concluido el mandato de seis años (que fue su segunda presidencia) y al ser reelegido para un nuevo periodo la oposición se acrecentó. Ésta fue estimulada por el escritor Juan Montalvo, al calificar este hecho -en un opúsculo que escribiera- como una "*dictadura perpetua*". Importante lección que dejó la Historia. [5]

III. La República inestable

La idea -expresada en 1830- de esperar que transcurran dos períodos presidenciales (ocho años) para que un ex presidente vaya a la reelección no fue una idea aislada en el Ecuador, pues posteriormente en las Constituciones de 1884 y en las liberales de 1897 y de 1906 los constituyentes volvieron a pronunciarse por esta forma de poner a distancia la reelección presidencial. No obstante, resulta paradójico que la Carta Política de 1906 haya traído tal disposición pues esto significa que aquellos constituyentes quisieron alejar del Poder al caudillo liberal, general Eloy Alfaro.

Empero, la Constitución de 1929 se inclinó a **eliminar la reelección presidencial**; de manera categórica en su artículo 78 se estableció que el presidente de la República "*no podrá ser reelegido*". La Constitución de 1929 es importante por traer al Ecuador el constitucionalismo social e introducir en el sistema presidencial algunos elementos aislados del parlamentarismo, lo que determinó la desarticulación del régimen presidencial.

La Constitución de 1978-1979, con la que el Ecuador retornó al Estado de Derecho luego de un gobierno de facto, recogió la regla establecida en la Carta de 1929 de suprimir la reelección presidencial de quien ya haya ejercido la presidencia de la República (Art. 79 número 1), y en compensación dispuso que el periodo presidencial se extienda a cinco años, cuestión que se mantuvo por poco tiempo: en 1983 una reforma constitucional volvió al cuatrienio.

Al tomar en perspectiva el siglo XIX se observa que el caudillismo predominante, exacerbado por las guerras de la independencia, impidió una sucesión regular en la presidencia de la República que haga posible la transferencia del mando político cada cuatro años. Los golpes de Estado (llamados también "cuartelazos" por el lugar donde se fraguaban) fueron

5 El asesinato del grande y polémico Presidente fue antes de posesionarse para un nuevo periodo de seis años, lo que hubiera significado tenerle en la presidencia 12 años ininterrumpidos. Hecho lamentable pues, al ver lo que ocurrió en el país, el mismo Montalvo escribiría (en *Las Catilinarias*) que mejor hubiera sido dejarle con vida al "gran tirano".

continuos y prosiguieron con menor intensidad en el siglo XX, en que apareció el fenómeno del populismo, que no es más que un caudillismo remozado para una época en que el sufragio popular tiende a universalizarse superando las restricciones con las que se había originado.

En todo caso, el caudillo o líder populista consideró parte de su misión la permanencia en el Poder y por un lapso mayor a los cuatro años previstos constitucionalmente. De este modo, se eliminaba en la práctica la necesidad de ir a una reelección no exenta de riesgos. Sin embargo, a medida que avanza la institucionalización del Estado fue necesario respetar el tiempo de duración de las funciones públicas partiendo del mandato presidencial, lo que se complementó con la aparición de los órganos electorales encargados de organizar y garantizar la transparencia del proceso electoral.

Vale señalar que en las contiendas electorales ecuatorianas, particularmente en el siglo XX donde se fue superando el fraude electoral, no ha sido común que los expresidentes volvieran a ser designados mediante una reelección para ocupar la presidencia por segunda ocasión. Un caso de excepción fue el del líder populista Dr. José María Velasco Ibarra (cinco veces electo presidente). Tampoco fue común que los hijos de los expresidentes fueran electos, en el siglo XX sólo el Sr. Galo Plaza (hijo del general Plaza Gutiérrez) llegó a la primera magistratura pero cuando buscó la reelección después de transcurridos algunos periodos no lo consiguió.

IV. Normativa constitucional sobre la cónyuge y parientes del Presidente

El constitucionalismo ecuatoriano no dejó de regular –en materia de elección presidencial- sobre aquellas personas que por su parentesco o por su participación en el gobierno del presidente de la República **en funciones** no podían presentarse como candidatos presidenciales. Tales situaciones eran consideradas como una inhabilidad que, en consecuencia, les impedía la participación política.

Los parientes que estuvieron inhabilitados debían estar dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad. A estos familiares se agregó de manera expresa "***quien fuere cónyuge***", y se lo hizo mediante una reforma constitucional efectuada en el año de 1983. [6]

6 Esta reforma fue realizada a la Constitución de 1978-1979 –que tuvo casi veinte años de vigencia- y constaba entre otras importantes reformas, como la reducción del periodo presidencial de 5 años –plazo razonable- al tradicional cuatrienio; entre los motivos, uno se refería a que el país estaba habituado al periodo de cuatro años. ¿Qué podría decirse ahora frente a la reelección inmediata? Estas reformas se publicaron en el Registro Oficial No. 569 de primero de septiembre de 1983.

Entre los funcionarios que por participar en cargos públicos del gobierno quedaban inhabilitados como candidatos presidenciales constaban el vicepresidente (ya fuera titular o por subrogación definitiva) y los ministros de Estado al tiempo de la elección o hasta seis meses antes (por tanto, para no quedar inhabilitado había que renunciar con un tiempo mayor a los seis meses, este tiempo fue suprimido). A estos se agregaban otros, como los miembros activos de la Fuerza Pública, los que ejercieron gobierno de facto (que después se precisará como: los que hayan ejercido autoridad ejecutiva en gobiernos de facto). [7]

En cuanto al fundamento para establecer estas inhabilidades fue que dado el parentesco estrecho con el primer mandatario en ejercicio, o el de ser su cónyuge, o de estar en altos puestos de su gobierno, las elecciones presidenciales perderían su transparencia, pues la participación equilibrada entre los candidatos se vería afectada e incluso los órganos de control electoral podrían perder la imparcialidad si se considera la frágil institucionalidad del país.

Por otro lado, el presidente de la República en ejercicio estaría predispuesto a favorecer a aquellas personas –familiares o funcionarios- y consecuente con ello pondría a disposición de aquellos toda la maquinaria gubernamental, es decir, dinero y bienes públicos, incluido el voto de buena parte del personal burocrático, obtenido bajo presiones diversas.

Además, es obvio que esta es una manera de evitar, de parte del presidente saliente, toda forma de control posterior a su mandato; su sucesor deberá retribuir los favores recibidos dando una oportuna "protección" a quien deja la presidencia. En realidad lo que se consigue es que la impunidad impere, lo que es un funesto precedente en el quehacer ético de la política.

Para concluir con este subtema -relativo al cónyuge, a los parientes e importantes colaboradores del presidente- vale señalar que las constituciones anteriores, como se ha visto, lo desarrollaron adecuadamente; estas disposiciones estuvieron ubicadas en la parte correspondiente a la Función Ejecutiva y entre las primeras normas que se referían al presidente de la República.

Sobre estas inhabilidades la actual Constitución 2008 prefiere no abordarlas y pasa en silencio. Ya no menciona al cónyuge, ni a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. La inhabilidad del vicepresidente, de los ministros de estado -entre otros- tampoco fue considerada. Diríamos que el silencio del texto constitucional es elocuente.

7 La penúltima Constitución de 1998 dio más precisión a estos puntos en dos artículos: el Art. 166 y el Art. 101.

Respecto de los ministros de Estado, en cambio, la Constitución vigente se preocupa de determinar en qué casos no podrían serlo. Y toma el modelo de las inhabilidades presidenciales para aplicarlas a los ministros, por ejemplo, no pueden ser ministros los "*parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de quienes ejerzan la Presidencia o Vicepresidencia de la República*." Igual, los "*miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo.*" (Art. 152, números 1 y 3 respectivamente).

Debo dejar en claro, que estas disposiciones son positivas y que anteriormente no las hubo, pero aquellas que se refieren a las inhabilidades de quienes quieren optar por la presidencia son igualmente importantes.

V. La Constitución de 2008 y la institucionalidad ecuatoriana

Creo necesario, antes de examinar la reelección presidencial, efectuar un somero análisis respecto de lo que –desde mi punto de vista- ha sucedido en la institucionalidad ecuatoriana.

La Constitución vigente es el fruto de una accidentada convocatoria a Asamblea Constituyente cuyo hecho más destacado fue la destitución de 57 diputados por reclamar que dicha convocatoria no siguió el proceso constitucional y que correspondía al Congreso Nacional aprobar las modificaciones que en el texto de la convocatoria hiciera el Presidente de la República. Luego vino un intenso debate sobre "los plenos poderes" que la Constituyente asumió; uno de los primeros mandatos (suerte de leyes) que dictaron los asambleístas fue que ninguna autoridad constituida puede alterar u oponerse a las decisiones de la Constituyente, al tiempo de declarar en receso permanente a lo que quedaba de la Función Legislativa.

Desde la visión de los constituyentes y de sus asesores esta Constitución es el resultado de "*la revolución ciudadana*". Lo que sí está claro después de dos años y medio desde que la Constitución se pusiera en vigencia (el 20 de octubre de 2008) es que la institucionalidad del Ecuador se ha vuelto más frágil. La Función Legislativa –con mayoría oficial- no legisla ni fiscaliza, se debe señalar que sus tradicionales atribuciones fueron disminuidas (no realiza ningún nombramiento importante, para el enjuiciamiento político del Presidente debe obtener el dictamen favorable de la Corte Constitucional a pesar de que en el Ecuador nunca se dio un juicio político a un Primer Mandatario).

La Función Judicial ha entrado en una franca descomposición, se suprimió a la Corte Suprema y en su lugar quedó una disminuida Corte Nacional, supeditada al Consejo de la Judicatura que vio reforzadas sus atribuciones no obstante su

inoperancia en la última década. A este Consejo hoy se le reclama su ineficiencia y el Presidente ha buscado una solución plebiscitaria, no exenta de demagogia: que los ciudadanos mediante consulta popular le permitan cambiar la transitoria constitucional para nombrar a tres comisionados que en un periodo de 18 meses reestructuren la administración de Justicia. [8]

Por su parte, el Tribunal Constitucional –de mediana actuación- se autoproclamó contra toda norma transitoria de la propia Constitución en Corte Constitucional y asumió de inmediato las nuevas atribuciones que se habían establecido en la Carta Magna 2008, las cuales, según sus mentalizadores, debían "blindar" a la Justicia Constitucional. Lo que todos hemos observado es el "blindaje" que han dado a la Función Ejecutiva y a su titular, mientras graves acusaciones de corrupción destruyen a esta institución.

La creación constitucional de una nueva Función de Transparencia y Control Social (llamada "quinta Función"), donde el centro de gravedad es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, no ha tenido resultados positivos. Se pensó que este órgano sería el representante genuino de la ciudadanía, esto no ha sucedido hasta el momento.

A dicho Consejo de Participación Ciudadana los constituyentes pasaron los principales nombramientos de los altos funcionarios del Estado que anteriormente los hacía el Congreso Nacional; pero tal proceso tiene mucha lentitud, la selección por méritos no inspira confianza y las críticas son numerosas a tal punto que el Presidente prescinde de este órgano en su solución plebiscitaria para reformar la Constitución y reestructurar –como se dijo- al Consejo de la Judicatura, alterando inclusive el principio de la separación de poderes.

A lo expresado se debe añadir un aspecto primordial de la Constitución de 2008, ella hace realidad el denominado **hiperpresidencialismo**: fenómeno político que desde hace algunos años se ha venido comentando en Latinoamérica y que esta vez se lo puede apreciar en la estructura organizacional que se ha dado el Ecuador. Este fenómeno, que supera o desborda el cauce político se convierte en un fenómeno jurídico constitucional.

La Constitución ecuatoriana y las leyes orgánicas que van expidiéndose

8 Esta consulta popular fue realizada el 7 de mayo de 2011 con diez preguntas que por su complejidad resultaban inapropiadas (cinco de ellas para reformar la Constitución, consulta de referéndum). El resultado aún no oficializado señala: por el SÍ el 47.12 % de los votantes; por el NO el 41.08 %; nulos el 5.43 %; blancos el 6.37 %. El triunfo corresponde al SI (a favor del Presidente) pues por disposición constitucional no se cuentan ni los nulos ni los blancos. Los analistas políticos han destacado la polarización como resultado de la consulta.

convierten al presidente de la República en el eje central del Poder, que cuenta con mayores atribuciones y puede estar presente a través de sus representantes en los consejos o comisiones que regulan cuestiones importantes (desde los recursos hídricos hasta la educación superior, pasando por la regulación de la comunicación y de sus medios hasta otras áreas estratégicas).

Como se sabe, en la mayoría de los países latinoamericanos el titular del Ejecutivo presidencial siempre ejerció predominio frente a los clásicos poderes y demás instituciones del Estado, muchas veces ese predominio se transformó en abierta hegemonía de carácter autoritario el cual rompió el principio de la separación de poderes. El neopopulismo de la región fortaleció a muchos presidentes que adoptaron prácticas plebiscitarias para legitimar sus actuaciones, no pocas veces al margen de la ley.

En el Ecuador el Presidente ha tomado este camino de la democracia plebiscitaria, un cesarismo que aspira a fortalecer el poder a la vez personal y popular. Por último, la Constitución de 2008 ha dado lugar a un periodo de transición excesivamente largo, transición que hasta el momento perdura, lo cual contribuye al descalabro institucional.

VI. La reelección inmediata en la actual Constitución 2008

Como fue expresado, de las dieciocho constituciones anteriores que desde 1830 ha tenido el Ecuador una sola estableció la reelección inmediata (para el periodo de 1869); ahora, la decimonovena Constitución –a 139 años de distancia- vuelve por segunda vez a disponer la inmediata reelección del presidente de la República.

El artículo 144 de la Constitución vigente, en su segundo inciso, prescribe: "*La Presidenta o Presidente de la República permanecerá cuatro años en sus funciones y* ***podrá ser reelecto por una sola vez****.*" (Énfasis agregado).

Para comprender el alcance de esta disposición hay que remitirse a otra norma constitucional, al artículo 114 (ubicado dentro de la sección intitulada "*Representación política*") que señala en su primera parte: "*Las autoridades de elección popular podrán reelegirse por una sola vez,* ***consecutiva o no****, para el mismo cargo*." (Énfasis agregado).

Se diría que –sin quererlo- nuestros asesores neoconstitucionalistas tomaron el modelo de los Estados Unidos. Al menos, los ecuatorianos podemos regocijarnos de que esta reelección presidencial inmediata tenga lugar por una sola vez, aunque nadie puede asegurar que tal disposición se cumpla, aún más si pensamos en las pautas de comportamiento político que se dieron en el pasado.

Obviamente, el contexto social, político y cultural en que vivimos es muy diferente al del siglo XIX, sin embargo la atracción y el apetito que produce el Poder parece no haber cambiado. Incluso los argumentos de justificación tienen similitud. Quienes detentan el Poder se consideran indispensables para llevar adelante los proyectos que harán la felicidad de sus súbditos.

Para algunos países latinoamericanos el siglo XXI ha hecho reverdecer el antiguo síndrome de mesianismo. Únicamente aquellos predestinados podrán ejecutar las transformaciones sociales, las modernas "revoluciones" de escritorio.

En todo caso, el Presidente ecuatoriano aspira a mantenerse en el Poder al menos tres periodos, siguiendo el ejemplo de otros mandatarios de la región. El primer periodo fue aquel anterior a la Constitución de 2008, con la vigencia de ésta se dio paso a nuevas elecciones y –como sucedió con Fujimori- el presentarse para otro periodo presidencial no constituiría un tercer mandato, sería tan solo la reelección establecida en la Constitución. Dentro de la experiencia latinoamericana esta es la ganancia de realizar una Constituyente.

VII. La alternabilidad, una virtud republicana

Una cuestión importante sobre la cual América Latina debe volver a reflexionar es la relativa a la alternabilidad política, elemento sin el cual la idea republicana pierde valor y sentido.

Cuando la antigua Roma dejó el sistema monárquico -en el año 509 antes de Cristo- dio inicio la república. Si bien el concepto de república ha tenido sus variantes, mantuvo los elementos que fueron destacados por los juristas romanos: la ***res publica*** entrañaba la idea de que el poder era cosa pública en el sentido de que el ejercicio del gobierno pertenecía al pueblo, a las mayorías, al contrario de lo que sucedió en la época de los reyes. Para Cicerón la *res publica* denotaba el interés común y el consenso a una ley común para afirmar la justicia.

Para los constituyentes de Filadelfia (1787) la república significó un claro distanciamiento de la monarquía y aquella tendría su fundamento tanto en el gobierno representativo como en la separación de poderes, con un sistema de frenos y contrapesos entre las instituciones políticas del Estado. Así, lo conceptuaron John Adams y Alexander Hamilton, haciendo coincidir en la figura del jefe de Estado, la del jefe de Gobierno lo que diferenciaría al presidencialismo del parlamentarismo.

No obstante las tesis de algunos ideólogos, como Hamilton, que abogaron por la reelección presidencial y el continuismo, la república presidencial norteamericana

estableció la alternabilidad en el ejercicio del poder al no aceptar más de una reelección, y esta alternabilidad se constituiría como la virtud republicana por excelencia. De este modo lo vieron nuestros próceres entre los que sobresale Rocafuerte, como la mayoría de prohombres de América Latina, aunque muchas veces las prácticas políticas contradijeran el principio de la sana alternabilidad.

Además, para aquellos tiempos la idea republicana se veía fortalecida con la legitimación popular, característica de la que careció la monarquía. Sólo después con el advenimiento de la monarquía constitucional, ésta alcanzará, igualmente, tal legitimación.

Nuestro país desde su Constitución de 1835 consagró la denominación de República del Ecuador, apelativo que no lo utilizó en la Carta Política de 1830 por cuanto dejó abierta la posibilidad de unirse y confederarse "*con los demás Estados de Colombia para formar una sola Nación con el nombre de República de Colombia*" (Art. 2). Hecho que ha sido considerado de diversas maneras: ¿exceso de idealismo, de ingenuidad política o fue una estrategia?

En cuanto a la forma de gobierno se estableció, esta vez desde el inicio, que el presidencialismo ecuatoriano sería **alternativo** además de ser popular, representativo, responsable y electivo; características que constituyen valores y principios.

Me atrevo a afirmar que los ecuatorianos no hemos dado la valoración debida a la idea republicana, marco en el cual deben organizarse y funcionar las instituciones políticas del Estado. Al respecto, me parece interesante contrastar el sentimiento republicano de juristas y pensadores franceses que han comprendido el hondo significado de que su país se constituya como una república y permanezca como tal. [9]

VIII. Síntesis final

Mirando la evolución constitucional del Ecuador en lo concerniente a la reelección del presidente de la República se puede afirmar lo siguiente. En el punto relativo a la reelección presidencial la visión política de los constituyentes de 1830 fue acertada al buscar distanciar por dos periodos una nueva designación, cuestión que fue reiterada en las Constituciones de 1884 y en las dos liberales de 1897 y 1906. Sin embargo, el contexto histórico del siglo XIX condenaba a estos propósitos republicanos a la inaplicación.

9 En esta línea está Michel-Henry Fabre, profesor y rector honorario de la Universidad de Aix-Marseille, quien denomina a su obra "*Principes Républicains de Droit Constitutionnel*" (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudente, quatrième Edition, Paris, 1984).

La realidad política de nuestro medio, plagada de caudillos codiciosos del Poder, determinó que los constituyentes ecuatorianos de las diversas épocas miraran con desconfianza la reelección inmediata, y, salvo la Carta garciana de 1869, no hubo inclinación alguna para aceptarla. Al contrario, en dos Constituciones (de 1929 y de 1979) se eliminó toda posibilidad de reelección presidencial.

Sin embargo, por encima de esta experiencia histórica la Constitución actual de 2008 establece la reelección inmediata del presidente de la República por una sola vez. Este hecho, que va en contravía de la alternabilidad republicana, terminará polarizando al electorado ecuatoriano sin resultados positivos, lo que a la postre afectará la institucionalidad democrática.

Como se dijo en su momento, las elecciones presidenciales perderían su transparencia, pues no existiría una participación equilibrada entre los candidatos y los órganos de control electoral no van a actuar con imparcialidad; el presidente que quiera reelegirse tendrá a su disposición toda la maquinaria gubernamental, dispondrá de dinero y bienes públicos para su campaña proselitista, tampoco faltará el voto de la mayor parte del personal burocrático, obtenido bajo presiones diversas.

Todos estos aspectos negativos ya los experimentó la sociedad ecuatoriana cuando luego de la aprobación de la Constitución 2008, el Presidente en funciones volvió a presentarse como candidato para de este modo poner en práctica los nuevos mandatos constitucionales. Asimismo, la reciente consulta popular de 7 de mayo de 2011 puso de manifiesto los abusos electorales en que incurrieron las autoridades gubernamentales con la anuencia del Consejo Nacional Electoral.

En suma, el Ecuador tiene una frágil institucionalidad, la cual debe ser fortalecida tanto como el Estado de Derecho. Y, dentro de esta realidad concreta la reelección inmediata del presidente de la República es altamente negativa.

IX. Bibliografía

Archivo Legislativo, *Actas de las Constituciones de la República del Ecuador y textos constitucionales*. Palacio Legislativo, Quito.

Borja y Borja, Ramiro, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, IV Tomos, sin editorial, Quito, año 1979.

Gimeno, Ana, *Una tentativa monárquica en América. El caso Ecuatoriano*, Banco Central del Ecuador, Colección Histórica XVIII, Quito, 1988.

Hurtado, Osvaldo y Salgado, Hernán, *Dos Mundos Superpuestos, Ensayo de diagnóstico de la realidad ecuatoriana*, Tercera edición actualizada, INEDES (Instituto Ecuatoriano para el Desarrollo Social), Quito, 1980.

Jaramillo Alvarado, Pío, *La Presidencia de Quito*, II Tomos, Editorial "El Comercio", Quito, 1938.

Moncayo, Pedro, *El Ecuador de 1825 a 1875*, II Tomos, Edit. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1979.

Tobar Donoso, Julio, *Desarrollo Constitucional de la República del Ecuador*, Editorial Ecuatoriana, Quito, 1936.

Tobar Donoso, Julio, *Monografías Históricas*, Editorial Ecuatoriana, Quito, 1938.

El derecho a la Libertad de Asociación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Miguel Carbonell [1]

Sumario

I. Introducción. **II.** La libertad de asociación. **III.** La organización interna de las asociaciones y los efectos horizontales del derecho de asociación. **IV.** Regulación constitucional en América Latina. **V.** Jurisprudencia consultiva y contenciosa de la corte interamericana de derechos humanos. **VI.** Conclusión. **VII.** Bibliografía.

I. Introducción

La posibilidad de asociarse para participar en asuntos públicos es esencial para todo Estado constitucional de derecho. Es esencial también para poder ejercer los derechos de participación política y para dotar de significados precisos y efectivos a otros derechos fundamentales, como por ejemplo la libertad de expresión y la libertad de imprenta (también llamada, en un sentido más amplio, libertad comunicativa).

Las asociaciones juegan un papel indispensable en la construcción de agregados sociales que nos permiten configurar democracias sólidas y bien consolidadas. La libertad asociativa como parte del Estado constitucional de derecho no solamente es importante para conformar partidos políticos, sino también para poder articular propuestas ciudadanas y debates que van más allá de los partidos y que suponen cauces de expresión muy significativos para millones de personas.

1 Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

En las páginas que siguen se hace un análisis de los siguientes puntos: a) el significado general del derecho de asociación; b) la proyección que tiene en las relaciones no solamente entre autoridades y particulares, sino entre meros particulares; c) la manera en que está regulado en el constitucionalismo de América Latina; y d) la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema.

A partir de tales elementos, entiendo que se suministra un panorama que puede ser útil para los interesados en el tema de los derechos fundamentales, toda vez que –con base en una perspectiva de derecho comparado- se aportan elementos que permiten comprender mejor los alcances del derecho fundamental de asociación.

II. La libertad de asociación: contenido normativo.

El derecho de asociarse libremente, o libertad de asociación, aparece en el artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo texto es el siguiente:

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía[2].

En términos generales podemos afirmar que el derecho de asociación consiste en la libertad de todos los habitantes de una comunidad para conformar, por sí

2 Cabe señalar que el este artículo no se encuentra incluido en el listado del artículo 27 de la Convención, en el que se enuncian los derechos que no pueden ser suspendidos bajo ningún supuesto. En esa virtud, podemos afirmar que la libertad de asociación y sus diversas manifestaciones pueden ser suspendidas en los casos que señala el mismo artículo 27 de la Convención Americana. Por otro lado, la dimensión asociativa tiene trascendencia también en aspectos procesales de la Convención Americana, ya que su artículo 44 permite que "grupos" (o sea, asociaciones) presenten peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de esa manera se desencadenen los mecanismos de protección previstos en la propia Convención.

mismos o con otras personas, entidades que tengan una personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes; es decir, se trata de poder constituir lo que Hans Kelsen llamaría un "centro de imputación de derechos y obligaciones"[3], con el objeto y finalidad que sus integrantes libremente determinen, siempre que sea lícito.

La libertad de asociación tiene un papel esencial en la conformación de las democracias modernas, pues expresa la posibilidad de constituir agregados interpersonales de intereses, que tengan reconocida una personalidad jurídica. Por medio de las asociaciones las personas añaden un elemento importante a su convivencia y pueden expandir su horizonte vital, participando con otras personas en la consecución de ciertos fines.

La participación asociativa incrementa el sentimiento cívico de los ciudadanos, les permite incidir de forma más directa en las decisiones importantes de su comunidad y refuerza los vínculos amistosos e incluso familiares. La participación asociativa es una de las formas más importantes de creación de lo que se ha denominado el "capital social"[4].

Tiene razón Peter Häberle cuando escribe que la libertad de asociación es "un elemento irrenunciable de la democracia pluralista o de la *Constitución del pluralismo*"[5]; en el mismo sentido, pero muchos años antes, Alexis de Tocqueville escribía que "Después de la libertad de obrar solo, la más natural al hombre es la de combinar sus esfuerzos con los de sus semejantes y obrar en común. El derecho de asociación me parece casi tan inalienable por su naturaleza como la libertad individual. El legislador no puede querer destruirlo sin atacar a la sociedad misma"[6].

A veces se suelen analizar conjuntamente la libertad de asociación y la libertad de reunión. Normativamente puede resultar correcto, pero desde un punto de vista analítico, no deben confundirse ambos derechos.

La diferencia entre la libertad de reunión y la de asociación consiste sobre todo en la duración de los efectos que conlleva el ejercicio de una y otra. En tanto que la libertad de reunión despliega sus efectos mientras físicamente se encuentran

3 Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa,UNAM, 1991, pp. 90 y siguientes.

4 La caracterización sociológica del asociacionismo y su relación con el capital social puede verse en el importante libro de Putnam, Robert, *Solo en la bolera. Colapso y resurgimiento de la comunidad norteamericana*, Barcelona, Galaxia Gutemberg-Círculo de Lectores, 2002.

5 *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998, p. 79 (cursivas del autor).

6 *La democracia en América*, México, FCE, 2007 (reimpresión), pp. 209-210.

reunidas las personas que la ejercen, la libertad de asociación se proyecta con efectos temporales más extendidos, en la medida en que se crea una personalidad jurídica distinta de la que corresponde a las personas que la ejercen[7].

Las libertades de reunión y asociación se encuentran reconocidas en muchas declaraciones internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de 1948 (artículo 20), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 21), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículos 15 y 16) y el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre libertad sindical.

A luz de dicha normativa, y sobre todo de la regulación constitucional de los mismos derechos, quizá sea oportuno distinguir entre el régimen jurídico de *las asociaciones en general* y el régimen jurídico de *ciertas asociaciones en particular* (que en ocasiones tienen un distinto marco de protección constitucional). El artículo 16 de la Convención Americana se refiere al derecho de asociación en general. Algunas normas constitucionales nacionales se refieren por ejemplo a asociaciones como los partidos políticos, las agrupaciones religiosas o los colegios profesionales. Esa regulación específica también contiene lo que llamamos derecho de asociación, pero con efectos y alcances distintos que la que rige para las asociaciones en general.

La libertad de asociación comporta la facultad del sujeto para ingresar a una asociación, pero también supone la posibilidad de salir de ella cuando lo considere oportuno; es decir, la libertad de asociación, para ser tal, nunca debe convertirse en algo obligatorio, ni para efecto del ingreso ni para efecto de la salida de una asociación (a menos que la obligación esté establecida directamente por el texto constitucional, como sucede con los colegios profesionales en España, aunque en este caso lo que es obligatorio es el ingreso, pero no la permanencia, puesto que dichos colegios pueden abandonarse en el momento que se quiera, con la consecuencia, sin embargo, de que ya no se podrá ejercer la actividad profesional que rigen los mismos colegios). La Declaración Universal de 1948 lo establece con meridiana claridad en su artículo 20.2: "Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación".

Las diferentes manifestaciones de la libertad de asociación quedan también muy bien reflejadas en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2002 sobre derecho de asociación vigente en España; su contenido, en los párrafos que ahora interesan, establece que:

7 Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 4ª edición, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2011, pp. 480 y siguientes.

2. El derecho de asociación comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones, sin necesidad de autorización previa.

3. Nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida.

5. La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Serán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación.

6. Las entidades públicas podrán ejercitar el derecho de asociación entre sí, o con particulares como medida de fomento y apoyo siempre que lo hagan en igualdad de condiciones con éstos, al objeto de evitar una posición de dominio en el funcionamiento de la asociación.

7. Las asociaciones que persiguen fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

La doctrina española ha llamado la atención sobre las dificultades que en la práctica pueden surgir al momento de intentar ponderar hasta dónde puede llegar la autonomía de las asociaciones frente al mandato de que su organización y funcionamiento interno sean democráticos[8]. Su Tribunal Constitucional ha señalado que:

> "...La potestad de organización que comprende el derecho de asociación se extiende con toda evidencia a regular en los Estatutos las causas y procedimientos de la expulsión de los socios. La asociación tiene como fundamento la libre voluntad de los socios de unirse y permanecer unidos para cumplir los fines sociales, y quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidos. Y en cuanto la asociación crea no sólo un vínculo jurídico entre los socios, sino también una solidaridad moral basada en la confianza recíproca y en la adhesión a los fines asociativos, no puede descartarse que los estatutos puedan establecer como causa de expulsión una conducta que la propia asociación, cuya voluntad se expresa por los Acuerdos de sus órganos rectores, valore como lesiva a los intereses sociales". Sentencia 218/1988.

8 González Pérez, Jesús y Fernández Farreres, Germán, *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 127 y ss.

Particularmente intensa puede ser esa tensión cuando la asociación de que se trata es un partido político. Al respecto el Tribunal Constitucional español ha señalado lo siguiente:

"El precepto constitucional que consagra de modo genérico el principio de democracia interna admite muy diversas concreciones, ya que los modelos de organización partidista democrática que caben dentro del mencionado principio constitucional son muy diversos, tanto como dispares puede ser, en contenido y en intensidad, los derechos, y en general, el estatuto jurídico que puede atribuirse a los afiliados en orden a garantizar su participación democrática.... el legislador deberá respetar, además naturalmente del contenido esencial del derecho de participación democrática, el contenido de otros derechos como los que éste guarda íntima relación como son el derecho de libre creación y, muy especialmente, el derecho de autoorganización del partido, un derecho, éste último, que tiende, precisamente, a preservar la existencia de un ámbito libre de interferencias de los poderes públicos en la organización y funcionamiento interno de los partidos". Sentencia 56/1995[9].

En esa misma sentencia, el Tribunal entiende que la democracia interna exige "que los partidos rijan su organización y funcionamiento internos mediante reglas que permitan la participación de los afiliados en la gestión y control de los órganos de gobierno y, en suma... mediante el reconocimiento de unos derechos y atribuciones a los afiliados en orden a conseguir esa participación en la formación de la voluntad del partido".

III. La organización interna de las asociaciones y los efectos horizontales del derecho de asociación.

La intervención de los poderes públicos sobre las formas de organización interna de las asociaciones es uno de los puntos centrales de debate en torno a la libertad de asociación. No hay un modelo único de organización y, como principio general, debe prevalecer la más amplia libertad para quienes quieran conformar una asociación, a menos que se den algunas circunstancias excepcionales.

Por ejemplo, las asociaciones deben necesariamente tener un funcionamiento interno democrático cuando el ingreso en las mismas es un requisito para poder ejercer algún derecho fundamental; tal sería el caso, que ya se ha mencionado, de los partidos políticos, pero también estaríamos en el mismo supuesto tratándose de

9 Un análisis detallado de esta sentencia puede verse en Coderch, Pablo Salvador, Von Münch, Ingo y Ferrer, Josep, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 74 y ss.

los colegios u organizaciones profesionales[10], si es que la ley impone como requisito para ejercer determinada profesión la pertenencia a dichos órganos colegiados.

En los casos que se acaban de referir la libertad de organización interna cede en virtud de que se trata de instituciones que representan un interés no meramente particular, sino de carácter social y que llevan ese interés ante los órganos del poder público, lo que hace que requieran de un estatuto jurídico particular[11].

También en ese supuesto se encuentran, al menos en algunos países, las federaciones deportivas que regulan alguna actividad deportiva profesional, así como las asociaciones que tienen por objeto la representación de algún interés social. En este último caso, se entiende que las asociaciones deben tener condiciones flexibles de ingreso, dado que "quien pretende asumir la condición de portavoz, ante las instancias públicas y en las relaciones sociales, de los intereses de un cierto colectivo de personas, debe permitir que confluyan a la formación de la voluntad del grupo todas las corrientes de opinión que se generen dentro del círculo de aquéllos a los que se dice querer representar"[12].

El derecho de asociación puede tener efectos, como es natural, frente a las autoridades, por ejemplo al limitar la posibilidad de que las mismas puedan disolver una asociación, de que le impongan decisiones tomadas por órganos externos o de que no le permitan a una persona formar parte de una organización, etcétera. Pero también puede, en determinadas circunstancias, tener efectos frente a particulares, es decir, dar lugar a la *drittwirkung der grundrechte*. La eficacia del derecho de asociación en las relaciones entre particulares ha sido mencionada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque con efectos restringidos (por ejemplo en la sentencia del caso "Kawas Fernández vs. Honduras", párrafo 144).

Hay dos circunstancias concretas en que los efectos horizontales de la libertad de asociación, pueden presentarse:

A) La primera se da cuando se incumplen los estatutos de la propia asociación; en este supuesto, uno o varios de sus miembros ven vulnerada

10 Al respecto, ver artículo 36 *in fine* de la Constitución española. Sobre la posibilidad de que el requisito del funcionamiento democrático interno se pueda extender o no a todas las asociones, ver Elvira, Ascensión, "Asociaciones y democracia interna" en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, tomo I, pp. 607 y ss.

11 Coderch, Pablo Salvador, Von Münch, Ingo y Ferrer, Josep, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, cit., p. 21.

12 *Idem*, p. 108.

su libertad de asociación. Dentro del alcance de dicha libertad se encuentra el hecho de que "quienes ingresan en una asociación, quienes lo pretenden y quienes desean permanecer en ella tienen derecho a que las reglas del juego en el que aceptan o aceptaron participar se cumplan hasta el final"[13];

B) La segunda se puede presentar cuando la asociación detenta una posición de monopolio dentro de una comunidad determinada[14]; en el ámbito del derecho de asociación el concepto de monopolio es difícil de delimitar y no puede transportarse mecánicamente desde la teoría económica, pero la idea que contiene es la de que si se trata de la única asociación que existe en una comunidad para realizar X o Y actividad, entonces la libertad de configuración de su organización interna debe ceder para asegurar un mínimo de condiciones; por ejemplo en cuanto a los requisitos de ingreso, los cuales no podrán ser discriminatorios.

Por lo que respecta a la posibilidad de utilizar algún criterio discriminatorio al momento de aceptar nuevos miembros dentro de una asociación, hay que decir que dicha posibilidad debe ser objeto de un escrutinio estricto por parte de los tribunales si se llega a presentar. A menos que se pruebe que existe un interés ineludible, que pone en riesgo la existencia misma de la asociación, no pueden esgrimirse criterios discriminatorios para impedir el ingreso de alguna persona en una asociación.

Este segundo caso se presenta, por mencionar dos ejemplos, cuando se trata del único club deportivo que tiene una pileta de natación en la comunidad, o si se trata de la única academia en la que se puede obtener la licencia para ser piloto aviador. En estos casos no se podría prohibir por medio de disposiciones estatutarias internas el ingreso a las mujeres, por citar un caso que ha tenido que ser decidido por algunos tribunales constitucionales. El mismo razonamiento se ha aplicado a los llamados "clubs privados" en los Estados Unidos, que solamente admitían como socios a hombres[15].

En algunos casos particulares, se ha admitido que también están sujetas a los

13 Coderch, "Introducción" en Coderch, Pablo Salvador, Von Münch, Ingo y Ferrer, Josep, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, cit., p. 18.

14 *Idem*, pp. 18 y 103 y ss.

15 A partir de importantes sentencias de la Suprema Corte, como por ejemplo en la sentencia del caso *New York State Club Association vs. City of New York*, resuelto por unanimidad de votos en junio de 1988, siguiendo el criterio ya establecido en la sentencia *Roberts vs. U.S. Jaycees* fallado en 1984. El criterio de la Corte se aplica a las asociaciones que no sean "estrictamente privadas" (es decir, las que no ofrezcan servicios al público); no se aplica, sin embargo, a las corporaciones religiosas.

mismos límites las asociaciones que, sin ser monopólicas, tengan una posición dominante dentro de un ámbito social o económico determinado[16].

IV. Regulación constitucional en América Latina.

Las Constituciones de América Latina contienen una regulación en general adecuada de la libertad de asociación. Llama la atención el grado de detalle de algunos textos y, sobre todo, la forma de enunciar los límites al derecho (se trata de una cuestión llamativa en el caso de todos los derechos, no solamente respecto de la libertad de asociación).

La enunciación regulativa en las constituciones de la región va desde el escueto mandato del texto argentino "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos….: de asociarse con fines útiles" (artículo 14), colombiano "Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad" (artículo 38), o boliviano (tan amplio en muchas otras cosas), "Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: 4. A la libertad de reunión y asociación, en forma pública y privada, con fines lícitos" (artículo 21), hasta las regulaciones más amplias de la Constitución brasileña (artículo 5 fracciones XVII, XVIII, XIX, XX y XXI), nicaragüense (artículo 49), venelozana (artículos 52, 67 y 118) o mexicana (artículos 9, 41 y 130).

Si revisamos la regulación constitucional que acabamos de citar (y las otras pertinentes), veremos que la libertad asociativa se limita por sus objetivos (licitud de los fines) y por razones incluso más etéreas y difíciles de definir. Por ejemplo, en Chile se prohíben las asociaciones contrarias a "la moral" (artículo 19). En Honduras la libertad de asociación debe ser compatible con "las buenas costumbres" (artículo 78). La licitud aparece en varios textos constitucionales (en el mexicano, por ejemplo: artículo 9). Lo que signifiquen ese tipo de conceptos tan vagos e indeterminados es algo que habrá que ir descifrando, pero cabe apuntar que no resulta un modelo de buena técnica legislativa y más bien abren la puerta para interpretaciones subjetivas.

En algún país hay menciones específicas respecto de la restricción para las fuerzas armadas y la policía. Es el caso al menos de Colombia (artículo 39).

La Convención Americana, en su artículo 16, no se libra de una enunciación ciertamente amplia de los límites, pues agrega en su párrafo segundo la posibilidad de considerar cuestiones vinculadas con la seguridad nacional, la seguridad

16 Coderch, "Introducción", cit., p. 105.

pública, el orden público, la moral pública o los derechos de los demás, para efecto de configurar el perímetro jurídicamente protegido de la libertad asociativa.

La ventaja que se tiene en el sistema interamericano es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho siempre una interpretación del todo pertinente y acotada de los límites a los derechos, a través de la clave hermenéutica que proporciona el concepto de "sociedad democrática"[17]. No podemos decir lo mismo de las jurisdicciones constitucionales internas, que a veces utilizan conceptos vagos para restringir indebidamente derechos, incluyendo el derecho de asociación.

V. Jurisprudencia consultiva y contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho, a lo largo de su historia, varias referencias puntuales a la libertad de asociación y sus alcances. Lo ha hecho, por citar solamente algunos ejemplos, en la Opinión Consultiva 5/85 sobre colegiación obligatoria de periodistas y en los casos contenciosos Huilca Tecse vs. Perú (3 de marzo de 2005), Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú (10 de julio de 2007) y Escher y otros vs. Brasil (6 de julio de 2009). Veamos algunas de las consideraciones más importantes que aporta la Corte respecto del derecho de libertad de asociación que estamos analizando.

A) Opinión Consultiva 5/85.

En la OC 5/85, se consultaba a la Corte sobre el apego a la Convención Americana de una disposición legislativa de Costa Rica, por medio de la cual se exigía la colegiación obligatoria para aquellas personas que quisieran ejercer la profesión periodística, incluyendo la función de reportero. Si bien es cierto que el Estado en su solicitud de opinión consultiva le pedía a la Corte interpretar el alcance de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana, es indudable que el contenido de la OC 5/85 impacta notablemente en la regulación interamericana del derecho de asociación, por lo cual tiene sentido y justificación analizarlo en este ensayo.

La Corte comienza su análisis, como no podría ser de otra manera, a partir de la libertad de expresión y su papel en todo Estado democrático (los párrafos 30

17 Las restricciones a los derechos deben ser congruentes y compatibles con las necesidades de una sociedad democrática, tal como se enuncia en varias sentencias de la Corte e incluso en la propia Convención Americana.

a 34, 39, 70 y 71, son especialmente importantes en el orden de lo conceptual). También se refiere la Corte a las restricciones de la libertad de expresión, aplicables en alguna medida a la libertad de asociación; en efecto, la Corte construye en la OC 5/85 un concepto de "orden público" (párrafo 64) y de "bien común" (párrafos 65 y 66).

La Corte estima que las personas que deseen ejercer el periodismo no pueden ser obligadas a integrarse en un colegio profesional, dado el importante lugar que tienen la libertad de expresión y el pluralismo mediático en una sociedad democrática: "la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse" (párrafo 69); "una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre" (párrafo 70).

El periodismo no se concibe como una profesión más, por su íntimo vínculo con la libertad de expresión (párrafo 71). Para la Corte, el periodismo disfruta de una garantía de mayor libertad que otras profesiones, a la luz de lo que dispone la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13 (libertad de expresión). Expresamente, la Corte distingue al periodismo de profesiones como el derecho o la medicina, que no son actividades profesionales específicamente garantizadas (en lo relativo a su ejercicio) por la Convención Americana.

La colegiación obligatoria, entiende la Corte, atenta contra la necesaria libertad e independencia que deben tener los periodistas, las cuales deben ser protegidas y garantizadas (párrafos 78 y 79).

Como puede verse, en la OC 5/85 la Corte ya alcanza a advertir la vertiente "negativa" de la libertad de asociación, consistente en la posibilidad precisamente de no asociarse y de no poder ser obligado a ingresar en una asociación. Ese mis criterio sería luego retomado en el caso "Baena Ricardo y otros vs Panamá (párrafo 159).

La OC 5/85 viene acompañada de algunas opiniones separadas. La del juez Rafael Nieto Navia se refiere con un énfasis especial a la libertad de asociación (párrafos 6 y 8 de su voto). Argumenta en el sentido de que el carácter de asociados se debe adquirir, como regla general, de forma voluntaria, no compulsiva, para que pueda ser compatible con el artículo 16 de la Convención Americana. El juez Máximo Cisneros destaca en su "Declaración" que acompaña a la OC 5/85, la importancia de los colegios profesionales de periodistas, considerando que su mera existencia no es incompatible con la Convención, siempre que los requisitos para colegiarse sean razonables. Es decir, abona en el sentido de que la legislación costarricense debe adecuarse a lo dispuesto por el sistema interamericano, pero pudiendo eventualmente mantener los colegios de periodistas, bajo reglas distintas

a las que en ese entonces estaban vigentes y fueron objeto de la consulta del Estado-parte. En un sentido parecido se expresa el juez Pedro Nikken en su propia "Declaración" (párrafo 7).

B) Huilca Tecse vs. Perú.

El caso Huilca Tecse trata sobre violaciones muy graves de derechos humanos. La libertad de asociación no es la peor de ellas, pero lo importante para nuestro objeto de estudio es que la Corte Interamericana hace un análisis interesante de sus alcances. Los representantes de la víctima aducen expresamente la violación del artículo 16 de la Convención Americana y el Estado-parte reconoce su responsabilidad por ella (párrafos 19 y 20 de la sentencia).

El señor Huilca Tecse fue privado de la vida. La investigación fue totalmente deficiente. La Corte analiza con detalle la violación del derecho a la vida. Para el análisis de la libertad de asociación lo relevante es que Huilca era un destacado dirigente sindical. Su militancia gremial fue, con toda probabilidad, la causa para que se atentara contra su vida (párrafo 68 de la sentencia).

La afectación, bajo esas circunstancias, se produce no solamente respecto de la víctima directa, sino de todas las demás personas que participan en la asociación, ya que se ven amedrentadas o inhibidas en el ejercicio de ese derecho fundamental. La libertad de asociarse debe ser ejercida sin miedo o temor, dice la Corte (párrafo 69), abriendo de esa forma una veta jurisprudencial que retomará en posteriores pronunciamientos.

La libertad de asociación tiene dos dimensiones. Una individual que, en materia laboral, se corresponde con la posibilidad de formar sindicatos y utilizar cualquier medio que se considere apropiado para ejercer dicha libertad (párrafo 70). Los medios para su ejercicio deben ser reales y efectivos, sin que se puedan reducir de tal manera que se conviertan en algo ilusorio o meramente formal. Si el Estado no garantiza que las personas se integren en sindicatos libremente, se disminuye la capacidad de tales organizaciones para funcionar como elementos de protección de sus intereses legítimos (ver párrafo 77).

La dimensión social de la libertad de asociación "es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos" (párrafo 71). La muerte de Huilca Tecse no solamente produjo el efecto, ciertamente grave, de privarlo de la vida, sino que además disminuyó la libertad asociativa de un grupo social, por efecto del amedrentamiento (párrafo 78).

La Corte ordena, en el capítulo de reparaciones de la sentencia, distintas

medidas que pueden tener un efecto positivo sobre la libertad de asociación. Tal es el caso, desde nuestro punto de vista, del establecimiento de una cátedra o cursos de derechos humanos que lleve el nombre de la víctima (párrafo 113), la de exaltar y recordar su labor en la celebración oficial del 1 de mayo (párrafo 114), o la de construir un busto en su memoria (párrafo 115).

C) Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú.

El caso Cantoral Huamaní guarda ciertas similitudes con el caso Huilca Tecse que se acaba de analizar brevemente. En ambos casos el Estado que termina siendo condenado es Perú, en ambos casos se presenta un homicidio de personas, en ambos casos las víctimas formaban parte de asociaciones representativas de trabajadores y en ambos casos la Corte Interamericana se refiere a la violación del derecho de asociación por virtud del efecto inhibitorio que sobre su ejercicio tiene la violación de otros derechos.

Saúl Cantoral Huamaní y Consuelo Trinidad Santa Cruz eran destacados integrantes de asociaciones de mineros. El primero era un importante líder sindical, que impulsó y dirigió huelgas en ese sector de la economía; fue objeto de permanentes amenazas y de al menos un secuestro. La segunda era fundadora de una asociación social dedicada a capacitar y a asesorar a amas de casa en los campamentos mineros peruanos (párrafos 142 y 143 de la sentencia).

La Corte cita en la sentencia de Cantoral Huamaní el caso Huilca Tecse para recordar que la libertad de asociación no solamente supone obligaciones negativas para los Estados parte de la Convención Americana (es decir, omisiones), sino que también comporta "obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso lo amerita" (párrafo 144).

Nos recuerda que el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que los derechos sindicales no pueden ejercerse en un contexto de impunidad frente a situaciones de violencia en contra de las organizaciones gremiales o de sus líderes, las cuales pueden comportar –por ejemplo- ejecuciones extrajudiciales (párrafo 145).

La sentencia señala con contundencia la obligación del Estado peruano (y de todo Estado parte de la Convención, claro está) de investigar con la debida diligencia y de forma efectiva los delitos en contra de dirigentes sindicales, pues de otra manera se genera un efecto inhibitorio muy importante sobre el

derecho de asociación. La diligencia citada debe ser acentuada, señala la Corte, en contextos en los que existe violencia contra los sindicatos (párrafos 146).

El efecto inhibitorio no se limita a las víctimas directas e indirectas, sino a cualquier persona que quiera formar parte de una asociación minera, pero que va a sentir miedo o temor a sufrir represalias; el efecto intimidante, señala la Corte, "se acentúa y hace mucho más grave por el contexto de impunidad que rodea al caso" (párrafo 148).

D) Caso Escher y otros vs. Brasil.

Este caso es distinto a los anteriores debido a que las violaciones a los derechos de las víctimas son relativamente menos graves. No se trata de ejecuciones y desapariciones forzadas, sino de una vulneración a las comunicaciones privadas de personas que formaban parte de una asociación y su posterior difusión a través de los medios masivos de comunación.

Tales intromisiones, señala la Corte, alteran y desnaturalizan el derecho de asociación, al constituirse como una injerencia indebida por parte de las autoridades (párrafo 170).

Además, la Corte reitera el alcance de las obligaciones positivas a cargo del Estado, a efecto de prevenir atentados contra el derecho de asociación, proteger a quienes la ejercen e investigar sus eventuales violaciones; tales obligaciones se proyectan no solamente a las relaciones entre las autoridades y los particulares, sino también a las relaciones entre particulares únicamente (párrafo 171).

La Corte pone de manifiesto que la violación a la libertad de asociación estaría vinculada, en el presente caso, a la tarea de promoción y desarrollo de los derechos humanos de los trabajadores rurales, que venía realizando la víctima. En ese sentido, la Corte afirma que "los Estados tienen el deber de facilitar los medios necesarios para que los defensores de derechos humanos realicen libremente sus actividades; protegerlos cuando son objeto de amenazas para evitar atentados a su vida e integridad personal; abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad" (párrafo 172).

El criterio que se acaba de citar se reitera en términos muy parecidos en la sentencia del caso "Kawas Fernández vs Honduras" del 3 de abril de 2009 (párrafo 145), en la que se añade que "…el artículo 16 de la Convención Americana comprende también el derecho de toda persona a formar y participar libremente en organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales orientados a la vigilancia, denuncia y promoción de los derechos humanos. Dada la importancia

del papel que cumplen los defensores de derechos humanos en las sociedades democráticas, el libre y pleno ejercicio de este derecho impone a los Estados el deber de crear condiciones legales y fácticas en las cuales puedan desarrollar libremente su función" (párrafo 146).

En el caso Escher la Corte estima que la interceptación de comunicaciones privadas y su posterior difusión a través de los medios de comunicación masiva generaron temor intenso en las víctimas (según su propio dicho) y crearon problemas entre las personas que participaban de las asociaciones en cuestión, además de que afectaron a la imagen de dichas organizaciones (párrafo 180).

La sentencia se acompaña con un importante voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, quien abunda sobre el contenido del derecho a la intimidad y su conculcación por parte de las autoridades que realizaron las intervenciones telefónicas (ver por ejemplo párrafos 2, 3, 4 y 7 de su voto).

E) Derecho de asociación y democracia.

Antes de terminar este apartado y de ofrecer una especie de conclusión, quisiera destacar el hecho de que la Corte Interamericana ha vinculado en varias de sus sentencias al derecho de asociación con el desarrollo democrático de los Estados parte.

Así lo hizo en alguno de los casos que vimos, según lo que ya fue expuesto. Pero además, esas mismas vinculaciones entre libertades asociativas y democracia aparecen en el caso "Yatama vs Nicaragua" a propósito de las modalidades que un Estado parte en la Convención puede imponer a la organización que adoptan ciertas comunidades indígenas para efecto de su participación electoral. Es evidente que el tema tiene una enorme trascendencia democrática, más allá de los derechos inmediatamente involucrados (en este caso el derecho de asociación y el derecho de sufragio).

En "Yatama" la Corte reconoce que la imposición de ciertas formas de organización ajenas a usos y costumbres de pueblos o comunidades indígenas tuvo una afectación negativa a las posibilidades de participación electoral de las comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua en las elecciones municipales del año 2000 y que el Estado parte no ha justificado que dicha restricción atienda a motivos válidos (párrafo 218). En la sentencia se menciona expresamente el artículo 16 de la Convención como fundamento jurídico que impide al Estado imponer restricciones organizativas en el caso bajo análisis (párrafo 216).

También resulta relevante recordar lo sostenido por la Corte en la sentencia del caso "Manuel Cepeda Vargas vs Colombia", en la que se analizan de forma

conjunta –precisamente por sus mutuas implicaciones- las posibles violaciones a los derechos políticos, la libertad de expresión y la libertad de asociación.

En "Cepeda Vargas" la Corte señala la especial trascendencia de la libertad asociativa para alcanzar fines políticos, lo que estaría desde luego protegido por el artículo 16 de la Convención (párrafo 172). Violar la libertad de asociación puede suponer, según la Corte, "un quebrantamiento de las reglas del juego democrático".

De esa forma, la Corte acierta al vincular al derecho de asociación con otros derechos fundamentales, por un lado; pero sobre todo al identificar una indudable relevancia democrática de ese derecho. En efecto, afectar a la libertad asociativa termina suponiendo una afectación democrática relevante, la cual en muchas ocasiones puede ser identificada como una violación a la Convención Americana de Derechos Humanos.

VI. Conclusión.

Si bien con distintos matices y a veces señalando límites injustificados, lo cierto es que las Constituciones de América Latina protegen el derecho a asociarse libremente, tanto en general como respecto de asociaciones en particular (consumidores, partidos políticos, agrupaciones religiosas, etcétera). Podemos decir que, aunque siempre serán mejorables, contamos con esquemas constitucionales que permiten una tutela efectiva de dicho derecho, conforme a los márgenes aceptados por los Estados democráticos de nuestros días.

Ahora bien, el problema no está en el régimen constitucional del derecho de asociación, sino en la práctica del mismo. Y así si, las cuestiones pendientes son de una dimensión preocupante.

Como se pudo comentar, el tema ha sido objeto de distintos pronunciamientos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La opinión consultiva 5/85 y las sentencias que la Corte ha dedicado al derecho de asociación no conforman un *corpus* jurisprudencial tan extenso y detallado como el que existe en otros temas, pero reflejan con claridad la problemática de orden más general que presentan los derechos fundamentales en la región. Me refiero a los problemas de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, faltan de investigación profesional del delito, impunidad generalizada, violaciones a la intimidad, represión de movimientos obreros y un largo etcétera.

Es en ese contexto, bien diferente de aquel en el que ha desenvuelto su jurisprudencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[18], que la Corte ha ido asentando algunos principios de la mayor relevancia sobre la libertad asociativa, los cuales con toda seguridad servirán de parámetro jurisprudencial para casos que en lo futuro se llegasen a presentar en torno a la misma temática.

Lo que la jurisprudencia que se ha reseñado nos puede enseñar es, entre otras cuestiones, lo siguiente:

a) La libertad de asociación guarda estrecha relación con distintos derechos fundamentales, respecto de los cuales es a la vez consecuencia y condición necesaria.

b) La libertad de asociación se afecta de múltiples formas, unas directas y otras indirectas.

c) La libertad de asociación resulta afectada cuando se violan los derechos de los integrantes de una asociación y tal violación queda impune.

d) Las autoridades deben resguardar la libertad de asociación, de forma que no se genere un "efecto inhibitorio" o "efecto disuasorio" para las personas que lo ejercen en un momento dado o que piensan ejercerlo en el futuro.

Sentencias y Opiniones consultivas relevantes para el derecho de asociación:

a) Opinión Consultiva 5/85.
b) Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá.
c) Caso Yatama vs Nicaragua.
d) Caso Huilca Tecse vs Perú.
e) Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs Perú.
f) Caso Kawas Fernández vs Honduras.
g) Caso Escher y otros vs Brasil.
h) Caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia.

18 Bilbao Ubillos, Juan María, "Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (art. 11 CEDH)" en Gsrcía Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coordinadores), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª edició, Madrid, CEPC, 2009, pp. 629 y siguientes.

VII. Bibliografía

Ascensión, Elvira, "Asociaciones y democracia interna" en: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Ed. CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, tomo I, Madrid, 2002.

Carbonell, Miguel, Los derechos fundamentales en México, 4ª edición, Ed. Porrúa, UNAM, CNDH, México, 2011.

Coderch, Pablo; Von Münch, Ingo, y Ferrer, Josep, Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

González, Jesús, y Fernández Germán, Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Häberle, Peter, Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional, Ed. Trotta, Madrid, 1998.

Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, traducción de Roberto J. Vernengo, Ed. Porrúa, UNAM, México D.F, 1991.

Putnam, Robert, Solo en la bolera. Colapso y resurgimiento de la comunidad norteamericana, Ed. Galaxia Gutemberg-Círculo de Lectores, Barcelona, 2002.

Constitución y garantía de los derechos.
Una comparación entre Ecuador y Bolivia.

Claudia Storini[1]

Sumario

I. Introducción. La necesidad de las garantías de los derechos fundamentales. Garantías genéricas y garantías jurisdiccionales. **II.** Las garantías genéricas. **III.** La protección judicial de los derechos fundamentales**. IV.** Bibliografía.

I. Introducción. La necesidad de las garantías de los derechos fundamentales. Garantías genéricas y garantías jurisdiccionales

Todos los ordenamientos modernos añaden al reconocimiento constitucional de los derechos diversos mecanismos de protección de los mismos, que se configuran como elementos imprescindibles para su real eficacia jurídica. En este sentido, la misma capacidad de los derechos para vincular la actuación de los agentes jurídicos y políticos y consolidarse como fundamento real de la constitución material de una sociedad dependerá siempre, en última instancia, de la perfección de sus mecanismos de protección.

Por lo que respecta a Ecuador en general puede afirmarse que, en comparación con la Constitución de 1998, el nuevo texto constitucional amplía y fortalece el complejo entramado de garantías de los derechos; incrementando, por una parte, los instrumentos de defensa de los mismos y especificando y desarrollando, por otra, el contenido de la garantías ya existentes en la anterior Constitución. Sin embargo, el nuevo texto constitucional boliviano no aporta cambios

1 Doctora en Derecho, Universidad de Valencia. Licenciada en Derecho, Universidad de Roma La Sapienza. Licenciada en Derecho, Universidad de Castilla La Mancha. Profesora titular de la Universidad Pública de Navarra. Docente de Derecho Comunitario de la Universidad de la Calabria, Italia. Investigadora del Instituto Europeo de Estudios Mediterráneos. Docente y responsable del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Autora de varias publicaciones.

trascendentales en el entramado de garantías de los derechos previsto en la Constitución de 1967 (CPB).

La característica más destacada de ambas Constituciones es que en ellas ya no se establece una gradación respecto de la protección de los derechos y libertades. Todos los derechos gozan de un idéntico régimen de protección jurídica reforzada que se logra a través de garantías normativas o abstractas, jurisdiccionales o concretas e institucionales que pueden así sintetizarse:

- Procedimiento agravado de reforma constitucional (artículo 441 Constitución de la República del Ecuador, CRE y artículo 411 CPB).
- Reserva de ley ordinaria en el caso de Bolivia y orgánica en el de Ecuador para la regulación de los derechos constitucionales (artículos 132 y 133 CRE y artículo 109, apartado II, CPB).
- Obligación del legislador de respetar el contenido esencial de estos derechos (artículo 11.4 CRE).
- Garantías normativas (artículo 84 CRE)
- Las garantías de políticas públicas, prestación de bienes y de servicios orientados a hacer efectivos todos los derechos y de su formulación y control ciudadano (artículo 85 CRE).
- Vinculación directa de todos los poderes públicos, sin necesidad de desarrollo legislativo previo (artículo 11.3 CRE y artículo 410 CPB).
- Previsión de un procedimiento preferente y sumario para la protección jurisdiccional de todos los derechos, de una reparación integral y de instrumentos para garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia o resolución (artículo 86 CRE y artículos 128 y ss. CPB).
- Previsión de unas acciones en garantías de determinados derechos que el constituyente de Ecuador define como de protección, de hábeas corpus, de hábeas data, por incumplimiento y de acceso a la información pública (artículos 88 y ss. CRE) y el de Bolivia como de libertad, de protección de privacidad, popular y de cumplimiento (artículos 125 y ss. CPB).
- Posibilidad de promover una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional para la protección de los derechos reconocido en la Constitución (artículo 94 CRE).
- Carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de garantías (artículo 436.6 CRE)

– Revisión por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional de todas las acciones (artículo 202.6 CPB).

Hay que tener en cuenta, además, que todos los derechos gozan de otras garantías. Estas son:

1) La protección que supone la existencia de una Corte Constitucional con capacidad para enjuiciar la conformidad de las leyes con los preceptos constitucionales relativos a derechos y libertades, por medio del control de constitucionalidad de las leyes.

2) La vinculación de todos los jueces y tribunales ordinarios a los derechos y garantías constitucionales, y, en especial, a realizar una interpretación de las normas infraconstitucionales favorable a los derechos constitucionales.

3) La institución de la Defensoría Pública o Defensor Público y la Defensoría del Pueblo (artículos 191 y ss., artículos 214 y ss. CRE y artículos 218 y ss. CPB).

4) La institución del la Fiscalía General del Estado (artículos 194 y ss. CRE) o Ministerio Público (artículos 225 y ss. CPB).

La visión de conjunto de las garantías prevista en ambas constituciones, demuestra que, bajo el parámetro de la extensión de los mecanismos de protección de los derechos, la Constitución de Ecuador representa un modelo ejemplar. No obstante, será necesario analizar si —y hasta qué punto— este modelo ejemplar de garantías logrará ser realmente efectivo y, en su caso, cuáles podrían ser las interpretaciones del dictado constitucional que pueden favorecer dicha efectividad.

El conjunto de garantías señaladas comprende distintos mecanismos de diversa índole. En relación con su naturaleza estos mecanismos pueden catalogarse en dos grandes grupos.

En el primero se inscriben todos aquellos que atienden, en abstracto, a evitar que la actuación de los poderes públicos pueda causar un desconocimiento o vulneración de los derechos fundamentales, o en un menoscabo del contenido mínimo que la norma constitucional atribuye a dichos derechos. En razón de este carácter general y abstracto estos mecanismos se han denominado garantías genéricas, abstractas o normativas. Su finalidad fundamental es evitar que las normas de rango inferior a la Constitución que desarrollan los derechos fundamentales despojen a éstos del contenido y de la eficacia que la Constitución le ha otorgado. Se trata de garantías cuyo destinatario no es el individuo, aunque éste puede utilizarlas o invocarlas si conviene a su derecho sino los poderes públicos.

En el segundo grupo se inscriben mecanismos que tienen un carácter distinto

y que podría definirse como "reactivo", esto es, mecanismos que se ofrecen al ciudadano para que, en cada caso singular en el que éste considere que se ha producido una vulneración de un derecho, pueda acudir a ellos y obtener el restablecimiento o la preservación del mismo. Su objeto no es por tanto prevenir una eventual actuación de los poderes públicos que, con carácter general, intente menoscabar la eficacia o alcance de los derechos fundamentales, sino ofrecer a cada ciudadano la posibilidad de reaccionar frente a las vulneraciones de sus propios derechos. En el Estado de Derecho esta reacción, normalmente, tiene lugar instando la actuación de los órganos judiciales y por ello los instrumentos que la posibilitan se agrupan bajo la denominación de *garantías jurisdiccionales* o *procesales específicas*.

Algunos autores se refieren a la existencia de un tercer tipo de garantías, las institucionales, que a su vez también pueden ser genérica y especificas. Las genéricas las constituyen los medios de control parlamentario de la acción de gobierno y el derecho de petición, allí donde exista; mientras se hablaría de garantía institucional específica en el caso, por ejemplo, del Defensor del Pueblo o Defensor Público[2]. No obstante, parece más adecuado entender como garantía institucional aquel concepto relacionado con las instituciones que están avaladas en la Constitución[3] y, por tanto, aquellas otras garantías así definidas por algunos autores deben ser reconducidas, en función de su naturaleza, en los dos bloques

2 Así, Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004.

3 Se trata de un concepto procedente de la doctrina alemana. Es en Carl Schmitt, en quien arranca, como es entre nosotros bien sabido, la figura dogmática de la garantía institucional. La teoría de las garantías institucionales que este autor desarrolla al hilo de la Constitución de Weimar tiene un doble objetivo: de un lado, separar conceptualmente los derechos de libertad de las garantías institucionales; de otro, proclamar la sujeción del legislador al respecto de esas garantías consagradas en la Constitución. La diferencia entre derechos fundamentales y garantías institucionales es obligada para Schmitt, dada su comprensión de los derechos fundamentales. Junto a los derechos fundamentales, cuya garantía por así decirlo es para Schmitt natural, consustancial al Estado de derecho burgués, la Constitución ofrece a determinadas «organizaciones» una especial protección. «La norma constitucional —dice este autor— tiene el fin de hacer imposible su supresión por medio de la legislación ordinaria.» No se trata en estos casos de «garantizar una esfera de libertad esencialmente ilimitada», sino de posibilitar que una determinada institución perviva. En este sentido la garantía institucional se configura como una garantía frente al legislador: Cfr. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, traducción y presentación de Francisco Ayala, Madrid, Alianza editorial, 1982, p. 192 y ss. Sobre garantías institucionales véase: Luciano Parejo Alfonso, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981, pp. 17-56; Antonio Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz, "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución" en Sebastián Martín-Retortillo Baquer (coord.), *Estudios sobre la Constitución española : Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, vol. 2 (De los derechos y deberes fundamentales), pp. 635-650. Así como el estudio monográfico sobre garantías institucionales de la *Revista de estudios políticos,* N. 7, 1979.

anteriormente descriptos. También hay que decir, que a la vista de la extensión y singularidad de este último bloque de garantías, difícilmente abarcables en el limitado espacio de este trabajo, se tratarán aquí tan solo las que se consideran estrictamente como garantías genéricas y jurisdiccionales.

II. Las garantías genéricas

Los derechos consagrados en estas Constituciones están sometidos a reserva de ley, ordinaria o orgánica[4], el legislador deberá respetar su contenido esencial[5], vinculan a todos los poderes públicos que deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia[6] y para su ejercicio y garantía no podrán exigir condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución[7].

Estas garantías están estrechamente conectadas entre sí, ordenándose en torno a la garantía del contenido esencial. Por un lado, la garantía del contenido esencial se asienta sobre la reserva de ley; por otro, la vinculación de los poderes públicos puede alcanzar una mayor eficacia merced a la garantía del contenido esencial.

2.1. Reserva de ley y garantía del contenido esencial.

La garantía del contenido esencial y la reserva de ley operan conjuntamente como límite al legislador.

En el caso de Ecuador, es necesario hacer referencia en primer lugar a lo que técnicamente podría definirse como un error del constituyente al reservar tanto a ley ordinaria como a la ley orgánica el mismo ámbito de competencia. En efecto, el artículo 132.1 de la Constitución reserva a la ley ordinaria la regulación del "ejercicio de los derechos y garantías constitucional" al mismo tiempo que el

4 En el caso de Bolivia se trata de reserva de ley ordinaria prevista en art. 109. II que establece "Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley". La Constitución del Ecuador sin embargo prevé reserva de ley orgánica en el artículo 133.

5 Como se verá, sólo la Constitución del Ecuador en su art. 11.4 establece expresamente que "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales".

6 Art. 11.5 CRE.

7 El art. 11.3, primer y segundo apartado, de la nueva Constitución establece: "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.".

artículo 133.1 establece que serán leyes orgánicas "las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales".

La imprecisión del constituyente en delimitar la diferente operatividad de los dos ámbitos de reserva, podría encontrar una explicación analizada desde la óptica de una protección diferenciada de los derechos, es decir, en aquellos ordenamientos en los que existe una diferenciación entre derechos fundamentales y no fundamentales. Así, por ejemplo, ocurre en la Constitución española donde la reserva de ley genérica se concreta reforzándose en relación con algunos derechos, esto es, los de la Sección primera del Capítulo segundo[8]. Sin embargo, aunque pueda parecer que el constituyente haya reproducido equivocadamente esta técnica sin tener en cuenta la necesidad de diferenciar los dos ámbitos materiales de reserva, hay que entender que dicha interpretación es inaplicable a la Constitución de Montecristi ya que, como se apuntó, en ella todos los derechos gozan de idéntica protección. En este sentido, la sobreposición de las dos reservas podría solucionarse a través del análisis de la finalidad y naturaleza la de la reserva de ley orgánica.

La reserva de ley orgánica, por un lado, obliga al legislador a que sea él mismo el que regule el derecho, sin posibilidad de remitir esa regulación a la potestad reglamentaria y, por otro, asegura que determinadas materias, consideradas singularmente relevantes, revistan una especial rigidez formal, de manera que la regulación de dichas materias, así como su modificación o derogación, precise de una mayoría cualificada. En otras palabras, con esta previsión se persigue resguardar la formación de estas materias de eventuales modificaciones sucesivas en virtud de la alternancia de mayorías parlamentarias coyunturales.

La ley orgánica tiene una naturaleza material, sin embargo su concreción técnica, la que le ha dado el constituyente, no se ajusta a las características propias de este tipo de ley definida ante todo por su contenido sustancial[9]. Podría

8 Arts. 53 y 81.1 de la Constitución española.

9 En efecto, casi no es necesario recordarlo, la categoría «leyes orgánicas» se ha acuñado por vez primera en el marco de la V República Francesa. Esto significa que dicha figura nace en el seno de un sistema jurídico claramente informado por la comprensión de la ley como «ley material»; por ello, los constituyentes franceses identificaron estrictamente el ámbito de la misma con muy concretos y restrictivos supuestos en tanto que el carácter material de este instituto exigía rigurosa y restrictiva especificación de supuestos. Tiene interés, a efectos de su cotejo con la Constitución de Ecuador, determinar el ámbito material reservado a «ley orgánica» por la Constitución francesa de 1958. La Constitución prevé «leyes orgánicas» en los artículos y para los casos siguientes: Modalidades de la elección del presidente de la República (art. 6); reemplazamiento en sus mandatos, funciones o empleos incompatibles de los miembros del Gobierno (art. 13 y 23); régimen de las Asambleas (art. 25); delegación de voto de los miembros del Parlamento (art. 27); Condiciones de establecimiento

decirse, trasladando en este contexto las palabras utilizadas por Garrorena, para el ordenamiento español, que el artículo 133 de la Constitución realiza una "definición material muy poco material" de la ley orgánica[10]. Este artículo no contiene más que una respuesta parcial al problema de la determinación de un ámbito sustantivo.

Más concretamente, en relación con el ámbito que aquí se trata, hay que preguntarse ¿qué significado y alcance tiene la expresión «ejercicio de los derechos y garantías constitucionales»? ¿A qué artículos de la Constitución se refiere esta fórmula? ¿Debe entenderse por ejercicio toda regulación que de cualquier modo afecte a un derecho fundamental o, por el contrario, sólo aquella regulación que directamente afecte a estos derechos. Las respuestas a estas preguntas no son inmediatas ni sencillas. Frente a la ambigüedad de las fronteras delimitadoras de esta categoría, no es posible tratar, en este contexto, todas las problemáticas implícitas a la delimitación de los límites que define el ámbito reservado a la ley orgánica, pero si hay que hacer brevemente referencia a su alcance. Por un lado, es preciso señalar que la reserva de ley orgánica no implica que la demás normas jurídicas no puedan incidir en los derechos fundamentales. Ello sería del todo imposible ya que son muy pocas las normas jurídicas que, mediata o inmediatamente, no guarden relación con algún derecho. En este sentido, defender a este respecto un criterio estricto llevaría a la conclusión de que la mayor parte del ordenamiento debería estar constituido por leyes orgánicas. Lo que la Constitución pretende es que por ley orgánica se desarrollen los elementos básico que configuran el ejerció del derecho de que se trate y sus garantías. Y, por otro lado, el margen de actuación de las leyes orgánica está limitado. La rigidez formal que caracteriza las leyes orgánicas va acompañada de una limitación material, en prevención de que un abuso de legislación orgánica produzca una "elevación" del ordenamiento y bloquee la posterior actuación del legislador. Por ello, la utilización de leyes orgánicas está circunscrita a las materias objeto de reserva y aunque reconociendo que este tipo de ley pueda regular cualquier materia y no solo la que le está reservada, ello no significa que en el futuro el precepto no orgánico

de ingresos y gastos (art. 34); voto de leyes financieras (art. 47); Consejo constitucional (art. 63); 8) Estatuto de los magistrados y fiscales (art. 64); designación de miembros del Consejo Superior de la Magistratura (art. 65); consulta al dicho Consejo sobre derecho de gracia (art. 65); organización, funcionamiento y procedimiento de la Alta Corte de Justicia (art. 67); composición y funcionamiento del Consejo Económico y Social (art. 71); la disciplina de algunos aspectos concretos del régimen de las entidades territoriales (arts. 72, 72.1, 72.4, 73, 74). Para un estudio de las leyes orgánicas en la Constitución de Ecuador de 1998 y en el derecho comparado, véase Rafael Oyarte Martínez, *Curso de Derecho Constitucional,* Quito, Fondo editorial Andrade & Asociados, 2005, tomo II, pp. 67 y ss.

10 Ángel Garrorena Morales "Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica", en *Revista de Estudios Políticos*, N. 13, Enero-Febrero 1980, p. 181.

quede dotado de fuerza pasiva frente a ley ordinaria, esto es, que quede sustraído a la disponibilidad del legislador ordinario, que podrá modificarlo o derogarlo. Se defiende aquí una concepción *material* de de las leyes orgánicas elaborada en oposición a la definida concepción *formal* según la cual la ley orgánica vendría a constituirse en una nueva forma intermedia entre la Constitución y la ley y a situarse en un escalón jerárquico superior a ésta. Como ocurre en la relación entre ley y reglamento, la simple aprobación de una norma con la *forma* de orgánica la dotaría de fuerza pasiva frente a la ley ordinaria posibilitando una abusiva petrificación del ordenamiento jurídico en beneficio de quienes en un momento dado gocen de la mayoría parlamentaría suficiente y en detraimiento del mismo carácter democrático del Estado[11]. No obstante, el constituyente parece no haber reparado en este peligro al establecer en el artículo 425 que "el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos".

La no utilización del criterio competencial —además del jerárquico— en la redacción de las normas sobre la producción jurídica, creará no pocos problemas a la hora de establecer el régimen de cada una de las fuentes del ordenamiento, las relaciones entre ellas, las forma de aplicación de las normas etc. (y no sólo en relación con las leyes orgánicas) remitiendo en última instancia la solución de todos ellos a la Corte Constitucional y sobre todo a sus criterios de interpretación de la constitución.

En este sentido y volviendo a la sobreposición de las reservas de ley orgánica y ordinaria, será el legislador orgánico y, en su caso la Corte Constitucional a través de sus jurisprudencia, quien delimite los elementos básicos inherentes a cada derecho y fije los límites que definen el ámbito reservado a la ley orgánica dejando a la reserva de ley ordinaria la disciplina de los otros espacios de regulación.

El artículo 11.4 de la Constitución de Ecuador establece que "ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derecho ni de las garantías constitucionales". Aunque el tenor literal de este articulo no hace referencia a un contenido *esencial,* dicha adjetivación debe considerarse implícita ya que esta

11 Sobre el concepto de ley orgánica véase, entre otros, Juan María Pemán Gavín, "Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes de derecho" en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 1, (El ordenamiento jurídico), pp. 135-168; Mercé Barceló i Serramalera, *La ley orgánica: ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, Barcelona, Atelier, 2005; José Chofre Sirvent, *Significado y función de las leyes orgánicas,* Barcelona, Tecnos, 1994.

garantía tan sólo cobra sentido puesta en relación con el margen de maniobra del que el legislador dispone, dentro del marco constitucional previsto, para modular las condiciones, formas y efectos del ejercicio de un derecho y de su garantías en la manera que considere más adecuada. Entonces, lo que esta norma garantiza es el obligado respeto de un *núcleo mínimo*, a partir del cual el legislador puede operar ampliando más o menos expansivamente las condiciones de ejercicio de los derechos.

En la Constitución boliviana la regulación de los derechos y sus garantías se reserva a la ley en previsión de lo establecido por el artículo 109 apartado segundo; sin embargo no existe una mención expresa y de general aplicación al deber del legislador de respetar el contenido esencial de los derechos previstos en la Constitución. Este hecho, que podría, en principio, ser considerado como un olvido del constituyente encuentra su justificación en la misma configuración de los derechos en el texto constitucional, ya que la disposiciones que cubren este ámbito material no se limitan a enunciar los derechos reconocidos, sino que entran a delimitarlos estableciendo además en la mayoría de los casos su contenido esencial.

Esta afirmación puede ser sustentada tomando como ejemplo el artículo 26 de la Constitución que establece que:

"I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres.

II. El derecho a la participación comprende:

1. La organización con fines de participación política, conforme a la Constitución y a la ley.
2. El sufragio, mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente. El sufragio se ejercerá a partir de los dieciocho años cumplidos.
3. Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio.
4. La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios.
5. La fiscalización de los actos de la función pública".

O, el artículo 51 que disciplina el derecho de sindicación de la siguiente manera:

"I. Todas las trabajadoras y los trabajadores tienen derecho a organizarse en sindicatos de acuerdo con la ley.

II. El Estado respetará los principios sindicales de unidad, democracia sindical, pluralismo político, autosostenimiento, solidaridad e internacionalismo.

III. Se reconoce y garantiza la sindicalización como medio de defensa, representación, asistencia, educación y cultura de las trabajadoras y los trabajadores del campo y de la ciudad.

IV. El Estado respetará la independencia ideológica y organizativa de los sindicatos. Los sindicatos gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de organizarse y ser reconocidos por sus entidades matrices.

V. El patrimonio tangible e intangible de las organizaciones sindicales es inviolable, inembargable e indelegable.

VI. Las dirigentas y los dirigentes sindicales gozan de fuero sindical, no se les despedirá hasta un año después de la finalización de su gestión y no se les disminuirán sus derechos sociales, ni se les someterá a persecución ni privación de libertad por actos realizados en el cumplimiento de su labor sindical.

VII. Las trabajadoras y los trabajadores por cuenta propia tienen el derecho a organizarse para la defensa de sus intereses".

Al igual que en estos dos casos, el desarrollo a nivel constitucional de los contenidos de cada uno de los derechos es lo suficientemente extenso como para poder afirmar que el legislador se verá condicionado antes que por un abstracto contenido esencial de los mismos por el contenido de las disposiciones constitucionales que disciplinan cada uno de ellos.

Desde un punto de vista general puede defenderse que la garantía del contenido esencial obliga al legislador a respetar un mínimo en la regulación de cada derecho[12].

12 Como es conocido la garantía del contenido esencial procede del constitucionalismo alemán, donde se incorporó al artículo 19.2 de la Constitución, teniendo su precedente doctrinal en el periodo de entreguerras. Durante la vigencia de la Constitución de Weimar, las habilitaciones al legislador por medio de la reserva de ley, lo convierten en dueño absoluto de la institución o del derecho que debía desarrollar. De tal manera que el legislador podía disponer iberamente de la institución o del derecho, con consecuencias claramente contraria a la constitución. Como medio de vincular al legislador esos principios constitucionales surge la teoría de la garantía institucional de Carl Schimitt considerada generalmente el precedente de la garantía del contenido esencial. Esta doctrina no era aplicable a los derechos fundamentales como tales, sino a determinadas instituciones que debían considerarse más allá de la voluntad de configuración del legislador en el sentido de que éste no podía llegar a suprimirlas. En el mismo sentido, pero por referencia ya a los derechos fundamentales, las tesis de Hensel se pueden considerar el inmediato precedente de la

Mínimo que puede estar ya definido en la propia Constitución o que puede, por el contrario, encontrarse de manera implícita en la misma. No hay, sin embargo, identidad entre reserva de ley orgánica y contenido esencial en el sentido de que la extensión de la reserva de ley orgánica se identifique con el contenido esencial del derecho. Por otra parte, la reserva de ley orgánica no obliga al legislador a agotar la regulación de la materia de que se trate, sino tan sólo a regular sus elementos esenciales o configuradores. Ello no quiere decir, sin embargo, que la reserva de

garantía del contenido esencial, por más que no utilice expresamente esa fórmula. En efecto, este autor critica los planteamientos de R. Thoma, para quien a través de las reservas de ley establecidas en la Constitución de Weimar muchas normas referentes a derechos fundamentales pasaron de tener fuerza constitucional a tener mera fuerza legal, vaciándose a veces, de contenido. Por el contrario, para Hensel, la reserva de ley debía de ponerse en conexión con los valores esenciales inherentes a la Constitución. En ese sentido, cuando el legislador hace uso de la reserva de ley tiene que respetar necesariamente los principios referentes a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, sin que esos valores puedan quedar afectados. Se encuentran ya aquí, por tanto, la determinación de un núcleo esencial que el legislador debe respetar al hacer uso de la reserva de ley, así como la referencia a la necesaria ponderación entre valores. Elementos que conformar en mayor o menor medida la doctrina actual de la garantía del contenido esencial. En todo caso, la garantía del contenido esencial viene a formularse sobre el molde de la garantía institucional, construida doctrinalmente en este período, precisamente para hacer frente a la debilidad normativa de la Constitución. El sentido de estas dos garantías en la actualidad debe tener en cuenta este origen, ya que su significado se ve profunda e inevitablemente afectado en la medida en que la normatividad de la Constitución es ahora el marco que condiciona su aplicación (Baño León). A pesar de ello, se puede considerar hoy, con P. Häberle, que la existencia de la garantía del contenido esencial es un indicador positivo en todo orden constitucional en que se contempla (o allí donde se ha construido por la jurisprudencia). De ese modo, la existencia de esta garantía indica que el constitucionalismo ha alcanzado su más alto nivel de desarrollo conocido hasta ahora: aquel en el que el respeto a las minorías y a los derechos constituye un valor fundamental que orienta la construcción misma del ordenamiento constitucional. Por tanto, sean cuales sean los problemas que la interpretación de esta garantía plantee, hay un aspecto innegablemente positivo que debe ser contemplado a la hora de realizar una valoración global de la garantía del contenido esencial. Determinar constitucionalmente la obligación del legislador o, lo que es lo mismo, de la mayoría de respetar un contenido mínimo en la regulación del ejercicio de los derechos es determinar también la obligación del legislador de respetar el pluralismo, de someterse a reglas en su acción política. La normatividad de la Constitución y la garantía del contenido esencial aparecen así estrechamente conectadas, por cuanto la garantía del contenido esencial sólo es posible si se parte del sometimiento del legislador a las normas constitucionales, que actúan como límite de su capacidad de decisión política. Pero, al mismo tiempo, la garantía del contenido esencial no es sólo un resultado de la normatividad de la Constitución, sino también del sustrato social y político sobre el que la misma se asienta: una sociedad pluralista en la que el respeto a las minorías cuenta con esta garantía última que permite asegurar la vigencia incondicionada de los derechos fundamentales. cuando menos en el núcleo de facultades que permite identificarlos como tales. Véase Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Madrid, Dykinson, 2003; Francisco Balaguer Callejón, "Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales: La garantía del contenido esencial de los derechos", en Miguel Ángel Aparicio Pérez (coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Barcelona, Cedecs Editorial , 2001, pp. 93-116; Ignacio de Otto, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Ignacio de Otto y Pardo, Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, págs 93-172; Antonio Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ley se limite, en el caso de la regulación del ejercicio de los derechos al contenido esencial de los mismos. Por el contrario, regular el ejercicio del derecho respetando su contenido esencial supone que el ámbito de la reserva de ley orgánica es más extenso que el del contenido esencial, salvo que la regulación del ejercicio se limitara al contenido esencial, lo cual no parece que sea viable con carácter general.

El contenido esencial es, en todo caso, una garantía que opera frente al legislador. Esto no quiere decir que otros poderes públicos no estén obligados a promover la realización de la garantía frente al legislador los jueces y tribunales, por ejemplo, aplicarán el derecho constitucional, en su contenido esencial, ante la ausencia de regulación legislativa. Si no existe ley, deberán evitar el perjuicio al derecho aplicándolo en su contenido esencial. Si existe ley y tienen dudas sobre su constitucionalidad, deberán acudir a la Corte Constitucional. Por otra parte, la garantía es también un límite frente a la propia Corte Constitucional en la relación que se genera entre ésta última y legislador a la hora de configurar los derechos constitucionales. Por un lado, limita al legislador porque la Corte Constitucional puede controlar el respeto por el legislador del contenido esencial. Por otro lado, protege indirectamente la función del legislador en la medida en que, si esta garantía no existiera, el juez constitucional podría intervenir de manera más intensa sobre la ley. En efecto, la Corte tiene que respetar la capacidad del legislador para configurar el derecho, que le permite dotarlo de contenidos diversos, sin que esa capacidad pueda ser limitada más que cuando el legislador llegue a desfigurarlo.

Se puede decir, por tanto, que la garantía del contenido esencial está orientada directamente frente al legislador; pero actúa también como un límite indirecto frente a la Corte Constitucional.

2.2. Eficacia normativa, aplicación directa y garantías normativas.

La eficacia normativa y aplicación directa de la Constitución constituyen, para la doctrina, los pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional[13]. Uno de las problemáticas históricamente más debatidas en los ordenamientos en los que la Constitución tiene carácter normativo es el de ser o no aplicable por todos

13 Sobre la normatividad de la Constitución véase, por ejemplo, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid, Civitas, 2006, 4ª. Edición; Francisco Rubio Llorente, "Constitución", en Manuel Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional,* vol. 1, Madrid, Civitas, 2000, pp. 21-25; Riccardo Guastini, "La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano" en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trota, 2003, pp. 49-73.

los órganos previsto por el mismo ordenamiento y, fundamentalmente, por los jueces —aplicación directa— o si, por el contrario, constituye sólo un mandato dirigido al legislador y que solo afectará a la actividad de los demás órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a leyes – aplicación indirecta –. Se trata, en definitiva de la problemática inherente a si la Constitución es o no en si misma fuente del derecho. Esta característica de la Constitución no es implícita al carácter normativo de la Constitución y, aun siendo cierto que solo puede ser accesoria de la consideración de la Constitución como norma, la opción por un sistema u otro de eficacia tiene una enorme influencia sobre la operatividad de la Constitución, sobre la adecuación del ordenamiento a ella y sobre el control de constitucionalidad. Si la Constitución sólo obliga directamente al legislador y a los demás órganos únicamente de modo indirecto la adaptación del contenido del ordenamiento a las prescripciones constitucionales dependerá de aquél y, en consecuencia, la única garantía posible será el control de constitucionalidad de la ley. Por el contrario, el sistema de eficacia directa se traduce en que los jueces y, más en general, todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión[14].

Cuando la Constitución, además de ser norma jurídica, tiene aplicación o eficacia directa no será solo norma sobre las normas sino norma aplicable, esto es, no será solo fuente sobre la producción sino también fuente de derecho en sí misma[15]. En este sentido el texto constitucional de Ecuador establece en el artículo 11.3, apartado primero, lo que se conoce como "aplicación directa" de la Constitución o, en este caso, de los derechos y garantías establecidos en ella y en los instrumentos internacionales de derechos humanos[16]. A su vez, el texto constitucional boliviano hace referencia a ella en el artículo 109, apartado I, estableciendo que "todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicable y gozan de igual garantía para su protección". El concreto término elegido, "aplicación", es expresivo de los modos de operar de la Constitución. La Constitución —esto quiere decirse— es directamente aplicable por cualquier servidor público, jueces y tribunales sin necesidad de recepción alguna por otra fuente del derecho, y en

14 Sobre los problemas que la aplicación directa de la Constitución plantea al Estado de Derecho ver Luis María *Díez-Picazo*, *"Constitución, Ley, Juez"* en Revista Española de Derecho *Constitucional,* 1985, n. 15, pp. 9-23.

15 Francisco Rubio Llorente, "La Constitución como fuente del derecho", en *La Constitución española y las fuentes del derecho,* Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pp. 65 y ss. Reproducido en *La forma del poder,* Madrid, CEC, 1993, p. 90 y ss.

16 Artículo 11.3 CRE: "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte".

particular, por la ley. Lo que implica que la Constitución puede ser "directamente invocada" o "alegada" por los ciudadanos, sin necesidad de hacerla acompañar de precepto legal alguno.

El apartado segundo del artículo 11.3 de la Constitución de Ecuador establece que "para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley". La redacción de este artículo plantea dos cuestiones: en primer lugar, cabe preguntarse por qué el constituyente no hace referencia, también en este caso, a los tratados internacionales sobre todo en consideración de la relevancia que dicha referencia puede llegar a tener en la disciplina de algunas cuestiones, como por ejemplo, el ejercicio de los derechos por parte de pueblos y nacionalidades. Y, en segundo lugar, hay que plantearse si y en qué medida la remisión a la ley que dicha disposición hace significa una desconstitucionalización en la que el legislador cuente con un margen de actuación ilimitado a la hora de establecer las condiciones de ejercicio de los derechos y de las garantías por parte de las personas, comunidades, pueblos nacionalidades y colectivos. No obstante, puede sostenerse que una vez erigidas la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento de todo sistema de derechos cualquier interpretación sobre su ejercicio de debe partir, dentro del marco constitucional, del principio de la búsqueda de su progresiva efectividad, toda vez que la sociedad y el Estado no pueden permanecer ajenos a la garantía de las posiciones jurídicas fundamentales y básicas de todas las personas, comunidades, pueblos nacionalidades y colectivos que se encuentren en su territorio. Además, la obligatoriedad de esta interpretación viene impuesta por el mismo constituyente al establecer, en el punto 5 del artículo 11, según el cual "en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia".

El tercer apartado del artículo 11.3 de la Constitución de Ecuador añade un *plus* a la aplicación directa de las normas constitucionales que disciplinan este ámbito estableciendo que "los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento". Como ya se apuntó, la aplicación o eficacia directa de la Constitución significa que cualquier juez habrá de aplicar por sí mismo la Constitución, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y, además deberá utilizar siempre la Constitución como parámetro para interpretar la ley o para completarla. De ello derivan consecuencias prácticas de gran alcance para los ciudadanos, ya que el sistema de aplicación directa implica que la Constitución por sí misma atribuye

derechos sin necesidad de que intervenga el legislador. Todos los derechos que la Constitución reconoce son inmediatamente operativos, aun cuando el legislador no haya procedido a regularlos.

Sin embargo, no puede desconocerse que esta genérica afirmación ha sufrido, como es conocido, importantes matizaciones en relación con todas aquellas normas constitucionales cuya eficacia se encuentra interferida por la peculiaridad de su naturaleza o por el tenor literal de su estructura[17]. Esta falta de completitud de buena parte de los preceptos constitucionales que, nada tiene que ver con su carácter normativo, es obvia, y hasta natural en las partes dedicadas a la organización del Estado, pero llega también a afectar las declaraciones de derechos, y aunque los textos constitucionales hayan reducido hasta el máximo esta franja de aplicación indirecta de los derechos, limitándola, siguen existiendo preceptos constitucionales sin aplicación directa hasta que no aparezca la ley necesaria a que ellos mismos de forma expresa o por su propia naturaleza se remiten. Esta técnica, por muy inevitable que sea, no deja de resultar peligrosa para los ciudadanos, tratándose de derechos, o para las instituciones, si es que se trata de normas organizativas. Siguiendo este razonamiento se llega a la conclusión que determinados preceptos constitucionales, aparentemente polémicos, son normas inequívocas, e incluso normas válidas, pero su eficacia se encuentra interferida por la peculiaridad de su naturaleza o por el tenor literal de su estructura[18]. La defensa de estos diferentes grados de efectividad de las normas constitucionales, en relación con los derechos, o más bien con algunos de ellos como por ejemplo, los sociales, lleva a sostener que si bien éstos son solemnemente proclamados en todas las cartas constitucionales e internacionales del siglo XX no se trate propiamente de derechos. En este sentido la falta de prohibición de lesión acarrea que su violación no consista en actos o comportamientos sancionables sino en simples

17 Según Alejandro Nieto, "identificar normatividad con aplicación directa y control jurisdiccional es un grave error técnico. Conviene, por tanto, colocar las cosas en su sitio: la Constitución es ciertamente una norma: eso nadie puede discutirlo; pero tal afirmación no conlleva la consecuencia de que sea siempre y en todo caso directamente aplicable. Apurando las cosas puede decirse que con la definición de la Constitución como norma se está procediendo a una mera tautología. Porque el problema no estriba en la calificación dogmática de la Constitución, sino en las consecuencias jurídicas que ello comporta. Dicho con otras palabras: desde el punto de vista técnico, la cuestión no consiste en saber si la Constitución es, o no, una norma-, sino en determinar cuáles son los efectos jurídicos de ella; porque si pensamos que los efectos jurídicos de las normas son, de hecho, variadísimos, y en muchos casos (tanto en el Derecho público como en el privado) no son directos, es claro que nada se ha conseguido con tan rotunda afirmación". Cfr. "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", en *Revista de Administración Pública,* n. 100-102, 1983, p. 387.

18 Así Alejandro Nieto, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", p. 398 y 395.

omisiones no coercibles ni justiciables[19]. En razón de ello durante largo tiempo los derechos sociales ocuparon una posición secundaria dentro de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos. Sin embargo, desde los años noventa, las demandas por una realización efectiva de estos derechos comenzaron a tomar fuerza también en América Latina. En los principios fundamentales de las Constituciones de los países pertenecientes a este continente y en los acuerdos internacionales vigentes en su legislación interna, los Estados se han comprometido a respetar, proteger y dar cumplimiento a derechos tan largamente desatendidos. La relevancia del tenor literal del artículo 11 de la Constitución de Ecuador y del 109 de la de Bolivia, en los apartados que aquí se comentan, reside exactamente en que ambos se inscribe claramente en esta tendencia eliminando la diferenciación entre derechos y reconociendo a todos la misma eficacia jurídica.

A las garantías hasta aquí analizada, hay que añadir las definidas por la misma Constitución ecuatoriana como "garantías normativas" y previstas en el artículo 84, y las del artículo 85, que podrían calificarse como "garantías de las políticas públicas".

Según el artículo 84, "la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución". Por otra parte, el artículo 85 prevé que cualquier autoridad en el desarrollo de las políticas públicas de su competencia deberá adoptar sus decisiones hacia la realización de los derechos. En sentido parecido el artículo 13, del texto fundamental boliviano establece que el Estado tiene el deber de promover, proteger y respetar los derechos reconocido por la Constitución

La escasa utilidad de estos preceptos podría definirse como una *petitio principii*

19 Así Luigi Ferrajoli, "Prólogo", en Víctor Abramovich, Cristian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trota, 2004, 2º edición, p. 9. Más en general sobre la relación entre derecho y garantía véase, entre otros, Roberto Gargarella, "Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?", en *Jueces para la Democracia*, N. 31, 1998, pp. 11-15, Luigi Ferrajoli, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Traducción de. Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello, Madrid, Trota, 2001; Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trota, 2007.

del constituyente en tanto que, por lo que concierne el contenido del artículo 84 CRE y a la luz de las previsiones constitucionales anteriormente analizadas, podría por ejemplo plantearse que en primer lugar, es implícito al mismo dictado constitucional que cualquier órgano del estado con potestad normativa tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales[20]; en segundo lugar, admitir que la reforma de las leyes o de otras normas jurídicas puedan atentar contra los derechos reconocidos por la Constitución, implicaría desconocer la existencia de un control de constitucionalidad de las leyes y de las otras normas jurídicas, así como pensar que una reforma de la Constitución pueda atentar contra los derechos que reconoce la Constitución presupone olvidar que, según lo establecido por los artículos 441 y 442, ningún procedimiento de reforma constitucional puede suponer "una restricción a los derechos y garantías constitucionales". Por otra parte, en relación con el artículo 85, cabe plantearse varias preguntas; así, por ejemplo: ¿puede admitirse la existencia de políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución no orientadas a hacer efectivos estos mismos derechos? O ¿pueden, por sí mismas, las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución vulnerar derechos constitucionales? Los ejemplos podrían multiplicarse a demostración de lo que se apunto al principio de este trabajo, es decir, que a veces no basta con "garantizar por garantizar"; hay también que pensar en que las garantías prevista realmente añadan mayor eficacia jurídica a los instrumentos existente y no se reduzcan a meras formula retóricas que podrían llegar a entorpecerlos.

III. La protección judicial de los derechos fundamentales.

Los derechos sólo valen en la medida en que su contravención sea jurídicamente sancionada, para lo cual es imprescindible que su titular pueda instar la reacción de los mecanismos de tutela del ordenamiento. Pueda, en suma, accionar ante los Tribunales contra la vulneración de su derecho con el fin de conseguir la reparación del daño soportado. En otro caso, los derechos subjetivos no serían otra cosa que simples expectativas de conducta ajena que, careciendo del respaldo de la violencia legítima monopolizada por el poder público, sólo serían respetadas en la medida

20 Esta obligación se sustancia en la previsión de una acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional que tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible (artículo 93 CRE).

en que lo quisiera el agente de la conducta en cuestión. Únicamente cabe hablar de verdaderos derechos, y no sólo de "expectativas", si las conductas formalizadas en las normas que los reconocen están respaldadas por la violencia legítima del Estado, administrada al caso concreto mediante una resolución firme adoptada en un proceso judicial.

Las garantías que hasta aquí se han examinado, con toda su utilidad, no bastarían para asegurar una protección efectiva de los derechos fundamentales. Proveen, desde luego, a la concreción de las abstracciones constitucionales en términos respetuosos con la voluntad constituyente y concurren al diseño de un complejo de relaciones orgánicas y normativas que permite la emergencia de aquel ámbito de libertad y seguridad reclamado por Montesquieu, pero ni pueden impedir completamente las lesiones singulares de los derechos ni resultan apropiadas como reacción ante las mismas, precisamente por su abstracción y por localizarse en un momento previo al ejercicio efectivo del derecho.

Ambas constituciones otorgan a la garantías jurisdiccionales una relevancia fundamental, se reconocen garantías jurisdiccionales que protegen todos los derechos (acción de protección y acción extraordinaria de protección en Ecuador; amparo constitucional y acción popular en Bolivia), acciones que protegen derechos concretos y que podríamos definir como especiales (acción de hábeas corpus o acción de libertad en la constitución boliviana, hábeas data o acción de protección de privacidad, etc.) y se reconocen medidas cautelares (artículo 87 Constitución de Ecuador), así como en el caso boliviano la posibilidad de la Tribunal Constitucional de revisar las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad, popular y de cumplimiento.

También es posible distinguir en el caso del ordenamiento ecuatoriano entre las que podríamos definir como acciones ordinarias y extraordinarias, en cuanto se configuren como procesos dentro de la jurisdicción ordinaria o como procesos que se sustancian ante la Corte Constitucional. Y ello en tanto que la Constitución ha previsto para la protección de los derechos un procedimiento específico de garantía por parte de los mismos jueces y tribunales ordinarios. En definitiva, no sólo se ha desdoblado orgánicamente la protección de los derechos fundamentales, confiando su defensa primera al Poder Judicial y una defensa extraordinaria y subsidiaria a la Corte Constitucional, sino que la dispensada por la jurisdicción ordinaria se descompone, a su vez, procedimentalmente, en una protección ordinaria (artículo 88) y en varias especiales (artículos 89, 90, 91, 92).

En caso boliviano la estructura constitucional de las garantías jurisdiccionales es parcialmente diferente en tanto que el constituyente ha mantenido el sistema

vigente en la anterior Constitución; es decir, un sistema basado exclusivamente en unas acciones ordinarias ante cualquier juez o tribunal competente, sean ellas en garantías de todos los derechos como el amparo constitucional o la acción popular, o en garantías de derechos concretos como la acción de libertad o la acción de protección de privacidad.

Finalmente, es necesario apuntar que la Constitución de Ecuador dedica el capítulo tercero del título dedicado a las garantías constitucionales a las disposiciones comunes, es decir, a un conjunto de disposiciones que supuestamente deberían aplicarse en general a todas las garantías jurisdiccionales. Sin embargo, la efectiva aplicación general profesada por el constituyente para estas disposiciones deberá ser comprobada y, en su caso matizada, para cada una de las garantías jurisdiccionales en tanto que no en todos los casos será posible aplicar dichas disposiciones. En este sentido, tal vez, hubiese sido preferible que el mismo constituyente introdujera dichas matizaciones sin dejarlas abiertas a la interpretación.

Antes de pasar a analizar de manera específica las garantías jurisdiccionales que desde el punto de vista procedimental o material se consideran más relevantes, hay que hacer una breve referencia en primer lugar a la acción de hábeas corpus o acción de libertad según el constituyente boliviano, ya que mientras la disciplina de esta última coincide desde el punto de vista material y procedimental con las previsiones de las mayoría de constituciones comparadas, el hábeas corpus prevista por el constituyente de Ecuador presenta varias peculiaridades. Desde el punto de vista procedimental, en aplicación del artículo 86 de la Constitución perteneciente a las disposiciones comunes, los sujetos legitimados a interponerla serán "cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad"; esta apertura debe ser interpretada como la consideración por parte del constituyente de que la violación de cualquier derecho no puede ser ajena a persona o grupo de personas alguna, una consideración que ya estaba presente en el texto constitucional de 1998 (que en su artículo 93 admitía que cualquier persona pudiera demandar la libertad de quien se encontrara privado ilegítimamente). Además, el objeto de la misma no se limita a la garantía de la libertad ya que según el artículo 87 de la Constitución, esta acción tiene la finalidad de "recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad"; por otra parte, este mismo artículo prevé que "en caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable". Es evidente que los tres elementos analizados modifican

completamente la configuración del hábeas corpus, dotándole de una significación y de unos efectos mucho más garantistas.

En segundo lugar, cabe analizar brevemente la acción de hábeas data, llamada de protección de privacidad en el ordenamiento boliviano. En ambos casos, la finalidad de esta acción es garantizar a toda persona el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales que sobre sí mismo, o sobre sus bienes, estén en poder de entidades públicas o de persona naturales o jurídica privada en suporte material o electrónico, así como la de garantizar el derecho a conocer el uso que se haga de dicha información, su finalidad, el origen, el destino y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos[21]. Una vez más las diferencias se producen en relación con los legitimados que mientras en el ordenamiento boliviano son las personas naturales o colectivas que crean estar afectadas y al Defensor del Pueblo en el de Ecuador, en aplicación del citado artículo 86 de la Constitución de Montecristi, es cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.

En tercer lugar, debe mencionarse la acción de acceso a la información pública prevista por el artículo 91 de la Constitución de Ecuador y desarrollada por los artículos 47 y 48 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional[22]. Como el mismo nombre indica se trata de una acción que tiene por objeto garantizar el acceso a la información pública cuando haya sido denegada expresa o tácitamente, cuando se cree que la información proporcionada no es completa o que haya sido alterada, cuando se ha negado el acceso físico a las fuentes de información o cuando la denegación de información se sustente en el carácter secreto o reservado de la misma. A tales efectos se considera información pública toda aquella que emane o que esté en poder de entidades del sector público o entidades privadas que en materia de información tengan participación del Estado o sean concesionarios de este.

Por último hay que hacer referencia a la acción popular prevista en el artículo 135 y 136 de la Constitución boliviana. Esta acción procede contra acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por aquella Constitución. La acción popular podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e

21 Articulo 130 CPB, 92 CRE.

22 Ley del 10 de septiembre de 2009. Segundo Suplemento del Registro Oficial Año I- Quito, Jueves 22 de Octubre del 2009 - Nº 52.

intereses colectivos y para interponerla no será necesario agotar la vía judicial o administrativa que pueda existir. Están legitimados para interponerla cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad y, con carácter obligatorio, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo, cuando por el ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de estos actos. El procedimiento seguido es el de la acción de amparo.

3.1. Acción de amparo constitucional y acción de protección

a. Naturaleza

En la Constitución de Ecuador de 1998 las acciones cautelares en garantías de los derechos se configuraban como acciones excepcionales ya que solo procedían al producirse una vulneración o amenaza de vulneración de derechos causante un daño grave e inminente, es decir, que el daño para la procedencia de la acción debía ser calificado grave e inminente[23]. En todos los demás casos se debía seguir la acción ordinaria que declararía la violación del derecho y su reparación.

En la Constitución de 2008 esta acción cambia su naturaleza en tanto que podrá interponerse cuando se trate de evitar una vulneración de derechos, acción preventiva, o cuando debe detenerse el cometido de una violación de derechos, sin importar en ningún caso la gravedad. Además, la configuración constitucional de estas acciones de protección introduce una lógica que rompe completamente con aquella de la Constitución de 1998 y ello en relación con la ubicación de estos recursos en el sistema jurisdiccional configurado, como es sabido, por una jurisdicción ordinaria y una constitucional[24]. Lo que se quiere decir es que las diferentes acciones previstas por la Constitución se configuran como procedimientos ordinarios y no constitucionales, la Corte Constitucional se queda al margen de estos recursos, cuya especialidad no radica en que el juez en estos casos y solo en ellos, ejerce un control de constitucionalidad ya que todos los jueces como cualquier otro servidor público tienen la obligación de aplicar y controlar el respeto de la constitución. La especialidad de estas acciones encuentra su fundamento en razón de la especial relevancia del bien protegido y es exactamente esta especial relevancia la que justifica la previsión de un procedimiento especial que se caracteriza por ser rápido, sencillo, eficaz y con especiales consecuencias jurídicas.

23 Acerca de la definición que el Tribunal ha elaborado de estos requisitos véase Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina,* 2º Edición, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2006, pp. 124 y ss.

24 Se elimina la posibilidad de recurrir la resolución del juez ante el Tribunal Constitucional y se prevé que "la sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte provincial".

También el caso boliviano, como ya se apuntó la Constitución ha previsto para la protección de los derechos un procedimiento específico de garantía por parte de los jueces y tribunales. En lo que respecta a la dimensión orgánica sobre la que se activan estos procesos, el artículo 129 CPB indica expresamente que esa forma de tutela judicial se ha de reclamar ante cualquier "juez o tribunal competente".

Ambas constituciones confían al Poder Judicial la defensa de todos los derechos. Se trata de una defensa perfectamente garantizada, pues se atribuye a quien tiene encomendado el ejercicio de la jurisdicción, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, esto es, la competencia para asegurar la indemnidad del ordenamiento mediante la fiscalización del proceder de todos sus órganos, de manera que no puedan imputarse al Estado las normas, los actos o las conductas que, sometidos al control de la jurisdicción, no obtengan un pronunciamiento (relativamente) irrevocable de conformidad.

La defensa se confía, por tanto, a quien mejor puede dispensarla, tanto por la extensión de sus facultades de control como por las características propias de sus pronunciamientos. Además, la atribución de la competencia para tutelar derechos se lleva a cabo configurándola, a su vez, como un derecho de los titulares, el derecho que habilita a "todas las personas" para "obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"[25].

Como ya se apuntó, ambas Constituciones han previsto para la protección de los derechos un procedimiento específico de garantía por parte de los jueces y tribunales, desdoblando orgánicamente la protección de los derechos fundamentales y confiando su defensa en primera instancia al Poder Judicial y solo subsidiariamente al Tribunal Constitucional. A este respecto hay que evidenciar la profunda diferencia entre los dos ordenamiento que aquí se estudian ya que mientras la Constitución de Ecuador prevé una acción extraordinaria de protección que procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos, la Constitución de Bolivia contempla tan sólo una revisión elevada de oficio ante el Tribunal Constitucional de las resoluciones dictadas en las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad, cumplimiento y popular.

En lo que respecta a la dimensión orgánica sobre la que se activan estos procesos, los artículos citados anteriormente indican expresamente que esa forma extraordinaria de tutela judicial se ha de reclamar ante los "tribunales ordinarios

25 Articulo 75 CRE y 115 CPB.

de justicia"; el dato excluye a priori la creación de una jurisdicción específica para la defensa de los derechos fundamentales al margen de los órganos judiciales encargados de las diferentes jurisdicciones "ordinarias".

La errónea interpretación de la naturaleza de estas acciones realizada en ambos ordenamientos se refleja claramente en caso boliviano en la Ley N. 027, de 6 de julio de 2010, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, que muy a pesar de su nombre disciplina todas las acciones ordinarias, es decir todos aquellos procedimiento que, en garantía de los derechos constitucionalmente previstos, se desarrollan ante las jurisdicciones ordinarias. Y, en el caso de Ecuador, en la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional en la que, como el mismo nombre indica se reúnen todos aquellos procedimientos jurisdiccionales considerados como "constitucionales".

Cuanto aquí defendido encuentra su reflejo en el ordenamiento español en el que la existencia de una garantía judicial específica para los derechos fundamentales era una singularidad sin equivalentes en el Derecho comparado. Un ordenamiento en el que no faltan, obviamente, recursos especiales ante Tribunales Constitucionales o supranacionales, esto es, al margen del Poder Judicial propiamente dicho, o mecanismos procesales de protección de derechos concretos, como el habeas corpus. Pero, como señala Ignacio Díez-Picazo, "lo que no existe […] son instituciones procesales de tutela ante los Tribunales ordinarios de la generalidad de los derechos fundamentales. Estas instituciones de tutela diferenciada […], que son típicas de Tribunales Constitucionales y de jurisdicciones supranacionales, no existen en lo que respecta a los Tribunales ordinarios, que tutelan los derechos fundamentales a través de los mismos cauces procesales que los demás derechos"[26]. Por estas razones el desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución española ha impuesto la creación de varios procedimientos especiales, esto es, uno por cada orden jurisdiccional[27].

26 Este dato llevará al autor citado, entre otros, a cuestionar el acierto de la originalidad del art. 53.2 de la Constitución y preguntarse si no sería suficiente con un régimen de protección que, contando con el remedio excepcional del amparo, se articulara en la jurisdicción ordinaria a través de los procedimientos comunes, sin más especificidad, en su caso, que la arbitrada por medidas concretas que aseguraran alguna celeridad procesal o por el juego de los mecanismos de la justicia cautelar: Ignacio Díez-Picazo Giménez, "El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo", en Andrés de la Oliva e Ignacio Díez-Picazo, *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

27 Este desarrollo mediante la creación de una pluralidad de procedimientos (o de adición de especialidades en los existentes) se inició ya antes de que entrara en vigor la Constitución misma, por obra de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que disciplinó la garantía de una parte de los derechos en los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo. Con posterioridad, la Disposición Transitoria Segunda

No obstante, más allá de esta equivoca interpretación de la naturaleza de lo que podría ser definido como amparo judicial, lo que parece preocupante respecto de estas acciones es el problema que se plantea en relación con los requisitos para interponer la misma[28].

Ahora bien, por lo que respeta el ordenamiento ecuatoriano la acción de protección tiene por objeto "el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución" y podrá interponerse cuando exista cualquier vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales imponiendo el requisito de la gravedad del daño tan solo en el caso en el que la violación proceda de una persona particular.

Por otra parte, el artículo 128 CPB prevé como único requisito de viabilidad de la acción de amparo constitucional la amenaza de restricción o vulneración de un derecho constitucional[29]. En este sentido, hay que poner de relieve que si bien

de la Ley 2/1979, Orgánica del Tribunal Constitucional , ampliaría el ámbito de la Ley 62/1978 a todos los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de la Constitución , convirtiéndose así esta Ley en la principal norma de desarrollo de aquel precepto constitucional. La Ley 62/1978, diseñó unas garantías civil, penal y contencioso-administrativa que durante muchos años han constituido el núcleo del denominado "amparo judicial". Hoy día sólo continúan en vigor los artículos dedicados a la garantía penal, pues las previstas para los otros dos órdenes han sido respectivamente derogadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) y por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio). Por otra parte también, se han sucedido diversas normas reguladoras de procedimientos específicos para determinados derechos o ámbitos materiales: cabe mencionar los recursos electorales de la Ley 5/1985, Orgánica de Régimen Electoral General; la protección del derecho de reunión prevista en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio; la dispensada al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo; o las garantías de derechos fundamentales en el ámbito laboral, disciplinadas en la Ley de Procedimiento Laboral .

28 El artículo 128 de la Constitución de Bolivia establece "La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley" y el artículo 88 de la Constitución de Ecuador que "La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación".

29 El artículo en palabras establece que "La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley".

la Constitución española al igual de la de Ecuador y de Bolivia no prevé como requisito de la petición la inminencia de daño grave, sí limita el que se define como amparo judicial a los derechos reconocidos en sus artículos 14 a 29. Además, esta protección especial sólo se extiende a lo que en los artículos 14 a 29 de la Constitución pueda definirse como derechos subjetivos, pero no a la totalidad del contenido de estos preceptos, en ocasiones mucho más amplio. Y si bien es cierto que el artículo 129 CPB introduce la subsidiariedad de la acción al establecer que "La Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada […] ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados", cabe preguntarse ¿cuáles son los elementos que permitirán discernir el procedimiento ordinario del procedimiento especial?

En el caso boliviano, la solución, para evitar que la casi totalidad de la jurisdicción ordinaria se convierta en acción de protección paralizando y volviendo ineficaz este instrumento de garantía de los derechos, ha sido añadir a través de la Ley que disciplina esta acción el requisito de la "inmediatez de la protección"[30].

En este sentido el artículo 76 establece que "la acción de amparo no procederá cuando exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados". Sin embargo el legislador de Ecuador hace referencia a "la inexistencia de de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado"[31].

Establecer cuándo el recurso ordinario garantice o no la protección inmediata o cuándo "no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos", no será tarea fácil y hay que presumir que, hasta que la Corte o el Tribunal Constitucional Plurinacional no definan estos requisitos, la totalidad de recursos en garantía de los derechos se tramitarán a través de estas acciones.

b.- Legitimación activa

Acerca de la legitimación para interponer la acción también en este caso es de aplicación el artículo 86.1 CRE que señala que todas las acciones previstas en la Constitución podrán ser instadas por cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.

30 Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, N. 027, del 6 de julio de 2010. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia N. 0149.

31 Artículo 40 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, del 10 de septiembre de 2009. Segundo Suplemento del Registro Oficial Año I- Quito, Jueves 22 de Octubre del 2009 - Nº 52.

La amplitud de la legitimación reconocida por el constituyente ecuatoriano demuestra claramente que su pretensión es que las vías de protección especial de los derechos no queden ocluidas o limitadas en su acceso por condiciones de legitimación restrictiva.

Por su parte el legislador no ha especificado dicha legitimación ya que el artículo 9 de la Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control de constitucionalidad reproduce el texto constitucional, dejando por tanto a la Corte Constitucional la difícil tarea de modular la legitimación en lo que se refiere a la conexión entre el actor y la pretensión sustentada, pero una vez definida dicha conexión entre el elemento subjetivo y objetivo no podrán ser establecidos limites subjetivos de carácter adicional.

Por su parte, la Constitución boliviana no aporta nuevos elementos al esquema clásico otorgando la posibilidad de interponer la acción exclusivamente a las personas afectadas, a la Defensoría del pueblo y al Procurador General del Estado.

c.- La autoridad competente, el procedimiento y los efectos de la sentencia

La Constitución ecuatoriana de 1998 se remitía a la ley para la determinación de los órganos de la Función Judicial competentes para conocer las acciones de garantía, a acepción del hábeas corpus cuya competencia era atribuida a los alcaldes. Por su parte, la Ley del Control de Constitucionalidad atribuía esta competencia a los jueces de lo civil, a las cortes superiores de justicia y a los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y de lo fiscal del lugar donde se consumara o pudiera producir sus efectos el acto ilegitimo.

La Constitución de 2008 en cambio establece que será competente para conocer la acción constitucional "la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos"; como ya se apuntó, la segunda instancia es resuelta por las cortes provinciales de justicia eliminándose así la intervención de la Corte Constitucional.

En comparación con la anterior, la nueva Constitución modifica el procedimiento de manera sustancial estableciendo, en este ámbito, un inédito modelo procesal. Según el artículo 86 el procedimiento será oral en todas sus fases e instancias y, por su propia naturaleza, deberá ser sencillo, rápido y eficaz. Se considerarán hábiles todos los días y horas. Las acciones podrán ser presentadas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será obligatorio el patrocinio de un abogado para proponer la acción. Las notificaciones podrán efectuarse por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.

Una vez presentada la acción, el juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, la práctica de pruebas podrá ser ordenada en cualquier momento del proceso y podrán ser designadas comisiones para recibirlas. Los fundamentos alegados por la persona que presente la acción se presumirán ciertos cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

La acción se resolverá mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. En el caso de que un funcionario público no cumpla la sentencia o la resolución, el juez ordenará su destitución del cargo o empleo y ello sin perjuicio ninguno acerca de su responsabilidad civil o penal. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o la resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley. Y, además, los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

Las diferencias respecto del procedimiento previsto por la Constitución de 1998 son considerables: desaparecen todas las formalidades procedimentales, eliminándose por ejemplo, la obligación de presentar la demanda por escrito, la necesidad del patrocinio de un abogado, así como introduciendo la posibilidad de presentar una demanda oralmente y sin necesidad de conocer la norma que se considera vulnerada siendo suficiente la exposición de los hechos ocurrido. Se aplica el principio de la *restitutio in integris* y se introduce el concepto de reparación para que la misma, a diferencia de la indemnización, pueda configurarse también como resarcimiento inmaterial, el proceso ya no termina con la sentencia sino solo cuando se haya conseguido la reparación integral del daño. Y estas no son más que algunas de las novedades procedimentales introducidas por la Constitución de 2008, novedades que si bien deben considerarse como avances desde el punto de vista de la extensión de las garantías de los derechos y sobre todo del acercamiento de la justicia a todos los ciudadanos, podrían llegar a entorpecer la viabilidad de los procedimientos previstos en garantía de los derechos y volverse contraria a la misma voluntad del constituyente que, sin duda, era la de crear unos instrumentos para hacer efectivo el estado constitucional de derechos proclamado por la misma Constitución.

En este sentido no puede dejarse de apuntar algunas dudas en relación a la real eficacia de las acciones sumariamente descritas.

En primer lugar, hay que referirse a la incertidumbre que plantea la previsión de la posibilidad de presentar la demanda verbalmente y sin necesidad de cumplir ningún requisito adicional a la "exposición clara" de los hechos ocurridos. Y ello porque, a pesar de su relevancia, el constituyente no indicó cual debería ser el órgano encargado de "traducir" los hechos en derecho. Sin duda, la mejor solución hubiese sido la de prever en las leyes de desarrollo de estos preceptos constitucionales la creación de un órgano especializado integrante del Ministerio de Justicia y encargado de esta función; sin embargo, se ha atribuido al juez la función de adecuar las solicitudes a los requerimientos formales de una demanda por escrito y establecer durante el proceso las normas aplicables o presuntamente violadas. Lo cual parece criticable desde el punto de vista de la garantía de la independencia del juez, que al traducir la exposición de los hechos podría llegar a confundir su papel con el del demandante.

En segundo lugar, es obligado referirse a la posibilidad de realizar las notificaciones por cualquier medio incluso los que podrían definirse como "difícilmente certificables" como pueden ser una llamada telefónica o un correo electrónico y cuya utilización podría crear situaciones de incertidumbre que entorpecerían en lugar de favorecer la rapidez del proceso y podrían llegar a configurarse como casos de indefensión.

La Constitución boliviana sigue un esquema procesal mucho más clásico, la acción de amparo constitucional, que podrá presentarse por escrito ante la sala de los tribunales departamentales de justicia o lo juzgado público de materia en las capitales de departamento y en las provincias en los juzgado público[32]. Una vez admitida la acción el juez o tribunal señalará el día y la hora de la audiencia que deberá ser celebrada en las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la demanda[33]. Las audiencias serán orales y se desarrollan bajo la dirección del juez o tribunal escuchando en primer lugar la exposición del accionante y seguidamente la del demandado. La resolución se pronunciará de manera fundamentada en la misma audiencia pública y en caso de conceder el amparo con ella se ordenará la restitución y la tutela de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados y se podrá determinar la responsabilidad civil y penal del demandado[34]. Este rápido análisis del procedimiento previsto por el amparo

32 Artículo 58 de Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.
33 Artículo 61de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.
34 Artículos 62, 78 y 79 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

demuestra que constituyente boliviano muy a pesar de las importantes novedades introducidas por el texto constitucional de 2009 y a diferencia del de Ecuador no ha aportado prácticamente ninguna novedad respecto de lo previsto en la Constitución de 1967.

3.2. La acción extraordinaria de protección

Además de estas acciones que podríamos definir ordinarias en tanto que se desarrollan en los distintos órdenes del Poder Judicial, la Constitución de Ecuador prevé, en su artículo 94, una acción extraordinaria de protección que "procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.", cuando "se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado".

Este artículo impone una exigencia de carácter procesal previa a la presentación de una acción extraordinaria de protección o amparo constitucional: agotar el proceso judicial que se ha sustanciado ante los Tribunales de justicia ordinarios. Esto significa que el recurso viene a impugnar en realidad una resolución judicial, en la que no se ha obtenido una respuesta favorable para hacer frente a la vulneración del derecho.

De este modo, el objeto del recurso viene delimitado tanto por la resolución judicial como por la conducta, objeto a su vez de la demanda que se ha sustanciado en la jurisdicción ordinaria.

El requisito señalado por el artículo 94 de la Constitución, del agotamiento de la vía judicial no hace sino confirmar la naturaleza subsidiaria de la acción extraordinaria de protección, ya que para elevar la reclamación a la Corte Constitucional el ciudadano/actor tiene que haber intentado previamente solucionar el conflicto en un proceso judicial ordinario, a través de la vía ordinaria. La falta de cumplimiento de esta condición conllevará lógicamente la inadmisión del recurso o una sentencia desfavorable al amparo solicitado.

La razón de ser de una exigencia procedimental como ésta encuentra explicación en la condición de garantes naturales de los derechos fundamentales de los órganos de la justicia ordinaria. Por lo tanto, la intervención de la Corte Constitucional se ha de limitar únicamente a los casos en los que no haya sido posible restablecer el derecho vulnerado por al cauce normal de la tutela judicial.

Para ello, es necesario que no haya ningún otro recurso disponible, y que se invoque el derecho fundamental lesionado con el fin de que los mismos órganos jurisdiccionales puedan reparar el daño lesionado.

En la medida en que esta acción se entienda como extraordinaria en relación con la tutela prestada por los jueces ordinarios en materia de derechos fundamentales la subsidiariedad de la misma solo puede entrañar la necesidad de agotamiento de todos los recursos disponibles por parte del ordenamiento jurídico, a fin de dar la posibilidad a la jurisdicción ordinaria de efectuar esa reparación.

Por todo ello, de entrada debe señalarse que la supremacía de la Corte Constitucional sobre la Corte Nacional de Justicia resulta clara en materia de tutela de los derechos fundamentales en todos los ordenamientos constitucionales europeos y en la mayoría de los de América Latina; en este punto no se plantea ningún problema dogmático puesto que, según las constituciones de la mayoría de los países que prevén el recurso de aparo este último tiene como función la de remediar las vulneraciones de los derechos producidas por cualquiera de los poderes públicos incluido, por supuesto el poder judicial. De ese modo, la Corte Constitucional tiene potestad para anular sentencias de los jueces y tribunales, y por lo mismo de la Corte Nacional de Justicia o Tribunal Supremo, con retroacción, o sin retroacción, de actuaciones cuando así lo exija el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho. Aquí la capacidad revisora de la Corte Constitucional respecto de la jurisdicción ordinaria (incluido, claro está, la Corte Nacional) es indudable, con la única salvedad de que deberá abstenerse de conocer los hechos que dieron lugar al proceso judicial y de efectuar cualquier consideración sobre la actuación de los órganos judiciales que no sea la de concretar si se ha violado el derecho y la de preservarlo o restablecerlo. El recurso de amparo para no ser desnaturalizado debe por tanto ser considerado el último recurso en tanto que subsidiario, y por ello la Corte Constitucional la última instancia, en la materia.

Cuestión distinta es que el recurso de amparo, así como está configurado, pueda convertirse en la práctica en una ulterior instancia del recurso ordinario, con la correspondiente sobrecarga de trabajo para la Corte Constitucional, en lugar de, como debiera ser, un recurso realmente extraordinario y quizás incluso excepcional. En este sentido, como se señaló, la nueva Constitución de la Republica de Ecuador perfila una estricta regulación de tal atribución al establecer en su artículo 94 que la acción extraordinaria de protección puede ejercerse cuando se hayan agotados los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal.

Constatado que, en lo que se refiere concretamente al amparo o acción extraordinaria de protección, la supremacía de la Corte Constitucional sobre

la Corte Nacional de Justicia debe ser definida como "natural", la cuestión de las relaciones entre Corte o Tribunal Constitucional y la Corte Nacional de Justicia debe plantearse en el marco de la tarea de aplicación-interpretación de la Constitución y de aplicación-interpretación de la ley. Para ello, el modelo de justicia constitucional que configura el presupuesto mismo de la existencia de la Corte o Tribunal Constitucional, es un referente necesario, para enfocar correctamente el tema.

En principio, parecería que esas relaciones sólo pueden darse en la materia en que ambos órganos jurisdiccionales participan, esto es, en la justicia constitucional, pero no en lo que podría denominarse justicia no constitucional, ya que esa actividad es ajena a la Corte Constitucional. Según este presupuesto cabría decir que en el ejercicio de la aplicación de la ley sin aplicación de la Constitución, el tribunal superior, en todos los órdenes, es, sin duda, la Corte Nacional de Justicia. En este ámbito los dos órganos no estarían "relacionados", sino separados. En cambio, en el ejercicio de la justicia "constitucional" materia en la que sí actúa la jurisdicción ordinaria y, por lo mismo, la Corte Nacional de Justicia, el tribunal superior, en todos los órdenes, es la Corte Constitucional, como exige el modelo de justicia constitucional al que pertenece la nueva Constitución y como dispone el mismo artículo 429 de cuya letra se desprende, sin duda alguna, que es el tribunal superior en materia de "garantías constitucionales".

Ahora bien, este primer planteamiento resulta muy poco operativo, pues sin descartar la existencia de supuestos en que pueda realizarse por la Corte Nacional de Justicia o, más en general, por la jurisdicción ordinaria justicia meramente legal; en la mayoría de las ocasiones la aplicación judicial de las leyes y los reglamentos será, al mismo tiempo, aplicación de la Constitución, es decir, justicia constitucional, porque la Constitución impregna la totalidad del ordenamiento jurídico. No se dará, en tales casos, una aplicación directa de la Constitución, pero sí una aplicación indirecta o interpretativa. Esta obligación de los órganos judiciales de interpretar las leyes y los reglamentos de conformidad con la Constitución, lo que los norteamericanos llaman la interpretación "*in harmony with the Constitution*" y los italianos la "*interpretazione conforme alla Costituzione*", es algo universalmente aceptado e explícitamente impuesto en algunos ordenamiento como, por ejemplo el español, gracias a la previsión contenida en el artículo 5.1 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)[35]. Y en esa interpretación "conforme", los jueces y tribunales han de atenerse a la doctrina del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, tal como reconoce, por ejemplo, para el ordenamiento español el propio artículo 5.1 LOPJ ya

35 Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial.

citado, cuyo tenor literal es muy expresivo: "la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

Por tanto, en la actividad de aplicación directa, o interpretativa de la Constitución, realizada por los jueces y tribunales ordinarios, y, a su cabeza, por la Corte Nacional de Justicia, actividad, pues, de justicia constitucional, está claro que el tribunal superior, en todos los órdenes, es el Tribunal Constitucional[36].

En resumen, el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, y esa interpretación vincula a todos los órganos judiciales, tanto cuando aplican directamente la Constitución como cuando la aplican indirectamente interpretando la norma de conformidad con ella. En esa materia, pues, la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no puede ser otra que la supremacía del primero sobre el segundo.

Todo ello demuestra que la configuración de las relaciones entre Corte Constitucional y Corte Nacional de Justicia realizada por el constituyente no es, como parte de la doctrina ecuatoriana ha defendido, una extravagancia, sino una necesidad implícita al concepto de Constitución como norma que no se limita a organizar los poderes públicos sino que incorpora una serie de mandos materiales y valores que deben informar todo el ordenamiento y que, por tanto, deben ser observados por el Estado en sus actuaciones e, incluso, por los demás agentes jurídicos, públicos y privados[37].

De esta forma, la tendencia a hacer efectiva la norma fundamental en los casos concretos y particulares se confunde con el interés público y general de garantizar la regularidad del ordenamiento. La aplicación de la Constitución supera el marco de lo objetivo para convertirse en exigencia de todo sujeto público o privado en sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus intereses.

3.3. La acción de cumplimiento, de incumplimiento y la acción popular

Lo primero que hay que preguntarse a la hora de hablar de la acción de incumplimiento prevista por la Constitución de Ecuador es si coincide o no con la de cumplimiento establecida por parte del ordenamiento boliviano.

36 Sobre las competencias del juez ordinario en materia constitucional véase, P. Pérez Tremps, *Tribuna Constitucional y Poder Judicial,* CEC, Madrid, 1985, p. 122 y ss.

37 En este sentido hay que poner de relieve que en el derecho comparado, la que se configura como "extraña" o "atípica" es más bien la restricción absoluta a la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra una resolución judicial que establece la Constitución de 1998.

Según el artículo 93 CRE esta acción tiene como objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. La acción procede cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible y en contra de toda autoridad pública y persona física o jurídica cuando actúen en ejercicio de funciones públicas o presten servicios públicos. También procede contra particulares en el caso de que las sentencias o decisiones de organismos internacionales impongan una obligación a un particular determinado o determinable. Para que pueda configurarse el incumplimiento el recurrente deberá haber reclamado con anterioridad el cumplimiento de la obligación a quien debe satisfacerla y tan solo transcurridos cuarenta días se configurará el incumplimiento. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional que la declarará improcedente en los casos en que el derecho invocado pueda ser garantizado mediante otra garantía jurisdiccional, o se tratara de omisiones de mandatos constitucionales o existiera otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia decisión o informe[38].

Por su parte el artículo 134 de la Constitución boliviana establece que la acción de cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida. La acción se interpondrá por la persona individual o colectiva afectada ante juez o tribunal competente, y se tramitará de la misma forma que la Acción de Amparo Constitucional. La resolución final se pronunciará en audiencia pública; inmediatamente recibida la información de la autoridad demandada y, a falta de ésta, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el demandante. La autoridad judicial examinará los antecedentes y, si encuentra cierta y efectiva la demanda, declarará procedente la acción y ordenará el cumplimiento inmediato del deber omitido. Hay que destacar que la Ley del Tribunal Constitucional a la hora de desarrollar esta disposición ha establecido entre otras limitaciones, que la acción no procede contra la Asamblea Legislativa Plurinacional, con la intención de exigir la aprobación de una ley[39]. Aunque en principio pueda parecer que dicha limitación desnaturalice la configuración de la acción de cumplimiento, hay que tener en cuenta que el mismo dictado constitucional configura esta acción como una garantía frente al poder ejecutivo y a los funcionarios públicos y no frente al legislativo, ya que si así hubiese sido, dicha acción, en tanto que dirigida a cuestionar la inactividad del legislador no

38 La acción por incumplimiento está desarrollada por los artículos 52 y ss. de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional.

39 Artículo 89.4.

hubiese podido configurarse como recurso ante la jurisdicción ordinaria ya que, no se puede olvidar, que solo el Tribunal Constitucional es competente para declarar una inconstitucionalidad por omisión[40].

3.4. Las medidas cautelares

Las medidas cautelares previstas por el artículo 87 de la Constitución de Ecuador de 2008 equivalen al amparo ordinario establecido en el artículo 95 de la Constitución de 1998 con dos diferencias ya que la primera no califica de grave la violación ni establece un procedimiento judicial. El requisito para que proceda la medida cautelar es simplemente la inminencia de que se vaya a cometer o se haya cometido una violación. La medida cautelar tiene un único objetivo prevenir o detener la violación. Si previene la violación no tendrá sentido que opere el procedimiento de protección de conocimiento; si la detiene el juez deberá además de resolver la medida cautelar iniciar un procedimiento para determinar la violación y la reparación. Es por esta razón que el artículo 87 de la Constitución establece que "se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección". En el procedimiento no existe citación, notificación, prueba, validación de lo dicho por el accionante, replica, resolución formal o apelación, el juez si considera que el hecho expuesto implica una violación debe creer y actuar. Sin embargo, por no ser un juicio contradictorio ni tener un procedimiento reglado —bajo la premisa que cualquiera es legítimo siempre que sea efectivo y respetuoso de los derechos— la resolución no puede considerarse prueba de un hecho violado.

40 Sobre la inconstitucionalidad por omisión, entre muchos otros, véase: Néstor Pedro Sagüés, "Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario", *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 7, n. 2, 2009, pp. 71-79, José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español,* Madrid, Civitas, 1998, Ignacio Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión,* McGraw-Hill Interamericana de España, 1997, Ignacio Villaverde Menéndez, "La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos, *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, n. 8, 1996, pags. 117-154, Manuel Pulido Quecedo, "El control de inconstitucionalidad ex silentio legis (por omisión) y el artículo 55.2 de la LOTC", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 3, 2003, pp. 1734-1737, José Julio Fernández Rodríguez, "La inconstitucionalidad por omisión en Brasil", *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n. 42, 1995, pp. 207-232, Pablo Dermizaky Peredo, "La inconstitucionalidad por omisión", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 6, 2002, pp. 63-72, José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español*, Madrid, Civitas, 1998, Alfredo Quispe Correa, "¿Inconstitucionalidad por omisión?", *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, n. 1, 2006, pp. 241-250, Luz Bulnes Aldunate, "La inconstitucionalidad por omisión", *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, n. 1, 2006, pp. 251-264.

IV. Bibliografía

Alejandro Nieto, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional".

Alejandro Nieto, *Revista de Administración Pública,* n. 100-102, 1983.

Ángel Garrorena Morales "Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica", en *Revista de Estudios Políticos*, N. 13, Enero-Febrero 1980.

Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004.

Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, traducción y presentación de Francisco Ayala, Madrid, Alianza editorial, 1982.

Francisco Rubio Llorente, "La Constitución como fuente del derecho", en *La Constitución española y las fuentes del derecho,* Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pp. 65 y ss. Reproducido en *La forma del poder,* Madrid, CEC, 1993.

Luigi Ferrajoli, "Prólogo", en Víctor Abramovich, Cristian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trota, 2004, 2º edición.

Constitución de Bolivia.

Constitución de la República del Ecuador.

Constitución española.

Ley del 10 de septiembre de 2009. Segundo Suplemento del Registro Oficial Año I- Quito, Jueves 22 de Octubre del 2009 - Nº 52.

Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, N. 027, del 6 de julio de 2010. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia N. 0149.

Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, del 10 de septiembre de 2009. Segundo Suplemento del Registro Oficial Año I- Quito, Jueves 22 de Octubre del 2009 - Nº 52.

¿Caben las medidas cautelares constitucionales en contra de un proceso arbitral?

Juan Francisco Guerrero del Pozo[1]

Sumario

I. Las Medidas Cautelares Constitucionales en la Constitución Ecuatoriana de 2008. **II.** El caso Wesco Vs. Banco de Guayaquil. **III.** ¿Caben medidas cautelares para suspender un proceso arbitral?. **IV.** Corolario. **V.** Bibliografía.

I. Las Medidas Cautelares Constitucionales en la Constitución Ecuatoriana de 2008

Es importante empezar por realizar algunas consideraciones respecto de las medidas cautelares constitucionales. Es común escuchar que la acción de amparo constitucional vigente hasta la promulgación de la actual Constitución fue reemplazada por la acción de protección, sin embargo, aquello no es preciso, puesto que la acción de amparo constitucional, al menos en su faceta cautelar, fue sustituida por la acción de medidas cautelares constitucionales que constituyen un mecanismo transitorio para evitar la violación o cesar la violación de un derecho constitucional.

De conformidad con lo que establece el Art. 87 de la Constitución y Art. 26 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), para que proceda una medida cautelar es indispensable que concurran los siguientes elementos.

a) Que exista la amenaza inminente de violación de un derecho constitucional o una violación continua de un derecho constitucional, de tal manera que con la medida cautelar se puede evitar la violación o hacer cesar la violación

1 Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad Andina Simón Bolívar.

del derecho. Si la violación al derecho ya se ha consumado y ha agotado, la medida cautelar no es procedente y la reparación del daño causado debería perseguirse a través de una acción de protección u otra garantía jurisdiccional dependiendo del derecho vulnerado.

b) Que el daño que se cause sea grave, gravedad que se determina en función de la intensidad o frecuencia de la amenaza o violación del derecho. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a mi modo de ver restrictivamente y por ende inconstitucionalmente[2], ha agregado el hecho de que ese daño debe ser irreversible[3].

En cuanto a las características de las medidas cautelares, siguiendo a Roberto Villarreal[4], debemos mencionar tres características básicas: la *instrumentalidad*, la *provisionalidad* y la *revocabilidad*.

En cuanto a la *instrumentalidad*, es decir, el que no constituyan un fin en sí mismas, sino que están subordinadas a una resolución definitiva, cabe señalar que si bien la Constitución y la LOGJCC establecen que las medidas cautelares pueden presentarse conjunta o independientemente de las otras garantías jurisdiccionales, aquello no implica que las medidas cautelares constitucionales dejen de estar subordinadas a una acción principal, aunque esta no necesariamente debe ser constitucional[5]. Lo dicho se evidencia claramente en el Art. 28 de la LOGJCC que establece que la resolución del juez respecto de las medidas solicitadas no implicará un prejuzgamiento sobre la declaración de violación de un derecho, lo cual implica que existe una cuestión de fondo que debe ventilarse y respecto de la cual las medidas cautelares solicitadas no serán vinculantes o determinantes.

En cuanto a la *provisionalidad*, es necesario señalar que como toda medida cautelar, las medidas cautelares constitucionales no pueden ser indefinidas, sino que conforme lo establece el Art. 33 de la LOGJCC, debe establecerse las circunstancias de tiempo en que deben cumplirse, lo que se traduce en que cuando se adopta una medida de esta naturaleza, el juez debe determinar con absoluta precisión cuál

2 El Art. 11 numeral 4 de la Constitución establece que "*Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales*".

3 Sin lugar a dudas que resulta cuestionable el que en la LOGJCC se hable de que para que proceda una medida cautelar frente a la amenaza inminente y grave de violar un derecho, la gravedad esté supeditada a que el daño causado sea irreversible, ya que la mera violación de un derecho constitucional reviste una alta gravedad que merece ser evitada y por ende el pretender que el daño sea además irreversible constituye una condición inconstitucional e improcedente.

4 Roberto Villareal, Medidas Cautelares, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2010, págs. 33 y ss.

5 Por ejemplo podría dictarse una medida cautelar constitucional que suspenda la ejecución de un acto administrativo mientras se sustancia la vía contencioso administrativa.

es el límite temporal de la medida. Esta característica puede clarificarse con un caso hipotético: si cualquier autoridad emite un acto administrativo, que por la presunción de legitimidad y ejecutoriedad está llamado a ejecutarse inmediatamente a pesar de que pueda ser cuestionado a través de un recurso subjetivo o de plena jurisdicción ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa[6], si yo considero que vulnera derechos constitucionales, puedo solicitar la suspensión de su ejecución a través de una medida cautelar constitucional, pero esta suspensión no la puedo solicitar, y sobre todo la juez o el juez no la puede conceder, de forma indefinida, sino que debe estar sujeta a la resolución que sobre la cuestión de fondo debe emitir el Tribunal Contencioso Administrativo. De tal manera se respetarán las características de provisionalidad e instrumentalidad de las medidas cautelares constitucionales.

La característica de *revocabilidad* implica que las medidas cautelares constitucionales pueden ser revocadas en cualquier momento cuando se demuestre que ya se ha evitado o cesado la violación del derecho, hayan cesado los requisitos establecidos en la Constitución y la ley o se demuestre que carecían de fundamento[7]. En todo caso, las decisiones que se adopten a partir de la concesión de una medida cautelar constitucional no generarán efectos de cosa juzgada y la posibilidad de solicitar su revocatoria no caducará ni prescribirá, por lo que podrá solicitarse en cualquier momento e inclusive en más de una ocasión, siempre que la medida ya se haya ejecutado.

Por otra parte, es necesario tener presente que el inciso tercero del Art. 27 de la LOGJCC establece que no procederán las medidas cautelares cuando:

a) Existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias;

b) Cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales; y,

c) Cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección[8].

---

6 El inciso primero del Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que: "*Salvo lo dispuesto en el artículo precedente, en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo*."

7 Cfr. Art. 35 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

8 No se alcanza a entender el por qué el legislador incorporó la improcedencia de las medidas cautelares constitucionales cuando se trata de una acción extraordinaria de protección, ya que a más de implicar una restricción inconstitucional de una garantía jurisdiccional, acarrea en la práctica serios inconvenientes, ya que impide que la Corte Constitucional, al conocer una demanda de acción extraordinaria de protección pueda suspender la ejecución de la decisión cuestionada, lo que se traduce en que en caso de que determine, luego del procedimiento correspondiente, que efectivamente la decisión jurisdiccional violenta derechos fundamentales, se dificulte y en ciertos casos incluso se imposibilite la reparación integral del daño causado en los términos del Art. 86 numeral 3 de la Constitución.

II. El caso Wesco Vs. Banco de Guayaquil

En el caso concreto del arbitraje, existe un caso que ha generado debate y preocupación respecto de la aplicabilidad de las medidas constitucionales. Por cuanto todas las piezas procesales a las que me referiré se encuentran incorporadas a procesos públicos de libre acceso en la función judicial, me permitiré inclusive hacer referencia a las partes involucradas.

La compañía Pinturas Wesco C.A. presentó una demanda en contra del Banco de Guayaquil S.A. ante un Juez de lo Civil de Pichincha alegando que la institución financiera le había infringido daños y perjuicios que debían ser reparados a través de la indemnización correspondiente. Luego de más de tres años de litigio[9], el Juez de lo Civil de Pichincha a quien le correspondió el conocimiento de la causa, aceptó la alegación de incompetencia formulada por el Banco de Guayaquil, declaró la nulidad de todo lo actuado por considerar que existía entre las partes un convenio arbitral, y de conformidad con el Art. 129 numeral 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, ordenó que el proceso sea remitido al "Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito".

Una vez que el juzgado envió el proceso formado al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, el Presidente del Centro emitió una providencia en la cual requirió a Pinturas Wesco la presentación de la demanda en los términos del Art. 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación a fin de darle el trámite correspondiente. Efectivamente Pinturas Wesco presentó la demanda arbitral, la cual fue calificada y posteriormente citada al Banco de Guayaquil, quien dentro del término concedido, dio contestación a la demanda[10]. Siguiendo el trámite correspondiente[11], el Presidente del Centro de Arbitraje y Mediación, convocó a la correspondiente audiencia de mediación a fin de que las partes procuren llegar a un acuerdo respecto de sus diferencias.

Frente a la providencia en la que se convocaba a la audiencia de mediación, el Banco de Guayaquil acudió ante un juez de instancia de la provincia del Guayas y propuso una petición de medidas cautelares en contra de dicha providencia y solicitó la suspensión del proceso arbitral iniciado, alegando que se encontraban en peligro los siguientes derechos constitucionales del Banco:

- El derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

9 Es sorprendente el que el proceso se haya sustanciado durante más de tres años, cuando de haberse alegado la existencia de convenio arbitral por parte del demandado, lo procedente era sustanciar el incidente de conformidad con lo que establece el Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

10 Cfr. Art. 11 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

11 Cfr. Art. 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

- El derecho a ser demandado en el lugar del domicilio (la Constitución no contempla este Derecho, sino el derecho a ser juzgado por un juez competente, imparcial e independiente[12])
- El derecho a la libertad de contratación, alegando que el Banco de Guayaquil no ha contratado los servicios del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.
- El derecho al honor y buen nombre del Banco de Guayaquil.

Frente a dicho pedido, el juez de instancia de la provincia del Guayas, resolvió conceder la medida cautelar solicitada, sustentada en que "*existe una amenaza o violación de los derechos constitucionales del accionante, esto es, del Banco de Guayaquil, al obligárselo a comparecer y defenderse en el juicio arbitral No. 75-2010 sin existir cláusula arbitral expresa que prevea dicho proceso arbitral*". Es importante reparar en que el juez ordenó la suspensión del proceso arbitral:

a) Sin determinar si se encontraba frente a un caso de amenaza de violación o violación de un derecho constitucional;

b) Sin establecer cuáles eran los derechos cuya violación era inminente o cuya violación era continua y por ende debía cesar;

c) Pronunciándose anticipadamente sobre la incompetencia del Tribunal Arbitral desconociendo lo expresamente establecido en el Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación en cuanto a que es el Tribunal Arbitral quien resolverá sobre su propia competencia (KOMPETENZ SUR KOMPETENZ);

d) Sin respetar la *provisionalidad* de la medida cautelar, es decir, la ordenó de forma indefinida; y,

e) Sin respetar la *instrumentalidad* de la medida, al no establecer a qué pronunciamiento de fondo estará subordinada.

Ante la medida cautelar dictada, el Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, solicitó su revocatoria, alegando primordialmente que el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito había actuado en estricto apego a la providencia del juez de lo civil de Pichincha que se encontraba ejecutoriada y que por ende no cabían medidas cautelares en contra de dicha decisión, por cuanto el Art. 27 de la LOGJCC establece que no caben medidas cautelares cuando se trata de ejecución de órdenes judiciales. Frente a dicho pedido de revocatoria, el juez de instancia de la provincia

12 Cfr. Art. 76 numeral 7 literal k)

del Guayas se limitó a señalar que por no tener constancia física de la existencia de un convenio arbitral, desechaba el pedido de revocatoria y mantuvo la medida vigente.

III. ¿Caben medidas cautelares para suspender un proceso arbitral?

A partir del caso relatado se generan algunas cuestiones respecto de la procedencia o no de las medidas cautelares para suspender un proceso arbitral, las cuales merecen un análisis minucioso:

1. Las medidas cautelares ordenadas no cumplían con la característica de *provisionalidad* e *instrumentalidad*, puesto que la suspensión ordenada era indefinida y no estaba subordinada a ningún pronunciamiento de fondo, lo cual de por sí implicaba la desnaturalización de la medida. La indefinición temporal de la medida acarrea además una violación de los derechos constitucionales del accionante, ya que si la justicia ordinaria había remitido la causa a un centro arbitral y la sustanciación del arbitraje es suspendida indefinidamente, nos encontramos frente a un caso de denegación de justicia y por ende de violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Es más, en el supuesto que Pinturas Wesco decidiera iniciar un proceso en la ciudad de Guayaquil, ¿no podría acaso alegarse la excepción de Litis Pendencia por parte del Banco de Guayaquil, ya que la suspensión del proceso no implica su terminación?

2. Según la forma de funcionamiento del Tribunal, el arbitraje puede ser independiente (ad-hoc) o administrado (institucional), siendo el primero aquel en el que "*no existe ninguna institución que administre el sistema, ni está sometido a ningún mecanismo predeterminado. Son las propias partes quienes deberán ponerse de acuerdo en las reglas sobre las cuales se desarrollará el arbitraje*"[13], mientras que el administrado (institucional) es aquel en que "*una entidad especializada que administra y organiza el trámite, y presta sus servicios sumamente útiles para que la contienda pueda ser resuelta con mayor eficacia*"[14].

En nuestro país, ambas modalidades de arbitraje se encuentran reconocidas expresamente en el Art. 2 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

No existe en la actualidad duda de que los procedimientos arbitrales son

13 Roque J. Caivano, Arbitraje, AD-HOC, Buenos Aires, 2000, pág. 70
14 Ibid, pág. 67.

procedimientos jurisdiccionales incluso constitucionalmente reconocidos[15], lo cual a su vez se traduce en que las actuaciones que el árbitro o árbitros realizan dentro del procedimiento, son actuaciones de índole jurisdiccional y por ende, al amparo de lo que establece el Art. 27 de la LOGJCC no procede dictar medidas cautelares en su contra. Sin embargo, la duda surge en el arbitraje administrado (institucional) respecto de lo que en la doctrina se denomina "Etapa o trámite preabitral" que va desde la presentación de la demanda arbitral, hasta que el Director del Centro de Arbitraje pone a disposición de los árbitros el expediente formado cuando procede a posesionar al Tribunal. Precisamente en el caso anotado, es un acto dictado dentro de la *etapa prearbitral* el que es objeto de la medida cautelar constitucional.

Si bien es interesante la alegación del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito en cuanto a que las providencias dictadas son en ejecución de una decisión judicial y que por ende no cabe la interposición de medidas cautelares en contra de la ejecución de decisiones judiciales, esta posición implícitamente deja abierta la posibilidad de que cuando no exista una decisión judicial previa que declare que un determinado conflicto debe resolverse por la vía arbitral, sí cabría medidas cautelares constitucionales, lo cual sin lugar a dudas resulta bastante cuestionable y debilita al arbitraje en el país.

Corresponde entonces, analizar cuál es la naturaleza de los actos del Director de un Centro de Arbitraje, claro está, cuando hablamos de un arbitraje institucional o administrado como lo denomina nuestra ley.

Al respecto debemos tener presente cuáles son las atribuciones que de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación le corresponden al Director del Centro de Arbitraje:

- Recibir la demanda (Art. 10)
- Calificar la demanda y disponer la citación al demandado (Art. 11)
- Recibir la contestación a la demanda (Art. 11)
- Calificar la reconvención y correr traslado al actor para que la conteste (Art. 12)
- Correr traslado a las partes para que contesten la modificación de la demanda, su contestación, la reconvención o la contestación a esta última (Art. 13)
- Convocar a las partes a audiencia de mediación y designar mediador (Art. 15)

15 Cfr. Art. 190 de la Constitución

- Convocar a los árbitros designados para que tomen posesión de sus cargos antes el Presidente del Centro de Arbitraje (Art. 17)
- Resolver sobre la recusación de un árbitro cuando los no recusados del tribunal no se pudieren de acuerdo sobre la recusación planteada (Art. 21 literal a)
- En caso de que la recusación recayere sobre todos los árbitros, resolver sobre ella (Art. 21 literal b)

Existe una posición doctrinaria que considera que el Director del Centro ejerce funciones administrativas, de auxilio, apoyo o simplemente preparatorias o introductorias para la etapa arbitral.

Otra posición sostiene que las actuaciones y funciones del Director del Centro de arbitraje son jurisdiccionales.

Ahora bien, respecto al tema que nos ocupa en este momento, esta discusión resulta especialmente relevante, puesto que si aceptamos el carácter jurisdiccional de las actuaciones del Director del Centro, aquello nos llevará a concluir que no es posible suspender un proceso arbitral a través de medidas cautelares constitucionales y tampoco serán susceptibles de ser cuestionadas sus actuaciones a través de una acción de protección. Si por el contrario, consideramos que las actuaciones del Director del Centro no son jurisdiccionales, abriríamos la puerta para que, al menos en principio, sean cuestionables a través de garantías jurisdiccionales, claro está, si se reúnen los demás requisitos que han quedado enunciados, esto es, que se amenace de forma inminente con violar un derecho constitucional.

Un primer argumento a favor de que los actos del Director del Centro de Arbitraje son de índole jurisdiccional, radica en que en los arbitrajes independientes esas mismas atribuciones son ejercidas por él o los árbitros, sin que pueda exista discusión alguna en cuanto a que dichas actuaciones se las realiza en ejercicio de facultades de índole jurisdiccional, razón por la cual no se comprendería el por qué la naturaleza de esos mismos actos mutaría cuando se trate de un arbitraje administrado.

Un segundo argumento que debe considerarse a favor de la tesis de que los actos del Director del Centro de Arbitraje son jurisdiccionales, es que al tratarse de procesos ordinarios, son actuaciones que le corresponden al juez y que inclusive se encuentran expresamente reguladas en nuestro Código de Procedimiento Civil como por ejemplo la calificación de la demanda, la convocatoria a una diligencia conciliatoria, la citación con la demanda, y ni qué decir del pronunciamiento respecto a una recusación.

Sobre este tema resulta pertinente lo dicho por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-1038 expedida el 28 de noviembre de 2002, en la cual al respecto concluyó que:

> *Conforme a lo anterior, la Corte Concluye que la fase prearbitral tiene una naturaleza jurisdiccional, por las siguientes razones: i) puede implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia; ii) está destinada a impulsar el proceso arbitral, que es de naturaleza arbitral, y iii) en su fondo y forma está sometida a lo previsto en el estatuto procesal civil para los procesos judiciales.*

Todas estas razones le son plenamente aplicables a la denominada fase "prearbitral" en el Ecuador, razón por la cual puede afirmarse que las actuaciones del Director del Centro de Arbitraje son jurisdiccionales. No obstante lo indicado, debe anotarse que en ese mismo fallo, a partir de la determinación del carácter jurisdiccional de las actuaciones en la fase "prearbitral" la Corte Constitucional Colombiana declaró la inconstitucionalidad de las normas que atribuían tales competencias al Director del Centro de Arbitraje y determinó que todas esas competencias deben ejecutarse por parte del tribunal arbitral después de su instalación.

Al respecto, es necesario tener presente que el inciso final del art. 116 de la Constitución Colombiana dispone que:

> *Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.*

Esta norma, según el criterio de la Corte Constitucional Colombiana, en virtud del principio de habilitación, le inhabilita al legislador a atribuir funciones jurisdiccionales a los Centros de Arbitraje y a su Director, por lo que declaró la inconstitucionalidad parcial de la norma que atribuía estas funciones al Director de los Centros de Arbitraje.

En el Ecuador el Art. 190 de la Constitución es bastante más general y establece:

> *Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros métodos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias que por su naturaleza se pueda transigir…*"

Por lo tanto, no sería aplicable el principio de habilitación, puesto que el margen que el constituyente le otorgó al legislador ecuatoriano es mucho más amplio que el que se le otorgó al colombiano, por lo que en el Ecuador no habría, al menos desde

el punto de vista constitucional, incompatibilidad para que el Director del Centro de Arbitraje ejerza actos jurisdiccionales, sin perjuicio de que en una eventual reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación se analice la posibilidad de que todas estas actuaciones sean ejercidas directamente por el árbitro o tribunal arbitral una vez que se haya posesionado.

IV. Corolario

En el Ecuador no debería ser posible a través de medidas cautelares constitucionales suspender la sustanciación de un procedimiento arbitral, ya que a más de generar una violación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, las actuaciones arbitrales son de naturaleza jurisdiccional que por disposición expresa de la ley no están sujetas a dichas medidas. Sin embargo, debe reflexionarse respecto a las atribuciones que la Ley de Arbitraje y Mediación les otorga a los Directores de los Centros de Arbitraje en los arbitrajes administrados, ya que al tratarse de atribuciones jurisdiccionales, estas deberían ser ejercidas directamente por los tribunales arbitrales, claro está, con la necesaria asistencia y auxilio de los Centros de Arbitraje.

V. Bibliografía

Villareal Roberto, Medidas Cautelares, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2010.

Caivano Roque J., Arbitraje, AD-HOC, Buenos Aires, 2000.

Constitución de la República del Ecuador.

Ley de Arbitraje y Mediación.

Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Selección y Revisión de la Corte Constitucional: Los Precedentes Jurisprudenciales como fuente del Derecho.

Esteban Polo Pazmiño[1]

Sumario

I. Introducción. **II.** Jurisprudencia y Precedente Jurisprudencial Obligatorio. **III.** Sala de Selección y Salas de Revisión de la Corte Constitucional. **IV.** Breve análisis sobre el caso 0999-09-JP, sentencia 001-10-PJO-CC- Primera Jurisprudencia Vinculante. **V.** Corolario. **VI.** Bibliografía.

I. Introducción

Con la entrada en vigencia de la Constitución, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, se introdujeron varias figuras jurídicas que resultaron (y muchas continúan resultando) novedosas para nuestro medio. Entre ellas se encuentra la facultad de la Corte Constitucional de "[e]xpedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión"[2].

De esta forma, la Corte Constitucional asume una atribución que marca un hito en la historia de la justicia constitucional en el país, dentro de la cual se ha relegado el papel de la jurisprudencia a ser una mera fuente auxiliar y secundaria del derecho. Las sentencias constitucionales se han limitado a decidir respecto

1 Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, Presidente de la Asociación Escuela de Derecho para el período 2011, Asistente de la Corte Constitucional.

2 Constitución de la República, artículo 436, numeral 6.

de derechos subjetivos, a través de efectos únicamente aplicables a las partes del proceso. Consecuentemente, el extinto Tribunal Constitucional y los jueces que conocían garantías jurisdiccionales, no aplicaban una línea argumentativa construida para cada problema jurídico ante casos recurrentes y similares, como por ejemplo las acciones de amparo constitucional sobre sanciones disciplinarias a policías, o destituciones de funcionarios públicos, sino que resolvían caso por caso, existiendo una pluralidad de criterios y fallos contradictorios. La propia Corte ha mencionado que "[l]a ausencia de líneas jurisprudenciales, reglas para determinados escenarios constitucionales fue una constante en la historia jurisprudencial constitucional ecuatoriana (…)"[3], lo cual generó contradicciones en las decisiones, violándose, entre otros, el derecho a la igualdad de las personas consagrado en la Constitución.

A través de esta facultad, la Corte debe fijar líneas jurisprudenciales que armonicen y unifiquen los criterios en la resolución de garantías jurisdiccionales, a la vez que viabilicen la aplicación de los derechos reconocidos en la Carta Suprema. En la argumentación de los precedentes constitucionales, como menciona Agustín Grijalva, la Corte Constitucional desarrolla su calidad de intérprete máximo de la Constitución, a través de la selección de "casos reiterados, fallos contradictorios y aquellos de especial trascendencia constitucional para en base a ellos dictar precedentes que tendrán carácter obligatorio."[4]

Para tales efectos, se han formado dentro de la Corte Constitucional las Salas de Selección y Revisión, cuya función se basa en el estudio de las garantías jurisdiccionales resueltas por jueces de instancia, Cortes Superiores y por la Corte Nacional de Justicia[5], identificación y planteamiento de problemas jurídicos, realización de fichas de relevancia constitucional, y finalmente, la elaboración de sentencias que contengan precedentes constitucionales obligatorios.

Acerca del desarrollo de la doctrina sobre esta figura, se puede afirmar que, si bien existen varios ensayos y trabajos, es insuficiente. De igual manera, la Corte Constitucional para el Período de Transición todavía no ha podido consolidar

3 Corte Constitucional para el Período de transición, Sentencia 001-10-PJO-CC, Caso 0999-09-JP, 22 de diciembre de 2010. Juez ponente: Dr. Roberto Bhrunis.

4 Grijalva, Agustín, Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional, en Constitucionalismo en Ecuador, Serie Pensamiento Jurídico Contemporáneo 5, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 232.

5 Hay que recordar que el artículo 166 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, enumera los órganos de la administración de justicia constitucional, que se encuentra conformada por los juzgados de primer nivel, las Cortes Provinciales, la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional. Véase los artículos 167, 168 y 169 de la misma Ley donde constan las atribuciones de los órganos jurisdiccionales de la justicia ordinaria.

dentro de nuestro sistema a los precedentes jurisprudenciales obligatorios. El presente análisis busca estudiar el nuevo rol que adquiere la jurisprudencia, y en particular los denominados precedentes constitucionales y su proceso de formación, de manera que se pueda precisar de mejor forma el alcance de esta atribución de la Corte Constitucional, para comprender el sentido y la función de los precedentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

II. Jurisprudencia y Precedente Jurisprudencial Obligatorio

2.1. Jurisprudencia.

La jurisprudencia, de manera general, es el conjunto de sentencias y fallos que emite un tribunal; sin embargo, si se analiza todo lo que conlleva el término jurisprudencia y los efectos que produce, se debe precisar que, además de los fallos, la jurisprudencia contiene las respuestas razonadas e individualizadas a problemas jurídicos, otorgando, de esta forma, "a todas las normas que integran el ordenamiento jurídico la concreta configuración con la que operan en la práctica"[6].

Dentro de los sistemas jurídicos de tradición neo romanista y positivista, como el ecuatoriano, la jurisprudencia ocupó un papel auxiliar dentro de las fuentes del derecho, cuya utilidad fue complementaria en relación con la ley, y los efectos que producen las diferentes sentencias son inter partes, es decir, no vinculan con fuerza obligatoria, sino única y exclusivamente a las partes de un proceso. Diego Zambrano Álvarez, en un ensayo sobre los precedentes constitucionales y la ruptura del sistema tradicional de fuentes, menciona que: "[a] la jurisprudencia le correspondía: a) la pura y simple aplicación de la ley, sin crearla; b) la mera precisión de ambigüedades o conceptos; c) cobertura de lagunas dejadas por la ley; d) defensa de la voluntad legislativa; e) explicación de términos incorporados por la ley (…)"[7]

De ello, se puede concluir que el sistema legalista predominante en nuestro país, dentro del cual prevalece el derecho legislado, limitó el alcance y la función de la jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico. La creación de normas generales y obligatorias mediante la jurisprudencia ni siquiera se la consideraba como una

6 De Otto, Ignacio, Estudios sobre el poder judicial, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, España, 1989.

7 Zambrano, Diego, El precedente constitucional y la ruptura del sistema tradicional de fuentes, en Revista de Derecho Foro No. 12, Universidad Andina Simón Bolívar, Segundo semestre de 2009, Editora Ecuador, Quito, p. 35.

posibilidad real, puesto que toda labor que realizaba el juez se la hacía dentro del caso concreto, basada en la norma ya existente de procedencia legislativa y cuyos efectos solo se circunscribían al problema que presentaba el caso.

A manera de conclusión, podemos indicar que la jurisprudencia es la fuente del derecho constituida a partir de los fallos, resoluciones y sentencias, en las cuales el juez, ejerciendo su potestad jurisdiccional, emite su criterio jurídico sobre un caso controvertido, aplicando las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Dicho pronunciamiento materializa las normas de derecho y sus efectos son inter pares.

Ahora bien, una vez que nos hemos referido sobre la jurisprudencia, de manera general, es necesario realizar un análisis sobre el Precedente Jurisprudencial Obligatorio al cual se refiere el artículo 436, numeral 6 de la Constitución, como una potestad del más alto organismo de control y justicia constitucional.

2.2. Precedente Jurisprudencial Obligatorio.

Como se ha señalado previamente, la Constitución del 2008 otorga la facultad a la Corte Constitucional de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante acerca del desarrollo de derechos en las garantías jurisdiccionales. La Corte Constitucional para el Período de Transición, en el año 2010, elaboró el Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios (PCO). Dentro del mismo, se define a los PCO como "la parte de una sentencia constitucional (ratio construida a partir del pensamiento jurídico anterior de la Corte) que contiene el conjunto de parámetros de interpretación de la Constitución fijados por el Pleno de la Corte Constitucional y que tiene efectos obligatorios o vinculantes respecto de las garantías jurisdiccionales y demás competencias de la Corte cuando se refiera a la protección o desarrollo de derechos específicos de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, con prescindencia del caso concreto de violación de derechos, pero sin perjuicio de fallar respecto de aquel"[8]

Siguiendo la misma línea, el Dr. Patricio Herrera Betancourt, juez de la Corte Constitucional para el Período de Transición, señala que los precedentes jurisprudenciales implican la reiteración de los criterios interpretativos que emite la Corte Constitucional en el ejercicio de sus competencias[9]. Señala, además, que

8 Corte Constitucional para el período de transición, Nuevo Orden Jurídico y constitucional para el Ecuador del Siglo XXI, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 361.

9 Herrera, Patricio, Jurisprudencia y Precedente Constitucional, en Revista de Derecho Constitucional Umbral No. 1, 2011, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional, Quito, p. 68.

"involucra[n] la noción de efecto vinculante no solamente en un caso concreto, sino en todos los casos similares razón por la cual produce efectos generales o erga omnes"[10]

El precedente constituye uno de los resultados de la labor de los jueces; con mayor precisión, se podría afirmar que es el resultado de la práctica jurisdiccional que incluye la interpretación e integración de las normas positivas, puesto que al decidir sobre un caso concreto, si se tratan de precedentes vinculantes, el juez realiza un ejercicio que trasciende de la mera resolución del caso, debido a que a través del mismo se fijan reglas aplicables para casos análogos. En tal virtud, la generación de líneas jurisprudenciales con carácter vinculante, es parte del proceso de creación del Derecho, pues sus reglas y normas, por el carácter vinculante, pasan a ser parte del ordenamiento jurídico.

Uno de los fundamentos más importantes de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, es el derecho a la igualdad de las partes que intervienen en procesos judiciales, y en particular constitucionales, puesto que la historia del manejo de las garantías jurisdiccionales ha demostrado, y por el sistema actual continúa haciéndolo, que ante la competencia de cualquier juez, de cualquier materia para conocer acciones constitucionales, existe un sinnúmero de criterios al respecto de la resolución de causas los cuales se contradicen y vulneran a quienes no reciben el mismo tratamiento.

Esta constituye una de las diferencias más importante de la jurisprudencia vinculante con la jurisprudencia de triple reiteración que expide la Corte Nacional de Justicia establecida en el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, puesto que la "reiteración" no es el único motivo que la Corte Constitucional observa para emitir su jurisprudencia; sin duda será un factor y elemento a tomar en cuenta, no obstante lo fundamental para la Corte Constitucional es el planteamiento de problemas jurídicos y la resolución de los mismos estableciendo reglas que conforman el derecho objetivo del país. Como afirma el jurista colombiano Diego López Medina, en un sistema de elaboración de jurisprudencia vinculante a base de la "regla de la reiteración", "(…) si aceptamos que se requieren tres sentencias en el mismo sentido, solo el cuarto demandante podría exigir igualdad de trato conforme al precedente. Esta solución no parece correcta desde el principio de igualdad."[11] Por tal motivo, las jurisprudencias vinculantes de la Corte Constitucional, no requieren como condición sine qua non

10 Herrera, Patricio, op. Cit., p.69.

11 López Medina, Diego, El Derecho de los Jueces, Universidad de Los Andes, Legis, Segunda Edición, Colombia, 2010, p. 146.

la repetición sucesiva de razonamientos para que estas constituyan reglas, sino que se necesita que se cumplan los parámetros para la selección de causas, establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y que las sentencias seleccionadas versen sobre problemas jurídicos relevantes que permitan el desarrollo teórico de la Corte acerca de los derechos fundamentales, las garantías jurisdiccionales y su aplicación.

En tal virtud, además de ser un mecanismo para unificar criterios judiciales, la jurisprudencia vinculante tiene la misión de dotar de contenido a los derechos y analizar los distintos escenarios constitucionales de cada derecho. Un derecho es discutido en diversos contextos, bajo diferentes circunstancias y con una variedad de hechos; en cada contexto el sentido del derecho puede tener sus particularidades y diferentes matices. "Detrás de cada derecho fundamental se ha venido formando varios escenarios constitucionales donde se precisa el significado de dicho derecho. (…) Cada derecho, por tanto, muestra un cierto número de escenarios constitucionales en los que se ha desarrollado la discusión sobre su sentido."[12] Los derechos, generalmente establecidos como principios[13], carecen de la estructura tradicional de una norma hipotética, por lo que tienen varias formas de ser interpretados[14], consecuentemente, deberá ser la Corte Constitucional, como máximo organismo de interpretación de la Constitución, a través de esta herramienta, la que determine el sentido y el alcance de los derechos, tomando en cuenta las circunstancias del caso, es decir, los diferentes escenarios constitucionales. Bajo tal consideración, una labor urgente y trascendental de la Corte Constitucional "(…) consiste en contribuir al desarrollo jurisprudencial del contenido de los derechos constitucionales."[15]

2.2.1. La revisión de los casos.

Existe un aspecto particularmente importante que debe ser tomado en cuenta

12 López Medina, Diego, op. Cit., p. 148.

13 Las reglas, o también denominadas normas hipotéticas por Luigi Ferrajoli, son las que tienen una estructura basada en una relación causal, es decir, si se genera un acto, la consecuencia se la conoce en la misma norma, como por ejemplo las sanciones penales. Estas, en palabras de Ramiro Ávila tienen tres elementos: una condición o hipótesis de hecho, un vínculo causa-efecto, y una obligación. Mientras que los principios, o llamadas normas téticas por el mismo jurista italiano, carecen de dicha estructura.

14 Ver artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

15 Grijalva, Agustín, "Interpretación constitucional, justicia ordinaria y Corte Constitucional", en: Zaidán, Salim, "Regulación de la Acción de Protección", Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos, Asociación Escuela de Derecho- PUCE, Quito, 2011, p. 55.

en el presente análisis, y es que el artículo 436, numeral 6 de la Constitución, menciona que los casos seleccionados pueden ser objeto de "revisión". Por tal motivo, la parte final de la definición de los PCO, que consta en el Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios, realizado por la propia Corte Constitucional, señala que la interpretación de la Constitución, a través de las sentencias con efectos generales o erga omnes, se las realiza "con prescindencia del caso concreto de violación de derechos, pero sin perjuicio de fallar respecto de aquel"[16]

Es decir, se deja abierta la posibilidad de que la jurisprudencia vinculante, además de fijar líneas y reglas generales, falle sobre el caso concreto y resuelva al respecto de la violación o no de derechos constitucionalmente protegidos, revisando de esta forma las sentencias seleccionadas y reparando integralmente a las personas que sufrieron el daño. Por consiguiente, esta atribución constitucional de la Corte, va más allá de la expedición de reglas con efectos erga omnes, ya que el Organismo está facultado para decidir asuntos que devengan del caso particular.

Al respecto, en la primera jurisprudencia vinculante, la Corte dijo: "De conformidad con el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución de la República, y artículo 2, numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional, a través de la Sala de Revisión, emite sentencias que contengan jurisprudencia vinculante, o precedente con carácter *erga omnes*, en los casos que llegan a su conocimiento a través del proceso de selección. La Corte Constitucional, en ejercicio de dichas competencias constitucionales y legales, está facultada para, de manera paralela al desarrollo de jurisprudencia vinculante, efectuar la revisión con efectos *inter partes, pares o communis* de aquellos casos en los que se constate en la sustanciación o decisión de la causa una vulneración a derechos constitucionales."[17]

Más adelante, dentro de la parte argumentativa de los problemas jurídicos, estableció que el ejercicio de esta competencia "genera dos posibilidades: la primera, como objeto principal, el desarrollo de jurisprudencia vinculante; y la segunda, en caso de constatar vulneraciones a derechos constitucionales en la sustanciación de la causa, la Corte está facultada para revisar el caso seleccionado y efectuar una reparación integral con *efectos inter partes, pares o comunis.*"[18]

Los efectos inter partes son los que vinculan a las partes que intervinieron en

16 Corte Constitucional para el período de transición, op. cit., p. 361.

17 Corte Constitucional para el Período de transición, Sentencia 001-10-PJO-CC, Caso 0999-09-JP, 22 de diciembre de 2010. Juez ponente: Dr. Roberto Bhrunis.

18 Ibíd.

el proceso, por ejemplo, a los accionantes y accionados dentro de una acción de protección. Inter pares implica que los efectos de la sentencia se los puede aplicar a casos similares. Y, finalmente, los efectos inter comunis son aquellos que "alcanzan y benefician a terceros que no habiendo sido parte del proceso, comparten circunstancias comunes con los peticionarios de la acción"[19]

Sin embargo, lo cierto es que la Corte, por regla general, debe decidir con efectos generales y no intervenir en el caso concreto. Únicamente ante situaciones excepcionales, cuando la vulneración de derechos sea manifiesta y no se pueda corregir de otra forma, la Corte deberá fallar respecto al caso concreto para evitar la vulneración y repararla. De igual manera, de verificarse que el problema, o los problemas jurídicos discutidos en las diferentes garantías jurisdiccionales, no han sido resueltos o agotados y ello deriva en que los derechos de una de las partes estén siendo conculcados, la Corte Constitucional podría decidir y desarrollar dichos problemas jurídicos; como se ha dicho, esta revisión procederá de manera excepcional.

2.2.2. Influencia del Estado constitucional de derechos en la jurisprudencia y en la elaboración de precedentes constitucionales obligatorios.

Es imprescindible referirse al nuevo orden respecto de las fuentes del derecho, el mismo que estamos viviendo a partir de la vigencia de la Constitución del 2008. El Estado constitucional de derechos, como es definido el Ecuador en el artículo 1 de su Ley Fundamental, implica no solo el cambio de los adjetivos que acompañan las cualidades del Estado, sino que marca una transformación sustancial en el manejo de los derechos. Un Estado constitucional coloca su Carta Suprema en el centro del ordenamiento jurídico, con una presencia transversal de normas, valores y principios, que son exigibles con la utilización de mecanismos diferentes a los de la hermenéutica tradicional. De esta forma, dentro de esta concepción, la finalidad por excelencia de la actividad estatal es la tutela de los derechos humanos y la plena vigencia de los mismos.

Mientras que el estado de derechos parte de una pluralidad jurídica, es decir, de varias fuentes creadoras de derecho, al contrario de lo que ocurre en un estado legislativo o de derecho, donde la fuente por excelencia es la Ley. Por tales consideraciones, nuestro país, un Estado constitucional y de derechos, se caracteriza por tener una Constitución con una amplia gama de derechos, sin perjuicio de que existan obligaciones y prerrogativas vinculadas con derechos fundamentales, que

19 Corte Constitucional para el período de transición, op. cit., p. 367

surgen a partir de normas que no se encuentran en el texto constitucional, pero que constan en Tratados y sentencias de Organismos de Derechos Humanos y por lo tanto son plenamente exigibles por parte de los sujetos de aquellos derechos.

Las sentencias que emite la Corte Constitucional, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, forman parte del Bloque de Constitucionalidad, que de acuerdo a Sagües, es el "conjunto del derecho constitucional primario y secundario de un país"[20], tomando como parámetro de referencia no solo el texto de la Constitución, sino también a "otras disposiciones. Entre ellas se encuentran las leyes sobre derechos fundamentales y sobre las funciones y estructura de los órganos constitucionales. Se pueden considerar asimismo incluidas dentro de este parámetro las normas y decisiones internacionales sobre derechos humanos, así como la jurisprudencia de las salas y tribunales constitucionales Nacionales."[21] De allí que la jurisprudencia, en nuestro modelo de Estado, adquiere un rol protagónico en la creación normativa, más aún los PCO, los cuales versan sobre derechos constitucionalmente protegidos, son vinculantes y su cumplimiento obligatorio.

III. Sala de Selección y Salas de Revisión de la Corte Constitucional

3.1. Conformación.

La Corte Constitucional, a partir de la Constitución vigente, dejó de ser el órgano que conocía las acciones de hábeas corpus, hábeas data y amparos constitucionales que fueron negados en primera instancia, ni los recursos de apelación de las mismas. Ante la función de emitir jurisprudencia vinculante, la estructura de la Corte debió adecuarse a las nuevas necesidades. Es así que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional creó la Sala de Selección y las Salas de Revisión.

El artículo 198 y 199 de la Ley, establecen que tanto la Sala de Selección, como las Salas de Revisión están compuestas por 3 jueces cada una, quienes de manera rotativa las conforman después del sorteo en el Pleno de la Institución. La conformación de la Sala de Selección se la realiza por períodos mensuales; mientras que ni la Ley, ni el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia

20 Sagüez, Néstor, *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p.233.

21 Huerta, Luis, *Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, 2005, p. 410.

de la Corte Constitucional indican el período de funcionamiento de las Salas de Revisión, por lo que se entiende que son permanentes.

La Sala de Selección, como se precisó, se conforma de manera mensual por 3 jueces, quienes, de acuerdo al artículo 13 del Reglamento antes citado, cuentan con sus respectivos suplentes o jueces alternos, los mismos que, de igual manera, son designados por sorteo y actúan conforme al orden en el que fueron sorteados, ante la excusa o ausencia de algún juez principal. La Sala tiene la obligación de sesionar ordinariamente dos días al mes, y extraordinariamente en casos de urgencia y necesidad de despacho.

3.2. Sala de Selección.

Por mandato constitucional[22], las sentencias ejecutoriadas de acciones de hábeas corpus, hábeas data, acciones de protección, accesos a la información pública y las resoluciones de las medidas cautelares autónomas, son remitidas a la Corte Constitucional en el término de tres días a partir de su ejecutoría. Posteriormente, la Secretaría General del organismo recepta los expedientes y los numera conforme su llegada y de acuerdo al tipo de acción, asignando a cada garantía un código que la diferencia del resto y registrando toda la información como lo prevé el artículo 6 del Reglamento de Sustanciación de Procesos. Es así que las acciones son signadas con el número que corresponda según su ingreso, el año y el código que corresponda. A las acciones de protección se las identifica con el código "JP"; por lo que el número de la primera sentencia de acción de protección ingresada a la Corte en el año 2012 será: 001-12-JP. De la misma forma ocurre con los otros tipos de garantías, el código de las sentencias de hábeas corpus es "JH", hábeas data "JD", acceso a la información pública "JI"; y, las decisiones sobre las medidas cautelares autónomas "JC".

Una vez que las sentencias son identificadas en función al tipo de acción, la Secretaría General remite las mismas a la Secretaría Técnica Jurisdiccional, que se constituye como un órgano de apoyo de acuerdo al artículo 201 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Dentro de la Secretaría Técnica Jurisdiccional se encuentra el Grupo Técnico de Selección, un equipo de asesores que apoyan a los jueces de la Sala de Selección en el estudio de las causas remitidas. Cabe resaltar que la propia Ley, en su artículo 25, fija los parámetros

22 Dentro de las disposiciones comunes de las garantías jurisdiccionales, el artículo 86, numeral 5 de la Constitución de la República señala: "Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia."

según los cuales se procede a seleccionar un caso. No se requiere de motivación para la exclusión de casos del proceso de selección, ni el mismo suspende los efectos de las sentencias.

La coordinación del Grupo de Selección emite un informe cada quince días, en el cual se detalla el contenido de las sentencias y la existencia de causas con problemas jurídicos que pueden ser tratados y desarrollados por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia vinculante. En el mismo se adjuntan las fichas de relevancia[23] de cada caso que se recomienda sea seleccionado, con la finalidad de reforzar el criterio de la Sala al respecto de las causas, al momento en que esta decide la selección o no del caso.

Por otro lado, el Defensor del Pueblo o cualquier juez de la Corte Constitucional puede solicitar la selección de una sentencia, cuando a su criterio cumpla los parámetros establecidos en la Ley; sin embargo, la única instancia que decide acerca del proceso de selección es la Sala, a tal punto que el numeral 10 del artículo 25 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional menciona que no existe recurso alguno de ninguna decisión tomada por la Corte. La Sala, mediante auto, ordena la selección de las causas que cumplan los parámetros.

3.2.1. Parámetros para la selección de sentencias.

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el numeral 4 del artículo 25, puntualiza cuáles son los aspectos que, de presentarse en un caso, permiten su selección. Son los siguientes, y el contenido que se detalla es el que la Corte ha establecido para cada uno[24]:

- Gravedad.- Por un lado se refiere expresamente al grado de vulneración de los derechos de las personas, y por otro a la idoneidad de la garantía para reparar y tutelar el derecho.

23 Las fichas de relevancia son parte del trabajo del Grupo Técnico de Selección, el mismo que al advertir casos que podrían ser recomendados por cumplir los parámetros de selección, realizan un análisis del caso, en el que, además de resumir los antecedentes que dan lugar a la acción, y la forma en la que las distintas judicaturas resolvieron las controversias, identifican los problemas jurídicos que se desprenden de las sentencias, y que, de ser seleccionados, deberán ser tratados por alguna de las Salas de Revisión. El artículo 14 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, señala el contenido que debe tener cada ficha de relevancia: tipo de acción, número del expediente, juzgado de procedencia, hechos relevantes, descripción del problema constitucional resuelto por la jueza o juez de instancia, y los argumentos sobre la relevancia constitucional.

24 Tanto los parámetros, como su contenido, se encuentran en la parte final de las fichas de relevancia.

- Novedad del Caso.- Que sea un caso inédito en relación a los derechos y garantías establecidos en la Constitución.
- Falta de Precedente Judicial.- Que la Corte Constitucional no haya emitido pronunciamientos referentes al problema jurídico general en casos similares, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica Jurisdiccionales y Control Constitucional (22 de Octubre de 2009).
- Cambio de Precedente Judicial.- En caso de que haya un procedente judicial, pero que sea necesario cambiar dicho precedente.
- Incumplimiento de Precedente.- Cuando los jueces y juezas han inobservado los pronunciamientos dictados por la Corte Constitucional, a partir de la vigencia de la Ley. Se consideran precedente las sentencias y dictámenes.
- Relevancia Nacional.- Cuando el acontecimiento, por su naturaleza y características, genera un impacto social, económico o político ligado a una afectación de la vigencia de los derechos.

De la revisión y análisis de los parámetros surgen algunas inquietudes; por ejemplo, se observa que el contenido con el que la Corte ha dotado cada parámetro no es preciso y limita ciertos casos y situaciones, al contemplar de manera ambigua y poco clara lo que comprende cada uno.

Por otro lado, ¿Qué ocurre cuando los casos no cumplen con ninguno de los parámetros, pero presentan problemas jurídicos que merecen ser desarrollados? Ninguna norma establece si para seleccionar un caso se requiere la concurrencia de todos los aspectos posibles[25] antes señalados, o si basta con el cumplimiento de uno de ellos. Sobre este punto, en la práctica, la Sala de Selección ha escogido casos que cumplen casi en su totalidad los parámetros, y otros en los que muchas ocasiones los parámetros son meras formalidades sin mayor trascendencia cuyo cumplimiento no es la razón inequívoca por la cual se selecciona un caso. Por ejemplo, los casos 0493-09-JP y 0564-10-JP[26], los mismos que se encuentran seleccionados, solo cumplen un parámetro, que es la falta de precedente; no obstante, ambos tratan un tema recurrente dentro de las acciones de protección, esto es las acciones planteadas por miembros de la Policía Nacional que impugnan las sanciones que imponen los Tribunales de Disciplina. Los principales problemas jurídicos son si existe una doble sanción cuando los policías, a causa de esa sanción, son puestos en la cuota de

25 Es imposible que concurran todos los parámetros por cuanto no puede existir falta de precedente y a la vez considerar que se necesita cambiar el precedente, o que se lo ha incumplido.

26 Tomado de la página Web de la Corte Constitucional: www.corteconstitucional.gob.ec. Ficha de Relevancia 0493-09-JP y 0564-10-JP, realizadas por Esteban Polo P.

eliminación anual y finalmente dados de baja. Se discute, además, la naturaleza de los Tribunales de Disciplina y la constitucionalidad y legalidad de los Reglamentos disciplinarios que son la base normativa para la imposición de sanciones. Es decir, en los casos antes mencionados, se da mayor importancia a los problemas jurídicos que se desprenden del caso que al cumplimiento mismo de los parámetros.

Al contrario, si observamos el caso seleccionado No. 0250-09-JP[27], podemos constatar que, a criterio de la Sala, se cumplieron todos los parámetros posibles en un caso en el que se desarrollará el derecho de las personas discapacitadas en relación con los tributos. Una vez más se constata que la selección queda a la discreción de la Sala, la cual puede tomar en cuenta otros parámetros para determinar la relevancia de un caso.

3.2.2. Otros parámetros no contemplados en la Ley que deberá observar la Sala.

Los siguientes son casos que pueden aportar a desarrollar esta atribución de la Corte por la presencia de problemas jurídicos importantes:

- Sentencias que puedan aportar a consolidar el criterio al respecto de problemas jurídicos resueltos por la Corte Constitucional en otros procesos constitucionales.
- Casos en que se haya desechado la garantía por no poder determinar el contenido exigible del derecho. A partir de este problema jurídico, la Corte podrá desarrollar el contenido de los derechos en los diferentes escenarios constitucionales, como se expresó con anterioridad. Además, será importante generar pronunciamientos acerca de las garantías interpuestas respecto a derechos reconocidos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos reconocidos por el Ecuador, y que no necesariamente se encuentren previstos en la Carta Fundamental. (Bloque de constitucionalidad)
- Tienen particular trascendencia los casos de tortura o desaparición forzada de personas, con la finalidad de abolir la teoría del derecho subjetivo o la necesidad de acreditar la representación para interponer una garantía. Según esta teoría, los casos de desapariciones forzadas nunca podrían ser tratados a través de acciones constitucionales.

27 Tomado de la página Web de la Corte Constitucional: www.corteconstitucional.gob.ec. Ficha de Relevancia 0250-09-JP, realizada por Gabriela Peñafiel.

- Acciones interpuestas respecto a derechos novedosos en el texto constitucional, por ejemplo, acerca de derechos de la naturaleza.
- Acciones en las cuales se haya desechado la demanda argumentando únicamente falta de requisitos formales. Aspectos que podrían conllevar una vulneración respecto al derecho de acceso a una justicia efectiva y expedita, y al carácter informal de las garantías.
- Casos en que el juez se haya abstenido de tomar una decisión acerca del fondo de la controversia, o efectuar una adecuada reparación integral por considerar que la acción de protección es meramente cautelar.
- Casos en que se constate una motivación y argumentación jurídica importantes que puedan ser aplicados a otros casos similares. Al respecto se debe mencionar que la Sala de Selección no debe escoger exclusivamente casos en los cuales el razonamiento de los jueces sean erróneos, sino que cuando se observe argumentos importantes en materia de desarrollo de derechos fundamentales, o aspectos propios de la naturaleza de las garantías jurisdiccionales
- Casos en que se haya logrado la desnaturalización de la garantía, por ejemplo, cuando una acción de protección resuelve asuntos que versan sobre la legalidad de los actos u omisiones.

3.3. Sala de Revisión.

Al momento en que se decide la selección de una causa, se realiza el sorteo para determinar la Sala de Revisión que conocerá el caso. Una vez que se sortea la Sala se realiza otro sorteo, esta vez para conocer el juez ponente, quien, según el artículo 16 del Reglamento de Sustanciación de Procesos, cuenta con quince días para preparar el proyecto de sentencia que posteriormente se discutirá en la Sala. Finalmente, es el Pleno de la Corte Constitucional el que aprueba la sentencia que constituirá jurisprudencia vinculante.

IV. Breve análisis sobre el caso 0999-09-JP, sentencia 001-10-PJO-CC- Primera Jurisprudencia Vinculante.

También denominado "Caso INDULAC". Fue resuelto por la Corte Constitucional para el Período de Transición a finales del año 2010, precisamente el 22 de diciembre de aquel año, y su sentencia fue publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 351 del miércoles 29 de diciembre de 2010.

Este breve análisis busca ilustrar de mejor manera el proceso de selección y revisión que realiza la Corte Constitucional, así como identificar la estructura de la sentencia y las reglas vinculantes que fijó el Organismo en este caso. Sin embargo, hay que destacar que la sentencia debe ser analizada con mayor profundidad al momento en que la Corte (ya sea la de Transición, o la primera Corte Constitucional) emita más jurisprudencias obligatorias, para poder comparar los procesos y verificar si existen nuevas consideraciones al momento de emitir la sentencia.

Antecedentes:

Como se ha indicado, existe la disposición expresa en el artículo 86, numeral 5 de la Constitución de la República, para que toda sentencia en materia constitucional que haya sido resuelta por jueces ordinarios, y se encuentre ejecutoriada, sea remitida a la Corte Constitucional para su eventual selección y revisión. Es así que, en el año 2009, ingresó a la Corte la sentencia dictada por el Juez Sexto de Tránsito del Guayas dentro de la acción de protección No. 022-2009, la misma que al ser analizada por la Sala de Selección cumplió con 2 de los parámetros antes estudiados, que son: falta de precedente y novedad del caso[28]. Aunque su verdadera trascendencia surge por las siguientes consideraciones, donde se debe hacer referencia a 2 causas:

- Caso No. 368-2009, resuelto por la Primera Sala de lo Laboral y Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas; en donde Lucía Bacigalupo planteó acción de protección en contra de la inscripción en el Registro Mercantil de Guayaquil, de los nombramientos de Gerente y Presidente de la Compañía INDULAC. Dicha acción fue rechazada en primera instancia por el Juez Tercero de Tránsito del Guayas, pero al resolver el recurso de apelación planteado por la accionante, el 15 de julio del 2009, la Sala de la Corte Provincial señaló: "a) la inscripción de nombramientos no debía ocurrir en razón de verificarse irregularidades en los actos jurídicos que precedieron a dicho registro; y b) la inscripción podría ocasionar daños a terceros que de buena fe contraten con INDULAC. Sobre la base de ese argumento dispusieron: […] Dejar sin efecto la inscripción de los nombramientos de Juan Carlos y Zully Bacigalupo como Presidente y Gerente de INDULAC [y] a través de medida cautelar […] disponer que la señora Registradora Mercantil de Guayaquil se abstenga de inscribir cualquier acto jurídico celebrado o firmado por los referidos señores […]."[29]

28 Tomado de la página Web de la Corte Constitucional: www.corteconstitucional.gob.ec. Ficha de Relevancia 0999-09-JP, realizada por Angel Guala.

29 Corte Constitucional para el Período de transición, Sentencia 001-10-PJO-CC, Caso 0999-09-JP, 22 de diciembre de 2010. Juez ponente: Dr. Roberto Bhrunis.

Posterior a ello, el 23 de marzo del 2010, el Juez Tercero de Tránsito del Guayas solicitó información a la Superintendencia de Compañías acerca del cumplimiento de la sentencia. La Superintendencia respondió que existe la imposibilidad de cumplir el fallo, por cuanto hay otra sentencia de una acción de protección que dispone lo contrario.

- Caso No. 022-2009, resuelto por el Juez Sexto de Tránsito del Guayas, del cual ya se ha hecho mención en la parte introductoria de este punto, y que al ingresar a la Corte Constitucional fue signado con el número 0999-09-JP. Dentro de esta acción de protección, la cual fue planteada el 21 de julio del 2009 por Juan Carlos y Zully Bacigalupo, representantes legales de las compañías ROTOMCORP CÍA. LTDA., e Industrias Lácteas S.A. INDULAC, se acusa que varios actos de la Superintendencia de Compañías e Intendencia de Compañías de Guayaquil vulneran el derecho a la propiedad y al debido proceso de sus representadas, puesto que se emitió una orden de intervención a las mencionadas compañías tras una denuncia de un presunto accionista de Industrias Lácteas.

Como se observa, la presente acción se la interpuso 6 días después de que la Sala de la Corte Provincial, en el caso 368-2009, dispuso dejar sin efecto los nombramientos de quienes en este proceso comparecieron en calidad de representantes legales de INDULAC. Sin tomar en cuenta este aspecto, el Juez Sexto de Tránsito del Guayas, en su primera providencia, al admitir a trámite la acción ordenó que se suspendan los actos administrativos emitidos por la Superintendencia e Intendencia de Compañías de Guayaquil, por haberse vulnerado los artículos 354, 355 y 342 de la Ley de Compañías. Dichos artículos versan sobre la intervención que puede realizar la Superintendencia para vigilar la situación económica de las compañías, y la forma de fusión de compañías. Finalmente, el 28 de agosto del 2009, mediante sentencia se declaró con lugar la acción de protección, por lo que se suspendió la intervención de la Intendencia de Compañías de Guayaquil en INDULAC.

Dentro del proceso de selección, a criterio de la Corte Constitucional, a pesar que son temas aparentemente distintos, los casos se encuentran vinculados porque convergen en la ejecución, "lo que la una sentencia manda, la otra prohíbe", ya que en la primera sentencia se deja sin efecto los nombramientos de quienes en el segundo caso, actuando como representantes en ejercicio de los mismos nombramientos ya suspendidos, obtienen una sentencia favorable.

La sentencia fue apelada por la Superintendencia e Intendencia de Compañías, un tercero interesado (el presunto accionista de INDULAC que denunció la gestión de los directivos) y por la Procuraduría General del Estado; sin embargo, el Juez rechazó la apelación por improcedente e indebidamente fundamentada,

en virtud de las normas contenidas en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, vigentes a esa época. De ello, la Superintendencia e Intendencia antes indicadas interpusieron acción extraordinaria de protección, la misma que fue inadmitida por el propio Juez Sexto de Tránsito del Guayas, ya que a su criterio carecía de valor legal.

Problematización, argumentación y reglas:

Tras abordar el tema inherente a la naturaleza de la jurisprudencia vinculante, el cual ya fue analizado previamente en este trabajo, la Corte planteó los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Qué debe hacer la jueza o juez constitucional ante la interposición de un recurso de apelación en acciones de garantías jurisdiccionales?

Al respecto, la Corte menciona que una de las funciones que tienen los precedentes vinculantes es la de ratificar una regla legislativa que ya existe pero que no se está cumpliendo. Acerca de las sentencias de garantías jurisdiccionales expedidas en primera instancia, tanto el artículo 86 de la Constitución de la República, como los artículos 4, numeral 8, 8 numeral 8 y 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, facultan a las partes a interponer el recurso de apelación, por lo que no es competencia de los jueces constitucionales calificar la procedencia o no de un recurso de apelación, sino del órgano superior competente. La Corte reitera que ello garantiza a las partes el derecho a la doble instancia.

Por otro lado, la Corte Constitucional identificó otro asunto acerca del cual referirse, se trata de la negativa del recurso de apelación por la supuesta falta de fundamentación. Sobre esto, la Corte mencionó que por el principio iura novit curia (el juez conoce el derecho), contenido en el artículo 4, numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el juez constitucional está en la obligación de subsanar de oficio las deficiencias que encontrare en las pretensiones, sin que esto sea motivo para detener la sustanciación de la causa, más aún si se analiza el deber del juez de administrar justicia constitucional, el mismo que se desprende de los artículos 11, numeral 5, y 76 de la Constitución de la República, como el artículo 2, numeral 4 de la Ley de Control Constitucional vigente.

Bajo tales consideraciones, la Corte fijó sus primeras regla vinculante con carácter erga omnes, que establecen:

Las juezas y jueces constitucionales que conozcan garantías jurisdiccionales, se encuentran impedidos para calificar la procedencia de un recurso de apelación. Su

labor se limita a recibir el recurso interpuesto y remitir el mismo junto con el proceso, a la autoridad competente.

Por otra parte, la Corte Constitucional determinó:

Las juezas y jueces constitucionales para asegurar el ejercicio de las garantías jurisdiccionales reconocidas en el artículo 86 de la Constitución de la República y del principio iura novit curia no podrán justificar la improcedencia de una garantía jurisdiccional, como tampoco de los recursos y etapas procesales, en la falta de enunciación de la norma, motivación u oscuridad de las pretensiones; es su deber subsanar dichas deficiencias y continuar con la sustanciación de la causa.

En tal virtud, aquellas reglas buscan normar de mejor manera el tema de la apelación de las sentencias de primera instancia, con lo que queda establecida la obligación del juez de remitir inmediatamente el expediente al superior. De otra parte, ratificando los principios constitucionales enunciados, la Corte Constitucional ratifica el deber del juez de no suspender la tramitación de garantías jurisdiccionales cuando su pretensión adolezca falencias o carezca de fundamentación, sino por el contrario, subsanar las mismas.

- ¿Cuál es el deber de la judicatura, sala o tribunal que dictó la sentencia definitiva ante la interposición de una acción extraordinaria de protección?

Frente a este problema jurídico, la Corte cuestiona el análisis de admisibilidad que realizó el Juez Sexto de Tránsito del Guayas sobre la acción extraordinaria de protección, y que concluyó con la inadmisión de la demanda; puesto que la acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional cuya competencia exclusiva es de la Corte Constitucional que, a través de la Sala de Admisión, verifica que las demandas cumplan con los requisitos constitucionales y legales de procedencia de la acción. Ni en las Reglas de Procedimiento (vigentes en ese entonces), ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ni la Constitución de la República, contemplan la posibilidad de que cualquier juez constitucional admita o inadmita acciones extraordinarias de protección.

Es así que se estableció la siguiente regla con carácter erga omnes:

Las judicaturas, salas o tribunales que dictan una decisión definitiva, y ante quienes se interpone una acción extraordinaria de protección están impedidos para efectuar un análisis de admisibilidad, dicha competencia es exclusiva de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional. Las juezas y jueces, una vez recibida la demanda, deberán remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término de cinco días, como lo dispone el Art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

- Si en el proceso de cumplimiento o ejecución de una sentencia o resolución constitucional, se constata la existencia de sentencias constitucionales contradictorias en la misma materia, que impidan su ejecución, ¿cuál es el órgano competente y el mecanismo constitucional adecuado para conocer dicho conflicto?

La Corte puntualiza y destaca que los procesos constitucionales no finalizan con la expedición de la sentencia, sino que lo fundamental es que la misma se cumpla. Es con la ejecución de la sentencia que se materializa la correcta tutela de los derechos afectados.

Es por esa razón que se expidieron las siguientes reglas:

1. *La Corte Constitucional, como consecuencia del problema jurídico reflejado en el caso, establece que los mecanismos constitucionales de cumplimiento de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales se constituyen en garantías jurisdiccionales. Ante la existencia de sentencias constitucionales contradictorias, o ausencia de precedente constitucional en la materia, que impidan la ejecución de la misma, la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 436 numeral 9 de la Constitución, se constituye en el órgano competente para conocer sobre dicho incumplimiento y dirimir el conflicto suscitado.*

2. *Considerando que el mecanismo de cumplimiento de sentencias propende a la materialización de la reparación integral adoptada dentro de una garantía jurisdiccional, la Corte Constitucional, de oficio o a petición de parte, considerando que de por medio se encuentra la materialización de la reparación integral, y sin necesidad de que comparezca exclusivamente el afectado, está en la obligación de velar por el cumplimiento de las sentencias constitucionales.*

3. *La Corte Constitucional, tal como lo ha dicho en ocasiones anteriores, determina que los servidores públicos, en este caso particular, juezas y jueces del país, cuando conocen de garantías jurisdiccionales se alejan temporalmente de sus funciones originales y reciben la denominación de juezas y jueces constitucionales, hecho que deviene en que el órgano encargado de sancionar, garantizando el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, por deficiencias en la sustanciación de las causas, sea la Corte Constitucional.*

4. *La Corte Constitucional en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 86, numeral 4 de la Constitución de la República, determina que las juezas y jueces constitucionales que sin fundamento constitucional y legal expidan sentencias dentro de garantías jurisdiccionales, que vuelvan inejecutables las sentencias resueltas previamente, podrán ser destituidos de su cargo por parte de la Corte Constitucional, garantizándoles el derecho al debido proceso.*

Con ello, se ratifica la calidad de máximo organismo en materia constitucional de la Corte Constitucional, incluso para imponer sanciones como la destitución a jueces que obstaculicen la ejecución de sentencias constitucionales.

- Las acciones de protección N.° 368-2009 y N.° 022-2009 ¿conocieron y resolvieron asuntos relacionados con la vulneración de derechos constitucionales?

En primer lugar, la Corte señala que el Juez Sexto de Tránsito del Guayas no debió mencionar en su primera providencia el incumplimiento de normas legales, mucho menos suspender el acto. La facultad de los jueces para suspender temporalmente los actos, establecida en el artículo 87 de la Constitución, se basa en la necesidad de evitar que se consume o siga consumándose una vulneración de derechos fundamentales que no pueda esperar hasta que se dicte sentencia. En este caso, el juez argumenta la violación de disposiciones de la Ley de Compañías y erróneamente ordena que se deje sin efecto el acto impugnado. Es decir, utiliza un mecanismo precautorio de derechos fundamentales, como es la medida cautelar en las garantías jurisdiccionales, a causa de la presunta violación de normas de carácter legal.

De esta forma, la Corte Constitucional afirma que, tal como se ha pronunciado en otras causas[30], y como lo preveía el artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, cuerpo normativo que se encontraba vigente al momento en que se presentó y sustanció la acción de protección, dichas acciones no proceden cuando se refieren a aspectos de mera legalidad que cuenten con vías ordinarias para la reclamación de los derechos. Concluye que en este caso se desnaturalizó la acción de protección, al emplearla en lugar de acudir a la vía administrativa o judicial, que eran las vías idóneas por tratarse de presuntas inobservancias a la ley.

Se evidencia un asunto muy similar en el caso de la sentencia expedida por la Primera Sala de lo Laboral y la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, debido a que si en el proceso de la inscripción de los nombramientos de Gerente y Presidente de una compañía "se verifica un conflicto de índole societario entre los socios (como afirma la sentencia emitida por la Corte Provincial del Guayas), (…) es claro que se trata de actos procedimentales regulados por la Ley de Compañías, y es natural que su controversia siga los procesos establecidos en dicha ley (..)"[31], es por ello que mientras no se presente una vulneración a derechos constitucionales, el asunto debe decidirse en los mecanismos judiciales ordinarios que corresponda.

30 Ver: Sentencia No. 0055-10-SEP-CC.

31 Corte Constitucional para el Período de transición, Sentencia 001-10-PJO-CC, Caso 0999-09-JP, 22 de diciembre de 2010. Juez ponente: Dr. Roberto Bhrunis.

Finalmente, la Corte concluye que este incorrecto uso que ambas judicaturas han dado a la acción de protección, genera la vulneración al derecho a la seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva, por lo que, como medida de reparación integral, ordenó a través de la revisión del caso que se deje sin efecto ambos procesos de acción de protección. Como se puede observar, esta decisión es con efecto inter partes.

V. Corolario

A través de este ensayo se ha analizado de manera general la atribución de la Corte Constitucional como generadora de líneas jurisprudenciales, a través de procesos de selección y revisión, así como se ha detallado algunas consideraciones de esta novedosa herramienta de manejo de derechos y garantías jurisdiccionales. Es probable que la primera Corte Constitucional tenga otros criterios al momento de seleccionar casos para su revisión, de igual manera la problematización y estructura de la sentencia puede variar; y además, hay aspectos que deben ser dilucidados con mayor claridad, especialmente acerca de la naturaleza de la selección y los efectos de la revisión de las sentencias. Dentro de la primera jurisprudencia vinculante se mencionó que: "[la] Corte Constitucional, considerando que la presente sentencia se constituye como fundadora de la competencia prevista en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución, y con el fin de facilitar su comprensión, ha considerado, previo a referirse a los problemas jurídicos que se desprenden de los casos concretos, pronunciarse de manera general sobre los fines y funciones de esta novedosa competencia constitucional."[32], no obstante, es muy pronto para referirse o dar un juicio de valor definitivo sobre esta facultad, será la propia Corte, a través de sus fallos, argumentos y razonamientos, la que vaya delimitando esta atribución y desarrollando conceptos propios para nuestro medio. La figura de los precedentes constitucionales obligatorios, requiere un desarrollo serio y responsable por parte de la Corte Constitucional, pues los jueces que conocen acciones constitucionales necesitan líneas jurisprudenciales para orientar sus fallos conforme lo determine el máximo organismo de interpretación, control y justicia constitucional; el mismo que, además de unificar los criterios en la resolución de garantías jurisdiccionales, con la finalidad de tutelar el derecho a la igualdad, debe expedir pronunciamientos de un alto nivel técnico jurídico, que produzcan directrices al respecto del contenido de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

32 Corte Constitucional para el Período de transición, Sentencia 001-10-PJO-CC, Caso 0999-09-JP, 22 de diciembre de 2010. Juez ponente: Dr. Roberto Bhrunis.

VI. Bibliografía

Corte Constitucional para el período de transición, Nuevo Orden Jurídico y constitucional para el Ecuador del Siglo XXI, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

De Otto, Ignacio, Estudios sobre el poder judicial, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, España, 1989.

Grijalva, Agustín, Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional, en Constitucionalismo en Ecuador, Serie Pensamiento Jurídico Contemporáneo 5, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

Herrera, Patricio, Jurisprudencia y Precedente Constitucional, en Revista de Derecho Constitucional Umbral No. 1, 2011, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional, Quito.

Huerta, Luis, Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, 2005.

López, Medina, Diego, El Derecho de los Jueces, Universidad de Los Andes, Legis, Segunda Edición, Colombia, 2010.

Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos, Asociación Escuela de Derecho- PUCE, Quito, 2011.

Saguez, Néstor, Teoría de la Constitución, Astrea, Buenos Aires, 2004.

Sentencia 001-10-PJO-CC, Caso 0999-09-JP, 22 de diciembre de 2010. Juez ponente: Dr. Roberto Bhrunis.

Zambrano, Diego, El precedente constitucional y la ruptura del sistema tradicional de fuentes, en Revista de Derecho Foro No. 12, Universidad Andina Simón Bolívar, Segundo semestre de 2009, Editora Ecuador, Quito.

Código Orgánico de la Función Judicial.

Constitución de la República del Ecuador.

Fichas de Relevancia Constitucional, en www.corteconstitucional.gob.ec.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

Interlegalidad o Interjudicialidad en la Reconstrucción del Estado

Francisco Puente Izurieta[1]

Sumario

I. Introducción. **II.** Legalidad y Judicialidad. **III.** Pluralismo jurídico desarrollado por una ley. **IV.** Conclusiones**. V.** Bibliografía

I. Introducción

No resulta descabellado pensar que la grave crisis estructural-institucional que atraviesa el Ecuador quizá tenga como punto de enclave el Sistema Judicial, cuya corrupción es el resultado de un proceso histórico en el que autoridades clientelares han permitido la mediocre burocratización y su paulatina cooptación solapada por partidos políticos determinados, deslindando el acceso de diversos sectores sociales a la administración de Justicia como su razón de ser en la verificación práctica[2] de todo este aparataje institucional. Es precisamente este espacio el que se dispone a ser reformado en función de materializar los principios fundantes del Estado.

En virtud del respeto, protección, promoción y garantía de los principios de Interculturalidad y Plurinacionalidad, respecto a la Administración de Justicia, al Pluralismo Jurídico y a la Jurisdicción Indígena; se encuentran algunos de los mayores retos de la reestructuración del Sistema Judicial en el Ecuador.

El presente ensayo constará de dos partes donde intentaré dilucidar la pertinencia epistemológica del empleo de las categorías de Interlegalidad e Interjudicialidad, dentro de la Teoría General del Derecho, como conceptos relacionados con la coexistencia de la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, dentro del Estado ecuatoriano.

1 Alumno egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

2 Para un análisis detallado acerca del fenómeno de distanciamiento de diversos sectores sociales con el Sistema de Justicia Ordinario ver: Ávila, Luis, "El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas" en: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

En la primera parte daré un enfoque de las categorías a tratar desde lo más característico de su configuración conceptual, tratando de exponer las relaciones y el significado de uno y otro en el contexto de la aplicación de los principios de interculturalidad y plurinacionalidad del constitucionalismo ecuatoriano.

En la segunda parte intentaré perfilar algunas contradicciones acerca del posible desarrollo legal del pluralismo jurídico desde la función legislativa en el marco de la interculturalidad, para concluir con algunos cuestionamientos.

II. Legalidad y judicialidad

La legalidad, comprendida dentro de la Teoría General del Derecho, es uno de los pilares sobre el que descansa la estructura institucional y social de los Estados modernos. Es precisamente la solución a la necesidad de contar con un tercero imparcial, que formule la legislación, cumpla y haga cumplir el marco normativo válido emergido del soberano a través de la participación democrática, la que se expresará en la voluntad general de la nación, materializada en normas positivas que contienen y desarrollan los deberes y derechos de los ciudadanos, y la potestad y limites del Estado respecto de la tutela de los derechos de los administrados.

Es pues fácil advertir que el espacio discursivo de la legalidad se encuentra esencialmente determinado por los conceptos de: Estado, nación[3] y soberanía, los mismos que asignan a la norma positiva la autoridad que supone el ejercicio del poder y su legitimidad como discurso[4]. La creencia de que una comunidad social política y jurídicamente organizada (Estado) se sustenta en la nación unitaria, entendida como un grupo de personas con una lengua, creencias religiosas,

3 Eric Hobsbawm desarrolla el análisis de la categoría de nación y nacionalismo como un constructo deliberado de la necesidad política de integración y legitimación en la administración Estatal de los territorios, a partir de 1780, como consolidación del Estado moderno. (HOBSBAWM, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, ed. Biblioteca de bolsillo, 2da edición, Barcelona- España, 2004)

4 Foucault denomina a estos aprioris que proveen una estricta coherencia espacio-temporal como "tradición", los que dotan de una coherencia lógica causal como "influencia" (Ej: nación, soberanía, Estado). El acontecimiento discursivo se caracteriza por su singularidad con la irrupción de un conjunto de enunciados, prácticas y discursos que en un determinado momento alcanzan cierto grado de coherencia y de organización y que son capaces de constituir un modelo de saber más o menos diferenciado y autónomo (El Derecho como pacto social, límite del poder, en el siglo XVIII). En este sentido, el espacio discursivo aparece como un lugar lógico de articulación y aglutinación de discursos, prácticas, saberes y reglas, que bajo ciertas condiciones, pasan de su estado de dispersión difuso a un estado de organización coherente y se precipitan, gracias a un acontecimiento discursivo, en una unidad (Ej: Ciencia del Derecho, siglo XIX). Ver (FOUCAULT, Michel, *La Arqueología Del Saber*, ed. Siglo XXI, Tucumán-Argentina, 2002.)

territorio y gobierno comunes, tiene su fundamento en el pensamiento económico-político clásico al que atacará Adam Smith en su crítica a la economía mercantil[5].

La tradición jurídica ordinaria, de corte Continental-europeo, tienen el carácter de legalista; desarrollado por la teoría pura del positivismo Kelseniano, y haciendo del derecho un campo cerrado, encaminado a su generación y aplicación eficiente y administrativa, entendida como un fin ontológico,[6] de la norma. Desde esta perspectiva el Derecho legalista es eminentemente estatal, configurado para la satisfacción y protección de los intereses y necesidades del soberano[7]; de ahí que podríamos afirmar que la legalidad como única instrumentación jurídica formalmente aceptada por el Estado, constituiría una tesis reduccionista del Derecho y limitante del espectro jurídico al monopolio del Estado.

Por otro lado, la judicialidad, desde su origen Romano si bien está relacionado con la condición de ser creado por el hombre, y por lo tanto, variable y perfectible, sustentada en el acuerdo general del pueblo[8], cede en primacía ante la costumbre, entendida como derecho inmemorial[9], cuya validez es indiscutible. Así, es posible entender al concepto de judicialidad como un mecanismo de acceso al Derecho.

Fuera de los parámetros de la ilustración, la judicialidad tiene que ver con la posibilidad de decir lo que es justo de acuerdo a la resolución de un conflicto determinado, sin restricciones de corte eficientista o administrativo, marcado por el ius-positivismo.

Vemos que los conceptos de legalidad y Judicialidad poseen campos de comprensión y función diferente: el primero como instrumento de administración de la vida social en el Estado, y el segundo como un mecanismo para la materialización del Derecho en la vida social que es la expresión de la justicia.

En consecuencia lógica y estricta, el aparato institucional del Estado se desvirtuaría si se abre la proyección jurídica más allá de la legalidad, al momento

5 Hobsbawm, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, ed. Biblioteca de bolsillo, 2da edición, Barcelona- España, 2004, pág: 35

6 Para un análisis más detallado ver: (Llasag, Raúl: "Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora", en *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ed. Ministerio de Justicia, Quito, 2008, pág: 328

7 El gran y sustancial problema del discurso de soberanía, desde su génesis política en los siglos VII y VIII, es que aparece y se perpetúa como excluyente. Desde la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano hasta las constituciones del siglo XX en las repúblicas latinoamericanas. En el Ecuador es hasta la Constitución de 1998 en que se reconoce en igualdad (formal) de condiciones a los pueblos indígenas y afroecuatorianos como sujetos de derecho. Ver (Llasag, Ob. Cit, pág: 316)

8 Petit, Eugéne, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Ed. Universidad, 3ra edición, Buenos Aires, 2006, pág: 47-48

9 Satorres, José, *Manual de Historia del Derecho en el Ecuador*, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2da edición, Quito, 2000, pág: 31

de reconocer como Derecho otras formas de (judicialidad) resolución de conflictos y organización de la vida social[10], aunque judicialmente no sólo resultaría posible sino deseable en la medida en que nos permita ampliar el horizonte de acceso a la administración de justicia.

Si aceptamos que el origen, modelación y desarrollo del Derecho se encuentra en la cultura de una sociedad, en virtud de su dinámica intrínseca, la búsqueda de la estricta estabilidad de la ley sería una pretensión política superada por la realidad. Cuando Ferrajoli anuncia que "la política debe estar subordinada al derecho" lo entiende como aquel conjunto de principios y garantías fundamentales que limitan el poder[11] y que no pueden obedecer a objetivos políticos coyunturales; como una suerte de mínimos éticos weberianos. En ese contexto, se rescataría el concepto de judicialidad como la posibilidad cierta de reivindicación y protección de los derechos, más allá de los parámetros formales estatales.

El tomar la realidad geopolítica de un Estado (Plurinacionalidad e interculturalidad) como un elemento que nos permita desarrollar una propuesta jurídica emancipadora es una dimensión central en el despliegue de derechos individuales y colectivos. En ese sentido la legalidad pasaría a ser un límite en la proyección intercultural de un Estado y una contradicción con nuestra realidad plurinacional.

Por otro lado, entender al Derecho desde la perspectiva de la judicialidad, rompería las cadenas legales del sometimiento a un monopolio jurídico y pasaría a ser un instrumento de concreción de lo que en la realidad sucede, es decir, diversos Derechos[12] de acuerdo a los valores propios de una comunidad.

¿Desde qué legítima perspectiva teórica el reconocimiento de otros ordenamientos jurídicos podría ser indeseable? El argumento más fuerte, que es el de la pérdida de seguridad jurídica, ha sido esquemáticamente desvirtuado por Ronald Dworkin al exponer el importante grado fáctico de discrecionalidad de los jueces al interpretar la aplicación de la norma escrita (realidad evidente en la jurisprudencia ecuatoriana). Lastimosamente la práctica jurisdiccional ha

10 La simetría liberal moderna –todo el Estado es de derecho y todo derecho es del Estado- presenta muchos problemas, no solamente porque desconoce toda la diversidad de derechos no-estatales existentes en las sociedades, sino también porque afirma la autonomía del derecho en relación con lo político en el mismo proceso en que hace depender su validez del Estado (De Sousa Santos, Refundación del Estado en América Latina, ed. IILS, Lima-Perú, 2010, pág: 88)

11 Entrevista a Luiggi Ferrajoli, disponible en: http://www.uasb.edu.ec/spondylus_conten_site.php?cd=3559&cd_boletin=61&sec=ENT. Última visita: 18-10-2011

12 Entendidos como sistemas jurídicos cuyo fin es la búsqueda de la justicia (Ver definición de Oscra Correas. Infra)

mostrado la grave dificultad de cumplir el anhelo de Montesquieu al pretender que los jueces sean "la boca de la Ley"[13]

III. Pluralismo jurídico desarrollado por una ley

Cuando un Estado reconoce en su Constitución características fundacionales que lo constituyen como ser: de Derechos[14] y de Justica, así como su interculturalidad y plurinacionalidad, está reconociendo la "coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico"[15].

Para analizar más detenidamente el alcance de estos conceptos dentro de la Teoría General del Derecho, utilizaré el concepto, que desde una perspectiva de lenguaje, nos ofrece Oscar Correas: "*es un discurso prescriptivo autorizado, que organiza y por ello legitima la violencia, y que es reconocido como tal*"[16]. Para el autor, el grave conflicto entre antropólogos y juristas, más allá de las declaraciones formales encontradas en una Constitución, respecto a cómo se puede determinar materialmente la existencia de un Sistema Jurídico en diferentes comunidades dentro de un mismo territorio estatal, se resuelve a través de la constatación de tales elementos.

El Pluralismo Jurídico, desde la perspectiva de la ampliación del espectro democrático y de la interculturalidad, supone inicialmente una relación entre culturas jurídicas iguales no en el sentido de identidad, sino de equivalencia, que permitan una mutua incidencia. Se ha considerado como un acertado primer paso el que la Constitución ecuatoriana reconozca, al menos formalmente, la interculturalidad como principio constitutivo del Estado y el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio. No obstante, se prevé que la Jurisdicción indígena tendrá su propia legalidad,

13 ["el legislador… debe conocer que, una vez promulgada, la ley queda exclusivamente bajo la garantía de los jueces que deben aplicarla. Por ello hay que procurar que ofrezca el menor resquicio posible a la interpretación personal del juzgador, que conduce, en definitiva, a una creación judicial del derecho… Los jueces deben ser la boca que pronuncia la palabra de la ley…" (Santaella, Manuel, Montesquie: el legislador y el arte de legislar, ed. Ortega, Madrid-España, 1995: 77)]

14 Se ha desarrollado la interpretación de este principio desde sus dos connotaciones: a) Poner a los derechos y garantías fundamentales de las personas como eje del Ordenamiento jurídico; y, b) Como el reconocimiento de otras formas de administrar justicia, de acuerdo al art. 57 de la misma Constitución (Pluralismo Jurídico).

15 Llasag, Ob. Cit, pág: 344

16 Correas, Oscar, "La teoría general del derecho frente a la antropología política" en: *Emancipación y Transformación Constitucional*, ed. Corte Constitucional, Quito, 2011, pág: 83

condicionada por su ejercicio en un determinado territorio[17]. En ese sentido, es importante advertir los peligros (más allá del fundamento de la jurisdicción y los problemas de competencias concurrentes) de suponer que una ley, y su posterior institucionalización, configurada desde la lógica jurídica ordinaria, que delimita la judicialidad del sistema jurídico indígena a una circunscripción territorial, está desarrollando en esencia los principios de plurinacionalidad e interculturalidad, y que a largo plazo no resulte ser una forma de neocolonialidad. Es posible ver esta propuesta legislativa como una concesión que el Estado-nación ecuatoriano, ideológicamente blanco-mestizo, jurídico-occidental, hace para evitar la pugna política de los grupos sociales excluidos, materialmente del "contrato social", por la reivindicación de su autonomía. En principio porque la interrelación de culturas supone un compartir de saberes que se respetan y acogen en la medida en que la dinámica de una realidad social, sin prejuicios de inferiorización de una cultura sobre otras, así lo expresa; lo que indefectiblemente llevaría a una forma de acción política materialmente inclusiva por parte del Estado, derivando en un "*ataque frontal a las causas principales de la pobreza, la discriminación, los bajos niveles de vida de los pueblos indígenas y, simultáneamente, propiciar el establecimiento de un nuevo modelo económico que admita la pluralidad cultural y la democracia, condiciones necesarias para el desarrollo de las potencialidades de los pueblos indígenas*"[18]. En otras palabras, en el plano de la interculturalidad, surgen dudas acerca de ¿Cuán posible es que los elementos del sistema judicial de los pueblos indígenas sean incorporados y funcionalizados en el sistema jurídico ordinario y viceversa, sin interferir en su desarrollo propio?

Tradicionalmente se ha querido entender a la justicia indígena como un fenómeno provocado por la ausencia de la institucionalidad jurídica estatal en las comunidades, pensamiento que hasta la actualidad continúan perfilando el sistema de justicia al amparo de una sola cultura, mediante creación de fiscalías, intérpretes, y judicaturas indígenas, donde las autoridades ostentan una formación profesional en derecho ordinario; o también, cuando el Estado diseña medidas afirmativas para la inclusión de indígenas en el aparato burocrático. Pese a ello la interculturalidad supone algo mucho más profundo, se trata de que absolutamente toda la institucionalidad tenga que ser repensada y planteada en términos interculturales[19]. La interculturalidad"…es un proceso de construcción de nuevos

17 Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, arts: 2 y 3. Disponible en: http://www.asambleanacional.gov.ec/

18 Roccatti, Mireille, *Derechos de los Indígenas en México*, disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_426718980/II%20CONGRESO/Mireille%20Rocatti.htm, última visita: 18-10-2011

19 Tubino (2003) distingue entre una *interculturalidad funcional* al modelo neoliberal que se queda

sentidos en la interrelación con la otredad. Si esta concepción la aplicamos a la sociedad, significa repensar la totalidad como advierte Catherine Walsh; por tanto la interculturalidad es un proceso complejo que se construye en espacios de disputa en donde se evidencien y se confrontan los conflictos, es un proceso de transformación integral con miradas diferentes, es en definitiva re-crearnos como sociedad, lo que implica aportar a la construcción de una propuesta alternativa de Estado y una profundización de la democracia.

La falta de efectividad y eficiencia del sistema de administración de justicia ordinario ha sido pensado como "un problema cultural, al no ser capaces de racionalizar la administración de justicia para que no sea controlada por una burocracia mediocre y corrupta; que es una evidencia del subdesarrollo en el que vivimos por la vagancia e ignorancia, etc.", (en la facultades de derecho no se cuestiona la efectividad o la génesis del sistema jurídico legalista; no obstante el debate ha sido abierto por la introducción en la constitución de la corriente neoconstitucionalista). Sin embargo resulta interesante plantearnos seriamente la posibilidad de pensar que quizá el verdadero problema es que se trata de un sistema sustentado en supuestos irreales, basado en un pensamiento colonial, que no puede ofrecer respuestas viables para los imperativos categóricos de justicia, igualdad, interculturalidad, etc[20]. Y que existen realidades que no han sido analizadas desde la Teoría del Derecho como por ejemplo: "a) El Estado nacional es una ficción; porque está constituido por diversidades culturales; b) La institucionalidad no solamente es púbica-estatal, porque también hay instituciones públicas no estatales, donde se visibilizan nuevos actores sociales; c) La búsqueda de la igualdad no puede reducirse a la mera formalidad, sino que debe alcanzarse el reconocimiento de las diferencias; d) La subsistencia de prácticas de desmercantilización de la economía

en los discursos de diálogo, negociación y consensos entre culturas diferentes, para ocultar así los problemas reales de subordinación y neocolonialismo existentes, y una *interculturalidad crítica* que no elude el conflicto y busca la transformación de la sociedad sobre la base del respeto a la diversidad, la diferencia y la doble ciudadanía. Se trataría de una interculturalidad que, más allá del ámbito de los discursos, provoque interactuaciones distintas entre personas de diferentes horizontes culturales (PRADA, Fernando y LÓPEZ, Luis, "Educación superior y descentramiento epistemológico" en: *Interculturalidad, educación y ciudadanía Perspectivas Latinoamericanas,* Plural Editores, La Paz, 2009, pág:: 441)

20 Este divorcio o distancia entre la teoría jurídico-política importada y la realidad de nuestros países, de acuerdo a Boaventura de Sousa Santos, obedece básicamente a cuatro razones: a) Toda la teoría política que sustenta el modelo de Estado-nación fue desarrollada en el siglo XIX en cinco países (Francia, Inglaterra, Alemania, Italia y Estados Unidos); b) Estas teorías no se comunican con las prácticas transformadoras producidas en el sur y son acusadas de no científicas, con una fuerte carga de deslegitimación; c) Estas teorías son monoculturales, cuya mala adaptación se debe a su imposición a otras culturas, y; d) Vigencia del neocolinialismo, con formas de discriminación y exclusión subsistentes. [Para un análisis más detallado ver (Llasag, Ob. Cit, pág: 332)]

y de la vida social; e) Nuevos actores y prácticas políticas como alternativa al monopolio de la política por parte de los partidos; f) Subsistencia del pluralismo jurídico; etc. [21]

De manera paralela tendríamos que pensar en el reordenamiento de la estructura estatal para lo cual será necesaria una reforma normativa que permita la interconexión coherente de varios cuerpos legales que involucran al Estado, en los que se incorpore el tema de la interculturalidad de manera orgánica y no como eje transversal, tales como el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, la Ley Orgánica de las Juntas Parroquiales Rurales, la Ley Orgánica de la Función Legislativa, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, entre otras. A fin de viabilizar el desarrollo de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad, a través de: a) Interpretación intercultural de la constitución y la ley; b) Readecuar e incluso redefinir, desde la academia, conceptos jurídicos, políticos, económicos, sociales y religiosos; c) Afianzamiento de una democracia pluralista con la efectiva vigencia y exigibilidad de las diferentes formas de vida, sistemas de organización social, educativo, políticos, económicos, cultural y religioso, protección de las tierras comunitarias, propiedad ancestral, con respeto y garantía de otras formas de administrar justicia.[22]

Sin embargo, la legalidad (tal como ha sido diseñada teóricamente) no puede mantenerse por mucho tiempo como el eje sustentador del Derecho, existe una realidad que reclama un verdadero acceso a la justicia, como primer paso dentro del arduo camino de alcanzar una sociedad más justa y sin discriminación, donde la judicialidad constituya un eje de efectiva garantía de valores.

El pluralismo jurídico en el Contexto de un Estado supone una profunda democratización de la norma jurídica, lo cual implica un proceso continuo de eliminación de las exclusiones y un rescate de la igualdad de las diferencias, donde los espacios de poder sean compartidos. Sólo en esas circunstancias cabría la posibilidad de una expansión del concepto de legalidad que permita entender al Derecho como un fenómeno social y no como un instrumento estatal, como hasta ahora ha sido.

21 Llasag, Ob. Cit, págs: 333-334

22 Raúl Llásag expone elementos adicionales con una óptica más amplia Ob. Cit. p.336-337

IV. Conclusiones

El desarrollo constitucional ecuatoriano abre un umbral emancipatorio que exige una profunda revisión del significado de la eficacia del Derecho, en este sentido ¿Cómo estructurar un sistema judicial sustentado en la realidad sociopolítica del país, teniendo en cuenta la deuda histórica del que hacer jurídico en particular respecto a su ligamen colonialista?

Por otro lado, ¿Es posible mantener el concepto de legalidad en un estado plural a nivel jurídico?

Todo cambio estructural supone la tarea de rediseñar conceptos que permitan traducir los altos valores que persigue una sociedad determinada; en este contexto, la efectiva vigencia, protección y desarrollo de los derechos humanos constituyen nuestro imperativo categórico en la medida en que nos permitan ver más allá de los condicionamientos del pensamiento formal y asumir de manera frontal los retos contra circunstancia fácticas como la exclusión, el sometimiento y la dominación de amplios sectores sociales.

La judicialidad del derecho, como el acceso real a la justicia, fluye ciertamente hacia la aceptación e incorporación de la dinámica social, rompiendo las ataduras de la legalidad formal, concepto que quizá deberá mudar su mensaje hacia la materialización de los más altos valores humanos traducidos en la apertura de posibilidades de manifestación de la vida social, y sólo de esa manera dar cuenta del pluralismo jurídico sin imposiciones e incluyente de las diferencias.

V. Bibliografía

Correas, Oscar, "La teoría general del derecho frente a la antropología política" en: *Emancipación y Transformación Constitucional*, ed. Corte Constitucional, Quito, 2011

De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, ed. IILS, Lima-Perú, 2010

Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, ed. Ariel, Barcelona-España, 2005

Foucault, Michel, *La Arqueología Del Saber*, ed. Siglo XXI, Tucumán-Argentina, 2002.

Hobsbawm, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, ed. Biblioteca de bolsillo, 2da edición, Barcelona- España, 2004

Llasag, Raúl, "Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora", en *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ed. Ministerio de Justicia, Quito, 2008

Petit, Eugéne, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Ed. Universidad, 3ra edición, Buenos Aires, 2006.

Prada, Fernando y LÓPEZ, Luis, "Educación superior y descentramiento epistemológico" en: *Interculturalidad, educación y ciudadanía Perspectivas Latinoamericanas,* Plural Editores, La Paz, 2009.

Roccatti, Mireille, *Derechos de los Indígenas en México*, disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_426718980/II%20CONGRESO/Mireille%20Rocatti.htm, última visita: 18-10-2011

Santaella, Manuel, *Montesquie: el legislador y el arte de legislar*, ed. Ortega, Madrid-España, 1995

Satorres, José, *Manual de Historia del Derecho en el Ecuador*, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2da edición, Quito, 2000.

Walsh, Catherine. "Políticas y significados conflictivos" en: *Estudios Interculturales 2: La interculturalidad*: Una mirada desde nuestra realidad diversa, Ed. Pedagógica Freire, Riobamba. EECA, 2000.

Ferrajoli, Luiggi, *La Política debe estar subordinada al Derecho,* disponible en: http://www.uasb.edu.ec/spondylus_conten_site.php?cd=3559&cd_boletin=61&sec=ENT. Última visita: 18-10-2011

Conflictividad Social, Estado de Derecho y Prospectiva Jurídica: un análisis de las consecuencias de aplicar el Derecho en el Ecuador

Efrén Guerrero Salgado[1]

Sumario

I. Introducción. **II.** Estado actual de la conflictividad en el Ecuador **III.** Teoría de los juegos y su relación con el Derecho. **IV.** La Política pública y el Derecho como herramientas democráticas **V.** El futuro, o mejor dicho ¿qué haremos ahora? **VI.** Bibliografía

I. Introducción

Una de las preguntas que siempre se hace el ciudadano de a pie, al leer los periódicos, es simple ¿Por qué vivimos en un país ingobernable? ¿Es que no podemos vivir en un territorio donde se ejecute de manera clara el imperio de la ley y se apliquen las políticas públicas de forma real? ¿Nuestro sistema social acaso vive como una declaración de buenas intenciones o simplemente vivimos en un sistema social donde la vida de los ciudadanos tiene que ser terrible, brutal y corta[2]?. Los hechos demuestran que tenemos una sociedad mucho más diversa,

1 Licenciado en Jurisprudencia y Abogado (PUCE-Quito), Master en Protección de Derechos Humanos (Universidad de Alcalà, Alcalá de Henares-Madrid, España). Ex coordinador Observatorio Colombo Ecuatoriano de Migraciones (Fundación Esperanza-Quito) Docente Fundamentos de las Ciencias Sociales y Proyecto Integrador 1, Fundamentos de Ciencias Sociales y Derecho Internacional Humanitario (PUCE-Quito). Actualmente se desempeña como Director de Gestión de Conflictos en el Ministerio del Interior.

2 Para esto parafraseo a Hobbes: "*Whatsoever therefore is consequent to a time of war, where every man is enemy to every man, the same consequent to the time wherein men live without other security than what their own strength and their own invention shall furnish them withal. In such condition there is no place for industry, because the fruit thereof is uncertain: and consequently no culture of*

compleja, y con índices de conflictividad y reactividad –muchas veces violenta -, que impiden el desarrollo y el progreso integral de la nación.

Frente a esta situación, la existencia del Derecho como ciencia (a la que considero también una vocación y un arte), tiene, especialmente en estos tiempos de crisis generalizada y estructural de todo el modelo social, una utilidad fundamental: pese a sus errores, vacíos y lagunas, la institución jurídica es el mejor modelo generado por nuestra civilización para solucionar sus divergencias, y en suma, para modelar una sociedad mejor[3]. Al aterrizar estos elementos en el caso ecuatoriano, la situación es mucho más difícil, que en mi opinión se enmarca en los siguientes elementos:

- Los procesos políticos, jurídicos y sociales en el Ecuador, han sufrido un constante cambio y reorganización en los últimos años, consecuencia de los diferentes modelos e ideología de quienes detentan el poder, y en la manera de concebir el Estado por parte de los diferentes actores políticos.
- Esto tiene una serie de causas: a) Después de los perversos efectos de la crisis de los años 90 en las personas, las economías y las sociedades, aquellos núcleos duros del pensamiento liberal que planteaban la idea de un Estado Mínimo, encontraron que las antes consideradas imbatibles recetas del Consenso de Washington habían resultado fallidas: *"Estas políticas llevaron a un incremento de la pobreza, la desigualdad, el desempleo y la economía informal en toda la región, mediante las privatizaciones y el libre comercio enriquecieron a unos pocos a costo de las mayorías; beneficiaron a las multinacionales a expensas de las empresas nacionales, en especial de las firmas pequeñas y medianas[4]; b)* El replanteo completo de la teoría económica, en que se apela al Estado como interventor para moderar los efectos de la crisis. *Este repentino giro ideológico es radicalmente pragmático: la crisis es profunda y se apela al Estado como garante en última instancia*

the earth; no navigation, nor use of the commodities that may be imported by sea; no commodious building; no instruments of moving and removing such things as require much force; no knowledge of the face of the earth; no account of time; no arts; no letters; no society; and which is worst of all, continual fear, and danger of violent death; and ***the life of man, solitary, poor, nasty, brutish, and short****."* (*Leviathan Chap. 13, para. 9).* El subrayado es mío.

3 Al respecto, Bobbio es muy claro "Se *puede hablar de estado de derecho en sentido profundo para distinguirlo del estado de derecho en sentido débil, que es el estado no despótico, es decir, no regido por los hombres sino por las leyes"*, Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, FCE, 1989.

4 Reid, M. *El continente olvidado. La batalla por el alma de América Latina*. Norma, Bogotá, Colombia, 2009. p. 187.

de las relaciones capitalistas de producción[5]. c) Finalmente, el último factor de giro en estos últimos años ha sido la entrada de conceptos propios del sector privado en la administración pública, como son los de *calidad total, administración por resultados, management,* etc.

- La gran mayoría de vicios de la administración pública que tanto daño han hecho a nuestro país continúan, independientemente de las diferentes aproximaciones políticas y teóricas al hecho administrativo. ¿Qué es lo que sucede? ¿Se debe a una aproximación equivocada de quienes ejercen el poder, o debemos concluir que hay una estructura no prevista y explorada por parte de quienes deben tomar las decisiones políticas?.
- Una de las consecuencias de vivir en un país multicultural y diverso como Ecuador, es que las perspectivas de los diversos actores sociales se encuentran enmarcadas desde dos escenarios: Los actores sociales se ven limitados por sus propios espacios territoriales, sus líneas de poder y los márgenes de acción de sus propias sociedades; o b. limitados al asumir la *visión de conjunto de la sociedad ecuatoriana como un proyecto histórico.* Eso ha llevado a que en nuestros espacios sociales los diferentes grupos de intereses generen dinámicas - muchas veces justas – en que el orden social se ve afectado por dinámicas de intereses enfrentados que afectan el ejercicio de los valores democráticos y la idea de una democracia inscrita en una Estado constitucional[6]

Frente a este estado de situación, este texto pretende mostrar como existen respuestas a nivel teórico para responder a esta pregunta, en el marco de teoría de conflicto, y estas respuestas obligan a generar cambios en el la manera de pensar el Derecho, cosa que puede servirnos para reducir los niveles de conflictividad en el país, y mejorar la calidad de vida de las personas. Para esto, analizaremos los diferentes escenarios de Conflictividad en el país, veremos cómo esto puede relacionarse con la Teoría de Juegos, y finalmente, plantearemos algunas

5 Gaitan, F. "Estrategias neo desarrollistas en tiempos post-neoliberales: análisis de los países del cono sur". Texto preparado para el 2009 Congress of the Latin American Studies Association, Rio de Janeiro, Brazil Junio 11-14, 2009, p. 4. Texto disponible en Internet en http://lasa.international.pitt.edu/members/congress-papers/lasa2009/files/GaitanFlavio.pdf, con acceso el 26 de noviembre de 2011

6 Para nuestros propósitos manejaremos el concepto de Estado cuyo poder normativo del legislador democrático está sujeto a límites materiales, y cuyo contenido puede ser de lo más diverso pero entre los cuales el límite por antonomasia es sin duda el representado por los derechos fundamentales . (*Cfr,* Fioravanti Maurizio, Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones, trad. M. Martínez Neira (Madrid: Trotta/Universidad Carlos III, 1996) pp. 127-134)

recomendaciones para abogados, estudiantes y ejecutores de política pública, como una base para el replanteo del ejercicio de la profesión.

II. Estado actual de la conflictividad en el Ecuador

Uno de nuestros problemas más importantes a nivel de abogados, es suponer el conflicto, el enfrentamiento de intereses contrapuestos como una distorsión de la realidad, o un problema a ser solucionado. Eso es un paradigma, una estructura que sirve como un telón de la realidad, que limita la manera en que podemos ver el gran escenario del sistema social. A la luz de los planteamientos de Edgar Morin:

> *Todo conocimiento opera mediante la selección de datos significativos y rechazo de datos no significativos: separa (distingue o desarticula) y une (asocia, identifica); jerarquiza (lo principal, lo secundario) y centraliza (en función de un núcleo de nociones maestras). Estas operaciones que utilizan la lógica, son de hecho comandadas por principios "supra lógicos" de organización del pensamiento o* ***paradigmas,*** *principios ocultos que gobierna nuestra visión de las cosas y del mundo sin que tengamos conciencia de ello*[7]. (El subrayado es nuestro)

En ese orden de este paradigma, debemos asumir que el conflicto es una constante del sistema social, y que en el caso de nuestro país tenemos que verla con los siguientes supuestos:

a. Ecuador es un país que, por una serie de factores históricos, sociales, y económicos, mantiene niveles de conflictividad social en el territorio, originándose algunos de ellos en la provisión de servicios estatales y otros en la manera en que los ciudadanos privados olvidan la concepción de que el derecho y la Ley permean toda la vida social y que, bajo nuestra definición clásica del Código Civil, es conocida por todos los ciudadanos y su ignorancia no admite su incumplimiento.

b. Por esta razón, es necesaria una intervención directa que permita a más de la gestión, una resolución contundente de los diferentes conflictos sociopolíticos, mediante la implementación de las políticas, estrategias, y acciones.

c. Esa situación no solo depende de la actuación de estado central, o de los organismos de Gobierno. Confiar en el estado como el único proveedor de soluciones a las temáticas sociales estatales. En ese orden de cosas, debe

7 Morin, E. *Introducción al Pensamiento Complejo* Paris 1° Edición 1990 - 6ta reimpresión 2003. P. 28.

cultivarse, en nombre de todos los objetivos propuestos desde la Declaración de los Derechos del Hombre, la protección de la capacidad y responsabilidad individual. Eso implica que los seres humanos deben asumir la propia y personal responsabilidad de trabajar, en su esfera de actividades, para el mejoramiento de su vida[8].

d. Desgraciadamente, no puede suponerse a las decisiones de los actores del sistema sociales como racionales *per se*: Para el hombre "iluminado", ser racional significa **respetar las reglas sin las cuales ni el individuo, ni la sociedad, supervivirían**. Y en este sentido que, a partir Del Iluminismo, la razón pasó a ser asociada a Ella misma, se autodefiniendo como instrumento. Según Horkeheimer (1994), la razón instrumental surgió como ideología para garantizar la supervivencia de la sociedad y pasa a ser parte también de todas las organizaciones de la sociedad capitalista"[9].

e. Todos estos factores, se reflejan de manera patente en el Ecuador: nuestro orden social es un tejido formado por el conjunto de balances de los intereses de distintos grupos sociales, que viven delicados equilibrios. Cada vez que ocurre un cambio en el balance del conflicto de intereses de los grupos sociales o de los particulares sobre sus bienes, hay una o más crisis. En este orden de cosas, la conflictividad se expresa en todo nivel y en todo el ámbito del territorio nacional como un proceso que responde a contradicciones estructurales, institucionales y culturales que se manifiesta constantemente de maneras más o menos traumáticas.

Estos supuestos nos llevan a la siguiente conclusión: Los factores traumáticos a nivel social, que alimentados por los equilibrios entre diferentes grupos de presión, y expresados de manera que no siempre obedecen a parámetros tradicionales , llevan a un incremento a los niveles de conflictividad social a todo nivel. Esto puede expresarse en ciertos datos que se enmarcan en como el sistema de derecho ecuatoriano ha fallado en responder a esta problemática reciente:

- El Estado Ecuatoriano, como varios países de la órbita latinoamericana,

8 En palabras de Ayn Rand: ""*Se ha forzado al hombre a aceptar el masoquismo como ideal, bajo la amenaza de que el sadismo es la única alternativa. Este es el mayor fraude jamás perpetrado sobre la Humanidad. Este es el artificio por el cual la dependencia y el sufrimiento se han perpetuado como los fundamentos de la vida. La elección no es auto-sacrifico o dominación. La elección es independencia o dependencia. El código del creador o el código del que vive de prestado. Este es el asunto primordial, y se basa en la alternativa entre la vida y la muerte.*"

9 López Parra, Marcelo Fernando. Entre lo social y lo regulado: la responsabilidad social corporativa. Tese de doctorado. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

adolecen de una falla grave a nivel de su gestión de la gobernabilidad[10]: la falta de alcances adecuados de coordinación y acción conjunta y ordenada entre el Estado Central, establecido en los centros neurálgicos del país (Quito y Guayaquil) y los diferentes estamentos locales. Este hecho es consecuencia de las dificultades históricas de comunicación entre las ciudades que provocó una incapacidad, aun desde los primeros años de existencia republicana del Ecuador, de una incapacidad del Estado para construir y poner en marcha un proyecto nacional[11],

- Esto se visibiliza a nivel educativo, de provisión de servicios, y de ejercicio de derechos. En el país, cerca de la mitad de la población de cinco años y más, tienen educación primaria (45.2%); 3 de cada diez, alcanzan el nivel de instrucción secundario; y, uno de cada 10 habitantes mayores de cinco años tienen instrucción superior, con un promedio de años de estudio de 7.89 años[12].

- En el plano judicial y reflejando estadísticas levantadas el año 2010, de un total de 1980 personas consultadas a nivel nacional, 54% no conoce si la Dependencia Judicial donde se encontraba al momento de la consulta, tiene algún sistema de rendición de cuentas. Por otro lado, el 7% de usuarios manifestó que algún funcionario sí ha pedido pago de coima para agilitar los trámites; un mismo porcentaje ha recibido algún tipo de violencia, física, sexual o psicológica[13].

- Los procesos internos de la Función Judicial ecuatoriana, no están

10 Para efectos de este proyecto, se definirá gobernabilidad bajo las siguientes acepciones:
a) Gobernabilidad como eficiencia del gobierno y del Estado para formular y aplicar políticas económicas y administrar la gestión pública.
b) Gobernabilidad como el grado de sustentación social que alcanzan las políticas públicas en medio de los ajustes modernizadores.
c) Gobernabilidad como variable política que resulta de la capacidad decisoria que emerge de las reglas del juego de cada democracia, y de las respectivas dotaciones de decisionalidad, representación y participación políticas que egresen de su sistema de gobierno, de sus sistema de partidos y de sus sistemas electorales, así como la relación entre dichas variables y los elementos distintivos de la cultura política de cada país.
d) Gobernabilidad como capacidad de administrar los ajustes producidos como consecuencia de los procesos de integración económica cfr. ACHARD, D.- FLORES, M.: "Gobernabilidad: Un reportaje de América Latina; Ed. Fondo de Cultura Económica, PNUD; México, 1997; pág. 23-24.

11 Jean Paul Deler, Ecuador, del espacio al Estado Nacional~ Banco Central del Ecuador, Quito,1987

12 Información disponible en la aplicación *Ecuador en Cifras*, activa en el siguiente sitio web: http://www.ecuadorencifras.com/cifras-inec/instruccion.html#, con acceso el Sábado, 26 de Noviembre de 2011

13 Op. Cit. 20

actualizados a las necesidades y a los avances tecnológicos, ni a la aspiración ciudadana de un servicio de calidad, y crean, en última instancia, como se ha visto en la otras experiencias, "*una gran maquinaria de producir expedientes, certificaciones, notificaciones, etc., donde el juez es una suerte de administrador de tal oficina burocrática e ineficiente antes que un verdadero juez*"[14].

- Por otro lado, y dada la gran cantidad de procesos represados, que a diciembre de 2010, se estiman en alrededor de 1´500.000 causas, disminuye la oportunidad de administrar justicia con calidad en la argumentación jurídica: "*la argumentación no tiene tanta importancia cuando lo que domina es el método memorístico... simplemente para aplicarlo (el ordenamiento) en los términos en que esté establecido por el legislador...*"[15].
- Finalmente todos estos hechos se demuestran en la evidencia empírica: la evolución de la conflictividad social evidencia que las oposiciones y enfrentamientos contra el gobierno adoptan cada vez más la forma de conflictos sociales. Muchos de estos son formas de oposición al gobierno, las políticas gubernamentales y sus programas de reformas. La oposición política tiende a manifestarse en forma de conflictos sociales; y, además tiende a abandonar los espacios más institucionales del conflicto político. Esta situación ha subido los últimos años, que se puede reflejar en la creciente polarización de la acción de los actores sociales[16].
- Estos conflictos se refleja en diferentes elementos, manejo de bienes estratégicos, falta de socialización y conflictos relacionados con proyectos estratégicos, aplicación de normas que suponen alguna restricción de derechos, etc. , y desciende este elemento hasta los conflictos barriales, o cantonales, y hasta personales
- En tal razón, podemos definir estas tipologías en ciertas características principales:

14 Cfr. Alberto Binder, "La fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la carrera judicial". Textos disponible en http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/572.pdf, con acceso el Sábado, 26 de Noviembre de 2011.

15 Farith Simon y Marco Navas, Diagnóstico de la enseñanza legal de los Derechos Humanos en el Ecuador, Quito, PUCE, American University y Red Académica de Derechos Humanos, V&M Gráficas, 2003, p. 33 y 61. Revisar también *PASARA*, L. *Línea base de la producción judicial, aspectos cualitativos, p. 18 y ss*

16 Al respecto, es interesante manejar los datos que propone la Revista Ecuador Debate, que ha mantenido un índice de conflictividad constante los últimos años.

CARACTERISTICAS	ESTRATEGIAS MARCO
a. Los conflictos en el territorio son de largo aliento en su mayor parte, y se refieren a situaciones estructurales-históricas.	La Sociedad debe romper con las estructuras históricas de poder tradicionales y establecer espacios de concertación democrática
b. Los conflictos se sostienen por las estructuras de poder y status-quo presentes en la zona.	Se deben desarticular de manera legal los cacicazgos locales y buscar el ascenso de líderes críticos, y comprometidos con la justicia social
c. Todos los conflictos tienen un fuerte ingrediente legal de gran complejidad.	Debe plantearse soluciones en el marco de las competencias de cada organismos estatal, a través del uso del Derecho Público y privado
d. Un buen número de los conflictos dependen de la existencia de una necesidad de servicios estatales largamente insatisfechos, que generar situaciones de tensión social.	Ninguna gestión de conflicto se hace sin la participación de los organismos estatales encargados de la satisfacción de las necesidades no satisfechas.

En conclusión, existe un escenario muy claro, en que los diferentes actores del sistema social, esta signados por relaciones caóticas, que afecta el desarrollo de la sociedad en el conjunto, y que el Estado es otro actor, activo o pasivo de esta dinámica.

III. Teoría de juegos y su relación con el derecho

Para resolver ciertas dinámicas de enfrentamiento el Derecho ha planteado sistemas de Sectores jurisdiccionales estables y oficiales organizados en general normativamente, es decir, mediante leyes u ordenamientos administrativos. Este tipo de normas deben estar exigidas de algún modo. En términos de Teoría del derecho, se habla de que la administración y el estado tienen el poder de *imperium*, que se define como la capacidad de dominio y poder público, que nace desde

Aristóteles y permea toda la teoría política[17], por tanto estas actividades normales, exigidas por los objetivos de la estructura gobernada burocráticamente se reparten de manera estable como deberes oficiales.

En nuestro caso, al igual del Ecuador, tenemos una racionalidad en los deberes burocráticos en dos campos principales.

- *La autoridad que da las órdenes necesarias para la alternancia de esos deberes está repartida* de manera estable y rigurosamente delimitada por normas referidas a los medios coactivos, físicos, sacerdotales o de otra especie, de que pueden disponer los funcionarios.
- *El cumplimiento normal y continuado de esos deberes, así como el ejercicio de los derechos correspondientes, es asegurado por un sistema de normas*; sólo pueden prestar servicios aquellas personas que, según reglas generales, están calificadas para ello.

Lo que no se tiene en cuenta, es que debemos asumir la realidad como caótica y adaptar a la administración pública al caos que supone trabajar con seres humanos, con diferentes humanos. No hay que olvidar que el caos *puede ser definido como la suma de todos los órdenes posibles.* Y que el término científico «caos» se refiere a "*una interconexión subyacente que se manifiesta en acontecimientos aparentemente aleatorios. La ciencia del caos se centra en los modelos ocultos, en los matices, en la «sensibilidad» de las cosas y en las «reglas» sobre cómo lo impredecible conduce a lo nuevo[18]*".

Dada la complejidad de los sistemas sociales, debemos utilizar un sistema matemático que nos pueda servir para tratar de generar mecanismos de prospectiva: de acuerdo a los datos disponibles y al análisis contextual del tema, es importante prever los posibles escenarios de conflictividad inmediatos y futuros, teniendo en cuenta la evolución de las variables (cuantitativas y sobretodo cualitativas) así como los comportamientos de los actores implicados, de manera que permita reducir la incertidumbre, ilumina la acción presente y aporta mecanismos que conducen al futuro aceptable, conveniente o deseado[19].

Para esto, es bueno utilizar las leyes de juegos, y los escenarios que estos

17 Cfr. Duso, Giusseppe (coordinador), *El poder, para una historia de la filosofía política moderna.* Editorial Siglo XXI, México, 2005, p. 123

18 BRIGGS, John & PE<AT, F. David. *Las siete leyes del caos. Las ventajas de una vida caótica*. Barcelona: Grijalbo, 1999 p. 4.

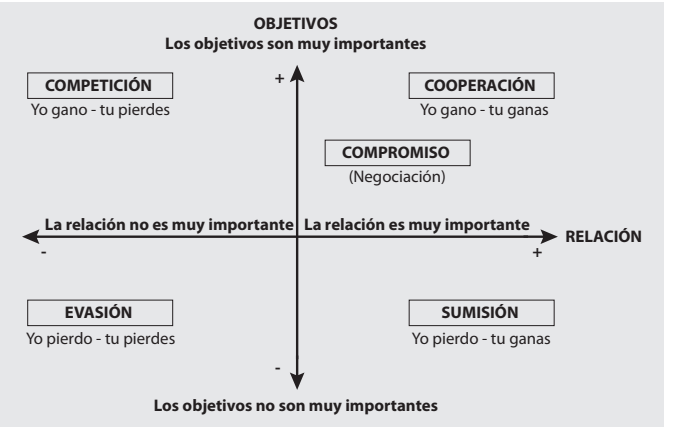
19 Cfr. Fernando *Ortega San Martíni LA PROSPECTIVA: Herramienta indispensable de planeamiento en una era de Cambios, disponible en http://www.oei.es/salactsi/PROSPECTIVA2.PDF, con acceso el 26 de Noviembre de 2011.*

muestran. Una de las más graves falencias del conocimiento disponible sobre los temas relacionados a la administración de justicia es que su creación ha sido patrimonio exclusivo de abogados. Norberto Bobbio se refirió a esta exclusividad como "el complejo de inferioridad[20]" que tiene el jurista frente a los demás científicos, lo que ha llevado en el caso ecuatoriano, a que falten aportaciones no jurídicas para administrar de mejor manera al sistema jurídico.

Este sistema muestra que para la toma de decisiones, hay un marco limitado de opciones para cambiar la realidad de una manera u otra; es decir, qué debemos esperar que suceda a partir de las interacciones entre individuos. Si se analizan las relaciones jurídicas, que normalmente nacen de intereses contrapuestos, tenemos un marco decisional limitado, que está basado en el equilibrio de Nash: un juego (una relación jurídica) es un acuerd0 (en nuestro caso, basado en el sistema social) en que ninguna de las partes puede romper a discreción sin perder. Es decir, si alguien quiere romper el pacto y lo hace unilateralmente, se arriesga a ganar por debajo de lo que hubiese ganado dentro del pacto[21].

En este orden de casos, tenemos el siguiente marco de decisiones que puede tener una relación jurídica, o una política pública que usa el derecho de manera indefectible:

CUADRO 1. Decisiones posibles en el marco de la relación jurídica



20 Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho. Ciencia del Derecho y Análisis del Lenguaje.* Editorial Combate. Madrid España 1990. *Pág. 172*

21 Nash, J. F. (1950) Equilibrium points in n person games, Procedings from the National Academy of Sciences, USA 36:48–49.

Como se observa claramente, cada uno de estos escenarios plantea ventajas y desventajas, en el caso de p. ej. Una manifestación o el reclamo de un grupo social, el Estado o los operadores jurídicos, tiene los siguientes modos de gestionar el problema, con costos y beneficios.

1. Competición.- El Estado o la instancia reclamada podría imponer de manera jurídica o con la coacción estatal su posición. Esto tendría costos al no resolver la causa estructural del reclamo y generar espacios de decisión con concertados y muchas veces antidemocráticos.

2. Evadir: Se podría obviar el problema y aceptar la situación como parte de la vida diaria. Desgraciadamente es una manera común de eliminar complicaciones en la relación jurídica. Esto genera una sensación de impunidad que afecta a la estabilidad del Estado, que "tiene la obligación de combatir tal situación por todos medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos y la total indefensión de las víctimas sus familiares"[22]

3. Sumisión.- Este escenario implica una serie de peligros, porque implica una nueva estética de dominación: los vencidos históricos pasan a ser vencedores y como una suerte de medida histórica, castigan a los dominadores anteriores. Eso afecta el equilibrio del estado de derecho, eso sí, teniendo en cuenta que los derechos pueden ser limitados en situaciones bien determinados. Así, la interpretación jurídica plantea la necesidad de evitar situaciones en las que se pierda la paz social[23].

4. Cooperar y hacer compromisos, son los únicos escenarios posibles que aseguran el equilibrio social, y pueden llegar a la mejora de las causas fundamentales y estructurales de la dinámica social, pero estos no solo funcionan a través de leyes. La idea de construir una sociedad que mejore la vida de los habitantes del país, significa cambiar el sistema y no solamente proponer reformas superficiales; sin embargo, el camino es largo. Para generar hitos y una

22 Corte I.D.H., *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros)*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173; Corte I.D.H., *Caso Blake. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párr. 64; Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 170.

23 La doctrina ha establecido que: *"Un eterno problema de los derechos fundamentales es aquel que se refiere a la posibilidad de que sean restringidos. Si no se quiere que esa posibilidad sea ilimitada,* ***es necesario imponer límites al derecho****"*. (El resaltado es nuestro). ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Traducción de Carlos Bernal Pulido. Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 38.

ruta de cambio transparente y racional, surge la necesidad de una reflexión elaborada sobre las causas, consecuencias, alcance e impacto de acciones a nivel de gestión pública. Salir de la lógica de un sistema centralizado, jerárquico, machista, discriminador e ineficiente como el actual significa mucho más que la reapropiación de los recursos, el cambio de funcionarios, y el uso de nuevas tecnologías, aún si son pasos indispensables.

IV. La política pública y el derecho como herramientas democráticas

Entonces, ¿Cómo se pueden prevenir los conflictos? Considero que el primer paso pasa por el esqueleto social, que es la estructura estatal, a través del reforzamiento del Estado como una construcción de *personas dispuestas a trabajar para ayudar a otras personas.* Las instituciones no sirven de nada y pierden todo su valor si no hay una correcta actuación para mejorar la *vida de las personas.* Resulta perverso escuchar que haya una *defensa de la institución* por parte de funcionarios, cuando esta defensa se hace desde argumentos de forma o percepciones subjetivas, cuando lo que prima de la actuación del estado para *mejorar* la vida del ciudadano.

Para cumplir este mandato, la estructura social debe alcanzar un estado en el que los usuarios del artilugios disfruten dos condiciones: la primera, se refiere a la *seguridad jurídica*, para que las reglas de convivencia sean conocidas por todos, y lo más importante, articulada con la realidad, que en nuestro caso, es caótica y cambiante. La segunda, tiene que ver con la necesidad de crear una legislación que permita a los ciudadanos ejercer sus libertades, especialmente las relacionadas al libre acceso a recursos, el derecho de petición y la mejora constante de la administración. Con estas condiciones, el ejercicio de la Democracia y de los valores de un Estado de Derecho Moderno queda garantizado, pues asegura que, al ejercer sus derechos, se articulen otras libertades imprescindibles para un país[24].

Otro camino, pasa por la reflexión académica, del Derecho, especialmente a nivel de pregrado. Con contadas excepciones, la perspectiva de la educación jurídica no pasa por un aprendizaje basado en los problemas, sino en un análisis más o menos somero de temáticas, que los estudiantes las toman como un simple

24 *"El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros*" (El resaltado es nuestro). Corte I.D.H., *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. Párr. 26

análisis memorístico. Las experiencias de buenas prácticas o casos resueltos, no han sido sistematizados, recolectados o analizados a nivel práctico, para que los hechos empíricos puedan ser interpretados como un sistema de decisiones coherentes. Temas de fondo como la reflexión jurídica a nivel regional; innovación social, tendencia al desarrollo endógeno, o comunidades epistémicas; que son temas que influyen en la construcción de sistema de administración pública o privada, han sido decididos de manera reactiva, y no proactiva. Es imprescindible trabajar de manera interdisciplinaria puedan generar herramientas de decisiones, basadas en datos científicos, los funcionarios a nivel gerencial, operadores de justicia, estudiosos del derecho, pueden adelantarse a los acontecimientos, tomar decisiones estratégicas, y con esto, ser un aporte importante al desarrollo nacional.

V. El futuro, o mejor dicho ¿qué haremos ahora?

Finalmente, este análisis tiene las siguientes conclusiones:

1. **Nuestra perspectiva del trabajo jurídico debe basarse en la solución de conflictos y no en el análisis *per se*.**
2. **Ecuador tiene el reto histórico de utilizar el derecho como una forma real y definitiva para la solución de sus conflictos.** Nuestro país es y será el caldo de cultivo para situaciones en que el derecho deba ser aplicado para defender el sistema social. El incremento de la pobreza, la desigualdad, el desempleo y la economía informal en toda la región no solo es u8na tema de análisis regional[25], sino situaciones reales. El Derecho es no es un código moral flexible, sino la exigencia de una sociedad civilizada.
3. **Este ejercicio del derecho, basado en la solución de conflictos no corresponde a una necesidad meramente individualista.** El ejercicio de los derechos fundamentales no nace únicamente de la existencia de una persona humana, sino que, empleando la expresión latina *ubi societas ibi jus,* donde hay sociedad hay derecho, el uso del Derecho debe estar coordinado con las necesidades sociales.
4. **La posibilidad de hacer a la vida, de mejorarla, y de concebirla de otra manera no sólo corresponde a las instancias personales, sino sociales, y eso depende de los valores y de las condiciones de cada pueblo**. En este punto es conveniente citar a Ernesto Sábato: "*Les pido que nos detengamos a pensar en la grandeza a la que todavía podemos aspirar si nos atrevemos a valorar la vida de otra manera. Nos pido ese coraje que nos sitúa en la*

25 Reid, M. *El continente olvidado. La batalla por el alma de América Latina.* Norma, Bogotá, Colombia, 2009. p. 187.

verdadera dimensión del hombre. Todos, una y otra vez, nos doblegamos. ***Pero hay algo que no falla y es la convicción de que —únicamente— los valores del espíritu nos pueden salvar de este terremoto que amenaza la condición humana.***"

VI. Bibliografía

Achard, D.- Flores, M.: "Gobernabilidad: Un reportaje de América Latina; Ed. Fondo de Cultura Económica, PNUD; México, 1997.

Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Traducción de Carlos Bernal Pulido. Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2003

Binder, A, "La fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la carrera judicial". Textos disponible en http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/572.pdf, con acceso el 14 de marzo de 2011.

Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, FCE, 1989.

Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho. Ciencia del Derecho y Análisis del Lenguaje.* Editorial Combate. Madrid España 1990.

Briggs, John & PE<AT, F. David. *Las siete leyes del caos. Las ventajas de una vida caótica*. Barcelona: Grijalbo, 1999.

Duso, Giusseppe (coordinador), *El poder, para una historia de la filosofía política moderna.* Editorial Siglo XXI, México, 2005.

Fioravanti Maurizio, Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones, trad. M. Martínez Neira (Madrid: Trotta/Universidad Carlos III, 1996)

Gaitan, F. "Estrategias neo desarrollistas en tiempos post-neoliberales: análisis de los países del cono sur". Texto preparado para el 2009 Congress of the Latin American Studies Association, Rio de Janeiro, Brazil Junio 11-14, 2009, p. 4. Texto disponible en Internet en http://lasa.international.pitt.edu/members/congress-papers/lasa2009/files/GaitanFlavio.pdf

Jean Paul Deler, Ecuador, del espacio al Estado Nacional~ Banco Central del Ecuador, Quito,1987

López Parra, Marcelo Fernando. Entre lo social y lo regulado: la responsabilidad social corporativa. Tese de doctorado. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

Morin, E. *Introducción al Pensamiento Complejo* Paris 1° Edición 1990 - 6ta reimpresión 2003.

Nash, J. F. (1950) Equilibrium points in n person games, Procedings from the National Academy of Sciences, USA.

Reid, M. *El continente olvidado. La batalla por el alma de América Latina.* Norma, Bogotá, Colombia, 2009.

Reid, M. *El continente olvidado. La batalla por el alma de América Latina.* Norma, Bogotá, Colombia, 2009.

San Martíni, F. *La Prospectiva: Herramienta indispensable de planeamiento en una era de Cambios, disponible en http://www.oei.es/salactsi/PROSPECTIVA2.PDF,*

Simon F y otros, Diagnóstico de la enseñanza legal de los Derechos Humanos en el Ecuador, Quito, PUCE, American University y Red Académica de Derechos Humanos, V&M Gráficas, 2003.

Capítulo II

Perspectivas del Derecho
Penal Contemporáneo

La coerción penal en contextos de injusta desigualdad

Roberto Gargarella[1]

Sumario

I. Introducción. **II**. Injusticia penal e Injusticia social. **III**. Derechos y democracia. **IV.** Una presunción objetiva. **V.** Objeciones. **VI.** Bibliografía.

I. Introducción

Este artículo trata acerca de la dificultad teórica que existe para justificar el uso de la coerción penal en circunstancias caracterizadas por una fuerte e injustificada desigualdad social. La intuición que se encuentra detrás del texto indica que, en dicho contexto –el de un Estado indecente- la justificación de la coerción penal se torna compleja de sostener, muy en particular frente a los miembros más desaventajados de la sociedad. La afirmación requiere de muchos matices, que trataré de abordar a lo largo de este escrito. De todas formas, y ante todo, quisiera dejar demarcado el problema que abordo, con algún detalle mayor.

En primer lugar, diría que no hay una discusión más importante en la filosofía política actual que aquella referida al uso legítimo del poder coercitivo del Estado. Dicha reflexión es, simplemente, la más significativa en algunos de los principales trabajos producidos por la disciplina en el último siglo.[2] De allí el valor que adquieren preguntas como las referidas a por qué obedecer a la autoridad política, si uno disiente con ella; por qué pagar impuestos que se destinan a financiar una guerra; o cuándo se justifican la desobediencia civil o la objeción de consciencia (acciones que, cabe notarlo, reconocen la validez general del derecho penal).

1 Abogado y sociólogo, Universidad de Buenos Aires; Master en Ciencia política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Buenos Aires; Doctor en derecho, Universidad de Buenos Aires. Master of Laws (LL.M.) y Doctor en Jurisprudencia (J.S.D.), University of Chicago Law School; Cursó sus estudios postdoctorales en el Balliol College, Oxford.

2 J. Rawls, *A Theory of Justice,* Harvard, Cambridge University Press, 1971.

Asumo entonces, y como supuesto de este trabajo, la centralidad de la reflexión sobre la coerción estatal legítima. Y en relación con este supuesto, propongo introducir dos precisiones. En primer lugar, diría que si el uso de la coerción estatal resulta difícil de justificar, en general, dicha justificación se torna más difícil aún cuando nos referimos a la coerción penal. Una vez que definimos el castigo como un sufrimiento impuesto de modo intencional, a raíz de la acción indebida cometida por algún individuo (ver, por ejemplo, Hart),[3] o cuando aceptamos, al menos, que el daño impuesto es un elemento esencial del castigo[4] entonces puede comprenderse mejor por qué es tan difícil justificar esta extendida práctica. Tal y como lo ha manifestado Nicola Lacey, el castigo "coloca la carga de la justificación sobre el estado" porque es una práctica que es "costosa tanto en términos humanos como financieros, además de una práctica cuyas ventajas prácticas y morales son usualmente inciertas".[5]

La segunda precisión que quiero introducir es la más importante para este trabajo, y es la siguiente: los problemas generales que encontramos para justificar el uso de la coerción estatal (1) se agravan cuando nos ocupamos de la coerción penal (2) y –éste es el punto- se tornan de muy difícil resolución cuando lo que queremos es justificar dicha práctica de coerción penal en situaciones de profunda injusticia social (3). En este estadio (3), dicha justificación pierde sustento, por una diversidad de razones que analizaré más abajo, pero aquí –tempranamente- quisiera referirme a un problema particular.

En contextos de grave desigualdad social, injustificada y sistemática, existe un riesgo serio de que los medios coercitivos del Estado sean utilizados a los fines de preservar las desigualdades que les dan marco. El debate que requiere esta afirmación es, en parte, empírico (aunque éste no será el centro de mi atención). Es habitual que se diga, por caso y razonablemente, que en tiempos de crisis económica las sociedades devienen menos tolerantes y castigan a los ofensores de un modo más duro.[6] El centro de mi atención, sin embargo, tiene que ver con la teoría. Ocurre que i) si concebimos a la democracia –como aquí lo hacemos- como un sistema que se justifica por su propensión a generar decisiones imparciales; ii) entendemos –como en este caso- que la imparcialidad se relaciona íntimamente

3 H. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968.

4 H. Bedau, *Punitive Violence and Its Alternatives*, in J. Brady and N. Garver, eds., *Justice, Law, and Violence*, Philadelphia, Temple University Press, 1991, pp. 13-209.

5 N. Lacey, "Social Policy, Civil Society and the Institutions of Criminal Justice", en *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2001, 26, pp. 7-25. N Lacey y L. Zedner, "Discourses of Community in Criminal Justice," en *Journal of Law and Society*, vol. 22, No. 3, 1995, pp. 301-325.

6 P. Carlen, "Crime, Inequality and Sentencing," in R. Duff and D. Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 306-32.

con la posibilidad de cada individuo y grupo de expresarse y ser tomado en cuenta en el foro público;[7] y iii) partimos del supuesto según el cual existen amplios sectores de la población injustificadamente excluidos de la vida pública, luego iv) contamos con razones para presumir que el ordenamiento vigente va a comenzar a sesgarse a favor de aquellos que cuentan con más influencia sobre el sistema de toma de decisiones (en definitiva, sobre la escritura, aplicación e interpretación del derecho). En dicho marco, entonces, la ya compleja tarea de la justificación de la coerción (penal en este caso), se torna especialmente ardua. Las posibilidad de que, en contextos de extrema e injusta desigualdad se pueda llevar adelante un juicio justo son, esperablemente, muy bajas. Por el contrario, las chances de que en dichas condiciones se termine tratando de modo parcial la suerte de los más desaventajados son (como la evidencia empírica nos lo ratifica cotidianamente) excesivamente altas. Es el Estado, entonces, el que debe demostrarle a los miembros de los sectores peor situados –y a todos los demás que no se encuentran comprometidos con el mantenimiento de una sociedad indecente- que tienen razones para confiar en él -razones para confiar en que el Estado los va a tratar como iguales, proporcionándoles el debido trato que les ha denegado una y otra vez, en cada ocasión, de modo sistemático, desde hace años. Son este tipo de situaciones aquellas sobre las cuales me interesa reflexionar.[8]

II. Injusticia penal e injusticia social

La mayoría de los autores inscriptos en el área de la justicia penal han reconocido explícitamente la importancia de la referida conexión entre la justicia penal y la justicia social, y han demostrado sus preocupaciones sobre la misma. En las últimas décadas, este esfuerzo por conectar ambas esferas de reflexión (justicia penal, justicia social) se ha tornado más evidente al menos desde la publicación del influyente libro *Doing Justice*[9] -Haciendo Justicia- de Andrew Von Hirsch, cuyo último capítulo está dedicado al tema del "merecimiento justo en un mundo injusto".[10] La mayoría de los autores asociados con este punto de

7 C. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Conn, Yale U.P, 1996.

8 Mi escrito no incluirá, entonces, reflexiones particulares sobre cuáles reproches podrían ser justificados en una comunidad "bien ordenada." He hecho algunas reflexiones al respecto en otros textos (i.e., Gargarella 2008).

9 Andrew Von Hirsch, *Doing Justice*, New York, Hill and Wang, 1976.

10 Desde hace un tiempo, también, han aparecido conocidos intentos destinados a mostrar las continuidades existentes entre los principios que rigen la justicia distributiva, y los que rigen la justicia retributiva y así, la relevancia de las consideraciones de justicia social a la hora de pensar sobre la responsabilidad penal (Rawls 1955, 1971; Sadurski 1985, 1989. Rawls, J. (1955), "Two Concepts of Rules," The Philosophical Review 64 (1), 3-32. W. Sadurski, "Justice and the Theory of Punishment", 5 *Oxford Journal of Legal Studies* 47, 1985.

vista han reconocido, además, los problemas propios de esta conexión injusticia penal-injusticia social, y la manera en que ellos podrían socavar la justificación del castigo. Notablemente, en la última oración del libro de Von Hirsch, él sostiene que "mientras que a un segmento sustancial de la población se le nieguen oportunidades adecuadas para su sustento, cualquier esquema para castigar debe ser moralmente defectuoso". Esta es una afirmación muy fuerte, pero sorprendentemente o no, una que muchos otros doctrinarios influyentes dentro del área parecen compartir.

Autores como Jeffrie Murphy han llegado a conclusiones similares. Murphy apoya, en principio, en una visión retributiva del castigo, pero finalmente concluye que, "en buena medida, las sociedades modernas carecen del derecho moral de castigar",[11] por lo cual "en ausencia de un cambio social significativo" las instituciones del castigo deben "ser resistidas por todos quienes toman los derechos humanos como moralmente serios".[12] Distinguidos filósofos del derecho como H L Hart parecen compartir tal visión. En opinión de este autor, "debemos incorporar como una nueva causa de justificación la presión de las formas groseras de la necesidad económica".[13] Otros escritores reconocidos en la materia, incluyendo a Andrew von Hirsch y a Ted Honderich, parecen persuadidos también por esta clase de afirmaciones.[14]

Todos estos autores, según entiendo, parecen estar realmente preocupados por lo que Antony Duff ha llamado las *precondiciones de la responsabilidad delictiva* (1998, 2001 Duff). En palabras de este autor, "cualquier explicación del castigo que le de un lugar central a la justicia del castigo al ofensor debe enfrentar el problema de si podemos castigar de modo justo a sujetos cuyas ofensas se encuentran estrechamente vinculadas con injusticias sociales serias que han sufrido."[15] Esto sería así porque la mayoría de los individuos y grupos que comparecen ante la justicia criminal "han sufrido formas de exclusión tan severas que las precondiciones

11 *Ibíd*., 221.

12 *Ibíd*., 222.

13 Hart, *Punishment and Responsibility*, 1968, p. 51.

14 De acuerdo con von Hirsch, "cuanto más tiempo se le denieguen, a porciones significativas de la sociedad, las oportunidades apropiadas para desempeñarse en la vida, cualquier plan o esquema de castigo debe ser moralmente imperfecto;" y de acuerdo con Honderich, "No hay nada que pueda resolver la cuestión acerca de la justificación moral del castigo cuando se pasa a tomar en cuenta la decisiva cuestión acerca de la distribución de bienes en la sociedad". M. Tonry, "Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishments", in R. A. Duff and D. Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 153.

15 Duff ha asumido esta visión en los últimos años, después de un largo período en donde –según su testimonio- no se animaba a dar semejante paso. Ver, A Duff, Punishment, Communication, and Community, Oxford, Oxford University Press, 2001, Cap. 5.3. 1998.

esenciales de la responsabilidad criminal no resultan suficientemente satisfechas".[16] Entonces, y en la medida en que esas condiciones injustas siguen intocadas, los delincuentes no podrían ser juzgados justamente, condenados, o castigados.

III. Derechos y democracia

En lo que sigue, quisiera examinar las que son, según entiendo, las dos principales líneas argumentativas que subyacen a la literatura citada en la sección anterior, dirigida a impugnar el ejercicio de la coerción penal en sociedades desiguales. Se trata de las dos visiones que considero (por razones a ser desarrolladas en lo que sigue), las más plausibles y fructíferas en la materia. Estas líneas argumentativas, implícitas en las críticas revisadas, se basan, una, en la idea de derechos, y la siguiente en la idea de democracia. La primera de estas líneas argumentativas se relaciona, más específicamente, con una posición de tipo *contractualista,* mientras que la segunda nos refiere a una concepción particular-*dialógica*- de la democracia.

3.1. Derechos

La línea de argumentación principal a la que apelaba Jeffrie Murphy, en el trabajo citado más arriba, se vinculaba con el contractualismo -en una versión del contractualismo que remite tanto a Kant como a la noción rousseauniana de la "voluntad general." El punto de partida de esta postura nos dice que el castigo puede justificarse, frente a cada individuo, si el mismo podía considerarse plausiblemente como un producto del propio consentimiento de cada uno –si la decisión del Estado de castigarme puede ser reconstruida, plausiblemente, como mi propia decisión.[17] Murphy reconstruye entonces la teoría kantiana sobre el castigo, basándola en la noción de "ventaja indebida" (*unfair advantage*): la idea es que la ley debe garantizar que los que la desobedecen no obtengan una ventaja injusta sobre aquellos que voluntariamente deciden obedecerla. Desde este punto de vista, el papel del castigo es el de restablecer un balance apropiado entre beneficios y obediencia. El castigo es visto entonces como una deuda que se le debe a todos los demás miembros de la comunidad, en su condición de sujetos respetuosos de un derecho justificado. En dicho marco se torna posible sostener, al menos en principio, que el propio sancionado consiente las penas que se le imponen: él no puede quejarse, entonces, del reproche que recibe, porque sabía que era lo que le correspondía luego de haber

16 *Ibíd*., 196.

17 Murphy, J., "Marxism and Retribution," en *Philosophy and Public Affairs* 2, 1973, pp. 217-43.

tomado o tratado de tomar una ventaja indebida. De este modo, diría Kant –como dice Murphy- las ideas de coerción y autonomía vuelven a ir de la mano.

A los fines de este trabajo, no pretendo suscribir una visión como la de Murphy como fundamento y justificación del castigo. Me interesa, en cambio, la apelación que allí se hace a la lógica del contractualismo para pensar sobre los límites en el uso del aparato coercitivo estatal. El problema que este aparato conceptual nos ayuda a identificar es, entonces, el siguiente: en nuestras sociedades, muy habitualmente, y al menos en relación con extensos sectores de la población, es difícil reconocer cuáles son los beneficios producidos por el accionar estatal, como los que la teoría contractualista supone. Lo que suele ocurrir, más bien, es que los sectores más postergados de la comunidad son colocados en una situación de grave desventaja, por el Estado, quien los abandona a su suerte o directamente los agrede, a través del derecho penal. Luego (y en la medida en que la descripción anterior tenga alguna plausibilidad) no queda claro qué es lo que aquellos deben devolverle al Estado. Esto es, precisamente, lo que se pregunta Murphy: qué es lo que tales personas –que viven en condiciones paupérrimas- deben reciprocarle al Estado? Él retoma, entonces, la sugerencia marxista según la cual la teoría retributiva es formalmente correcta, pero materialmente inadecuada. Y concluye, por tanto, diciendo que "las sociedades modernas carecen de un derecho moral al castigo",[18] y que "en ausencia de un cambio social mayúsculo," las instituciones del castigo deben ser "resistidas por todos aquellos que toman a los derechos humanos como algo moralmente serio".[19]

De modo similar, Nicola Lacey –quien ha realizado trabajos muy importantes en un área en la que confluyen las nociones de castigo, comunidad y justicia social- ha sostenido que "si [es cierto que] una larga proporción de ciertos grupos de ofensores está constituida por individuos cuyos derechos de ciudadanía básicos –tales como el derecho a la integridad física y sexual- han sido violados por abusos respecto de los cuales el Estado no los ha protegido, entonces éste debe ser un factor relevante a la hora de determinar la naturaleza, sino el mismo hecho, de su castigo. Así también, y en un nivel todavía más básico, el hecho de que un ofensor haya recibido menos de lo que justamente le corresponde de los recursos públicos, por ejemplo en educación, debe afectar…otros aspectos relevantes de su sentencia".[20]

18 J. Murphy, "Marxism and Retribution," en *Philosophy and Public Affairs 2*, 1973, p. 221.

19 En sus términos: "modern societies largely lack the moral right to punish", por lo que, "in the absence of a major social change (institutions of punishment) are "to be resisted by all who take human rights to be morally serious", *Ibíd*., pp. 221 y 222.

20 "[I]f a large proportion of certain groups of offenders are people whose basic citizenship rights – such as the right to physical or sexual integrity –have been violated by abuses from which the state has failed to protect them, this must be a relevant factor in determining the nature, if not the fact,

3.2. Democracia

La segunda línea de argumentación que quiero explorar se relaciona con las nociones de democracia, procedimientos institucionales y "voz" y, como la anterior, exhibe ecos lejanos del pensamiento rousseauniano. La idea principal, en tal sentido, es que las normas justificadas son aquellas respecto de las cuales puedo considerarme razonablemente su autor. En una comunidad integrada, autogobernada, cada persona puede mirar a las normas vigentes y ver reflejadas en ellas, como en un espejo, las marcas de su propio rostro. El derecho aparece, entonces, como expresión viva de las propias convicciones de aquellos sujetos sobre los cuales se aplica. No resulta un contrasentido, en ese contexto, sostener que alguien gana libertad convirtiéndose en "esclavo" del derecho. En el extremo opuesto de dicha situación ideal –situaciones a las que describiría como de *alienación legal*- lo que deberíamos esperar es lo contrario, esto es decir, situaciones en las que algunas personas empiezan a leer o a escuchar al derecho imposibilitados de reconocer allí a su propia voz. Lo que estas personas escuchan es una voz diferente, que les resulta ajena, incomprensible, extraña. Pero esa voz extraña, sin embargo, es la que cuenta con el respaldo de la fuerza estatal, lo cual le permite imponerse contra la voluntad de aquellos que no comprenden, no adhieren, o directamente rechazan lo que ella dice.

La siguiente descripción que hace Antony Duff recupera lo que hemos dicho en el párrafo anterior, a través de una idea de alienación como la que citáramos, o como la que está presente –no casualmente- en el análisis de Murphy.[21] Dice Duff:

Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aún si de un modo no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales, normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte

of their punishment. Similarly, at a yet more basic level, where an offender has received less than their fair share of public resources such as education, this should affect…other relevant aspects of their sentence". N. Lacey, "Social Policy, Civil Society and the Institutions of Criminal Justice", p. 14.

21 Según Murphy: "[c]riminals typically are not members of a shared community of values with their gaolers; they suffer from what Marx calls alienation. And they certainly would be hard pressed to name the benefits for which they are supposed to owe obedience." (1973, 240).

en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. Ellos sólo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respecto y consideración que se les debe como ciudadanos (Duff 2001, 195-6).[22]

Como en la aproximación rousseauniana, Duff también vincula el valor de la ley con la intervención decisiva de cada ciudadano en la creación de la misma. Y como aquél, asume que existe un problema mayúsculo cuando los individuos sobre los cuales cae el derecho con toda su fuerza no pueden considerarse, en un sentido relevante, autores del derecho.

Los párrafos anteriores esbozan los contornos de una cierta idea de la democracia, a la que asociaría con (lo que hoy se llama) una concepción deliberativa de la democracia (Elster 1998). Según una reconstrucción posible de la misma, las normas democráticas se justifican sólo y en la medida en que ellas puedan ser reconocidas como el producto de una *discusión inclusiva,* esto es una discusión de la que han tomado parte "todos aquellos potencialmente afectados"[23] Los lazos entre esta lectura de la democracia y la visión que presentábamos más arriba parecen claros. Principalmente, ambas ponen un acento muy especial en la intervención de los propios afectados en la creación del derecho, como condición para la aceptabilidad y respetabilidad de las normas. No resulta extraño, por tanto, que el propio Duff haya hecho explícitas, en los últimos tiempos, las conexiones que existen entre sus trabajos sobre la justificación del castigo y la teoría deliberativa de la democracia.[24] Su acercamiento a dicha teoría, finalmente, es consistente con el que han hecho varios otros autores interesados teóricamente en la problemática del castigo, y con una mirada también crítica sobre el mismo (de Greiff 2002, Nino 1996 y 1996b, Pettit y Braithwaite 1990 y 1994).

La teoría deliberativa de la democracia vincula la imparcialidad de las normas con procesos de discusión inclusivos y, por eso mismo, considera que en situaciones que ofenden alguno de esos básicos compromisos (decisiones que son el mero producto de la presión de grupos de interés; decisiones que se toman en el marco

22 Para él, "[n]o podemos decir, al menos sobre muchos criminales, que ellos se han apropiado de modo indebido de ciertas ventajas, por medio de sus crímenes." En muchos casos, los castigos no pueden ser vistos como un modo de "reestablecer un balance equitativo de cargas y beneficios, porque ese balance no existía de antemano". A. Duff, *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 229.

23 Habbermas, Between Facts and Norma; Cambridge, MIT Press, 1996.

24 (Duff y Marshall 2007; Duff, Farmer et al. 2007).

de sociedades fuertemente excluyentes) aumenta enormemente el riesgo de que las políticas públicas resulten sesgadas a favor de quienes controlan el proceso de decisiones, o en contra de quienes son más ajenos al mismo. Y ello, no a resultas de alguna teoría conspirativa, ni necesariamente como producto de la mala fe de los funcionarios de turno, sino como resultado de la natural dificultad que cada uno de nosotros tiene para ponerse en el lugar de los demás, conocer lo que resulta importante para ellos, o sopesar debidamente el valor que ellos le asignan a aquello que les importa.

El tema tiene una significación obvia en el marco de este trabajo, porque dicha teoría nos ayuda a predecir que en esta área –relacionada con los modos del ejercicio de la coerción penal- los niveles de exclusión social existentes, y la falta de debate público sobre la materia van a redundar en un ejercicio fuertemente sesgado e injustificado de dicha coerción.

Lo dicho, lamentablemente, parece encontrar un fuerte respaldo empírico cuando –por caso, y de modo relevante- prestamos atención a la deplorable situación que caracteriza a las prisiones en la mayoría de nuestros países. En ellas, inequívocamente, podemos reconocer de qué modo sociedades de composición social heterogénea, producen sistemas carcelarios de composición homogénea, en donde los grupos más desaventajados de la sociedad se encuentran claramente sobre-representados. Este resultado inaceptable se debe a muchas razones, pero sin lugar a dudas, también, a los modos en que el derecho se escribe (cuáles son las faltas que son seleccionadas como delitos y cuáles no); se aplica y se interpreta.[25] Finalmente, la pretensión del Estado de hacer uso de la violencia que controla resulta decisivamente cuestionable cuando quienes son más afectados por esa violencia representan a aquellos que menos involucramiento han tenido en el diseño, aplicación e interpretación de esas políticas de violencia.

IV. Una presunción negativa

En la práctica, las dos líneas argumentativas exploradas en la sección anterior marchan juntas, a pesar de que tenga sentido examinarlas por separado. Cada una de ellas nos refiere a ejemplos demasiado comunes en nuestras sociedades. Situaciones como las del *apartheid* sudafricano; violaciones masivas de derechos

25 En efecto, parece que, o bien estamos eligiendo castigar crímenes que son primordialmente cometidos por personas desfavorecidas, y/o que, dentro de esos crímenes seleccionados, el sistema penal se encuentra sistemáticamente sesgado contra los derechos e intereses de los desfavorecidos, porque son ellos los que aparecen sistemáticamente seleccionados por el aparato represivo del Estado.

humanos como las practicadas por la mayoría de las dictaduras latinoamericanas, durante los años 70; discriminaciones raciales extremas, como las sufridas por la comunidad afroamericana en los Estados Unidos; representan ejemplos muy visibles de situaciones de violencia grave y sistemática sobre algunos grupos, que implicaron una ofensa grave sobre los derechos de los grupos afectados, imputables al Estado en control del monopolio de la fuerza. Por ello mismo, los mencionados ejemplos ilustran bien la que fuera nuestra primera línea teórica, relacionada con los derechos. Sin embargo, y al mismo tiempo, tales ejemplos ilustran –como suele ocurrir- nuestra segunda línea de investigación, relacionada con la democracia, en general, y la democracia deliberativa, en particular. Al respecto, podríamos decir que los grupos entonces afectados –la comunidad negra en Sudáfrica; la de los afroamericanos en los Estados Unidos; la de las víctimas de las dictaduras latinoamericanas- se encontraban sistemáticamente privados de voz, en sus respectivas comunidades, y que por dicha razón el Estado no podía reclamar autoridad penal coercitiva sobre ellos.

Es decir, cualquiera de las dos vías teóricas exploradas al comienzo –la de los derechos o la de la democracia- nos habilita para llegar al mismo resultado, en relación con ciertas situaciones extremas: la pérdida de autoridad justificada por parte del Estado, para ejercer la coerción penal en los modos en que lo ha venido haciendo. O también podríamos decir, como dijeran otros, que dicha pérdida de autoridad se relaciona con agravios producidos por la autoridad al frente del gobierno, y derivados de graves violaciones sustantivas (de derechos) y procedimentales (democráticas) producidas por dicha autoridad. Ésta fue, por ejemplo, la estrategia seguida por Thomas Jefferson y parte de la dirigencia revolucionaria norteamericana, a la hora de escribir la Declaración de la Independencia.[26]

En el caso aquí bajo estudio, de todos modos, no me interesa (como sí podía interesarle a Jefferson) hacer referencia a los modos en que ciertas fallas sustantivas y procedimentales pueden poner en cuestión las mismas bases jurídicas de la comunidad. El caso sobre el que aquí me concentro es jurídicamente más específico, ya que me refiero a la justificación del uso de la violencia penal por parte del Estado en condiciones socialmente extremas, relacionadas con la existencia de radicales condiciones de exclusión.

Mi examen tampoco pretende sugerir la existencia de relaciones automáticas

26 Se trató, en dicha ocasión, de listar la "larga cadena de abusos" cometidos por las autoridades ingleses, en ofensa de los derechos básicos de los norteamericanos, contra su fundamental derecho al auto-gobierno. Dichos abusos, se alegaban, privaban al gobierno británico de su autoridad jurídica sobre los nuevos territorios.

del tipo exclusión social = disolución del Código Penal. La idea en la que pienso es diferente, más estrecha. Lo que afirmo es que, en circunstancias sociales tan extremas como las descriptas, que configuran lo que podemos llamar un Estado indecente, tenemos razones para ser mucho más exigentes respecto de los modos en que el Estado ejerce la violencia penal. En lugar de presumir, como lo hacemos hoy, que el ejercicio del poder punitivo se justifica en todos los casos, tenemos que cambiar la presunción y obligar al Estado a que nos justifique por qué es que quiere hacer lo que viene haciendo, dado el contexto social que existe, y del que es directo responsable. Uno podría decir que, en tal contexto, la presunción debe invertirse hasta tanto el Estado no demuestre que está haciendo esfuerzos genuinos y visibles para cambiar la situación que hasta hoy mantiene, y que implica masivas y graves violaciones de derechos.[27]

En este punto, es bueno recordar que todo el discurso justificatorio en torno al derecho penal se encuentra montado sobre la idea de la *ultima ratio*- es decir, sobre una versión de esa presunción negativa- que dice que el derecho penal no debe ser utilizado nunca…salvo en casos absolutamente extremos. Lo que ocurre es que, con el correr de los años, las autoridades estatales tanto como los doctrinarios han comenzado a distender sus preocupaciones al respecto, para aceptar la aplicación del derecho penal (contra lo establecido por el principio de la *ultima ratio*), indiscriminadamente, en cualquier caso, y con absoluta ligereza. Se nos *dice* entonces que las herramientas penales deben activarse sólo frente a los casos extremos, mientras que a partir de tales dichos, y en la práctica, se *actúa* como si el derecho penal ya hubiera quedado justificado, por lo cual el único razonamiento que resta es el que define qué pena específica va a aplicarse, en el caso concreto.[28]

Contra esta descuidada actitud, lo que sugerimos es volver a una versión fuerte de aquella presunción negativa respecto de la justificación del accionar estatal,

27 En este texto, me interesa hacer referencia al principio que, según entiendo, está en juego, antes que definir una fórmula acabada acerca de cuándo es que el Estado podría reclamar, legítimamente, que está haciendo los esfuerzos debidos, que merecerían dispensarlo de las cargas justificativas que aquí le atribuimos. En todo caso, sí diría que muchos de nuestros países se caracterizan por la presencia de situaciones de grave y extendida desigualdad, que incluyen a millones de personas viviendo en condiciones de pobreza extrema; amplios sectores medios; extendidos grupos de riqueza concentrada; y Estados que están lejos de considerarse en bancarrota. En dicho marco, según asumo, el Estado se encuentra en buenas condiciones de demostrar que está dispuesto a dejar atrás su connivencia con situaciones de grave injusticia.

28 De modo más radical, parte de lo más importante de la doctrina penal de nuestro tiempo defiende posturas cercanas al denominado "minimalismo penal," que procura tomar más en serio aquel compromiso con la *ultima ratio* (Ferrajoli 2008, Zaffaroni 2006). Entiendo, sin embargo, que esta saludable iniciativa tampoco ha sido mantenida de un modo debidamente consistente.

hasta tanto el cambio de actitud estatal sea manifiesto para todos, oficialistas y opositores. Esto es decir, si el Estado quiere recuperar su autoridad coercitiva penal, debe resultar claro para cualquiera que él está dirigiendo todas sus energías a poner fin a las injusticias que hasta hoy ha auspiciado, a través de sus acciones y omisiones. En condiciones de injustas desigualdades, sostenidas en el tiempo, es el Estado el que debe dar razones y garantías -a todos, y en particular a los que más y más habitualmente maltrata- de que está dispuesto a actuar de modo imparcial y respetuoso de los derechos de los más desaventajados, luego de dar cotidiana muestra de lo contrario, durante años, y frente a cada oportunidad en la que fue llamado a intervenir.

V. Objeciones

En esta sección, quisiera examinar algunas críticas posibles, ya conocidas, sobre posiciones como las que aquí se mantienen.

5.1. Las condiciones de la obligación política

Una observación habitual hecha por quienes desconfían de esta línea de análisis dice que la alegada exclusión que se toma como base para señalar la falta de autoridad del derecho no es tal. Ello, por caso, debido al significativo hecho de que ricos y pobres, privilegiados y desaventajados cuentan todos con un idéntico derecho al voto, que les permite influir de un modo no irrelevante sobre el sistema de toma de decisiones.[29] A ello se suma la circunstancia de que, en todas nuestras democracias, los más postergados están investidos de un derecho a la queja: ellos pueden salir a la calle, manifestarse y hacerse conocer a los demás sus puntos de vista. Por lo demás, se alega, la propia historia de nuestros países ratifica lo observado porque nuestros parlamentos cuentan habitualmente con representación obrera, así como representación de partidos que asumen como propios los intereses de los grupos más postergados. Del mismo modo, podría decirse, los medios de comunicación no escatiman imágenes o referencias a la situación de los grupos más postergados, razón por la cual no resultaría veraz sostener que ellos se encuentran invisibilizados, ausentes de la escena pública.

En mi opinión, la línea de argumentación anterior resulta difícil de sostener. En primer lugar, ella parte de una idea demasiado débil o poco exigente de la

29 Una lectura crítica, significativa, sobre la obligación política, en Simmons (1996).

obligación política. En las décadas de "separados pero iguales",[30] por ejemplo, los afroamericanos en los Estados Unidos podían contar con el derecho al voto, pero ello no negaba la presencia de ofensas gravísimas inducidas desde el Estado y que implicaban, en los hechos, un tratamiento como "ciudadanía de segunda clase." Sistemáticamente, y por razones ajenas a su responsabilidad, los miembros de la comunidad afroamericana tenían entonces un acceso a una educación, salud o aún servicios de transporte de mucha peor calidad de aquellos que se reservaban para la mayoría blanca. Y el hecho de que ellos pudieran votar no disminuía la gravedad de las faltas del Estado, ni su eventual derecho a desafiar o desconocer la autoridad del Estado.

En tal sentido, podría agregarse, el sistema representativo en una mayoría de democracias occidentales sufre de fallas graves, que hacen difícil que los ciudadanos puedan ganar control sobre el proceso de toma de decisiones, y hacer responsables por sus omisiones o faltas a los principales artífices de las políticas públicas que se adoptan. De allí que tales sistemas puedan convivir con situaciones de marginación extremas, u ofensas gravísimas sobre ciertas secciones de la comunidad. Nada de ello es desmentido por la existencia de algún fallo judicial favorable a algún individuo de bajos recursos; la presencia, en el Congreso, de algún diputado identificado con los intereses de quienes están peor; o algunas imágenes televisivas solazándose con las quejas o miserias de algunos pobres.

Finalmente, la objeción bajo examen fracasa por asumir que el único caso serio capaz de justificar una ruptura en los deberes de obediencia es el que se deriva de situaciones de máxima exclusión política –i.e., la aparición de una dictadura. Contra dicho criterio, aquí me interesó decir que la pérdida de autoridad política puede derivarse no sólo de la "ausencia de voz" de los marginados, o de la ruptura democrática (la llegada de una dictadura), sino también, y de modo especial, a partir de la presencia de graves y sistemáticas violaciones de derechos.

Decir lo anterior no implica desconocer que, en una sociedad decente, el respeto de los derechos puede resultar imperfecto; que en ellas pueden darse violaciones de derechos ocasionales, sobre algún individuo o grupo. Una sociedad decente es compatible con tales fallas eventuales. Entiendo, sin embargo, que ella es incompatible con la presencia de violaciones de derechos sistemáticas y graves. En esos casos, pierde sentido la afirmación según la cual "los más desaventajados están participando del sistema institucional, así que no hay razones para tratarlos

30 Cuando regían las más severas discriminaciones contra los afroamericanos, y se les impedía, legalmente, tener acceso a las mismas facilidades que se habilitaban para los blancos. Este régimen diferenciado fue reconocido constitucional, por la Corte Suprema norteamericana, en 1896, en el caso *Plessy v. Ferguson,* 163 U.S. 537.

como excluidos." El cuestionamiento que realizamos no depende, exclusivamente, de la mayor o menos inclusión política de los desaventajados (aunque aquí no concedería, de todos modos, que la existencia del derecho al voto, típicamente, elimina las razones que tienen los marginados para considerarse excluidos del sistema político). Nuestro cuestionamiento a la autoridad coercitiva se sostiene si es que podemos considerar, razonablemente, que los miembros más débiles de la sociedad se encuentran afectados por graves y sistemáticas violaciones de derechos.

5.2. Una objeción consecuencialista

Todos, pero especialmente los más desaventajados, necesitan del orden legal. Una variante del argumento anterior diría que, si bien alegaciones como las que hemos hecho son verosímiles, ellas no son suficientes para probar lo que pretendemos probar. Ello, sobre todo, porque alternativas institucionales como las que aquí parecen quedar disponibles sólo prometen agravar las violaciones de derechos de las que nos quejábamos. Según esta crítica, la puesta en cuestión de la autoridad coercitiva sólo puede traer consigo consecuencias desastrosas, sobre todo para quienes están peor. Este previsible resultado –se nos dice- sólo terminaría empeorando la suerte de aquellos a quienes más nos interesa proteger. En efecto, en un contexto en donde comienza a resultar habitual la desobediencia del derecho, o el desconocimiento de la autoridad jurídica de los decisores, ¿qué puede esperarse sino el caos, la violencia social y –peor aún- la violencia o venganza privada hacia los grupos sobre quienes existen mayores prejuicios –una especie de "todos contra todos" en donde los más desamparados son los que primero, y más previsiblemente, van a perder?

Un ejemplo de esta línea de argumentación ha sido explorada por autores muy reconocidos en el ámbito local, como el profesor italiano Luigi Ferrajoli (o, con matices diferentes, el argentino Raúl Zaffaroni), quienes consideran que la justicia debe comprometerse con la aplicación moderada/limitada de castigos, debido a una serie de premisas relacionadas, de modo muy directo, con las consecuencias trágicas que se seguirían en ausencia del derecho penal. El acento, en este caso, está puesto sobre los modos en que la coerción estatal ayuda a prevenir la violencia privada contra los que están peor.

El profesor Ferrajoli, en particular, alude a este criterio en su justificación de la coerción penal que, para él, se encuentra apoyada en dos razones fundamentales. Por un lado, él se refiere a la necesidad de favorecer el objetivo de la prevención general negativa, que busca maximizar la utilidad de la mayoría.[31] Alude, entonces,

31 L. Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1997, p. 332.

al servicio que puede prestar la pena en tren de minimizar el "malestar necesario de los desviados" (sic) –lo que convierte en injusta toda pena "agravada más allá de lo necesario para quienes deben sufrirla." Allí aparece otro criterio al que denomina "*el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal*," cual es el de impedir "la mayor reacción –informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal- que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella".[32] La pena aparece, entonces, como una forma de minimizar la "reacción violenta al delito".[33]

Lo dicho resulta, sin embargo, problemático por varios motivos. Por un lado, autores como Ferrajoli en ningún momento nos ofrecen una evidencia empírica (o referencias a ella) que sea capaz de fundar la conexión causal que establecen entre ausencia de penas –que no es lo mismo que ausencia de reproche estatal- y venganza privada.[34] Este problema es común a otros autores consecuencialistas que nos dicen que el ejercicio de la coerción penal estatal resulta, en definitiva, beneficioso para los pobres, cuando se la compara con lo que ocurriría en el caso de su eventual ausencia. Esta postura simplemente ignora el impacto que tiene, para la población pobre, el ser permanente blanco de sospecha, persecución o estigma, por parte de los sectores que ejercen la coerción. Por lo demás, esta postura simplemente no toma en cuenta la existencia de formas de justicia comunal/no estatal –tales como las famosas "rondas campesinas" – que, sin representar un modelo ejemplar de justicia popular, ayudan a ver que la ausencia del Estado en sus modalidades más reconocibles no implica, necesariamente, ni el caos, ni el peor perjuicio para los pobres, en lo que concierne a la prevención y combate al crimen.[35]

Por otro lado, así como no resulta nada claro que la ausencia de penas desataría formas de la venganza privada, así también corresponde decir que no es nada claro que la alternativa –siempre excepcional- de la venganza privada, no se desate o pueda desatarse en situaciones de plena justicia institucional. Ocurre que dichos sentimientos agresivos parecen tener más que ver con el daño emocional

32 *ibíd*., las cursivas son mías.

33 Finalmente, Ferrajoli ve a su proyecto justificatorio como "histórica y sociológicamente" relativo. Para él, "la gravedad y cantidad de las penas ha de ajustarse en suma a la gravedad y cantidad de la violencia que se expresa en la sociedad y al grado de su intolerabilidad social" (*ibíd*., 344). Y, concluye, "bajo este aspecto es indudable que la sociedad contemporánea es incomparablemente menos violenta" que sociedades pasadas.

34 Enfatizo este aspecto de la justificación dada por Ferrajoli para la pena, dado que él mismo admite –en la sección de su libro dedicada a la justificación de la pena- que "es dudosa la idoneidad del derecho penal para satisfacer eficazmente" su primer objetivo, el de prevenir el delito, dadas las "complejas razones sociales, psicológicas y culturales de los delitos, ciertamente no neutralizables mediante el mero temor a las penas" .*ibíd*., p. 334.

35 i.e, Yrigoyen Fajardo, 2003, 2004.

provocado por el crimen, que con la presencia o ausencia de justicia institucional. Por otro lado, si lo que se quiere es evitar los riesgos de la venganza privada ¿por qué no diseñar entonces estrategias protectivas sobre los acusados o responsables de ciertas ofensas, en lugar de encerrar a estos últimos, privándolos de sus libertades más básicas? [36] Finalmente, una teoría como la de Ferrajoli descansa sobre una exagerada confianza en la labor de los jueces, que tiene como contracara una exagerada desconfianza en el accionar de las mayorías, y finalmente en el funcionamiento de la democracia de masas. Ambas premisas, según entiendo, resultan injustificadas, aunque examinar con detalle la cuestión nos llevaría lejos del propósito central de este trabajo.[37]

Para terminar, diría solamente que todos, pero de modo muy especial quienes asumen visiones críticas de la pena (como lo hacen, por caso, Zaffaroni o Ferrajoli), requieren de justificaciones extraordinarias, si es que pretenden demostrar que la misma, a pesar de todo, es una herramienta necesaria, susceptible de ser justificada en contextos tan dramáticos como los que vivimos.

36 De modo similar, Zaffaroni señala que, si los jueces no aceptaran aplicar ciertas dosis mínimas de represión penal "las restantes agencias y, en especial, el formidable aparato de propaganda del sistema penal con su invención de la realidad...se ocuparían de aniquilar a la agencia (al acusado del caso) y a sus legítimas tentativas limitadoras, apuntalando su ejercicio de poder deslegitimado y poniendo en peligro toda la empresa judicial de limitación de la violencia" (Zaffaroni 2003, 284; también Zaffaroni 2006). Pueden verse las consecuencias nefastas de este tipo de visiones en casos recientes resueltos por la Corte Suprema de nuestro país –y con el claro aval del jurista argentino- como "García Méndez," en donde se justificó el encierro de menores en situación de calle bajo la idea de que de ese modo se los protegía. Como dijera la jueza Carmen Argibay, luego de aparecido el fallo, "No podíamos mandar estos chicos a la calle sin averiguar qué pasa. Si hacíamos eso, estaríamos ofreciendo blancos móviles. No se olviden de que en la Argentina existe el gatillo fácil."encontrado en: http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1077242

37 . En efecto, Ferrajoli presenta al "garantismo penal" como contracara de la "democracia política." En tal sentido, si fuera cierto, por caso, el vínculo que Ferrajoli señala entre neopunitivismo y decisión mayoritaria, luego, él tendría un mejor apoyo para avanzar su propuesta. Sin embargo, el nexo que aquí se establece tiene al menos dos problemas serios. En primer lugar, Ferrajoli no ofrece ningún apoyo empírico serio para su propuesta. Bien podría ser, por caso, que dicha conexión entre mayoritarismo y neopunitivismo fuera más azaroza, o más compleja, o menos unidireccional de lo que él alega. Pero ocurre además, y en segundo lugar, que hay buenos estudios empíricos que socavan sus dichos, y que muestran, por ejemplo, que la mayor intervención popular en el área penal, y la deliberación democrática sobre la cuestión no terminan necesariamente en un apoyo a propuestas consistentemente más punitivistas, sino más bien lo contrario. En todo caso –y aún asumiendo lo que no asumo, es decir el carácter polémico de estos últimos estudios- lo que resulta claro es que Ferrajoli no puede seguir sosteniendo su defensa del minimalismo penal de la manera en que lo hace: ella falla en su base empírica, tanto como en su apoyatura teórica. Me ocupo del tema en Gargarella (2010).

5.3. La desaparición del Estado

Y que decir frente a quienes sostienen que un cuestionamiento como el que ofrecemos implica objetar todo uso posible del aparato coercitivo estatal dando lugar, entonces, a una sociedad con un Estado virtualmente ausente, una sociedad en donde rige la "ley del más fuerte".[38]

Dicha pregunta es compleja, pero presupone que aquí se hacen afirmaciones que en este texto no se hacen, o directamente se rechazan. En primer lugar, debería aclarar que el objetivo de este escrito es el de examinar críticamente la justificación del uso de la coerción en ciertas condiciones contextuales, y no el de elaborar propuesta de política pública acerca de cómo debiera ejercerse dicho poder. Para tornar más comprensible lo que digo, pensemos en el siguiente ejemplo. Imaginemos que un Estado tuviera a la tortura como práctica habitual contra sus detenidos, y dijera –como suele decirse en esos casos- que utiliza la tortura porque es el único medio realmente efectivo para asegurar ciertos beneficios urgentes y deseables para todos (i.e., evitar inminentes actos terroristas).[39] Frente a dicha práctica la afirmación de un principio incondicional de no-tortura (basado, por caso, en el respeto de la igual dignidad humana, o los compromisos internacionales asumidos por el Estado, en materia de respeto de derechos humanos), no merecería ser respondido con ideas polémicas y empíricamente cuestionables del tipo "haciéndole caso a Ud., la persecución del terrorismo se torna imposible;" ni mucho menos con acusaciones del tipo "Ud. entonces está a favor del terrorismo." Nuestro cuestionamiento inicial parte de un punto filosófico, que requiere ser respondido filosóficamente. Por otro lado, respuestas como la citada –si es que quieren tener algún peso en la argumentación general- deben ser respaldadas mejor, en términos empíricos: no basta con proclamar simplemente que lo que sostenemos implica la desaparición de todo el sistema de persecución penal." Por lo demás, el cuestionamiento a ciertos aspectos centrales de una política penal (la tortura; el uso de penas de privación de libertad en contextos de fuerte desigualdad), no implican, necesariamente, un cuestionamiento a todos los demás aspectos de dicha política. De modo análogo podemos decir, frente a una política económica de fuerte intervención estatal, que la práctica de llevar adelante expropiaciones sin debido proceso no se justifica. Ello no implica sostener, sin embargo, que todos los demás aspectos del plan económico vigente sean igualmente cuestionables. Tal vez lo sean, tal vez no, y deberá pensarse sobre cada uno de esos casos por separado.

De forma adicional, debe tomarse en cuenta que una concepción de la

38 Una lúcida discusión al respecto en Hudson, 1995, p. 68.

39 E. Posner, A. Vermeule, *Terror in the Balance,* Oxford, Oxford University Press, 2007.

democracia y la igualdad como la que sostenemos no viene de la mano de una teoría política antiestatista, sino más bien lo contrario. Esto es decir, una teoría política que otorga al Estado un papel central en la tarea de asegurar el resguardo continuo de derechos fundamentales para todos.

Más aún, existe un problema, sobre el cual ahora no profundizaré, en considerar que quien hace una crítica de principios a una cierta práctica abusiva debe –si es que quiere actuar de modo responsable- contar con propuestas acabadas acerca de las mejores alternativas políticas, capaces de reemplazar la práctica criticada. Nuevamente, quien sostiene que no debe perseguirse al terrorismo a través de la tortura no necesita contar con un plan alternativo, viable, sobre cómo combatir exitosamente al terrorismo, para poder avanzar su crítica.

Finalmente, existen razones especiales para concentrar nuestra crítica sobre los modos en que el Estado hace uso de la coerción penal (en lugar de, directamente, iniciar un cuestionamiento global al Estado). Ello, no sólo porque analíticamente son dos cuestiones distintas, que pueden estudiarse por separado, sino sobre todo debido a los riesgos extraordinarios que implica la práctica de la coerción penal, en materia de violación de derechos. Y todavía más cuando, cotidianamente, nos encontramos frente a una práctica de violaciones masivas y graves de derechos (i.e., de los detenidos y procesados), que son en parte un producto directo de los modos en que se ejerce la coerción penal. Tenemos razones para urgir el fin del –hoy dominante- uso discrecional de la coerción penal, mientras que al mismo tiempo debemos exigir –contra ello- un fortalecimiento del aparato estatal en áreas vinculadas con la provisión de bienes para los que están peor (finalidad que se vería directa y mortalmente afectada si, por caso, los más aventajados dejaran de pagar sus impuestos en protesta por las injusticias que el Estado comete). En este sentido, debe quedar claro que nuestra crítica al uso de la coerción penal en contextos de desigualdades extremas en absoluto niega el valor de examinar todos los demás abusos que cometa el Estado, o de iniciar un examen crítico más global sobre los modos en que el Estado ejerce su autoridad.

5.4. El lugar de las víctimas

Una objeción común que se presenta cada vez que se hacen referencias a los derechos de los perseguidos penalmente por el Estado, tiene que ver con los derechos de las víctimas del delito. Según la formulación popular, hay "mucha preocupación por la suerte de los delincuentes, pero un absoluto descuido por los derechos de sus víctimas."

Contra aquella formulación, son muchas las observaciones que merecen hacerse. En primer lugar, conviene dejar en claro que el escrutinio estricto sobre los modos en que el Estado ejerce la coerción penal en contextos de injusta desigualdad no requiere la desatención de otros derechos. Por otro lado, cuando reconocemos que el mayoritario grupo de los desventajados lo es, entre otras razones, por su vulnerabilidad frente al crimen; por la desprotección a la que los condena el Estado; además de por el indebido modo en que se los juzga, queda más en claro que la preocupación por los modos en que se ejerce la coerción penal implica una preocupación especial por la suerte de las víctimas habituales del crimen.

Conviene llamar la atención, por lo demás, sobre la sugerencia -implícita en la formulación bajo examen- conforme a la cual el respeto de los derechos de las víctimas *requiere* de la utilización de la coerción penal (tal como hoy se la utiliza) contra quienes los hayan ofendido. Este reclamo debe ser rechazado enfáticamente. Tomar en serio los derechos de las víctimas (i.e., las víctimas de un crimen violento), puede requerir escucharlas y brindarles atención durante un proceso judicial; la apertura de centros de ayuda y contención para los ofendidos; puede implicar el otorgamiento de subsidios económicos y apoyos estatales específicos; puede hacer un llamado sobre el afecto y solidaridad de todos los demás hacia ellos –y un llamado especial para quienes están más próximos de las víctimas. Sin embargo, en qué sentido nuestro respeto hacia tales víctimas *necesita* de que concluyamos nuestra intervención con condenas penales? El nuestro no es ni debe ser un sistema jurídico que se alimente de la venganza.

Alguien podría decir, frente a lo anterior, que las condenas a los delincuentes son necesarias para asegurar la protección de futuras víctimas del delito. Sin embargo, dicha afirmación mantiene los problemas de las anteriores. Ello, entre otras razones, porque tales crímenes futuros pueden evitarse de muchos otros modos. Por ejemplo, tales crímenes podrían disminuirse asegurando un resguardo especial –un resguardo que hoy se omite- en defensa de los individuos, grupos y zonas más vulnerables de la sociedad; a la vez que una mayor protección social a aquellos a quienes hoy se les deniegan sus derechos sociales más básicos.

5.5. La responsabilidad penal

¿Importa la discusión anterior la defensa de un criterio según el cual los marginados sociales ya no debieran ser considerados penalmente responsables de sus crímenes, dado el tipo de padecimientos que han sufrido –según se alega- a manos del Estado? La respuesta breve frente a tal interrogante es que no. Existe, al respecto, una discusión larga y no demasiado alentadora, que ha llevado adelante

parte de la doctrina penal. En el ámbito anglosajón, el debate se vio subrepticiamente impulsado luego de un fallo de mediados del siglo anterior, en donde –de modo inesperado- un juez puso en cuestión la posibilidad de responsabilizar a un acusado de crímenes horrendos, a resultas del origen social tan trágico ("rotten social background") del que provenía. Se trataba del juez Bazelon, y el caso en cuestión era uno que involucraba un doble asesinato cometido por un individuo negro, absolutamente desposeído, a quien le gritaron insultos racistas en la entrada de un bar.[40] El juez, frente al caso concreto, se inclinó por adoptar una principio de irresponsabilidad muy amplio, que incluyera no sólo la discapacidad mental, sino también los efectos de situaciones de desventaja social extremas (adopting an ample irresponsibility defense, including both mental abnormality and the effects of extreme disadvantage). En su sentencia, y también en algunos escritos que la siguieron, Bazelon llamó la atención sobre la importancia de tomar en cuenta las condiciones socio-económicas del acusado. Y, además, se refirió a la conexión que encontraba entre crímenes violentos y la distribución de la riqueza. En sus palabras "existe una conexión causal significativa entre el crimen violento y un origen social de extrema pobreza" ("a significant causal link between violent crime and rotten social background"). Es por ello que propuso la adopción de medidas redistributivas (a favor de aquellos que no recibían su parte correspondiente en la distribución económica), a la vez de que sostuvo el valor de una defensa basada en ese origen social. Bazelon recibió entonces sólo unos pocos respaldos, en medio de críticas numerosas y filosas (Bazelon 1976, 1976b, Delgado 1985, Green 2009, Hudson 1995, 1995 Moore 1985, Morse 1976, 1976b, 2000, Tonry 1995).

Entre los defensores y continuadores de la postura de Bazelon destaca el trabajo de Richard Delgado, quien investigó sobre qué crímenes es que podía aplicarse una defensa como la sugerida por Bazelon. Él exploró, además, que opciones podían quedar al alcance del juez, en esos casos. De todos modos, y a pesar de escritos como los de Delgado, las objeciones recibidas por la presentación del juez

40 In 1973, and through his famous dissenting opinion in *United States v. Alexander* (471 F. 2nd. 923, 957'65 (D.C. Cir. 1973, Bazelon, C.J., dissenting) Judge Bazelon, from the D.C. Circuit Court of Appeals, suggested the possibility that extreme poverty might give rise a defense for the accused. Notably, in that opinion Judge Bazelon took into consideration the defendant's "rotten social background" and maintained that the trial judge failed in instructing the jury to disregard the testimony about defendant's social and economic background. The case involved two black defendants who murdered two white victims, one of them had shouted to one of them "black bastard." One of the accused reported, in his defense, that he had grown up in conditions of extreme poverty and that he was subjected to racist treatment, learning to fear and hate white people. The psychiatrist supported this view, saying that the offender suffered from an "emotional illness" (Delgado 1985). He also affirmed that the defendant "was denied any meaningful choice when the racial insult triggered the explosion in the restaurant."

se multiplicaron. Entre ellas, destacan las que presentara el reconocido teórico penal Michael Moore. Para éste último, enfoques como el propuesto por Bazelon implicaban tratar a los miembros de los sectores desaventajados como "menos que humanos" -"as less than human"-.[41] Para Moore, por lo demás, dicha mirada sobre los desaventajados implica habitualmente "elitismo y condescendencia".[42]

La discusión anterior, según entiendo, ha quedado encallada en un lugar de difícil salida. Las respuestas al problema planteado, por lo demás, prometen no ser nunca satisfactorias, al mismo tiempo, para las dos partes en disputa. En parte por ello, he preferido dejar entre paréntesis la cuestión de la responsabilidad penal de los pobres. Ocurre que el análisis que aquí se presenta no es dependiente de una previa respuesta a esta compleja cuestión. Como dijera Antony Duff, uno no necesita negar la responsabilidad de los marginados por los crímenes que cometen, para insistir con la misma pregunta frente al Estado: "Quién es Ud. para reprocharme algo?"

En algunas ocasiones, alguien podrá seguir ensayando, en defensa de los más postergados, alguna defensa afirmando que sus acciones pueden ser en parte *excusadas* como consecuencia de la "coacción propia de las circunstancias, por ejemplo, o la falta de oportunidades para adquirir artículos normalmente disponibles por medios no criminales;" o aún *(parcialmente) justificadas*, si el crimen puede ser visto como una manera de remediar la injusticia.[43] En su importante trabajo *Malign Neglect,* Michael Tonry explora esta línea de reflexión, para sostener que los jueces deben, en todo caso, introducir mitigaciones al momento de pronunciar su sentencia, y no al de definir la culpabilidad del ofensor. De ese modo, podrían dar una cabida apropiada a sus preocupaciones por las circunstancias que llevaron

41 M. Moore, "Causation and the Excuses," en California Law Review 73, 1985.

42 Michael Tonry objeta la idea de Moore conforme a la cual el derecho no debería tener en cuenta la simpatía que podemos sentir por aquellos criminales cuyo crimen fue causado por factores tales como la adversidad social o el abuso sicológico durante la infancia. Para Tonry, estas consideraciones de Moore sobre las desventajas sociales son contradictorias con lo que Moore ha escrito, en general, sobre el castigo. Para él, "parece inconsistente el hecho de que esté preparado para confiar en las intuiciones punitivas, e invocarlas como bases para sus argumentos sobre la justicia de los esquemas retributivistas penales, mientras que desconfía de las intuiciones de simpatía y las rechaza como base para argumentos sobre la justicia de los esquemas punitivos basados en la empatía" (Tonry 1995, 143). "It seems inconsistent that he is prepared to trust punitive intuitions, and to invoke them as a basis for arguments about the justness of retributive punishment schemes, while distrusting sympathetic intuitions and rejecting them as the basis for arguments about the justness of empathetic punishment schemes."

43 Sobre la diferencia entre la justificación y las excusas, ver Fletcher, 1978. Duff, A., "I Might me Guilty, But You Can't Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial," 1 Ohio St. J. Crim. L. 245, 2004, p. 258.

al ofensor a cometer el crimen -rechazando, de este modo, la idea tradicional de "merecimiento justo," y al mismo tiempo sin necesidad de iniciar reflexiones sobre la (no) responsabilidad penal de los desaventajados.[44]

Sin embargo, el punto que me interesa afirmar es que, a la hora de pronunciarse en un caso, los jurados o jueces deben no sólo determinar si hay pruebas suficientes para definir si alguien es culpable o inocente, y reflexionar sobre los límites posibles de la responsabilidad penal de los más desaventajados (discusión que, como viéramos, presenta extraordinarias complicaciones). En esas situaciones debe determinarse, también, y de modo significativo, si quienes juzgan tienen o carecen de el "*standing* legal o moral" para juzgar al delincuente. La pregunta, en términos más generales, debe ser si nosotros, como miembros del sistema de gobierno que hoy debe decidir en este caso, "no hemos tratado al delincuente como a un ciudadano. Las dramáticas condiciones sociales que afectaron el derecho de alguien de vivir una vida decente, no necesariamente exculpan al delincuente, pero pueden condicionar la posición del Estado para condenarlo".[45] Para Duff, "nosotros mismos, que mantenemos o toleramos un sistema social y legal que perpetra groseras injusticias, difícilmente podemos alegar el derecho de castigar a aquellos que actúan injustamente".[46]

5.6. La cuestión de la transición: Impunidad para todos los crímenes?

Otro tema importante, siempre presente cuando se tratan cuestiones como las que aquí tratamos, tiene que ver con el "mientras tanto," es decir, con la pregunta de la transición. El crítico sugiere entonces que reconoce aspectos centrales de argumentaciones como las que hemos presentado pero que, sin embargo, necesita saber qué es lo que vamos a hacer en el tránsito "de aquí hacia allí," de la actualidad

44 Tonry, M., Malign Neglect. Race, Crime, and Punishment, New York: Oxford University Press, 1995, p. 127; C. McCoy, "Sentencing (and) the Underclass," *en Law and Society Review*, vol. 31, No. 3, 1997, p. 604.

45 Hay una discusión importante aquí, respecto a si estas justificaciones o excusas cubren solamente a aquellos más directamente ofendidos por el Estado, o también aquellos que actúan en su nombre, afirmando (razonablemente) que también se consideran ofendidos por la actitud irrespetuosa del Estado.

46 Para desarrollar su opinión sobre el tema, Duff utiliza el concepto de "Desestimación". La idea es que hay algunos "trial-barring plea" ("declaración juicio – prohibir"), de acuerdo con el cuál, "la conducta previa del acusado limita la capacidad legal para poder juzgarlo", Ibíd., p. 250. Este concepto ha sido usado dentro del Derecho Civil con el fin de impedir ciertas demandas (Ejemplo: Si prometiera a mi inquilino que no le exigiré pagarme el alquiler entero que me debe, entonces terminaría el derecho de demandarlo por el alquiler completo). Duff trata de trasladar este concepto al área del Derecho Penal. A. Duff, *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 229.

de la injusticia penal, y hasta el momento en que lleguemos a un estadio de justicia social más plena. Es que vamos a dejar libres a todos los que están detenidos? Es que no vamos a perseguir más a ningún criminal, a ningún crimen? Y ni siquiera a los crímenes cometidos por los más ricos?

En parte, mi respuesta sigue a la que diera Antony Duff en su libro *Punishment, Communication and Community.* Allí, el profesor Duff da cuenta de que, tiempo atrás, él aceptaba la sugerencia según la cual debía suspenderse el recurso a una teoría tan exigente (sobre las precondiciones de la responsabilidad penal), hasta tanto no estuviéramos más cerca de satisfacer tales condiciones. Ello así, por ser una teoría "demasiado alejada de la vida humana como para servir de guía o finalidad para nuestras propias prácticas".[47] Sin embargo, en el libro citado, Duff opta por no dar ese paso y mantenerse en la defensa de una teoría exigente. Las razones de este cambio de postura son varias, incluyendo su convicción de que "cualquier teoría plausible sobre el castigo debe reconocer que su legitimidad se encuentra seriamente afectada por la no satisfacción [de requerimientos básicos] que es propia de nuestras sociedades".[48]

En lo personal, agregaría a dichas razones algunas otras. i) Ante todo, la generalizada actitud de autorizar el ejercicio del poder punitivo estatal en condiciones de extrema desigualdad no es, como sus defensores podrían sugerir, una manera de "preservar el respeto de los derechos, a pesar de que exista un contexto injusto." Por el contrario, y por razones como las señaladas más arriba, en tales contextos, el ejercicio del poder punitivo tiende a ser siempre arbitrario, sesgado, inaceptablemente selectivo –selectivo de maneras tales que la fuerza se ejerce solamente sobre los más débiles. Debemos ser conscientes, entonces, que frente al grupo de los más vulnerables, la *continuidad* de ese ejercicio hípersesgado del poder punitivo es una causa crucial en la *preservación* de una situación violatoria de derechos. ii) En segundo lugar, no debemos perder tampoco de vista que, en la práctica, el sistema penal tiende a castigar un porcentaje ínfimo de los crímenes que se cometen en la sociedad. Es decir, no es cierto que con la resistencia al poder punitivo que aconsejamos, vaya a cambiar radicalmente la situación actual, en cuanto a los crímenes que son castigados: más del 90 o 95 por ciento de los crímenes producidos quedan hoy –y seguirán quedando, con el esquema propuesto- impunes. iii) En tercer lugar, tampoco debe olvidarse que nuestra crítica a los modos en que se ejerce la justicia penal no pretende extenderse inmediatamente a otras áreas del actuar estatal. Como sostuviéramos ya, la

47 A. *Duff, Punishment, Communication, and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 198.

48 *Ibíd*.

gravedad de la violencia que se ejerce en el área penal amerita una revisión crítica más urgente y por separado. Es dable pensar, por caso, que el Estado podría seguir ejerciendo, en estos contextos, tareas preventivas y de protección básicas sobre la integridad personal, en tren de asegurar (lo que, por caso, John Rawls denominara) los "deberes naturales" de cada uno, de respeto hacia los demás.

Llegados hasta aquí, y antes de concluir, quisiera abordar directamente la difícil pregunta acerca de las preocupantes implicaciones del análisis propuesto: Es que ¿se propone aquí que todos los crímenes que vayan a producirse queden impunes?

Dicha pregunta tiene dos partes que merecen abordarse por separado: una referida a la idea de "todos los crímenes," y la otra vinculada con el tema de la "impunidad." La primera cuestión es relevante dado que, para muchos, un análisis como el propuesto debiera circunscribirse sólo a los delitos cometidos a causa de una injusticia social. Un primer problema relacionado con dicha proposición es que es muy difícil determinar cuándo es que un delito tiene un origen social, y cuándo no. La desigualdad extrema e injusta es condición esencial para que individuos desesperados se involucren en actividades también extremas y violentas, asumiendo riesgos que en otro contexto se negarían a asumir: quienes viven en condiciones de desesperación suelen sentir que ya no tienen nada más que perder. Por ello, resultaría arbitraria la pretensión de delimitar un círculo de "delitos estrictamente sociales," como eje de nuestro análisis.

Pero entonces, el análisis arriba propuesto implica dejar impunes aún los crímenes más horrendos? Lo primero que debiera decirse, frente una pregunta de este tipo, es que la misma resulta algo tramposa. La conclusión de este estudio no sugiere la impunidad de ningún grupo. Ella trata de un principio más general, según el cual un Estado indecente no puede invocar autoridad para ejercer legítimamente la coerción penal. Más aún, y contra lo que aquella pregunta sugiere, aquí sostuve, polémicamente, que debiéramos "darle luz verde" a (ciertas formas de) dicho poder coercitivo, si el Estado nos demostrase su clara disposición a dejar de lado su comportamiento indecente.[49] Para decirlo de otro modo, un Estado decente está en todo su derecho de reprochar ciertas conductas que, colectivamente, se consideren inaceptables.[50]

49 Por supuesto, quienes pretenden preservar la autoridad de un Estado indecente para seguir ejerciendo la violencia se verán inclinados a adoptar estándares muy ligeros sobre cuándo es que puede considerarse que el Estado ha comenzado a modificar su conducta, en dirección hacia comportamientos más decentes. Contra dicha actitud, y por el momento, me conformaría con proponer la adopción de criterios no triviales sobre qué significa "dejar de ser" un Estado indecente.

50 Me interesa dejar en claro, en este punto, las ideas de "reproche" y "castigo," definido este último como lo hiciera más arriba, es decir, como imposición deliberada de dolor.

Finalmente: se justificaría que el Estado continúe usando la coacción si reservara la coerción sólo ejercerla frente a "crímenes de cuello blanco"? El ejemplo tiene mucho de fantasioso, dado que en contextos como los descriptos, no es en absoluto esperable este cambio de actitud de parte del Estado. Sin embargo, la hipótesis merece considerarse como tal. Tal vez, éste sería un modo que el Estado podría utilizar para demostrar -ante todos, pero especialmente ante aquellos a quienes ha destratado durante años- su disposición a actuar de un modo diferente, más justificado. Sin negar por completo dicha posibilidad, señalaría sin embargo algunas reservas al respecto. En primer lugar, no se aboga aquí por el ejercicio de una justicia penal clasista -una justicia penal que alcance a los ricos y no a los pobres, digamos. Se aboga, más bien, por un ejercicio más justificado de la coerción. En segundo lugar, debería quedar en claro que la justificación de la coerción no implica, necesariamente, un aval para el castigo y la imposición del dolor, tal como lo conocemos. Tal vez, la pena entendida de ese modo nunca se justifique (aunque el tema excede los límites de este trabajo). Finalmente, diría –contra lo que la hipótesis bajo análisis sugiere- que la posibilidad de un ejercicio de la coerción diferente (no indebidamente sesgado hacia los más desaventajados) resultará siempre, previsiblemente, socavado, mientras se mantengan las estructuras judiciales, burocráticas, policiales, que hoy existen. Por sus tradiciones, por el modo de su composición, por su falta de responsabilidad pública, tales instituciones tienden a trabajar hoy en los modos conocidos. Por todo ello, es esperable que el derecho siga mostrando sus injustificables contornos actuales, en la medida en que su creación, aplicación e interpretación sigan apoyándose en las estructuras sobre las que hoy se apoyan.

La conclusión a la que llegamos nos dice que un Estado indecente no se encuentra justificado para ejercer la coerción penal. Puede decirse lo mismo en relación con formas alternativas de resolución de conflictos penales, más respetuosas de los derechos de las personas involucradas (i.e., formas más propias de la justicia restaurativa; o más vinculadas con acercamientos "dialógicos" al reproche penal)? La respuesta a este interrogante excede los límites de este trabajo, que pretendió concentrarse en una serie de casos especialmente complejos y, también, evidentes en cuanto a sus riesgos –los relacionados con la imposición deliberada de dolor. En principio, no es nada obvio que las mismas conclusiones puedan extenderse, sin más, al análisis de otros tipos de respuesta frente al crimen. Sólo diría, al respecto, que nunca debiéramos perder de vista el hecho de que, en sociedades injustamente desiguales, los riesgos de una intervención estatal sesgada son demasiado altos; y las posibilidades de llevar adelante un juicio justo, demasiado bajas.

Por supuesto, el tránsito por estas zonas difíciles del derecho torna muy

compleja la tarea de todos los miembros de la comunidad jurídica: hasta dónde actuar justificadamente? ¿qué es lo mejor que podemos hacer, en situaciones tan complicadas como las descriptas, para no caer en acciones u omisiones indebidas? Nadie niega la importancia y gravedad de este tipo de interrogantes. Sin embargo, no debemos utilizar estas dificultades –como habitualmente ocurre- como excusa para seguir justificando o avalando lo inaceptable. La presencia de casos muy difíciles nos da razones para acercarnos a ellos más crítica y detenidamente y no, en cambio, para seguir actuando de formas injustificadas, dada la complejidad de los problemas planteados por esos casos difíciles.

VI. Bibliografía

Alschuler, A., *The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea or Less Aggregation*, en *The University of Chicago Law Review*, 1991, vol. 58, 3 (summer).

Ashworth, A., *Principles of Criminal Law*, Oxford, Criminal Law, 1991.

Bazelon, D., *The Morality of the Criminal Law*, en *Southern California Law Review* 49, 1976.

Bazelon, D., *The Morality of the Criminal Law: A Rejoinder to Professor Morse*, en *Southern California Law Review* 49, 1976b.

Bazelon, D., *Questioning Authority: Justice and the Criminal Law,* New York, Alfred Knopf, 1988.

Bedau, H., *Punitive Violence and Its Alternatives*, in J. Brady and N. Garver, eds., *Justice, Law, and Violence*, Philadelphia, Temple University Press, 1999.

Bottoms, A., *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, 95.

Braithwaite, J. & Pettit, P., *Not Jut Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 1990.

Clarkson and R. Morgan (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon Press.

Carlen, P., *Crime, Inequality and Sentencing*, in R. Duff and D. Garland, *A Reader on Punishment,* Oxford: Oxford University Press, 1989.

Carlen, P., *Criminal women and criminal justice: the limits to, and potential of, feminist and left realist perspectives,* in R. Matthews and J. Young (eds.), *Issues in Realist Criminology*, London, Sage, 1992.

de Greiff, P., Deliberative Democracy and Punishment *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, n. 2, 373-403, (2002)

Delgado, R., Rotten Social Background: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?, *Law and Inequality*, 3, 1985.

Duff, A., *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

Duff, A., *Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability,*

en 18 *Oxford Journal of Legal Studies*, 1998.
Duff, A., *Punishment, Communication, and Community,* Oxford, Oxford University Press, 2001.
Duff, A., *I Might me Guilty, But You Can't Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial,* 1 *Ohio St. J. Crim. L.* 245, 2004.
Duff, A. *Authority and Responsibility en International Criminal Law*, to appear in S. Besson and J. Tasioulas, eds., *Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
Duff, A. & D. Garland, *A Reader on Punishment,* Oxford, Oxford University Press, 1994.
Duff, R. A., and S. Marshall, *Penal Theory and Practice*, Manchester, U.K., Manchester University Press, 1996.
Dworkin, R., *Justice in Robes*, London, Belknap Press, 2006.
Dworkin, R., *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.
Elster, J., *The Market and the Forum,* in J. Elster. and A. Hylland, eds., *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
Elster, J., *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
Ely, J., "Democracy and the Right to be different," 56 *N.Y.U. Law Review*, 1981, part. No. 5.
Ely, J. *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
Fabre, C., *Social rights under the Constitution, Government and the Decent life*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997.
Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo,* Madrid, Trotta, 2008.
Gargarella, R., *De la injusticia penal a la justicia social,* Bogotá, Siglo del Hombre, 2008.
Gargarella, R., *Cuatro temas y cuatro problemas en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli*, 2010, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, No. 2, febrero.
Gewirth, A., *Reason and Morality*, Chicago: Chicago University Press, 1978.
Green, S., "Hard Times, Hard Time: Retributive Justice for Unjustly, 2009.
Disadvantaged Offenders," Manuscript available at http://ssm.com/abstract=1511732
Habermas, J., *Between Facts and Norms*; Cambridge,MIT Press, 1996.
Hart, H., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968.
Heffernan, W., *Social Justice/Criminal Justice*, in W. Heffernan and J. Kleinig eds., *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
Heffernan, W.; Kleinig, J., *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the*

Administration of Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2000.
Honderich, T., *Punishment, the New Retributivism, and Political Philosophy*, in P. Griffiths ed., *Philosophy and Practice*, 1985.
Houtzager, *El movimiento de los sin tierra, el campo jurídico, y el cambio social en Brasil,* in B. Santos and C. Rodríguez Garavito, *El Derecho y la Globalización desde Abajo,* Barcelona, nthropos, 2007.
Hudson, B., *Racism and Criminology: Concepts and Controversies*, in D. Cook and B. Hudson, eds., *Racism and Criminology,* London, Sage, 1993.
Hudson, B., *Beyond Proportionate Punishment, Difficult Cases and the 1991 Criminal Justice Act, Crime, Law and Social Change* 22, 1995.
Lacey, N., *State Punishment*¸ London: Routledge, 1988.
Lacey, N; L. Zedner, *Discourses of Community in Criminal Justice,* vol. 22, *Journal of Law and Society,* 1995, No. 3.
Lacey, N., Social Policy, Civil Society and the Institutions of Criminal Justice," *Australian Journal of Legal Philosophy*, 26, 2001.
McCoy, C., *Sentencing (and) the Underclass, Law and Society Review,* vol. 31, No. 3, 1997.
Michelman, F.,*Welfare Rights in a Constitutional Democracy, Washington U. Law Quarterly,* 1979.
Moore, M., *Causation and the Excuses*, *California Law Review* 73, 1985.
Morse, S., *The Twilight of Welfare Criminology: A Reply to Judge Bazelon*, *Southern California* 1976, *Law Review,* 49.
Morse, S.,*The Twilight of Welfare Criminology: A Final Word*, *Southern California Law Review,* 49, 1275, 1976b.
Murphy, J., *Marxism and Retribution*, *Philosophy and Public Affairs* 2, 1973.
Nino, C., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1973.
Nino, C., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Conn., Yale U.P., 1996.
Pettit, P., *Republicanism,* Oxford: Oxford University Press, 1997.
Posner, E., Vermeule, A., *Terror in the Balance,* Oxford, Oxford University Press, 2007.
Rawls, J., *Two Concepts of Rules*, *The Philosophical Review* 64 (1), 1955.
Rawls, J., *A Theory of Justice,* Harvard: Cambridge University Press, 1971.
Rawls, J., *Political Liberalism,* New York: Colombia University Press, 1991.
Reiman, J. *The Rich Get Richer and the Poor Get Prison*, Boston: Library of Congress, 2007, 8th Edit.
Roberts, J. et al, *Penal Populism and Public Opinion,* Oxford, Oxford University Press.
Ryan, M., *Penal Policy Making Towards the Millennium: Elites and Populists; New Labor and the New Criminology, International Journal of the Sociology of*

Law 27, 1999.
Sadurski, W., *Justice and the Theory of Punishment*, 5 *Oxford Journal of Legal Studies* 47, 1985.
Sadurski, W., *Theory of Punishment, Social Justice and Liberal Neutrality*, *Law and Philosophy* 7, 1989.
Scanlon, T., *When Does Equality Matter*?, manuscript originally presented at the John Kennedy School of Government, Harvard University, 2007.
Simmons, J., *Associative Political Obligations*, *Ethics,* vol. 106, n. 2, 1996.
Sunstein, C., '*Interest Groups in American Public Law*', *Stanford Law Review*, Vol. 38, 1985.
Sunstein, C., *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press, 2001.
Sunstein, C., *Designing Democracy: What Constitutions Do,* Oxford: Oxford University Press, 2002.
Thayer, J., *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, *Harvard Law Review* 7, 1893.
Thompson, D., *Democratic Theory and Global Society*, *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 7(2), 1999.
Tonry, M., *Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishments*, in R. A. Duff and D. Garland, A Reader on Punishment, Oxford: Oxford University Press, 1994.
Tonry, M., *Malign Neglect. Race, Crime, and Punishment,* New York, Oxford University Press, 1995.
Tullock, G., Buchanan, J., Kershaw Rowley, C., *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Indiana, Liberty Fund, 2004.
Tushnet, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 2000.
Von Hirsch, A., *Doing Justice*, New York: Hill and Wang, 1976.
Von Hirsch, A., *Penal Theories*, in M. Tonry ed., *The Handbook of Crime and Punishment*, New York: Oxford University Press, 1998.
Waldron, J., *Liberal Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
Waldron, J., *The Dignity of Legislation,* Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
Waldron, J., *Why Indigency is Not a Justification,* in W. Heffernan and J. Kleinig eds., *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*, 2000, Oxford: Oxford University Press.
Waldron, J. *Law and Disagreement,* Oxford: Oxford University Press, 1999.
Waldron, J., *Why Indigence is Not a Justification*, in W. Heffernan and J. Kleinig eds., *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration*

of Criminal Law, Oxford: Oxford University Press, 2000.

Yrigoyen Fajardo, R., *Legal Pluralism, Indigenous Law and the Special Jurisdiction in the Andean Countries*, en *Beyond Law, Informal Justice and Legal Pluralism in the Global South* Vol. 10, Issue # 27, 2004,Internet ; www.alertanet.org/ryf-legalpluralism-BL27.pdf

Yrigoyen Fajardo, R., *El derecho indígena en los países andinos: ¿Mecanismos alternativos o jurisdicción propia?*, en *Revista CREA*: No 4. Temuco: Centro de Resolución alternativa de conflictos CREA, Universidad Católica de Temuco, 2003

Zaffaroni, R., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires: Ediar., 2003

Zaffaroni, R., *El enemigo del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar.

¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena? Un acercamiento desde la interculturalidad

Ramiro Ávila Santamaría[1]

Sumario

I. Introducción. **II.** La Interculturalidad. **III.** El mecanismo sancionatorio de la justicia penal estatal. **IV.** La justicia "penal" indígena en clave intercultural. **V**. Los retos de la interculturalidad en el ámbito legal: aprender de la cultura históricamente subordinada. **VI**. Bibliografia.

I. Introducción

Estamos en tiempos de interculturalidad. La justificación para esta afirmación, de forma fácil pero contundente desde una perspectiva jurídica, la encontramos en la Constitución ecuatoriana del año 2008. También podemos encontrarla en la realidad: somos diversos y existen varias culturas en nuestro país. El reconocimiento jurídico de la diversidad y de interculturalidad, plantean obligaciones poco comprendidas y asumidas y muchos retos. En este ensayo, por

1 Doctor en jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Master en Derecho de Columbia University (New York). Actualmente se desempeña como docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador y profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Profesor de Constitucionalismo contemporáneo, Teoría General de Derechos Humanos, Sociología del Derecho, Garantismo Penal y Género y Derecho Penal. Es autor y editor de varias publicaciones, entre ellas: *Neonsitucionalismo transformador* (Quito, 2011), *Derechos y garantías. Ensayos críticos* (Quito, 2011), *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal* (Quito, 2009), *La protección judicial de los derechos sociales* (junto con Christian Courtis, 2009), *Constitución del 2008 en el contexto andino , Análisis de doctrina y derecho comparado* (Quito, 2008), *Neoconstitucionalismo y sociedad* (Quito, 2008). ravila@uasb.edu.ec

razones de "deformación" profesional, plantearé la cuestión de la interculturalidad en relación con el derecho penal.

El derecho tradicionalmente ha mirado al "norte" para inspirarse, nutrirse, consolidarse, reformarse y renovarse. La interculturalidad exige, desde nuestra perspectiva, hacer lo mismo pero desde nuestras raíces y desde abajo, en todas las áreas de la vida social y de las interrelaciones humanas y naturales. Desde nuestras raíces implica reconstruir una utopia propia, prehispánica y que se torna anticapitalista. Desde abajo quiere decir desde los movimientos sociales y no desde las propuestas de las instancias globales como el Banco Mundial o desde el poder estatal. A esta forma de entender la interculturalidad la denominaremos, siguiendo a Walsh, "crítica", que esta encaminada a emancipar, a resistir y combatir todo poder que oprima o subordine y a transformar, reinventar y rehacer la sociedad y al Estado. [2]

Lo que nos interesa por el momento y para este ensayo es la materia penal, ahora que nos imponen discursos y propuestas punitivistas, sentimientos de inseguridad ciudadana, usos intensivos del sistema penal del Estado, reformas a la administración estatal de justicia y cambios integrales a los códigos penales, procesales penales y de ejecución de penas encaminados a conseguir más sentencias, aumentar las penas y a utilizar la cárcel como forma única de resolución de conflictos sociales graves.

En este contexto de reformas normativas y de interculturalidad, ¿Debe mirarse al derecho indígena para aprender e inspirarse para una reforma penal estatal? ¿Hay algo que el derecho indígena pueda enseñar al derecho estatal? Las mismas preguntas podríamos hacernos, en un país que reconoce la pluralidad jurídica, de las comunidades afrodescendientes, que no abordamos simplemente por no tener información y no porque no tengan algo que enseñar y compartir.

Para responder estas preguntas, dividiremos a este ensayo en tres partes. La primera tiene relación con las justificaciones para recurrir a la interculturalidad como principio fundamental en la construcción del Estado y del Derecho. La segunda parte hace relación con un aspecto central del derecho penal occidental que ha sido un fracaso total y que merece ser repensado y reformulado: la cárcel. La tercera parte describe, a partir de algunas investigaciones realizadas en Ecuador y Perú, ciertos rasgos de la justicia indígena y reflexiona sobre el sentido del encierro desde la perspectiva indígena. Finalmente, como conclusiones, se

2 Catherine Walsh, "Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico", Ponencia presentada en el Seminario Pluralismo Jurídico, organizado por al Procuraduría del Estado-Ministerio de Justicia, Brasilia, 13 y 14 de abril 2010, p. 5.

enumeran algunos aprendizajes que el derecho estatal puede recibir de la justicia indígena.

II. La interculturalidad

2.1. La interculturalidad en la Constitución de Montecristi

La interculturalidad atraviesa toda la Constitución de Montecristi, desde el preámbulo, pasando por el Art. 1, que define y caracteriza a la Constitución y al Estado, y regulando instituciones específicas a lo largo del texto normativo. Es decir, la interculturalidad es un rasgo fundamental del Estado y del Derecho en Ecuador.

El Preámbulo tiene cinco considerandos, todos ellos se relacionan de forma directa con la interculturalidad. El primero reconoce nuestras raíces milenarias y ya no solo nuestro saber occidental, cuyos orígenes se remontan a épocas anteriores a la conquista española. El segundo celebra la Pacha Mama, de la que somos parte vital para nuestra existencia, recoge nuestras más profundas creencias prehispánicas, y ya no solo nuestra religiosidad cristiana. El tercero invoca a Dios y reconoce diversas formas de religiosidad y espiritualidad, y ya no solo nos encasilla en que somos una población mayoritariamente católica. El cuarto apela a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, y ya no sólo a la cultura dominante que sin las otras nos empobrece como sociedad. El último considerando apela a las luchas de liberación frente a toda forma de dominación y colonialismo, y nos invita a ser críticos con toda nuestra historia, realidad y futuro. Ninguno de los cinco considerandos, que justifican la expedición de una nueva constitución, se podría entender sin la interculturalidad.

Si alguien se atreviera a negar el valor jurídico del Preámbulo, y no dudo que debe haber más de una persona que lo haga, entonces debemos acudir al texto de la Constitución. El Art. 1 de la Constitución -a la luz del cual debe leerse toda la Constitución, y cada uno de los artículos debe ser leído en concordancia con esta norma- establece que el Ecuador es un Estado intercultural.

La interculturalidad, como dirían algunos planificadores, es un eje transversal de toda la Constitución, que debería tener impacto en la organización del Estado, en el sistema jurídico y en su aplicación: aparece cuando regula sobre los idiomas para una relación intercultural (Art. 2), el derecho a la comunicación debe ser ejercido de forma intercultural (Art. 16), la educación debe ser intercultural (Art. 27) y debe promover el diálogo intercultural (Art. 28), las prestaciones de salud deben regirse por la interculturalidad (Art. 30), se considera un derecho colectivo la educación

intercultural bilingüe (Art. 57.14), es una responsabilidad de toda persona o grupo titular de derechos promover las relaciones interculturales (Art. 83.10), la participación en democracia debe orientarse por el principio de interculturalidad (Art. 95), los consejos de igualdad deben ejercer sus atribuciones relacionadas con la interculturalidad (Art. 156), la Función Electoral se rige por el principio de interculturalidad (Art. 217), las políticas integrales en los cantones fronterizos deben precautelar la interculturalidad (Art. 249), las circunscripciones territoriales indígenas y afrodescendientes se rigen por el principio de interculturalidad (Art. 257), el buen vivir requiere del goce de derechos y el ejercicio de responsabilidades en el marco de la interculturalidad (Art. 275), el sistema nacional de inclusión y equidad social se guía por el principio de interculturalidad (Art. 340), el sistema nacional de educación integrará una visión intercultural (Art. 343), el Estado garantizará el sistema de educación intercultural bilingüe (Art. 347.9), el sistema nacional de salud se guiará por el principio de interculturalidad (Art. 358), las políticas de hábitat y vivienda se elaborarán a partir del principio de interculturalidad (Art. 375.3), el sistema nacional de cultura respetará el principio de interculturalidad (Art. 378), las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional promueven la construcción de un mundo justo e intercultural (Art. 416.10), la integración promueve y proteger el ejercicio de la interculturalidad (Art. 423.4).

Jurídicamente, entonces, no hay discusión: la interculturalidad es un mandato normativo. Debería suceder, desde el más rancio formalismo jurídico, que los abogados y abogadas hagamos al menos un análisis semántico de las normas jurídicas que establecen la interculturalidad, bajo el principio positivista de la mera legalidad y de la neutralidad, que implica que el derecho es el que está vigente y que debe aplicárselo sin cuestionamientos. Pero el derecho tradicional se encuentra, como siempre, ocupado en mantener el *status quo*, estudiar el derecho privado y "matar con la indiferencia" las normas jurídicas con potencial emancipador.

Como debería suceder con el Derecho, no debemos quedarnos en los textos normativos y debemos mirar la realidad para entender el sentido de las normas. Si se entiende el sentido de la norma en otros contextos, como el social, político, histórico, su aplicación se torna más fácil. El imperativo normativo, cuando se acepta el precepto, se torna efectivo. La interculturalidad nos enriquece como cultura y como sociedad y, por ello, conviene desentrañar las consecuencias jurídicas de su reconocimiento.

2.2. El sentido histórico y político de la interculturalidad

Cuando la Constitución de 2008 establece que el Ecuador se organizará mediante un estado intercultural, está expresando con claridad tres ideas. (1) La una, constatación de una realidad, que reconoce que en el Ecuador existen culturas distintas a la hegemónica: somos heterogéneos en el Ecuador y también reconoce que existe colonialidad. (2) La otra, una aspiración, que todas las culturas tengan la posibilidad de desarrollar al máximo sus potencialidades y poder compartir y aprender de otras culturas: "hay que realizar los cambios que permitan una relación de equidad entre los grupos que la componen"[3]. (3) Finalmente, la idea de transformar, que implica desterrar y superar el colonialismo de la cultura hegemónica. Veamos someramente cada una de estas ideas fuerza.

2.2.1. El reconocimiento de la diversidad y de la colonialidad

a. La monoculturalidad y la diversidad

La historia de nuestro país –de igual modo la de nuestra región e incluso del mundo, ahora acentuado con la globalización– se caracteriza por el predominio y hasta la imposición de una sola cultura hegemónica, con pretensiones de universalidad. La cultura hegemónica invisibiliza y hasta destruye las otras culturas existentes en un mismo espacio y tiempo. Los espacios que han usado quienes detentan la cultura hegemónica han sido varios, tanto en el ámbito público como privado, que en su momento han sido magistralmente expuestos por Foucault a través de su teoría del disciplinamiento[4]: la familia, la iglesia, la escuela, el hospital, la cárcel, entre otras, son espacios en los que las personas se estandarizan o uniforman en todas sus manifestaciones.

La sociedad y el estado promueven sutilmente una forma de vida y una manifestación cultural. El modelo ideal de ser humano es una persona heterosexual, rodeada de una familia nuclear, que vive para satisfacer sus necesidades materiales a través del consumo, con religión judeo-cristiana, mestiza, patriarcal, individualista, urbana, profesional, propietaria y apolítica. Alrededor de este imaginario (reconozco que bastante simplificado) gira las institucionalidad pública y privada.

3 Enrique Ayala Mora, *Interculturalidad camino para el Ecuador,* FENOCIN-UASB-E, Quito, 2011, p. 57.

4 Véase, por ejemplo, en el ámbito de la sexualidad su *Historia de la sexualidad,* en tres tomos, en el ámbito médico: *El nacimiento de la clínica: una arqueología de la mirada médica*, en el ámbito penal-estatal: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, en el ámbito lingüístico: *Arqueología del saber*, en el ámbito psiquiátrico: *Historia de la locura en la época clásica.*

Veamos, ejemplificativamente, formas de transmisión de estos valores. Lo patriarcal comienza muy temprano en la vida, incluso antes del nacimiento, y que se manifiesta en los colores que identifican los sexos, el rosado para las mujeres, que estarán condenadas a la delicadeza y a la maternidad, y el azul para los hombres, que se dedicarán a juegos y a procesos de crecimiento más violentos. En lo económico, no habrá un solo programa de televisión que no tenga propaganda explícita o sutil que sugiera que la felicidad se consigue adquiriendo y comprando bienes que no son útiles ni saludables, como artículos de belleza o bebidas llenas de azúcar y colorante.[5] En lo religioso, la mayoría cristiana se hará sentir en cada festejo escolar y en cada reunión familiar. En el desarrollo de personalidad, la moda no dejará lugar a elección ni siquiera en la forma de vestirse ni de transportarse, las opciones de ocio y turismo, el libro que se lee, el programa que se ve, la ropa que se viste, las opiniones que se tienen, los amigos que se escogen, los lugares que se visitan y la comida con la que nos alimentamos, las ideas que se piensan y hasta el lugar y la forma de morir… y así podríamos ver, en todos los ámbitos de la vida, una tendencia a uniformarnos.

Por supuesto que tenemos la ilusión de ser "libres" y de poder escoger alternativas distintas a la cultura dominante, y efectivamente muchos lo hacen. La cultura admite un grado tolerable de disenso, que Echeverría llama "momentos extraordinarios en el límite"[6], que lo que hace es confirmar la regla de la cultura dominante.

El peor rasgo de una sociedad que promueve lo monocultural es que la forma de manifestar la subordinación o invisibilización de las otras culturas es a través de la discriminación: cuando la cultura diversa tiene que ver con lo indígena o lo afrodescendiente, el racismo se manifiesta; si es con el extranjero, la xenofobia; si es con la opción sexual, la homofobia; y así con cada una de las categorías por las que no se puede diferenciar para impedir o restringir el ejercicio de derechos.[7]

Lo cierto es que, afortunadamente, existen culturas distintas a la hegemónica que, en un estado y una sociedad que no las reconocen, resisten.

5 "Lo que resulta cada día más evidente es que una crítica así resulta incapaz de distinguir la necesaria, la indispensable denuncia de la complicidad de la televisión con las manipulaciones del poder y los más sórdidos intereses mercantiles –que secuestran las posibilidades democratizadoras de las información y de la creatividad cultural imponiendo la banalidad y mediocridad rampante en la inmensa mayoría de la programación…" Jesús Martín-Barbero, *La educación desde la comunicación,* Editorial Norma, Argentina, 2002, p.50.

6 Cuando estos momentos extraordinarios son colectivos se está ante una revolución o ante la barbarie. Véase, Bolívar Echeverría, *Definición de la cultura*, Fondo de Cultura Económica e Itaca, México, segunda edición 2010, p. 155.

7 Constitución, Art. 11 (2).

Las más evidentes son las que viven las personas y colectividades indígenas y afrodescendientes: 13 nacionalidades, 14 pueblos indígenas[8], a los que habría que añadir a los afrodescendientes y a los montubios. Estas –y otros grupos sociales que manifiestan culturas distintas a las hegemónicas, como aquellos de otra nacionalidad están actualmente subordinadas y en este punto conviene analizar el colonialismo que, según el Preámbulo de la Constitución, para luchar contra el él y liberarnos.

b. El reconocimiento de la colonialidad

La colonialidad no es una etapa histórica superada en el siglo XIX ni tampoco es mecanismo estatal de dominio de un Estado a otro. La colonialidad es una realidad actual y se produce desde cualquier ámbito de poder.

La colonialidad[9] es un mecanismo a través del cual una cultura, un grupo humano, domina a otro y lo despoja de todas sus potencialidades, de su historia, de su cultura, de su identidad. La colonialidad es un ejercicio de poder, que opera a través de múltiples mecanismos, que podrían sintetizarse básicamente en tres: (1) la diferenciación, (2) la jerarquización y (3) la dominación.

(1) La diferenciación. La cultura occidental se basa en el establecimiento de dualismos y en la clasificación como forma de conocer el mundo. Para muestra, el postulado básico de la lógica simbólica: *q* y *no q*. De este postulado, se desprende el principio de identidad y el tercero excluyente: todo lo que no soy *yo*, es *otro*.

Este primer paso, previo a dominar y como ejercicio del poder, consiste en establecer diferencias y clasificar: norte/sur, hombre/mujer, desarrollado/subdesarrollado, racional/emocional, intelectual/manual, urbano/rural, clase alta/baja, primer/último quintil, bueno/malo, caro/barato… La diferencia y la clasificación por esencia dividen, rompe, compartimentaliza la realidad. Los criterios para la diferenciación siempre son arbitrarios y terminan siendo funcionales al poder.

Quien tiene el poder de clasificar, normalmente define y singulariza. Desde el

8 Datos tomados del CODENPE, citados por Raúl Llasag, "Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipatoria", en Ramiro Avila Santamaría (Editor), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 351-355.

9 Véase sobre el tema Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, UASB-Abya Yala, Quito, 2009; Aníbal Quijano, "Colonialidad del poder y clasificación social", en Journal of World Systems Research, VI, 2, Summer/Fall, Special Issue: Feschist for Immanuel Wallerstein, Part I (en http://cisoupr.net/documents/jwsr-v6n2-quijano.pdf, visita enero 2011).

género, por ejemplo, los hombres nos hemos diferenciado de las mujeres y hemos establecidos las características de cada uno.[10]

(2) La jerarquización. La jerarquización implica una valoración, que tendrá efectos posteriores en el ejercicio de derechos. Normalmente los dualismos van aparejados a la jerarquización. Los dualismos dividen al mundo y ponen a unos sobre otros. Las características de unos son positivas y merecen la pena desatacarlas, y las de los otros son negativas y hay que eliminarlas o invisibilizarlas.

Así, por ejemplo, siguiendo con el género, que opera a través de la patriarcalización de las relaciones humanas, que es una forma potente y cotidiana de colonización, todas las características que se le atribuyen al hombre, las masculinas, son positivas, buenas, superiores, tales como la racionalidad, la actividad, la abstracción, la generalidad, el poder…; en cambio, las supuestas características esenciales de las mujeres, lo femenino, son negativas, malas, inferiores, tales como la sensibilidad, la pasividad, lo concreto, lo natural, lo particular, lo subjetivo…

Esto podemos visualizar en cada esfera de la vida. En lo laboral, se remunera con más dinero el trabajo racional, con menos el manual y con nada el dedicado al cuidado; en lo social, todos tienen que huir de la pobreza y aspirar a ser rico; en lo espacial, se valora más lo urbano que lo rural; y así podríamos seguir con toda relación humana.

(3) La consecuencia final es la dominación. Unos ejercen poder sobre otros de manera efectiva. Unos toman decisiones por otros. Unos son meros medios y sus fines son indiferentes y están destinados a cumplir los fines de otros. La dominación se ejerce a través del disciplinamiento y del control. Por el disciplinamiento, las personas sutilmente cumplen con los roles predeterminados, sin ningún tipo de cuestionamiento y sacrificando sus libertades. Por el control, se utilizan mecanismos directos, como la coacción y la represión. La coacción se produce por mecanismos jurídicos que obligan a cumplir la voluntad de otro; la represión es el uso más violente de la coacción, que es el mecanismo penal: policía, prisión, condena, cárcel.

La coincidencia de estos tres elementos, produce la colonización. La colonización impide el ejercicio de derechos de un grupo humano, que se halla sometido a quienes tienen el control hegemónico de los mecanismos de poder: clasificar, jerarquizar y dominar.

La interculturalidad es el reconocimiento de la realidad: nuestras sociedades

10 Frances Olsen, "El sexo del derecho", en Ramiro Avila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares *El género en el derecho,* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 139.

son diversas y coloniales. Hay heterogeneidad y en esa diferencia, unos oprimen a otros. Esta es la primera consecuencia del reconocimiento de la interculturalidad. La otra consecuencia es que, una vez reconocidas otras culturas en un mismo espacio territorial, estas tienen que relacionarse de forma horizontal.

2.2.2. El aprendizaje intercultural

El llamado del estado intercultural no es cambiar de una cultura hegemónica a otra ni tampoco de ser simplemente multiculturales. No se trata de que las culturas hoy subordinadas sean hegemónicas. Más de una vez he escuchado que eso es lo que se pretende cuando la Constitución ha reconocido como un valor importante el *sumak kawsay*. Nunca se ha pensado, desde la perspectiva opuesta, cuando desde la primera Constitución se estableció que para tener representación política se debía ser ciudadano, que efectivamente fue una imposición occidental europea excluyente. El *sumak kawsay* es un valor y una forma de entender la vida que, bien comprendido, sin duda puede ser compartido por cualquier persona o colectividad. Así como la dignidad es un valor occidental que merece ser difundido y valorado, muchos valores que son promovidos por los movimientos indígenas tienen el mismo potencial.

La interculturalidad no es multiculturalidad. Como bien lo distingue Walsh[11], la multiculturalidad es un término descriptivo, que hace referencia la existencia de varias culturas en una unidad territorial y que muchas veces conviven involuntariamente, como los inmigrantes. La noción de multiculturalidad es indiferente al tratamiento político de los grupos diversos y hasta permite y mantiene la colonialidad. Caben en un estado multicultural la promoción de una cultura hegemónica o la segregación de una cultura subordinada. Además, el término obvia la noción relacional: "oculta la permanencia de las desigualdades e inequidades sociales que no permiten a todos los grupos relacionarse equitativamente y participar activamente en la sociedad, dejando así intactas las estructuras e instituciones que privilegian a unos en relación a otros."[12] A esta forma de entender la interculturalidad Tubino la llamó "interculturalidad funcional".[13]

La interculturalidad significa "el contacto e intercambio *entre culturas* en términos equitativos; en condiciones de igualdad."[14] Toda cultura es una dimensión

11 Catherine Walsh, *Interculturalidad…,* op. cit.*,* p. 42.

12 Catherine Walsh, op. cit., p. 43.

13 Fidel Tubino, "La interculturalidad crítica como proyecto ético-político", citado por Catherine Walsh, "Interculturalidad crítica…", op. cit. , p. 7

14 Catherine Walsh, op. cit., p. 41.

de la vida humana que se reproduce a sí misma.[15] No existen mejores culturas o una "alta cultura" y otra "baja", que por lo demás esta distinción no es otra cosa que el reflejo de sociedades jerarquizadas y con una fuerte presencia de una cultura hegemónica[16]. Toda cultura es susceptible de cambiar, mejorar y perfeccionarse, en el sentido de que puede ofrecer mejores posibilidades para un "buen vivir". Esta "evolución" puede darse por autocrítica pero, sobremanera, por aprendizaje de otras culturas. Más adelante, cuando analicemos el aprendizaje que podría producirse de parte del derecho estatal si dialogara en términos de igualdad con otras culturas, veremos el aspecto dialogal de la interculturalidad.

2.2.3. La transformación de la realidad

Reconocida la diversidad de culturas y la colonialidad, establecida la necesidad de relaciones horizontales entre las culturas, el siguiente paso es "sacarse las máscaras y tirarlas". Estos es mirarnos de frente y sin prejuicios. ¿Qué es lo que desenmascaramos? Sin duda veríamos, por la opresión, la cara de la colonialidad: dolor, sufrimiento, marginación, exclusión, violencia, discriminación. Una mirada franca y directa no toleraría que dos culturas, dos actores, sean tan diferentes y que la diferencia sea el podio de uno y el fracaso del otro.

En este punto, se eliminarían o se tomarían todas las acciones para combatir los mecanismos de colonización: (1) armonizar, (2) desjerarquizar y (3) cooperar.

(1) La armonía significa la convivencia de varias características en una sola esencia. De esta forma se evitan los dualismos. Para el pensamiento occidental, por ejemplo, naturaleza no es lo mismo que ser humano; éste tiene el mandato de dominar y distinguirse; el ser humano no es animal y vive sobre el mundo. En cambio, para el pensamiento andino, el ser humano es parte de la naturaleza, el ser humano es animal ni mejor ni superior a otros seres vivos, por tanto es uno y varios. En la lógica simbólica andina, *q* es *no q*; los hombres somos también mujeres, los ricos son pobres, lo bueno tiene su lado malo y todo viceversa.

(2) La eliminación de la jerarquización implica la revalorización de toda manifestación de los seres vivos y de las culturas. Es tan importante, ni más ni menos, las labores de cuidado y reproducción como las de producción; el trabajo manual y el intelectual; lo rural y lo urbano… todos nos necesitamos y todos somos importantes.

15 Bolívar Echeverría, *Definición de la cultura*, Fondo de Cultura Económica e Itaca, México, segunda edición 2010, p. 165.

16 Bolívar Echeverría, op. cit., p. 170.

(3) Las relaciones opuestas a la dominación son aquellas que se basan en la solidaridad y en el principio de igualdad sustancial. La dominación se basa en la competencia y en el individualismo. Considera que la vida es como una carrera donde sólo los mejores y los más fuertes llegarán a la meta. Este el sistema capitalista. En cambio, una organización social y unas relaciones humanas basadas en la solidaridad, se basa en el reconocimiento de que sin los otros no se puede desarrollar al máximo las potencialidades de una individuo o colectividad, y que los seres que comparten o colaboran son los que más resisten. La vida no es una carrera sino un camino en el que no hay metas fijas ni predeterminadas. Este es el sistema del Buen Vivir.

Combatiendo todas las formas como se ejerce el poder de dominación, se descoloniza una sociedad y se permite "la transformación y la construcción de condiciones de estar, ser, pensar, conocer, aprender, sentir, y vivir distintas."[17]

III. El mecanismo sancionatorio de la justicia penal estatal:

3.1. La cárcel

Miremos y contrastemos, desde la lógica de la interculturalidad, como lo hemos entendido, dos realidades. Por un lado, el mecanismo sancionatorio de la justicia estatal, que se centra en el uso de la cárcel y en el encierro como solución única. La otra realidad es la justicia indígena.

En un libro testimonial, un ciudadano francés al describir su primer día en la cárcel, manifiesta que penetró en la "antesala del infierno". La primera sensación que tuvo fue un olor repulsivo y unos ruidos atemorizantes. "Las imagines que desfilan delante de mis ojos me cortan el aliento. Múltiples brazos se balancean ante las rejas de las puertas, los detenidos están con los torsos desnudos y parecen buscar el poco aire que pasa por estos delgados marcos. A pesar de la oscuridad, distingo la estrechez de las celdas en que está amontonado un número incalculable de personas, de pie, pegados unos contra otros. El calor es sofocante; el olor, insostenible. El pánico y el miedo me paralizan…"[18]

En el encierro se producen múltiples situaciones que producen profundas y reiteradas violaciones a los derechos humanos. Las más comunes son el hacinamiento, la violencia institucional contra el privado de libertad que produce muerte, tortura y tratos crueles e inhumanos, la falta de servicios públicos y condiciones de vida que degradan la dignidad del ser humano privado de libertad.

17 Catherine Walsh, "Interculturalidad crítica…", op. cit., p. 6.

18 Gilbert Dufour, *Sospechas en Ecuador. Infernal injusticia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Editorial Trama, Ecuador, 2009. p. 74.

3.2. El hacinamiento

Basado en información proveniente de 28 países de América Latina y el Caribe, Elías Carranza concluye que la población penitenciaria viene creciendo de forma acelerada y que hay un uso generalizado de la prisión dentro del sistema penal[19]. Los niveles de sobrepoblación son mayores que el 120%, por lo que conviene calificar a la situación de gravísima[20].

El hacinamiento, entendido como la existencia de más de una persona donde hay espacio sólo para una, se agrava si se considera la falta de recursos humanos y también financieros. Han aumentado los presos, pero no el personal administrativo y peor la adecuación física.[21]

Un dato que genera más decepción, es que la mayoría de las personas privadas de libertad no están cumpliendo condena sino que, bajo la presunción de inocencia, están encerradas mientras están siendo procesadas.[22]

Para graficar esta situación, según informe de un juez de ejecución de penas en Costa Rica, "el hacinamiento es terrible, por lo que los privados de libertad en ocasiones deben dormir encima y a la par de los servicios sanitarios, en los baños o en el suelo, sin cama; se producen robos de ropa y dinero, ultrajan y violan a los privados de libertad que recién ingresan, se vende droga, se matan, hieren y amenazan personas para que paguen protección, hay humedad en todo el Centro, la atención médica no es la adecuada ni alcanza para toda la población…"[23]

De igual modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su visita *in loco* a las cárceles de Jamaica, constató que "el problema de hacinamiento es aún más crítico en las celdas de detención policial, donde las personas arrestadas son encerradas junto con personas en detención preventiva en espacios completamente inadecuados… los detenidos se amontonan en celdas oscuras, sin ventilación y sucias… los detenidos viven en medio de la basura y la orina, sin consideración alguna por su dignidad…"[24]

19 Elías Carranza, "Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe", en Elías Carranza (Coordinador), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Siglo XXI-ILANUD, México, p. 13.

20 Elías Carranza, "Sobrepoblación penitenciaria…", op. cit., p. 20.

21 Luis Paulino Mora, "Sobrepoblación penitenciaria y derechos humanos: la experiencia constitucional", en Elías Carranza (Coordinador), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Siglo XXI-ILANUD, México, 2007, p. 59.

22 Elías Carranza, "Sobrepoblación penitenciaria…", op. cit., p. 28.

23 Luis Paulino Mora, "Sobrepoblación penitenciaria…", op. cit., p. 68.

24 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, comunicado de prensa 59/08, 2008.

En cada uno de los informes que la CIDH ha realizado a países de la región, existe un acápite sobre las personas privadas de libertad, y las constataciones realizadas en Jamaica son semejantes a las del resto de países de la región.

3.3. La violencia institucional

Hay muchas formas de manifestación de la violencia, por omisión y acción de las autoridades encargadas de proteger derechos dentro de las cárceles. La más dramática es la muerte por falta de prevención o por ejecuciones dentro del encierro.

ILANUD sostiene que las muertes por homicidio al interior de las cárceles son 25 veces más altas que la vida en libertad[25]. Muchas de esas muertes se producen entre compañeros por falta de prevención de parte de los guardias y otras por masacres propiciadas por el mismo estado. Así, por ejemplo, en el 2004 en la cárcel de Urso Branco, Brasil, murieron 9 personas y 160 fueron retenidas como rehenes; en el 2004, en el penal La Esperanza, El Salvador, murieron 30 personas y 23 fueron heridas; en el 2005, en la cárcel de Higüey, República Dominicana, murieron 100 personas; en el 2005, en la cárcel de Escuintla, Guatemala, 30 personas murieron y 80 fueron heridas; en el 2005, en la Penitenciaria de Magdalena, Argentina, murieron 32 personas por asfixia; en la cárcel de Uribana, en el 2007, Venezuela, murieron 16 personas y quedaron heridas 13…[26]

En las sentencias y resoluciones de los organismos internacionales de derechos humanos también se refleja y registra esta realidad, como muestra válida y evidente del funcionamiento inhumano de los sistemas penales. Así, por ejemplo, se mencionan las condiciones de vida en algunos casos. En el caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que murieron 42 internos, hirieron a 175, se afirma que 322 personas internas sufrieron tratos crueles, inhumanos y degradantes, tales como abusos sexuales a mujeres, "hacinamiento, aislamientos en celdas reducidas con falta de ventilación y luz natural, sin lecho para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, y la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas…"[27]

Creo que un caso que sintetiza y refleja la situación calamitosa de nuestras

25 Mauricio Benito Durá, Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica. Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas", COMJIB-Secretaría General Iberoamericana-AECID, Tirant lo blanch, Valencia, España, 2009, p. 199.

26 Mauricio Benito Durá, *Sistemas…*, op. cit., p. 200.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Penal Miguel Castro c. Perú, 2006, párr. 315.

cárceles, que además ha sido construido en base a datos oficiales y periciales, es el conocido por la Corte Interamericana como el "Caso del Instituto de Reeducación del Menor", denominado "Panchito López", ubicado en Paraguay.

En este caso se consideró como hechos demostrados los siguientes: las personas estaban encerradas en un lugar destinado a ser casa de habitación y por tanto no tenía infraestructura adecuada; sus internos eran niños de sectores marginados; con una sobrepoblación del 50%, las celdas eran insalubres con escasas instalaciones higiénicas. Los internos estaban mal alimentados y carecían de asistencia médica, psicológica y dental adecuada. Los internos que sufrían discapacidades físicas, enfermedades mentales y/o problemas de adicciones, no contaban con una atención médica acorde con sus necesidades especiales. Los internos contaban con pocas oportunidades de hacer ejercicio o de participar en actividades recreativas. Muchos de los internos no tenían camas, frazadas y/o colchones, con lo cual se vieron obligados a dormir en el suelo, hacer turnos con sus compañeros, o compartir camas y colchones; esta situación facilitó para que hubiera abusos sexuales entre los internos y riñas y peleas. Los programas ofrecidos sufrían serias deficiencias, ya que no contaban con un número adecuado de maestros ni con recursos suficientes. Los guardias del Instituto recurrieron frecuentemente al uso de castigos violentos y crueles con el propósito de imponer disciplina en la población de internos; como métodos de castigo se utilizaron aislamiento, palizas, torturas, y traslados a cárceles de adultos; además, los guardias vendían sustancias estupefacientes a los internos… los internos fueron sometidos a sufrimiento diario y, por tanto, a un proceso de aprendizaje negativo y vicioso, el cual, en parte, explicaba el alto índice de reincidencia de los mismos. En la última década se produjeron enfrentamientos con los guardias y varios incendios. Hubo varias muertes y múltiples heridos…[28]

3.4. La falta de servicios públicos

Una de las consecuencias obvias del hacinamiento, es la obstaculización del normal desempeño de las funciones de cualquier sistema penitenciario, tales como salud, el descanso, la higiene, la alimentación, la seguridad, el régimen de visitas, la educación, el trabajo, la recreación y la visita íntima[29]

Por mencionar algunos datos, la incidencia de enfermedades prevenibles,

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay, 2004, párr. 134.

29 Elías Carranza, "Sobrepoblación penitenciaria…", op. cit., p. 22 y 23; Alejandra Ramm, *Imputados. Primerizos y reincidentes: un registro testimonial*, Colección Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales, Chile, 2005, p. 58.

como la tuberculosis o el sida, han adquirido en algunos centros penitenciarios proporciones de epidemia. "Por ello, las causas más frecuentes de muerte en nuestras cárceles son aún las enfermedades transmisibles y las patologías y lesiones que podrían prevenirse y curarse, respectivamente, de existir suficientes medios y adecuada infraestructura sanitaria y acceso a una pronta, adecuada y eficiente atención médica".[30]

Los baños suelen tener un mal estado estructural. "Los internos llegan a utilizar bolsas plásticas y otros envases para depositar sus materias fecales"[31]. Los drenajes de las aguas servidas tampoco son funcionales.[32]

La alimentación es escasa y deficiente, mal preservada y preparada. El presupuesto para alimentación varía entre 0.58 centavos de dólar y 1 dólar. El acceso al agua potable no es permanente ni óptimo. En algunos casos el agua es contaminada [33]

En cuanto a la educación, la ofrecida por los centros penitenciarios es considerada de mala calidad: escolaridad plagada de "desenganches" (separación de contenidos con la realidad de las personas), conflictividad, repitencias reiteradas, desconexión de la realidad. Además, se presentan expulsiones del sistema por indisciplina, repitencias, abandono, formación deficiente y elemental. "Si la educación y la escuela no pueden operar debidamente es obvio que las habilidades y destrezas para el desarrollo social y personal, en el proceso de socialización, son casi nulas y potencian el deterioro de los vínculos familiares, el poco valor de la vida, la nula participación social y el desinterés político, la evasión bajo el uso de drogas, el contagio del HIV, generando códigos sociales o de clase que operar como reafirmadores de la estigmatización o identidad de grupo social vulnerable olvidado o relegado por la sociedad y el Estado"[34] .

3.5. La degradación del ser humano privado de libertad

La privación de libertad, aún en cárcel de oro, suele causar perjuicios irreversibles en la personalidad humana, que suele ser peor mientras más larga. Múltiples estudios demuestran los efectos alienantes en cualquier lugar de

30 Morris Tidball-Binz, "Atención de la salud y sobrepoblación penitenciaria: un problema de todos", en Elías Carranza (Coordinador), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Siglo XXI-ILANUD, México, 2007, p. 49.

31 Mauricio Benito Durá, *Sistemas…*, op. cit., p. 217.

32 Gilbert Dufour, *Sospechas en Ecuador*, op. cit., p. 169.

33 Mauricio Benito Durá, *Sistemas…*, op. cit., p. 218.

34 Mauricio Benito Durá, *Sistemas…*, op. cit., p. 234.

encierro.[35] Zaffaroni sostiene que "uno de los resultados del sistema penal parece ser la neutralización por deterioro de la persona, acelerando o determinando un proceso de decadencia biosíquica de la misma…"[36]

La vida en la cárcel es dura de llevar, por las condiciones de precariedad en que ahí se vive. En un estudio cualitativo realizado por Alejandra Ramn, se recogen varias evidencias que demuestran el impacto del encierro en la vida de las personas. "Estar en la cárcel es sentirse súper vulnerado en un montón de derechos… el derecho a expresarse, a tener una atención de salud digna,… se les priva de un montón de cosas que no están castigadas… yo siento que hay mucho maltrato… el sistema fomenta fobia social por una serie de agresiones que ellos viven a diario… "[37]. Las personas privadas de libertad sufren angustia por la convivencia con personas desconocidas y violentas. El ambiente agresivo degenera en miedo a los funcionarios penitenciarios y a los compañeros de celda. El temor va desde la posibilidad del acoso, pasando por los insultos, robos, agresiones sexuales hasta a la muerte.[38] En definitiva, "condiciones precarias de subsistencia, hacinamiento, pérdida de libertad y autoestima, soledad y miedo, son elementos que configuran la experiencia cotidiana de las cárceles"[39]. La vida y la experiencia en la cárcel son siempre dolorosas y traumáticas.

En las "presotecas"[40], como se seguirá afirmando a lo largo de este ensayo, la dignidad de las personas es vulnerada cotidiana y reiteradamente. Zaffaroni afirma, sintetizando todo lo que se ha dicho hasta el momento, que "no hay aberración imaginable que no hayan conocido ni padecido nuestros sistemas penales y que, lamentablemente, justo es confesarlo, no han podido ser erradicadas del todo…"[41]

IV. La justicia "penal" indígena en clave intercultural

Entrando en materia del derecho penal, siempre se ha dicho que las propuestas

35 Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Séptima Edición, Madrid, 2005, p. 455.

36 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Criminología. Aproximación desde el margen*, Temis, Bogotá, 1998, p.205.

37 Alejandra Ramm, *Imputados,* op. cit., p. 60.

38 Alejandra Ramm, *Imputados,* op. cit., p. 63.

39 Alejandra Ramm, *Imputados,* op. cit., p. 64.

40 Lucila Larrandart, "Política criminal y Estado de Derecho ¿Tolerancia cero?", en Elsie Rosales y Lolia Aniyar de Castro, *Cuestión criminal y derechos humanos. La perspectiva crítica*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009, p. 174.

41 Eugenio Raúl Zaffaroni, "Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal", en Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 15, Quito, 2009, p. 110.

de los abolicionistas, que sostuvieron la eliminación del encierro y la devolución del conflicto a la víctima, eran irrealizables porque implicaban una sociedad diferente. Pero resulta que en nuestras sociedades, con todos sus defectos, se aplican justicias muy parecidas a las propuestas por los abolicionistas. Estas justicias son las que "administran" las comunidades indígenas de forma ancestral, a pesar de la imposición oficial de un solo derecho y de más de trescientos años de influencia colonial.[42]

En uno de los estudios más serios y recientes sobre la justicia indígena, publicadas en la Serie "Justicia Comunitaria en los Andes" (cuatro tomos)[43], se demuestra (1) que el estado no interviene, (2) que las víctimas y las comunidades tienen la capacidad de resolver conflictos, que el método y el procedimiento de resolución de sus conflictos es la conciliación y (3) que el encierro no es considerado como una pena útil y que la mejor reacción ante las infracciones más graves (penales) es la reparación.

4.1. El estado no interviene

El estado no tiene la capacidad operativa ni técnica para intervenir en los conflictos suscitados en las comunidades indígenas. No resuelve los conflictos sociales con relevancia penal en las zonas urbanas, mucho menos en los territorios indígenas, a donde ni siquiera llegan autoridades estatales. En Ecuador, por ejemplo, sólo se da respuesta al 2.61% de los casos que llegan a su conocimiento[44]; el fracaso sería mayor si sumaríamos los conflictos indígenas.

Sin embargo, cuando el estado interviene lo hace para desconocer la justicia indígena y para agravar los conflictos, bajo la premisa de que es justicia "salvaje" o "primitiva" y que viola los derechos humanos. En dos casos documentados, el uno en Guatemala en la comunidad de Chico[45] y otro en Ecuador en la comunidad La Cocha[46] , se puede apreciar lo pernicioso de la intervención estatal. En los dos

42 Walsh, Catherine, "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico", en Judith Salgado (compiladora), *Justicia indígena. Aportes para el debate*, UASB, Abya Yala, Quito, p. 24.

43 Hans Jürgen Brandt y Rocío Franco Valdivia (compiladores), *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2006.

44 Fernando Carrión, Jenny Pontón y Blanca Armijos, (2009) *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana*, Flacso Ecuador y Municipio Metropolitano de Quito, p. 55.

45 Guillermo Padilla, "La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena", en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Honrad Adenauer Stiftung, México, p. 151.

46 Carlos Poveda, "La Cocha: 2002-2010, retrocesos en un estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico", en

casos se resuelven los conflictos tanto en la justicia indígena como en la justicia ordinaria y se pueden constatar sus diferencias. En el caso de la comunidad Chico, se juzgó un robo de una camioneta (pick up) a un indígena que vivía del transporte de mercancías, los victimarios reconocieron su responsabilidad, pidieron disculpas, se obligaron a devolver lo robado y se los reinsertó en la comunidad. El acto de juzgamiento comunitario se consideró, por parte de los medios de comunicación, como un linchamiento. Cuando intervino la justicia ordinaria, encerraron a uno de los victimarios, que algunos años más tarde salió de la cárcel sin sentencia y adicto a la base de cocaína, la víctima no pudo obtener lo que se le había prometido, el dinero que iba ser utilizado para comprar la camioneta se destinó al pago de honorarios del abogado defensor y la víctima no pudo reinsertarse en la comunidad.[47]

En Ecuador, en el caso de la Cocha, se juzgó a una persona que había dado muerte a otra, el victimario fue sancionado a recibir "ortigazos"[48], cargar una piedra alrededor de la comunidad, pedir perdón y pagar una suma de dinero a la madre de la víctima. De igual modo, el acto de juzgamiento fue considerado como un linchamiento y el victimario fue presentado por los medios de comunicación como una víctima. A pretexto de violación de los derechos humanos del victimario, intervino la justicia ordinaria para liberarlo de los "salvajes" indígenas, desconocieron lo juzgado, encerraron tanto al victimario como a las autoridades indígenas y el caso se encuentra dentro de un procedimiento penal. Lo más seguro es que las personas saldrán después de algunos años sin condena, con todos los efectos que genera el "padecimiento" carcelario y el daño y reparación a las víctimas será completamente ignorado.

Estos dos casos son paradigmáticos en relación a la inutilidad y violencia del sistema penal ordinario. En la mayoría de los conflictos que se suceden en una de las 22 nacionalidades indígenas guatemaltecas o en alguna de las 16 nacionalidades indígenas ecuatorianas, afortunadamente, el estado no interviene porque no puede y porque no sabe lo que sucede. Los conflictos familiares, comunitarios y sociales se resuelven en aplicación de sus derechos ancestrales. Negar ese derecho resulta una ingenuidad y al mismo tiempo una prepotencia enorme. ¿Cómo arreglan los cuidados de los niños? ¿Qué normas se aplican para los matrimonios, las sucesiones de bienes, los incumplimientos de los acuerdos? ¿Cómo se juzgan los actos violentos? Sin duda, la respuesta no se va a encontrar en nuestros códigos

Novedades jurídicas, Ediciones Legales, Año VII, Número 19, Quito, 2010, p. 6.

47 Guillermo Padilla, op. cit., p. 176

48 La ortiga es una planta que produce hinchazón. Tiene efectos medicinales y se suele usar como una forma de castigo. En Bolivia se lo conoce como "chicotazo".

civiles ni penales. Las normas, los procedimientos, las autoridades y las sanciones tienen como fuente el derecho ancestral.

4.2. La conciliación y la purificación

La justicia es percibida por las comunidades y por las autoridades como "un proceso orientado a la resolución de un conflicto. El objetivo principal es superar el problema mediante la reflexión y el entendimiento de las partes y lograr una conciliación o reconciliación"[49].

En una comunidad de Cajamarca, Perú, se afirmó que "todos los problemas se concilian y todos entran por igual y primero por la base y que hay que trabajar mucho y no se hace presión"[50].

En términos sociales se restablecen y fortalecen los vínculos rotos por el cometimiento de una infracción, y en términos personales el infractor se purifica, se limpia, por ello la pena no tiene como "finalidad causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo… [El proceso es] un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y restablecer la armonía"[51].

4.3. La reparación

La convivencia en el mundo indígena se basa, pues, en la idea de armonía y equilibrio. Cuando se comete una infracción, se rompe la armonía. La intervención de las autoridades y de la comunidad se encamina a restablecer el equilibrio roto.[52] El equilibrio se logra mediante la inclusión (reintegración social) del infractor y la satisfacción de la víctima, que además fortalece los vínculos comunitarios.[53]

Una decisión se considera justa, desde la perspectiva indígena, cuando se logra reparar el daño causado a la víctima[54] "Un aspecto del derecho indígena es devolver

49 Hans-Jürgen Brandt y Valdivia, Rocío Franco (2007), *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Normas, Valores y Procedimientos en la Justicia Comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú*, Instituto de Defensa Legal, Forma e Imagen, Lima, 2007, p. 79.

50 Hans-Jürgen, *Justicia…*, op. cit., p. 80

51 Corte Constitucional de Colombia (1997), Sentencia T-523.

52 Josef Esterman, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya Yala, Quito, 1998, p. 116.

53 Hans-Jürgen Brandt y Valdivia, Rocío Franco, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El tratamiento de conflictos. Un estudio de actas en 133 comunidades, Instituto de Defensa Legal, Forma e Imagen*, Lima, 2006, p. 143.

54 Hans-Jürgen Brandt y Valdivia Rocío, *Justicia comunitaria…*, op. cit., p. 90

la armonía quebrantada, recuperar las relaciones, y si es posible, la reconciliación."[55] En la gran mayoría de conflictos se resuelve con la conciliación.[56]

Tanto el procedimiento como las sanciones tienen profundos significados comunitarios, encaminados a encontrar el equilibrio y la cohesión social: mantiene o restablece la paz comunal, garantiza la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad, los infractores rectifican su conducta (se comprometen a no volver a cometer el mismo error y piden disculpas), inclusión de las personas involucradas en el conflicto (salvo los casos de expulsión, en los que se considera que el infractor es incorregible), previenen y disuaden efectivamente[57]. Un ejemplo que refleja la idea del equilibrio e inclusión es el del caso de la Cocha en el año 2002. La persona que había dado muerte a un comunero, después de haber cumplido la pena dentro de la comunidad, cuatro años más tarde fue elegida dirigente de la comuna.[58]

4.4. La privación de la libertad en el mundo indígena

En las comunidades indígenas, la privación de la libertad es una pena sin sentido porque rompe con el principio básico de convivencia que obliga a no ser ocioso[59]. Sin embargo, esta pena existe, es corta (no dura más de siete días) y es realmente excepcional[60]. En un caso conocido por la Corte Constitucional de Colombia, en el que la comunidad impuso una pena de privación de libertad de 8 años y luego la revisó e impuso la pena de 20 años, en base a estudios antropológicos, la Corte constató el hecho de que "en la cárcel… no se ve a la familia y se fuma marihuana, bazuco, se aprende de homosexual, se aprende fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de cárcel no corrige, antes daña…"[61] y se estableció que la comunidad había impuesto una sanción ajena a sus normas ancestrales, que preveía, para hechos similares, 3 años de trabajos comunitarios y tiempos cortos de cepo.

Además, resulta interesante resaltar que en la justicia comunitaria no existe la lógica de sospechoso, procesado o condenado; la persona es parte de la comunidad

55 Vintimilla Saldaña, Jaime, Almeida Milena y Saldaña Remigia (2007), Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades Kichwas del Ecuador, Instituto de Defensa Legal, Forma e Imagen, Lima, 2007, p. 150.

56 Hans-Jürgen Brandt y Valdivia Rocío, *Justicia comunitaria…*, op. cit., 2006, p. 211.

57 Brandt y Valdivia, 2007, op. cit, pp. 92-96; 2006, pp. 148-150.

58 Brandt y Valdivia, 2007, op. cit., p. 92.

59 Guillermo Padilla, op. cit., p. 172

60 Hans-Jürgen Brandt y Valdivia, op. cit., 2006, p. 147.

61 Corte Constitucional de Colombia (1996), Sentencia T-349.

y el problema es de la comunidad no exclusivamente de la persona victimaria[62] la persona que comete una infracción "distorsiona severamente el orden socio-económico, ritual y celebrativo, y por tanto el orden holístico."[63] Luego, el conflicto de la víctima y del victimario es de toda la comunidad. Por ello, la privación de libertad como castigo retribucionista no tiene sentido ni tampoco como pena rehabilitadora.

La justicia indígena tiene problemas como cualquier administración de justicia. Uno de ellos, son los excesos en relación a violación de derechos humanos, cuando ya no hay significados de purificación en el ejercicio de la violencia o incluso en algunos linchamientos. Pero estos casos de violencia son apenas de un 4.1%[64] y se afirma que un buen 90% no hay incompatibilidad con los estándares de derechos humanos.[65] Otro problema es el relacionado con la violencia intrafamiliar, que no es adecuadamente resuelto y de alguna manera es tolerado.[66]

V. Los retos de la interculturalidad en el ámbito legal: aprender de la cultura históricamente subordinada

Me parece, sin dudar, que mucho hay que aprender del sistema jurídico indígena y este es un mandato en el Estado intercultural. El reto está en efectivamente mirar ese sistema jurídico y tomar las mejores prácticas que sean aplicables. Este aprendizaje de otra cultura requiere el cumplimiento de algunas condiciones:

¿La cultura hegemónica puede aprender algo de culturas subordinadas? ¿Las culturas subordinadas pueden aprender algo de la cultura hegemónica? Sin duda que sí y en muchos ámbitos. Por ejemplo, el individualismo y la competitividad fomentada por la cultura hegemónica global, que ha generado tantos índices de suicidio y de dependencia a fármacos en los países del norte, pueden aprender tanto de la vida comunitaria y solidaria de muchas comunidades indígenas. Nociones como las de democracia representativa pueden enriquecerse con las formas de obtener consensos en las democracias comunitarias de muchas partes de la región andina. Así mismo, culturas indígenas pueden aprender sobre las múltiples luchas y reflexiones que han hecho los movimientos feministas de occidente y revitalizar

62 Hans Jürgen Brandt y Valdivia, op. cit., 2006, p. 197.
63 Josep Esterman, op. cit., p. 204.
64 Hans Jürgen Brandt y Valdivia, op. cit., 2006, p. 146.
65 Hans Jürgen Brandt y Valdivia, op. cit., 2006, p. 147.
66 Rocío Franco Valdivia, y María Alejandra González Luna, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores.* Instituto de Defensa Legal, Forma e Imagen, Lima, 2009, p. 166.

la participación y el respeto a la mujer. Aprender de la cultura históricamente subordinada es una forma de descolonizar.

Boaventura de Sousa Santos propone una metodología de diálogo, que la denomina "hermenéutica diatrópica", por la que propone una forma de conocimiento y enriquecimiento entre dos culturas. Desde ese encuentro, Santos concluye, por ejemplo, que existen nociones de respeto a las personas semejantes a lo que conocemos como dignidad. El encuentro entre culturas debe ser "mirándonos la cara, no es lo que yo llamo "estar juntos pero de espaldas, un auténtico diálogo de culturas. Una interlocución entre pares."[67]

La interculturalidad no es una propuesta simple y pacífica. Implica profundas transformaciones en todo orden, tanto individual privado como político estatal. La gestión de la interculturalidad requiere transformar todos esos espacios, discursos e instituciones que actualmente promueven una cultura hegemónica, una realidad, un modelo de vida. Imaginémonos, por un instante, cómo se configuraría una familia, una escuela, unos medios de comunicación, unos estados realmente interculturales. Las familias serían más interétnicas, se promoverían distintas formas de espiritualidad, las niñas también se vestirían de azul, de vez en cuando cultivaríamos la tierra; en las escuelas existirían indígenas y afrodescendientes, aprenderían kichwa, comerían cocadas en los recreos; en los hospitales encontraríamos shamanes, nos darían más agüitas de hierbas en lugar de pastillas, nos escucharían más en lugar de ver exámenes médicos; los medios de comunicación nos mostrarían poesía, mitos, paisajes distintos, voces y vidas inimaginables, nos promoverían el buen vivir además del consumismo; quizá no existiría cárcel y todas las sanciones serían reparatorias… La vida, sin duda, sería menos rutinaria, más interesante y retadora.

Estamos a las puertas de una reforma penal integral. La mirada, como siempre desde que fuimos históricamente colonizados, miramos hacia el norte o hacia países que han aprendido bien y adaptado de forma eficiente el derecho y las prácticas del norte. Así, por ejemplo, vamos a adoptar la necedad más grande de los Estados Unidos: mayor represión, más cárceles, más policías, más eficientismo, mayor divorcio entre las víctimas y los victimarios, mejores técnicas policíacas. También, seguramente, miraremos a Chile y su modelo de juicio adversarial, que es una máquina de producción de sentencias y de multiplicación de condenados.

¿No será que podemos aprender de nuestros indígenas y mirarnos a nosotros mismos? ¿Será que hay algo diferente al sistema penal basado en la cárcel?

67 Luis Macas, "Construyendo desde la historia…", op. cit., p. 93.

Requerimos, pues, tomar en serio la interculturalidad, dialogar en términos de igualdad con quienes aplican otros sistemas jurídicos, ser más humildes e imaginarnos que en lugar de grandes consultores internacionales podemos aprender de una autoridad indígena y lejos de una oficia o escritorio. Este reto implica, si uno ve desde lo científico, desarrollar muchas metodologías que han desarrollado las ciencias sociales, como la antropología o la sociología, para aprender desde nuestro saber occidental; o tal vez, simplemente aprender a escuchar y mirar libre de ataduras científicas al otro, siempre que exista esta apertura cultural hacia lo que ha sido considerado marginal y subordinado.

Al fin, no solo que aprenderíamos para el derecho penal, sino teniendo esa posibilidad de aprender de las otras culturas, además miraríamos esa realidad de exclusión, marginación, discriminación que no queremos ver. En un estado intercultural la opresión y la pobreza no podrían ocultarse ni tolerarse.

El estado intercultural no es, pues, una palabra inocente o novelera más. La propuesta no podrá limitarse a una reforma legal, a la incorporación de una materia en la escuela, a la creación de un ministerio, a un reportaje en la televisión pública. El estado intercultural tiene un rol central en la construcción de una sociedad diferente y emancipadora. La interculturalidad no puede ser impuesta desde arriba sino que debe ser un "proceso dinámico y proyecto de creación y construcción desde la gente, que reconoce y enfrenta los legados coloniales aún vivos e incita al diálogo entre lógicas, racionalidades, saberes, seres, formas de vivir y mundos, que tienen derecho a ser distintos".[68]

Estamos en tiempos de reformas integrales al sistema penal estatal. La mirada está puesta en las leyes, las doctrinas y las prácticas de países que promueven la eficiencia y el uso intensivo de las cárceles. La interculturalidad, mandato constitucional, nos invita y nos obliga a mirar y a aprender de otros sistemas jurídicos, que los tenemos en nuestro propio Ecuador y de los cuales, con un poco de inteligencia, de trabajo empírico y de humildad, podemos aprender y, desde éstos, debemos corregir la justicia estatal.

68 Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, UASB-Abya Yala, Quito, 2009, p. 59.

VI. Bibliografía

Ayala Mora, Enrique, *Interculturalidad camino para el Ecuador,* FENOCIN-UASB-E, Quito, 2011.

Brandt, Hans Jürgen y Rocío Franco Valdivia (compiladores), *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2006.

Brandt, Hans-Jürgen y Valdivia, Rocío Franco (2007), *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Normas, Valores y Procedimientos en la Justicia Comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú*, Instituto de Defensa Legal, Forma e Imagen, Lima, 2007.

Carranza, Elías, "Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe", en Elías Carranza (Coordinador), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Siglo XXI-ILANUD, México.

Carrión, Fernando, Jenny Pontón y Blanca Armijos, (2009) *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana*, Flacso Ecuador y Municipio Metropolitano de Quito.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay, 2004, párr. 134.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Penal Miguel Castro c. Perú, 2006, párr. 315.

Dufour, Gilbert, *Sospechas en Ecuador. Infernal injusticia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Editorial Trama, Ecuador, 2009.

Durá, Mauricio Benito, Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica. Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas", COMJIB-Secretaría General Iberoamericana-AECID, Tirant lo blanch, Valencia, España, 2009.

Echeverría, Bolívar, *Definición de la cultura*, Fondo de Cultura Económica e Itaca, México, segunda edición 2010.

Esterman, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya Yala, Quito, 1998.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Séptima Edición, Madrid, 2005.

Larrandart, Lucila, "Política criminal y Estado de Derecho ¿Tolerancia cero?", en Elsie Rosales y Lolia Aniyar de Castro, *Cuestión criminal y derechos humanos. La perspectiva crítica*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009.

Llasag, Raúl, "Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipatoria", en Ramiro Avila Santamaría (Editor), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

Macas, Luis, "Construyendo desde la historia…", op. cit..

Martín-Barbero, Jesús, *La educación desde la comunicación,* Editorial Norma, Argentina, 2002.

Mora, Luis Paulino, "Sobrepoblación penitenciaria y derechos humanos: la experiencia constitucional", en Elías Carranza (Coordinador), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Siglo XXI-ILANUD, México, 2007.

Olsen, Frances, "El sexo del derecho", en Ramiro Avila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares *El género en el derecho,* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

Padilla, Guillermo, "La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena", en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Honrad Adenauer Stiftung, México, p. 151.

Poveda, Carlos, "La Cocha: 2002-2010, retrocesos en un estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico", en *Novedades jurídicas*, Ediciones Legales, Año VII, Número 19, Quito, 2010.

Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder y clasificación social", en Journal of World Systems Research, VI, 2, Summer/Fall, Special Issue: Feschist for Immanuel Wallerstein, Part I (en http://cisoupr.net/documents/jwsr-v6n2-quijano.pdf, visita enero 2011).

Ramm, Alejandra, *Imputados. Primerizos y reincidentes: un registro testimonial*, Colección Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales, Chile, 2005.

Tidball-Binz, Morris, "Atención de la salud y sobrepoblación penitenciaria: un problema de todos", en Elías Carranza (Coordinador), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Siglo XXI-ILANUD, México, 2007.

Tubino, Fidel, "La interculturalidad crítica como proyecto ético-político", citado por Catherine Walsh, "Interculturalidad crítica…"

Vintimilla Saldaña, Jaime, Almeida Milena y Saldaña Remigia (2007), *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades Kichwas del Ecuador*, Instituto de Defensa Legal, Forma e Franco Valdivia, Rocío, y María Alejandra González Luna, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores.* Instituto de Defensa Legal, Forma e Imagen, Lima, 2009.

Walsh, Catherine "Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico", Ponencia presentada en el Seminario Pluralismo Jurídico, organizado por al

Procuraduría del Estado-Ministerio de Justicia, Brasilia, 13 y 14 de abril 2010.

Walsh, Catherine, "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico", en Judith Salgado (compiladora), *Justicia indígena. Aportes para el debate*, UASB, Abya Yala, Quito.

Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, UASB-Abya Yala, Quito, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal", en Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 15, Quito, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Criminología. Aproximación desde el margen*, Temis, Bogotá, 1998.

Fraude Informático: Responsabilidad de las Instituciones Bancarias

Santiago Acurio Del Pino[1]

Sumario

I. Introducción. **II.** Función del Sistema Financiero y Derecho de los Consumidores. **III.** Responsabilidad Objetiva y Daños Materiales. **IV.** Conclusiones. **V.** Bibliografía.

I. Introducción

Romeo Casabona[2] señala que la incorporación de las TIC al mundo empresarial, financiero y económico, supuso ya hace algunos decenios, la apertura de la delincuencia de índole patrimonial y socioeconómica, causando profundas repercusiones en estos ámbitos. Por tanto, podemos decir siguiendo a Chóclan Montalvo, que las nuevas tecnologías y los modernos sistemas de información y comunicación pueden favorecer determinados atentados contra la propiedad y el patrimonio, estos avances se han convertido en un importante factor criminógeno.

Lo característico de la Criminalidad Patrimonial es la lesión de un patrimonio que tiene lugar por una intervención del sujeto activo en un sistema informático logrando a través de la manipulación fraudulenta[3] de este, latransferencia no consentida de un activo patrimonial, para beneficio del sujeto activo o de un tercero.

1 Jefe del Departamento de Investigación y Análisis Forense, Profesor de Derecho Informáticos de la Facultad de Ingeniería en Sistemas de la Universidad Católica, Profesor de Informática Jurídica y Tics Aplicadas al Derecho.

2 Romeo Casabona, Carlos Maria (EDITOR), El Cibercrimen: Nuevos Retos Jurídico Penales, nuevas respuestas político criminales. Editorial COMARES, Madrid, España, 2005, Pág. 7.

3 Constituye manipulación informática toda acción que suponga intervenir en el Sistema Informático alterando, modificando u ocultando los datos que deban ser tratados automáticamente o modificando las instrucciones del programa, con el fin de alterar el resultado debido de un tratamiento informático y con el ánimo de obtener una ventaja patrimonial. Choclan Montalvo, José Antonio, Infracciones Patrimoniales en el proceso de transferencia de Datos en El Cibercrimen: Nuevos Retos Jurídico Penales, nuevas respuestas político criminales. Editorial COMARES, Madrid, España, 2005, Pág. 74

El delito de apropiación ilícita o como se conoce en la doctrina internacional como Fraude Informático, según el autor español Romeo Casabona, es "*la incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado de datos, mediante la alteración de los datos que se introducen o ya contenidos en el ordenador en cualquiera de las fases de su procesamiento o tratamiento informático, con ánimo de lucro y en perjuicio de un tercero*"[4].

Para este autor en síntesis podemos decir que lo que importa aquí es que la acción del sujeto activo vaya encaminada a la modificación del resultado de un procesamiento automatizado de datos, para así lograr un enriquecimiento injusto en detrimento del patrimonio de un tercero, hay una apropiación ilícita[5] de dinero, bienes o servicios ajenos. Al respecto de este tema los autores chilenos Magliona y López mencionan que debe tratarse de un perjuicio cuantificable, tangible[6]. Esto a diferencia de Luis Camacho Losa[7] el cual al referirse a los perjuicios originados por el sujeto activo, les otorga un sentido amplio, ya que pueden tratarse de perjuicios *económicos directos* (como la apropiación de bienes); *perjuicios económicos indirectos* (como por ejemplo la sustracción de información confidencial de carácter económico, comercial, etc.); y *perjuicios económicos intangibles* (por

4 Romeo Casabona, Carlos María, Poder Informático y Seguridad Jurídica, Fundesco, Madrid, España, 1987.

5 A mi parecer lo expresado por Romeo Casabona no es preciso, ya que la Apropiación ilícita consiste en un acto cometido por una persona en su provecho o en de un tercero, haciendo suya en forma indebida un bien mueble, una suma de dinero o cualquier objeto que se le haya entregado para su guarda o depósito, a título de administrativo o cualquier otro título no traslativo de dominio y que existe la obligación de devolver oportunamente el bien entregado en custodia. Es decir no podríamos hablar que la apropiación ilícita tiene los mismos elementos típicos del fraude informático, aunque las dos son un tipo de defraudaciones, sus configuraciones típicas vistas desde la óptica del principio de estricta legalidad, no son compatibles. Esto se comprueba al examinar los elementos objetivos del tipo, es así que en el fraude informático hablamos de un desplazamiento del patrimonio de un individuo, traducido este en la transferencia no consentida de un activo patrimonial, por tanto a diferencia de la apropiación ilícita en el fraude informático no hablamos de bienes muebles, sino bienes incorporales, derechos de crédito. Tampoco existe una cercanía física entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la infracción, verbigracia en el caso del fraude informático, dado la ubicuidad de las redes de telecomunicaciones, la cercanía sería virtual; esta condición objetiva es parte típica de la apropiación ilícita cuando el sujeto pasivo entrega al sujeto activo para su custodia o deposito, algún objeto o suma de dinero, mientras en casi la mayoría de los fraudes informáticos, la víctima se da cuenta de que ha sido perjudicada después de algún tiempo de ocurrido el hecho, sin que esa persona haya dado ningún encargo o entregado algún bien. En el delito de apropiación ilícita el medio fraudulento siempre será el engaño y el abuso de confianza, mientras que en el fraude informático siempre será la manipulación informática fraudulenta.

6 Magliona Markovicth Claudio Paúl, López Medel Macarena, Delincuencia y Fraude Informático, Editorial Jurídica de Chile. 1999

7 Camacho Losa Luis, Delito Informático.

ejemplo, repercusiones sobre la imagen o el prestigio de una organización), dicha posición en mi concepto es la más adecuada, pero siempre hay que tener en cuenta que los perjuicios causados por el fraude informático son netamente de carácter económico.

Para la autora española Gutiérrez Francés, se hace preciso para poder llegar a un concepto sobre el fraude informático, fijar nuestra atención en dos datos claves que son básicos para entender este fenómeno que es tanto la noción de *fraude* como de lo *informático.*

1.1. Noción de Fraude y Defraudación.

Gutiérrez Francés, señala que el vocablo fraude y sus derivados (defraudar, fraudulento, o defraudación), en lenguaje común, con frecuencia suelen identificarse con la idea de *engaño*, aunque percibe que no es fraude cualquier engaño. Por otro lado para el tratadista ecuatoriano Jorge Zabala Baquerizo el fraude es "*un modo de actuar dentro de la vida, una conducta que se manifiesta, unas veces, mediante el engaño y, en otras mediante el abuso de confianza*"[8].

Por tanto podemos afirmar que cuando se habla de fraude se está aludiendo "*al* ***modus operandi****, a la dinámica intelectiva, ideal, que caracteriza un determinado comportamiento. Implica la presencia dominante de un montaje o artimaña ideal que desencadena determinada modalidad de acción (astuta, artera, subrepticia, engañosa, falsa...)*[9]".

De lo dicho anteriormente podemos colegir que si bien el fraude encuentra en el engaño su máxima expresión, éste no se agota con él, ya que el fraude no solo supone como medios para su comisión el engaño o el abuso de confianza como señala Zabala Baquerizo, sino que también supone el uso o empleo de otros artificios o medios intelectuales para elaborar ciertas maquinaciones (medios fraudulentos) que como bien señala el tratadista ecuatoriano deben ir encaminadas a perjudicar el patrimonio ajeno (*Animus Decipiendi*).

Otro elemento necesario para que se configure el fraude, es la existencia de una lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico protegido. Doctrinalmente el bien jurídico protegido por las defraudaciones es el patrimonio, considerado este como "*el conjunto de relaciones jurídicas activas o pasivas que pertenecen a una persona*

8 Zabala Baquerizo Jorge, Delitos contra la Propiedad, Tomo 2, Editorial Edino, Guayaquil, Ecuador, 1988.

9 Gutiérrez Francés, María Luz, Fraude Informático y estafa.

y que son estimables económicamente"[10]. Por tanto, cuando se utiliza la fórmula fraude se hace en relación con específicos bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro.

Es así que siguiendo a la tratadista española Gutiérrez Francés diremos que la defraudación "**es el perjuicio económico ocasionado mediante fraude, el cual comprende no sólo el engaño y el abuso de confianza sino también el uso de otros medios fraudulentos, que no solo afectan el patrimonio individual deuna persona, sino que también lesionan otros intereses económicos de carácter macro social como micro social"**[11].

Esta definición de defraudación en mi concepto es la más apropiada, porque es de carácter funcional, es una definición amplia, que reúne a una multiplicidad de conductas defraudatorias realizadas por medio de comportamientos astutos, engañosos, y arteros que son lesivos de intereses económicos diversos y realizadas con el ánimo de obtener una ventaja económica.

1.2 En cuanto al carácter "Informático" del Fraude.

"*Lo informático del Fraude está en el aprovechamiento, utilización o abuso de las características funcionales de los sistemas informáticos como instrumento para realizar una conducta astuta, engañosa, artera, subrepticia... conanimus decipiendi*"[12]. Por lo tanto el carácter informático del fraude alude al instrumento con cuyo auxilio se efectúa la defraudación.

En tal virtud, para que se hable de defraudación informática esta debe tener las notas características y configuradoras de una defraudación, es decir que debe existir la causación de un perjuicio económico, irrogado mediante un comportamiento engañoso, astuto, artero, o sea un, medio fraudulento que en este caso sería la propia manipulación informática.

Para los autores Magliona y López esto es muy importante, ya que ayuda a distinguir el fraude informático de otros hechos delictivos, que no obstante ser realizados por medios informáticos, no constituyen defraudaciones, por ejemplo, atentados contra la intimidad cometidos por medio de manipulaciones informáticas[13]. A este respecto Marcelo Huerta y Claudio Líbano[14] señalan que *la*

10 Castán Tobeñas, Derecho Civil, España. 1978.
11 El Autor.
12 Ob. Cita 6.
13 Magliona Markovicth Claudio Paúl, López Medel Macarena, Delincuencia y Fraude Informático, Editorial Jurídica de Chile. 1999
14 Huerta Miranda, Marcelo y Líbano Manzur Claudio, Los Delitos Informáticos, Editorial Jurídica

finalidad perseguida por el sujeto activo, es la que condiciona el tipo de delito que se produce, ya que para ellos las manipulaciones informáticas se aplican a todos los delitos informáticos.

Al respecto debo decir que si bien la finalidad del sujeto activo ayuda a saber qué tipo de delito se comete, así como el aprovechamiento de las características y peculiaridades de los sistemas de procesamiento automatizado de datos es una característica común en todos los delitos informáticos, dichos supuestos no pueden cambiar la naturaleza del hecho delictivo, en tal razón y como señala la tratadista española Gutiérrez Francés "**nada será defraudación informática sin ser antes defraudación**".

En conclusión, diremos que el fraude informático es: "El conjunto de conductas dolosas, que valiéndose de cualquier manipulación fraudulenta,modifiquen o interfieran el funcionamiento de un programa informático, sistema informático, sistema telemático o alguna de sus partes componentes, para producir una ventaja económica ilícita, a favor de su perpetrador o un tercero"[15].

II. Función del Sistema Financiero y Derecho de los Consumidores

Las actividades financieras son un servicio de **orden público**[16], y podrán ejercerse, previaautorización del Estado, de acuerdo con la ley; tendrán la finalidad fundamental de **preservar los depósitos** y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos dedesarrollo del país. (Art. 308 de la Constitución).

De acuerdo al tratadista de Derecho Administrativo, Roberto Dromi, "*el estado es y debe ser, necesariamente el principal gestor del bien común, pero no es el único. La organización administrativa está conformada por entes públicos estatales*

Cono Sur.

15 El Autor.

16 El Derecho de los consumidores va dirigido al orden público que ha ido evolucionando hasta comprender aspectos de de carácter económico y social. Dentro de este "orden público económico", se distingue el llamado orden público de dirección, en virtud del cual el Estado fija determinados objetivos económicos, resultando necesario en algunos supuestos, que ciertos actos privados sean autorizados por aquel en este caso en particular se encuentra las Instituciones Financieras Privadas; y de otro lado existe el orden público de protección, que persigue resguardar y tutelar a una de las partes con el objetivo de proteger el equilibrio interno del contrato. Aquí debería estar la defensoría del Pueblo y la misma Superintendencia de Bancos, en su reemplazo la Fiscalía General del Estado a través del Departamento de Investigación y Análisis Forense que está colaborando en la investigación de estos casos. Castro Paula Andrea, Farías Raúl Alejandro y Cherñavsky Nora Alicia,Derecho de los Consumidores**.** Revista Novedades Jurídicas de Ediciones Legales, Año VIII, Numero 62, Agosto del 2011.

y no estatales"[17]. Es así que la actuación de los entes privados en la prestación de servicios públicos, ocurre cuando existe una autorización o delegación estatal de las competencias, atribuciones y prerrogativas del poder público, para que estos entes privados puedan constituirse en gestores prioritarios del quehacer público.[18].

En los servicios públicos, las prestaciones son un rasgo distintivo de los mismos, es un dato que les genera una identidad, es así que como manifiesta Dromi, el servicio público siempre tiene el carácter prestacional.

Haciendo una recapitulación diremos que los servicios públicos son las actividades asumidas por órganos o entidades públicas o privadas, para dar satisfacción en forma regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, bien sea en forma directa, mediante concesionario o, a través de cualquier otro medio legal, con sujeción a un régimen de derecho Público o Privado, según corresponda[19]. En el caso particular las entidadesbancarias pertenecientes al Sistema Financiero Privado, éstas **son creadas** en base a la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, **satisfacen** en forma regular y continua **la necesidad de los ciudadanos de la intermediación y la prestación de servicios financieros**[20], actividades que siempre son de interés general y público, en el marco de la Constitución y la ley.

Generalmente, los servicios públicos son ejercidos por un organismo, pero también pueden hacerlo **los particulares, como en el caso de los bancos privados**, bajo la autorización, control, vigilancia y fiscalización del Estado a través dela Superintendencia de Bancos, con sujeción al ordenamiento jurídico permanente, por eso la calificación de Servicio de orden público en laConstitución. En sentido general, están sometidos al régimen legal de derecho público consagrado en la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, que regula entre otros los contratos Bancarios[21] que establecela relación jurídica entre el cliente y la entidad financiera

17 Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Hispania, 12va Edición, Año 2009. Página 791.

18 Ver cita anterior.

19 Castellín, Diógenes, Servicios Pùblicos, Br. Monografía.com, consultado el 23 de Febrero del 2011. http://www.monografias.com/trabajos31/servicios-publicos/servicios-publicos.shtml

20 Art. 2 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero:…. "Los bancos y las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo se caracterizan principalmente por ser intermediarios en el mercado financiero, en el cual actúan de manera habitual, captando recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, con el objeto de utilizar los recursos así obtenidos, total o parcialmente, en operaciones de crédito e inversión".

21 La manera como se redactan los contratos financieros es de suma importancia teniendo en cuenta que, en la gran mayoría de los casos, se trata de contratos de adhesión y, por lo tanto, son las entidades las que los elaboran, sin concepto alguno de los consumidores. En ese sentido, la forma en que se regulen es fundamental para evitar que se incluyan condiciones que acentúen el

la cual se crea normalmente a través de un contrato de cuenta corriente o cuenta de ahorros[22], que no es otra cosa que un depósito irregular, un contrato mediante el cual el depositante transfiere el dinero al depositario, debiendo éste restituirlo cuando se le reclame. **La obligación legal de custodia** del depositario implica guardar y conservar el dinero objeto de depósito[23].

Los contratos bancarios celebrados entre las instituciones del sistema financiero y los clientes deben estar libres de aquellas cláusulas que resulten inadmisibles sea por dolosas, abusivas o contrarias a la equidad contractual, que el principio de buena fe defiende en todos los negocios jurídicos[24], por ejemplo,serán nulas de pleno derecho aquellas disposiciones que pretendan excluir la responsabilidad de una de las partes en cuanto a un daño o incumplimiento que le sea imputable, ya sea por la Ley o bien porque forma parte connatural del contrato que le vincula.

Una cláusula limitativa de responsabilidad no es sólo aquella que reduce o anula el ámbito de eventos o supuestos en que una de las parte a de responder, sino aquellas otras que implican reducir plazos de reclamación, excluir supuestos que de ordinario han de cubrirse o reducen el alcance de la reparación del daño injustificadamente[25].

El Art. 52 de la Constitución señala que: "*Las personas tienen derecho a disponer de* ***bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad****, así*

desequilibrio de las entidades frente a los consumidores o que puedan perjudicarlos. **Elaboración y establecimiento de mejores prácticas en la protección al usuario de servicios financieros**, Documento elaborado por Alejandra Quevedo, Asesora Jurídica y de Planeamiento Estratégico de la Federación Latinoamericana de Bancos, FELABAN, y Andrea Puentes, pasante universitaria. Febrero del 2011. Consultado en Septiembre del 2011 en http://www.felaban.com/novedades_bibliograficas.php

22 Art. 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

23 García Javier Alonso, Estafas mediante phising y responsabilidad bancaria,Abogado penalista. http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1289406436525.pdf

24 En este caso en particular de los contratos bancarios, la buena fe debe interpretarse en sentido objetivo, que exige interpretar y ejecutar el contrato de tal forma que cada unas de las partes pueda entregarse confiadamente a la conducta de la otra con seguridad de no ser defraudada, esto supone que ambas partes actúan con la lealtad normalmente exigida en este tipo de negocios. Derecho Mercantil Volumen 2, Guillermo J. Jiménez Sánchez http://books.google.com.ec. Siendo así desde el Derecho de los Consumidores, la lucha contra las cláusulas abusivas en materia contractual tiene su sustento en que su utilización presupone una conducta de mala fe de quien las impone, y que lleva a ruptura del equilibrio contractual. Es así que finalmente de lo que se trata aquí es el respetar la celebración y ejecución del negocio de buena fe, tal como dispone el artículo 1562 del Código Civil Ecuatoriano. Castro Paula Andrea, Farías Raúl Alejandro y Cherñavsky Nora Alicia,Derecho de los Consumidores**.** Revista Novedades Jurídicas de Ediciones Legales, Año VIII, Numero 62, Agosto del 2011.

25 Orozco Pardo, Guillermo. Responsabilidad Civil en materia de informática. Jornadas marco legal y deontológico de la informática: actas volumen I. España. No. 19-20-21-22. 1988 P. 148.

como a una información precisa[26]*, no engañosa,* una **información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa** sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo **los riesgos que pudieren prestar***;* en igual sentido la Carta Magna dispone que "*Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo,* ***serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio***[27]*, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore….*[28]". Por tanto y dado que las actividades financieras son tanto **un servicio público** como un servicio de **orden público**[29], considerado este como el núcleo, el aspecto central y más sólido y perdurable, del orden social. Es el conjunto de aquellas características y valores de la convivencia que una sociedad considera como "**no negociables**". Se lo considera sinónimo de convivencia ordenada, segura, pacífica y equilibrada. **La ruptura del orden público** o **puesta en peligro** del mismo puede dar lugar a la imposición de una sanción dependiendo de la gravedad desde civil, administrativa y en último término penal.

La finalidad de las instituciones financieras de acuerdo a la Constitución[30] es la de preservar los depósitos de los usuarios del sistema financiero. Lasreglas de interpretación legal nos dicen que hay que tomar en cuenta la intención del constituyente y el sentido gramatical de las expresiones lingüísticas usadas en la carta magna, es así que la palabra usada por la constitución es un verbo transitivo el cual exige la presencia de un objeto directo (también llamado "complemento directo") para tener un significado completo; esto se refiere a las acciones que transitan desde el actor al objeto. Por tanto, el actor aquí es el Sistema Financiero y el objeto son los depósitos de los usuarios del sistema.

III. Responsabilidad Objetiva y Daños materiales

Siguiendo a Daniela Salas[31] la Responsabilidad es aquella situación jurídica

26 Art. 4 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. Numeral 7. Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos;

27 Art. 4 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor: Numeral 8. Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios

28 Art. 54 de la Constitución Política de la República. Año 2008.

29 Art. 308 de la Constitución Política de la República. Año 2008.

30 Ver cita anterior

31 Salas Daniela, Responsabilidad Civil Bancaria frente al cliente por delitos informáticos. Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

en la que el patrimonio de una persona natural o jurídica debe responder para resarcir por unalesión producida a un tercero, atribuible a ésta, por un acto doloso, negligente o simplemente por la omisión de su deber y el riesgo creado.Como resultado del daño causado se genera una obligación de resarcimiento o reparación integral material e inmaterial. Se distingue dos clases de responsabilidades dentro del derecho civil la contractual y la responsabilidad extracontractual.

De acuerdo a una sentencia de casación[32] se define al Daño Material y las responsabilidad por el daño como: "*El daño material existirá siempre que se cause a otro, un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. Es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos. El daño material, con menoscabo del patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante. Y debe existir una relación de causalidad entre el daño y la culpa. Las tres formas clásicas en que se presenta la culpa son: negligencia, imprudencia e impericia. La negligencia aparece cuando el sujeto omite la realización de un acto que habría evitado el resultado dañoso. Es aquella omisión más o menos voluntaria pero consciente de la diligencia que hubiere correspondido hacer de modo tal que no llegara a producir el efecto perjudicial. En suma, la negligencia manifestada del autor del hecho lesivo se produce cuando habiendo motivos para prever el perjuicio que acontecería, no actúa con suficiente diligencia para evitarlo. La imprudencia aparece en el supuesto del sujeto que al obrar precipitadamente no prevé las circunstancias perjudiciales a las que arriba con posterioridad. Se caracteriza por la falta de atención o cautela en el actuar del individuo, incurriendo en ella ya sea por acción o ya sea por omisión. El imprudente es aquel sujeto que actúa con audacia y por impulso sin detenerse a percibir los efectos que su accionar haya podido acarrear. En la práctica no resulta cosa fácil determinar la verdadera noción de la negligencia y de la imprudencia, porque no es sencillo delimitar sus alcances, por lo cual comúnmente ambos términos son utilizados de manera similar. La impericia aparece cuando existe incapacidad técnica para el ejercicio de una función, profesión o arte determinado. Estas tres diferentes maneras de representación que adopta la conducta culposa, no suelen darse de un modo claro e independiente a la hora de la práctica forense.*"

Esta definición nos permite indicar que en el campo de la doctrina, se han reconocido dos criterios para guiar la apreciación del daño y la responsabilidad que se deriva de su producción, es así quebásicamente la diferencia depende de cuál sea el sujeto en mira, al momento de realizar tal examen de previsibilidad como

32 Cuasidelito: Daño o Perjuicio Por Culpa, que consta como Jurisprudencia de la Gaceta Judicial, publicada el 29-10-2002 en la Serie # 17 de la Gaceta Judicial # 10.

manifiesta la sentencia antes mencionada: "*un modelo abstracto o uno concreto, el propio agente. En el primer modelo, llamado también objetivo, se toma en consideración la previsibilidad general de un sujeto ejemplo o prototipo. Se trata de un cálculo de la visión anticipada de los probables resultados conforme a la actitud media del común de las personas; por ejemplo, el buen padre de familia, el hombre juicioso, etc. En tanto que el modelo concreto o subjetivo es aquel que aprecia la culpa en relación con el agente mismo. No se presenta a comparación con ningún tipo abstracto o ideal, atendiendo sólo a las condiciones particulares que rodean el efecto dañoso*[33]"

Como ya se menciono en líneas precedentes sobre la omisión, recordemos que los Bancos al ofrecer el servicio, deben someterse a un riguroso procedimiento de valoración del riesgo dado que eventualmente con el servicio exponen a su cartera de clientes a un riesgo. Es decir, dicha conducta refiere a la obligación del banco de haber tomado medidas que, en principio no fueron tomadas, y que propiciaron las consecuencias negativas como las ya conocidas. En este sentido, según el autor Pérez Vargas citado en Informe Especial Fraudes Electrónicos: De La Responsabilidad De Los Bancos Del Estado realizado por la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, la doctrina y la jurisprudencia advierten que "*esa conducta omisiva configura el daño por omisión, por negligencia y por falta de diligencia*".

El mundo actual y el que se aproxima con su extraordinaria y progresiva acumulación de riesgos exige una mayor defensa de los valores del hombre, creados por una técnica que si bien por un lado facilita todo, por otro lado atenta contra todo. La multiplicidad de contingencias reales de peligros y riesgos que actualmente se advierten desdibujados por la insatisfacción y al margen de toda idea resarcitoria, llevó a una lenta evolución de elementos y conocimientos que facilitaron a los sistemas jurídicos más avanzados a ingresar a regímenes de socialización de riesgos conducentes a que la víctima del riesgo no quede desamparada. Esto dio origen a la teoría del riesgo, según la cual quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, genera a través de ellos riesgos sociales, y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el provecho que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios. Es el riesgo provecho, que tiene su origen en la máxima romana UBI EMOLUMENTUM IBI LLUS (allí donde se encuentra el beneficio está luego la responsabilidad). El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas.

33 Ver cita anterior

Desde este análisis, debe recordarse que el elemento de culpabilidad es determinante de la responsabilidad subjetiva (es decir, del sujeto, de su actuación) por lo que quien produce el daño se libera cuando no se logra demostrar que su actuación ha sido negligente. Es decir, que la conducta del sujeto es valorada para poder imputar una posible indemnización. Conviene señalar que la culpa se sanciona para inducir a los ciudadanos hacia una conducta diligente, con la finalidad de procurar una convivencia social óptima para tomar las previsiones necesarias del caso para no causar daños a los demás, pues si la persona actúa con la debida diligencia el daño se podría haber evitado. En otras palabras, mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y, aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. Esta teoría ha ido imponiéndose en forma creciente, particularmente en la jurisprudencia, tal como sucede en las sentencias dictadas por las Cortes Supremas de Francia, Argentina y Colombia.

Lo anterior, sería aplicable a la actuación de los bancos, bajo el entendido de que estos no deben pretender trasladar toda la responsabilidad a su cliente, al que está sometiendo mediante el servicio ofrecido a una actividad que implica una condición riesgosa, la misma que debía ser prevista por la institución financiera apoyada en la existencia de un control interno responsable[34] que señalara cual sería la valoración del riesgo, su posterior identificación y análisis. En fin, las instituciones bancarias necesariamente deben tener la capacidad de conocer y tener un nivel de riesgo aceptado por la misma organización y las posibles consecuencias que de ahí se puedan manifestar, lo que le ayudara minimizar el riesgo en sus operaciones, aplicando el método de mejoramiento continuo. En este punto cabe señalar que las instituciones financieras como una forma de evadir su responsabilidad acudían a

34 El Control Interno, entendido como el proceso, ejecutado por el consejo directivo, la administración y otro personal de una entidad, diseñado para proporcionar seguridad razonable referente al logro de objetivos en las siguientes categorías: a) proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal; b) exigir confianza y oportunidad de la información; c) garantizar eficiencia y eficacia de las operaciones; d) cumplir con el ordenamiento jurídico y técnico. Citado en Informe Especial Fraudes Electrónicos: De La Responsabilidad De Los Bancos Del Estado realizado por la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica en el año 2008. www.redipd.org/reuniones/seminarios_2008/common/.../doc_4_3.pdf

lo que disponía el Art. 5 del Reglamento a la Ley de Cheques[35] en donde se señalaba que:

> **Artículo 5.-** Los depósitos, retiros de fondos, créditos, débitos y cualquier otra transacción permitida en cuentas de depósitos monetarios, efectuados a través de medios electrónicos o electromecánicos, deberán estar sustentados por un acuerdo escrito entre el banco y el titular de la cuenta, en el que deberán constar, por lo menos, las siguientes condiciones:
>
> 5.1 La responsabilidad **exclusiva**[36] del cliente respecto de las transacciones que efectuare a través de estos medios; y,
> 5.2 La responsabilidad del cliente de mantener en secreto la clave o seguridades a él asignadas, así como los cambios de claves que se efectuaren. Igual responsabilidad tendrá con respecto a las claves o seguridades adicionales por él solicitadas y otorgadas por el banco.

Por tanto, según esta normas el cliente es responsable por el uso de los medios electrónicos y de las claves y seguridades asignadas por la institución bancaria. Pero esta norma reglamentaria tiene que aplicarse en concordancia con las normas legales sobre los consumidores y la ley de comercio electrónico y su reglamento, que obligan al banco a informar del uso adecuado de los canales informáticos, es decir de la educación financiera[37] que estos tienen la obligación de dar, si esa educación no se imparte o no se entrega la información correspondiente, mal podría el usuario del sistema financiero tomar responsabilidad sobre el uso adecuado de estos medios en sus transacciones financieras. Por tanto, sostenemos que estas disposiciones reglamentarias estarían en contra de lo dispuesto en el Art. 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor[38] al igual que el Art. 52 de la Constitución, esto por cuanto eximen o limitan a las Entidades Financieras de su responsabilidad y trasladan

35 Libro I.- Normas generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Titulo XXV.- Disposiciones Generales, capítulo III.- Reglamento general de la ley de cheques, Sección I.- Del contrato de cuenta corriente bancaria. Resolución de la Superintendencia de Bancos 306 Registro Auténtico 2006 de 05-jul-2006

36 Esta palabra es la que limita la que traslada toda la responsabilidad al cliente financiero, rompiendo así la equidad contractual.

37 Es importante tomar en cuenta que no se trata de la simple educación a los consumidores para el beneficio único de ellos sino también de generar la cultura y conciencia financiera con el propósito de que los usuarios del sistema hagan uso adecuado de los productos y servicios que contratan. Así no solamente obtendrán provecho en relación con sus intereses personales sino que aportarán al crecimiento y estabilidad del sistema financiero en su conjunto. Ver cita No. 23

38 Art. 43.- Cláusulas Prohibidas.- LODC Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que: 1. Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados. Ley 2000-21 (Suplemento del Registro Oficial 116, 10-VII-2000).

ésta exclusivamente al usuario, violando la equidad que debe estar presente en todos los negocios jurídicos sinalagmáticos desde el punto del vista del riesgo que implica el uso de estos mecanismos tecnológicos. Sobre este tema se menciona que cierta corriente de tipo civilista ha resignado el postulado del respecto absoluto al contrato negociado y de su inconmovible fuerza obligatoria a partir de la autonomía de la voluntad de las partes. Señalan que se trata de buscar que el contrato sea un medio útil de intercambio de servicios como los financieros, sino que además, sea un medio justo, pues, en definitiva el contrato y en especial el contrato financiero, debe ser un contrato componedor de la justicia conmutativa. Cuando un acuerdo de voluntades no conduce a un verdadero equilibrio de las prestaciones, así este sea un contrato de adhesión como los que generan las instituciones financieras con sus clientes, este se ve desnaturalizado, ya que siendo un contrato *intuito personae*, es un contrato de confianza entre el cliente y la institución financiera; confianza que se refleja en que tanto el banco y el cliente contratan libremente para "**recibir cada uno lo suyo**" y la buena fe que debe estar presente en el momento de "realizar el contrato" conlleva a la necesidad de establecer la equivalencia de las prestaciones, evitar el abuso, condenar la mala fe. En fin dicen, se trata de hacer prevalecer la equidad sobre la fuerza obligatoria de los contratos. La idea es aplicar una "razonabilidad circunstanciada[39]", pues ese el punto donde debe focalizarse la discusión, ya que la equidad debe sentar un criterio razonable de justicia, situación que no ocurre con el mentado Art. 5 del Reglamento General a la Ley de Cheques. Por tanto, la equidad no puede ser extraña al Derecho porque se confunde con otro elemento que no puede ser dejado de lado por la ciencia jurídica: esta es la justicia. En ese sentido, la equidad integra el ordenamiento jurídico de modo absoluto, por tanto desde esta perspectiva dicho artículo reglamentario es injusto y desnaturaliza el contrato bancario per se al favorecer con este tipo de cláusulas, el **abuso de la posición dominante de las instituciones financieras** en desmedro de los clientes de estas. Por tanto, cuando existe una relación jurídica derivada en la desigualdad de las prestaciones que afecta como mencionamos la equidad contractual inspirada por la buena fe entre el que ostenta una posición dominante con respecto a otro que asume un rol de sometimiento o inferioridad, es necesario que las entidades de control como la Superintendencia de Bancos, la Fiscalía General Del Estado y la Defensoría del Pueblo acudan e implementen un sistema de protección que garantice los derechos de esas víctimas en el ámbito de sus funciones, para ello nos debemos valer de las herramientas constitucionales señaladas en los Art. 424 y 425 de la Constitución del 2008.

39 Castro Paula Andrea, Farías Raúl Alejandro y Cherñavsky Nora Alicia,Derecho de los Consumidores**.** Revista Novedades Jurídicas de Ediciones Legales, Año VIII, Numero 62, Agosto del 2011.

Ahora bien lo expuesto en líneas anteriores parece que ha cambiado, la Superintendencia de Bancos y Seguros mediante resolución **Nº SBS-2011-644**de 8 de Agosto del 2011 y publicado en el Registro Oficial No532 publicado el lunes 12deSeptiembredel 2011 reforma el Título XXV "*Disposiciones generales", del Libro I "Normas generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero*" de la de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, donde consta el Capítulo III "*Reglamento General de la Ley de Cheques*" y donde estaba ubicado el antes mencionado Art. 5 el mismo que ahora es reemplazado con el siguiente:

> **Artículo 8.-** Los depósitos, retiros de fondos, créditos, débitos y cualquier otra transacción permitida en cuentas de depósitos monetarios, efectuados a través de medios electrónicos o electromecánicos, deberán estar sustentados por un acuerdo escrito entre el banco y el titular de la cuenta, en el que deberán constar, por lo menos, las siguientes condiciones:
>
> **8.1** La responsabilidad del cliente respecto de lastransacciones queefectuarea través deestos medios.
>
> **8.2** La responsabilidad del cliente de mantener en secreto la clave o seguridades a él asignadas, así como los cambios de claves que se efectuaren. Igual responsabilidad tendrá con respecto a las claves o seguridades adicionales por él solicitadas y otorgadas por el banco.
>
> **8.3** Las entidades bancarias estarán obligadas a mantenerlos controles y resguardos que garanticen las seguridades físicas y tecnológicas de este tipo de transacciones, tomando en cuenta los riesgos inherentes a su operatividad

Nótese que ya no consta la frase "responsabilidad exclusiva" como existía en el anterior Art. 5. Esta palabra "**exclusiva**", que es un adjetivo de acuerdo a lo que menciona el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española cuyo significado es "***1.*** *Adj.Que excluye o tiene fuerza y virtud para excluir.* ***2.*** *Adj. Único, solo, excluyendo a cualquier otro*". Era entonces esa palabra la que estaba en contra de lo dispuesto en el Art. 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, ahora la Superintendencia de Bancos ha cambiado dicho artículo y en este momento en dicho reglamento solo consta la palabra "Responsabilidad" entendida esta como "*la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente*"[40]. Este artículo como mencionamos anteriormente debe estar en relación de los derechos que los consumidores y usuarios del sistema financiero detentan, desde esta perspectiva el regulador ha incluido en esta norma el siguiente artículo:

40 Definición de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Artículo 94.- Para la aplicación del presente capítulo,los bancos deberán considerar que los derechos de losusuarios financieros, no podrán ser vulnerados enconcordancia con la Constitución y las disposicioneslegales pertinentes.

Esta disposición es un avance de la Superintendencia de Bancos en el sentido de que subordina la aplicación de estas normas reglamentarias a los derechos garantizados en la Constitución y en las Leyes, por tanto estas disposiciones reglamentarias no se pueden usar para limitar la responsabilidad de las propias instituciones financieras[41] y responsabilizar única y exclusivamente al usuario financiero, ya que para esto los bancos deberán realizar la investigación correspondiente cumpliendo con el debido proceso, comunicando sus resultados a sus clientes y requiriendo la participación de los mismos en el proceso interno, con la finalidad de que sus derechos no sean violados o vulnerados por sus decisiones.

Ahora regresando al tema de la responsabilidad citada por el novísimo Art. 8 del Reglamento a la Ley de Cheques, como vimos de la definición entregada por la Real Academia de la Lengua Española, hablamos de un hecho realizado libremente para así tomar responsabilidad por el mismo, esto nos lleva que cuando esa libertad es atacada por los llamados vicios del consentimiento (hablamos de consentimiento por cuanto esto es parte de un acuerdo de voluntades entre el banco y su cliente[42]), ya que para que el contrato exista y produzca sus efectos, debe ser resultado de un consentimiento formado en un estado de libertad e independencia de los sujetos tanto activos como pasivos. Pero en ciertos casos el consentimiento puede adolecer de vicios, es decir de obstáculos que impiden su formación o que, sin llegar a obstar, hacen que el mismo sea defectuoso; estos vicios son **error, fuerza** y **dolo**, a los que se refieren los Arts. 1467 a 1475 del Código Civil. En tal circunstancia, cuando los usuarios financieros son engañados por los artificios mendaces, manipulaciones informáticas fraudulentas y las artimañas engañosas ínsitas en toda defraudación, que sobrepasan con mucho **el deber de diligencia** que todo honrado ciudadano

41 Esta situación era común y corriente en las respuestas enviadas por algunas Instituciones Financieras a sus clientes como se comentó anteriormente, es así que en el reciente caso de Fraude Informático denunciado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, se pudo evidenciar que las instituciones financieras como por ejemplo la respuesta de la Mutualista Pichincha que señala por un lado que las transacciones fueron exitosas, es decir el atraco producido a las cuentas de sus clientes fue exitoso para luego rematar de que la responsabilidad es exclusiva de los clientes en virtud del contrato celebrado en el cual citaron el contenido del comentado Art. 5 del Reglamento de la Ley de Cheques para trasladar toda la responsabilidad a los perjudicados por esta clase de delito.

42 Art. 4 y 6 del Reglamento General a la Ley de Cheques Registro Oficial No532 publicado el lunes 12 de Septiembre del 2011

tiene contraído, estas excluyen su responsabilidad a menos que se compruebe por parte de la institución financiera la existencia de dolo o negligencia manifiesta por parte de su cliente o usuario financiero. En todos los demás casos la doctrina, y las normas internacionales mencionan que el Banco debe responder por el perjuicio causado por el fraude informático a su cliente. En este sentido vale la pena revisar la Orden ECO 734/2004 de 11 de marzo del 2004, así como el Real Decreto 322/2008 del 29 de febrero 2008 sobre el régimen jurídico del dinero electrónico en España. De igual forma el tratadista Español Eloy Velasco Nuñez señala en su obra "Delitos Cometidos por Internet", que aunque aparentemente, y uno a uno, los fraudes informáticos suponen ataques patrimoniales contra los usuarios de internet, generan igualmente un ataque a la confianza depositada en las instituciones financieras por la Red y en el uso de Internet que, por ahora ha desplazado el problema de la responsabilidad civil a las entidades, que reintegran lo defraudado, pues más o a la vez que un engaño al usuario, lo que hacen estos ataques es objetivar fallos y problemas en la seguridad informática que esas entidades deben corregir y evitar en primer término con el cambio del sistema de claves, uso de antimalware preventivo, campañas informativas, etc.[43].

Recapitulando y si se analiza con detenimiento la propuesta de la valoración del riesgo en complemento con la teoría de la responsabilidad objetiva, se evidencia que los controles y los riesgos[44] a que se expone a los clientes de los bancos eran de suficiente consideración como para únicamente trasladar la responsabilidad del riesgo con la simple firma contractual de la relación Banco-Cliente a los usuarios del servicio. Es decir, si ya se sabía que existe un riesgo inminente al exponer al cliente al "ciberespacio y al uso de ATMs[45]", los bancos debieron de minimizar el riesgo o al menos asegurar de manera solidaria el patrimonio de sus clientes como se exigen en otras legislaciones y que personalmente es una respuesta que la

43 Velasco Núñez, Eloy. Delitos Cometidos a través de Internet. Cuestiones Procesales. 1ra Edición, Junio del 2010. Editorial La Ley, Madrid, España. Página 321.

44 Actualmente en el Art. 8 del novísimo Reglamento a la Ley de Cheques en el punto 8.3., señala que se deben tomar las seguridades de conformidad a los riesgos que entraña la prestación del servicio. "Las entidades bancarias estarán obligadas a mantener los controles y resguardos que garanticen las seguridades físicas y tecnológicas de este tipo de transacciones, tomando en cuenta los riesgos inherentes a su operatividad·

45 De acuerdo al estudio de Frost and Sullivan, el Phishing es actualmente una de las amenazas virtuales más peligrosas en Latinoamérica. Se trata de un mecanismo criminal y fraudulento el cual usa Internet para adquirir información personal crítica, como nombres de usuario, contraseñas o números de tarjetas de crédito, por medio de una interfaz o comunicación similar a la de una página Web auténtica. El 72% de los usuarios Latinoamericanos manifiestan estar muy preocupados por la privacidad de su información confidencial. Los usuarios que conocen poco acerca de los ataques de Phishing y que no poseen una solución específica para estos, se encuentran en un riesgo constante cada vez que entren a Internet. En igual forma los que son víctimas de la clonación de tarjetas de crédito.

Superintendencia de bancos debe dar a esta problemática, por tanto los elementos determinantes para el surgimiento de la responsabilidad civil, sea esta subjetiva u objetiva, son: **una conducta lesiva** (la cual puede ser activa o pasiva, legítima o ilegítima), **la existencia de un daño** (es decir, una lesión a un bien jurídico tutelado), un **nexo de causalidad** que vincule los dos anteriores, y en la mayoría de los casos la verificación de un criterio de atribución, que dependerá del régimen legal específico.

La conducta lesiva de las instituciones financieras se muestra en este caso como **pasiva e ilegitima**, es la omisión de proteger los depósitos de los clientes del sistema financiero, desatención que produce **un daño en el patrimonio** de cuentacorrentistas y cuenta ahorristas, quienes han sido perjudicados por el fraude informático en todas su modalidades. Es así que, **el nexo causal** se verifica entre estos dos hechos cuando el banco al **omitir su deber de protección**, no le informa al cliente de los riesgos que existe al usar el servicio de banca en línea, no colabora con la información que permita identificar a los verdaderos responsables de estas infracciones o sus sistemas de seguridad, no alertan sobre movimientos y transacciones inusuales, o los sistemas de circuito cerrado de televisión y las cámaras de los ATM's no tiene la fidelidad y la claridad adecuada para identificar a los delincuentes en estos casos. Por tanto insistimos que si bien es cierto el cliente es responsable de las claves de acceso al sistema, la responsabilidad es compartida con el banco, que es responsable de la seguridad del sitio web y de informar al usuario el uso correcto del sitio, de los cajeros automáticos, brindando para ello la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa procurando entonces la educación del usuario con la finalidad última de que éste haga un uso responsable del servicio de banca en línea y demás servicios bancarios prestados a través de cajeros automáticos. Por tanto el banco no puede alegar la entera responsabilidad del usuario perjudicado por este delito, cuando **el banco es también responsable por la omisión de su deber de preservar los depósitos de sus clientes como manda la Constitución**.

La experiencia confirma que **las transacciones realizadas por Internet y el uso de tarjetas magnéticas en cajeros automáticos tienen cierto nivel de riesgo.** Laresponsabilidad del banco surge como consecuencia delfuncionamiento específico del servicio que se ofrece alpúblico. La razón de ser de la entidad es la intermediaciónfinanciera. Concepto que incluye la captación de fondosprovenientes del ahorro del público, que lleva implícita sucustodia, tanto desde el punto de vista físico, como delregistro electrónico correspondiente. No cabe duda que seencuentra sometida a una **ineludible obligación de garantizar la seguridad de las transacciones realizadas, ya sea en ventanilla o mediante cualquier otro**

medio puesto a disposición de los clientes, la cual debe abarcar,necesariamente, el uso de todos aquellos mecanismosdisponibles que le permitan contar con un mayor grado decerteza, en cuanto a la identificación de las personas quese encuentran facultadas para realizar transaccioneselectrónicas desde las cuentas.

La actividad financiera, específicamente labancaria genera, por sí misma, un elevado nivel de riesgo,el cual se ve acentuado en el servicio en comentario(Internet Banking), que impone a la entidad encargada deaquella un redoblamiento de los márgenes y dispositivos deseguridad en los diferentes niveles, tanto en lorelacionado con sus actividades propias y directamentedesplegadas por sus funcionarios o contratistas, como en lorelativo a los medios que sus clientes, necesariamente,deberán utilizar para acceder y recibir el servicioofrecido, el cual, por demás, es implantado, implementado,promocionado y desplegado por la entidad bancaria, tambiénpara su beneficio. Por lo anterior, no puede alegarse, comoeximente de responsabilidad, que internet no es del banco,pues este ofrece un servicio altamente riesgoso. Detodas maneras, la relación existente entre el banco y untercero para la prestación de un servicio no excluye laresponsabilidad del primero frente a sus clientes. Lodelicado de la actividad ejercida queda fuera de toda duday, por ende, los márgenes de exigibilidad en la diligencia,seguridad, eficiencia, cuidado y razonabilidad en elmanejo, aumentan. Al fin y al cabo, los bancos, **custodian y administran, entre otros, un bien ajeno, y no cualquier bien, sino fondos del público.** Así las cosas, no solo responde por la fortalezade sus sistemas internos, sino también por la seguridad dequien, para llegar allí, utiliza los únicos canalesposibles que el propio ente bancario conoce y reconoce comoriesgosos. Responde no en cuanto ajenos, sino en la medidaen que constituye el medio del que se prevalece,directamente, para la prestación del servicio y así loofrece y garantiza.

El desarrollo de actuaciones asumidas por unsujeto de derecho, que previsiblemente tengan lapotencialidad de causar daños, lleva implícito el deber degarantizar la seguridad de estas. **La falla en el funcionamiento del servicio que ofrece el intermediario financiero, radica en la falta de seguridad en los mecanismos de identificación del cliente para acceder a la plataforma interna.** Desde esta perspectiva, producto de losriesgos inherentes a la transmisión de datos medianteInternet, se deben **brindar las herramientas necesarias para reducir la posibilidad de que ocurra una suplantación de identidad**. Se trata de una característica intrínseca delservicio que ofrece el banco. En este sentido, laresponsabilidad se imputa como consecuencia del riesgocreado y la inseguridad que presenta el sistema.

V. Conclusiones

El desarrollo de la Sociedad de la información y la difusión de sus efectos positivos que de ella se derivan exige la generalización de la confianza de la ciudadanía en las comunicaciones telemáticas. No obstante, los datos más recientes señalan que aún existe desconfianza por parte de los intervinientes en las transacciones telemáticas y, en general, en las comunicaciones que las nuevas tecnologías permiten a la hora de transmitir información o el peligro de ser víctima de un delito en línea, constituyendo esta falta de confianza, un freno para el desarrollo de la sociedad de la información, en particular la administración y el comercio telemático[46].

Por tanto un pilar importante para la promoción del Comercio Telemático es la seguridad, y esa seguridad debe ser tarea de todos los involucrados en el tema, por tanto es necesario aunar esfuerzos para tratar de minimizar el impacto negativo de las tecnologías de la información y la comunicación en el uso masivo de los canales virtuales y la banca en línea.

En este sentido y tomando en cuenta la posición de la FELABAN en donde se manifiesta que la protección a los usuarios de servicios financieros se puede y debe implementar durante todos los momentos de la relación entre éstos y las entidades. El tipo de mecanismos utilizados varía de acuerdo con el momento en que se da la protección, particularmente, en cuanto a si se ha generado o no un daño, en el caso en comentario el perjuicio patrimonial lesivo a los clientes de las instituciones bancarias debido al delito de apropiación ilícita. Por eso se hace referencia a la protección "**ex ante**"[47], aludiendo a los mecanismos de amparo en cualquier momento, antes de haber producido algún perjuicio, que en el caso de los fraudes informáticos **más vale prevenir antes que lamentar**, ya que la mejor opción por parte de las Instituciones del Sistema Financiero y su órgano de control y por disposición legal también el Ministerio de Educación de acuerdo el Art. 89 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor es la entrega de la información y la educación financiera, oportuna, clara completa y precisa a los usuarios y clientes de las Instituciones financieras.

46 Martinez Nadal Antonio, Comercio Electrónico, certificados y autoridades de certificación, Madrid 1998.

47 La denominada protección ex ante incluye básicamente tres componentes. **Primero**, la transparencia en las relaciones entre los agentes del sistema financiero, incluyendo las normas sobre información y publicidad; **segundo**, la educación financiera que deben recibir los usuarios de servicios financieros; y **tercero**, la estabilidad del sistema…. **Elaboración y establecimiento de mejores prácticas en la protección al usuario de servicios financieros**, Documento elaborado por Alejandra Quevedo, Asesora Jurídica y de Planeamiento Estratégico de la Federación Latinoamericana de Bancos, FELABAN, y Andrea Puentes, pasante universitaria. Febrero del 2011. Consultado en Septiembre del 2011 en http://www.felaban.com/novedades_bibliograficas.php

De otro lado la protección **ex post**[48], sirve para indicar las vías (administrativa, judicial y de resolución alternativa), a las que pueden acudir los usuarios con el fin de obtener protección y resarcimiento por los perjuicios sufridos a causa de una entidad financiera. En el caso de los fraudes informáticos queda clara la función que cumple la Fiscalía General del Estado en su papel de dirigir la investigación penal brindando tutela adecuada a los derechos de los consumidores y usuarios desde la perspectiva de la defensa y protección de los Derechos Humanos como lo dispone la Constitución.

Personalmente considero que las investigaciones realizadas por cada entidad financiera y que a la postre se utilizan para evadir su responsabilidad ante el cliente, son parcializadas y no aportan mucho al esclarecimiento de lo sucedido, son un insumo más dentro del contexto de una investigación preliminar; pero no constituyen un procedimiento donde el cliente hubiera tenido la oportunidad de ofrecer sus argumentos o descargos, si fuera el caso.Por tanto la evasión de la responsabilidad bancaria, basados en estos informes "técnicos" que confunden conceptos y principios como la neutralidad tecnológica y lo que es la Firma Electrónica. En otras palabras, los bancos no sólo vulneraron los derechos de defensa ydebido proceso de sus clientes, al no permitir que ellos se enteren de las investigaciones y participen activamente en las investigaciones internas que el banco llevaba a cabo en cada uno de sus reclamos, sino también utilizando y citando las normas reglamentarias que permitirán evadir su responsabilidad frente los justos reclamos de los clientes y usuarios financieros.

Como profesor de Derecho Informático y Jefe de Investigación y Análisis Forense de la Dirección Nacional de Investigaciones de la Fiscalía General del Estado me encuentro en contra de la política de ciertas instituciones bancarias de trasladar la responsabilidad de los fraudes informáticos a sus clientes, haciéndoles responsablesde las pérdidas sufridas. Es decir, la Teoría de la Responsabilidad Subjetiva está siendo superada por las consideraciones legales que ya se han venido desarrollando en los Tribunales de Justicia.

En igual sentido, a pesar de las considerables ventajas que significan los servicios bancarios vía Internet, la ausencia de un respaldo sólido en cuanto a la prestación del servicio, expone a los clientes a un riesgo inminente y bajo su propia responsabilidad. La prestación de servicios bancarios vía Internet sin que, hasta la fecha, exista un verdadero respaldo por parte de quienes ofrecen el servicio, expone el patrimonio de las personas que lo utilizan.

48 Ver cita página anterior.

Desde un enfoque de servicio al cliente, se da una ruptura entre el Banco y el Cliente; es decir, desde el momento en que el cliente reporta al banco el posible fraude, aquél pasa a ser el principal sospechoso y se le delega toda la carga de la prueba. Además de que con una escuetainvestigación, y violando el debido proceso niegan el reclamo de sus clientes y una sola evidencia que demuestre la negligencia o dolo únicos casos en que el banco podría liberarse de la responsabilidad de restituir los dineros defraudados. En este sentido, culpar a los usuarios, en cierta forma, es tener una visión estrecha en dicha materia, de ahí la necesidad de conocer con mayor detalle a sus clientes desde el principio de "Conozca a su Cliente".

En este sentido, el Banco no asume una posición solidaria con su cliente, ni siquiera en los casos señalados por la modalidad del "Phishing" mediante los cuales se utiliza la imagen del Banco. Es decir, que el Banco ni siquiera se ha preocupado por perseguir penalmente a quienes están utilizando su imagen para cometer los fraudes de esa manera.

Por tal razón y en consideración a todo lo expuesto la Superintendencia de Bancos que de acuerdo a lo que dispone el Art. 1 de la Ley de Instituciones Financieras es la entidad encargada de la supervisión y control del sistema financiero, para lo cual se tiene presente la protección de los intereses del público, debe ordenar de acuerdo al marco constitucional vigente a los Bancos **restituir la totalidad de los montos que han sido defraudados a sus clientes en todos los casos apropiación ilicita** donde las Instituciones Financieras se han limitado a responder a sus clientes citando lo dispuesto en el Art. 5 del anterior Reglamento de la Ley de Cheques tomando en cuenta su ilegalidad e inconstitucionalidad, de igual forma a las que no han podido demostrar de forma objetiva la negligencia manifiesta o el dolo de sus clientes y usuarios bancarios, todo esto amparándonos en las normas constitucionales y leales que exigen que la mala prestación de un servicio público general el deber responder frente a los posibles perjuicios ocasionados por tal situación y que la no evitación del resultado lesivo por omisión de responsabilidades y deberes o equivale a su producción.

Es necesario desde mi punto de vista que para dar una solución definitiva a este problema de conformidad al Art. 62 de la Ley de Cheques, se debe añadir en el Libro I de las "*Normas generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero*" de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria,en su Art. 8, después del numeral 8.4 un numeral que diga:

8.5.- *Las entidades bancarias de acuerdo a su deber constitucional de proteger los depósitos de sus clientes, deberán devolverel dinero producto del perjuicio*

patrimonial causado a los mismos por el cometimiento de delitos tales como la apropiación ilícita, estafa, peculado bancario. Siempre que no puedan demostrar de manera objetiva que el cliente actuó con negligencia manifiesta o dolo en las obligaciones constantes en el numeral 8.2 de este artículo.

De igual forma, la Superintendencia de Bancos deberá ordenar en todos los casos que se lleguen a suceder o los reclamos que se presenten en el futuro a que las instituciones financieras tienen la obligación de realizar la investigación correspondiente, contando con la participación de los reclamantes y en los tiempos determinados para su resolución. De la misma forma estas deben comprometerse a colaborar al 100% con las investigaciones que lleva a cabo la Fiscalía General del Estado con ayuda de la Policía Judicial y el Grupo de Investigaciones Civiles de la institución, a fin de desarticular estas bandas de delincuentes organizados, así llegar a los verdaderos culpables.

De igual forma debemos insistir que la Entidad de Control deberá estudiar la posibilidad de contratar una Póliza de Fidelidad Bancaria" que incluyan específicamente a la cobertura denominada DELITO INFORMÁTICO Y CIBERCRIMEN, que brinde amparo contra fraudes informáticos bajo condiciones pactadas entre los clientes y el Banco, y que asegurenla cobertura necesaria sobre estos hechos ylas exclusiones que se aplicarían. Además de realizar un profundo análisis de las cláusulas contractuales que se encuentran consignadas en los contratos bancarios que son lesivas a los derechos de los usuarios financieros.

VI. Bibliografía

Romeo Casabona, Carlos Maria (EDITOR), "El Cibercrimen: Nuevos Retos Jurídico Penales, nuevas respuestas político criminales." Editorial COMARES, Madrid, España, 2005, Pág. 7.

choclan Montalvo, José Antonio, "Infracciones Patrimoniales en el proceso de transferencia de Datos en El Cibercrimen: Nuevos Retos Jurídico Penales, nuevas respuestas político criminales. Editorial COMARES, Madrid, España, 2005, Pág. 74

Romeo Casabona, Carlos María, Poder Informático y seguridad jurídica, Fundesco, Madrid, España, 1987.

Magliona Markovicth Claudio Paúl, López Medel Macarena, Delincuencia y Fraude Informático, Editorial Jurídica de Chile. 1999

Camacho Losa Luis, Delito Informático.

Zabala Baquerizo Jorge, Delitos contra la Propiedad, Tomo 2, Editorial Edino, Guayaquil, Ecuador, 1988.

Gutiérrez Francés, María Luz, Fraude Informático y estafa.

Castán Tobeñas, Derecho Civil, España. 1978.

Huerta Miranda, Marcelo y Líbano Manzur Claudio, Los Delitos Informáticos, Editorial Jurídica Cono Sur.

Dromi, Roberto Derecho Administrativo, Editorial Hispania, 12va Edición, Año 2009. Página 791.

Páez,Juan José y Acurio Del Pino, Santiago. Derecho y Nuevas Tecnologías, Corporación de Estudios y Publicaciones, ISBN No. 978-9978-86-920-8-18, Año 2010, Quito Ecuador.

Castellín, Diógenes, Servicios Públicos, Monografía.com, consultado el 23 de Febrero del 2011. http://www.monografias.com/trabajos31/servicios-publicos/servicios-publicos.shtml

García, Javier Alonso, Estafas Mediante Phising y Responsabilidad Bancaria, Abogado penalista. http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1289406436525.pdf

Jiménez Sánchez Guillermo J, Derecho Mercantil Volumen 2 http://books.google.com.ec

Orozco Pardo, Guillermo, Responsabilidad Civil en materia de informática. Jornadas marco legal y deontológico de la informática: actas volumen I. España. No. 19-20-21-22. 1988 P. 148.

Novoa Monreal, Eduardo, Los Delitos de Omisión, Ponencia para el XII Congreso Internacional de Derecho Penal de Cairo de septiembre de 1984. Pág. 876

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Editorial Ediar, Buenos Aires

Argentina, 2009. Pág. 317

Viggiola, Lidia E. y Molina Quiroga, Eduardo. Tutela de la autodeterminación informativa. Aproximación a una regulación eficaz del tratamiento de datos personales. Ponencia presentada al Congreso Internacional "Derechos y Garantías en el Siglo XXI" de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Documento electrónico localizado en http://www.aaba.org.ar/bi151302.htm. Abril de 1999. Citado en Informe Especial Fraudes Electrónicos: De La Responsabilidad De Los Bancos Del Estado realizado por la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica en el año 2008. www.redipd.org/reuniones/seminarios_2008/common/.../doc_4_3.pdf

Salas, Daniela Responsabilidad Civil Bancaria frente al cliente por delitos informáticos, Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Frost and Sullivan, El Retos Clave Contra el Fraude Electrónico en las Instituciones Bancarias y Financieras de Latinoamérica. Consultado en Marzo del 2011. http://www.frost.com/prod/servlet/market-insight-top.pag?docid=213433779y http://www.easysol.net/newweb/images/stories/downloads/fs-easysolutionsconsumerresearchspanish-oct2010.pdf

Martinez Nadal, Antonio. Comercio Electrónico, certificados y autoridades de certificación, Madrid 1998.

Castro Paula Andrea, FARÍAS Raúl Alejandro y Cherñavsky Nora Alicia,Derecho de los Consumidores. Revista Novedades Jurídicas de Ediciones Legales, Año VIII, Numero 62, Agosto del 2011.

Velasco Núñez, Eloy. Delitos Cometidos a través de Internet. Cuestiones Procesales. 1ra Edición, Junio del 2010. Editorial La Ley, Madrid, España.

Suárez Sánchez, Alberto. La Estafa Informática, Grupo Editorial Ibáñez, Biblioteca de Tesis Doctorales. Bogotá, Colombia. 2009.

Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, Informe Especial Fraudes Electrónicos: De La Responsabilidad De Los Bancos Del Estado, año 2008. www.redipd.org/reuniones/seminarios_2008/common/.../doc_4_3.pdf

Resolución del Tribunal Constitucional 9, Registro Oficial Suplemento 349, 5 de Septiembre del 2006.

Jurisprudencia de la Gaceta Judicial. Cuasidelito: Daño o Perjuicio Por Culpa, en la Serie # 17 de la Gaceta Judicial # 10. Publicada el 29-10-2002

Resolución de la Superintendencia de Bancos 306: Registro Auténtico 2006 de 05-jul-2006. Libro I.- Normas generales para la aplicación de la ley general de instituciones del sistema financiero. Titulo XXV.- Disposiciones generales, capítulo III.- Reglamento general de la ley de cheques, Sección I.- Del contrato de cuenta corriente bancaria. Registro Oficial Nº532, Lunes 12 de

Septiembre del 2011.

Elaboración y establecimiento de mejores prácticas en la protección al usuario de servicios financieros, Documento elaborado por Alejandra Quevedo, Asesora Jurídica y dePlaneamiento Estratégico de la Federación Latinoamericana de Bancos,FELABAN, y Andrea Puentes, pasante universitaria. Febrero del 2011. Consultado en Septiembre del 2011 en http://www.felaban.com/novedades_bibliograficas.php

Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

Ley para reprimir el lavado de activos

Constitución Política de la República del 2008

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

Ley de Comercio Electrónico y Mensajes de Datos

Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Notas al Anteproyecto de Código Penal Integral[1]

Xavier Zavala Egas[2]

I. Introducción:

Señala el anteproyecto de código penal integral en su exposición de motivos que: "En cuanto a novedosas concepciones de los sujetos activos en una infracción penal se ha visto la necesidad de implementar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la finalidad de sancionar y **prevenir** acciones dañosas, propias de los entes morales, para proteger bienes jurídicos tan delicados, como, por ejemplo, el medio ambiente. Por lo que la idea también plantea dejar de lado la **discusión doctrinaria e invitar a un pragmatismo jurídico, que permita criminalizar y evitar la impunidad de los verdaderos quebrantadores del ordenamiento jurídico pena**l.".

La necesidad en el Ecuador de leyes penales que recojan los principios que se han venido debatiendo en las últimas décadas en el mundo entero, es ciertamente una necesidad imperiosa; sin embargo, en la presente charla anotaremos inconsistencias referidas a dos puntos que resultan fundamentales. Me refiero a las diferencias entre el derecho penal como tal y el derecho administrativo sancionador, del cual pretende independizarse el derecho penal económico; así como a las consecuencias de no respetar tales diferencias y violentar el principio de culpabilidad, recogiendo la responsabilidad penal para las personas jurídicas. Y claro, a guisa de "pragmatismo jurídico" se elaboran normas y se recogen argumentos que terminan creando en el Ecuador la responsabilidad penal en las personas jurídicas.

Con tales premisas, el anteproyecto desarrolla una norma que nos dice: "En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras serán penalmente responsables de las infracciones cometidas **por su cuenta** o por sus órganos".

1 Resumen de conferencia dictada en el Colegio de Abogados del Guayas, el 22 de noviembre de 2011.

2 Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Católica de Guayaquil.

I.- El mundo jurídico penal se debate en un conflicto entre el Derecho penal Máximo y el Derecho Penal Mínimo.

El Prof. Miguel Polaino Navarrete, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla-España, en su conferencia "La controvertida legitimación del Derecho Penal en las sociedades modernas", nos dice en relación a la posición jurídica del **Derecho Penal mínimo** frente al derecho penal máximo que "(…) el movimiento minimalista parte del cuestionamiento de la legitimidad del Derecho penal como medio idóneo en la solución de conflictos sociales (…)" el Derecho Penal es violencia y la violencia (el crimen) difícilmente se puede borrar con violencia (derecho penal): ergo la legitimidad del derecho penal es, cuanto menos cuestionable. El Prof. Luigi Ferrajoli citado por el Dr. Polaino, dice: "(…) el Derecho Penal aún rodeado de límites y garantías conservará siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política.", sin perjuicio que el autor citado, en su obra Derecho y Razón, reconoce la necesidad del Derecho Penal como ordenamiento preventivo individual y social, porque si este no existiese, se produciría un grave retroceso que significaría la vuelta a la venganza privada. Así, el Prof. Polaino nos entrega un programa de lo que debería ser el Derecho Penal deseado o el sistema penal del futuro. 1.- La necesidad de una intervención limitada y limitadora del sistema punitivo; minimización cuantitativa de la intervención penal, o sea, minimización de los costos sociales que la pena produce. 2.- Ampliación de las garantías para los ciudadanos maximizando la prevención del delito y 3.- Eliminación de medios coercitivos inidóneos para la prevención del crimen.

En otra posición doctrinaria, nos dice el Prof. Gunther Jakobs, catedrático de Derecho y Filosofía en la Universidad de Bonn-Alemania en su conferencia "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo": En el derecho penal del enemigo, la función manifiesta de la pena es la eliminación de un peligro (…) Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía en su comportamiento personal; por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, es su derecho a la seguridad. El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o, incluso, si es negada expresamente, el Derecho Penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho (ilícito) de uno de sus miembros, a ser una reacción contra un enemigo (…) La función del Derecho Penal de enemigos es el aseguramiento, esto es, la eliminación de un peligro, mientras que la del Derecho penal de ciudadanos es la contradicción (la pena) a la contradicción de la norma (el delito). El delito resquebraja el orden social, entra

en contradicción con éste y la reacción del Estado es la pena contradiciendo la contradicción.

Nos dice además, el Prof. Jakobs, "Es una especie de Derecho de Policía complementario al Derecho Penal del ciudadano, que somete bajo sospecha al ciudadano considerado como un posible creador de peligros no permitidos, esto es, como un potencial enemigo, lo cual lleva consigo la tipificación de conductas creadoras de peligro", en definitiva, se adelanta la punibilidad, la pena surge no por el hecho producido (delito) sino por un hecho que se va a producir (probabilidad de delito). A pesar que se adelanta la barrera de protección a un momento anterior a la consumación delictiva, la pena es la misma. De tal manera se provoca un cambio trascendental, pasamos de una legislación de Derecho Penal a la simple expedición de leyes para combatir la delincuencia. En definitiva, nos dice el Prof. Jakobs, el Derecho penal de enemigos entraña, frente al derecho penal del ciudadano, un endurecimiento de las medidas penales de manera acorde al grado de peligro que el delincuente ofrezca frente a la sociedad, cuyo ordenamiento no reconoce. Así, el Estado no habla, no se comunica con sus ciudadanos a través de la normas sino que amenaza a sus enemigos.

Por ello es que algunos sostenemos que el pragmatismo jurídico que resulta invocado en los antecedentes del anteproyecto de código penal, es propio de una política criminal en la lucha contra la delincuencia y, ciertamente, en beneficio de una sociedad como la nuestra que ansía seguridad, pero no tiene relación con los fundamentos y principios que informan un Derecho penal garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y propio de un Estado de derechos como se determina en la constitución. Este pragmatismo implica, necesariamente, irrespetar, por decir lo menos, el principio de culpabilidad como lo hemos venido estudiando.

II.- Recordemos que la culpabilidad como fundamento de la pena se refiere a si procede imponer pena al autor de un hecho típico y antijurídico, es decir, a un hecho prohibido por la ley penal con la amenaza de una pena. Para ello se exige la existencia de una serie de elementos como son la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta distinta, y solo con la falta de alguno de estos elementos de la culpabilidad pudiera no imponerse una pena.

Por otro lado, la culpabilidad se ve como un elemento de determinación de la pena. En este caso ya no se trata de determinar si existe o no pena, sino como ha de determinarse la pena, su gravedad y su duración. En este caso la función de la culpabilidad es sobre todo limitadora, pues impide que la pena pueda ser

impuesta por debajo o por encima de unos límites establecidos por la idea de culpabilidad.

Finalmente, el concepto de culpabilidad se utiliza como exclusión de la responsabilidad por el resultado. En este sentido el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo los modos de imputación de un resultado al dolo y a la imprudencia. En todo caso, actualmente está fuera de toda discusión que tanto el fundamento como los límites de la pena van a depender del grado de participación o la responsabilidad subjetiva del sujeto en la realización del delito, y si esta falta, bien sea por la falta de dolo o imprudencia en relación con el resultado delictivo; o bien porque el sujeto no posee el desarrollo mental suficiente, desconoce que el hecho realizado estaba prohibido, o no le era exigible otro comportamiento, carece de sentido imponer pena, pues la norma penal no puede cumplir su función motivadora.

Luce un tanto estrambótico o disparatado, por decir lo menos, que una persona jurídica pueda ser responsable penal. Quizás recibir las consecuencias legales de una sanción administrativa, por el actuar criminal de su personero o empleado que, bajo su paraguas, o usándola como instrumento, cometió el delito. Pero, si se prevé la posibilidad que una persona jurídica pueda ser responsable penal por cometer una infracción por "su cuenta", de mano propia, de forma directa e inmediata, y no solo por sus órganos o personeros, pues ahí sí que el tema pasaría de "pragmatismo jurídico" a "ridiculez jurídica". Pero, en todo caso, en aras de la simplicidad y del abandono de la discusión doctrinaria que invoca el anteproyecto, para sus autores se justificaría cualquier imputación o sanción buscando la prevención del peligro y la ansiada seguridad, conforme a los preceptos de un derecho penal máximo.

III.- Ahora bien, revisemos un poco la naturaleza de una persona jurídica y lo que implica imputarles responsabilidad penal por un delito. En lo que se refiere a la naturaleza de las personas jurídicas, las teorías que se encuentran en la raíz del problema son las de la ficción y la de la realidad. La primera, estructurada por Federico Carlos von Savigny afirma que las personas jurídicas tienen existencia ficticia, irreal o de pura abstracción —debido a un privilegio lícito de la autoridad soberana—, siendo, por tanto, incapaces de delinquir (carecen de voluntad y de acción). El Derecho Penal considera al hombre natural un ser libre, inteligente y sensible: la persona jurídica, al contrario, se encuentra despojada de esas características, siendo sólo un ser abstracto. La realidad de su existencia se funda en las decisiones de cierto número de representantes que, en virtud de una ficción, son consideradas como suyas; y una representación semejante, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener efecto en materia civil, mas nunca en relación al orden penal. Los delitos que pueden ser imputados a la persona jurídica

son cometidos siempre por sus miembros o directores, esto es, por personas naturales, y poco importa que el interés de la corporación haya servido de motivo o de fin para el delito.

La segunda es la teoría de la realidad, de la personalidad real u orgánica, cuyo precursor más ilustre fue Otto Gierke, se basa en supuestos totalmente distintos. La persona moral no es un ser artificial, creado por el Estado, sino un ente real (vivo y activo), independiente de los individuos que la componen. Del mismo modo que una persona física, «actúa como el individuo, aunque mediante procedimientos diferentes, y puede, por consiguiente, actuar mal, delinquir y ser castigada». La persona colectiva tiene una personalidad real, dotada de voluntad propia, con capacidad de obrar y de realizar ilícitos penales. El ente corporativo existe, es una realidad social. Es sujeto de derechos y deberes, en consecuencia es capaz de doble responsabilidad: civil y penal. Esa responsabilidad es personal, identificándose con la de la persona natural. Las personas jurídicas aparecen, pues, como seres colectivos, dotados de voluntad real, que pueden actuar en diversos sentidos; y nada impide, en principio, que sea dirigida a fines prohibidos, especialmente por la ley penal.

Debemos asumir con estricta lógica que los autores del anteproyecto se alinearon en esta línea de pensamiento.

Se han planteado diversas soluciones por aquellos que pretenden superar el obstáculo de los principios de culpabilidad en el Derecho Penal y poder responsabilizar a una persona jurídica en la comisión de infracciones penales. Todas estas giran en torno a delitos económicos, ya que por su importancia en la evolución de nuestras sociedades, algunos creen, que se impone encontrar soluciones prácticas y nuevas políticas criminales para tal efecto. No es otra cosa que el pragmatismo jurídico de los autores del anteproyecto. Así, se ha buscado una nueva dimensión en los elementos de constitutivos de la culpabilidad llegando, inclusive, a plantear su desaparición como elemento de una conducta punible para el caso de las personas jurídicas.

La doctrina que elabora nuevos conceptos de culpabilidad válidos sólo para las personas jurídicas y aplicando los principios inspiradores y reglas generales de la "actio liberae in causa" y de los delitos impropios de omisión, ha afirmado la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, no en una culpabilidad bio-psicológica como sería la de la persona física, sino una culpabilidad propia de la persona jurídica, que Zugaldía Espinar en "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español" denomina "**culpabilidad por defecto de organización"**. Así, la persona jurídica se convierte en culpable cuando omite la adopción de las

medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial. De esta forma, también se pretende superar el argumento de que una sanción sobre la persona jurídica, afecta a terceros no implicados (por ejemplo, los accionistas), ya que la persona jurídica respondería no sólo por su propia acción, sino también por su propia culpabilidad.

En la estructura del crimen en comisión por omisión se presenta el deber legal de impedir o controlar la concurrencia de factores de riesgo o resultados dañosos, en la hipótesis de que un órgano de la persona jurídica apareciera como garante del bien jurídico. Esa posición de garante emerge en la criminalidad económica como "un compromiso de contención de riesgos determinados, para bienes jurídicos determinados, en donde son las reglas de atribución y distribución de competencias las que delimitarán los concretos riesgos que deben controlarse, y las medidas cuya no adopción fundamentará la presencia de un delito omisivo, equivalente a la comisión".

También existe la denominada "actuación en nombre de otro", prevista en la legislación penal de algunos países europeos, con vistas al castigo de aquellos que cometen infracciones penales en calidad de miembros de una persona jurídica o en representación de otro. La responsabilidad penal recae aquí sobre ciertas personas que actúan como miembros de un ente colectivo o en su representación. En un primer momento, más allá de violentar el principio que la responsabilidad solo surge a consecuencia de una acción u omisión personal, parecería que se pretende instituir una especie de responsabilidad penal solidaria de los dirigentes de las entidades, lo que también contradice el principio de culpabilidad y, además, se recogen preceptos de responsabilidad civil.

Hirsch, H.J. en "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", ha afirmado y fundamentado la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, utiliza el ejemplo de una empresa química que vierte sustancias tóxicas en un río y, a consecuencia de ello, mueren gran parte de los peces y se pone en peligro el suministro de agua potable. Según Hirsch, éste ejemplo; nos demostraría cómo la culpabilidad, en un supuesto de esta naturaleza, no sería algo éticamente indiferente, con lo que al hacérsele a la corporación un reproche de culpabilidad, estaríamos aplicando un parámetro social. El referido autor sostiene que la esencia de la corporación consiste justamente en que no es una mera suma de personas individuales, sino que constituye una estructura independiente que se separa de ellas. La culpabilidad de la asociación no es idéntica a la culpabilidad de sus miembros. La capacidad penal tampoco fracasa si se tiene en cuenta el requisito de la culpabilidad. En el caso de las asociaciones se da más bien un fenómeno paralelo al de la culpabilidad individual.

Según Klaus Tiedemann, "Derecho Penal Económico" "(…) los hechos individuales tienen que ser contemplados como hechos de la corporación, en tanto ésta, **a través de sus órganos o representantes**, omitió la adopción de medidas de precaución exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad relativa al tráfico de la empresa (…)".

Creemos que en cualquier circunstancia, inclusive en el caso de la criminalidad económica, el tema debe ser tratado siempre como hipótesis de imputación delictiva individual a efectos de proteger los principios penales fundamentales frente al poder político. La sanción penal sólo debe ser considerada legítima en casos de grave lesión o peligro de lesión de los bienes jurídicos fundamentales, en la ausencia absoluta de otros medios jurídicos eficaces y menos gravosos. Esa tendencia político criminal restrictiva del juspuniendi, deriva de un Derecho Penal moderno orientado al ciudadano y no al enemigo. Tanto más que la vigencia del principio de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas no obsta ni imposibilita la aplicación de medidas sancionatorias extrapenales a las personas jurídicas, como las administrativas.

Puede ser cierto que el defecto de organización de la empresa, es decir, la omisión de la adopción de medidas de precaución para evitar la comisión de delitos en el ejercicio de su actividad, es el hecho que soporta la culpabilidad de la persona jurídica, sin embargo lo que no desaparece de ninguna manera es que la "organización defectuosa" que generaría la omisión de medidas adecuadas para evitar un resultado delictivo es manifestación humana, no ficticia sino natural, y son estas personas humanas las que, eventualmente, deberían recibir el reproche constitutivo de su respectiva responsabilidad penal si es que se demuestra la efectiva violación a su posición legal de garantes. La omisión punible es frente a una obligación jurídica de actuar, no moral, solo jurídica. Además que, siguiendo esta teoría, la culpabilidad surgiría por un hecho ajeno (el de los personeros), lo que contradice otro de los fundamentos del derecho penal, esto es, la responsabilidad subjetiva y personalísima que ya hemos explicado.

Además, como bien indica Gonzalo Rodriguez Morullo, "no es que la persona jurídica concluya por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos". Es decir no actúan, no manifiestan voluntad alguna, son sus representantes lo que sí lo hacen. La representación no es sinónimo de imputación, no son siquiera coincidentes en el caso de las personas jurídicas, ya que éstas sólo pueden actuar a través de sus órganos y representantes, es decir, de personas físicas que son autores de la acción. En la obra de Luis Regis Prado, Curso de Derecho Penal Brasileño, págs. 142 y ss, se lee: "La voluntad de la persona jurídica no puede

tampoco, por una consideración más real, ser equiparada a la voluntad de la acción del hombre particular. La incapacidad jurídico penal de acción de la persona jurídica deriva tanto de su naturaleza como de la esencia de la acción". A partir de Anselmo Von Feuerbach, el delito es acción u omisión humana, este axioma es una garantía liberal, un principio de los muchos que informan un derecho penal garantista.

Nos dice Moncayo, N J en su obra "Delitos cambiarios y responsabilidad penal de las personas jurídicas" que: "(...) sólo al individuo que delinque es factible sancionarlo con una pena. Trasladada esta regla al ámbito de la persona moral, social o de existencia jurídica, en lo que atañe a su responsabilidad penal por los delitos que cometieren los individuos que la integran, es que se edificó la tesis que puede resumirse en el axioma latino Societas Delinquere Non Potest". Por ello es que quienes pretenden lo contrario se ven obligados a ampliar, distorsionar o torturar el contenido de los conceptos de acción y culpabilidad, en el caso de la persona jurídica, buscando nuevas concepciones respecto a estos elementos en función de aspectos coyunturales, no por ello menos importantes, propios de políticas criminales y del pragmatismo jurídico y no de un Derecho Penal garantista de derechos.

Dice la Dra. Rosario Susana Lopez Wong: "El autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, debe tener las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber realizado algo típico y antijurídico, se le denomina imputabilidad, o más modernamente capacidad de culpabilidad. Es decir que quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente o por sufrir de alteraciones mentales y psíquicas, no puede ser declarado culpable y por consiguiente, no es posible hacerle responsable penalmente de sus actos, por más que éstos sean notoriamente típicos y antijurídicos. La Culpabilidad en esta secuencia, no es un rasgo intrínseco a la persona, sino una cualidad que se predica jurídicamente de alguien en relación con el hecho ilícito realizado, que es el objeto de la responsabilidad penal y, precisamente, la adecuación del sistema penal al Principio de Culpabilidad reclama la configuración de un Derecho Penal de Hecho y en consecuencia, la derogación del llamado Derecho Penal de Autor que hace posible -injustificadamente por cierto-, hacer culpable a alguien por lo que es y no por lo que ha hecho. La acción (prosigue la autora citada), "(…) está siempre ligada en el Derecho Penal, al comportamiento humano y la culpabilidad o culpa constituye un reproche ético o moral humano que se encontraría de hecho descartado en el caso de las agrupaciones o entes corporativos (…)".

Desde la perspectiva de política criminal que siempre va en función de oportunidad o necesidad social, como ya dijimos, y no de principios o fundamentos filosóficos, algunos autores y legislaciones optan por dejar del lado el principio de culpabilidad tal y como está estructurado, construyendo un sistema sancionador válido para personas jurídicas en función de reflexiones tales, como que la infracción, por ejemplo, ha generado beneficios para la empresa. Son posiciones doctrinarias que solo se validan, como dice la Dra. Rosario López Wong "Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas,"…tratando de aplicar un modelo paralelo al Derecho Penal individual en el que afianzando una "culpabilidad de las agrupaciones" se pretende atenuar el problema de la criminalidad económica organizada…".

Paolo Patrono afirma que el "problema de la responsabilidad penal de la persona jurídica es en gran parte un falso problema, agigantado por la no siempre consciente tentativa de traslado para el derecho penal de los esquemas de imputación y formas de responsabilidad de tipo civil (…) Las alusiones a una supuesta voluntad colectiva no hacen sino esconder, camuflar que, en realidad, es la voluntad de concretas personas individuales que realmente controlan, la que rige los destinos de la persona jurídica. Es sobre ellas que debe recaer prioritariamente la intervención jurídico-penal, con penas privativas de libertad (…) No se debe olvidar, a efectos de eficacia, que en las grandes y pequeñas sociedades mercantiles siempre hay un número limitado de personas, perfectamente identificables, que lo deciden todo al margen del resto de los socios y es sobre ellos que debe recaer la sanción penal como medio idóneo y eficaz de prevención de la delincuencia".

Frente a una línea de pensamiento que pretende responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, cabe preguntarnos si en nombre de la prevención criminal y defensa social, existe realmente una necesidad de caer en tales excesos. Creo que es caer en el utilitarismo jurídico, es convertir al Derecho Penal en un cúmulo de normas de política criminal y asumir la responsabilidad penal objetiva como propia de dicho ámbito, lo cual nos haría ingresar al campo del Derecho penal del enemigo.

IV.- Ciertamente que una cosa es el Derecho Penal común y otra cosa es el Derecho Administrativo sancionador, del cual surge el Derecho Penal Económico buscando su autonomía. El Prof. Dr. Miguel Bajo Fernández, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, en su trabajo sobre la "Unidad del Hecho Sancionador", nos dice: "Goldschmidt creyó encontrar la diferencia ontológica entre el injusto administrativo y el penal, diciendo que el Derecho penal protege derechos subjetivos o bienes jurídicos individualizados (vida, honor, propiedad, libertad), mientras que el Derecho administrativo debe

operar frente a la desobediencia de los mandatos emitidos por la Administración, que no protegen bienes jurídicos ya existentes, sino que están al servicio de los deberes de orden público y del bienestar y que por ello no contienen un desvalor ético.", así, "se debe reprender una lesión contra la integridad corporal por medio de una pena, mientras que el hecho de aparcar un vehículo incorrectamente debe ser reprendido sólo por una sanción administrativa, dado que es el mismo Estado el que ha creado el objeto de la contravención, es decir, que no se trata de un interés espontáneamente surgido en la sociedad y, por tanto, tampoco de un bien jurídico."

Según el Prof. Eberhard Schmidt, "(…) la característica de la infracción administrativa ha de encontrarse en su indiferencia ética y en la consiguiente ausencia de eticidad en la sanción prevista. El delito lesiona intereses vitales jurídicamente protegidos, es decir, bienes jurídicos, mientras que la infracción administrativa lesiona los intereses de la Administración en la colaboración del ciudadano, es decir, bienes administrativos. El ciudadano tiene el deber de cooperar con la Administración, y si tal deber se lesiona, el Estado reacciona para evitar futuras infracciones. La multa, como sanción administrativa, se diferencia de la pena criminal no sólo nominalmente sino también en su esencia, ya que no puede entenderse como pena, sino como advertencia del deber que presenta unas características de aplicación distintas. Es decir, es un asunto administrativo (…) y, por ejemplo, cabe la posibilidad de ser aplicada a personas jurídicas. Por ello nos dice el mismo Prof. Bajo Fernandez "(…) en la medida en que el Derecho administrativo sancionador, al contrario que el Derecho penal, permita la sanción de las personas jurídicas, existen serias dificultades para la unificación del principio de culpabilidad".

Por lo dicho, una persona jurídica sí puede ser sancionada en el ámbito del derecho administrativo sancionador sin que exista contradicción alguna con la tesis que hasta ahora venimos manteniendo. En lo administrativo se propugna simplemente el cumplimiento del mandato o norma administrativa, se rige por el principio de oportunidad, sus penas buscan el cumplimiento del mandato de la administración pública, no tiene mayor base ética en los valores o principios que tutela y no está mayormente obligado a respetar un principio de culpabilidad garantista de los derechos fundamentales, como si lo está el derecho penal común, en el que no hay delito sin acción u omisión personal y culpabilidad sin imputabilidad subjetiva y a título de dolo o culpa, frente al resultado criminal. Por eso, sancionar penalmente a una persona jurídica en el Derecho Penal común es imposible, no así en el derecho administrativo.

Por ejemplo en nuestro Código Tributario se dice:

"Art. 321.- Responsabilidad por infracciones.- La responsabilidad por infracciones tributarias es **personal** de quienes la cometieron, ya como autores, cómplices o encubridores. Es **real**, respecto a las personas naturales o jurídicas, negocios o empresas a nombre de quienes actuaron o a quienes sirvieron dichos agentes (…).". Solo en el Derecho Administrativo sancionador cabe una responsabilidad real para imponer una sanción administrativa a una persona jurídica.

En lo que se refiere al Derecho Penal Económico, el Prof. Eduardo Fabián Caparrós, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, en su obra " El Delito de Blanqueo de Capitales" nos dice: " Como es totalmente conocido la (…) totalidad de la doctrina en nuestro ámbito de cultura jurídica defiende la irresponsabilidad criminal de los entes colectivos, tomando como base la vigencia de tres argumentos claves: 1) su incapacidad de acción en sentido jurídico penal; 2) su incapacidad de culpabilidad y, por último, su incapacidad de pena (…) Ahora bien, en tanto reconozcamos la validez de la doctrina mayoritaria…la responsabilidad penal del delito de blanqueo de capitales solo será predicable de las personas físicas.". Así (…) planteada la intervención de una entidad colectiva en un caso de blanqueo de capitales, el juez deberá valorar la responsabilidad de aquella o aquellas personas físicas que hayan actuado realmente tras el velo societario.".

Precisamente por ello es que, en nuestra Ley que reprime el Lavado de Activos, todas sus sanciones están dirigidas a personas naturales, sin perjuicio del Art. 17 que dice lo siguiente: "La **condena** por delito de lavado de activos dará lugar a la extinción de la persona jurídica creada para el efecto.". Es decir, una consecuencia de la sentencia condenatoria dictada en contra de la persona natural responsable, es la extinción del ente ficticio creado para delinquir, pero esto no es una sanción, es una consecuencia de la sentencia condenatoria, lo mismo que puede ser el comiso definitivo de bienes o la restitución del bien indebidamente apropiado. Son, como la doctrina las llama, "consecuencias accesorias" de naturaleza administrativa por la comisión de un delito y sin entidad penal.

En definitiva, el afán de seguridad social no puede llevarnos a los límites de la ridiculez ni del abuso. Consideramos que no es necesario crear una responsabilidad penal para las personas jurídicas que rompa con los esquemas de un principio de culpabilidad humanista y garante de los derechos fundamentales del ciudadano. Es suficiente una coherente responsabilidad administrativa o civil, a consecuencia de una condena penal a la persona física culpable tal y como ya existe en nuestra legislación.

Capítulo III

Nuevos Enfoques y Tendencias del Derecho

La Adopción Prenatal: destino jurídico óptimo para los embriones congelados en el Ecuador

Sonia Merlyn Sacoto[1]

La situación jurídica del Embrión in Vitro es una preocupación constante en la actualidad. En efecto: "(…) su viabilidad biológica, en buena cuenta depende de terceros, pero el principio es que estamos frente a una vida humana que merece consideración, protección y respeto, especialmente por el contexto en que se encuentra (…)"[2]

Dentro de este contexto, la principal dificultad que se enfrenta son los embriones supernumerarios y su destino final, en otras palabras: ¿Quién (es) decidirá(n) qué hacer con los mismos?

Precisamente, el primer proceso legal del cual se tuvo conocimiento a nivel mundial ocasionado por las Técnicas de Fecundación Asistida, conocido como "Del Zío vs Presbiterian Hospital" (New York, 1973), fue causado por la destrucción de un embrión por parte de un laboratorio sin el consentimiento de los progenitores. El Laboratorio justificó su acción por el temor a causar un daño en la salud de la paciente con la transferencia, ya que las técnicas no estaban suficientemente desarrolladas. En este caso, la Corte falló a favor de la pareja otorgándole una indemnización de cincuenta mil dólares a causa del daño moral sufrido por la destrucción del embrión, que le impidió concretar sus esperanzas de formar una familia.[3]

Desde entonces, tanto la doctrina como la legislación de los países en que expresamente se permite la crío-conservación (por ejemplo, España) se han inclinado en forma unánime por dejar en manos de los progenitores -padre y

1 Profesora Principal de la Cátedra de Sujetos del Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

2 Gonzales Mantilla, Gorki, "La consideración jurídica del Embrión In Vitro", Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú", Lima, Perú, 1996, p. 66.

3 Hurtado Oliver, Xavier, *El derecho a la vida y ¿a la muerte*?, ED PORRUA, México, 2000, p.37.

madre en caso de Fertilización In Vitro (FIV) con semen de la pareja (homóloga) o solamente madre, en el caso de (FIV) con semen de donante o Heteróloga - la decisión sobre el destino de los embriones congelados, imponiendo un plazo máximo en caso de que se decida su fecundación.

Sin embargo, ¿a quien compete esta decisión en circunstancias como el divorcio de los progenitores o la muerte de la pareja, cuando los beneficiarios directos de estas Técnicas ya no pueden tomarla?. Las dificultades que entrañan las posibles respuestas están íntimamente ligadas al status jurídico del embrión, que en Ecuador, es titular de derechos y obligaciones, de conformidad con lo establecido en el Art. 20 del vigente Código de Niñez y Adolescencia: " Los niños, niñas y adolescentes **tienen derecho a la vida desde su concepción.** Es obligación del Estado, la sociedad y la familia, asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral".[4]

Al respecto, resulta también interesante revisar la respuesta que en ciertos casos "emblemáticos" ha esbozado la jurisprudencia extranjera frente a determinados problemas jurídicos con embriones crio-conservados:

1.- La custodia del embrión supra-numerario en caso de divorcio o separación de los progenitores: Caso Davis vs Davis: Después de su divorcio, Mary Sue Davis había solicitado la custodia de siete embriones congelados en una Clínica de Reproducción Asistida en Knoxville, Tennessee (USA), tras el fracaso de la primera transferencia, con la intención de realizar un nuevo proceso de fertilización, en un intento de quedar embarazada. Cabe resaltar que en el contrato firmado con el Laboratorio no se había previsto esta situación ni tampoco existe ley o estatuto en el Estado de Tennessee que la prevea.

Junior Davis, su ex marido, se opuso, afirmando que prefería dejar los "pre-embriones" congelados hasta decidir si quería o no convertirse en padre fuera del matrimonio. Fundado en que los "pre-embriones" eran "seres humanos" desde el momento de la fertilización, el Tribunal de 1ra. Instancia de Tennessee otorgó "la custodia" a Mary Sue Davis y se le permitió la oportunidad de llevar esos niños a término, por medio de la implantación. La Cámara de Apelaciones revocó el fallo el 13 de septiembre de 1990, arguyendo que los "pre-embriones" no son personas ni cosas a los fines legales, sino que ocupan una posición intermedia, priorizando

4 Corporacion de Estudios y Publicaciones, Código de la Niñez y Adolescencia", Quito, 2011.

así, en un marco contractual, los derechos de las partes de decidir conforme a su libre voluntad el destino de los "pre-embriones". El fallo fue impugnado y subió a la Corte Suprema de Tennessee, que resolvió en 1997, acerca del status del embrión congelado, que no puede ser considerado persona ni cosa, pues: "ocupan una categoría intermedia que les da derecho a un respeto especial ya que se trata de una vida humana en potencia".

Hasta que la Corte Suprema emitiera su resolución, tanto Junior Davis como Mary Sue Davis se volvieron a casar. Mary Sue Davis cambió su pedido porque ya no quiso utilizarlos en su propia fecundación, sino darlos en adopción a otra pareja, situación que también fue analizada por la Corte que, finalmente, sentenció de la siguiente manera: "…estos casos deben ser resueltos de conformidad con el interés de ambos progenitores, pero si éste no se puede determinar o hay contraposición entre ellos, debe priorizarse el acuerdo previo y si este no existe, el interés de la parte que desea evitar la procreación, debe prevalecer, suponiendo que la otra parte tiene una posibilidad razonable de lograr la paternidad por otros medios que no sean el uso de los pre-embriones congelados. Solo si no existen alternativas razonables, debe considerarse utilizar los pre-embriones para lograr el embarazo. Sin embargo, si la parte que solicita el control de los pre-embriones se propone sólo donarlos a otra pareja, la parte impugnante, obviamente, tiene el mayor interés y debe prevalecer".[5]

Este caso resulta importante porque, dejando a un lado las contradicciones judiciales sobre el status jurídico del embrión, con cuya resolución final disentimos completamente, podemos observar que la decisión definitiva sobre el destino de los embriones congelados en la Fertilización In Vitro (FIV) homóloga queda confiada a la pareja de progenitores y no sólo a la mujer, criterio con el que concordamos.

2.- Custodia de los embriones crio-conservados en caso de muerte de los progenitores: En 1981, tres óvulos de Elsa Ríos fueron fecundados con esperma de un dador anónimo. Uno de ellos fue transferido sin éxito y los restantes se congelaron en el Queen Victoria Medical Center de Melbourne, Australia, en espera de mejores condiciones, pero la Sra. Ríos y su marido fallecieron en un accidente de aviación, sin dejar disposiciones respecto al destino de los embriones.

En esas condiciones fue abierta la sucesión testamentaria en Los Ángeles, California, a la que concurrieron en calidad de herederos un hijo del señor Ríos habido en matrimonio anterior y la madre de la señora. Al notar la existencia de los embriones, el proceso de sucesión se paralizó en espera de una resolución legal al respecto. Se plantearon las siguientes soluciones:

5 En página electrónica: http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm. Ultimo ingreso: 11-09-2010

1.- Considerarlos propiedad e integrarlos a la masa hereditaria para adjudicarlos a los herederos. No se acogió esta opción porque al ser productos humanos estaban fuera del comercio.

2.- Reconocer su condición de personas y designarles un tutor para que tomara las decisiones que proceden en su beneficio, lo cual iba en contra de las leyes australianas que no otorgan esa calidad al concebido. Es evidente que en Ecuador y Perú ésta sería la solución aplicable al caso.

3.- Constituir un fideicomiso y designar al hospital como fiduciario, pero esta alternativa fue desechada por las mismas razones que la primera opción y,

4.- Que se transfieran a alguna mujer que lleve a término su gestación.

Pero el "National Health and Medical Resaearch Council", había establecido que el límite máximo para la conservación de embriones congelados quedaría determinado por la necesidad o competencia de la mujer receptora, de manera que si la eventual madre superaba sus problemas de infertilidad, los embriones serían destruidos. Fallecida la señora Ríos, esta última opción parecía la solución del problema y en ese sentido falló la Corte, pero consideraciones posteriores hicieron que se aplace la destrucción y hasta 1985 permanecieron congelados. Mientras tanto, el juicio sucesorio culminó en beneficio de los herederos reconocidos[6]. El Tribunal cedió los embriones congelados en 1987 a una pareja estéril, [7]pero aclaró que no se concedían derechos sucesorios a estos embriones.

3.- Transferencia de Embriones crio conservados post mortem: En relación a este tema la jurisprudencia francesa ha manejado algunos casos interesantes. En uno de ellos, en Toulouse, un Tribunal de Apelación decidió el 18 de abril de 1994 que dos embriones congelados de una mujer fueran destruidos ya que el marido falleció, basándose en que la pareja progenitora lo había decidido así en un documento notarial privado. Sin embargo, la Corte de Casación en 1996, revocó el fallo considerando que el documento notarial iba en contra de la Ley de 29 de julio de 1994 (publicada con posterioridad al citado documento), que mandaba en su Art 9 que los embriones congelados que cumplieran con las condiciones previstas en el Código de Salud, deberían ser dados en adopción. Igualmente, la Corte consideró que la madre biológica de estos embriones había solicitado el tratamiento en base a su esterilidad y no se había considerado su interés ni la protección jurídica a la vida al momento de resolver.[8]

6 Hurtado Oliver, Xavier, ob. Citada, pp.39-40.

7 Sobre el resultado final: página web: www.elpais.com/articulo/sociedad **Lunes,** 6/9/2001

8 Información documentada en página electrónica: www.blog.dalloz.fr/files/94-15998.pdf, documento traducido por la autora.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el supuesto de la transferencia de un embrión concebido a una mujer después de la muerte de la pareja, si se lo instituyó heredero por testamento, estando el embrión concebido al momento de la delación del derecho, adquiriría todos los derechos patrimoniales. Sin embargo, la mujer debería tener presente que no puede demorar indefinidamente la transferencia por las consecuencias a nivel filiativo.

En efecto, es en este campo donde observamos el verdadero problema jurídico, pues por ejemplo, si una mujer ecuatoriana va a inscribir su hijo concebido por transferencia post mortem, en el Registro Civil consta la defunción del marido, por lo que el funcionario público seguramente negará la inscripción con los apellidos paternos, de tal manera que la mujer deberá probar la paternidad. En este momento, la mujer se enterará que, en general, los legisladores han recurrido a la presunción como medio de prueba para fijar el momento de la concepción y establecer los derechos filiativos: partiendo del nacimiento como hecho conocido, la Ley determina el hecho incierto y desconocido del momento de la concepción.

Así, según la regla del Art. 62 del Código Civil ecuatoriano: "Se presume de derecho que la fecha de la concepción ha precedido al nacimiento no menos de 180 días cabales y no más de 300, contados hacia atrás, desde la media noche en que principia el día del nacimiento". En armonía con esa disposición, el Art. 240 establece:"El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido. El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el Art. 62, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer".

Se ha criticado mucho la norma civil del Art. 62, porque establece una presunción de derecho, es decir que no admite prueba en contrario. Otros países, como Argentina, mantienen el período de 300 días pero como presunción iuris tantum.[9]

Urge entonces una reforma a este artículo, estableciéndose una presunción legal con un lapso máximo y uno mínimo por las implicaciones que tiene la determinación del momento de la concepción tanto en materia de filiación y más aún con la práctica de las Técnicas de Reproducción Asistida, es necesario establecer una regla especial para el caso de los concebidos en laboratorio cuyo padre fallece antes de que se transfieran.

En consecuencia, podrían negarse injustamente los derechos filiativos del

9 Código Civil argentino, Art. 258 modificado por la ley 23.264 de 25 de septiembre de 1985.

concebido simplemente porque las normas son más antiguas que el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida. Conviene reformular este aspecto del Derecho de Familia ecuatoriano en forma específica, como ya se ha dado el caso a nivel sudamericano en Brasil, con el Código Civil de 2003, que entre otras normas jurídicas referentes al tema discutido, consagra en su Art. 1597, la presunción de filiación matrimonial para los concebidos en cualquier tiempo cuando se trata de embriones sobrantes de la Fertilización Artificial Homóloga.

Por otra parte, desde el punto de vista médico, ¿qué sucedería si la mujer demora indefinidamente la transferencia? Aparentemente el período de conservación en buenas condiciones de los embriones congelados es de hasta dos años, sin embargo, fue mundialmente difundida la noticia de Gerard, el niño que tras permanecer siete años congelado en el Instituto Marqués, fue adoptado y nació.[10] No obstante, sería aconsejable en virtud del principio "in dubio pro vida", para tratar de optimizar las posibilidades de viabilidad del embrión, y por los derechos del concebido que se encuentran involucrados, que la transferencia no se demore un lapso de tiempo demasiado largo.

Más dificultosos de resolver son los casos en que la paciente o la pareja deciden expresamente no transferir los embriones congelados, ¿qué destino podrían tener? Los probables destinos podrían ser: la destrucción, la experimentación, la cosmetología o la dación para adopción. Evidentemente, en nuestros sistemas legales ninguno de los tres primeros destinos es admisible por cuanto el embrión concebido en laboratorio es sujeto de derecho y el aborto (destrucción del concebido) se encuentra tipificado como delito en el Código Penal (Art. 441).

En virtud de todo cuanto hemos analizado en el transcurso de estas líneas, en nuestro país se deberían regular las Técnicas de Reproducción Asistida de tal manera que se permita fecundar solo el número de embriones que se van a transferir y por excepción, crio preservar embriones. Nuestro criterio coincide así con la resolución del Parlamento Europeo de 1989, que reconoce el valor de la vida y el derecho a la protección de la persona, por lo que expresa "su preocupación por el "derroche" de embriones que la fecundación in vitro puede comportar y propone el uso de técnicas y metodologías que eliminen ese riesgo"[11]

En el supuesto excepcional de que llegaran a existir embriones sobrantes

10 Diario "El Comercio", Sección Mundo, Quito, Ecuador, 4/septiembre/2005

11 Parlamento Europeo. *Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación artificial humana*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas; 1990, citado por Juan José Puerto en su artículo: "La consideración de los nuevos derechos humanos en la legislación sobre reproducción asistida", en página electrónica: www.scielo.cl

como, por ejemplo, cuando es imposible continuar el tratamiento en la fase de transferencia por complicaciones médicas en la salud de la receptora, al igual que para aquella población de embriones ya existentes en laboratorio, es necesario analizar como opción para su destino, la adopción prenatal.

En este sentido, importa señalar que para nosotros no es correcto para tratar el tema, emplear los términos "dación" ni peor aún "donación" de embriones congelados. En efecto, si empleáramos el término donación, otorgaríamos una categoría contractual a un acto jurídico que no tiene dicha calidad. Los embriones no son objetos, sino sujetos que por ende están fuera del comercio (igual que los gametos, con los que tampoco se puede comerciar pues si bien son objetos, están jurídicamente protegidos); por lo tanto, si se tratara de una donación, esta adolecería de objeto ilícito.

Igualmente, cualquier titular de la relación jurídica (concebido o persona) no puede ser objeto de acuerdo convención, contrato, dádiva o apropiación, por lo que es inaceptable el término "Banco" de embriones para referirse a la población de embriones crio-preservados de laboratorio, término que sin embargo es utilizado por los Institutos de Reproducción Asistida.[12]

En consecuencia, autores como Ricardo Rabinovich Berkman sugieren el uso de "adopción prenatal de embriones" para diferenciar a esta institución jurídica de la adopción en general.

Conviene aclarar que con Adopción Prenatal nos referimos a la Institución de Derecho de Familia mediante la cual el o los adoptantes acceden a los embriones congelados sobrantes de las Técnicas de Reproducción Asistida, para que sean transferidos a la madre adoptiva[13] con el objeto de que, llevado a término el período gestacional, se le garantice una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral en forma permanente y definitiva.[14]

Evidentemente, nosotros no consideramos dentro de esta institución la posibilidad de adoptar el embrión de una mujer embarazada, y así conceder efectos jurídicos a la maternidad subrogada.

Desde la visión humanista del Derecho, la adopción prenatal se constituye en la alternativa óptima para el futuro de los embriones congelados, que ya ha sido

12 Para muestra ver páginas electrónicas: www.concebirecuador.com y www.cemefes.com

13 Mujer infértil por cuanto se encuentra en imposibilidad de concebir pero cuyo útero si puede culminar el embarazo

14 Descripción elaborada por la autora en base al vigente Código de Niñez y Adolescencia ecuatoriano (finalidad de la adopción Art. 151)

aplicada en algunos Estados a nivel mundial. En efecto, en Argentina, a más de nombrarse un tutor de embriones, en el año 2004 se presentó un Proyecto de Ley de adopción Prenatal con la firma del Senador Luis Alberto Falcó, que no prosperó ya que los laboratorios de fertilidad se opusieron porque el manejo de los embriones crio conservados pasaba a manos de una Entidad Estatal.

De igual manera, en octubre del 2004, el Instituto Marqués, laboratorio en Barcelona, España, ofreció 1700 embriones congelados para que fueran adoptados, demostrando así que inclusive los laboratorios preferirían como destino para los embriones la adopción antes que la investigación o destrucción.[15]

Este Instituto puso en marcha un programa de adopción paralelo al sistema judicial, es decir con políticas propias para la adopción. Así, el Instituto requiere que las mujeres adoptantes sean menores de 45 años y no tengan problemas médicos, a más de la firma de un documento en donde se expresa el consentimiento de los adoptantes a la técnica. El costo total del programa incluyendo la capacitación a la pareja adoptante y posterior transferencia del embrión es de 2550 euros[16].

En Estados Unidos, el Instituto Nighlight Christian Adoption inició en 1997 el programa de adopción de embriones "Snowflake", para el cual el Instituto requiere una solicitud de la madre o padres adoptivos con el respaldo de un certificado médico que indique la posibilidad de la mujer solicitante de llevar a término el embarazo, que no presenta problemas de salud y el compromiso de dar un hogar al niño que nazca. Una vez analizada la solicitud, se presentan los resultados a los padres de los embriones congelados para que sean ellos quienes decidan cuál será la familia de sus hijos. El costo del programa es de cinco mil dólares americanos e incluye la transferencia.[17] En el año 2010 este Instituto afirma que ha logrado la transferencia de 400.000 embriones congelados.[18]

En Ecuador, varios Institutos como el CEMEFES[19], Concebir[20] también han desarrollado programas paralelos al sistema judicial, para la adopción de embriones congelados.

Esta adopción prenatal se ha venido realizando al margen de la ley, pues el actual Art. 163 del Código de la Niñez y Adolescencia prohíbe la adopción "de

15 Reseñado por el País, Sociedad, 07-10-2004.
16 En página electrónica: wwww.institutomarques.com
17 En página electrónica: www.nighlight.org/snowflakefactsheet.pdf
18 En página electrónica: www.elpais.com/articulo/sociedadLunes,6/9/2010
19 Pionero en el embarazo y nacimiento con embriones crio-conservados en Ecuador (20-05-1999) ver página www.cemefes.com.
20 www.concebirecuador.com

la criatura que está por nacer", norma con la que no estamos de acuerdo pues, en primer lugar, la terminología empleada no concuerda con la modernidad de dicho cuerpo legal y más bien nos recuerda la teoría de la ficción; y, en segundo lugar, no encontramos fundamento razonable para esta prohibición, a no ser que se haya buscado indirectamente prohibir la maternidad subrogada descuidando de esta manera la protección jurídica del concebido mediante Técnicas de Reproducción Asistida en Laboratorio. Por ello, hemos sugerido en el proyecto de reforma a la ley de niñez y adolescencia en materia de adopciones que el texto del Art. 163 sea sustituido por el siguiente: "**Art. 38.- Adopciones prohibidas**.- Se prohíbe la adopción:1. Del concebido durante el período de gestación.."[21]

En este sentido, es importante recordar que en mayo del 2004, el Presidente de Estados Unidos, George W. Bush, instó a adoptar los embriones congelados remanentes de tratamientos de fertilidad, para así evitar que sean utilizados -y destruidos- con fines científicos, dentro del contexto de una nueva ley que estaba analizando el Congreso para destinar fondos a las células madre. La ley fue aprobada, pero Bush la vetó y durante su mandato se restringieron los fondos para este tipo de investigación que era considerada por los científicos como una herramienta prometedora para luchar contra enfermedades incurables.[22]

En 2009, el actual Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, ordenó que los Institutos Nacionales de Salud (NIH, por sus siglas en inglés) volvieran a recibir financiación para ese cometido. En consecuencia, el año pasado, dichos Institutos emitieron nuevas directrices para ofrecer a los investigadores financiación para experimentar con esas células. Sin embargo, el grupo religioso "Nightlight Christian Adoptions", que como hemos señalado en líneas anteriores trabaja activamente en el campo de la adopción, presentó una demanda, en la que también participó un grupo de científicos que argumentó que las nuevas normas suponían la violación de diversas leyes federales vigentes sobre la experimentación con embriones humanos. Según legislación aprobada en 1995 en el Congreso, en EE UU, es ilegal matar embriones con el fin de experimentar con células madre. El juzgado federal del Distrito de Columbia readmitió la demanda a trámite en junio de este año, ya que previamente se la había desestimado, pero los denunciantes apelaron. El juez, Royce Lamberth, emitió inmediatamente una paralización cautelar de la financiación pública de esos proyectos [23]

21 Proyecto de Reformas al Código de Niñez y Adolescencia en material de esclarecimiento, acogimiento y adopción, elaborado por la autora para el INFA, Quito, junio del 2011.

22 Información obtenida en página electrónica: http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2005/05/24/. Ultimo ingreso 10-07-2010

23 Reseñado por www.elpais.com/articulo/sociedad **Lunes,** 6/9/2010.

Hay que señalar que la investigación de ese tipo supone la destrucción del embrión, de cuatro o cinco días, para obtener las células madre, las mismas que pueden convertirse en cualquier tejido del cuerpo, por lo que permiten combatir enfermedades hasta ahora incurables como son ciertos tipos de leucemia, hipoplasia de nervio óptico, entre otras.[24]

A más de ciertos intereses científicos que se ven afectados por la adopción de embriones, también hay ciertos aspectos propios de nuestra cultura que la pueden dificultar. Así, comenta la antropóloga norteamericana Elizabeth Frances Spindel Roberts, [25] quien durante años ha elaborado una investigación de campo para su tesis, que en Ecuador existe un sistema social propio y original de regulación en la crio conservación de embriones, pues la sociedad ecuatoriana tiene una ética de vida donde los valores de núcleo familiar en base al nombre se encuentran profundamente enraizados, por lo que una pareja prefiere no conservar sus embriones a tener que soportar que un futuro niño suyo vaya a nacer en cualquier lugar del país, dentro de una familia tal vez de condiciones socio-económicas inferiores, portando sus genes. Personalmente, pude comprobar la certeza de esta afirmación durante mis entrevistas a parejas que crio -preservaron embriones [26]

Igualmente, no podemos dejar a un lado el problema del derecho a la identidad del embrión congelado que ha sido adoptado, una vez nacido. Este derecho a ser uno mismo y diferente a los demás seres humanos, para el jurista peruano Carlos Fernández Sessarego tiene dos facetas, una dinámica y una estática compuesta de factores como la constitución genética y la ascendencia familiar, al igual que el nombre y la filiación.[27] Entonces, dentro de la institución de la adopción prenatal, resulta indispensable cautelar la fase dinámica de este derecho.

El derecho a la identidad en ambas facetas está consagrado en la Constitución ecuatoriana, y en la materia de nuestro análisis específicamente en el Art. 45, que establece: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía" y en el Art. 33 del Código de Niñez y Adolescencia ecuatoriano, que dice:" Derecho a la identidad.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia,

24 Fuente citada supra.

25 ROBERTS Elizabeth, "Equatorial In Vitro: Reproductive Medicine and Modernity in Ecuador", Quito, 2006, pp., 360-361. Trabajo proporcionado directamente a la autora en versión impresa en inglés y traducido por la autora.

26 Entrevistas a varios usuarios.

27 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho a la Identidad personal", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 114.

de conformidad con la ley. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños, niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho". Cabe señalar que el art. 21 del mismo cuerpo legal también establece el derecho de las niñas, niños y adolescentes a conocer a su familia.

De ahí que, tanto la adopción en general, cuanto en particular la adopción de embriones congelados, en nuestros sistemas legales debería garantizar la vigencia efectiva de este derecho. Sin embargo, de un lado tenemos que el régimen vigente para la adopción es pleno, es decir, el hijo adoptivo ocupa en la familia el mismo lugar y tiene los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico. Por otro lado esto no significa que, con la mencionada adopción plena, podamos desconocer que el hijo adoptivo tiene un pasado biológico independiente de su familia. En efecto, varios estudios psicológicos[28] demuestran que cuando el niño crece sin resolver ciertas preguntas sobre su identidad, desarrolla sentimientos de ira y frustración. El psiquiatra británico E. Wellish llamó a esto " desorientación genealógica"[29]. En virtud de lo indicado, un gran número de psicólogos a nivel mundial recomiendan un régimen de adopción abierta, donde el hijo adoptivo conozca siempre su pasado biológico.[30]

No obstante lo indicado, la legislación ecuatoriana establece la adopción cerrada. Debe por tanto aclararse que la cancelación del acta de nacimiento original del hijo adoptado no implica su destrucción pues, caso contrario, puede parecer paradójico que, en el caso particular del hijo adoptivo, el Código de Niñez y Adolescencia mencione entre los principios que rigen la adopción, en el Art. 153 numeral sexto:" Las personas adoptadas tienen derecho a conocer su condición de tal, su origen, su historia personal y a su familia consanguínea, salvo que exista prohibición expresa de esta última"[31], por lo que el hijo adoptivo puede, llegada la mayoría de edad, acceder a su historial de adopción en la Unidad Técnica de Adopciones siempre y cuando su familia consanguínea no se haya opuesto a ello. Este sistema parece responder adecuadamente a la protección jurídica tanto del derecho a la identidad del adoptivo como del derecho a la intimidad de la familia biológica.

28 En página electrónica:www.adopting.org.

29 En página electrónica: wwww.geocities.com/Wellesley/9950/adoption

30 Por ejemplo, Franklin, Lynn, en su obra: "El mundo de la adopción: reflexiones sobre una experiencia de la vida real", Ed. Norma, Bogotá, Colombia, 2003, p. 166, concluye: "Si se recurre a la adopción, esta debe ser abierta…para que el niño sepa que aunque no se le pudo cuidar, sin embargo se le quiso".

31 Corporacion de Estudios y Publicaciones, Código Orgánico de Niñez y Adolescencia", Quito, Ecuador, 2010.

Garantizar el derecho a la identidad del embrión crio conservado adoptado en su estado embrionario resulta aún más complejo que el del niño ya nacido, pues el mismo hecho de nacer de su madre adoptiva, en una clínica privada, hace que resulte más fácil ocultar su identidad biológica. De ahí que resulte interesante el régimen de adopción abierta que ha sido aplicado por el Instituto Nighlight Christian Adoption en Estados Unidos, ya comentado en líneas anteriores.

Finalmente, corresponde analizar: ¿cuál podría ser el procedimiento para la adopción prenatal? En este punto, se puede seguir el mismo procedimiento que para la adopción en general, es decir adopción plena y cerrada, con revelamiento de la identidad a la mayoría de edad. Establecida la gratuidad de la adopción, se debe aclarar quien asumirá el costo de la transferencia que debería ser asumido por la pareja adoptante.

Los requisitos que deberían cumplir quien (es) deseen adoptar embriones serían los mismos que para adoptar un niño/a ya nacido: tener plena capacidad jurídica, estar domiciliado permanentemente en el Estado ecuatoriano, mantener una situación física, económica y psicológica idónea para la adopción, que será calificada por el Instituto responsable de la adopción de embriones.

Justamente, en cuanto a quien debe asumir la responsabilidad de la adopción de embriones congelados, consideramos que debería estar a cargo de una Institución Especializada, por lo que podríamos sugerir que en el Ecuador sea el Instituto de la Niñez y la Familia (INFA), que se creó mediante Decreto Ejecutivo 1170 de fecha 15 de julio del 2008, unidad adscrita al Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES), Instituto que tiene como "misión fundamental garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador para el ejercicio pleno de su ciudadanía en libertad e igualdad de oportunidades"(Art. 2). Esta entidad pública cuyo Decreto Ejecutivo de creación (No 1170), en su Art. 4 literal i), señala que se encuentra encargada de: "Ejercer la potestad pública en materia de adopciones", al igual que: "Desarrollar acciones de defensa, denuncia y vigilancia del cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia", según lo dispone el literal c) del Art. 4 del mencionado Decreto.

En este caso, el INFA pasaría a encargarse de la custodia de los embriones congelados a partir de los dos años en que la pareja progenitora no se los hubiera transferido. Al efecto, la pareja usuaria de las Técnicas de Reproducción Asistida firmaría un documento para constancia de su consentimiento informado, donde conste su autorización para trasladar los embriones congelados al Instituto estatal, terminado el plazo de los dos años. Así mismo, el Instituto debería implementar un sitio óptimo para la conservación de estos embriones.

Una vez efectuado el traslado[32] que correría de cuenta de los progenitores o del Laboratorio, el Instituto, dentro de la Unidad especializada que debería crearse para el efecto, se encargaría de calificar a los padres adoptivos, previo conocimiento de las solicitudes que se acompañarían de un certificado médico sobre la idoneidad de la madre adoptiva para culminar exitosamente el embarazo. Una vez calificada la solicitud, el mismo Instituto debería disponer de un departamento técnico conformado por un psicólogo, un trabajador social y un abogado, quienes deberían efectuar un informe del entorno social de la familia adoptiva. Terminado dicho informe, se sometería al análisis de la máxima autoridad de Adopciones del Instituto (actualmente, la Directora Nacional de Adopciones) que autorizaría la transferencia. Todo el proceso administrativo de adopción no debería superar en ningún caso los seis meses.

Indispensable resulta, para que inicie el funcionamiento de este Instituto, que se disponga de un registro donde conste el número de embriones congelados, para lo que se debería determinar el estado actual de la población de embriones in Vitro conservados en los Institutos de Reproducción Asistida, por lo que sería útil un censo de embriones crio conservados como el que se realizó en Argentina a fines del año 2004.[33]

Dentro de este registro se abriría un expediente para cada grupo de embriones-hermanos, con la identificación de los progenitores, y el estudio médico proporcionado por el Centro de Reproducción Asistida respecto al tiempo de congelación, a fin de que al momento de la adopción, el Instituto de prioridad a los embriones que se encuentren congelados por mayor tiempo. Este registro debería mantenerse en los archivos del Instituto de manera que, en caso de ser necesario para la persona que fue adoptada mediante este sistema, ya sea por motivos de salud o una vez alcanzada la mayoría de edad, pueda acceder a la identidad de sus padres biológicos sin que esto signifique que mediante esta revelación o acceso a sus datos, el adoptado pueda reclamar algún derecho filiativo o sucesorio.

En cuanto a la asignación de embriones para adopción, se preferirá asignar grupos de hermanos a la misma pareja, tal como se procede en la actualidad para la adopción de grupos de hermanos nacidos, que son casos de adopción prioritaria.

32 Traslado que en ningún caso se trata de un problema menor, tanto por el costo como por los cuidados para preservar los embriones congelados. Sobre el tema, resulta interesante como antecedente revisar como en 1995, el Dr. Robert Anderson se responsabilizó del traslado, conservación y programa de adopción de más de dos mil embriones in Vitro que fueron abandonados en una Clínica de otro lugar de California que había quebrado. Información en página electrónica http://www.newsweek.com/2009/06/18/life-on-ice.html.

33 En página electrónica: www.revistapersona.com.ar/Persona40

Una vez tomada la resolución administrativa por el Instituto encargado, se presentaría la demanda de adopción en el Juzgado de Niñez y Adolescencia, para que el Juez en un término perentorio de treinta días desde que se efectúe el sorteo de la causa (bajo sanción de destitución si incumple el plazo legal), la niegue o la ratifique y ordene que se efectúe la transferencia en el Centro de Reproducción Asistida que elijan los adoptantes.

Evidentemente, en el acta de Registro Civil debería constar la adopción: en el certificado de nacido vivo otorgado por el médico que ayude al parto (quien usualmente es el mismo que trata a la mujer en el embarazo), se pondrían los nombres completos de los padres biológicos al igual que el de la pareja o de la madre adoptiva, y en el acta de Registro debería constar que se trató de una adopción prenatal con el número de expediente del INFA, de esta manera se defiende de manera efectiva el derecho a la identidad del niño o niña. La omisión de estos datos debería ser sancionada civil, administrativa y hasta penalmente.

Finalmente, se debería nombrar un tutor (guardador) de embriones crio conservados, persona encargada de velar por el respeto de sus derechos y de representar sus intereses en cualquier situación, pero especialmente dentro un eventual proceso judicial, para los casos en que los progenitores no puedan decidir su destino (fallecimiento o divorcio) o cuando ellos tengan un interés contrapuesto al del concebido. Este tutor debería intervenir en el procedimiento de adopciones, al momento de calificar a los padres adoptivos solicitantes al igual que sería este tutor quien otorgue el consentimiento para la adopción prenatal cuando, una vez expirado el plazo de dos años, los progenitores hayan abandonado al embrión sin emitir su consentimiento para la adopción. En los casos en que ambos padres biológicos en ejercicio efectivo de su derecho de patria potestad otorguen su consentimiento para la adopción prenatal, ya no sería necesaria la intervención del tutor.

Este tutor debería ser nombrado por el Ejecutivo, de una terna presentada conjuntamente por, el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES), los laboratorios o centros de Reproducción Asistida y el Ministerio de Salud Pública.

De esta manera, se dejará a salvo el derecho a la vida del concebido en laboratorio y se lo incluirá en una familia para que alcance su pleno desarrollo físico, emocional e intelectual. Solo así, eliminaremos el doble discurso en la sociedad ecuatoriana, donde la realidad fáctica de los embriones crio – conservados abandonados en el laboratorio esperando un destino incierto se opone a la realidad jurídica de consagrar la titularidad de derechos del concebido.

Bibliografía

Corporacion de Estudios y Publicaciones, Código de la Niñez y Adolescencia", Quito, 2011.

Corporacion de Estudios y Publicaciones, Código Orgánico de Niñez y Adolescencia", Quito, Ecuador, 2010.

Fernandez Sessarego, Carlos, "Derecho a la Identidad personal", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

Franklin, Lynn, "El mundo de la adopción: reflexiones sobre una experiencia de la vida real", Ed. Norma, Bogotá, Colombia, 2003.

Gonzales Mantilla, Gorki, "La consideración jurídica del Embrión In Vitro", Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú", Lima, Perú, 1996.

Hurtado Oliver, Xavier, *El derecho a la vida y ¿a la muerte*?, ED PORRUA, México, 2000.

Proyecto de Reformas al Código de Niñez y Adolescencia en material de esclarecimiento, acogimiento y adopción, elaborado por la autora para el INFA, Quito.

Roberts Elizabeth, "Equatorial In Vitro: Reproductive Medicine and Modernity in Ecuador", Quito, 2006.

Código Civil de Argentina.

Código Civil de Brasil.

Código Civil del Ecuador.

http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm.

http://www.newsweek.com/2009/06/18/life-on-ice.html.

www.blog.dalloz.fr/files/94-15998.pdf

www.concebirecuador.com

www.elpais.com/articulo/sociedad

www.elpais.com/articulo/sociedadLunes,6/9/2010

www.nighlight.org/snowflakefactsheet.pdf

www.revistapersona.com.ar/Persona40

www.scielo.cl

wwww.institutomarques.com

Cine y Derecho: más sobre "Yo Acuso" (Alemania, 1941)

Ricardo Rabinovich-Berkman[1]

"Es istimmeretwas Wahnsinn in der Liebe.
Es istaberimmerauch etwas Vernunft im Wahnsinn."
Nietzsche

Sumario

I. Apertura. **II.** Argumento. **III.** Yo acuso. **IV.** La eutanasia en el film. **V.** Thomas vs. Bernhard. **VI.** ¿Es una película nazi? **VII.** Misión y conciencia. **VIII.** El pasaje del papel al celuloide. **IX.** El film tras la caída del Reich. **X.** Una pregunta urticante. **XI.** Bibliografía.

I. Apertura

Creo que nadie discute seriamente en la actualidad la importancia que reviste la investigación de las expresiones que los grandes temas de debate jurídicos han tenido en el cine.

El arte cinematográfico se transformó, desde los inicios del siglo XX, en complicado reflejo de las inquietudes, conflictos, insatisfacciones y demandas

1 Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), del Museo Social Argentino (UMSA) y del Salvador, a nivel de grado, posgrado y doctorado. Profesor de Principios Generales del Derecho Latinoamericano, y de Derecho civil, Parte General, en la UBA, y de Derecho Romano en la UMSA. Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Argentina), del Consejo Académico de Ética en Medicina (creado por la Academia Nacional de Medicina Argentina). Dirige la Maestría en Aspectos Bioéticos y Jurídicos de la Salud, y preside el Instituto de Bioética y Bioderecho, ambos de la UMSA. Ha dado cursos y conferencias en Argentina, Brasil, Estados Unidos, México, España, Ecuador, Italia, Chile, Perú, Uruguay, etc. Entre sus libros se cuentan: ¡Hola, Historia del Derecho!; Derecho Romano; Derecho Civil, Parte General; Bom dia, História do Direito!; Cuestiones actuales en derechos personalísimos; Vida cuerpo y Derecho; Bioderechos; Responsabilidad del médico; Actos jurídicos y documentos biomédicos; Trasplantes; Matrimonio incaico, etcétera.
Asesor del Senado de la Nación Argentina, autor de varias leyes vigentes (Trasplantes, Represión del Tráfico de Niños, etc.); y numerosos proyectos. En 2004, ha sido designado por la justicia de Buenos Aires "tutor especial de los embriones congelados", cargo que se confiere por primera vez en la Historia universal.

sociales. Además, fue usado como herramienta de publicidad de ideas y propaganda política, especialmente en temáticas de alta controversia. Finalmente, su amplio efecto pedagógico (para bien o para mal), hizo y hace que millones de personas adecuen sus conductas a las que observan en la pantalla o las tomen como referente, inclusive por oposición. El cine y la televisión han tenido un efecto homogeneizador y hegemónico cultural sin precedentes.

Ya me he acercado a la investigación sobre televisión, cine y derecho[2], pero esta vez deseo dedicarme a la "cuestión de la eutanasia"[3], según se la plantea en un film poco tratado: *Ichklagean* (Alemania, 1941). Su nombre (*Yo acuso*) contiene una obvia referencia al famoso artículo de Émile Zola (*J'accuse…!*) publicado en la primera plana del diario *L'Aurore* el 13 de enero de 1898[4]. Como es sabido, se trató de una carta abierta del famoso pensador y literato francés al Presidente de la República, Félix Faure, en ardiente defensa de Alfred Dreyfus, condenado como resultado de una conjura antisemita. La elección de un título emblemático de la lucha contra el antisemitismo es, probablemente, como veremos, no una ironía, sino parte de una inteligente maniobra propagandística.

El film fue dirigido por el alemán Wolfgang Liebeneiner, que tenía entonces 36 años. Existen tres versiones que pueden considerarse originales. Poseen mínimas diferencias de detalle. Se encuentra una en el Archivo Federal de Coblenza, otra en el Instituto Alemán de Estudios Cinematográficos (Frankfurt) y la tercera en los archivos de la Potsdam-Babelsberg Film (ex República Democrática).

II. Argumento

2.1. Antes de la acción:

Hay datos que podemos extraer de los dichos de los personajes, especialmente durante el largo segmento final del juicio, y que resultan relevantes para enmarcar

2 *Star Trek, ejemplo del entronque entre derechos humanos y bioética en la década de 1960 (primer estudio)*, en Pablo E. Slavin (compilador), *7as Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Mar del Plata, Suárez, 2007, pp 92-104; *Star Trek, ejemplo del entronque entre derechos humanos y bioética en la década de 1960 (segundo estudio)*, en Pablo E. Slavin (compilador), *VIII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Mar del Plata, Universidad Nacional, 2008, pp 381-402; *El ataque de los clones: Advertencias artísticas sobre clonación y poder. De "Brave New World" a "Star Wars"*, en Pablo E. Slavin (compilador), *IX Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Mar del Plata, Universidad Nacional, 2009, pp 315-332.

3 *El curioso periplo semántico del término "eutanasia" (como advertencia sobre la carga axiológica de las categorías)*, en Pablo E. Slavin (compilador), *VI Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Mar del Plata, Universidad Nacional, 2006, pp 346-361; *Algo más sobre la palabra "eutanasia"*, en João Marcos Adede y Castro (organizador), *Pensando o direito*, Santa Maria, 2010, pp 171-190

4 Puede verse la fotografía en http://es.wikipedia.org/wiki/Archivo:J%27accuse.jpg

la situación nuclear del film, aunque hubieran tenido lugar antes de los hechos que se muestran.

Los dos protagonistas principales son Thomas Heyt y Hanna Stretter, su esposa. Los interpretan Paul Hartmann, a quien Liebeneiner había dirigido el año anterior en *Bismarck*, otro film nazi de propaganda, y la austríaca Heidemarie Hatheyer. Nos enteramos que Heyt conocía desde la niñez a la rica familia Stretter. Fue amigo de infancia de Hanna, pero tuvo una relación violenta con el hermano mayor de ella, Eduard.

Thomas es descripto como una persona agresiva y enérgica. A menudo golpeaba a Eduard Stretter. Es un típico carácter nietzscheano, que impone su voluntad y sus puntos de vista. Un "ser superior" en la visión eugénica, que se siente cargado por la cruz de la moralidad. Bueno es recordar que una de las características de la "raza aria", para el nazismo, era la agresividad, la tendencia a decir lo que se piensa y defenderlo en forma abierta y a como diera lugar, por contraposición a la actitud falsa, hipócrita y obsecuente imputada a los judíos.

Thomas se gradúa como médico, pero al poco tiempo debe dejar el ejercicio profesional, por sus ideas respecto de la medicina (que no son nunca explicadas en la película claramente, pero se da a entender que se refieren a la defensa de la eutanasia). Pasa a dedicarse a la investigación de laboratorio (otra característica "aria" en el esquema hitleriano: la capacidad de descubrir cosas nuevas). Sin embargo, está en la pobreza, y nada indica que esa situación vaya a mejorar (el "ario", en su "idealismo", da todo sin pedir nada a cambio: es un ingenuo héroe pobre, mientras el judío es un astuto parásito que se enriquece). Al mismo tiempo, Thomas va labrándose una reputación brillante como docente universitario de medicina, admirado por sus discípulos (una de las primeras escenas del film lo muestra en plena clase). Por eso, es siempre llamado "Profesor" en la película.

Es entonces cuando Thomas reaparece en el círculo de los Stretter. Comienza a cortejar a Hannah, a quien seduce, en opinión del hostil hermano Eduard, manipulando recuerdos infantiles. La familia de ella piensa que el médico sólo quiere dinero. Pero Hanna huye de casa y se va con Thomas, casándose con él. Su padre reacciona redactando testamento, en que le reduce su porción a la legítima. Al parecer, muere poco tiempo después, de resultas del disgusto. A los seis años de Hanna, murió su madre, y desde entonces fue criada y atendida por la cocinera de la casa, Berta Link, como si fuera su propia hija. Cuando la joven se fue de la casa familiar, Berta resolvió irse con ella, y pasó a ser ama de llaves de los Heyt. Sin embargo, nunca aprobó la fuga. Tanto ella como Eduardo Stretter conservarán un cierto rencor contra Thomas, por todo esto.

El otro personaje central que ya aparecería en esta prehistoria del argumento, es Bernhard Lang (interpretado por Mathias Wieman). Es un médico destacado, con consultorio. Fue amigo de la infancia de ambos, de Thomas y de los Stretter, y fue él quien presentó a los futuros esposos Heyt. Estudió junto con Thomas en la Facultad, y parecen ser muy amigos. Bernhard es un hombre tranquilo, delicado, serio y con grandes preocupaciones éticas.

Sin embargo, algunos indicios podrían dar a entender la presencia de una antigua rivalidad, quizás por la propia Hanna. "Tú debiste haberte casado con ella", le dice Eduard Stretter, y él duda un segundo antes de responder: "Él es un genio". El hermano de Hanna retruca: "Gracias a ti". Pero Lang cierra: "Es mi amigo". La fiel Berta apoya: "Siempre pensé que Bernhard se casaría con ella".

Bernhard Lang conoce su lugar. Su mayor mérito es ese: reconocer la superioridad de su amigo Thomas y aceptarla. Como "es un genio", se ha quedado con Hanna, ella lo ha elegido. Con él, jamás se hubiera escapado de la casa familiar. Él lo ha ayudado, hasta parece que ha mantenido su hogar económicamente. Carece, sin embargo, del coraje de Heyt, de su agresividad, de su capacidad de desafiar los límites impuestos por la tradición. Bernhard es un excelente hombre, pero Thomas está en el camino del superhombre.

2.2. El planteo

Cuando la acción se inicia, Hanna se presenta a recibir una carta. Parece una sirvienta. Está trabajando en la limpieza de la casa junto a su fiel Berta. Corre, grita, es alegre, locuaz. Una chiquilla. La carta trae magníficas noticias para Thomas: ha sido aceptado como profesor en Munich, puesto largamente esperado. Hanna no puede esperar: lo llama a la facultad.

La llamada es atendida por la joven y bonita Dra. Barbara Burckhardt, asistente de Thomas, interpretada por Charlotte Thiele. Él está en clase. En un aula atiborrada (mayoría de hombres, unas pocas mujeres, como el gobierno nazi hallaba correcto), explica cómo poco y nada se sabe sobre las enfermedades del sistema nervioso central. Pero termina con un mensaje optimista: "Envidio vuestra juventud, pues es muy posible que vivan para ver estos rompecabezas resueltos", dice a sus alumnos. Implicando que ha llegado la hora en que, por fin, la ciencia médica avance.

Una vez comunicada la buena nueva a Thomas, Hanna llama a Bernhard Lang. Él acaba de traer un niño al mundo. Hanna se alegra con la idea de la mudanza a Munich: podrá esquiar, escalar ("¡y romperte el cuello!" la regaña Berta). Llama entonces a su hermano Eduard, próspero director corporativo, interpretado por Harald Paulsen. "Debes hacer las paces con Thomas", le dice, de modo que los cuñados están peleados.

Lang, mientras tanto, diagnostica una meningitis fatal en una bebita. La madre pide que la deje quedarse en casa con ellos. Esta historia, pequeña pero paralela, se abre aquí, con el contraste del reciente parto feliz, y marcará un contrapeso con la principal. Preparando la reunión de esa noche para homenajear a Thomas, la enérgica Hanna cae. Le duelen el pie y la mano, pero el tema queda allí.

En su discurso de la cena, el Profesor Schlüter describe al matrimonio Heyt. Son exactamente, salvo por la ausencia de hijos, la pareja ideal de la Alemania nacionalsocialista. Él, un científico, un investigador incansable. Ella, una mujer cariñosa, ama de casa. Ambos, amantes de la vida.

Hannah es, además, una magnífica pianista. El piano será otro elemento cargado de simbolismo en la película. Será al ejecutarlo, en aquella velada de festejo por la designación muniquesa, que los síntomas preocupantes se harán tan evidentes que ya no puedan ser ignorados. El encargado de revisarla y de dar el terrible diagnóstico será Bernhard: esclerosis múltiple, sin recuperación posible.

A partir del diagnóstico, se inicia una carrera infernal. Por un lado, las ominosas perspectivas anunciadas por Bernhard, y que Thomas bien sabe verdaderas, se van cumpliendo inexorablemente. Hannade cae cada vez más, y empieza a sufrir. Por los dolores físicos y por la tristeza de verse progresivamente impedida. Ama intensamente la vida, pero no esa vida. No así. Por otra parte, desesperado, Thomas busca en vano la cura en su laboratorio, ayudado por la bella Dra. Burckhardt (que, sin dudas, disfruta de esa oportunidad de estar más tiempo con su idolatrado maestro) y su colaborador, el Dr. Höfer.

Pero el calvario de Hanna aumenta, y entonces ella le suplica a Thomas que la mate antes de que llegue la agonía. Thomas se niega. Confía en sus investigaciones. Tiene una esperanza casi demencial. Pero sus fracasos son obvios. Finalmente, accede a la demanda de su esposa (ya volveremos sobre eso).

Entonces, Heyt es juzgado por homicidio. El juicio, que ocupa, casi con exclusividad, los 40 minutos finales (sobre dos horas) provee la oportunidad para escuchar argumentos a favor y en contra de la eutanasia, con obvia simpatía (y extensión) para los primeros. Se reflejan en este largo segmento las ideas de Binding y Hoche, en su emblemática *Aprobación del aniquilamiento de la vida no digna de ser vivida: su medida y su forma*, de 1920[5], y (en menor medida) del más reciente *El hombre, este desconocido*, de Carrel[6].

5 Binding, Alfred – Hoche, Karl, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Mass und ihre Form*, Leipzig 1920

6 Carrel, Alexis, *L'homme, cetinconnu*, Paris, Plon, 1935

III. Yo acuso

El juicio, con la buena mirada del tribunal, parece estar por concluir con un sobreseimiento o una absolución, porque del testimonio del médico forense resultaría posible que Hannah hubiese muerto de resultas de su enfermedad y no del brebaje suministrado por su esposo. Esta alternativa es reafirmada por Bernhard Lang que, tras una desaparición que nadie atina a explicarse, se ha presentado en el último minuto a testificar.

Entonces, imprevistamente, Thomas, exaltado, se pone de pie y toma la palabra. Quizás porque éste aparezca como un cambio súbito de carácter en el personaje, con relación a todo el resto del film, y sobre el fin del mismo, con riesgo de no convencer demasiado, es que se cuidó muy bien la construcción, por parte de reminiscencias, sobre todo las de Eduard Stretter, de su pasado violento, agresivo. "¡Una hora antes de la muerte de ella, él mismo me dijo que le quedaban dos meses de vida!", exclama, refiriéndose a Bernhard.

"¡Usted está poniendo en peligro su absolución!", lo previene, preocupado, su abogado. "Lo sé. No puedo permanecer callado", responde Thomas: "Esto no es sólo sobre mí. Esto compete a todos. No tengo miedo. Quien debe ser seguido, debe ser apto para guiar. Ya no me siento acusado, pues he sufrido, por mis propios actos, la pérdida mayor. Yo soy quien acusará ahora. Yo acuso a aquellas leyes que impiden a los médicos y a los jueces servir al público. No quiero que mi caso se esconda debajo de una alfombra. Quiero un veredicto. Sea el que sea, servirá como una señal, un cambio. De manera que confieso: yo acabé con el sufrimiento de mi esposa, enferma terminal, a su pedido".

Lo ha hecho. Desde que ha comenzado su monólogo final, la cámara se ha concentrado en él. Todo lo demás ha desaparecido, y ya no volverá a verse. "Mi vida depende ahora de vuestro veredicto. Y las vidas de todos los que han de venir a compartir la suerte de mi esposa. Ahora, juzgad".

Y con esta orden, que está dirigida al tribunal en la ficción, y al público en la realidad (que, sin dudas, masivamente ha de absolverlo y salir del cine convencido de la necesidad de modificar las leyes para permitir la eutanasia), se cierra la película, con acordes orquestales.

IV. La eutanasia en el film

Con sus dos horas de duración, este film es un producto cinematográfico notable. Está delicadamente dirigido, la acción se lleva fácilmente, y las actuaciones son superlativas. Algunas escenas son de antología. Por ejemplo, aquella en que

Bernhard examina a Hanna, siempre simpática y divertida, y se va dando cuenta de la gravedad del mal que la aqueja. Por cierto, el diagnóstico se lo ocultará a ella y se lo informará luego a Thomas, de galeno a galeno. Éste le comunicará la triste noticia a su esposa (dicho sea de paso, en ese momento el triángulo latente entre los protagonistas se redefine, con las características que tendrá hasta el fin de la película).

Hanna es retratada, reiteradamente y hasta con alguna exageración, como una persona que ama intensamente la vida. Esto surge de sus actitudes, de sus comentarios, y es dicho de ella, además, por los testigos en el juicio. Pero la terrible enfermedad le va haciendo perder sentido a vivir. Ella, que siempre ha sido una chispa de alegría, quiere irse así, aún capaz de sonreír. No es, en modo alguno, una necrófila.

Thomas, aunque está destrozado, apuesta a la vida, a su manera, buscando en su laboratorio, sin tregua, un tratamiento. Así, la película teje un clima de optimismo y de esperanza, sobre el que se engarza la decisión compartida de optar por la muerte. Para cuando esa elección llega, el público ya se ha posicionado completamente al lado del matrimonio. Eso nunca se hubiera conseguido si Hanna y Thomas hubiesen sido dos oscuros y depresivos fatalistas, o unos teóricos del aniquilamiento eugenésico.

La solicitud de ella es formulada con quietud, razonadamente, hablando despacio. No es un arranque de desesperación, ni es sólo un producto del dolor insoportable. La demanda de morir es mostrada como un acto de amor y de pensamiento lógico. Hanna no sólo quiere terminar su vida por ella, sino también por él. La negativa de Heyt es cortante, segura, pero no fundamentada. A medida que la enfermedad avanza, sin embargo, como es natural, el pedido de su esposa se va haciendo más y más apremiante.

Siempre se procura destacar la irreversibilidad del cuadro patológico. Tanto que, al final, se da a entender que Thomas no la mató, sino sólo anticipó, por un par de meses, lo inevitable. Las agobiantes escenas que muestran al Prof. Heyt investigando en su laboratorio ocupan gran parte del primer segmento del film. Son nocturnas, oscuras, sofocantes. Cada vez más, se las pone en contraste con el dolor de Hanna, hasta que, a la hora y once minutos, Berta quiebra el insoportable díptico, irrumpiendo en el laboratorio para buscar a Thomas. "Creo que es el final", le dice.

Ese es el preludio para la escena de la eutanasia, que ocupa los diez minutos siguientes. Thomas llega a su casa, donde está Bernhard. El diálogo entre los dos médicos es claro. "No durará mucho", dice Lang. "Dime la verdad, ¿Cuál es su condición?", le inquiere Thomas. Y el otro responde: "Es la etapa final". Heyt insiste: "¿Estás seguro?" Su colega asiente: "Lo he visto muchas veces", murmura,

recurriendo a la experiencia. "¿Cuánto más?" Y sentencia: "Dos meses". Thomas replica: "¿Dos meses de un dolor terrible?" Bernhard asiente.

"¿No podemos detenerlo? ¿No podemos evitárselo?", se rebela el Prof. Heyt. Pero Bernhard niega: "Ya no más". Thomas sacude la cabeza: "¿Qué podemos hacer?" Y la respuesta, triste, es: "Mantenerla calmada… Morfina".

El binomio *sufrimiento insoportable – enfermedad irreversible*, se ha instalado, de una manera artesanal, en la mente del espectador. Al fin y al cabo, son sólo dos meses. Dos meses de sufrimiento atroz, sin esperanza alguna. La "vida que no merece ser vivida", o "vida indigna de ser vivida" (*lebensunwerte Leben*) se ha configurado. ¿Qué hacer ante ella?

Al cuadro ahogante de Hanna deshaciéndose de dolor ("ya no puedo soportarlo", susurra), sigue la visión dulce de ambos esposos. Del salón llegan los acordes del piano, ejecutado por Bernhard, como un recuerdo ácido de los tiempos felices. Thomas hunde su frente en la almohada, al lado de la cabeza de Hanna, en un silencio oprimente. "Ahora te daré tu medicina, podrás dormir". Ella asiente: "Sí, Thomas". ¿Sabrá? La cámara se detiene, un primerísimo plano en el líquido mortal que Thomas vierte en un vaso. Abajo, el ama de llaves llora. Bernhard sigue tocando. El vaso regresa vacío. Está hecho.

"Tiene un gusto ácido", dice Hanna. Y luego se relaja, con los ojos entrecerrados, apoyando la espalda en el pecho de él. "Ahora estoy tan cansada… Estoy tan… feliz" El piano se escucha. "Recuerda, Thomas, cómo llegué a ti, tras huir de casa… Estaba tan asustada… Nos sentamos exactamente así". En el rostro de él, endurecido por una insondable tristeza, parece querer dibujarse una vaga sonrisa nostálgica.

"Me siento tan leve, tan alegre, como nunca antes…" Y suspira: "Ojalá esto fuera la muerte". Thomas, lentamente, le responde: "Esto es la muerte, Hanna". Ella parece entender: "¡Cómo te quiero, Thomas!", susurra, "quisiera poder tomarte la mano". Y alza su mano inválida en busca de la de él, que la toma con enorme cariño. "Te quiero, Hanna", le dice, casi al oído. "Te quiero, Thomas", responde ella, con una fuerza misteriosa y una convicción profunda.

Son sus últimas palabras. La hermosa y terrible escena termina con un esfumado, junto a la música del piano.

V. Thomas vs. Bernhard

Entonces entra en la habitación Bernhard. "¿Por qué están apagadas las luces?", pregunta. Pero Thomas lo toma del brazo, suavemente, y lo conduce por las escaleras

hasta su estudio. "Hanna ha muerto", le dice. "¿Tú la has matado?", pregunta el Dr. Lang, sobresaltado. "La liberé" Pero su amigo no concuerda: "¿Liberarla? ¿Así lo llamas?" Y le grita: "¡Thomas, Thomas, qué has hecho! ¡La has asesinado!"

Y le lanza un feroz discurso, que anuncia lo que sucederá en los 40 minutos finales de la película: "¡No hables ahora! ¡Conozco cada palabra que me dirías! Le quitaste lo más precioso: su vida. Como médico, has perdido tu honor. Nunca la amaste. Ahora lo sé. También a mí me lo pidió, pero no lo hice, porque la quería". Todo parece mezclarse en Lang. El amor de Hanna, que se llevó Thomas, la recriminación tardía por sus ideas médicas subversivas (la referencia al honor perdido) y, por sobre todo, su incapacidad para comprender y aceptar la decisión de ese amigo al que tiene por "un genio".

Entonces Heyt, pausadamente, tomando cada una de esas tres facetas veladas en el discurso de su colega, le responde: "Yo lo hice, porque la quería más. Porque su sufrimiento era inhumano... Porque el ser humano debe estar por encima de la muerte… Es por eso que la dejé en libertad".

Bernhard, en este áspero momento, encarna la postura antitética de la de Thomas, que es la del Reich. La vida, cualquier vida, merece y debe ser vivida. Ayudar a morir jamás es una alternativa. Un médico que mata, pierde su honor. Nadie que ame a otro puede matarlo. Es un asesinato, no puede haber justificación para él.

Sin embargo, minutos antes del alegato final de Thomas, Bernhard depone como testigo en el juicio, y sus dichos muestran una mudanza harto elocuente. Tras identificarse, declarar tener 42 años y ser médico de familia, dice no estar emparentado con el acusado, pero que han sido amigos desde niños, compañeros de facultad, y que fue él quien le presentó a Hanna. "¿Cómo tomó ella su condición?", le interroga el magistrado. "Era muy paciente, a veces hasta eufórica… y optimista, amaba realmente la vida".

"¿Cambió eso de resultas de la enfermedad?" Lang responde: "Sí, ciertamente. A veces tenía miedo". El tribunal: "¿Miedo de la muerte?" El médico piensa: "No, no de la muerte. Más bien, de morir". Excelente distinción entre *thánatos* y *thanasía*, diferencia que a menudo pasa desapercibida. No es la muerte en sí lo que puede ser "eu", agradable, bueno, sino el proceso de morir…

"¿Eran meros estados de ánimo, o los llamaría de otro modo? ¿La Sra. Heyt era consciente de estos estados de ánimo?" Responde Lang: "Sí, una vez me pidió que... si empeoraba... si su vida dejaba de ser humana… la ayudase a morir". El magistrado presiona: "¿Y usted?" El médico replica, lentamente, dudando: "En ese momento, no creí que su pedido fuera compatible con mi juramento".

Entonces el abogado defensor se alza y solicita una pregunta: "Dr. Lang, ha dicho *en ese momento*". El médico asiente, seguro: "Sí, era en ese momento". Y la voz en off del letrado: "¿Y hoy?" Entonces, asombrosamente, Lang se redime: "¿Hoy? ¡Probablemente no!", responde. Y lo hace con convicción.

El máximo opositor de la eutanasia se ha retractado. Ha conseguido entender al superhombre. El triunfo del mensaje del film está conseguido. Pero falta el clímax. "¿Usted cree que la fallecida pudo haber pedido lo mismo a su marido?", interroga el magistrado. "Lo hizo, lo sé", responde Bernhard, y un murmullo se desprende del auditorio, remarcando la importancia del requerimiento por parte del enfermo.

Entonces el tribunal le pregunta si la muerte pudo haber resultado del decurso de la enfermedad, y no del líquido suministrado. El Dr. Lang duda. Ahí es cuando, contra toda previsión, Thomas, que ha estado escuchando en ascuas la exposición de su antiguo amigo, estalla: "¡Tú me dijiste, Bernhard: la asesinaste!", le grita, indignado. Lang lo mira a los ojos, hacia arriba (el acusado está en una posición elevada), y le dice, con humilde convicción: "Sí, Thomas, y hoy te digo: tú no eres un asesino".

La cámara se vuelve, por última vez, al público de la sala, que se pone de pie, asombrado. Luego enfoca un primer plano de Thomas, que esboza una sonrisa satisfecha. "Gracias, Bernhard", murmura. Unos segundos más tarde, sobrevendrá el monólogo final del Prof. Heyt. El efecto propagandístico se ha logrado de manera impecable.

VI. ¿Es una película nazi?

¿Es ésta una "película nazi"? La respuesta, tradicionalmente, ha sido positiva, y hay sobradas razones para ello. Algunas, las veremos a continuación. Sin embargo, el film no se presentó a sí mismo como tal. Al contrario, está ambientado en la Alemania de Hitler (a quien nunca se menciona) como podría haberlo estado en cualquier otra parte. Aunque hay referencias al Código Penal alemán, se ha cuidado, con éxito, lograr un producto universal, "occidental", por así decirlo.

Es Alemania nazi, y de eso no se dejan dudas. La estampilla de la carta que recibe Hanna al comienzo del film, las insignias del Partido Nacional Socialista en las solapas de los magistrados, lo recuerdan. Sin embargo, de los testigos que deponen en el juicio, el único que hace el "saludo alemán" es el médico Berhnard Lang. Y lo realiza rápidamente y en silencio, en su versión más breve, con la mano alzada. El tribunal, por su parte, extiende el brazo derecho, pero la cámara lo muestra casi al pasar. No hay gritos, ni estridencias, ni proclamas patrióticas. No hay referencias

raciales. Por supuesto, sólo aparecen "arios" (y, como lo adelantáramos, los protagonistas exhiben las características positivas atribuidas a esa "raza"), pero eso no afecta la universalidad del escenario. No se mencionan directamente las ideas propiamente hitlerianas, aunque sí, largamente, se vierten conceptos proclives a la eutanasia y la eugenesia. Pero nunca, por ejemplo, se dicen cosas como "así piensa nuestro Führer" o algo semejante.

Wolfgang Georg Louis Liebeneiner (1905-1987), actor y director de teatro y cine, se formó desde joven en Filosofía, Germanística e Historia. Hijo de un industrial textil, actuó por primera vez en cine en 1931. Contaba con 27 años en 1933, al llegar el nazismo al poder, y su carrera creció junto con el Reich. En 1936, fue aceptado como miembro del Teatro Estatal Prusiano de Berlín. Al año siguiente, dirigió su primer film. Dos años más tarde, a pesar de su juventud, pasó a ser Director Artístico de la Academia Cinematográfica Alemana Torre de Babel (*Babelsberg*).

En 1940, dirigió su primera película de tono propagandístico: *Bismark*, también protagonizada por Hartmann. Tras la filmación de *Ichklagean*, al año siguiente, se doctoró y trabajó en Universum, la mayor compañía cinematográfica del país, hasta la caída del Reich. Sin embargo, y a pesar de su obvia simpatía por el nazismo, no fue mayormente molestado, y ya estaba dos años después dirigiendo teatro en Hamburgo.

Quizás para buscar limpiar su pasado y mostrar un cambio de ideas, filmó en 1956 *La familia Trapp* (*Die Trapp-Familie*), basado en *La historia de los Cantores de la Familia Trapp*, la autobiografía de Maria Augusta von Trapp (1905-1987), publicada en 1949.

La familia Trapp es el antecedente directo de *La novicia rebelde* (*Thesound of music*, creada como comedia musical por Richard Rodgers y Oscar Hammerstein en 1959 y llevada al cine por Robert Wise en 1965), una de las obras artísticas más anti-nazis de todos los tiempos. La versión de Liebeneiner no es tan comprometida como las posteriores, porque se atiene más al texto de Maria von Trapp. Sin embargo, la posición contraria al *Anschluss* por parte del barón von Trapp y su consecuente deserción militar, resultante en el exilio familiar en Estados Unidos, son reflejadas. Esta es, pues, otra de las tantas paradojas de la historia del cine.

Sostiene el historiador especializado Ayçoberry que *Ichklagean* fue comisionada a Liebeneiner directamente por Joseph Goebbels a sugestión de Karl Brandt, como herramienta propagandística de apoyo al programa llamado "Acción T4" (dedicado a la muerte de enfermos irrecuperables, sobre todo niños y jóvenes) y a la legalización de la eutanasia, con base eugenésica, que propugnaba el gobierno

nazi[7].Más cauto, Robert Lifton acepta la sugestión de Brandt, mentor original de "Acción T4". Agrega la función de probar el estado de la opinión pública sobre el tema, para ver si sería posible hacer abierto el programa[8].

Según el especialista en cine nazi Erwin Leiser, el SD (Servicio de Seguridad de las SS) informó del "gran interés" y la buena acogida popular del film ("ha sido favorablemente recibido y discutido"). Las reservas serían concernientes a posibles abusos. Se habría destacado la necesidad de consenso, lo que es absolutamente coherente con la idea de la película. La SD consideraba que esas objeciones podrían ser satisfechas estableciendo la "convocatoria de un comité médico en presencia del médico familiar", que declarase la incurabilidad del paciente[9]. Como destaca Lifton, la clave parece haber sido que todo el procedimiento se mantuviera en manos médicas[10].

El informe remarcaba, sin embargo, el unánime rechazo de las diferentes iglesias al film, sobre todo por parte de los círculos católicos. En cambio, reportaba una cálida recepción en los ambientes médicos (aunque destacando, sobre todo los viejos facultativos, la presencia de casos de recuperación de pacientes considerados incurables). Los juristas, por su parte, parecen haber propugnado la legalización del tema[11].

VII. *Misión y conciencia*

La base reconocida y declarada de este film fue la novela de Hellmuth Unger *Misión y conciencia* (*Sendungund Gewissen*), publicada en 1936 y reeditada en 1941 (el mismo año de la película) con significativas diferencias. Es evidentemente esta segunda versión (que fue la que tuvo gran éxito de mercado) la que tomó Liebeneiner, porque recién en ella apareció la frase que ayudaría a darle el nombre (como vimos, con reminiscencias de Zola) al film: "Ya no soy más un acusado, sino que yo acuso, un médico verdadero contra un mundo entero" (*Nichtichbinmehr Angeklagter, sondernichklagean, ein wahrhafter Arzt gegen eine ganze Welt*).

Hellmuth Unger (seudónimos: Fritz Herrmann y Hans Holm) era un médico alemán (1891-1953), héroe condecorado de la I Guerra Mundial, viajero inquieto, que desde la década de 1920 comenzó a escribir obras de teatro. En el decenio

7 Ayçoberry, Pierre, *The Nazi Question*, NY, Pantheon, 1981, p 11
8 Lifton, Robert Jay, *The Nazi Doctors. Medical Killing and the Psychology of Genocide*, EEUU, Basic, 1986, p 49
9 Leiser, Erwin, *Nazi cinema*, Nueva York, Macmillan, 1974, pp 146-148
10 Lifton, *Ibid*
11 Leiser, *Ibid*

siguiente, abandonó la práctica profesional para dedicarse a la función pública en temas de salud, al periodismo médico y a la literatura. Desde temprano, como entusiasta de la eugenesia e higienista, adhirió a las ideas nazis, si bien nunca se afilió al partido (se supone que en razón de su pertenencia a la masonería).

Llegado Hitler al poder, al crearse en el seno del partido nazi, en 1933, la "Oficina para la Ilustración sobre Política de Población y Bienestar Racial" (*Aufklärungsamt für Bevölkerungspolitik und Rassenpflege*), que más tarde pasaría a ser departamento de estado, Unger se vinculó a ella. Relacionado con el movimiento médico nacional-socialista liderado por Walter Gross, se interesó especialmente en la eutanasia, e integró el Comité Imperial para la Detección de Enfermedades Genéticas Severas. Es, por lo tanto, muy posible que se vinculase con el programa de eutanasia infantil y juvenil, cuya faceta más conocida es la llamada "Acción T4" (oficialmente, 1939-1941).

Desde 1938, Unger estuvo al frente del control de todas las publicaciones periodísticas médicas del Reich. Continuó escribiendo novelas, con extraordinario suceso de ventas. Además de la que aquí nos interesa, fue agraciada por la pantalla grande oficial, en 1943, su obra *Germánico* (*Germanin*), de 1938. Capturado por los norteamericanos mientras se restablecía de una herida de guerra (era corresponsal militar especializado en temas médicos), se estableció como oftalmólogo en la Alemania Federal, y siguió escribiendo, sin ser mayormente incomodado (patrón bastante común en la parte occidental del país). Murió en paz en 1953[12].

De modo que sí estamos ante un autor nazi, no por su pertenencia al partido, porque jamás se afilió, pero sí por su total adhesión a las ideas y a las políticas hitlerianas y por su activa participación en la burocracia "pensante" del Reich.

VIII. El pasaje del papel al celuloide

*Sendung und Gewissen*es una novela epistolar. Esto hacía imposible llevarla directamente al cine. Parece que uno de los directivos de la "Acción T4", Hermann Schwenninger, había sido escogido por Viktor Brack, su jefe, para escribir el guión. Lo habría hecho adoptando la forma de un documental sobre la eutanasia. En esta versión ya se incluía la escena de un tribunal, en que se mostraba como una conducta heroica la del médico que ayuda a su paciente terminal sufriente a morir.

12 Kiessling, Claudia Sybille Kiessling, *Dr. med. Hellmuth Unger (1891-1953): Dichter arzt und ärztlicher Presse Politiker in der Weimarer Republik und Nationalsozialismus,* Berlin, Matthiesen, 1999, *passim*

Pero Liebeneiner rechazó el guión de Schwenninger. Las autoridades nazis habrían comisionado, entonces, a un grupo de escritores, para escribir una nueva versión "sobre la eutanasia, sobre la aniquilación de la vida indigna de ser vivida" (siempre la referencia a la obra de Binding y Hoche). Ya en ese momento se les habría indicado que evitasen cuidadosamente un libreto que resultase obviamente propagandístico: el film no debía ser percibido como una amenaza por parte de los opositores a la eutanasia[13].

Surgió así este extraordinario guión, que entreteje una historia de amor conyugal (con las insinuaciones de la antigua rivalidad entre los dos médicos amigos, Bernhard y Thomas, por el afecto de Hanna) con referencias a la necesidad de reformar la legislación y la jurisprudencia en materia de eutanasia.

El gobierno llevaba años (por lo menos, desde 1938) tratando de imponer una ley al respecto, pero la oposición de los grupos religiosos lo había disuadido. El film triunfa en instilar la idea de la terminación de la "vida indigna" como un acto de amor. Haciendo cuidado contrapeso con la historia de Thomas y Hanna, aparece en algunos momentos, pocos y aislados, la tragedia de un matrimonio que desea la muerte de su hijita, que acarrea una discapacidad grave (es ciega, sorda y demente, según se dice) de resultas de una meningitis[14].

Bernhard fue su médico. Actuó fiel a sus principios, que ya conocemos. Cuenta: "Hice todo lo posible para salvar la vida de la niña. La madre dio sangre para dos transfusiones. Cuando la niña estaba cerca del final, forcé al corazón con inyecciones. Ahora, la misma madre me dice que esperaba que yo volviera una vez más, para ayudar a su hija". Y, para no dejar dudas, el médico a cargo de la institución en cuyo pabellón pediátrico ahora medra la criatura, le pregunta: "¿Sabe lo que quiso decir con *ayuda*?"

Ambos galenos ingresan al pabellón. La cámara queda fija en el cartelito de la puerta. Es una espera interminable. Finalmente salen. Bernhard está demudado, horrorizado. Algo se ha roto en él allí dentro, donde hay un espanto demasiado grande como para ser mostrado (es sabido que no hay nada peor que dejar al espectador construir su propio infierno). "Dígame, ¿cómo puede tolerar eso la enfermera?", pregunta secamente al colega. Éste responde: "¿La enfermera? Ella es una mujer y

13 Roth, Karl-Heinz, *"Ichklagean" - Aus der Entstehungsgeschichte Eines Propaganda-Films*, en Aly, Götz et. al., *Die Aktion T4. 1939-1945. Die Euthanasie Zentrale in der Tiergartenstraße 4*, Berlín, Hentrich, 1987 pp 93-116

14 Rost, Karl-Ludwig, *Sterilisation und Euthanasie Im Film des "Dritten Reiches". Nationalsozialistische Propaganda in ihrer Beziehungz uras sen hygienischen Maßnahmen des NS-Staates*, Berlín, Husum, 1987, *passim*

ama todo lo que esté indefenso. Un bebé o un enfermo, no le hace ninguna diferencia". Lang le pide un teléfono. Ha resuelto testificar en el juicio de Thomas.

Entre mayo y julio de 1941, el film fue objeto de varias modificaciones, impuestas por la censura del Ministerio Imperial para la Ilustración Pública y la Propaganda a cargo de Goebbels. Sin embargo, el 7 de julio fue leída en los púlpitos católicos una Carta Pastoral de los obispos alemanes, oponiéndose duramente a la eutanasia.

Esa epístola fue reafirmada el 3 de agosto en el famoso sermón del obispo de Münster, Clemens August, Conde de Galen, posiblemente el más áspero ataque contra la eutanasia nazi. "Se trata de gente, de nuestros hermanos y hermanas. Quizás sus vidas sean improductivas, pero la productividad no justifica el asesinato", expresó. Y se preguntó, retóricamente, si los heridos graves de guerra también serían piadosamente eliminados[15].

Este duro sermón, ampliamente difundido por los Aliados, habría tenido por lo menos tres efectos: llevar al gobierno a pasar la "Acción T4" a la clandestinidad, inducir al joven Karol Wojtyla a militar en la resistencia polaca, y obligar a una reformulación de la película que nos interesa. En ella, se procuró evitar todo roce contra las religiones cristianas, destacar aún más la idea de la eutanasia como acto de amor al prójimo, solicitado por el propio interesado, y "desnazificar" del todo el argumento, para que no pareciera propagandístico. Se limaron los discursos y frases de obvia filiación hitleriana y se redujeron al mínimo los símbolos del partido. Inclusive se evitó mostrar en escena un experimento con animales enfermos. El título, como lo adelantáramos, fue otra genialidad propagandística.

IX. El film tras la caída del Reich

Tras la caída del Reich en 1945, Heidemarie Hatheyer (Hanna) fue acusada de complicidad indirecta en las matanzas colectivas eugenésicas, en base a su inolvidable participación en *Ichklagean*. En consecuencia, debió abstenerse por unos años de actuar, aunque luego prosiguió su carrera artística con éxito[16].

Paul Hartmann (Thomas), cuya vinculación con películas claramente nazis era mucho más notable, sufrió también apenas una prohibición de actuar por dos años. Simbólicamente, su primer papel (en teatro) al regresar a la actuación, fue el de Fausto. Luego, no sólo siguió trabajando con suceso, sino que en 1951 ya estaba siendo de nuevo dirigido por el mismo Liebeneiner en *Das Tor zum*

15 Löffler, Peter, *Bischof Clemens August Graf von Galen – Akten, Briefeund Predigten 1933 – 1946*, Paderborn, Schöningh, 1996, pp 874 ss.

16 Sobre ella, entre muchas otras fuentes: Riess, Curt, *Die Fraumit den hundert Gesichtern – Requiem für Heidemarie Hatheyer*, Düsseldorf, Droste, 199

Frieden (*La puerta a la paz*). En 1961, ya consolidado en roles secundarios, ingresó exitosamente en la televisión. Al año siguiente, en otra de las paradojas de la historia del cine, tomaría el papel de un alto oficial alemán (el Mariscal Gerd von Rundstedt) en el famoso film estadounidense *Thelongestday* (*El día más largo*), sobre el Desembarque de Normandía.

La situación de Mathias Wieman (Bernhard) fue muy diferente. Es bastante posible que fuese un secreto opositor al nazismo. Al parecer, fue la abierta antipatía que le profesaba Goebbels lo que afectó su carrera artística en los años nacionalsocialistas. Ese disgusto no era, aparentemente, infundado, porque tras el fracaso del atentado contra Hitler (1944), el matrimonio Wieman ayudó a la familia del Conde de Schulenburg-Tressow, tras la ejecución de éste[17].Su carrera, por lo tanto, se incentivó tras la caída del Reich. No deja de ser muy simbólico que fuera él, justamente, quien llevó la postura contraria a las ideas del régimen en el film (aunque, como vimos, se retracta en el último segmento)[18].

Cinzia Romani informa que la película fue expresamente prohibida por los Aliados después de la caída del Reich[19]. Como sea, por tratarse de una pieza inseparablemente vinculada a la propaganda nacionalsocialista en un tema tan áspero como la legalización de la eutanasia, quedó maldita. No fue ya exhibida, ni se hicieron *remakes* de ella (aunque su estética sí parece haber influido en cintas posteriores que tocaron aquellas cuestiones, especialmente la extraordinaria escena de la muerte de Hanna). Sin embargo, y a pesar de los omnipresentes anatemas que ha recibido de los críticos, ninguno ha podido dejar de reconocerle los méritos artísticos.

El 4 de agosto de 2011, la película fue "subida" a YouTube (http://www.youtube.com/watch?v=ks77USJQe0w) por el usuario AlienGoth92, de obvias y férreas ideas nacionalsocialistas (http://www.youtube.com/user/AlienGoth92). Tres meses después, registraba 2.189 visitas, un índice de aprobación de 7/3 y sólo dos comentarios, ninguno de ellos positivo (uno de advertencia sobre la relación del film con el Holocausto y otro del usuario neonazi Freiheitskaempfer15, preguntando por una música).

X. Una pregunta urticante

Si esta película fuera buena, ¿sería algo bueno surgido del nazismo? La

17 von Meding, Dorothee, *Courageous Hearts: Women and the Anti-Hitler Plot of 1944*, Oxford, Berghahn, 1997

18 *Biographie des Schauspieler sund Rezitators Mathias Wieman (1902-1969), in Verbindung mit dem Zeitgeschehen*, en http://www.dieterleitner.de/w2bioglang__start.htm

19 Romani, Cinzia, *Tainted Goddesses: Femaale Film Stars of the Third Reich*, Roma, Gremese, 2001, p108

posibilidad es molesta, desagradable, impertinente. Nunca hubo un régimen político tan atroz como el del Reich, unas ideas tan repulsivas como las de Hitler, en toda la historia. La sola idea de atribuir a un producto de ese sistema, nacido de su seno en pleno auge (1941 es el año de gloria del nazismo militante, aquel en que todo parecía anunciar el triunfo absoluto), una calificación positiva, choca, subleva.

La habilidad propagandística del Reich, puesta en juego ante la rígida oposición de las religiones cristianas, y muy especialmente del catolicismo (¡qué pena que la postura no fuese igual de contundente en materia de persecuciones raciales y políticas!), diseñó un producto que, a la postre, paradójicamente, mostró un notable grado de asepsia ideológica. El nazismo del film está tan disimulado, que realmente no se lo nota. Ese enmascaramiento puede haber sido peligroso en la Alemania de 1941, pero difícilmente lo sea ahora, más de seis décadas después.

La película es muy buena desde el ángulo artístico. Su director era nazi, pero un excelente director. Otro tanto puede decirse, como actor, de Hartmann. Tengo dudas acerca del nivel de compromiso ideológico de Hatheyer con el nazismo, pero de cualquier manera el papel de Hanna lo concreta de un modo sublime. Y Wieman, el menos hitleriano de los cuatro (lo que no quiere decir que no estuviera de acuerdo con la eutanasia), también está impecable en su rol. Todos ellos fueron profesionales exitosos antes y después del Reich.

El juicio a Thomas Heyt, que ocupa largamente la parte final del film, permite apreciar posiciones a favor y en contra de la eutanasia. Esto se anuncia en el segmento anterior, cuando se agrava el estado de Hanna, y estalla en el áspero cruce de los dos galenos tras la escena de la muerte de ella. Es evidente la simpatía para con la postura permisiva (todo producto cultural entraña determinadas axiologías), pero no se dejan de evaluar y contestar los argumentos contrarios a ésta. La falta de un final verdadero, que cierre el debate, coadyuva a esa indecisión.

Se han hecho muchas películas acerca de la eutanasia desde ésta, y pocas, si es que alguna, han llegado a su extremo de calidad, como acicates de la discusión, popular y académica. No fue *Ichklagean* la única película favorable a la eutanasia. Podemos citar como ejemplos *Whoselifeisit, anyway?* (EEUU, John Badham, 1982), *Mar adentro* (España, Alejandro Amenábar, 2004) y *Million dollar baby* (EEUU, Clint Eastwood, 2004), entre muchas otras. ¿Tendríamos que prohibirlas a todas?

Pienso que este film es un producto artístico que podría, sin jamás desligarlo de su contexto, que es atroz, recuperarse como pieza válida para debatir e instigar el pensamiento crítico. No seremos más nazis por ello. Es más, estaremos demostrando no serlo.

XI. Bibliografía

Aycoberry, Pierre, *The Nazi Question*, NY, Pantheon, 1981.

Binding, Alfred – Hoche, Karl, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Mass und ihre Form*, Leipzig 1920.

Biographie des Schauspieler sund Rezitators Mathias Wieman (1902-1969), in Verbindung mit dem Zeitgeschehen, en http://www.dieterleitner.de/w2bioglang_start.htm

Carrel, Alexis, *L'homme, cetinconnu*, Paris, Plon, 1935.

Kiessling, Claudia Sybille Kiessling, *Dr. med. Hellmuth Unger (1891-1953): Dichter arzt und ärztlicher Presse Politiker in der Weimarer Republik und Nationalsozialismus,* Berlin, Matthiesen, 1999.

Leiser, Erwin, *Nazi cinema*, Nueva York, Macmillan, 1974.

Lifton, Robert Jay, *The Nazi Doctors. Medical Killing and the Psychology of Genocide*, EEUU, Basic, 1986.

Loffler, Peter, *Bischof Clemens August Graf von Galen – Akten, Briefeund Predigten 1933 – 1946*, Paderborn, Schöningh, 1996.

Riess, Curt, *Die Fraumit den hundert Gesichtern – Requiem für Heidemarie Hatheyer*, Düsseldorf, Droste, 1991.

Romani, Cinzia, *Tainted Goddesses: Female Film Stars of the Third Reich*, Roma, Gremese, 2001.

Rost, Karl-Ludwig, *Sterilisation und Euthanasie Im Film des "Dritten Reiches". Nationalsozialistische Propaganda in ihrer Beziehungz uras sen hygienischen Maßnahmen des NS-Staates*, Berlín, Husum, 1987.

Roth, Karl-Heinz, *"Ichklagean" - Aus der Entstehungsgeschichte Eines Propaganda-Films*, en Aly, Götz et. al., *Die Aktion T4. 1939-1945. Die Euthanasie Zentrale in der Tiergartenstraße 4*, Berlín, Hentrich, 1987.

Slavin Pablo E., *IX Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Mar del Plata, Universidad Nacional, 2009.

Slavin Pablo E., *VI Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Mar del Plata, Universidad Nacional, 2006.

Slavin Pablo E., VII *Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Mar del Plata, Suárez, 2007.

Slavin Pablo E., *VIII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Mar del Plata, Universidad Nacional, 2008.

Von Meding, Dorothee, *Courageous Hearts: Women and the Anti-Hitler Plot of 1944*, Oxford, Berghahn, 1997.

Reflexiones sobre la Patria Potestad en el Ecuador y su origen en Roma[1]

Stalin Andino González
Sebastián Corral Guevara[2]

"In potestatenostrasuntliberinostri, quos ex justisnuptisprocreavimus"
Justiniano

Sumario

I. Generalidades. **II.** ¿Quiénes estaban llamados a ser sometidos por la Patria Potestad? **III.** Derechos de la Patria Potestad. **IV.** Extinción de la Patria Potestad. **V.** La Patria Potestad en la Actualidad. **VI.** A manera de Conclusión. **VII.** Bibliografía.

I. Generalidades

La patria potestad[3] en el Ecuador es una institución jurídica propia del Derecho de Familia. Esta institución ha sufrido diversas e importantes variaciones a partir de su origen en el Derecho Romano.Corresponde a este trabajo el estudio de la relación entre la patria potestad romana y la actual; para esto hemos de remontarnos primero a Roma, conociendo qué significó de manera general esta institución, para realizardespués una revisión de la misma en laactualidad. Posteriormente concluiremos tomando en cuenta los diversos cambios que ha sufrido esta institución.

Para empezar, la palabra Patria Potestad proviene del Latín /*patria potestas/ que significa "autoridad paterna"*, la misma que correspondía al padre de familia o páter familias, cabeza de la misma e investido con potestad sobre otras personas.[4]

1 Seleccionado como el mejor artículo de la clase Instituciones del Derecho Romano, cátedra impartida por la Dra. Sonia Merlyn Sacoto en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, primer semestre 2010/2011.

2 Estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.

3 Según el Diccionario de Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara:"es la atribución jurídica conferida a un órgano de autoridad".

4 Justiniano, Institutionim Justiniani, 2da edición, editorial Heliasta, Buenos Aires, 2005.

Recordemos que Gayo, y a la vez Justiniano en sus Institutas, señalaban que: *"la patria potestad es particular de los ciudadanos romanos, pues no existe ningún otro pueblo que tenga sobre sus hijos una potestad como la que tenemos nosotros"*.[5]

En Roma, la Patria Potestad significó el poder del jefe de familia varón vivo más antiguo (Páter), que importaba un conjunto de derechos sobre la persona y bienesde los filius, con muy pocas obligaciones. Se entendía por filius no solo los hijos del Pater, sino también los nietos o bisnietos bajo su autoridad.[6]

Sobre lo dicho, el tratadista Eugene Petit da mucha importancia a que la patria potestad solo podía ser ejercida por un páter el cual era ciudadano romano (sui iuris), ya que era una institución de la familia civil y, por lo tanto, al ser una institución civil no podía ser utilizada por *gentes*[7] que no cumplan con todoslos status (libertatis, civitatis y familae) requeridos para ser un ciudadano romano. Además menciona que el carácter de la patria potestad tenía muy poco en cuenta la protección del hijo e importabamás el interés delpáter que la ejercía.[8]

La Doctora Sonia Merlyn Sacoto nos manifiesta las consecuencias lógicas de esta institución romana:

- "No se modifica ni se extingue esta potestad paternal por ningún motivo, a menos que se den casos excepcionales o el páter así lo manifieste.
- Siempre le pertenece al padre de familia más antiguo, así un padre y sus hijos están sujetos a la potestad del abuelo, si éste aun vive.
- La madre obviamente nunca podía tener potestad paternal, por estar bajo mandato del páter."[9]

Sin embargo la legislación de Roma concedió, en algunas circunstancias, la Patria Potestad a los que no eran ciudadanos, por ejemplo:

- *"Cuando un liberto no cumplía los requisitos impuestos por la ley AeliaSentia, siendo manumitido antes de los treinta años, no adquiría la condición de ciudadano romano. Si este liberto se casaba con una ciudadana romana, no era*

5 Studiando Derecho, http://dgonzalez18.wordpress.com/, sábado 23 de Octubre de 2010, 16:00.

6 Revista Jurídica On-Line, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=303&Itemid=63, 23 de Octubre de 2010, 17:00.

7 Denominación de las personas que eran extranjeros (peregrinos) y no tenían la calidad de ciudadanos romanos. Sus relaciones de Derecho se regían por el iusgentium.

8 Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Traducido de la novena edición en idioma francés por Ferrandez G. José, ALBATROS, Buenos Aires-Argentina, 1985.

9 Merlyn Sacoto Sonia, Dra., Cátedra de Instituciones del Derecho Romano, PUCE, primer semestre 20010/2011. Apuntes de Clase.

considerada esa unión como justas nupcias, y por lo tanto los hijos concebidos no estaban bajo su patria potestad. En tales condiciones, se permitió al padre obtener la ciudadanía romana, y por consiguiente la potestad sobre sus hijos, si se presentaba al cabo del año de nacido el hijo, ante el magistrado, probando la existencia del vínculo matrimonial y del hijo nacido de dicha unión.

- *Si un ciudadano romano contrajera matrimonio con una no ciudadana, ignorando esa situación, probado el error, se les permitió que la esposa adquiriera la ciudadanía romana y el hijo concebido de dicha pareja, estuviera bajo la potestad paterna. También si la situación era inversa, o sea, la mujer, ciudadana y el hombre no, desconociendo tal circunstancia, se tomó la misma solución que en el caso anterior."*[10]

II. ¿Quiénes estaban llamados a ser sometidos por la Patria Potestad?

Estaban sometidos a este poder los hijos legítimos, los legitimados y los adoptados.

Recordemos entonces, qué caracteriza a cada uno.

Hijos legítimos.-son los nacidos de justas nupcias, y también el resto de los descendientes nacidos de sus hijos varones. Para determinar si un hijo ha sido concebido dentro de las justas nupcias, establecieron una presunción sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) que determinó que el plazo mínimo de un embarazo era de 180 días y el máximo de trescientos.[11]

La legitimación fue otra forma de obtener la patria potestad, en este caso, sobre los hijos nacidos de concubinato. Quedaban fuera de la posibilidad de legitimación los hijos adulterinos e incestuosos.[12]

En los requerimientos para la legitimación, que equiparaba a estos hijos naturales a los legítimos, era esencial el consentimiento del legitimado, que en caso de no poder hacerlo por su corta edad, debía ratificarla posteriormente. Los medios otorgados por la ley para que sea válida la legitimación, fueron: el matrimonio subsiguiente de los padres, la oblación a la curia o el rescripto del emperador. El

10 La Patria Potestad en Roma- La guía de la Historia, http://www.laguia2000.com/edad-antigua/la-patria-potestad-en-roma, sábado 23 de Octubre de 2010, 17:30

11 La Patria Potestad en Roma- La guía de la Historia, http://www.laguia2000.com/edad-antigua/la-patria-potestad-en-roma, sábado 23 de Octubre de 2010, 17:30 http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=303&Itemid=63, sábado 23 de Octubre de 2010, 17:50.

12 Ibíd.

primer caso exigía que no existieran impedimentos matrimoniales al momento de la concepción del hijo. Si en este caso los padres contraían matrimonio, el hijo quedaba equiparado totalmente al hijo legítimo. Durante el mandato del emperador Justiniano surgió una nueva forma de legitimación, para aquellos casos en que no pudiera darse el subsiguiente matrimonio de los padres, por existir algún impedimento. La legitimación por rescripto imperial, o sea concedida por el emperador, a pedido del padre por presentación directa o por disposición testamentaria, tenía como único requisito, que el padre natural no poseyera hijos legítimos. Si el padre no los hubiera legitimado en el testamento, pero los hubiera instituido herederos, los propios hijos podían solicitar la legitimación pues se suponía que esa era la voluntad del testador. Esta forma de legitimación equiparaba en todos sus efectos al hijo natural con los hijos legítimos.[13]

Finalmente la Adopción, que significaba introducir al adoptado a la familia y crear un vínculo de patria potestad sin la existencia de un vínculo de sangre. Dentro de la adopción cabía distinguir la adopción de un alieni iuris, o sea de una persona que ya estaba bajo el poder de un Pater y pasaba a depender de otro y la adrogación, por el cual una persona sui iuris, o sea no sujeta a patria potestad, pasaba a depender de otra en calidad de filius.[14]

El vínculo que se creaba era parecido al que hay entre padre e hijo, por ello, *se exigió que el adoptante fuera mayor que el adoptado por lo menos, en 18 años. En el derecho Antiguo no se exigió el consentimiento del adoptado, lo que sí fue condición (al menos que no se opusiera) durante el derecho clásico.*[15]

III. Derechos de la Patria Potestad

Los derechos que tenía el poseedor de la Patria Potestaderan ilimitados, así están:

IUS VITAE ET NECIS: Derecho de vida y muerte. Es la muestra del poder extremo del páter familias, pero l*a abolición de este rasgo brutal de la patria potestas se dio formalmente en el S.IV con Constantino.*[16]

IUS VENDENDI: D*erecho de vender al hijo de familia en territorio extranjero como siervo*[17].

13 Jaramillo Velez Lucrecio, Manual de Derecho Romano, 4ª. Edición, Bogotá. Señal Editora, 1998.
14 Ibídem óp. y cfr. 9
15 Ibíd.
16 Studiando Derecho, http://dgonzalez18.wordpress.com/, sábado 23 de Octubre de 2010, 16:00
17 Ibíd.

IUS NOXAE DANDI: que fue el *derecho del padre de entregar al hijo de familia al perjudicado por un acto ilícito cometido por el hijo, con la finalidad de liberarse de la responsabilidad contraída.*[18]Sin embargo, Justiniano, en el siglo V d.c., abolió este derecho por *el deber de piedad del padre hacia el hijo que inspira su legislación.*[19]

IUS EXPONENDI: *consiste en la facultad de exponer y abandonar a los recién nacidos, que podían entrar in mancipio de quien les recogiera y educara (nutritor).* Fue duramente criticada por cristianos y muy criticada por varios emperadores.[20]

IV. Extinción de la Patria Potestad

Antes de hablar sobre la extinción de la patria potestad, es necesario señalar que está institución tiene un carácter vitalicio, pues terminaba solo con la muerte del páter; por lo que la regla general era que solo la muerte extinguía la patria potestad.[21]Sin embargo existían otras posibles formas, excepcionales, de extinción de la patria potestad.

> "*La causa natural de extinción de la patria potestad era la muerte del pater o del filius. También la capitisdeminutio máxima (pérdida de la libertad) de cualquiera de ellos extinguía el vínculo. Tenían esa consecuencia, además, la capitusdeminutio media (pérdida de la ciudadanía) y la capitisdeminutio mínima (pérdida de la calidad de sui iuris) ya sea por adopción o adrogación.*[22]

Además existió otro mecanismo para extinguir la Patria Potestad, la emancipación, institución entendida de la siguiente manera:

> "La emancipación fue otra causa de salir de la patria potestad que se realizaba haciendo ficticiamente, con la complicidad de un tercero, la triple venta exigida por la ley decenviral para perder la patria potestad. Al cabo de ellas, el padre lo readquiría y luego la manumitía, adquiriendo la calidad de sui iuris. Esto en el caso del varón, las mujeres para emanciparse, requerían de una sola venta. El emperador Anastasio simplificó este engorroso procedimiento, creando la emancipación Anastasiana, pudiendo otorgarse por rescripto imperial. La emancipación justinianea, finalmente, permitió la

18 Ibíd.
19 Ibíd.
20 Ibíd.
21 Guzman Brito Alejando, Derecho Privado Romano, Tomo I, editorial jurídica Chile, Santiago, 1997.
22 La Patria Potestad en Roma- La guía de la Historia, http://www.laguia2000.com/edad-antigua/la-patria-potestad-en-roma, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=303&Itemid=63

emancipación con la simple declaración de libertad, de ambos interesados, ante un magistrado competente."[23]

V. La Patria Potestad en la Actualidad

Pasemos ahora a la revisión de nuestra legislación actual.

El Código de la Niñez y Adolescencia vigente reza:

> *Art. 105.- Concepto y contenidos.- La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.*[24]

Partiendo del análisis de este artículo encontramos el primer gran elemento diferenciador de la patria potestad actual con la romana: el hecho de que las obligaciones de los padres con los hijos/as juegan un papel esencial, más fuerte que los derechos e incluso se señala las directrices de estas obligaciones. En la institución romanase daba más importancia a los derechos que tenía el páter sobre sus patrocinados.

Pero si tomamos en cuenta que los hijos e hijas, al ser emancipados, dejan de estar bajo la potestad de sus padres,nos encontramos ante una semejanza entre la patria potestad actual y la romana, en donde la emancipación también era una causa de extinción de la patria potestad.

Como bien dice la Doctora María de los Ángeles Montalvo, la patria potestad es un cúmulo de derechos y obligaciones, en los cuales van envueltos los alimentos, la tenencia, las visitas, entre otros.[25] Y si reflexionamos sobre ello, estos derechos son de los hijos/as más no de los padres.

Ahora bien, hay que señalar que en la actualidad la patria potestad, si bien son un conjunto de derechos y obligaciones de los progenitores hacia sus hijos/as, tienesu fundamento y naturaleza en el derecho de los hijos/as a la protección de sus padres; entonces cualquier acción que emane en virtud de la patria potestad es en beneficio de los hijos/as, mas no de los padres.[26]

23 Ibíd.

24 Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano vigente, R.O. 737, 03 de Enero del 2003.

25 Montalvo María, Cátedra de Derecho de Familia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, segundo semestre 10/11.

26 Muñoz Tania, Patria potestad y emigración ecuatoriana, tesis para la obtención de titulo de abogada, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2009.

La idea anterior se ve reflejada en el derecho de visitas, uno de los componentes de la patria potestad. Este derecho ha sido mal entendido por la sociedad, ya que los progenitores creen que se les debe reconocer siempre este derecho a ellos, cuando el goce y ejercicio de éste es propio y exclusivo de los hijos/as y ellos son los que decidirán si quieren o no tener visitas de sus padres, o subsidiariamente el juez determinará si es conveniente las visitas en virtud del principio del interés superior del niño/a. Entonces la idea es que los hijos/as tienen derecho a que sus padres tengan la patria potestad para, a través de ella, poder ser cuidados y conducidos hasta que se determine su emancipación.

En este punto hemos hablado bastante de las obligaciones que tienen los progenitores con sus hijos/as, pero la patria potestad implica también derechos los cuales, a nuestro modo de ver, no tienen que ver con la tenencia, visitas, etc. Si no más bien con el tipo de educación, cuidado y conducta que le brinden a sus hijos/as según su pensamiento e ideología, obviamente siempre respetando el marco de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Es importante señalar que la patria potestad en la actualidad es intrasmisible. Por ello, un padre o una madre no podrían trasmitir este derecho a los abuelos,como es el pensamiento de muchas personas, especialmente en lo relativo a la migración ecuatoriana.Los abuelos, de ninguna forma, podrían ejercer la patria potestad mientras ambos padres no hayan sido privados de ésta.

Cabe aclarar que la patria potestad no es sinónimo de tenencia. Muchas veces un progenitor, al querer privar de la tenencia de su hijo al otro progenitor se refiere a "quitarle la patria potestad" siendo este enunciado jurídicamente incorrecto ya que la patria potestad engloba a la tenencia, que es solamente uno de los derechos que concede la patria potestad. Lamentablemente muchas veces nuestra legislación cae en dicho error.

Retomando el tema, otras sutiles diferencias con la patria potestad romana, radican en que: en la actualidad para confiar el ejercicio de la patria potestad se busca el bienestar del hijo/a, mientras que en Roma era un derecho indiscutible del páter. Además actualmente la patria potestad corresponde de manera equitativa tanto al padre como a la madre, mientras que en Roma el único que podía ejercerla era el hombre.

También hay que resaltar que en Roma la patria potestad se extinguía, de manera general, con la muerte del páter y la emancipación. En la actualidad consideramos que parcialmente es igual, ya que la patria potestad es un cúmulo de derechos y obligaciones que los progenitores tienen con sus hijos y este cúmulo solo se extingue con la muerte y con la emancipación; sin embargo, a diferencia de Roma,

puede ser privado de ejercerlo por resolución judicial. Consideramos que en dicho caso no se extingue la patria potestad, sino que hay una imposibilidad de ejercerla ya que se pierde la capacidad de ejercicio pero no la capacidad de goce, esto porque sigue existiendo la relación padres-hijos aunque con ciertas restricciones, y esa relación es precisamente el manantial de donde brota la patria potestad.

Apoyándonos en la entrevista realizada al Dr. Luis Ayora, juez del juzgado cuarto de la niñez y adolescencia, de Machachi-Ecuador, y sobre todo, a la comparación con lo establecido anteriormente entre las características de la Patria Potestad en Roma y en la actualidad, podemos continuar lo siguiente:

"Como todos sabemos, nuestro Derecho actual contemporáneo deviene del Derecho Romano; el Derecho Romano es fundamentalmente una fuente de inspiración para todos los países del mundo, no solamente del nuestro.

Pero también a lo largo del tiempo se ha venido limando y perfeccionando la cuestión de la patria potestad, en nuestros días la patria potestad es entregada solamente a la madre o al padre, son derechos que mantienen los padres sobre los hijos no emancipados eso quiere decir los hijos que no han cumplido los 18 años o los que no hayan contraído matrimonio tampoco los hijos que han sido emancipados judicialmente"[27]

Otra gran diferencia que establecimos, fue respecto de la Patria Potestad del páter sobre la mujer, que actualmente no se existe. Ayora concuerda diciendo:

> "La patria potestad está designada en la legislación actual solamente a los hijos/as, el hombre no adquiere ningún vinculo mandante o de autoridad sobre la mujer; eso era antes, en el imperio romano y con un sentido de machismo muy pronunciado, eso no ocurre actualmente, es más, actualmente la madre tiene el derecho para decidir sobre la patria potestad"[28]

Es mas, a pesar que en Roma, la Patria Potestad correspondía en su totalidad al páter familias. En la actualidad, como Ayora señala "la patria potestad es compartida en un 50% entre padre y madre. "Y aunque se puede ceder el ejercicio de progenitor al otro progenitor, ésta se constituye en ése porcentaje antes de tal acto.[29]

Como hemos venido mencionando la patria potestad es propia de los progenitores, frente a lo cual Ayora cree que estamos en lo correcto al señalar que "la patria potestad solamente le compete al padre o a la madre, a nadie más, y

27 Ayora Luis, Juez del Juzgado Cuarto de la Niñez y Adolescencia, Machachi-Ecuador. Entrevista *la patria potestad actual frente a la de Roma, 27 de Octubre del 2010 9:30.*

28 Ibídem.

29 Ibíd.

que tal vez una figura que se les pueda concedera otros, como los abuelos, es la de custodia o tenencia. Difiere esto, entonces, con la Patria Potestad otorgada al abuelo en Roma o a través de la legitimación.

Finalmente el derecho de vida o muerte que tenía el páter familias, en la actualidad no está permitido, es tan solo de representación y administración, un cambio gigantesco de la figura romana.

VI. A manera de Conclusión

La figura de la patria potestad ha variado desde Roma hasta la actualidad. En realidad los papeles han cambiado, ya que antes dicha institución era un derecho exclusivo de un páter sobre sus filius, en los cuales recaía la obligación. En la actualidad los progenitores tienen más obligaciones que derechos y la patria potestad es fuente de los derechos de los hijos/as. Así concluimos que, si bien tiene base y algunos procedimientos parecidos, la patria potestad de Roma frente a la de nuestra legislación actual, no es la misma, ya que muchísimos principios y derechos que ésta acarreaba en Roma, actualmente no existen por considerarse improcedentes e inhumanas, y decir que es la misma significa que es igual o muy similar, y éste no es el caso.

VII. Bibliografía

Argüello Luis Rodolfo: "Manual de derecho Romano".- 3a edición corregida.- Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.- Buenos Aires 1997.

Di Pietro Alfredo y Lapieza Elli Angel Enrique: "Manual de Derecho Romano".- 3a edición.- Ediciones Depalma.- Buenos Aires 1982.

Guzman Brito Alejando, Derecho Privado Romano, Tomo I, editorial jurídica Chile, Santiago, 1997.

Iglesias Juan, Derecho Romano, 17ma edición, editorial Ariel, Santiago, 2008.

Jaramillo Velez Lucrecio, Manual de Derecho Romano, 4ª. Edición, Bogotá. Señal Editora, 1998

Justiniano, Institutionim Justiniani, 2da edición, editorial Heliasta, Buenos Aires, 2005.

Muñoz Tania, Patria potestad y emigración ecuatoriana, tesis para la obtención de titulo de abogada, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2009.

Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Traducido de la novena edición en idioma francés por Ferrandez G. José, ALBATROS, Buenos Aires-Argentina, 1985.

Rabinovich Ricardo, Derecho Romano para Latinoamerica, Editorial Cevallos, Quito, 2006.

Romero Gross, Manuel, "Compendio de Derecho Romano", Editorial Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2008

Studiando Derecho, http://dgonzalez18.wordpress.com/, sábado 23 de Octubre de 2010, 16:00

Revista Jurídica On-Line, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=303&Itemid=63, 23 de Octubre de 2010, 17:00.

La Patria Potestad en Roma- La guía de la Historia, http://www.laguia2000.com/edad-antigua/la-patria-potestad-en-roma, sábado 23 de Octubre de 2010, 17:30

http://dgonzalez18.wordpress.com/ , sábado 23 de Octubre de 2010, 16:00.

Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano vigente, R.O. 737, 03 de Enero del 2003.

Ayora Luis, Juez del Juzgado Cuarto de la Niñez y Adolescencia, Machachi-Ecuador. Entrevista *la patria potestad actual frente a la de Roma, 27 de Octubre del 2010 9:30.*

Merlyn Sacoto Sonia, Dra., Cátedra de Instituciones del Derecho Romano, PUCE, primer semestre 20010/2011. Apuntes de clase.

Montalvo María, Cátedra de Derecho de Familia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, segundo semestre 10/11. Apuntes de clase.

Los animales frente al Derecho: el caso de sus derechos subjetivos

Edward Dyer Cruzado[1]

"Para los animales todos los humanos somos nazis y toda la vida un eterno Treblinka."
Isaac Bashevis Singer
Premio Nobel de Literatura

Sumario

I. Introducción. **II.** ¿Por qué debería importarle al Derecho un estudio adecuado de los animales?. **III.** Derechos para los animales. **IV.** El cambio aún no advertido: los animales como sujetos de derecho en el Perú. **V.** Bibliografía.

El haz de luz cayó directamente sobre sus ojos en señal de que el juego acababa de iniciarse. A pesar de los dos días transcurridos sin probar alimento alguno, el animal poseía buen semblante y un claro sentido de orientación, opinaban de forma unánime los científicos. A los pocos segundos olfateó el queso y los pelos blancos se le crisparon de emoción, su exaltación fue evidente y comenzó a correr desenfrenadamente hacia él, hasta que se estrelló contra el vidrio que lo separaba caprichosamente de su recompensa. Ninguno había recuperado antes el sentido de la orientación con tanta rapidez, acotó en voz baja el Director de la investigación. En seguida procedieron a iluminar el interruptor que facilitaba el acceso al queso abriendo la puerta de vidrio, la cual se encontraba ahora sucia producto del golpe del ratón. Éste se recuperó al instante y acudió hacia el interruptor. No había mucho qué pensar, menos para un roedor hambriento. Colocó sus dos patas delanteras sobre el aparato y vio cómo la puerta se abría con lentitud. Probablemente fue la emoción, o algo parecido, lo que ocasionó que escuchara con retardo el alarido

1 Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Diplomando en Filosofía Ética y Política por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Profesor Adjunto del "Seminario de Teoría General del Derecho" y Jefe de Práctica del Curso "Investigación Académica" en la PUCP. Complementó sus estudios de Pre-grado con una estancia de intercambio en la Westälische Wilhelms-Universität de Münster, en Alemania.

de la rata hembra que se encontraba retenida en un compartimento similar al que albergaba al queso. Una fuerte descarga eléctrica era aplicada a la hembra de manera automática cada vez que el interruptor era presionado. Cerrada nuevamente la puerta de vidrio que custodiaba el queso, el ratón se tomó su tiempo antes de actuar. Comenzaba a sudar cuando decidió dirigirse a la puerta de vidrio que capturaba a la hembra. Cuando se cansó de rasgarla y antes de desmayarse, volteó la mirada y la clavó fijamente en el rostro de los científicos, quienes atónitos confirmaron que todo se había consumado.

¿O es que por el contrario, todo acaba de empezar?

I. Introducción

Establecer si los animales tienen derechos o no, es un problema que debe quedar delimitado cuidadosamente si se pretende estructurar una análisis coherente desde la Filosofía del Derecho que aspire a sentar una postura esclarecedora. No resulta raro que, de proponer esta pregunta, algunos abogados formados bajo la dogmática formalista sostengan que en realidad estamos frente a una ilusión. Que en sentido estricto un problema como tal no existe, pues según el Código Civil Peruano, los animales ocuparían la categoría de bienes muebles, bajo la forma de: "fuerzas naturales susceptibles de apropiación"[2].

Lo que resulta perturbador, en cambio, es escuchar afirmaciones categóricas que defienden la idea de que cualquier discusión acerca de si los animales son susceptibles de poseer derechos, o en otras palabras, de si *debieran* tenerlos, es una cuestión que excede al Derecho y que es propia -en todo caso- de los filósofos.

Para quienes nos interesamos por realizar estudios como el presente, representa un deber metodológico reconocer que la perspectiva dogmática no resulta en sí misma desdeñable. Como destaca Robert Alexy, lo que distingue las cuestiones jurídico-dogmáticas de las ético-filosóficas consiste en que, en aquellas, de lo que se trata es de averiguar qué es lo que vale en el sistema jurídico mientras que las segundas pueden ser planteadas independientemente del sistema[3].

Analizar qué es lo que se entiende por derechos subjetivos no puede quedar únicamente relegado al análisis descriptivo-crítico sobre las normas jurídicas positivas en un determinado Ordenamiento Jurídico, pues el significado de lo que comúnmente se pueda entender por esta categoría depende decididamente de su

2 Numeral 2 del artículo 886° del Código Civil Peruano.

3 Alexy. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.174.

uso[4] en la práctica. La corrección de estas nociones a partir de las consecuencias que estas podrían traer, es una tarea que se formula como segundo paso y que en la presente investigación tendrá un lugar preponderante.[5]

Antes de pasar a estudiar los fundamentos de las exigencias morales que nos llevan a proteger de manera especial a los animales no-humanos, resulta necesario delimitar el esquema de la investigación sobre el alcance de los derechos subjetivos. De acuerdo a una primera aproximación elaborada sobre la contribución de Brian Bix, se puede sostener que al preguntamos por lo que los derechos *son*, existen en realidad dos niveles en los que esa pregunta puede abordarse. El primer nivel sería el nivel conceptual, en el que las discusiones versan sobre la naturaleza de los derechos -como categoría- o su esencia. Estas preguntas guardan normalmente relación con la clase de entidades que pueden tener derechos o las restricciones al contenido de los mismos.

La segunda aproximación, en cambio, se centra en determinar el alcance de los derechos; sobre todo en los casos concretos. Tal sería el caso de la aproximación sustantiva o de políticas (en el sentido de *policy*). Dentro de este alcance se responderían preguntas del tipo, ¿en qué medida o de qué forma deberían protegerse los derechos de tal o cual entidad?, o ¿hasta qué punto debería quedar permitida tal o cual actividad?[6] Desde nuestra perspectiva, creemos que la aproximación conceptual también quedaría impregnada por las cuestiones analíticas de los problemas jurídicos[7], lo que en el caso que nos compete vendría a quedar delimitado por el estudio de la estructura de los derechos subjetivos.

Esto último resultará determinante para comprender: (i) si es posible asimilar

4 Esta aproximación se basa en la noción de juegos de lenguaje de Ludwig Wittgenstein, según la cual el significado de las palabras son atribuidas por las personas dentro de un escenario en el cual interactúan a modo de un juego, y las cuales se consolidan a través de su uso en el tiempo. Al respecto véase: Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Crítica, 2008.p. 27 en adelante.

5 Cualquier corrección desde un punto de vista lógico no podría pretender ser absoluta, sino de grados. Incluso podría ser el caso de que un mismo concepto sea usado en diferentes sentidos para referirse a un mismo objeto dada una misma circunstancia o escenario. En ese caso debe tomarse en cuenta igual, que "Lo que designan los nombres del lenguaje tiene que ser indestructible: pues se tiene que poder describir el estado de cosas en el que se destruye todo lo que es destructible. Y en esta descripción habrá palabras; y lo que les corresponde no puede entonces destruirse, pues de lo contrario las palabras no tendrían significado. No debo serrar la rama sobre la que estoy sentado." Wittgenstein, Ludwig. Ibíd.p.77.

6 Bix, Brian. *Jurisprudence. Theory and Context*. London: Carolina Academic Press, Fifth Edition. 2009. pp. 132-133.

7 En este aspecto seguimos las consideraciones de Robert Alexy. Al respecto véase: Alexy, Robert. *Op.cit.* p.177, en adelante.

en esta categoría a los animales; y, (ii) si resulta necesario que esto sea así para procurarles una protección adecuada. Como adelantamos, sin embargo, nuestra primera tarea está avocada a justificar la exigencia moral de un trato distinto para con los animales del que el Derecho les ha proporcionando a lo largo de la historia.

II. ¿Por qué debería importarle al Derecho un estudio adecuado de los animales?

René Descartes fue uno de los máximos exponentes de la filosofía occidental que defendió el dualismo en los seres humanos. Ésta idea abraza la perspectiva según la cual estamos compuestos por dos elementos diferentes: el alma y el cuerpo. La naturaleza del alma estaría investida de la capacidad de pensar, la del cuerpo, por su parte, representa la sustancia extensa que comparte similitudes con la de los animales y la que explicaría los fenómenos fisiológicos. Para el filósofo francés, la generación de los espíritus animales proceden de una vivísima llama, "la cual asciende de continuo muy abundante desde el corazón al cerebro y se corre luego por los nervios a los músculos y pone en movimiento todos los miembros ( )".[8] El cuerpo del hombre, por su parte, al estar hecho por la mano de Dios, estaría incomparablemente mejor ordenado y provisto de movimientos más admirables que los que pudieran inventar los propios hombres.[9]

Al ser la sustancia pensante, exclusiva del ser humano, la conclusión a la que llega Descartes es que los animales no se diferencian sustancialmente de las cosas que son susceptibles de adoptar movimientos. Como aclara Risiseri Frondizi[10], para Descartes el alma no podía nacer de un proceso evolutivo a partir de la materia, ya que su existencia requiere de un acto especial de creación por Dios. Al margen de esta idea fundamental en el pensamiento del filósofo, lo cierto es que al momento de redactar el Discurso del Método, Descartes no contaba con los desarrollos técnicos en materia científica con los que actualmente cuentan los biólogos y los etólogos. Por lo que una cosa es afirmar lo dicho por Descartes en el Siglo XVII y otra muy distinta es defender esta postura en pleno Siglo XXI.

Para no caer en inexactitudes, debe quedar claro que Descartes no sostiene en ningún momento que los animales sean incapaces de sentir dolor, principal fundamento de nuestro argumento en favor de incorporar medidas protectoras respecto a los animales. Sin embargo, las afirmaciones categóricas antes mencionadas se encargaron de trazar una línea divisoria y abismal entre los animales humanos

8 Descartes, René. Discurso del Método. Madrid: Alianza Editorial, Primera edición revisada en "Área de Conocimiento: Humanidades", Quinta reimpresión, 2006. p.126.

9 Descartes, René. Ibíd. p.128.

10 Lo aclara en la Nota 96 de: Descartes, René. Ibíd. p.190.

y los no humanos, que determinó la conducta de muchas personas a lo largo de la historia respecto a estos últimos, quienes al día de hoy siguen caracterizados como seres inferiores carentes de alma y comparables con máquinas autómatas.[11]

El Derecho, como manifestación cultural que no puede permanecer impermeable frente a los hechos sociales ni a las demás manifestaciones de cultura, ha incorporado esta visión ideologizada de la naturaleza de los animales no-humanos y la ha reforzado con la adjudicación de conceptos que en muchos casos terminan por desprotegerlos o institucionalizan la violencia contra ellos. Es importante aclarar que la consideración que fundamenta al ser humano y sobre todo, la idea de la dignidad humana como base de todo Ordenamiento Jurídico no representa el verdadero problema que tratamos de abordar en esta investigación. Nuestra atención se deposita en el abandono de toda consideración imparcial sobre la regulación que involucra a los animales no-humanos ; es decir, de aquella que atiende a las características propias de los animales para justificar el impacto de nuestras acciones sobre ellos.

Si pudiésemos resumir conceptualmente esta predisposición de abordar los diferentes temas que involucran la participación del hombre y los animales o del hombre y la naturaleza en general, que coloca en primer plano los intereses del hombre, podríamos hacerlo bajo el nombre de: antropocentrismo. Esta visión ha permitido, entre otras cosas, que se toleren actividades tales como el "espectáculo taurino", así como la ausencia de normas que regulen las prácticas de las industrias alimentarias en su trato para con los animales. De forma particular, el antropocentrismo jurídico es el responsable de haber perpetrado un estado de

11 Al respecto resulta interesante recordar que Kant tenía una visión similar a la de Descartes, al sostener que los animales carecían de inteligencia alguna. El siguiente pasaje en el que medita sobre los espíritus nos brinda una clara perspectiva sobre el particular: "Entonces, deberíamos considerar a los espíritus como entidades que actúan voluntariamente y que, como no pueden ocupar espacio, deben estar en comunicación inmediata unos con otros, formando así un mundo inmaterial. Si un espíritu inteligente estuviera en contacto con el tipo adecuado de materia, eso formaría una persona, mientras que los espíritus desprovistos de inteligencia que tienden hacia la materia podrían formar animales o incluso plantas (…)." Kant, Inmanuel. Theoretical Philosophy, 1755-1770. Cambridge, 1992. Pp.317-319 Citado por: Schneewind, J.B. La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2009. Actualmente existe un consenso en la comunidad científica respecto a que los animales sí poseen inteligencia. Esta inteligencia estaría entendida como la capacidad de la que gozan los animales para adaptarse a su entorno, y en tanto que esto es así, se afirma que no existe una sola clase de inteligencia, ya que esta se encuentra en dependencia con el contexto. De acuerdo a Gerhard Roth y Ursula Dicke, la inteligencia ha evolucionado de manera independiente en las diferentes clases de vertebrados. Esta postura se opone a la visión "ontogénica" de la inteligencia, según la cual la única trayectoria evolutiva culminó en el Homo sapiens. Citado por: Bekoff, Marc y Jessica Pierce. Justicia Salvaje. La vida moral de los animales. Madrid: Turner Publicaciones, 2010.

cosas, a todas luces injusto, que se manifiesta en la ausencia de una justificación racional sobre la diferencia de trato respecto de prácticas concretas. No debe olvidarse que en ningún momento ha sido nuestra intención sostener la postura a favor de una igual consideración entre los animales no humanos y los humanos, sino la de justificar una protección para aquellos acorde con los intereses dignos de tutela y la idea de que esto puede llegar a materializarse a través de considerarlos como sujetos de derecho.

Si tratamos de responder a la pregunta del presente acápite no debería resultar difícil adelantar que el Derecho debe interesarse, en principio, por las características biológicas de los animales y también de los seres humanos, pues de no hacerlo cualquier prescripción que dicte y que involucre el cuerpo de estos seres, resultaría una medida abiertamente arbitraria, aunque cuente con la legitimidad del órgano productor de derecho correspondiente de acuerdo al Ordenamiento Jurídico[12]. No debiera sorprender que ante esta afirmación se nos critique no haber incluido dentro del grupo de seres a ser tomados en cuenta a otros como por ejemplo, las plantas. Esto nos lleva a sostener que la pregunta que en definitiva debemos estar en capacidad de responder es la siguiente: ¿por qué resulta importante tomar en consideración el bienestar de los animales?, o en otras palabras, ¿qué los hace dignos de ser tomados en cuenta al momento de legitimar nuestras acciones?

2.1. La defensa del utilitarismo

La corriente filosófica que sin duda ha brindado los mejores argumentos para reivindicar la protección de los animales es el utilitarismo. Como nos lo recuerda Pablo de Lora, el mismo año en el que culminaba la Revolución Francesa, Jeremy Bentham se preguntaba, en su célebre "Introducción a los Principios de la Moral

12 Michel Onfray ha puesto nuevamente sobre la mesa el debate acerca del derecho natural y el derecho positivo aplicándolo al concepto de sujeto de derecho. Por supuesto su enfoque prescinde de toda consideración teológica o divina, y se fundamenta más bien, en un materialismo hedonista que propugna la superioridad ética del individuo sobre el sujeto de derecho. La idea central es que el sujeto de derecho se encuentra, como su nombre lo indica, sujeto al derecho, dependiente de éste. Y esta aseveración no se fundamenta únicamente en la semántica. Basta revisar la historia para encontrar en Auschwitz el ejemplo más sórdido del positivismo jurídico llevado al extremo. De lo que se trata entonces es de cambiar el paradigma y ubicar al Derecho al servicio de los intereses del individuo; cuyo último reducto y motor principal termina siendo su propio cuerpo. El bienestar del mismo, representa la primera exigencia de todo un cuerpo normativo que luego lo desarrollará el derecho positivo. En: Onfray, Michel. *Política del Rebelde. Tratado de resistencia e insumición*. Barcelona: Editorial Anagrama, marzo 2011. Debe recalcarse que Onfray no propone este cambio de paradigma con el objeto de incluir a los animales, aunque toda la estructura de su argumentación hace perfectamente posible aplicarlo a este discurso. Una investigación futura sobre el concepto de individuo y su rol en el derecho se hace necesaria, aunque es evidente que excede el propósito de esta investigación.

y la Legislación", cuándo llegaría el día en que la humanidad rompería la barrera que se acababa de levantar con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y se extendería ese mismo principio hasta incluir en esa misma comunidad, a los animales.[13] En palabras del propio Bentham: "La cuestión no es ¿Pueden razonar? Ni ¿Pueden hablar? Sino ¿sufren?[14]"

Por supuesto los utilitaristas no reclaman que los animales sean considerados agentes morales, aunque sí objeto de análisis de nuestras conductas en el sentido de pacientes morales. Las consideraciones especiales que deberíamos procurarles reposan, por lo tanto, no sobre la idea Kantiana de que sean seres autónomos dotados de razón, que a su vez estuvieran en aptitud de guiar su voluntad hacia una respuesta moral, sino sobre el hecho de que en tanto son susceptibles de sentir dolor y placer, nuestra tarea debe ser la de incorporar a estos seres en nuestros análisis éticos.

Tuvieron que pasar algunos siglos para que esta idea adquiriera un grado importante de impacto en algunas sociedades, sobre todo en las industrializadas. Sin duda el año 1975 fue el que marcó un antes y un después en materia de protección de los animales, mediante la publicación del libro *Animal Liberation* del filósofo utilitarista Peter Singer; considerado por muchos como la biblia del movimiento de protección de los animales. En este libro Singer sentó las bases para la consideración ética de los animales como pacientes morales dignos de una consideración equiparable a la de los seres humanos. El impacto de aquella publicación es ampliamente conocido entre las personas interesadas en este tema. Además, es de público conocimiento el reconocimiento del utilitarismo como vertiente filosófica que fue decisiva para justificar este nuevo paradigma ético, por parte de filósofos no-utilitaristas como Martha Nussbaum.[15]

El utilitarismo clásico puede ser resumido tomando en consideración sus tres ejes principales: (i) el consecuencualismo, (ii) el criterio de la suma de utilidades y (iii) el hedonismo. Como lo explican adecuadamente Amartya Sen y Bernard Williams[16], el consecuencialismo podría resumirse como la elección de aquella

13 De Lora, Pablo. Op.cit. p.136.

14 Bentham, Jeremy. *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London-New York: Methuen, 1970). p.283.

15 Al respecto Nussbaum ha señalado lo siguiente: El utilitarismo ha contribuido más que cualquier otra teoría ética al reconocimiento de derechos (en el sentido no jurídico: entitlement) de los animales. Ambos, Bentham y Mill en su época y Peter Singer en la nuestra han tomado con valentía el liderazgo en la liberación del pensamiento ético de los grilletes de la concepción centrada en la especie del valor y del derecho (entitlement). Nussbaum, Martha. Beyond "Compassion and Humanity". Justice for Nonhuman Animals. En: Sunsetin, Cass R. y Martha, Nussbaum. Animal Rights. Current Debates and New Directions. New York: Oxford University Press, 2005.

16 Sen, Amartya y Bernard, Williams. *Introduction to Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

conducta que genera las mejores consecuencias, lo que se opone a una visión kantiana de la moral para la cual ciertas conductas -las moralmente correctas- tienen un valor en sí mismas. Por su parte la suma de utilidades indica que las utilidades de diferentes personas deben ser combinadas y agregadas para producir un único total, mientras que el hedonismo, cuyas raíces -en el caso de Bentham y Mill- se encuentran en Epicuro, postula la búsqueda del placer y la supresión del dolor.

Es esta última característica la que le proporcionó a Singer el fundamento de la construcción de una postura ética que reivindica la consideración de los animales no humanos como seres dignos de consideración ética. Para Singer, por lo tanto, lo relevante es tomar en consideración que los animales son seres susceptibles de sentir dolor y placer, razón por la cual nuestra conducta hacia ellos no puede quedar desprovista de un análisis ético. La razón en la que descansa la postura de Singer no sólo seduce, sino que es a todas luces irrefutable: ¿por qué sería necesario respetar sólo a los seres que tienen un cierto grado de inteligencia o que están dotados de una razón práctica? Incluso si lo pensamos fríamente, nadie toleraría que una persona con síndrome down fuese tratada sin ninguna consideración, como si se tratase de una máquina autómata. La razón debería ser, en todo caso, un criterio para establecer responsabilidades, no para justificar la consideración ética de un ser. Si una línea ha de ser trazada respecto a mínimas consideraciones éticas, esta debe hacerse tomando como base la capacidad de sentir placer o dolor.

Pero a pesar de que el mismo Hume había considerado inadmisible maltratar a los animales en tanto resultaba de sentido común que eran susceptibles de padecer dolor, no debe olvidarse que este sentido es muchas veces el menos de los comunes. De esta forma, no es extraño escuchar en una conversación sobre animales, la refutación de que el dolor y el sufrimiento son capacidades propias del ser humano y que aplicar esta categoría a los animales sería cuando menos, un chiste de mal gusto. Sea que fuese incredulidad o mera ignorancia, vale la pena tomar en consideración esta postura para refutarla. Si les preguntásemos a esas mismas personas cómo pueden estar tan seguros de que el dolor es algo compartido por el resto de las personas que las rodean, probablemente pasen por muchos aprietos antes de sonar convincentes. Si aún optan por mantener una postura cercana a lo racional, deberán conceder que aquello que los convence de que esto es así son los gestos, las palabras o el llanto de las personas lo que les indica que se encuentran sufriendo. O en otras palabras, son los signos externos los que revelan un fenómeno irrepetible como es el dolor.

2.1.1. El dolor sí importa.

El dolor, así como el sufrimiento, es un estado mental y por lo tanto no puede ser observado. Todas las señales antes descritas e incluso las grabaciones que mediante la ayuda de la ciencia pueda realizar un neurólogo sobre los cambios en el cerebro producto de algún evento que produzca "lo que todos entendemos por dolor", no hace sino reproducir manifestaciones corporales, o en otras palabras: no reproduce el dolor mismo. La pregunta es ¿por qué no habríamos de asumir que los perros, gatos o toros que reproducen gestos similares a los nuestros no sienten dolor? La respuesta es básicamente cultural: porque hemos sido criados bajo una perspectiva del mundo en el que los seres humanos somos el centro de éste.

Más allá de esta explicación, lo cierto es que los animales poseen un sistema nervioso muy cercano en su estructura al nuestro. En el caso de los mamíferos, el grado de similitud de estos sistemas podría sorprender a más de uno. Dicho sistema nervioso reacciona de manera similar al nuestro en casos que, sin lugar a dudas, llamaríamos de "perpetración de dolor": elevación de la presión en la sangre, pupilas dilatadas, transpiración, pulso agitado, y si la actividad ejercida sobre él se prolonga lo suficiente, caída de la presión sanguínea. Estas características han sido recogidas por Peter Singer, siguiendo a Lord Brain, para concluir que es irracional sostener que sistemas nerviosos desarrollados a través de la evolución y virtualmente idénticos psicológicamente a los nuestros, deben operar de manera totalmente opuesta en el nivel de sentimientos subjetivos.[17] Por último y aunque suene a un argumento de autoridad, vale la pena recordar que ningún biólogo o veterinario ha publicado en una revista científica revelando evidencia de que los animales no humanos son incapaces de sentir dolor o placer.

Aunque lo dicho hasta ahora baste para adoptar una postura respetuosa respecto de nuestras conductas para con los animales, resulta necesario desterrar cualquier vestigio de duda en torno al grado de dolor que los animales pueden llegar a experimentar. En este sentido, un ejemplo puede resultar provechoso. Tal vez para muchos el nombre de Juan Carlos Illera resulte completamente extraño, aunque lo cierto es que no resulta difícil encontrar en internet comentarios que citándolo, afirmen de manera categórica que el Profesor de Fisiología Animal defiende la teoría de que los toros de lidia no sufren[18].

Si bien el artículo en internet antes citado se cuida bastante de no decir en su texto de forma explícita lo que mencionamos, su título termina por desenmascararlo: "Un

17 Singer, Peter. ¿Los animales sienten dolor? Extraído de Liberación animal, 2da edición. México, 1995. Extraído de la página web: http://www.utilitarian.net/es/singer/de/1990----.htm

18 Al respecto consúltese: http://www.ganaderoslidia.com/webroot/toro_sufrimiento.htm

estudio revela por qué el toro no sufre en la plaza". Sin embargo, en una entrevista publicada en la versión digital del Diario Córdoba, el científico aclara que unos experimentos han demostrado que el toro de lidia posee una glándula adrenal y un sistema endocrino diferente a otras especies de animales, liberando menos hormonas durante la lidia que durante el transporte. Además, esto produciría una liberación muy grande de betaendorfinas que ayudarían a disminuir el dolor. Acto seguido, Illera se encarga de aclarar lo siguiente: "Sí, podríamos decir que no sufre tanto, pero nunca aseverar que no sufre, porque, por supuesto, estoy seguro de que el animal sufre. (…). [19]"

Con el propósito de que no queden dudas respecto a esta capacidad física fundamental que reivindica la exigencia de un trato distinto desde el Derecho para con los animales no humanos, procederemos a explicar con un poco más de detalle los procedimientos que dejan fuera de toda duda esta premisa de la que se derivará, posteriormente, nuestra propuesta normativa.

2.1.2. Si el humano sufre el animal no humano también.

Aunque sea virtualmente imposible reproducir los sentimientos que experimentan tanto los seres humanos como los demás animales, la Bióloga y Profesora de Comportamiento Animal de la Universidad de Oxford, Marian Stamp Dawkins, ha explicado el desarrollo de una metodología que procura captar el grado de sufrimiento de este proceso mental a través de un cuidadoso proceso[20]. A continuación reproduciremos el método que la autora propone.

Respecto al sufrimiento lo identifica con un estado mental que preferiríamos no experimentar y que por connotación son estados mentales extremos. Si quisiéramos medir el sufrimiento en la manifestación de privación de la comida, sostiene la Profesora, se medirían los efectos fisiológicos de ese fenómeno a través de los niveles de hormona y la actividad cerebral. Lo cierto es que se tiene que admitir la posibilidad de que algunas especies puedan sufrir en estados con el que ningún humano ha siquiera soñado o experimentado.

Según Stamp Dawkins los tres criterios que debemos tomar en cuenta para determinar el sufrimiento de un animal son los siguientes: (i) la salud física del animal, (ii) los signos fisiológicos; y, (iii) su comportamiento. Sobre el primero sostiene que son fuertes indicadores de que un animal está sufriendo: la pérdida de apetito, el letargo o la flojera. Estos indicadores no son sin embargo determinantes.

19 Entrevista publicada en: http://www.diariocordoba.com/noticias/noticia.asp?pkid=308928

20 Stamp Dawkins, Marian. *The scientific basis for assesing suffering in animals*. En: Singer, Peter. *In defense of animals. The second wave*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2006.

En el caso de algunos animales que invernan, pueden llegar incluso a bajar de peso pero son procesos de los cuales se recuperan. Recordemos que no es la herida o la enfermedad la que constituye el sufrimiento, es el estado mental. Hay fibras nerviosas por todo el cuerpo animal que responden a estímulos, lo difícil es determinar que en efecto estamos ante un dolor excesivo. En este caso debemos saber interpretar cuándo estamos frente a una flagrante alteración de la salud de los animales o daños con síntomas de dolor, pues en esos casos es razonable concluir que están sufriendo. Lo que le preocupa a la Profesora de Oxford es el hecho de que no todo sufrimiento mental se ve reflejado en la obvia alteración de la salud, por lo que debemos recurrir a los otros criterios.

Los signos fisiológicos se miden comúnmente a través del monitoreo de los procesos fisiológicos dentro del cuerpo animal. Cambios muy importantes pueden reportarse aún cuando por fuera el animal parezca saludable. Esto ocurre sobre todo con respecto a: (i) nivel de hormonas, (ii) contenido de amoníaco, actividad cerebral, (iii) ritmo cardíaco; y, (iv) temperatura del cuerpo. El stress[21] puede ser visto como una respuesta a las condiciones, que de persistir, podrían llevar al animal a sufrir un daño físico o incluso la muerte. Sin embargo, Stamp Dawkins aclara que no hay ninguna justificación para concluir que siempre que se registre un poco más de hormonas en la sangre de los animales, estos estén sufriendo. Esta podría ser la respuesta biológica de la propia respuesta adaptativa del animal a su entorno. Lo importante es notar cuándo estos cambios fisiológicos sí corresponden a un estado mental de sufrimiento; para ello es necesario interpretar la conducta del animal.

Al igual que nosotros, los animales no humanos muestran en muchas oportunidades signos que dependen de su estado de ánimo. Para averiguar el significado de estos signos los científicos crean escenarios donde se esperaría -fuera de toda duda-, que el animal en efecto sufre, por ejemplo, de miedo o de frustración. Esto se logra exponiéndolos frente a sus depredadores o mostrándoles un plato de comida cubierta por una capa vidrio. Luego, se procede a tomar en cuenta la forma en la que reaccionan para estar al tanto de cuándo, bajo otras circunstancias, reproducen ese mismo comportamiento. El problema con éste método es que un mismo animal puede sentirse frustrado de diferentes formas ante dos eventos distintos.

21 Según la autora, el stress sería: "el nombre dado a todo grupo de cambios fisiológicos (que pueden incluir la activación del sistema nervioso simpático y la dilatación de las glándulas suprarrenales) que toman lugar cuando los animales son sometidos a un amplio espectro de condiciones y situaciones, tales como hacinamiento, ataques repetitivos de un miembro de su propia especie, etc." Stamp Dawkins. *Ibíd*. p.31.

Por esta razón, nos explica la Profesora Stamp Dawkins, resulta determinante averiguar cuánto de lo que se le está haciendo al animal, realmente le importa al animal mismo. La tarea sería entonces preguntárselo. La autora nos explica que sí es posible determinar la decisión de un animal. Para ello nos cuenta a modo de ejemplo que, cuando en un experimento un ratón presiona una palanca que sirve para acceder a un recinto donde se encuentra una hembra, ciertamente nos está diciendo algo sobre sus deseos. Lo determinante sería por lo tanto, crear escenarios donde los animales le pongan un precio a sus preferencias. A este método los psicólogos le llaman el "*operant conditioning*". La conclusión a la que llega Stamp Dawkins, luego de analizar varios experimentos de incentivos y estímulos fuertes a los animales, es que éstos sufren si son mantenidos en condiciones en las que están sin algo por lo que ellos trabajarían duro por conseguir o si son mantenidos en una condición de la que ellos trabajarían duro por salir.[22]

2.2. Los problemas del utilitarismo de Singer

Hasta aquí el fundamento de la especial consideración del bienestar de los animales encuentra sólidas bases en la teoría utilitarista de Singer y el método de Stamp Dawkins se presenta como una herramienta útil para determinar protecciones ante casos difíciles de percibir donde el animal sufre. Sin embargo, dado que Singer no adopta una teoría de los derechos, las propuestas que menciona para casos de conflictos de intereses o de situaciones complicadas respecto de los animales, terminan por no ser del todo satisfactorias. Cuando se ha confrontado a Singer con el caso de dar muerte a los animales procurándoles el menor dolor posible o ninguno en lo absoluto, éste ha recurrido a lo que llama el "utilitarismo de preferencia". Según esta postura que trata de romper con el utilitarismo clásico: "(...) una acción contraria a la preferencia de cualquier ser es incorrecta, salvo que esa preferencia sea superada por preferencias contrarias con mayor peso. Matar a una persona que prefiere seguir viviendo es así erróneo, estableciendo estables todos los demás factores. (...) el utilitarismo de la preferencia hace del asesinato un mal directo hecho a la persona matada puesto que es un acto contrario a sus preferencias."[23]

Aunque parecería difícil sostener que los animales pueden tener preferencias, lo cierto es que muchos de ellos son capaces de infligirse dolor a ellos mismos con tal de seguir viviendo. Esto nos indica que aunque no tengan una consciencia histórica de ellos como sujetos, sí cuentan con intereses y preferencias que son

22 j-88-5@hotmail.com

23 Singer, Peter. "Animals and the Value of Life". En: Matters of Life and Death. New Introductory Essays in Moral Philosophy. Tom Regan (ed.) McGraw-Hill, 1990. p.298. Citado por: De Lora, Pablo. Op.cit. p. 199.

capaces de manifestar. Como sostiene Pablo de Lora, los animales no desean vivir porque valoren la vida, o algo parecido. Es más, si creemos esto "Ello supondría atribuirles la capacidad de tener deseos categóricos; deseos que no son meramente "reactivos" (...) sino que tienen como contenido la actividad misma.[24]"

El utilitarismo de la preferencia tendría problemas para resolver satisfactoriamente problemas que acarrean terribles consecuencias como por ejemplo el condenar al sacrificio a los seres humanos. Bastaría con que la satisfacción de una porción importante de una comunidad exceda el resultado negativo de la perturbación de la continuidad de una vida llena de utilidades para que esta última posición tenga que ser aceptada por el utilitarismo. El famoso filósofo del derecho Herbert Hart anotó que el utilitarismo de preferencia "nada cambia el utilitarismo clásico hasta tanto se mantenga aferrado a la idea de la adición de preferencias.[25]"

Ante estos resultados negativos muchas propuestas alternativas se han presentado, siendo una de las más influyentes la de la filósofa Martha Nussbaum. Según su postura, basada en el enfoque de capacidades, lo que todo orden político debe buscar garantizar es el desarrollo de las capacidades de todos los seres que son capaces de "florecer" (*flourishing*). Si bien Nussbaum reconoce la relevancia de maximizar el placer y de evitar el dolor en los seres que sean susceptibles de sentirlo, su teoría no respalda la idea de la adición de preferencias y por el contrario, hace hincapié en el desarrollo de una serie de capacidades de los animales tales como[26]: la vida, la salud, la integridad física, los sentidos, la imaginación y el pensamiento, las emociones, la razón práctica[27], la afiliación, el relacionarse con otras especies, el juego y el control sobre su ambiente.

A esta lista de protecciones Nussbaum agrega el imperativo de hacernos responsables por el bienestar de los animales que se encuentran bajo nuestro dominio. Lo interesante de su planteamiento es que el objetivo que se traza nos

24 De Lora, Pablo. *Ibíd*. p.203.

25 Idea de Hart citada por: De Lora, Pablo. *Ibíd*.p.205.

26 Nussbaum, Martha. Op.cit. pp.315-317.

27 Recientes investigaciones de etólogos y filósofos dan cuenta de haber encontrado rasgos en los comportamientos animales, de aquello con lo que solemos identificar a conductas guiadas por la moral en el caso de los humanos. En este sentido resulta interesante analizar los tres *clusters* "encontrados" por Marc Bekoff y Jessica Pierce, a saber: (i) el *cluster* de la cooperación, (ii) el de la empatía; y, (iii) el de la justicia. Estos hallazgos están dirigidos a cambiar nuestra habitual percepción respecto a que los animales son seres guiados por meros impulsos de supervivencia individual y los colocan como agentes de una cierta moralidad. Al respecto véase: Bekoff, Marc y Jessica, Pierce. *Justicia Salvaje. La vida moral de los animales*. Madrid: Turner Publicaciones, abril 2010. Sin embargo nuestro argumento central, de que los animales deben ser considerados sujetos de derecho, no toma en consideración dicha característica que los convierte en agentes de cierta moralidad.

llevaría a hacernos cargo de los animales, desde una perspectiva paternalista que tenga presente su propia naturaleza de "desarrollo" -la necesidad de practicar sus capacidades de depredación en determinados contextos, por ejemplo- y que no nos limitemos a procurarnos meros deberes negativos o de abstención.

Bajo la perspectiva del compromiso de contribuir con el desarrollo de las capacidades de todos los seres que tengan la característica de poder "florecer" encontramos algunas dificultades. Esta teoría nos compelería a no perturbar el normal y óptimo desarrollo de las plantas. De la misma manera cualquier creación humana con inteligencia artificial que tenga la característica de desarrollar sus capacidades de forma progresiva a modo de "florecimiento" sería objeto de una tutela especial. Nuestro cuestionamiento apunta al hecho de que no le concedemos ningún valor intrínseco al mero hecho de desarrollar capacidades. Por el contrario, optamos por una perspectiva que respete estas capacidades en tanto y en cuanto contribuyan a incrementar el placer de un individuo y como consecuencia, le ayuden a llevar, de la manera más cercana posible, una vida feliz.

Si bien hemos encontrado grietas importantes en el desarrollo de la ética utilitarista por no haber podido desembarazarse de las terribles consecuencias que arrastra desde su perspectiva clásica, creemos también que la consideración hedonista del problema del bienestar de los animales nos permite consolidar un fuerte argumento en favor de una protección adecuada de sus intereses. Resulta esquizofrénico tolerar un sistema social que reconoce en muchos casos el interés de proteger el bienestar de los animales, sobre todo cuando existe unanimidad en el rechazo de la perpetración de dolor en animales que guardan una relación de mascota para con nosotros, cuando por otro lado deja sin protección a otros animales que cuentan con las mismas características relevantes que los primeros.

Existe una incoherencia un tanto más difícil de percibir, que se encuentra vinculada a los valores que subyacen en los sistemas jurídicos. Las normas de responsabilidad extracontractual y las normas penales que hacen referencia a la tutela de la integridad y la salud de las personas no lo hacen en virtud de la capacidad que estas poseen de razonar. Lo que se valora en estos casos es la capacidad de sentir dolor, entre otras consecuencias. La pregunta que debemos respondernos en definitiva es la siguiente: ¿qué justificación podemos esgrimir para privar de una tutela similar a los animales no humanos que cuentan con las mismas características que hacen posible que sientan dolor y placer?

La respuesta evidentemente, no puede ser la razón. Esta última puede ser una muy buena justificación para otorgar a los humanos el derecho a votar en unas elecciones mientras que a los animales no. Sin embargo, no sucede lo mismo en el

caso de los daños que se les inflige a los animales. Lo importante en este punto es demostrar que no estamos abogando por el respeto de un valor que se encuentre fuera del sistema jurídico, sino por la aplicación del principio de igualdad entre iguales. No olvidemos que la igualdad se basa en el caso concreto de infligir dolor a un ser que tiene capacidad de sentirlo, y por lo tanto no abogamos por una igualdad completa. Por lo demás, esto último no existe ni siquiera entre los humanos; existe más bien una justificación de la diferencia de trato.

III. Derechos para los animales.

3.1. La necesidad de que los animales cuenten con derechos

A continuación se expondrán las razones que justifican la concesión de derechos a los animales como una exigencia cuyo fundamento se encuentra, como no podría ser de otro modo, en la moral. Lo primero que debemos aclarar a un nivel esquemático es: ¿qué se entiende por derecho subjetivo? Como mencionamos al inicio, el contenido de esta categoría no ha sido unívoco a lo largo de la historia del derecho occidental[28]; ni tampoco puede sostenerse que exista, hoy en día, una única perspectiva respecto a sus fundamentos, sus propiedades ni sus alcances. Esto no nos lleva a la conclusión de que no es posible sentar una posición respecto de la primera y de la última, y menos de explicar las propiedades o la estructura de lo que se entiende por derecho subjetivo. Para ello será necesario recurrir a un análisis de las prescripciones que son aceptadas en la práctica jurídica como derecho subjetivo.

28 Al respecto puede servir de ilustración el ejemplo que Pablo de Lora recoge del estudio realizado por Richard Tuck sobre Teoría de Derecho Natural sobre la noción de "derecho subjetivo" de los franciscanos. Al respecto nos comenta el Profesor español, que esta orden a la cabeza de la cual se encontraba Guillermo de Occam, postulaba la idea -aparentemente intrascendente- de que el derecho a algo no incluye necesariamente la propiedad de ese algo. Esto llega a adquirir sentido si se toma en cuenta que la bula *Exiit qui* emitida por el papa Nicolás III 3l 14 de agosto de 1279 afirmaba que la regla franciscana que obliga a la abdicación de la propiedad "no implica la renuncia al uso de las cosas en todo caso para cualquiera, pues en lo que a las cosas temporales se refiere ha de considerarse la propiedad particular, la posesión, el usufructo, el *ius utendi* y el mero *usu facti*…" fragmento recogido por Pablo de Lora de: www.franciscan-archive.org/bullarium/exiit-ehtml. De Lora, Pablo. *Op.cit.* p.216. En la doctrina franciscana los elementos de la cesión y el intercambio son parte de la propiedad, pero "derecho" en tanto uso y consumo y "propiedad" no son lo mismo. Según esta concepción, los franciscanos sólo disfrutaban del uso y consumo de los bienes, más no gozaban de su dominio. El papa Juan XXII modificó la referida bula mediante la Constitución *Quia vir reprobus*, en la cual señala que la concepción del mero uso de los bienes que reflejaba supuestamente la situación de Adán y Eva en el estado de inocencia, contradecía las Sagradas Escrituras: "Fructificad y multiplicada y henchid la tierra y sojuzgadla y señoread en los peces de la mar y en las aves de los cielos y en todas las bestias que se mueven sobre la tierra." Génesis, 1:28.

Uno de los primeros pensadores sobre filosofía política que se remitiera al análisis de la noción de derecho fue Hugo Grocio, fundador del Derecho Internacional y jurista defensor de la tesis del Derecho Natural. Para Grocio el derecho en su vertiente subjetiva está relacionado con la idea de hacer o tener algo. Este derecho le competería a la persona, aunque distingue, o mejor dicho, recuerda la existente distinción entre derechos reales y personales para aclarar que aunque en definitiva todo derecho implique a una persona, en el caso de los primeros éstos se refieren a quien tiene determinada cosa. Al derecho como cualidad moral se le denomina facultad, y Grocio nos recuerda que algunos teóricos del derecho resaltan este concepto con la acepción de "lo suyo". A la facultad sobre sí mismo y sobre otros, es decir a la libertad, decide llamarla derecho[29].

Como explica muy bien Pablo de Lora, el concepto de Hugo Grocio incorpora las características de lo que hoy se conoce como derecho subjetivo. En este sentido, éste hace referencia a "la pretensión o facultad atribuida a un sujeto o a una clase de sujetos frente a otro sujeto o clase de sujetos a quienes se les impone una prestación normativa correlativa.[30]" La concepción a la que hace referencia además, es equiparada con la libertad bajo una perspectiva que la equipara con la visión de derecho de propiedad, la cual incluye la de nosotros mismos, o sobre nosotros mismos. Esto haría que nos convirtamos en sujetos de derecho y nunca en objeto de derecho. De Lora sintetiza las consecuencias que traería esta postura para el caso de los animales, sosteniendo que de adoptarse la visión de derecho como propiedad, los animales tendrían propiedad al menos sobre sus cuerpos y no podrían ser usados como recursos.

Según nuestra postura el derecho subjetivo es la legítima expectativa de la concretización de un acto positivo o negativo de parte de otro sujeto de derecho que debe ser garantizada por el Ordenamiento Jurídico. Aunque nos encargaremos luego de desarrollar de manera lógica la estructura de los derechos subjetivos, vale la pena aclarar que por legítima expectativa nos referíamos a aquella fundada en una disposición normativa de manera expresa o de la cual pueda ser inferida en correspondencia con las demás proposiciones normativas del Ordenamiento Jurídico y siempre que no contravengan los valores en los que dicho Ordenamiento se basa. La nota característica del derecho subjetivo lo constituye el hecho de que esta acción, o mejor dicho su concretización, no queda confinada al libre albedrío del

29 Grocio, Hugo. *Del derecho de presa. Del derecho de la guerra y la paz*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p.54, en adelante.

30 Páramo Argüelles, Juan Ramón De. "*Derecho subjetivo*". En: *El derecho y la justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Volumen 11. Madrid: Trotta-CSIC-BOE, 1996.pp. 367-394. Citado por: De LORA, Pablo. Op.cit.p.218.

sujeto de derecho que la debe, sino que justamente por esta segunda característica, el titular del derecho puede confiar en que esta expectativa cuenta con la exigencia de ser garantizada por el Estado. De cualquier otra manera estaríamos frente a un privilegio y no frente a un derecho.

Una vez descrito lo que se entiende por derecho subjetivo nos encontramos en mejor posición de abordar las principales críticas a la postura que defiende que los animales deberían tener derechos. La más célebre de las críticas desde el mundo de la Academia Jurídica vino de Hart. Según el filósofo de derecho no resulta necesario otorgar derechos a los animales puesto que, "por el contrario", bastaría con establecer a un nivel normativo la prohibición de conductas que incluyan el maltrato a esos seres.[31]

Esta concepción podría estar basada en la opinión generalizada de que los derechos subjetivos pueden ser resumidos o equiparables a deberes correlativos.[32] Esto es cierto en parte. Como explicaremos de forma más extensa luego, es cierto que todo derecho acarrea un deber por parte de otro sujeto de derecho o de parte de muchos. Sin embargo no es cierto que todo deber se corresponda siempre con un derecho. Piénsese en el deber de no arrojar desechos en la vía pública, ¿tiene alguien el derecho a que no boten basura en la vía pública?, ciertamente no. Entonces, ¿qué haría que exista tal diferencia?, ¿cuándo estaríamos frente a una correlación derecho-deber? La diferencia radica en aquellos casos en los que este deber se corresponde *frente a* otro sujeto de derecho en virtud de un interés digno de tutela.

3.2. La teoría de derecho subjetivo de Rudolf von Jhering

Es famoso el debate académico que realizaran en el siglo XIX los juristas Bernhard Windscheid y Rudolf von Jhering en torno al concepto de derecho subjetivo. Aunque resulta importante destacar los principales elementos de dicho debate, no es el propósito de este trabajo realizar un estudio pormenorizado del desarrollo de la noción de derecho subjetivo. Sí resulta esencial, en cambio, aclarar que la postura de ambos Profesores alemanes no descansa en la intención de

31 Hart, H.L.A. "¿Existen derechos naturales?" En: Filosofía Política. Anthony Quinton (ed.) México-Madrid-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1974.pp.84-105.

32 Al respecto menciona Kelsen: "Cuando un individuo está obligado a cumplir determinada prestación a favor, el contenido (objeto) de la obligación es la prestación que el otro ha de recibir; sólo se puede prestar (dar) a otro, lo que el otro reciba. Y si un individuo está obligado frente a otro, a consentir determinada conducta de éste último, esa actitud pasiva es justamente el contenido de su obligación." En: Kelsen, Hans. Teoría pura del Derecho. México D.F.: Editorial Porrúa, 1993. p.140

explicar los elementos que constituyen el derecho subjetivo desde una perspectiva descriptiva. Por el contrario, y aunque se sirven del análisis de las disposiciones normativas más relevantes de su época para apoyar sus teorías, la intención de sus propuestas es explicar elementos prescriptivos respecto a aquello que debe ser considerado como derecho subjetivo o, en otras palabras, lo que debería caracterizar el elemento fundamental del derecho subjetivo.

La postura de Windscheid, conocida también como la teoría voluntarista del derecho subjetivo, coloca a la voluntad del beneficiario en el aspecto central de dicho concepto jurídico. Según este autor, el derecho subjetivo viene a ser "un poder de voluntad o una dominación de voluntad conferida por el orden jurídico"[33].Esta teoría explica que el ordenamiento jurídico es el que dicta un mandato en el que se indica que una conducta deberá ser observada, con la particularidad de que este mandato ha sido otorgado a la libre disposición de aquel en cuyo beneficio ha sido emitido. La característica central del derecho subjetivo, desde esta perspectiva, residiría en que esta voluntad sería "decisoria para la efectividad del mandato emitido por el orden jurídico"[34]. Windscheid aclara que existe una segunda acepción de derecho subjetivo, que se refiere a aquellas situaciones en las que aún este mandato respecto de un tercero no ha nacido, pero que sin embargo se reconocen como derechos. Este sería el caso, por ejemplo, del derecho de enajenación del derecho de propiedad o el derecho del acreedor de ceder su crédito, ya que en ambas situaciones no existe un correlativo mandato cuya efectividad dependa del beneficiario. Pero es cierto que se requiere de la voluntad del beneficiario para el nacimiento de derechos de la primera clase. En ambos casos, sostiene Windscheid, el derecho es entendido como un poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico.

Rudolf von Jhering no discrepa completamente de estas aseveraciones hechas por Windscheid, sin embargo anticipa algunas consecuencias cuyos resultados no le resultan tolerables y decide así reformular el concepto de derecho subjetivo. Von Jhering no desconoce el rol trascendental de la voluntad en los derechos subjetivos, después de todo, ambos autores coinciden con la nota característica antes esbozada en este trabajo: que el derecho subjetivo implica un deber de parte de otro sujeto de derecho que en última instancia debe ser garantizado por el Estado ante la exigencia del beneficiario. A Von Jhering lo que le preocupa es que la voluntad (del Ordenamiento Jurídico, a través de los procedimientos que cada uno señale como los formales) pueda determinar cualquier contenido de derecho subjetivo. Para este autor, el derecho objetivo u Ordenamiento Jurídico es fuerza, sobre esto

33 Windscheid, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt am Main: Th. Kipp, 1906.

34 Windscheid, Bernahrd. *La teoría de la voluntad*. En: Von Jhering, Rudolph. *La dogmática Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946. p. 222.

tampoco hay ningún distanciamiento, pero la fuerza no es el objeto del Derecho, sino la forma a través de la cual éste debe alcanzar su fin.[35] Por lo tanto se hace indispensable conocer qué es lo que entiende Von Jhering por "fin del Derecho".

Como el fin del Derecho está íntimamente relacionado con los fundamentos del derecho subjetivo, resulta pertinente comenzar por explicar el fundamento u objeto del derecho subjetivo según Von Jhering. De acuerdo a la teoría del interés, que es como se conoce a su teoría sobre el derecho subjetivo, estos no son otra cosa sino intereses protegidos mediante las herramientas del Derecho; siendo que éste vendría a ser su sustrato verdadero, y no la voluntad. Para explicar mejor esta posición, Von Jhering, trae a colación el ejemplo de los incapaces, los locos o niños que no cuentan con la capacidad para realizar actos jurídicos. A estas personas se les ha otorgado derechos, sin embargo su efectividad no depende de su voluntad, sino que incluso se ha creado un procedimiento a través del cual un tercero es el encargado de realizar los actos jurídicos en beneficio de los titulares de estos derechos -sobre todo los patrimoniales-. En palabras del propio Von Jhering, "La voluntad puede en rigor ser entregada a un tercero y puede paralizarse; la utilidad real no puede someterse a un tercero sin que el derecho mismo le alcance.[36]" Por esta razón los derechos responderían a una lógica del interés del beneficiario, y las capacidades del mismo determinarían: (i) el modo en que ese interés se haría efectivo y (ii) también el grado de actuación o responsabilidad del Estado en tutelar estos intereses. De esta manera "la misión del Derecho no es otra que la de garantir esa utilidad"[37].

Como mencionamos, a Von Jhering le preocupan las consecuencias que podría traer la teoría voluntarista del derecho subjetivo. Según esta teoría no habría ningún problema en reconocer convenios, por ejemplo entre privados, que establezcan deberes a una de las partes sin que le procure ninguna utilidad, siempre que no contraviniera ninguna ley expresa o la moral.[38] Aunque no lo mencione expresamente, a Von Jhering le preocupan las consecuencias de las transacciones entre privados donde, producto de una situación totalmente asimétrica, se generan consecuencias totalmente desfavorables para una de las partes y que según la teoría voluntarista, serían dignas de ser garantizadas por el Derecho. En otras palabras, le preocupan las consecuencias de un sistema de libre mercado sobre la situación de los más débiles. Aunque es cierto que delimitar la inexistencia de cualquier utilidad en todos los casos resultaría demasiado complicado, esto no desvirtúa el hecho de

35 Von Jhreing, Rudolf. Ibíd. p.189
36 Von Jhering, Rudolf. Ibíd. p.178.
37 Von Jhering, Rudolf. Ibídi.p. 178.
38 Von jhering, Rudolf. Ibídi. p.179.

que la preocupación por el contenido de los derechos se encuentra plenamente justificada. Von Jhering en definitiva, ilustra mediante esta nueva propuesta del interés una alternativa a la visión positiva de los derechos subjetivos.[39]

Para Von Jhering los elementos constitutivos del principio del derecho son los siguientes: (i) el sustancial; que recogería el fin práctico del derecho que es el hecho de que los derechos subjetivos producen una utilidad, ventajas y ganancias que deben ser garantizados mediante la segunda característica, (ii) el elemento formal; que se refiere a ese primer fin como medio y quedaría establecido como la protección del derecho a través de la acción judicial[40].

El giro que le imprime Von Jhering al concepto de derecho subjetivo es sumamente relevante desde un punto de vista de la Filosofía del Derecho. Bajo esta nueva perspectiva "la seguridad jurídica del goce es la base jurídica del derecho. Los derechos son intereses jurídicamente protegidos".[41] La visión "utilitarista" que alcanza su punto más alto viene construida por la percepción de que incluso por encima de la fortuna se colocarían bienes de naturaleza moral más relevantes: la personalidad, el honor, la libertad etc. Gozar se convierte, de este modo, en el objeto del Derecho, y reivindicar un derecho es el medio de poder gozar de él. La crítica contra el idealismo alemán imperante no tarda en hacerse manifiesta cuando Von Jhering recuerda que: "lo que la voluntad parece perder de importancia cuando desciende de las alturas a que una falsa abstracción la ha elevado lo recoge ampliamente tomando parte eficaz y activa en el movimiento del derecho"[42]. El principio de satisfacer los intereses relevantes en una comunidad y de garantizarlos a los individuos, se convierte de este modo en el punto de partida que le sirve a la voluntad para permitirle concurrir al objeto general del Derecho[43]. El imperio de la voluntad queda delimitado, luego de Von Jhering, por una visión que puede catalogarse, sin ningún problema como una visión hedonista del Derecho.

Aunque no podemos dejar de lado el hecho de que Von Jhering restringiese el goce de los derechos al hombre, no cabe duda respecto a que la teoría del interés del derecho subjetivo se puede aplicar sin ningún problema a los animales no humanos. Es innegable que los animales cuentan con intereses, como hemos visto

39 Rudlof von Jherung no duda en afirmar que un sistema basado en la visión voluntarista de los derechos, es uno que prepara y conduce a la servidumbre. Incluso menciona: "De la verdadera libertad sólo queda en pie el fantasma aparente, y la voluntad suministra el instrumento de un suicidio". Von JHERING, Rudolf. Ibíd. p.180.

40 Von Jhering, Rudolf. *Ibíd*.p. 181.

41 Von Jhering, Rudolf. Ibíd. p.181

42 Von Jhering, Rudolf. *Ibíd*. p.189

43 Von Jhering, Rudolf. *Ibíd*. p. 189.

anteriormente. Asimismo es innegable el hecho de que estos intereses son dignos de reconocimiento moral, dado que su fundamento hedonista cuenta incluso con una correlación normativa en la mayoría de Ordenamientos Jurídicos: piénsese en la proscripción de actividades que dañen la salud física y psicológica de las personas o en las normas internacionales contra la tortura que estipulan que deben perseguirse actos que aunque no ocasionen daños físicos relevantes sí procuran dolor y sufrimiento.

Por lo tanto, al no existir una diferencia relevante respecto de nuestra capacidad para sentir dolor y placer, los intereses de los animales no humanos y los humanos, deberían en principio, ser exigibles frente al Derecho. La tarea consistirá en todo caso en ajustar los procedimientos de tutela de estos derechos para la satisfacción de estos intereses incontrovertibles, además de analizar las características propias de estos intereses, puesto que es evidente que aunque compartamos algunos en un sentido básico, las características de los animales y de cada una de las especies en particular, exige un trato diferenciado y acorde con estas.

Antes de desarrollar algunas ideas sobre la tutela de los intereses de los animales desde el Derecho, conviene analizar de forma más precisa la estructura de los derechos subjetivos para poder responder de manera contundente a la postura de Hart.

3.3. La estructura de los derechos subjetivos

No es nuestro propósito explicar de manera detallada todas las teorías sobre los derechos subjetivos, por cuanto esto excedería el propósito del presente trabajo. Por lo tanto, nos remitiremos a la obra de dos autores cuya principal virtud se encuentra en haber intentado esbozar una aproximación que facilite el estudio de los derechos subjetivos. No se tratan de aseveraciones empíricas, sino de estipulaciones metodológicas, por lo cual no sería posible tildarlas de falsas bajo ningún punto de vista. Los autores que revisaremos son Wesley Hohfeld y Robert Alexy.

Hohfeld comprendió que cuando se discutía sobre derechos, se mezclaban distintas acepciones que no dudó en clasificarlas para su mejor estudio. De una parte se encontraban : (i) los derechos, entendidos como demandas correlativas a los deberes de otras personas, (ii) las libertades, que implican que el detentador de esta libertad no tiene ningún deber legal de exceptuarse de la actividad en cuestión, aunque el Derecho pueda o no proteger de forma expresa la aptitud de tomar parte de la actividad, (iii) los poderes, que serían la capacidad de modificar las relaciones jurídicas, a través de contratos o de testamentos por ejemplo; y por último (iv) las

inmunidades, que establecen una relación con la proscripción de que el gobierno de actuar de ciertos modos[44].

Respecto a los derechos como *claim-rights*, Hohfeld sostiene que estos pueden analizarse de manera lógica como una relación triádica en la que A tiene un derecho contra B sobre X. Este mismo análisis lo recoge de la misma forma Robert Alexy quien, siguiendo a Lindahl[45], desagrega los derechos subjetivos en virtud de las distintas posiciones analíticas que los operadores pueden adquirir en las diferentes relaciones en las que se establezcan los derechos. La conclusión a la que llega Alexy es muy similar a la de Hohfeld, ya que según el Profesor alemán dentro del concepto de derecho subjetivo se pondría distinguir entre: (i) derechos a algo, (ii) libertades y (iii) competencias.

No es relevante desarrollar toda la teoría que expone Alexy respecto a estas tres modalidades de derecho subjetivo aunque sí resulta importante traer a colación la idea de que los derechos a algo incluyen los derechos a acciones positivas como a acciones negativas y que se diferencian de los privilegios en tanto estas acciones no dependen del libre albedrío del sujeto deudor de estas actividades sino de a la voluntad del sujeto de derecho. Vale aclarar que esto no quiere decir que sólo cuentan con derechos subjetivos las personas que pueden manifestar su voluntad, en tanto que los recién nacidos gozan de derechos que benefician sus intereses, por lo que parecería que la teoría del interés calza perfectamente con la estructura de los derechos subjetivos.

La crítica de Hart no es certera porque no toma en cuenta que al establecerse prohibiciones se están estableciendo derechos en la mayoría de situaciones. Como dijimos, no todo deber entraña de forma correlativa un derecho, aunque en el caso de los animales esto sí sucedería. La única forma de que un deber no entrañe un derecho es que la acción positiva o negativa no esté dirigida a un ser con intereses

44 Hohfeld, Wesley. "*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*." En: Yale Law Journal 23, 1913. pp.28-58. Es importante destacar que aún en los casos de los poderes e inmunidades existe una obligación de parte del Estado de velar porque nadie altere estas facultades de las que gozan sus titulares. Es discutible la visión de que respecto a la libertades el Estado no tenga al menos el deber de intervenir en los casos en que un tercero interfiera en este espacio consagrado en beneficio de los titulares, nuestra posición es a favor de un deber ineludible de parte del Estado, tal es el caso por ejemplo de la libertad de expresión, en la que si bien el Estado no garantiza un espacio para cada ciudadano sí está obligado a reprimir intromisiones injustificadas en esta libertad. Esto fortalece nuestra definición de derecho subjetivo como legítima expectativa de la concretización de una acción positiva o negativa respecto de otro sujeto de derecho que debe ser garantizada por el Estado, entendiendo que en muchos casos es el propio Estado el sujeto deudor de estas acciones.

45 Lindahl, L. *Position and Change. A study in Law and Logic*. Dordrecht, 1977. Citado por: Alexy, Robert. *Op.cit.*pp. 184-185.

dignos de tutela. El caso de prohibiciones que procuran proteger el medio ambiente se puede observar claramente la manifestación de un deber que no impacta en la esfera de un ser que puede verse afectado en sus intereses. En el caso de los animales, por el contrario, nos encontramos frente a seres cuyos intereses merecen ser tutelados desde la óptica de sujetos de derecho; lo que a fin de cuentas nos remite a la idea de sujetos susceptibles de recibir derechos y/o deberes. Por lo tanto, decir que los animales deben gozar sólo de prohibiciones que los tutelen resulta un "eufemismo"[46].

Una vez que se analiza el contenido de la estructura de los derechos subjetivos no se puede seguir sosteniendo que lo que le corresponde a los animales son prohibiciones que los tutelen y que las mismas no son derechos. Esto puede responder a una fuerte cultura antropocentrista cuyas consecuencias parecen ser adjetivas; después de todo, alguien podría sostener que nos encontramos frente a un problema de "etiquetas". Nuestra primera objeción a esta postura es que no existe ninguna justificación para empezar a llamar a las mismas cosas por un nombre diferente sin correr el riesgo de complicar cualquier discusión académica seria. Nuestra segunda objeción guarda relación con el poder del discurso, un elemento hasta ahora no estudiado en el campo del Derecho. Crear distinciones aparentes sin una justificación relevante podría incrementar las posibilidades de desatender los intereses de los animales, sobre todo si tomamos en cuenta que estos no sólo necesitan de acciones negativas, sino que una progresiva estipulación de deberes de acciones positivas será necesaria en tanto que de forma razonable y justa, tutelen de la mejor manera posible sus intereses[47].

IV. El cambio aún no advertido: los animales como sujetos de derecho en el Perú

Si tenemos presente que un sujeto de derecho es aquél al que se le pueden imputar derechos y/o deberes, existe una norma en el Ordenamiento Jurídico peruano

46 Podrá resultar revelador para muchos el hecho de que Kelsen no pensara distinto de esta perspectiva. Para él, no había, desde un punto de vista estructural-jurídico, ningún problema con que los animales o incluso las plantas (lo cual no es nuestro caso) fuesen sujetos de derecho. Al respecto menciona: "La tesis de que los animales, plantas y objetos inanimados no son sujetos de los derechos reflejos, por no ser "personas", es equivocada, puesto que persona significa, como hemos de ver, sujeto de derecho; y si por sujeto de un derecho reflejo se entiende al hombre en cuyo respecto ha de cumplirse la conducta del individuo obligado a ello, entonces los animales, las plantas y los objetos inanimados, en cuyo respecto hay hombres obligados a comportarse de determinada manera serían en el mismo sentido "sujetos" de un derecho con relación a esas conductas (...)". En: Kelsen, Hans: *Op.Cit*. pp.141-142.

47 Para analizar los alcances del poder sobre el discurso en la sociedad véase: Van DIJK, Teun. *Discurso y Poder*. Barcelona: Gedisa, 2009.

que ha pasado inadvertida durante muchos años. Todo estudiante de derecho es educado, en sus primeros cursos de Derecho Civil, bajo la perspectiva de que los sujetos de derecho son únicamente: el concebido, la persona humana nacida, y la persona jurídica debidamente inscrita según las formalidades de ley y la "informal".

No debe sorprendernos que incluso exista una postura predominante en la Doctrina peruana que sostenga que el término sujeto de derecho es uno de carácter genérico que en última instancia se encarga de designar cualquier "modalidad" que asuma la vida humana en cuanto dimensión fundamental de lo jurídico.[48] Esto no parece ilógico si sólo nos remitimos al Código Civil y realizamos una exégesis para explicar los alcances de las principales disposiciones normativas. Sobre estos estudios cabe resaltar el reconocimiento que se ha hecho respecto a que los concebidos serían sujetos de derecho con capacidad de goce para todo lo que les beneficia, sin estar sometidos a deberes jurídicos.

Esta última idea sirve para tener presente que no es necesario, según la práctica jurídica de nuestro Sistema de Derecho, que un sujeto de derecho sea susceptible de ser imputado con deberes. Aún si este no fuera el caso, esta hipotética situación no podría constituir una razón para negar la calidad de sujeto de derecho a un ser dotado de intereses dignos de ser tutelados por el Derecho, por el mero hecho de no poder hacerse cargo de deberes jurídicos. Si el Derecho debe procurar la tutela de los intereses que sean dignos de ello por alguna razón de peso, mal se haría en justificar una desatención sobre la base del respeto de la "naturaleza" de algún concepto jurídico. Los alcances de los conceptos y de las instituciones jurídicas deben respetarse mientras sigan adquiriendo sentido en la realidad. Sólo si creemos en la sacralidad de los conceptos jurídicos puede sostenerse que es la realidad la que debe ajustarse al contenido y las características de los mismos. Esta, ciertamente, no es nuestra postura.

Desde mayo del año 2000 los animales domésticos y los silvestres mantenidos en cautiverio son considerados –aunque no expresamente- como sujetos de derecho por el Derecho peruano. La Ley 27265, "Ley de Protección a los Animales Domésticos y a los Animales Silvestres mantenidos en cautiverio", establece una serie de obligaciones para con los dueños o encargados de los animales.

No es extraño que la Doctrina haya dejado de lado la verdadera implicancia de esta disposición jurídica si tomamos en cuenta que en ningún artículo de la Ley se menciona la palabra "derecho". Una formación académica formalista del derecho asegura esta clase de resultados, por lo tanto no es de extrañar que surjan

48 Fernández Sessarego, Carlos. Derecho de las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Lima: Grijley, Novena edición, 2004.p.3.

reacciones que sostengan que en tanto no se establezca de forma "expresa" algún derecho, los mandatos establecidos por dicha Ley deben ser catalogados como cualquier cosa, menos como derechos subjetivos.

Para quienes nos tomamos el análisis jurídico en serio, una afirmación como la precedente carece de la más elemental lógica. Como hemos visto, un derecho subjetivo se caracteriza por el hecho de establecer un deber de acción o abstención a un sujeto de derecho en beneficio de otro, que en última instancia debe ser garantizado por el Estado. En este caso el artículo 3° de dicha Ley establece los siguientes deberes a los dueños o encargados de los animales: (i) velar por su alimentación, salud y condiciones de vida adecuadas según su especie, (ii) no causarles, ni permitir que les causen, sufrimientos innecesarios, (iii) no criar mayor número de animales que el que pueda ser mantenido; y (iv) no abandonarlos.

Según este artículo no sólo se han establecido deberes negativos, como proponía Hart, sino además deberes positivos en función del interés de cada especie de animales. Los alcances de esta Ley son bastante importantes para el Derecho peruano, sin embargo en el presenta trabajo no se podrán examinar a profundidad las consecuencias de todas las disposiciones que contiene.

Basta con advertir, por el momento, que la principal implicancia de esta Ley es haber introducido de manera positiva, un nuevo sujeto de derecho en el Ordenamiento Jurídico peruano. Resulta necesario que futuras investigaciones den cuenta del grado de protección que en efecto provee este cuerpo normativo, y que indiquen así mismo, los tratos desiguales injustificados que estaría produciendo. No debemos pasar por alto que la principal característica de esta regulación es el dejar excluidos a otros animales en "cautiverio", como lo son aquellos que se utilizan en las industrias alimentarias. Estos animales, además, son los que más vejaciones y torturas sufren.

V. Bibliografía

Alexy. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Bentham, Jeremy. *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London-New York: Methuen, 1970).

Bix, Brian. *Jurisprudence. Theory and Context*. London: Carolina Academic Press, Fifth Edition. 2009.

Código Civil de la República del Perú.

Descartes, René. *Discurso del Método*. Madrid: Alianza Editorial, Primera edición revisada en "Área de Conocimiento: Humanidades", Quinta reimpresión, 2006.

Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Volumen 11. Madrid: Trotta-CSIC-BOE, 1996.

Entrevista publicada en: http://www.diariocordoba.com/noticias/noticia.asp?pkid=308928

Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho de las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Lima: Grijley, Novena edición, 2004.

Grocio, Hugo. *Del derecho de presa. Del derecho de la guerra y la paz*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Hart, H.L.A. "*¿Existen derechos naturales?*" En: *Filosofía Política*. Anthony Quinton (ed.) México-Madrid-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1974.

Kelsen, Hans. Teoría pura del Derecho. México D.F.: Editorial Porrúa, 1993.

Onfray, Michel. *Política del Rebelde. Tratado de resistencia e insumición*. Barcelona: Editorial Anagrama, marzo 2011.

Singer, Peter. ¿Los animales sienten dolor? Extraído de *Liberación animal*, 2da edición. México, 1995.

Singer, Peter. "*Animals and the Value of Life*". En: Matters of Life and Death. *New Introductory Essays in Moral Philosophy*. Tom Regan (ed.) McGraw-Hill, 1990.

Singer, Peter. *In defense of animals. The second wave*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2006.

Von Jhering, Rudolph. *La dogmática Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.

Windscheid, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt am Main: Th. Kipp, 1906.

Yale Law Journal 23, 1913.

El principio de realidad económica: un análisis de su aplicación en la jurisprudencia de casación tributaria ecuatoriana

Carmen Simone Lasso[1]

La discusión en torno a la interpretación de la ley tributaria, y dentro de ella, de la interpretación económica, no ha estado exenta de polémica. En efecto, desde el siglo pasado, varios son los estudios que han discurrido en torno a la conveniencia de atender a criterios económicos al momento de definir el alcance de las normas tributarias, como también son numerosas las opiniones relacionadas con las ventajas y desventajas de atender a la significación económica al momento de delimitar el hecho generador[2]. Mas, frente a esta realidad evidente en el derecho comparado, en nuestro país se ha escrito escasa literatura sobre el tema[3]. Pocos han sido igualmente los casos en los que la jurisprudencia se ha remitido a este principio al fundamentar sus decisiones. En los últimos años, sin embargo, fruto de varias sentencias de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional

1 Abogada graduada en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Maestría en Derecho Tributario logrado en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, y actualmente es candidata a Doctora en Derecho en el mismo centro educativo. Catedrática universitaria en: Derecho de los Negocios Internacionales, Derecho Formal Tributario, Jurisprudencia Tributaria, Contratación Comercial Internacional, Análisis Económico del Derecho. Esto en las universidades Andina Simón Bolívar, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Católica Santiago de Guayaquil, Internacional SEK del Ecuador, Internacional del Ecuador y Universidad de Cuenca. Actualmente se desempeña como Viceministra de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

2 Uno de los más significativos es el estudio de Gabriel Gotlib, *Vicios y mitos de la interpretación tributaria. Del principio de la realidad económica al derecho común,* Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005. Igualmente resulta sumamente relevante el trabajo coordinado por José Oswaldo Casás, *Interpretación económica de las normas tributarias,* Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

3 Sobre el tema Sandro Vallejo Aristizábal y Galo Arrobo Rodríguez, *El principio de realidad económica frente a las figuras de elusión y evasión tributarias*, material inédito; Efrén Minuche Zambrano, *El principio de realidad económica en el derecho tributario,* Revista Jurídica on-line de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, disponible en http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=638&Itemid=120

de Justicia[4], se ha despertado un renovado interés en los estudiosos del derecho por analizar el principio de realidad económica y sus repercusiones sobre la relación jurídico-tributaria.

Debemos partir por señalar que el principio de realidad económica es un dogma que se ha inscrito dentro de una nueva corriente de pensamiento que incluye otras figuras como la del levantamiento o descorrimiento del velo societario, el test del propósito del negocio, la simulación, el fraude a la ley, el abuso del derecho, los negocios jurídicos indirectos o el enriquecimiento sin causa. Efectivamente, el principio de realidad económica surge como una de las maneras en que se pone de relieve, que las formas o ritualismos jurídicos no siempre reflejan la verdadera sustancia de las relaciones que están llamadas a regular. Se trata, en definitiva, de una de las tantas manifestaciones que tiene la noción de la prevalencia de la sustancia sobre la forma o *substance over form*, como un principio elemental de justicia en la conducta social, consagrado con rango constitucional en varias cartas supremas, incluida la ecuatoriana, que desde 1998, en lo que se refiere a su aplicación en el ámbito procesal y de administración de justicia, cuando señala que "no cabe sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades"[5].

En nuestro país, la figura de la realidad económica en materia tributaria se encuentra presente en la legislación del ramo desde 1975, cuando el Código Tributario se refirió a ella en dos artículos distintos, y en relación a ámbitos diferentes: el primero, el de la interpretación de la normas tributarias, al mencionar el Código que éstas se interpretarán con arreglo a los métodos admitidos en Derecho, teniendo en cuenta los fines de las mismas y su **significación económica**; y el segundo, el de la calificación del hecho generador, misma que según el art. 17 del cuerpo legal mencionado, puede delimitarse **atendiendo a conceptos económicos**, en cuyo caso, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.

Como tal, el método de interpretación de acuerdo a la realidad o a la significación económica, fue introducido en las ordenanzas tributarias alemanas de 1919 por Enno Becker, quien lo denominó principio de significación económica. Sus seguidores defendían la especial naturaleza de las normas tributarias, indicando que éstas contenían un significado económico y que, por tanto, era necesario interpretarlas tomando en cuenta los factores económicos que las afectaban. Se buscaba entonces

4 Recursos 143-2007, sentencia de 27 de febrero de 2009; 127-2007, sentencia de 3 de abril de 2009; 226-2009, sentencia de 27 de julio de 2010; y, 73-2010, sentencia de 26 de octubre de 2010; 421-2009 y 429-2009, sentencia de 5 de abril de 2011.

5 Artículo 192 de la Constitución de 1998 y artículo 169 de la Constitución de 2008.

desvincular al derecho tributario del derecho civil, por el peligro que para el *Reich* significaba la aplicación de conceptos civilistas a instituciones tributarias, reconociendo que el fin de combatir la elusión exigía soluciones particulares y exclusivas[6]. Sin embargo, la interpretación según la realidad económica "no es un fenómeno único y exclusivo de la materia tributaria", pues como lo señala Jarach, recordando a Vivante "el derecho comercial se diferenciaba y liberaba de los moldes del derecho civil en virtud de este criterio de interpretación y para aplicar las leyes de acuerdo con el contenido real de las instituciones de la vida económica efectiva"[7].

Para Jarach –criterio con el que coincidimos- el señalar que en materia tributaria las leyes deben interpretarse atendiendo a su consideración económica, no significa bajo ningún punto se vista que las mismas no deban interpretarse jurídicamente: "la consideración económica no es una interpretación opuesta a la jurídica, es un criterio jurídico que sugiere al intérprete tener en cuenta el contenido económico de los hechos para encuadrarlos en las normas materiales"[8]. Lo propio lo sostiene Villegas, para quien "el procedimiento en estudio no es un 'método económico' de interpretación con el sentido de que las reglas interpretativas dimanen de la economía. Esta ciencia no se ocupa de desentrañar el significado de la ley y no puede contener reglas o principios sobre el punto"[9]. Incluso existen quienes han señalado que la interpretación de acuerdo a la significación económica no es sino una forma de interpretación teleológica –que comprende la utilización del elemento valorativo en el proceso de comprensión y aplicación de una norma-; otros que mencionan que constituye una forma de interpretación histórica evolutiva –confiriendo importancia a determinadas circunstancias propias del contexto social en que actúa la norma, teniendo entonces en cuenta la necesidad de condicionar su aplicación a las nuevas exigencias sociales, aplicando la tesis de la naturaleza de las cosas[10]-; y otros que indican que es parte de una interpretación finalista, es decir aquella que se realiza con miras a desentrañar el propósito de la norma, por encima de aquella que se contrae únicamente a su texto[11].

6 Manuel Luciano Hallivis Pelayo, *Interpretación en materia tributaria,* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, www.juridicas.unam.mx

7 Dino Jarach, *Finanzas públicas y derecho tributario*, Buenos Aires, Cangallo, 1983, p. 402.

8 Ídem, pp. 401- 402.

9 Héctor Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 3ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 165.

10 María José Rodríguez, "La realidad económica y la realidad jurídica", en José Oswaldo Casás, Coord. Op. Cit., p. 149. La autora alude a Geny, quien señalaba que un minucioso análisis de las relaciones de la vida, resulta por sí solo impotente para denunciar la regla precisa y clara, por lo que es necesario buscar por fuera y por encima de los hechos.

11 Sobre el tema, Luis Méndez, "El criterio de la realidad económica", en José Oswaldo Casás, Coord., Op. Cit., pp, 130-131.

Lo cierto es que independientemente de que se pretenda encasillar a la interpretación según el hecho económico en una de las formas de interpretación tradicionales, propias del derecho común, o que se le confiera un carácter propio, es una forma de interpretación jurídica, que tiene una especial relevancia en el ámbito tributario, donde encuentra su fundamento dogmático en el principio de capacidad contributiva, que dispone que el tributo no puede ser exigido sobre la base de cualquier presupuesto de hecho, sino únicamente al que corresponda a la potenciaildad demostrada por el sujeto pasivo de contribuir con los gastos públicos. Villegas manifiesta que "la interpretación según la realidad económica se base en que el criterio para distribuir la carga tributaria surge de una valoración política de la capacidad contributiva que el legislador efectuó teniendo en cuenta precisamente la realidad económica. Siendo ello así, sólo se logrará descubrir el verdadero 'sentido y alcance' de la ley, recurriendo a esa misma realidad económica que se quiso aprehender en el momento genésico del tributo"[12]. Cruz de Quiñonez sobre el punto señala que "el análisis de los impuestos comprueba que todos los presupuestos de hecho tienen naturaleza económica"[13].

Como método de interpretación, la utilización del principio de realidad económica no está restringido únicamente a los jueces, sino, en general, a todos quienes deban aplicar una norma tributaria, pues, todo proceso de aplicación supone a la par un proceso de interpretación. Méndez menciona, por ejemplo, la importancia del análisis económico en la formación de la norma, y pone de relieve la necesidad de que los elementos económicos, que son externos o extrajurídicos, sean pulidos a efectos de que el legislador pueda "ceñirse de la mejor manera posible a esa realidad que pretende aprehender y someter al derecho". Concluye indicando que "si no se realiza ese análisis económico con atenrioridad y se adecuan claramente los instrumentos jurídicos que se consideren adecuados (SIC), puede que ocurra que la norma se refiera a un fenómenos económico, o que incluso remita sin más a la 'realidad económica' sin explicar qué quiere decirse con eso, o que no se sepa claramente a qué se refiere el legislador cuando se refiere a una realidad económica"[14]. Sin embargo, son los jueces quienes en último término están llamados a desentrañar el verdadero sentido de una disposición frente a un caso concreto sometido a su conocimiento, y su tarea interpretativa, es, ante todo, una labor que debe realizarse con mucha minucia, para no alterar el significado o alcance que el autor de la norma quiso darle a la disposición, y a fin de no vacearla

12 Héctor Villegas, Op. Cit., pp. 164 a 165.

13 Lucy Cruz de Quiñonez, "Marco constitucional del derecho tributario", en Jaime Abella Zárate y otros, *Derecho tributario*, 2ª edición actualizada, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1999, p. 283.

14 Luis Méndez, Op. Cit., p. 133.

de contenido. Caso contrario caemos en el peligro de que la realidad ecónomica se convierta en un "latiguillo", y que obtenga como Gotlib describe, un "alcance casi limitado, que incluso permite prescindir del texto legal o de la jurisprudencia"[15] o que sirva para "disimular bajo un barniz científico o racional, apreciaciones que resultan meramente intuitivas"[16].

Según nos menciona Gotlib, el principio de realidad económica tiene diversas aplicaciones prácticas, a saber: para relacionar con la intención atribuida al legislador; para aplicar en beneficio del contribuyente; para reclasificar las relaciones entre empresas vinculadas; para determinar la naturaleza jurídica con prescindencia de la denominación dada por las partes; para establecer la transparencia entre actos de una sociedad y sus socios; para establecer la distinción entre deuda y capital, entre otros[17]. Algunos de estos usos tienen una especial relevancia en materia tributaria, y otros constituyen el cimiento bajo el cual se ha construido importantes tesis como la del levantamiento del velo societario, cuyo propósito fundamental es precisamente el de transparentar las relaciones que tienen los socios con la sociedad de la que forman parte.

Como ya se adelantó, pese a la antigua data del principio de realidad económica en nuestra legislación positiva, su utilización no ha sido profusa, como tampoco ha sido mayor su desarrollo doctrinario. Su aplicación jurisprudencial es más bien reciente, pese a lo cual el principio encuentra ya varios detractores, quienes fundan sus críticas especialmente en la subjetividad que genera; y, en la dificultad que representa el ignorar las formas jurídicas para abrir paso a la sustancia económica que subyace a ellas. Huelga señalar que en otras latitudes, el uso que se ha hecho del principio de realidad económica desde hace algunos años ha llevado a que incluso se hable ya de una etapa de decadencia en su aplicación, como ocurre en Argentina, donde Gotlib denuncia que se ha evolucionado "firmamente hacia un concepto tan restrictivo del principio que prácticamente lo dejó desprovisto de contenido"[18].

En el estado actual en que se encuentra la aplicación de este principio en nuestro país, existe el temor de que se lo emplee únicamente en aquellos casos en que beneficia al sujeto activo de la obligación tributaria, pervirtiendo de este modo su espíritu e incurriendo en un comportamiento que la jurisprudencia argentina ya ha condenado enérgicamente cuando ha dicho que "el principio de realidad económica en tanto elemento jurídico de captación de la verdadera entidad sustantiva de esa realidad, de manera alguna importa consagrar institutos

15 Gabriel Gotlib, Op. Cit. contratapa.
16 Ibíd., p. 22.
17 Ibíd., pp. 28-40.
18 Ibíd, p. 23.

unilateralmente a favor exclusivo de uno de los sujetos de la relación tributaria, ya que de lo que se trata es de la necesaria prevalencia de la razón del derecho, sobre el ritualismo jurídico formal"[19]. Ello desde nuestro juicio no ha ocurrido en el Ecuador, donde habremos de admitir que el principio ha sido aplicado hasta el momento respetando el principio de equidad[20], pues, en algunas ocasiones su utilización ha favorecido el criterio de la Administración Tributaria, y en otros, el de los contribuyentes, como pasaremos a analizar a continuación.

Recurso No. 143-2007

Este fallo de 27 de febrero de 2009, tuvo origen en el recurso de casación planteado por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas de Manabí, en contra del fallo de 9 de julio de 2007 que aceptó la demanda de impugnación propuesta por la la empresa MDE Cía. Ltda. La Autoridad demandada alegó que la Sala de instancia había considerado erradamente a un gasto administrativo, consignado como tal en la declaración del contribuyente, como una distribución de utilidades. La Empresa actora, por su parte, arguyó que el egreso en cuestión correspondía efectivamente a una distribución de utilidades, y que el hecho de que hubiere consignado el valor respectivo en el casillero correspondiente a "gastos administrativos" de la declaración de impuesto a la renta, obedecía a que no existía en el formulario una casilla apropiada para este tipo de egreso, pero que ello, *no cambiaba la verdadera esencia del mismo.*

La controversia se contrajo a desentreñar la auténtica naturaleza del egreso en que incurrió la Empresa accionante, es decir, en develar cuál era su realidad económica. La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia

19 Fallo de la Juez en lo Contencioso-Administrativo del Departamento Judicial de Morón, Argentina, dictado dentro del caso Minassian Motor S.A. contra la Municipalidad de Morón, disponible en http://www.scba.gov.ar/BoletinSCBA/infojubacontencioson15.htm (6-4-2011).

20 Según la autora analizó en su trabajo sobre *La Equidad Tributaria en el Ecuador*, "un aspecto sobre el que poco ha discurrido la doctrina, pero al que sí se ha referido la jurisprudencia, es aquél relativo a si la equidad es un principio aplicable únicamente a y entre los sujetos pasivos, o si se puede hablar de equidad en la relación jurídico-tributaria entre Administración y administrados". Si bien en un primer término podríamos sostener que en la práctica, resulta en extremo difícil proclamar la existencia de una situación equitativa entre poder público y particulares, debemos reconocer que el tema merece más análisis, especialmente si partimos de la idea de la moderna teoría de la tributación que postula que dentro de la amplísima relación jurídico-tributaria, existe por una parte la esfera de la creación de los tributos, que se apalanca en la soberanía; y, por otra, la de aplicación de los mismos, actividad posterior de carácter reglado que presupone, al menos teóricamente, la igualdad de los sujetos involucrados en ella. Carmen Amalia Simone Lasso, *La Equidad Tributaria en el Ecuador,* Memorias de las XI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, Quito, Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, 2010.

tuvo como premisas las normas contenidas en los artículos 13, 14 y 17 del Código Tributario, en virtud de las cuales la interpretación de las normas tributarias debe hacerse "teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significación económica" y entendiendo las palabras empleadas en la ley tributaria "conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda".

Para llegar a su decisión, la Sala estableció que la aplicación de disposiciones, principios y figuras de las demás ramas del derecho debe hacerse únicamente con carácter supletorio, y teniendo siempre como límite, los principios básicos de la tributación que, por ende, no deben ser contrariados. Recordó que al referirse al hecho generador, el legislador ha dispuesto que el mismo deberá ser calificado "conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica", cuando consista en un acto jurídico, y atendiendo a "las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen", cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos.

Ya refiriéndose a la controversia en cuestión, la Sala consideró que la Autoridad Tributaria en su fundamentación no había tenido en cuenta las normas del Código Tributario antes citadas, pues, se había sustentado exclusivamente en razonamientos cuyo carácter era aparentemente jurídico, desdeñando la significación económica de las cuestiones controvertidas. A juicio de la Sala de casación, la Autoridad no había reparado en que los valores no aceptados como deducibles habían sido, según la apreciación del juzgador de instancia, necesarios para obtener los ingresos sujetos a tributación. La Sala consideró que era "inconcebible que el contribuyente pueda haber obtenido los ingresos declarados sin el concurso de las anímelas o artesanías de tagua aportadas por la Cooperativa PA y por un sinnúmero de artesanos que se las entregaron en base a acuerdos preexistentes al contribuyente, para que éste las comercialice en el exterior". En esa línea, la Sala estimó como "elemental" el "suponer que el contribuyente debía dar algo a cambio de los bienes recibidos para la exportación a quienes los elaboraron y entregaron", y en consecuencia, concluyó que la entrega de los valores cuestionados había sido "indispensable para generar la renta" y por ende, los consideró como deducibles.

El segundo punto al que aludió la Sala en su fallo fue el de la forma de sustentar los gastos de conformidad con la ley tributaria, y especialmente, según el Reglamento de Facturación vigente en el ejercicio económico en el que ocurrieron los hechos económicos cuestionados. Sobre el punto, la Sala sostuvo que si bien en reiterados fallos la jurisprudencia ecuatoriana ha sentado el criterio de que los gastos y costos para que sean deducibles deben hallarse debidamente sustentados, no puede considerarse que este criterio se opone al hecho cierto de que determinados

egresos, que son esencialmente deducibles, puedan justificarse por otros medios que no sean los comprobantes de venta, pues estos últimos son indispensables, pero únicamente respecto de aquellos costos y gastos que suponen la transferencia de bienes o servicios, lo cual no ocurrió en el caso objeto de análisis.

Con este pronunciamiento, la Sala dio prevalencia a la sustancia del egreso efectuado por la Empresa actora, por encima de la forma jurídica en que se encontraban sustentados –o no sustentados- esos gastos. Es decir, empleó el principio de realidad económica, entre los usos que describe Gotlib[21], para determinar la naturaleza jurídica con prescindencia de la denominación dada por las partes. En definitiva, la Sala no se refirió a si esos valores eran efectivamente gastos administrativos, o si por el contrario, eran como la Empresa manifestaba, distribución de utilidades. La Sala se contrajo a señalar que constituyeron egresos necesarios para generar la renta, y en esa línea, reconoció su deducibilidad. Con respecto a la falta de comprobantes válidos de acuerdo al Reglamento de Facturación, la Sala distinguió entre egresos correspondientes a costos y gastos que suponen la transferencia de bienes o servicios, de otro tipo de egresos, y consideró que los valores entregados por la Empresa accionante a la Cooperativa PA, pertenecían al segundo grupo, que permite su justificación por otros medios distintos a los comprobantes de venta.

Este fallo sin duda constituye un ícono en la jurisprudencia ecuatoriana, pues se separa por primera vez de la primera jurisprudencia de casación tributaria que había pecado, a nuestro juicio, de ser excesivamente formalista, y de privilegiar demasiado a las formas jurídicas por encima de la sustancia económica subyacente a las transacciones. Revela que los requisitos de forma para el sustento de costos y gastos –establecidos por lo general en reglamentos y normas incluso de inferior jerarquía-, no pueden desconocer principios que tienen rango incluso constitucional, como el de capacidad contributiva o el de justicia en la tributación, que aunque no están expresamente consagrados ni en la Constitución de 1998, ni en la actual de 2008, se desprenden claramente de su espíritu, progresista en cuanto a los derechos y garantías de los que estamos investidos los particulares.

Sin dejar de lado el valor y la importancia que tienen los requisitos de forma, en el caso en análisis la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia enfatizó en la necesidad de atender a la realidad económica al tiempo de determinar la base imponible del impuesto a la renta, pues, sólo de ese modo este tributo termina siendo un gravamen sobre la renta neta, y no un impuesto sobre la renta bruta, que puede incluso convertirse en un tributo al patrimonio.

21 Gabriel Gotlib, Op. Cit., p.35.

Con este fallo, la Sala enfatizó en un criterio que ya ha sido vertido en otros pronunciamientos, que es el de que no existe ninguna renta que pueda obtenerse sin haber generado un gasto[22], en aplicación de lo que prevé el artículo 10 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, que establece que, en general, para determinar la base imponible sujeta a este impuesto, se deducirán los gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos. Con ello, se pone relieve en el principio de capacidad contributiva, y se atiende a la real naturaleza del impuesto a la renta, que es el de ser un tributo sobre un ingreso neto, resultante de aplicar a la ganancia bruta, las deducciones respectivas. Además, se privilegia la verdadera sustancia de la relación económica existente entre la Cooperativa PA y la Empresa actora, calificando al hecho generador conforme a su verdadera naturaleza, no sólo económica, sino además jurídica.

Consideramos que en este caso era indispensable acudir al principio de realidad económica para determinar el auténtico sustrato de la relación jurídica existente entre la Empresa actora y su proveedora, porque no estábamos ante un caso en que el contribuyente hubiese denominado a un acto con una categoría jurídica equivocada ni de forma intencional de ni por error, sino ante un supuesto en que la realidad económica subyacente no se inscribía propiamente en ninguna de las categorías jurídicas previstas en la ley, ni en aquellas en que la Administración pretendió encasillar a la transacción. En consecuencia, no era en este caso suficiente, como señala Gotlib, "aplicar el derecho" sin recurrir a un "principio exótico para reclasificar el acto"[23].

Recurso No. 73-2010

El fallo tuvo origen en el recurso de casación propuesto por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas de El Oro, en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital Fiscal No. 2, que aceptó la demanda de impugnación propuesto por la Empresa CIP S.A. y dejó sin efecto varias glosas constantes en un Acta de Determinación Tributaria relativa al impuesto a la renta correspondiente al ejercicio 2004.

La Autoridad Tributaria fundamentó su recurso en la falta de aplicación de varios artículos del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno y del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención. En su recurso, consideró que para que los costos y gastos sean deducibles, deben estar soportados en comprobantes que cumplan con las disposiciones del Reglamento

22 Vertido, por ejemplo, en los recursos 138-2007, sentencia de 20 de marzo de 2009; 147-2007, sentencia de 22 de junio de 2009; y, 15-2008, sentencia de 23 de junio de 2009.

23 Gabriel Gotlib, Op. Cit. p. 35.

de Comprobantes de Venta y Retención; manifestó que la Sala de instancia había infringido una serie de normas jurídicas al aceptar como deducibles rubros en los que reconoce que el documento aportado no cumple con los requisitos contemplados en las normas que cita. La Empresa actora, por su parte, se defendió mencionando que el Tribunal de instancia había analizado detenidamente la prueba aportada por las partes; que luego de este análisis concluyó que la Empresa tenía derecho a deducir de sus ingresos la parte correspondiente a las compras de banano que habían sido rechazadas; que de mantenerse o ratificarse las glosas levantadas por la Autoridad demandada, el impuesto gravaría los ingresos y no la renta debidamente entendida, al desconocer los costos de ventas; y que dentro de un proceso de determinación, debe privilegiarse a la sustancia sobre la forma, pues, lo fundamental no está vinculado únicamente con el respaldo desde el punto de vista formal, sino que el hecho económico exista y sea real.

La controversia entonces se contrajo a establecer si es que varios gastos en los que había incurrido la Empresa actora, y especialmente, los correspondientes a compra de fruta (banano) eran o no deducibles. Mientras la Administración sostenía que no lo eran, por no haber cumplido con los requisitos establecidos en el Reglamento de Comprobantes de Venta y Facturación, la Empresa actora señalaba que debían considerarse deducibles, so pena de que el impuesto a la renta se aplicara sobre los ingresos brutos, y no sobre los ingresos netos como manda la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. La Sala de instancia había considerado que los valores señalados eran deducibles, y que "no bastaba con desechar el costo por las fallas enunciadas que bien pudieron haber sido solventadas en el proceso de determinación", y sostuvo que el considerar a los ingresos como base imponible sin admitir deducción alguna, "constituye un procedimiento reñido con la lógica por la que se determina el impuesto a la renta, esto es, sobre ingresos y gastos"[24].

Sobre el particular, la Sala de Casación consideró que si bien de manera reiterada, la jurisprudencia ha sentado el criterio de que los costos y gastos, para que sean deducibles, deben cumplir con los requisitos formales que la ley ha previsto para el efecto, ello de ninguna manera puede significar que estos requisitos formales sean los únicos necesarios para que los gastos se consideren deducibles. La Sala estimó que la deducibilidad de un gasto depende la concurrencia de dos requisitos: que estén vinculados razonablemente a la generación del ingreso, real o potencial; y, por otro, que cumplan con los requisitos formales determinados por la ley para sustentarlos. En la especie, la Sala estimó que si bien algunos justificativos de compra de fruta presentados por la Empresa actora no reunían los requisitos

24 Sentencia de 2 de diciembre de 2009, dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 de Guayaquil dentro del juicio de impugnación 955-09.

previstos en el Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención, con el informe pericial presentado por el perito designado por la Sala juzgadora dentro del proceso, se había verificado que efectivamente existieron dichas compras de fruta destinadas a la exportación, que es la fuente generadora de los ingresos de la Empresa actora, así como los pagos realizados por ésta. Concluyó, entonces, que debía prevalecer el criterio de la sustancia sobre la forma, y con esta premisa, consideró que los gastos se encontraban razonablemente justificados a través de la documentación aportada al proceso, y determinó que los mismos constituyen costos que permiten la generación de ingresos sobre los que se grava con el impuesto a la renta.

Nuevamente la Sala de Casación privilegió el principio de la sustancia sobre la forma para reconocer como deducibles, a gastos que no se encontraban sustentados en comprobantes emitidos en arreglo al Reglamento de Comprobantes de Venta y Facturación, pero que habían sido evidenciados como realmente realizados a través de otras pruebas aportadas al proceso. Al igual que en el caso anterior, la Sala estimó que esta era la forma óptima en que debía calificarse en este caso el hecho generador, a fin de no desconocer una realidad fáctica, como era la efectiva erogación de un gasto; y para interpretar y aplicar debidamente la norma contenida en el art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que indica que para la determinación del impuesto a la renta, ha menester considerar los gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar esa renta.

Recurso No. 127-2007

El fallo se originó en el recurso de casación propuesto por el Director Regional del Servicio de Rentas del Litoral Sur en contra de la sentencia expedida por la entonces Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, que aceptó la demanda propuesta por IG S.A. y declaró la nulidad de la Resolución emitida por la Autoridad demandada, y de su antecedente, la liquidación de diferencias en declaraciones 0030.

La Autoridad demandada fundamentó su recurso en la falta de aplicación de varios artículos de la Ley de Régimen Tributario y del Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención. A diferencia de los casos citados con anterioridad, en la especie la Autoridad demandada alegó los artículos 13 y 17 del Código Tributario, que se refieren, en su orden, a la interpretación de las normas tributarias atendiendo a su significación económica y a la calificación del hecho generador atendiendo a conceptos económicos, teniendo en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.

La Autoridad Tributaria en este caso arguyó que la Administración tiene la potestad de verificar la ocurrencia de los hechos que conforman la cuantificación de los hechos generadores; que la doctrina permite buscar la voluntad económica de las partes y desentrañar la *intentio factis* por sobre la *intentio juris*; que en la búsqueda de la verdad puede prescindirse de las formas jurídicas adoptadas por las partes en determinadas operaciones comerciales y civiles; que un contrato no es prueba del cumplimiento de las prestaciones; que en el caso, no se habían observado las normas del Reglamento mencionadas en el recurso, que eran necesarias para verificar la obligación tributaria; que para comprobar las transacciones y el pago respectivo, deben existir los asientos contables correspondientes; que ha menester que se haya hecho efectivo dicho pago a través de cheques, lo que a su juicio no había ocurrido en el caso; que la Resolución impugnada no había sido desvirtuada mediante la comprobación del supuesto pago efectuado al proveedor; y, que la proveedora de la accionante era una empresa de papel, por lo que no se había establecido que efectivamente se había incurrido en un gasto.

La Empresa actora, por su parte, alegó que la interpretación económica de las normas tributarias procede únicamente luego de que se establezca que las formas jurídicas han sido utilizadas con el fin de evadir responsabilidades impositivas; que en el presente caso, ello no había ocurrido, pues, la Empresa sí verificó que las facturas emitidas por la proveedora habían sido legalmente autorizadas; que además, se había efectuó la correspondiente retención a la prestadora de servicios; que las conjeturas de la Administración respecto de la existencia de la prestadora de servicios no son atendibles; que es facultad de la Administración efectuar las verificaciones y controles respecto del cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de la proveedora, y que ello no le correspondía a la actora; que la accionante había actuado de buena fe al celebrar el contrato con la proveedora; que no existía duda respecto de dicho proceso de contratación, por lo a su criterio, no cabía aplicar los artículos 13 y 17 del Código Tributario; y, que existían dentro del juicio, los comprobantes de caja que reflejaban los valores pagados a la proveedora y el respectivo comprobante de retención en la fuente.

Planteadas así las cosas, en el presente caso, la controversia se contrajo a dilucidar la veracidad del gasto en el que supuestamente había incurrido la Empresa actora al pagar a su proveedora, la compañía JL S.A., por un estudio de marketing. Mientras la Administración sostenía que si bien existían los respaldos formales que acreditaban el egreso, en la práctica, el mismo no podía considerarse como realmente hecho porque la proveedora de la Empresa accionante, JL S.A. era una empresa de papel, inscrita únicamente en la Cámara del Libro y sin domicilio tributario, que carecía de cuentas bancarias, de servicio telefónico, de servicio de agua potable, que no ha

obtenido patente municipal, que no constaba en el Seguro Social, y de la que, en general, no existían señales de su funcionamiento; la Empresa actora manifestaba que el gasto se encontraba debidamente sustentado en un comprobante de venta válido, que se había efectuado la correspondiente retención en la fuente, la cual también se encontraba respaldada por un comprobante de retención igualmente válido, y, que en general, existían todos los sustentos documentales, contrato, egresos de caja, etc., que justificaban la efectiva realización del egreso.

La Sala de Casación pasó a analizar el proceso y la documentación adjuntada al mismo, y encontró que en las facturas emitidas por la proveedora, en las que la Empresa actora sustentaba su gasto, constaba claramente que JL S. A. se dedicaba a la construcción, instalación y mantenimiento de vallas publicitarias, estudio de marketing, proyectos y elaboración de spot publicitario, mientras que en su escritura de constitución, se había consignado un objeto social sumamente amplio, que concernía a los más variados y diferentes ámbitos del quehacer económico. Sobre el contrato que servía como antecedente del gasto desconocido por la Administración, suscrito entre la demandante y JL S. A., la Sala observó que se hacía referencia únicamente al objeto social de la adquirente, y que como servicios contratados, constaban los de marketing e investigación de mercado y estudio de factibilidad y proyecto financiero. Finalmente, respecto a los comprobantes de egresos de caja, la Sala consideró que en ellos constaban los vales de caja que demostrarían que JULI S. A. recibió los valores que allí se consignaban.

La Sala entonces pasó a analizar en primer lugar las Normas Ecuatorianas de Contabilidad, NEC, Conceptos Básicos, número 13, aprobadas por la Directora General del Servicio de Rentas Internas en el Suplemento del Registro Oficial 291 de 5 de octubre de 1999, que establecen como condición de la admisibilidad del gasto, el que el mismo se ajuste al postulado de la realidad económica de las transacciones. La Sala consideró que en la especie, ello era precisamente lo que estaba en discusión. Así, la Sala pasó a contrastar los hechos, esto es, que JL S.A. estaba inscrita únicamente en la Cámara del Libro; que de su objeto social se infería que no tenía como uno de sus giros el que específicamente corresponde al objeto del contrato antecedente para justificar el gasto; que los egresos de caja adjuntados al proceso concernían al año 2004 y no al ejercicio que se discutía, que era el 2003, y consideró que todo lo mencionado, prospectaba dudas sobre el contrato y permitía, por tanto, pasar a aplicar los artículos 13 y 17 del Código Tributario, debiendo por tanto analizar la legitimidad o ilegitimidad de la deducción objeto de la discrepancia.

La Sala partió por señalar que el impuesto a la renta en el Ecuador se estableció y se mantiene como un gravamen al ingreso líquido, esto es, luego de deducirse los gastos efectuados con el objeto de obtener, mantener y mejorar los ingresos

sujetos a la carga. De este precepto, la Sala estimó que se colige que entre el gasto deducible y el ingreso debe haber una relación causal y finalista; vale decir, el gasto deducible es el que tiene como causa y finalidad generar ingresos sujetos al tributo. Para el Tribunal de casación, los perceptores de ingresos y actores económicos son los que a su arbitrio han de decidir qué gastos realizar para obtener los ingresos; y que no obstante la amplia libertad, por lo demás garantizada constitucionalmente, para desarrollar actividades económicas, a la Administración Tributaria y a quienes ejercen jurisdicción en la materia, les compete el verificar la existencia de la relación causal entre el gasto y el ingreso. La Sala indicó que el ejercicio de estas potestades es una actividad reglada, que requiere acompañarse de juicios y criterios lógicos y sostenibles.

Al igual que en los otros casos citados, la Sala de Casación pasó a señalar que si bien en reiterados fallos, la jurisprudencia ha sentado el criterio de que los gastos, para ser deducibles, deben cumplir con los requisitos formales que la ley ha previsto para el efecto, este criterio de ninguna manera implica que los requisitos formales sean los únicos necesarios para que los gastos se consideren deducibles. En esa línea, manifestó que a más de estos requisitos formales, para que un gasto se considere deducible es preciso que la esencia de los negocios jurídicos que subyacen a los elementos formales tenga un sustento conceptual. En conclusión, determinó que para que un gasto se considere deducible es preciso que concurran dos requisitos: de un lado, que el mismo esté vinculado razonablemente a la generación del ingreso presente o futuro, real o potencial; y, por otro, que cumpla con los requisitos formales determinados por la ley para sustentarlo.

En la especie, la Sala consideró que aunque estaba probado el cumplimiento de los requisitos formales para que el gasto impugnado sea deducible, los elementos de juicio aportados por la Administración al proceso habían conducido inequívocamente a concluir que el gasto cuestionado no guardaba relación mínimamente razonable con el ingreso de la Empresa actora; y, que por lo tanto, no se había cumplido uno de los dos requisitos esenciales que se han analizado son necesarios para considerar deducible el gasto, por lo que procedió a casar la sentencia de instancia y a ratificar la Resolución impugnada, en la que se confirmaban las glosas encontradas en la liquidación de pago por diferencias en las declaraciones.

Dentro de este fallo, la Sala de Casación consideró que la Administración Tributaria, al tiempo de verificar la razonabilidad de los gastos y su relación con el ingreso, debe ser extremadamente cuidadosa para no afectar las libertades de comercio, industria, contratación y en general de emprendimiento garantizadas por la Constitución; y dijo que tal examen debe sustentarse en bases técnicas y científicas, pero sobre todo, debe respetar el carácter superior de los derechos en

virtud de los cuales los contribuyentes gozan de libertades, arbitrios y medios para llevar adelante sus actividades económicas.

Conclusiones

Como hemos podido evidenciar, en el Ecuador la jurisprudencia tributaria ha empezado a dar sus primeros pasos en el espinoso camino de la aplicación del principio de realidad económica. Los casos analizados son sólo algunos de los que ya han acudido a esta forma de interpretación. Es de esperar que en el futuro, fruto de estas primeras aplicaciones, su uso sea más frecuente no sólo en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, sino además en los casos resueltos por los tribunales distritales de lo fiscal.

La interpretación según la significación económica, cual ocurre con otras figuras como la de la simulación o el abuso del derecho, no es sencilla, y por tanto, tampoco lo es su recepción en el pensamiento jurídico de un país determinado. Hemos aludido al caso argentino, donde más son sus detractores que quienes consideran positivo su empleo por parte de los administradores de justicia. En el Ecuador, aún resta mucho que debatir sobre el tema, sobre todo por la poca aplicación que se ha hecho del principio, y debido al escaso tratamiento que ha recibido desde la doctrina. Este estudio pretende ser únicamente una primera introducción a la forma en que la jurisprudencia viene haciendo uso del mismo, por lo que es de esperar que en el futuro, a medida que su utilización sea más exhaustiva, se profundice en su análisis y crítica.

Como colofón de lo expuesto, es importante señalar que que lo que debe primar siempre en un sistema judicial es la intención del juez de descubrir la verdad procesal, por encima de las apariencias que se le presenten y de las formas jurídicas se utilicen. El deber último del juez es precisamente administrar justicia, y la justicia sólo puede obtenerse cuando es posible despojarse de mantos que oscurecen e incluso, invisibilizan la realidad que subyace a una determinada transacción. Sin embargo, el principio de la realidad económica no puede conducir *per se* a prescindir totalmente de las formas adoptadas por las partes, ni a desvirtuar lo establecido en las normas que regulan una determinada relación tributaria, pues tal proceder afectaría el principio de reserva de ley y a la legalidad. Tesis sin lugar a dudas distinta a la que algún día postuló Jarach, quien era partidario de aplicar la realidad económica con un alcance amplio, que permita utilizarlo en cualquier caso en que la literalidad de la norma conduzca a un resultado injusto, para salvar la igualdad, aún a expensas de la legalidad[25].

25 Dino Jarach, *La hermenéutica en el derecho tributario,* Revista La Información, tomo LXIII, pp. 789 y siguientes.

Bibliografía

Carmen Amalia Simone Lasso, *La Equidad Tributaria en el Ecuador,* Memorias de las XI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, Quito, Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, 2010.

Constitución de la República del Ecuador.

Dino Jarach, *Finanzas públicas y derecho tributario*, Buenos Aires, Cangallo, 1983.

Dino Jarach, *La hermenéutica en el derecho tributario,* Revista La Información, tomo LXIII.

Efrén Minuche Zambrano, *El principio de realidad económica en el derecho tributario,* en

Gabriel Gotlib, *Vicios y mitos de la interpretación tributaria. Del principio de la realidad económica al derecho común,* Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.

Héctor Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 3ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1983.

José Oswaldo Casás, *Interpretación económica de las normas tributarias,* Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

Lucy Cruz de Quiñonez, "Marco constitucional del derecho tributario", en Jaime Abella Zárate y otros, *Derecho tributario*, 2ª edición actualizada, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1999.

Luis Méndez, "El criterio de la realidad económica", en José Oswaldo Casás, Coord.

Manuel Luciano Hallivis Pelayo, *Interpretación en materia tributaria,* Biblioteca Jurídica.

María José Rodríguez, "La realidad económica y la realidad jurídica", en José Oswaldo Casás, Coord.

Recursos 143-2007, sentencia de 27 de febrero de 2009; 127-2007, sentencia de 3 de abril de 2009; 226-2009, sentencia de 27 de julio de 2010; y, 73-2010, sentencia de 26 de octubre de 2010; 421-2009 y 429-2009, sentencia de 5 de abril de 2011.

Sandro Vallejo Aristizábal y Galo Arrobo Rodríguez, *El principio de realidad económica frente a las figuras de elusión y evasión tributarias*, material inédito;

Sentencia de 2 de diciembre de 2009, dictada por la Segunda Sala del Tribunal

Distrital de lo Fiscal No. 2 de Guayaquil dentro del juicio de impugnación 955-09.

Revista Jurídica on-line de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, disponible http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=638&Itemid=120

http://www.scba.gov.ar/BoletinSCBA/infojubacontencioson15.htm

Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, www.juridicas.unam.mx

Derechos de Autor vs. Internet: Batalla legal entre la ®ealidad y la vi®tualidad

Ma. Alejandra Román Benavides[1]

Sumario

I. Introducción. **II.** Marco Histórico. **III.** El nacimiento de la red mundial: Internet. **IV.** Aspectos Jurídicos. **V.** Aspectos Informáticos **VI.** Alcance de los derechos de autor vs. El bien común y libertad de información. **VII.** Bibliografía.

I. Introducción

A lo largo de la historia las creaciones intelectuales de las personas han sido motivo de protección, en sus diferentes formas y de acuerdo a cada época. En la nueva era de la tecnología en la que nos encontramos, se nos presenta con un gran desafío para la legislación actual, en cuanto se refiere a la protección de las obras, tanto literarias como artísticas, esto debido a la gran red de información llamada Internet.

El presente artículo está enfocado a la piratería en los programas de software, debido a que el rápido avance de la tecnología ha permitido que éstos sean tan vulnerables como las diferentes creaciones que encontramos en la red.

Por otro lado, en el escrito se verán contemplados los límites de los derechos de autor, ya que generalmente las personas tendemos a decir "*hay que respetar los derechos del autor*" o "*la piratería es un acto delictivo y está muy mal hacerlo*". Pero lo cierto es que si la piratería no existiera, ninguno de los lectores habría visto tantas películas o descargado tantas canciones e imágenes gratis del Internet, o en su defecto, mejorado el funcionamiento de su computadora por la compra de estos programas de software a menores precios que los originales.

De la misma manera hay que destacar que las personas que realizan actos de piratería simplemente no existirían si no tuvieran el respaldo de los consumidores, por lo que pensamientos como los anteriores citados, se convierten en una falacia.

1 Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.

Además, uno de los factores más importantes que poco se ha tomado en cuenta es que muchas de las personas que realizan estos actos ilícitos, no es porque así lo quieran, sino porque no tienen otra forma de subsistencia y mantención de sus hogares.

En conclusión, existe en la actualidad una constante contradicción entre derechos constitucionalmente protegidos: por un lado los Derechos de Autor, protegido de varias formas y reconocido mundialmente, por el otro el derecho de las personas a tener una fuente de ingresos como su derecho al trabajo remunerado; y la tercera, el derecho de todos los ciudadanos a la libre información y al disfrute del bien público, que en este caso serían los programas de software ofertados en Internet.

II. Marco histórico

En la época romana encontramos vestigios de la propiedad intelectual, pero sin constituirse como un derecho específico, ya que se ocupaba más de saber a quién pertenecía el escrito pero no de la protección del mismo[2]. En la Edad Media, se visualiza de una mejor manera, ya que esta protección se la comienza a considerar debido a la enorme influencia de parte de la iglesia, que consideraba a las creaciones de las personas como la *extensión de la divinidad de Dios*[3]. En cuanto se da la liberalización del pensamiento y del hombre en sí, se consideran a las obras de manera independiente, aptos de un reconocimiento moral y económico[4]; como son las obras literarias de autores que llegaron a tener un gran apogeo: Fernando de Rojas, Jorge Manríquez, entre otros.

Su más notorio precedente se da desde el siglo XVI, a partir del avance científico y el aparecimiento de la imprenta en Europa, debido a que en este tiempo la persona que realizaba la impresión de los textos era sobre la cual recaían estos derechos, ya que se consideraba en ese tiempo a los libros como una mercancía más susceptible de ser comercializada[5] por la creciente expansión de la literatura y de los hechos sociales que generaba más consumo de los mismos.

Las instituciones que regían la vida en esa época (Estado e Iglesia) lo utilizaron como una forma de control político sobre las personas bajo su dominio debido a que los impresores requerían la autorización de éstos para poder publicarlos; de esta manera si se encontraban términos que atentaran contra la moral o desafiaran a la

2 Cfr. Barzallo, José Luis, La propiedad intelectual en Internet, Ediciones Legales, Ecuador, 2006, pp.148-150

3 Cfr. Id.

4 Cfr. Id.

5 Cfr. Hanouk .Propiedad intelectual-history, http://hanouk.wordpress.com/2009/03/22/propiedadintelectual-history/ 10 mar. 2010, Acceso:19:44

forma de gobierno simplemente no se imprimían. Así es como aparecen los primeros manifiestos de Derechos de Autor, mediante la entrega de dichos derechos del autor a la persona encargada de su edición[6]. Un claro ejemplo de esto son las obras de Shakespeare, que fueron reconocidas como suyas después de mucho tiempo.

Esta situación ponía en desventaja a los autores, beneficiando a un gran monopolio de impresores. Sin embargo no fue sino hasta el siglo XVII que algunos estados comenzaran a regularlo debido a las pocas ganancias que para estos representaban,[7] aunque no tuvieron mayor acogida hasta 1710 cuando en Inglaterra se publicó el "*Statute of Anne*", documento en el que posteriormente se basaría el Derecho Intelectual. Su mayor aporte se constituía en la brillante idea de remunerar a los autores para que continuaran realizando sus obras[8], de esta manera se beneficiarían de estos derechos con plazo determinado de tiempo *(21 años para el autor, ejecutable en los 14 años siguientes a su redacción*) pero luego estas pasaban a ser de pertenencia pública[9]. Rápidamente se esparció por Europa adaptándose a los diferentes ordenamientos jurídicos locales, a través de la búsqueda de un método eficaz que protegiera tanto los intereses del autor como los de los consumidores finales. Entre estos destacó el modelo inglés llamado "*Copyright*", que trataba de contrastar la Propiedad Física con la Intelectual considerando que en esta última se encuentran enmarcados *derechos morales,* más adelante explicados*,* que son intransferibles[10].

Dentro de esta evolución de mecanismos de protección, otro importante aporte se realiza a fines del siglo XIX cuando Picard –jurista de origen belga- realizó una de las primeras proposiciones sobre los derechos de los bienes inmateriales que incluía el derecho sobre el honor y la imagen, entre otras creaciones corporativas[11].

Más tarde, en 1883 se realiza la Convención de París, que como avance estableció parámetros para los tratados internacionales en cuanto a la seguridad de la Propiedad Industrial. Tres años después en Berna, los países miembros se ven forzados a reconocer los derechos de autor en sus países, resultando en la constitución de un organismo llamado BIRPI, que posteriormente se llamaría OMPI y que se formaliza como tal en 1967 con la firma del convenio de Estocolmo[12].

6 Cfr. Id.
7 Cfr, id.
8 Cfr. Id.
9 Cfr.id.
10 Cfr.Id.
11 Cfr. Innovación. CICESE propiedad Intelectual http://innovacion.cicese.mx/hist.html 10 mar. 10Acceso: 21:50
12 Op. Cit. Hanouk.

Luego se encontraría desglosada en 3 formas diferentes: *Marcas Comerciales, Patentes y Derechos de Autor*[13], dentro de las primeras se puede decir que son el signo distintivo de los productos expedidos por una empresa específica; ya que los consumidores pueden identificar y adquirir el producto que en su criterio les parezca adecuado. En cambio las patentes se refieren a un derecho exclusivo por su autoría por el que se concede una protección por lo general de 20 años[14].

Debido al acelerado desarrollo tecnológico y el aparecimiento de la red de comunicaciones, la propiedad intelectual se ve en un periodo de grandes cambios, incluso las empresas razonaron sobre el sistema de patentes[15]. Andrew Shapiro define a la Internet como *una gigantesca máquina de copiado*, por lo que se debería ampliar el alcance de los Derechos de Autor. Esta opinión es compartida por disqueras, cantantes, actores y escritores entre los principales; sin embargo debido a que los Derechos de Autor en un principio fueron consagrados como una protección industrial, dicha extensión puede llegar a ser una restricción de otros bienes constitucionalmente protegidos como los diferentes tipos de libertades[16].

III. El nacimiento de la red mundial: internet

Para hablar de piratería en el Software, se debe conocer los orígenes de la red de información mundial, que se ha constituido en el lugar principal en donde se genera el gran dilema entre los derechos de autor y el derecho de las personas a la libre información. Desde los años 60, el ejército estadounidense deseó poder conectar todos los ordenadores a una sola red, pero al encontrarse en la etapa de Guerra Fría, se temía un sabotaje a este centro[17]. En otras palabras sería como si se tuviera miles de diarios personales y deseáramos ubicarlos en un solo lugar, sin embargo, se tendría un constante recelo al tener personas que desean enterarse de los secretos que en él se encuentren para utilizarlo en su contra.

Por lo tanto, esta red que se deseaba crear, no debía tener un centro de operaciones fijo, sino que debía funcionar desde cualquier punto, así se aseguraba la información aunque se destruyese alguno de los puestos operativos. Para esto, personal del Instituto Tecnológico de Massachussets (MIT) fue el encargado de

13 Cfr. CITILAB, La propiedad intelectual en la nueva era digital, http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=40, Marzo 11 2010, Acceso: 9:48

14 Cfr. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ¿Qué es propiedad intelectual?, publicación de la OMPI, México, pp, 4-9.

15 Op. Cit. Hanouk.

16 Op. Cit. CITILAB,

17 Cfr. MICROSITES, Breve historia del Internet, http://www.semergen.es/semergen/microsites/manuales/internet/manual_4.pdf, 15 abril, 2010, Acceso: 9:55

desarrollar la tecnología necesaria para llevarlo a la realidad. Para finales de la década, la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada para la Defensa crea la primera red sin centrales, que se podía conectar a 4 ordenadores de diferentes universidades situadas en varios lugares de EEUU.

En 1971, Roy Tomlinson, crea un protocolo para la transmisión de archivos por Internet, conocido como FTP[18], que en la actualidad permite el envío de archivos, imágenes, música, etc. Mientras que para 1972 se amplió la red a 40 tipos de conexiones. Esta red primera llamada ARPANET es complementada cuando en la época de los 80 es perfeccionado el protocolo TCP/IP (*Transfer Control Protocol = protocolo de control de transferencias; Internet Protocol = Protocolo de Internet*) es incorporado a la red.

En 1983 se independiza de las funciones militares, abriéndose al uso de los civiles y de ahí en adelante toma su carácter de mundial debido a su expansión por la conexión con redes europeas y asiáticas. Al mismo tiempo, comienzan a surgir aceleradamente los grandes hackers y se originan los diferentes delitos informáticos.

Para el año de 1995 se consolida el primer servicio de Internet (WWW), y las grandes empresas comienzan a instalarse en su sistema, así como el resto de servicios comerciales. Pronto gran parte de las operaciones mundiales se sitúan dentro del mundo digital. Desde entonces, se han desarrollado varios navegadores, portales y servicios especializados con el objeto de precisar y facilitar las búsquedas de información en Internet.

IV. Aspectos jurídicos

a) Derechos morales en relación a las nuevas tecnologías

Cabe recalcar que existen varios derechos morales, pero entre estos se hará referencia a los más importantes. Las características que engloban los derechos morales son 4:

- Irrenunciabilidad:

Una persona no puede renunciar a los Derechos de Autor, ya que estos están sujetos al individuo, evitando así la problemática que se encuentra en la presión ejercida al autor para la renuncia de los mismos; es decir que trata de establecerse como una garantía para el autor, a su favor. En el Internet esto se ve entorpecido debido a que al ser una red de comunicación mundial, el uso de esta

18 Cfr. Id.

información es aprovechado por terceros para realizar sus propios documentos[19].

- Inalienabilidad:

"El derecho moral no puede estar sujeto a negocios jurídicos que impliquen una disposición de tal derecho ya que se trata de un derecho considerado de la personalidad y por lo tanto no puede ser transferido como producto de transacciones del titular de los derechos"[20].

Los derechos morales ponen como centro a las personas, por lo que es considerado como un derecho personalísimo; por lo tanto, no puede ser administrado por otras personas sin la autorización respectiva del autor. Con este enfoque, el Derecho de Autor protege a las obras de un autor para no puedan ser utilizadas por otras personas o compañías con fines de lucro.

- Inembargabilidad:

La variable que se presenta en los negocios realizados por Internet permite que en la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, las marcas estén sujetas a impuestos, sin alcanzar esto a los derechos de autor[21]. Es decir que la empresa que utilice esta marca será la responsable de pagar dicho impuesto, más no la persona que la ha creado.

- Perpetuidad e imprescriptibilidad:

En Internet las obras permanecen de manera indefinida y sin una limitación específica, como el caso de las que se encuentran en formato digital (o los programas de computadora) que pueden dar la vuelta al mundo sin ninguna restricción. Si bien es cierto que una extensión de este derecho puede limitar ciertas libertades, se trata más bien de que este Derecho de Autor en cuanto a la deformación de la misma, sin embargo el derecho de autor de éstas no cambia por el hecho de que ésta sea alterada, en donde se ve claramente la perpetuidad en este derecho[22]. Por ejemplo: si un programa es elaborado por determinada persona y es puesta a disposición en la red, y éste a su vez es tomado por otra persona, lo modifica a su conveniencia y así sucesivamente, el derecho del autor original se mantiene intacto al abarcar todas estas modificaciones realizadas a partir de una misma idea contenida en el programa.

b) Derechos morales en la red

Eugenio UII Pont define a los derechos morales como "*la garantía de que no se*

19 Op. Cit. Barzallo, José Luis, p.224
20 Cfr. Ibid, p. 225
21 Cfr. Id.
22 Cfr.ibid, p.226

deformará, modificará o adulterará el contenido y la esencia del trabajo intelectual, sino por el propio autor o por su consentimiento". Debido a la facilidad de acceso tanto a la información como a programas, gracias a las nuevas tecnologías, y si éstas no tienen una central establecida o menos aún un territorio determinado dificulta la protección de los derechos de autor. Con esta premisa podríamos considerar los siguientes:

- Derecho a exigir la autoría de una creación:

Este derecho además de entenderse en obras y creaciones físicas, también encierra a las que se encuentran en la red, de manera que éstas deben ser reconocidas por su autor o quedar en el anonimato sin que un tercero se atribuya dicha creación[23]. Los programas de Software por lo general constan con marca empresarial, por lo que la autorización para utilizarlos generalmente se determina con valores económicos[24].

- Derecho de integridad:

Desde el Convenio de Berna se establece que el autor tiene el derecho a oponerse a las distintas modificaciones que se pudiesen realizar de su obra, debido a las características de los derechos morales ya mencionadas. Por otro lado, aunque sea visto el Derecho de Autor como un derecho personalísimo por tener impregnada en la creación la personalidad de su creador; en la red la eliminación o supresión de errores minúsculos no significan una violación a su derecho[25].

Las violaciones al Derecho de Autor se dan en la alteración de dichas creaciones o en su duplicación no autorizada, que es el caso más común visto en los programas de computadora. De la misma forma puede suceder en las bases de datos legales, por lo que se sugiere que antes de una ampliación a los Derechos de Autor que restrinjan libertades, se ponga límites claros en cuanto a las autorizaciones de programas y sistemas de seguridad referentes a la extensión y alcance en que se puede modificar dicha obra[26].

- Derecho de publicación o *anonimato*:

Es la potestad que tiene el autor de dar a conocer su obra o no; en otras palabras es el derecho fundamental como la intimidad. Para el caso de programas u obras realizadas por varias personas, ejemplo enciclopedias, los autores suelen quedar en el anonimato.

23 Cfr. Ibid, p.228.
24 Cfr. Id.
25 Cfr. Ibid, p. 229
26 Cfr. Ibid, p. 231

c) Derechos patrimoniales

Así como la tecnología en gran medida, ha sido un factor preponderante que ha permitido infringir los Derechos de Autor, también debería ser utilizada para protegerlos[27]. Los derechos patrimoniales se refieren al aprovechamiento de la creación, otorgado a los autores de las mismas. Hay que recalcar que lo que es sujeto de protección no son las ideas, sino la concreción de éstas: el producto material. Dentro de éstos se encuentran los derechos de disposición (facultad del autor a suceder sus derechos, generalmente por causa de muerte) y explotación (capacidad de autorizar o prohibir actos referentes a la obra), pero también encontramos[28]:

- Derecho de reproducción:

El artículo 21 de la Ley de Propiedad Intelectual, define la reproducción así:

La reproducción consiste en la fijación o réplica de la obra en cualquier modo o medio o por cualquier procedimiento, conocido o por conocerse, 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[29].

Por lo tanto, este es el derecho que tiene el autor de promulgar su creación, con la capacidad de decidir si ésta reproducción es total o parcial, es directa o indirecta, abarcando creaciones digitales y por el medio que al autor le parezca mejor. Originalmente esto fue establecido en el Convenio de Berna, dejado en claro esta potestad del autor así como las reservas para que cada legislación tome las medidas necesarias para regulaciones, evitando causar daños a este derecho[30].

Gracias a los avances tecnológicos, la reproducción se constituye de manera independiente del medio utilizado; es decir que la reproducción digital al publicar el programa de software no afecta a la propiedad intelectual, lo que sí lo hace es la reproducción masiva y no autorizada del mismo[31].

d) Programas de Software, protección específica

En el campo de la Ley ecuatoriana al software se lo aborda así:

> *"Toda sucesión de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un dispositivo de lectura automatizada, ordenador*

27 Op.cit. Barzallo, José Luis, pp. 234
28 Cfr. Ibid, p.181
29 Cfr. SICE, Ley de propiedad intelectual, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/ecuador/L320b.asp#l1t1c1s4, 16 marzo, 2010, Acceso: 9:24
30 Op.cit. Barzallo, José Luis, pp. 181-182
31 Cfr. Ibid, p. 236

o aparato electrónico o similar con capacidad de procesar información, para la realización de una función o tarea, u obtención de un resultado determinado. El programa de ordenador comprende también la documentación preparatoria, planes y diseños, documentación técnica y los manuales de uso" [32]

Por eso es que en cuando se trata de software por lo general se sugiere adquirir la patente del mismo, entendiéndose como el *título que otorga el gobierno al autor de ciertos inventos, con el fin de asegurarle el derecho exclusivo de explotación durante un periodo determinado.*[33]

Debido a que el uso de estos programas ha facilitado y en cierta medida forma parte de la época actual que vivimos, es importante destacar que se los ha reconocido como creaciones intelectuales, por lo que están sujetas al Derecho de Propiedad Intelectual. Países como Japón y EEUU son protegidos en el ámbito industrial, es decir como la representación de una u otra corporación, mientras que en Europa y Latinoamérica se lo hace mediante los derechos de autor, refiriéndose a la persona autora de la obra[34].

La protección de programas de computadora comienza en su creación y alcanza a posteriores adaptaciones que se puedan derivar de él. Sin embargo, la primera limitación que existe está dada de acuerdo al bien público. Por ejemplo: los virus son creaciones intelectuales, pero siendo que causan daños en ámbitos y áreas específicas que son utilizados por usuarios ciudadanos no son objeto de protección.

Sea cual fuere su forma de acceso la persona responsable del programa está en la facultad de:

- *Mantener una copia de seguridad*
- *Fijar el programa en la memoria del aparato, sea temporal o no, para fines de uso necesario.*
- *Adaptar el programa a sus necesidades personales, salvo prohibición expresa y que sea para el uso normal previsto en la licencia.*

V. Aspectos informáticos

a) Piratería en el Ciberespacio

La piratería del software en términos sencillos, es la duplicación de un programa

32 Cfr. Op. Cit. Barzallo

33 Cfr. Iuris Civilis, Diccionario Jurídico, http://www.iuriscivilis.com/2009/06/diccionario-juridico-letra-p.html, 17, marzo, 2010, Acceso: 15:24

34 Op.cit. Barzallo, José Luis. p.292

de computadora por la cual el autor no recibe remuneración alguna. Visto de esta forma podría parecer muy conveniente para los consumidores finales, sin embargo acarrea consecuencias negativas para él mismo.

Podríamos establecer una cadena de consecuencias[35]: en primer lugar estos programas no cuentan con un control de calidad, lo que los hace defectuosos, por lo tanto afectarán el funcionamiento normal de la computadora del usuario; tampoco se puede solicitar soporte técnico a la persona a quien se ha adquirido este programa por ser pirata, y la reparación de los posibles daños de su computadora terminan corriendo por cuenta del usuario; lo que al final le da como resultado una pérdida monetaria además de un atentado contra la seguridad y privacidad de la máquina.

En Internet, la piratería se da cuando personas no autorizadas por el autor o creador ponen a disposición de cualquier usuario programas protegidos con Derechos de Autor con la gran diferencia de que para su utilización no es necesaria la licencia de uso que le corresponde.

Existen varias formas de piratear Software, pero las más conocidas son:

- A través de hackers[36]: los hackers venden estos programas burlando la seguridad de éstos y de los organismos encargados de velar por el control. Ejemplo, el programa XYZ contiene una base de datos que le permite funcionar pero esta base se encuentra protegida por lo que es visible mediante la interfaz del programa pero no se la puede copiar; lo que el hacker hace es copiar esta base de datos a mano, transcribirla como un documento cualquiera y enviarla por Internet con libre acceso.

- Comprando un programa original: por lo general, cada computadora debe tener una licencia para el uso de cualquier programa que en ella esté, lo que quiere decir que cada programa debe ser adquirido legalmente; pero en este caso la persona que realiza la piratería, utiliza la misma copia del programa para muchas computadoras simultáneamente dentro de su propio entorno o inclusive comercializándolo a terceros.

Estas son algunas de las formas de piratería más comunes, sin embargo, no quiere decir que sean todas las que existen puesto que día tras día se van formando maneras cada vez más astutas y sofisticadas de realizarlo. Por otro lado, resulta interesante conocer la acepción de los hackers respecto a este tema, ya que la

35 Cfr. Informática Hoy, Piratería Informática, http://www.informatica-hoy.com.ar/desarrollo-software/Pirateria-de-software.php, abril, 1, 2010 acceso: 11:03

36 Cfr. Id.

definición de que *el que rompe sistemas de seguridad* para muchos no es más que un concepto satanizado de los medios de comunicación y se verían más bien definidos como *alguien que ama la programación y disfruta explorando nuevas posibilidades*[37].

b) Software libre

El software libre es creado por Richard Stallman como una manera alternativa de difundir información de todo tipo a través de un programa de Internet, basado en que: *es una cuestión de libertad, no de precio (…) es una cuestión de la libertad de los usuarios de ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, cambiar y mejorar el software*[38]. De esta manera promueve la libertad de información y de expresión enfocado en 4 "libertades":

> *-Libertad en cuanto a su ejecución, es decir que el programa se pueda utilizar sin restricciones.*
> *-Libertad para poder analizarlo, y de acuerdo a este análisis poder modificarlo, sin embargo para esto se necesita ciertos códigos de seguridad.*
> *-Libertad en cuanto a su redistribución, debido a que se lo ha creado para beneficiar a las personas.*
> *-Y la libertad en cuanto distribuir el programa con las modificaciones hechas.*

Podríamos entender que no tienen fines económicos, sino fines informativos. Generalmente los programas sujetos a este ámbito, son programas que no tienen un Copyright, es decir que no requieren de una Licencia de Uso; o son programas que a pesar de tenerlo son de fácil acceso, con autorización para su modificación, e incluso gratis.

En un primer caso el programa ABC y que no ha sido registrado con su respectivo Copyright, entonces tendría la posibilidad de pasar a formar parte del software libre en el que las personas puedan acceder a él sin necesidad de una retribución económica. En otro caso podría ser que el programa ABC cuenta con una licencia de fácil acceso económico, es decir, en otros términos, su valoración es de bajo costo, además incluye permisos de modificación, etc., es decir que si en el análisis que le realice el usuario quisiera modificarlo, podría hacerlo acogiéndose al mismo ámbito de Software Libre.

Otra distinción muy importante, se da cuando un programa pasa del dominio privado al dominio público, es decir que, se puede realizar todas las modificaciones a partir del mismo por 3 casos específicos:

37 Cfr. Stallman, Richard, Software libre para una sociedad libre, Ediciones desde abajo, Bogotá-Colombia, 2004

38 Cfr. Ibid, p.15

Cuando el titular de los derechos patrimoniales renuncia a ellos de manera expresa y por escrito.
Cuando se termina el plazo de la protección.
Cuando se realiza una expropiación de derechos.

VI. Alcance de los derechos de autor vs. el bien común y libertad de información

Como se ha expuesto, la piratería de una obra se da en el caso de la modificación y reproducción masiva de la misma, que se encuentra ya sea patentada por alguna empresa o protegida por los derechos de autor en la forma en que se encuentre publicada: en su forma física (como los libros) o en un formato digital (libros, artículos o programas) en Internet.

Cabe recalcar que las modificaciones de los programas de software que se realicen a un programa con Copyright, siguen siendo derivaciones del programa original, por lo que los Derechos de Autor le siguen perteneciendo al autor.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la red es de acceso público, creada para el beneficio de la comunidad, por lo que en la medida en la que la información es una fuente de enseñanza y conocimientos para las personas se justificaría su *uso justo*.

La Decisión Andina de 1993, Art. 22 literal b, ubica a las instituciones educativas de los diferentes niveles así como instituciones no formales, como beneficiarios de una excepción al Derecho de Autor. Sin embargo, esta excepción tiene sus propias limitaciones en cuanto al Convenio de Berna, en donde se deja la regulación de estas situaciones a las legislaciones de cada país[39]. Estas, se insiste, tienen que estar dentro del uso justo y honrado, sin causarle mayores daños a los intereses legítimos del autor. Así mismo dentro de esta Decisión, otra de las grandes excepciones se da en cuanto a bibliotecas y archivos; ésta hace referencia a los derechos de reproducción[40], en el sentido del derecho a la reproducción. Por ejemplo si una biblioteca o en algún archivo se deteriora o se ha extraviado un determinado texto, éstas instituciones se encuentran en el pleno derecho de reproducirlo con la finalidad de su conservación.

De igual manera en el entorno digital, el alcance se da en cuanto al derecho patrimonial de la reproducción. En el año 2002 la Asamblea denominada WCT, traslada las limitaciones que en su tiempo se dieron a las obras intelectuales materiales al ciberespacio[41], es decir, que los autores pueden decidir la manera en

39 Cfr. Ríos, Wilson; La propiedad intelectual en la era de las tecnologías, Editorial Temis, Bogotá-Colombia,2009 p.116

40 Cfr. Ibid. P.121

41 Cfr. IESPAÑA, Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (WCT) , http://cvdj.iespana.es/tr_dera.htm, 28 , abril, 2010 Acceso: 16:53

la que desean que sus obras sean reproducidas y que los países a través de sus legislaciones, aseguren que la distribución no perjudique al autor.

Pero por ser éstas evidentemente insuficientes para abarcar las operaciones y difusiones que se realizan por Internet sobretodo en el ámbito comercial, es necesaria la creación de excepciones específicas que se utilicen en este ámbito. No hay que olvidar, que si bien es cierto que Internet al ser una red sin núcleo que se expande continuamente de manera global, en cuanto a la piratería de los programas de software, no es cuestión de una regulación meramente de las legislaciones locales, como tampoco es el Estado el único que deba realizar esta tarea; ya constituye un problema que afecta tanto a los autores de los programas, que son los ciudadanos, como a las distintas empresas para las que laboran. Por ende, tanto corporaciones como funcionarios públicos deben trabajar conjuntamente para poder establecer soluciones eficaces que beneficien tanto a la comunidad como a los intereses de los autores y empresarios.

Por otro lado, se opina que la distinción sustancial que debe tomarse en cuenta para definir dichas regulaciones es el caso en el que es utilizado o modificado el programa.

La primera distinción, planteada por Richard Stallman, un fin en el que se ofrece un servicio de aprendizaje de la sociedad, para qué a través de él se mejore tanto su funcionamiento, tanto como el servicio ofertado. Cabe recalcar que ésta no tiene finalidad de lucro, sin embargo, se ocasiona un daño al autor, por lo que se piensa que este se debería hacer con el permiso explícito del autor, siendo su excepción los casos de anonimato del programa y su falta de copyright.

Y la segunda, la reproducción no autorizada y masiva de los programas de software, como los casos mencionados en páginas anteriores, que a diferencia de los primeros tienen la particularidad de que no son distribuidos, modificados o reutilizados para beneficio de las demás personas, sino con fines de lucro.

Cabe recalcar que en un principio los Derechos de Autor y sobre todo la remuneración económica por los mismos a los autores, fueron creados como una manera de incentivo para que éstos sigan realizando obras intelectuales; de la misma manera, se puede pensar que, personas que tengan la capacidad necesaria para crear programas de software, pero que a la vez no cuenten con la justa remuneración económica y moral (por ejemplo los reconocimientos de la creación de su trabajo) se desmotiven para seguir desarrollando este ámbito. Por eso es importante y necesario crear alternativas de incentivos para los autores de los programas de software que trabajen tanto para empresas con licencias, como para empresas que desarrollen software libre, ya que generalmente a las personas

que trabajan en la modificación de este último, la remuneración que se puede dar no es de la creación del programa en sí, sino del trabajo y de la capacitación que se ha requerido para hacer determinada modificación.

6.1.- Ilustración: El Caso de Juan Díaz Gonzáles

Juan Díaz Gonzáles, es un ciudadano ecuatoriano residente en Quito. Tiene 23 años y estudia Ingeniería en Sistemas en la Universidad Interamericana Capitalina. A Juan, le gustan mucho los programas de computadora, es decir, el software; trabaja como mesero y el dinero que gana apenas le alcanza para comer, pagar el arriendo y sus estudios. Cierto día, encuentra en un sitio de Internet Xtraordinario.com, un revolucionario software por el que se apasiona; el programa, llamado Súper Portal hacía posible que mediante la conexión a Internet, un usuario creara portales personalizados en Internet, de acuerdo a las necesidades y gusto de cada usuario, a la vez que poseía un módulo de seguridad altamente efectivo. Sin embargo Juan, desea mejorarlo así que compra la licencia del programa perteneciente a Microsoft®, lo modifica y lo pone en funcionamiento en su computadora; más tarde, sus amigos le piden que instale este programa en sus computadoras, trabajo por el cual, Juan no recibe ninguna recompensa económica.

Sin embargo, ante el éxito de la modificación del programa, Juan comienza a instalar *el original,* en varias computadoras de más personas, a partir de la única licencia que adquirió, para luego realizar las modificaciones, recibiendo por esto sí una remuneración económica. Ante el éxito de esta, comienza a comercializarlo.

Tiempo después, descubre la existencia del Software Libre, y de la misma manera, empieza a modificar varios programas que encontraba y comienza a redistribuirlos con las modificaciones hechas, a través de Internet. (*Se entiende que el Software Libre, no tiene carácter lucrativo, por lo que su distribución, tampoco.*)

Ahora, ¿Ha atentado Juan los Derechos de Autor en cuanto los programas que ha creado? -Si-, lo ha hecho.

6.2.- Análisis

1. Juan Díaz Gonzáles al modificar el formato original del programa, Súper Portal sin una autorización expresa de la empresa Microsoft®, está violando el derecho de integridad de la obra.

2. En cuanto a las primeras duplicaciones que hace del programa para sus amigos, al no haber sido con fines de lucro, no existe ninguna anormalidad. Pero en el momento en que comienza a comercializarlo sí, debido a que ha vulnerado el derecho a la reproducción, produciendo de manera masiva y no autorizada el producto.

3. "No autorizada" se refiere a que, se quebranta otro derecho: perpetuidad e imprescriptibilidad, el que nos dice que el Derecho de Autor de la persona o empresa creadora original no cambia ni pierde su derecho por el hecho de que ésta sea alterada. Todas las modificaciones de un programa que tenga licencia, continúan perteneciendo a la empresa o persona creadora.

4. Juan comete otro perjuicio en el momento en el que utiliza la misma licencia, para varios computadores a la vez.

5. En cuanto a las modificaciones del Software Libre y su redistribución, Juan no ha cometido ningún delito por ser estos programas abiertos a los usuarios, quienes pueden mejorar, explorar, analizar, y distribuir el software con o sin sus aportes.

Por lo tanto Juan Díaz Gonzáles, ha cometido varios atentados en contra de los Derechos de Autor tanto en el aspecto moral, como en el patrimonial. Por tanto, puede ser enjuiciado por la empresa Microsoft® en Ecuador, aplicando la Ley de Propiedad Intelectual citada anteriormente. Por otro lado como vimos, Juan tiene escasos recursos económicos por lo que necesitaba el dinero de la comercialización, entonces se ponen en ponderación los derechos de Juan a la alimentación, vivienda, estudio, y los derechos de la empresa Microsoft® al reconocimiento de la autoría de la obra.

6.3.- Conclusiones del caso

1. Si bien es cierto los Derechos de Autor se hacen necesarios para la protección de las creaciones intelectuales de las personas, especialmente por el reconocimiento económico que representa para los creadores sean éstos personas o empresas; su fin original antes que como una idea de la que se pueda lucrar, era y debe seguir siendo, el incentivo para que las personas sigan creando en pro del mejoramiento humano.

2. En una red de carácter mundial como es Internet, en el que la propiedad intelectual se ve vulnerada todos los días, deben establecerse límites claros a los Derechos de Autor y sobretodo proponer soluciones en las que se mantenga un equilibrio para que los usuarios puedan beneficiarse de los servicios que la red ofrece y que los empresarios y autores puedan recibir su justo reconocimiento. Por ejemplo podríamos sugerir la creación de programas "genéricos" que se encuentren al alcance del bolsillo de las personas, y que programas especializados originales mantengan su precio para el funcionamiento en grandes empresas.

3. Debemos promover el Software Libre en la medida que proteja las 4 libertades que promulga, y reforzar en las personas que acceden a él que su fin principal es el de aprendizaje, más no el de lucro.

4. La piratería en los programas de software, debe ser combatida en la medida de procurar el derecho de recibir un servicio óptimo en los productos que los usuarios adquieren; pero de la misma manera se debe tomar en cuenta a las personas que utilizan esto como su medio de subsistir, por lo que ambas partes deberían llegar a un acuerdo. Por ejemplo: las empresas podrían emplear a dichas personas como vendedores para promocionar sus productos.

5. El Estado debe crear tanto nuevas fuentes de empleo y capacitar a las personas para ello, como también implementar políticas públicas que mejoren el entendimiento y las negociaciones entre los trabajadores que venden software pirata y los representantes de las empresas perjudicadas, dentro de un ambiente de paz y negociación, más no con represalias para cualquiera de las partes.

VII. Bibliografía

Barzallo, José Luis, La propiedad intelectual en Internet, Ediciones Legales, Ecuador, 2006.

Rios, Wilson; La propiedad intelectual en la era de las tecnologías, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2009.

Stallman, Richard, Software libre para una sociedad libre, Ediciones desde abajo, Bogotá-Colombia, 2004.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ¿Qué es propiedad intelectual?, publicación de la OMPI, México.

Citilab, La propiedad intelectual en la nueva era digital, http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=40

Hanouk. Propiedad intelectual-history, http://hanouk.wordpress.com/2009/03/22/propiedadintelectual-history/

IESPAÑA, Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (WCT) ,http://cvdj.iespana.es/tr_dera.htm

Informática Hoy, Piratería Informática, http://www.informatica-hoy.com.ar/desarrollo-software/Pirateria-de-software.php

Innovación. CICESE propiedad Intelectual http://innovacion.cicese.mx/hist.html

IURIS CIVILIS, Diccionario Jurídico, http://www.iuriscivilis.com/2009/06/diccionario-juridico-letra-p.html

MICROSITES, Breve historia del Internet, http://www.semergen.es/semergen/microsites/manuales/internet/manual_4.pdf

SICE, Ley de propiedad intelectual, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/ecuador/L320b.asp#l1t1c1s4, 16 marzo, 2010

Análisis del Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de las Personas Usuarias y Consumidoras

Juan Carlos Cassinelli[1]

Sumario

I. Introducción. **II.** Reformas y Cambios en la Ley Vigente. **III.** Conclusiones. **IV.** Bibliografía.

I. Introducción

Para empezar, debo indicar que a mi parecer todavía no hay una cultura, no digamos de reclamo, sino más bien de exigencia por parte de la ciudadanía con respecto a la violación de sus derechos como consumidores o usuarios, de ahí que es fundamental incluir en el nuevo proyecto de ley las campañas de concientización y educación ciudadana.

Debo hacer una breve referencia cronológica sobre la existencia de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, para lograr comprender su trascendencia e importancia. Esta ley se remonta al año 1990 y fue creada con la misión de proteger a los consumidores, exigiendo que los productos y servicios sean de buena calidad,

1 Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Fue dirigente estudiantil, siendo electo en todas las dignidades que existían en su época de estudiante: Presidente de la Asociación de Estudiantes de Derecho, Presidente de la Federación de Estudiantes, Presidente de la Federación de Estudiantes Universidades Particulares del Ecuador (FEUPE), Delegado al Consejo Universitario. En el ejercicio de la profesión, inició su carrera en el Estudio Jurídico Castro – Benítez, como asistente legal, posteriormente ocupó los cargos de Gerente del Departamento Legal del Banco del Tungurahua, Gerente del Departamento Legal de la Intermediaria Financiera de El Oro, asesor jurídico de la AGD, Presidente de la Consultora Jurídica Cassinelli & Valero. En el sector público, ha sido Jefe Político del Cantón Guayaquil, Gobernador encargado de la Provincia del Guayas y Asesor de la Presidencia del Directorio de la Corporación Financiera Nacional. Desde el año 2009 es Asambleísta electo por el Movimiento PAIS, por la Provincia del Guayas, Integrante y Vicepresidente de la Comisión del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, Presidente del Grupo Interparlamentario entre Ecuador e Italia; en el año 2011 fue electo Primer Vicepresidente de la Asamblea Nacional.

cantidad, regularidad y de precios justos. Dicha ley tan solo estuvo vigente por 10 años, ya que fue derogada en el año 2000 debido a que se había tornado inaplicable pues, dos años antes, se había aprobado un nuevo orden constitucional. Por tal motivo, se elaboró el nuevo cuerpo legal, denominado "Ley Orgánica de Defensoría del Consumidor", el cual nos rige hasta el momento.

Según el artículo primero de la ley, su objeto es el de "normar las relaciones entre los proveedores y consumidores con el fin de promover el conocimiento y proteger los derechos de los consumidores y procurar la seguridad jurídica". Se estipula que los derechos del consumidor son entre otros: la protección de su vida, la obligación de que los ofertantes entreguen un producto de calidad, que el precio de los bienes y servicios sea justo y real.

El consumidor tiene todo el derecho a pedir la reparación e indemnización por daños y perjuicios, ya sea por deficiencia o mala calidad del producto entregado; así como también que sus reclamos sean atendidos a la brevedad posible, permitiendo de esta forma que se le repare o indemnice por el daño causado. La ley vigente regula también los diferentes tipos de servicios o productos que se pueden brindar a la sociedad, la forma cómo se los entrega a la misma y la publicidad. Esta ley, en su artículo dos, define lo que son los tipos de publicidad, entre los cuales consta la publicidad abusiva y engañosa y dicta, de igual forma, las sanciones pertinentes para dichos casos. Dentro de este cuerpo legal se establece los tipos de garantías que existen con respecto al buen funcionamiento de dichos bienes de los cuales se tiene la expectativa que sean durables como: vehículos, artefactos electrónicos, y electrodomésticos, entre otros, la garantía es la única que puede extender o modificar la prescripción de las acciones contra el proveedor.

Con relación a lo expuesto en el párrafo anterior, esta "Ley Orgánica de Defensoría del Consumidor" estipula las responsabilidades y sanciones en caso de defecto, vicio o negativa a reparar los daños causados, pero dicha capacidad de reclamo o ejecución de acción no es eterna, ya que como todo prescribe, también lo hace la capacidad de reclamo del consumidor, e igual sucede con las acciones civiles que contempla dicha ley, las cuales prescriben en el plazo de un año contado desde que se recibió dicho bien o servicio, salvo que la garantía estipule alguna otra disposición.

Esta ley no deja al margen los servicios y bienes entregados por las instituciones del sector público, pero al ser una ley con más de una década de vigencia y creación, teniendo nuevas políticas económicas-sociales implementadas a través del Estado y sus instituciones públicas, es de vital importancia modernizar con una reforma total la ley que protege al usuario y consumidor. Además, la ley vigente indica las diferentes características que un contrato debe tener para lograr una verdadera

comprensión en la persona que está compareciendo, al igual que establece las prohibiciones del proveedor, como por ejemplo la especulación, la elaboración de índices y estadísticas, o las prácticas abusivas. Para lograr un verdadero control de calidad esta ley estipula un sin número de pasos que las empresas proveedoras deben seguir agregándole las respectivas inspecciones de las autoridades competentes. En el caso del ente rector en esta materia y ley, le confiere poderes y facultades al Defensor del Pueblo para que esta autoridad pueda pronunciarse motivadamente sobre cualquier reclamo ciudadano, y aplicar la ley y las sanciones necesarias.

Hasta el momento hemos analizado las disposiciones que nos rigen en la actualidad, las mismas que se encuentran detalladas en la "Ley Orgánica de Defensoría del Consumidor". Si hacemos una breve analogía, entre una ley publicada en el año 2000 vs. la supremacía de la Constitución aprobada en el 2008, es evidente que encontraremos una clara contradicción y un notorio desfase entre dicha ley con la Constitución de la República, aprobada en Montecristi. De ahí que es necesario, como ya lo he expuesto, la reforma integral de la misma.

II. Reformas y Cambios en la Ley Vigente

Como es de conocimiento general, desde el 2008 nos rige una nueva Constitución, y ésta modifica el ordenamiento jurídico, debido a que ninguna norma inferior puede contradecirla; por tal motivo, se han presentado en la materia de derechos y defensa del usuario y consumidor 2 proyectos de ley, uno busca la reforma parcial de la misma, y el otro crea una ley nueva, usando como insumos parte de la anterior.

El proyecto de ley "Derecho de las Personas Usuarias y Consumidoras" presentado por la Asambleísta María Soledad Vela en conjunto con la Defensoría del Pueblo, pretende la reforma total de la actual ley.

Como motivo principal para la presentación de dicho proyecto, el cual pretende crear una nueva ley para la defensa del usuario y consumidor se argumenta lo mismo que se esgrimió en el 2000 frente a la ley del consumidor de 1990; es decir la clara contradicción de una ley vigente y una Constitución nueva.

En este contexto, si es el Estado el llamado a garantizar los derechos de los ciudadanos, conocidos para efecto en esta ley como consumidores y usuarios (cuando es servicio público), se debe por ende redactar una ley que esté a la altura de los tiempos y principios constitucionales, que más allá de estos en definitiva **le entregue una verdadera facultad al Defensor del Pueblo, para que este pueda resolver los distintos conflictos y quejas que puedan suscitarse por los ciudadanos.**

Vale la pena recalcar que de las instituciones del Estado, la Defensoría del Pueblo es la que recibe en su mayoría reclamos relacionados a la vulneración de derechos de las personas usuarias y consumidoras y que en la anterior Constitución tenían limitaciones con respecto a sus funciones, eso se vio por obvias razones reflejado en la actual ley del consumidor, que no podía ir mas allá de lo que dictaba la Constitución de la época.

La Constitución de Montecristi garantiza y protege los derechos y la calidad de los servicios que reciben los usuarios y consumidores, de ejemplo se puede poner el artículo 52 en el cual se señala que las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y poder elegirlos con absoluta libertad, tomando su decisión en base a información precisa y real.

En este proyecto de ley se incluye de manera formal, y de forma más directa todo lo que tiene que ver con lo público, sean bienes o servicios que sean prestados por instituciones o entidades del Estado deben ser de óptima calidad, y a falta de estas serán civil y penalmente responsables por la deficiencia del servicio, o mala calidad del producto, como reza el artículo 54 de la Constitución.

En este nuevo proyecto de ley de defensa del usuario y consumidor, se le da a la Defensoría del Pueblo de conformidad con el artículo 215 de la carta magna la función de proteger y tutelar los derechos de las personas, el patrocinio de oficio o a petición de parte de las acciones de protección, y por obvias razones también se le atribuye la capacidad de gestionar los reclamos por mala calidad o falta de prestación de los servicios sean estos públicos o privados.

En el proyecto presentado, y el cual está siendo debatido en la Comisión de Desarrollo Económico, Productivo y de la Micro Empresa, se establecen de forma primordial en el artículo 4 los principios rectores de esta materia, puedo citar como ejemplo "el principio Indubio Pro Persona Usuaria o Consumidora" el cual establece que en caso de confusión se aplicará la norma más favorable para el usuario.

También la ley explica detalladamente, para no dejar ambigüedades ni vacíos, (como lo hace la actual ley), explicando el significado de distintas palabras claves para la aplicación de este proyecto en debate, tales como Bienes, Consumidores, Usuarios, el deber del Estado frente los ciudadanos, etc.

En lo concerniente a las obligaciones y derechos de los consumidores y usuarios, más allá de alguna diferencia en los términos, debido al cambio de régimen constitucional, son similares a las de la actual ley. Así como también son igual las características y clasificación de las garantías de los productos durables y las exigencias para la circulación de los productos o prestación de servicios.

III. Conclusiones

- La necesidad de una nueva ley que vaya acorde a los principios de la Constitución vigente, hace indispensable que se trate en la Asamblea Nacional un proyecto de ley de defensa del usuario y el consumidor.
- Al establecer la Constitución de la República en su artículo 215, las nuevas atribuciones y facultades del Defensor del Pueblo, que incluye las facultades que se encuentran en la Ley del Consumidor, es necesario reformarla.
- El abuso de las empresas por falta de conocimiento de los usuarios y consumidores de las reglas que lo benefician, conlleva a fortalecer las campañas educativas al usuario y consumidor.
- La falta de capacidad dentro de las facultades del defensor del pueblo, y la falta de efectividad en las sanciones, implica una urgente reforma a dichos capítulos.
- Se necesitan establecer principios que estén acorde con la Constitución y el nuevo sistema económico- social.

IV. Bibliografía

Constitución de la República del Ecuador
Proyecto de ley "Derecho de las Personas Usuarias y Consumidoras"
Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

Breve análisis de la Nueva Gestión Pública en el Ecuador

Diego Núñez Santamaría[1]

Sumario

I. Introducción. **II.** Antecedentes, Weber y el esquema de dominación. **III.** La Nueva Gestión Pública. **IV.** Nueva Gestión Pública en El Ecuador. **V.** Conclusiones. **VI.** Bibliografía.

I. Introducción

La administración pública es fundamental en la vida de los ciudadanos. Mucho tiempo ha pasado ya desde las épocas en las que la vida de un ser humano, esclavo o vasallo, le pertenecía a un dueño o señor. Desde entonces la forma de dominación cambió a partir de las revoluciones y del aparecimiento del Estado de Derecho. Así también ha cambiado la forma de administrar los recursos de todos (República). Quizá en algún momento la Burocracia fue una victoria frente al abuso e incertidumbre de los cargos ejercidos con arbitrariedad. Podemos mencionar, por ejemplo el surgimiento del principio de legalidad de la Administración, en la que se procuraba que esta actuara únicamente en el ámbito permitido por la ley. Este era entonces, el parámetro de control y de responsabilidad de la Administración, que era garantizado por un control jurisdiccional de la Administración. Los actos discrecionales se limitaban al mínimo, todo lo demás estaba controlado por ley y garantizado por los recursos contenciosos administrativos[2]. Pero se ha visto que esta forma de concebir a la Administración pública no ha sido la óptima frente a la rápida evolución de las necesidades sociales. Este cambio ha fomentado un nuevo planteamiento de la Administración Pública que en la doctrina se ha denominado como la Nueva Gestión Pública. En cuanto a Latinoamérica, varias corrientes de reformas han sido promovidas desde hace varias décadas atrás. Algunos países

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, cursando una Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 Cfr. Díaz, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus. Madrid. 1983. Páginas 36-38.

han acatado al cien por ciento las recomendaciones de los organismos financieros internacionales; económicamente han mejorado pero el servicio público a la población no. El Ecuador ha implementado varias políticas en distintas tendencias, pero hoy se enfrenta a nuevos retos y promesas a partir de la Constitución del 2008. Quizá los ofrecimientos fueron demasiado ambiciosos y probablemente imposibles de cumplir[3]. Sin embargo las expectativas apuntan a un cambio que responde a una verdadera variación de la realidad y no una simple esperanza de que la reforma legal lo arreglará todo por su cuenta[4]. A continuación pasaremos revista a algunos de los ofrecimientos de la nueva Constitución ecuatoriana para identificar en qué línea se dirige la Administración Pública y saber cuáles son las advertencias que en las opiniones de distintos autores el cambio puede producir.

II. Antecedentes, Weber y el esquema de dominación

El sociólogo alemán, Max Weber, encontró factores comunes en los esquemas de dominación de distintas épocas en la historia mundial. Entiéndase esquemas de dominación en las organizaciones en las que la población permite que alguien ordene su vida en comunidad, obedientes a un mandato. Weber descubre que hay tres tipos de dominación: la legal, en donde los derechos se crean y modifican según un estatuto y las autoridades son elegidas o nombradas; la tradicional, sometidos patriarcalmente por una creencia donde los súbditos obedecen a un señor; y, la carismática, la gente obedece por la devoción a un caudillo, seguido por un séquito[5].

De la dominación legal se desprende la dominación burocrática. Según el autor, la burocracia es una característica de los Estados modernos. Un estado civilizado

3 Así observa Linn Hammergren cuando menciona: "*Como apuntan los observadores (Wilson et al 2005), las ambiciosas nuevas constituciones (y muchas otras leyes promulgadas con el mismo espíritu) han ubicado a la región en una situación de tener que implementar compromisos de países desarrollados con presupuestos de países en vía de desarrollo, y así han puesto en jaque a los poderes judiciales de encontrar el equilibrio en este desbalance.*" (traducción no oficial del Inglés) Hammergren, Linn. *Judicial Reform Twenty-Five Years Later: Emerging Challenges to the Presumede Model*. En http://lasa.international.pitt.edu/members/congress-papers/lasa2009/files/HammergrenLinn.pdf página 14.

4 Así lo menciona el profesor Pásara al apuntar que "*…la preferencia por adoptar cambios legales como la fórmula principal para transformar la justicia se asienta en una cultura jurídica que… centra el contenido y la realidad del derecho en la ley…en cuyo discurso, atacar un problema social equivale a proponer una nueva ley o la reforma de alguna ya existente…*" en (Comp.) PÁSARA, Luis. *Lecciones ¿aprendidas o por aprender?* En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina. Consorcio Justicia Viva. Lima. Página 530.

5 Cfr. Weber, Max. *Economía y Sociedad*. México: FCE, 8va reimpresión. 1987. Páginas 707-712.

tendería hacia promover una burocratización profesional. En este modelo, se obedece a una autoridad no por sus cualidades sino porque las reglas dicen a quién se debe obedecer y en qué medida[6]. Se fomenta la existencia de funcionarios profesionales lo que implica dos cosas. Primero, que el funcionario trabaja bajo un contrato (lo que supone que ha ganado el puesto gracias a su formación); y, el cargo responde a una utilidad objetiva para la comunidad. En el contrato se establece su salario y sus condiciones. Este tiene la libertad para terminar su contrato en cualquier momento a diferencia de los vasallos que le debían su vida al señor feudal. Segundo, que el trabajo es profesional es un deber objetivo, no debe responder a sentimientos ni influencias personales[7]. Normalmente las organizaciones burocráticas son ordenadas de forma jerárquica, con el fin de que puedan existir apelaciones. Trabajan a través de documentos oficiales conocidos como expedientes y archivos.

La crítica a este modelo hizo visibles sus deficiencias. La idea de la profesionalización burocrática era lograr mayor eficiencia, copiando las prácticas industriales de las empresas privadas. Pero la eficiencia no tenía un carácter valorativo, sino meramente consecuencialista. La rigidez de cumplir únicamente lo que las reglas permitían, hacía engorroso todo procedimiento. Y cuando las actuaciones de los funcionarios no cabían bajo ninguna regla se debía esperar a un pronunciamiento impersonal de algún experto perito sobre el tema a proceder[8]. La falta de cumplimiento de reglas acarreaba sanción inmediata. La idea de cumplir únicamente el trabajo reglado llevó a que los funcionarios trabajen descoordinadamente y no como un equipo.

III. La nueva gestión pública

Sin ahondar en la discusión de la dirección que ha tomado la Administración Pública como ciencia, solo mencionaremos que los valores democráticos de la Administración Pública han acercado a la tarea de configuración política y a la labor administrativa de gestión en sentido estricto[9].

Señalada la importancia de la Gestión Pública, el estadounidense Michael Barzelay señala que el principal cambio que la Administración Pública debe

6 Cfr. Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Óp. Cit. Página 707.

7 Como lo dice Weber, "*sine ira et estudio*" Cfr. Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Óp. Cit. Página 707.

8 Cfr. Barzelay, Michael. *Breaking Through Bureaucracy*. México: FCE. 2000. Página 40

9 El quehacer político no puede desprenderse de la forma de administrar los recursos públicos. Cfr. (comps.) Bañón, Rafael; Carrillo, Ernesto. *La nueva administración pública*. Editorial Alianza. Madrid. 1997. Página 43.

considerar es que "*…las dependencias gubernamentales deben guiarse por el usuario y orientarse hacia el servicio.*"[10] Esta nueva forma de plantearse objetivos facilitará encontrar soluciones alternativas a verdaderos problemas de la población. Así, Barzelay afirma que mientras la forma burocrática decide su actuación sobre sus propias necesidades, la Nueva Gestión Pública trabaja para el cliente y sus necesidades; no se enfocan en cumplir el mínimo de sus responsabilidades sino que ayudan a que la organización funcione como un todo; no se definen por la cantidad de recursos asignados sino por los resultados en los beneficios al cliente; no funcionan con rutinas sino que responden a las demandas cambiantes de los clientes; no se limitan a cumplir procedimientos sino que introducen opciones para cumplir su propósito; las políticas no son unidireccionales sino que son resultado de la retroalimentación con el cliente; el trabajo de pensar en soluciones y de poner en práctica no son campos divididos sino que cada miembro de la organización puede generar innovaciones para mejorar el servicio[11]. El enfoque hacia el servicio al cliente lo cambia todo. Y en este sentido deben ordenarse las formas de administrar los procesos de producción gubernamental, la forma de ejercer el control y la forma de enfocar las preocupaciones de los servidores públicos[12]. El interés público fue considerado en el paradigma burocrático como una ilustración meramente técnica, sin tener en cuenta lo que en verdad los usuarios necesitaban[13]; es por eso que el nuevo enfoque cambia al interés público por los resultados que los ciudadanos valoran; los técnicos profesionales no pueden presuponer cuáles son esos valores[14].

Además podemos encontrar otro gran cambio de la Gestión Pública respecto a los indicadores de resultados. Debemos partir de que las administraciones públicas son sistemas de producción que combinan recursos públicos con el proceso de demandas populares, obteniendo un resultado[15]. Pero la actividad de las administraciones públicas en Latinoamérica funciona cumpliendo formalmente sus obligaciones y sin embargo contradiciendo su rol fundamental productor de bienes y abastecedor

10 Barzelay, Michael. *Breaking Through Bureaucracy*. Óp. Cit. página 43.

11 Cfr. Barzelay, Michael. *Breaking Through Bureaucracy*. Óp. Cit. página 47.

12 Cfr. Barzelay, Michael. *Breaking Through Bureaucracy*. Óp. Cit. página 48.

13 Así ha identificado Barzelay al mencionar que para definir el interés público "*Uno de los elementos centrales de aquella estrategia era reclutar, desarrollar y conservar expertos en los campos de la contabilidad, la ingeniería y el trabajo social…el interés público quedaba servido siempre que aplicaran sus diversos cuerpos de conocimiento y de normas profesionales a problemas existentes…*" Barzelay, Michael. *Breaking Through Bureaucracy*. Óp. Cit. páginas 176 y 177.

14 Cfr. Barzelay, Michael. *Breaking Through Bureaucracy*. Óp. Cit. Páginas 177 y 178.

15 Cfr. Oszlak, Oscar. *Indicadores de Desempeño Burocrático en Países del Tercer Mundo: Usos y Limitaciones*. En http://www.oscaroszlak.org.ar/images/articulos-espanol/indicadores%20de%20des%20buro%20en%20p%20del%20ter%20mundo.pdf página 1. Jueves 30/06/2011

de servicios públicos[16]. La forma de evaluar la gestión era únicamente formalista en la burocracia weberiana; es por eso que se necesitan de otros fundamentos teóricos que puedan evaluar los resultados desde otra perspectiva. Los indicadores por su sola cuenta no dan una respuesta diáfana, se requiere entonces variables asociadas a los contextos y coyunturas. Los indicadores funcionarán únicamente si se utiliza una interpretación conceptual de la productividad y desempeño de la burocracia[17]. Así por ejemplo el profesor Oscar Oszlak plantea la cuestión en cuanto a la distribución del espacio urbano, si es legítimo que el Estado altere la distribución espacial de la población afectando su uso y espacio[18]. En sentido estricto la Administración estaría cumpliendo fielmente con sus políticas y arrojando indicadores positivos. Pero la población se podría ver afectada y es por eso que Oszlak propone que existe un Derecho al espacio urbano, que posibilita a los residentes de una zona para que influyan en la decisión de cierre de un establecimiento contaminante o cualquier obra que afecte a sus residentes[19]. Si miramos únicamente los indicadores estos aprobarán un cumplimiento formal de la Administración, pero si se hace una interpretación del contexto podría notarse que en realidad la población sufre un detrimento por la actuación pública, como en el caso de la afectación del espacio urbano. El cumplimiento formal de las obligaciones administrativas no dan necesariamente un resultado positivo a la población. He ahí la importancia de interpretar los indicadores y evaluar los impactos en la población.

El objeto de la Nueva Gestión Pública es generar valor público. Resulta complicado encontrar una definición concreta de este término. Parece ser que su contenido es tan amplio que la respuesta puede ser solo procedimental. Así Mark Moore nos dice que es mejor identificarlo. Para ello se puede tomar como guía la elección voluntaria, comparada con el ámbito privado, interpretándola como aspiraciones colectivas plasmadas en las elecciones populares[20]. La gente se decanta por tal o cual proyecto y esperan que las promesas sean cumplidas y si estas son satisfechas entonces se ha generado valor público. El valor público va de la mano con la idea de enfocar a la administración al servicio al cliente porque será éste quien juzgue qué actividad puede ser valiosa. Al mismo tiempo, la importancia de esta valoración popular hace que la autoridad aproveche su intervención

16 Cfr. Oszlak, Oscar. *Indicadores de Desempeño Burocrático en Países del Tercer Mundo: Usos y Limitaciones*. Óp. Cit. Página 1.

17 Cfr. Oszlak, Oscar. *Indicadores de Desempeño Burocrático en Países del Tercer Mundo: Usos y Limitaciones*. Óp. Cit. Página 2.

18 Cfr. Oszlak, Oscar. *Merecer la Ciudad*. HVMANITAS-CEDES. Buenos Aires. 1985. Página 23.

19 Cfr. Oszlak, Oscar. *Merecer la Ciudad*. Óp. Cit. Páginas 23 y 24.

20 Cfr. Moore, Mark. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Barcelona: Paidós. 1998. Páginas 60-63.

para garantizar una equitativa distribución del servicio público en la población; mientras, tomar en cuenta solo la eficiencia ya no será el centro de atención de la actividad pública[21]. Se deben fomentar entonces procesos de autorización en los que los ciudadanos participan en consulta y revisión, para saber si sus aspiraciones colectivas están siendo cumplidas y si la gestión pública está generando valor[22]. Por último, cuando una institución pública ha satisfecho necesidades y generado valor público, entonces ha consolidado una institución confiable. Una institución será valiosa cuando ha obtenido la seguridad de sus clientes, pero esto no implica a que se debe mantener estática en su gestión sino que deberá ser sensible a las nuevas necesidades que la población requiera[23]. La confianza es parte del valor público, pero eso no debe estancar a la gestión. Además hay que recalcar que el directivo público no busca quedarse estático. El nuevo gerente público es un estratega, más que un técnico del antiguo interés público[24].

IV. Nueva gestión pública en el Ecuador

Los intentos de Modernización del Estado se habían intentado en varios gobiernos ecuatorianos bajo distintos títulos. Dicen que el antecedente remoto de modernización fue en 1934 cuando el ilustrado historiador ecuatoriano, Emilio Estrada, había enviado al Presidente de la época, José María Velasco Ibarra, recomendaciones de áreas estratégicas para el desarrollo económico[25]. Pero recién en 1954 se creó un organismo con el fin de modernizar el Estado, la Junta de Planificación y Coordinación Económica; que en 1964 realizara el primer plan decenal de desarrollo. En 1973, bajo la dictadura del general Rodríguez Lara, se transforma este organismo en la Junta de Planificación, encargada de un nuevo plan quincenal de desarrollo. En 1979 se volvió a transformar la institución, esta vez por el Consejo Nacional de Desarrollo. En 1994 el vicepresidente de la República de aquella época, Alberto Dahik, había propuesto adaptar el CONADE en un ministerio del Ejecutivo[26]. La idea de este último era que el Presidente de la República guiaba el modelo de desarrollo, mientras que descoordinadamente

21 Cfr. Moore, Mark. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Óp. Cit. Páginas 80 y 81.

22 Cfr. Moore, Mark. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Óp. Cit. Páginas 85.

23 Cfr. Moore, Mark. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Óp. Cit. Páginas 85 y 86.

24 Moore indica que los directivos públicos "*Miran hacia afuera, intentando averiguar el valor de lo que están haciendo, y también hacia abajo, intentando determinar la eficacia y la adecuación de sus medios*." Moore, Mark. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Óp. Cit. Página 45.

25 Diario Hoy publicado el 01/06/1994 http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-conade-un-nuevo-ministerio-39904-39904.html

26 Ibíd.

otra institución autónoma apuntaba a otra dirección de desarrollo. El plan era que únicamente el Poder Ejecutivo dirigiera la modernización.

Por otra parte el historiador ecuatoriano Juan Paz y Miño encuentra distintos periodos históricos en el país. En el ciclo 1960-1972 se establecieron las bases de un modelo estatal desarrollista, beneficiando a la empresa privada e insertando al país en el mercado capitalista mundial. El siguiente ciclo fue de 1972-1979 bajo los regímenes de dictaduras se descubrió el petróleo en el país y aquí se consolidó el modelo estatal desarrollista. El ciclo más próximo se desarrolló a partir de 1979-2006 manifiestamente característico por la inestabilidad política; tres presidentes elegidos democráticamente fueron derrocados (Abdalá Bucaram, Jamil Mahuad y Lucio Gutiérrez). El autor dice que en este último periodo reformista el Estado, bajo el esquema empresarial de desarrollo, benefició a las élites empresariales del país[27].

En la historia del Ecuador se han dictado veinte constituciones dentro de las cuales se puede describir dos fases marcadas. En el Ecuador se distinguen dos etapas de constitucionalismo. La primera etapa, considerada como clásica, corre desde el inicio de la República en 1830 hasta la Constitución de 1906. Las características de esta etapa son: la enunciación de derechos individuales, la separación de poderes, soberanía popular, sistema representativo por elecciones, sistema presidencial, un Estado unitario y centralizado; y en cuanto a la administración pública el modelo era una burocracia regido por reglas estrictas bajo el principio de legalidad[28].

La segunda etapa, llamada como constitucionalismo social, empieza con la constitución de 1929 hasta la Constitución 1998. Varios cambios fundamentales se dieron durante este periodo. Se permitió el voto a la mujer, se reconocieron por vez primera los derechos económicos, sociales y culturales y se introdujeron garantías de derechos como el hábeas corpus[29]. Primordial sería el cambio de actitud que el Estado tendría en estas dos fases; pasó de un Estado abstencionista a uno más activo por el bienestar de la población. La Administración pasa, en esta segunda etapa, a buscar mayor eficiencia copiando modelos industrializados.

Con la Constitución 2008 se dan dos cambios importantes, se busca utilizar al Neoconstitucionalismo como ideología para interpretar el Derecho; y se introducen ideas de Nueva Gestión Pública.

27 Paz y Miño Cepeda, Juan. *La Asamblea Constituyente 2007 un nuevo ciclo histórico en el Ecuador*: http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/ciclo_historico.pdf páginas 1 y 2.

28 Salgado Pesantes, Hernán. *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Konrad Adenauer Stiftung. Quito. 1999. Página 14.

29 Ibíd.

La primera observación que se puede hacer al actual gobierno revolucionario ecuatoriano es el número de organismos públicos existentes. El artículo 16 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva es la fuente normativa que permite discrecionalidad al gobierno de turno para desenvolverse y crear los ministerios y secretarías que creyera convenientes. Es una norma controversial, porque algunos autores la consideran como un reglamento autónomo que no se deriva de ninguna ley y que tiene capacidad de determinar deberes y obligaciones que afecten a particulares[30]. Pero en cuanto a la conformación de ministerios está a disponibilidad del Presidente. Como dato curioso podemos mencionar que la configuración estatal hasta diciembre del 2004 existían diecisiete organismos (entre ministerios y secretarías)[31]. Actualmente, bajo el régimen del presidente Rafael Correa, existen un total de treinta y seis instituciones públicas (entre ministerios y secretarías)[32]. Aquí podríamos mencionar el primer problema para una Gestión Pública más eficaz. Cuando medidas modernizantes para el Estado son tomadas, estas deberían ser estratégicamente estables[33]. Tenemos por ejemplo el caso del Perú. El país vecino se rige por una Ley Orgánica del Poder Ejecutivo en la que se señalan cuáles serán los organismos del Poder Ejecutivo[34]. La calidad de ley orgánica asegura que sea relativamente estable, ya que únicamente se modificaría si es que en el Congreso se da una mayoría agravada de votos para su aprobación. Nos encontramos frente a dos extremos la completa discrecionalidad en el Ecuador, y rigidez en el Perú. Ambas pueden traer sus repercusiones, en situaciones de urgencia será preferible una discrecionalidad libre, pero la volatilidad pone en riesgo los planes de gestión. Lo conveniente sería encontrar un punto medio.

Por otro lado la estructura organizacional segmentada en muchas ramificaciones

30 Para el autor el ERJAFE es un reglamento autónomo por exclusión legislativa e inmediatamente subordinado a la Constitución. Paredes González, Diego. *Los reglamentos autónomos y el principio de competencia normativa en la Constitución Política de la República del Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar. 2006. Página 40. En http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/920/1/T394-MDE-Paredes-Los%20reglamentos%20aut%C3%B3nomos%20y%20el%20principio%20de%20competencia%20normativa.pdf

31 Artículo 16 ERJAFE Reformado por Decreto Ejecutivo No. 2371publicado en Registro Oficial 491 de 28 de Diciembre del 2004.

32 Artículo 16 ERJAFE sustituido por Art. 1 del Decreto Ejecutivo 46, Registro Oficial 36, 29 de septiembre de 2009

33 Mintzberg afirma que un plan estratégico tiene varias aristas, entre ellas se puede hacer un diseño estable para que direccione las actividades, pero al mismo tiempo debe tener la flexibilidad necesaria para responder a las circunstancias inesperadas del ambiente; entre otras características. Mintzberg, Henry; Ahlstrand, Bruce; y Lampel, Joseph. *Safari a la Estrategia: Una visita guiada por la jungla del management estratégico*. Granica. Buenos Aires. 2003. Página 469.

34 Artículo 4 Ley N°29158 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

podría ser contraproducente si cada una trabaja descoordinadamente sin una cabeza que las dirija adecuadamente. Linn Hammergren afirma que este fue uno de los problemas centrales que la reforma judicial que el Perú tuvo, la descoordinación acéfala despilfarró recursos y esfuerzos[35]. Mientras más organismos pequeños hay, más complicado será el trabajo coordinado. Más aún si los organismos siguen pensando bajo la lógica weberiana de que solo deben cumplir su trabajo determinado en la ley, sin tomar en cuenta los objetivos de impacto en la población.

En cuanto a los preceptos Constitucionales de Gestión, la Constitución de 1998 ya había señalado un sistema nacional de planificación[36] los cambios en el servicio público fueron ligeros. Como ya se ha mencionado, la Constitución promulgada en el 2008 pretendía hacer un cambio radical respecto a la cultura jurídica (a través del Neoconstitucionalismo) y sobre la administración pública eficaz. A continuación analizaremos algunas normas de la Constitución que denotan un cambio paradigmático.

La idea de Barzelay de enfocar al usuario de servicios públicos, en cliente parece ser asumida muy bien en la nueva Constitución. La importancia en esta idea es que el cliente participe retroalimentando los errores en el servicio público. Cuando se habla de la participación ciudadana se establece la obligación de contar con los ciudadanos al momento de "*toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos…*"[37]. Además está establecido como obligación de las personas y colectividades "***Participar en todas las fases y espacios de la gestión pública*** *y de la planificación del desarrollo nacional y local, y en la ejecución y control del cumplimiento de los planes de desarrollo en todos sus niveles.*"[38] (la negrilla es mía)

En esta misma línea, con el afán de garantizar un buen servicio público al cliente, también se ha determinado como parámetro de medición que: "*Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos* ***deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras****, y poner en práctica sistemas de atención y reparación.*"[39] (La negrilla es mía)

35 Propone como punto fundamental de reforma establecer una instancia real de gobierno judicial que articule los esfuerzos de reforma. Hammergren, Linn. *Apuntes para avanzar en el debate sobre cómo mejorar el gobierno judicial*. http://www.cejamericas.org/nexos/42/es/images/hammergren-gob-judicial.pdf

36 Art. 254.- El sistema nacional de planificación establecerá los objetivos nacionales permanentes en materia económica y social, fijará metas de desarrollo a corto, mediano y largo plazo, que deberán alcanzarse en forma descentralizada, y orientará la inversión con carácter obligatorio para el sector público y referencial para el sector privado.

37 Artículo 95 Constitución del Ecuador 2008

38 Artículo 278 de la Constitución del Ecuador 2008.

39 Artículo 53 de la Constitución del Ecuador 2008.

Por otra parte, está claramente inmerso el concepto de calidad en la administración pública que Manuel Villoria lo menciona como un punto fundamental en el cambio de paradigma postburocrático[40]; textualmente expresado en la sección de la Administración pública, dice: "*La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia,* ***calidad****, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.*"[41] (la negrilla es mía).

También se ha desarrollado un interés por insertar en las instituciones públicas los "*gerentes públicos*"[42] estableciendo como requisitos necesarios para obtener el nombramiento el tener conocimiento de gestión pública. Puede resultar extraño, pero solo algunas instituciones piden este requisito, lo cual podría ser contradictorio con el propósito general de administración pública de calidad y enfocada hacia el cliente.

La conformación del Consejo de la Judicatura muestra un sano interés por la gestión, al establecer su conformación por nueve miembros, de los cuales seis de ellos serían profesionales del Derecho; y tres de ellos "*profesionales en las áreas de administración, economía,* ***gestión*** *y otras afines.*"[43] (La negrilla es mía)

En cuanto al nombramiento del Defensor Público podemos mencionar que es requisito previo contar con un título de tercer nivel en Derecho y "*conocimientos en gestión administrativa…*"[44]. Es claro el interés de que el Defensor Público sea la cabeza administrativa de la institución que defenderá a las personas de escasos recursos que no pueden pagar un abogado. Adicionalmente podemos mencionar que no necesita un título que demuestre su conocimiento en gestión administrativa, lo cual es una característica que nos aleja de la llamada burocracia weberiana. Para la burocracia weberiana únicamente podrían ejercer cargos las personas que tienen un título en un área específica, descartando así a aquellas personas que tienen habilidades para la gestión sin importar el título que ostenten[45].

40 Villoria, Manuel. *Modernización administrativa y gobierno postburocrático*. En (comps.) BAÑÓN, Rafael; y Carrillo, Ernesto. *La Nueva Administración Pública*. Alianza. Madrid. 1997. Página 92.

41 Artículo 227 de la Constitución del Ecuador 2008.

42 *…el concepto de gerencia pública, el cual se construye como una nueva propuesta administrativa gubernamental, que tiene como objetivo el mejoramiento de la capacidad de gobierno, para lograr un incremento en la gobernabilidad y contar con condiciones de mejora continua en los procesos administrativos para resolver de manera eficiente y expedita los problemas que presenta la sociedad.* Tomado de Cepeda Islas, Susana. http://www.uvmnet.edu/investigacion/episteme/numero8y9-06/enfoque/a_gerenciap.asp

43 Artículo 180 de la Constitución del Ecuador 2008.

44 Artículo 192 de la Constitución del Ecuador 2008.

45 Como ejemplo podemos mencionar que compañías transnacionales como Kraft que eligen gerentes generales de acuerdo a su habilidad y no ha su título, así fue gerente general en Ecuador

Congruentemente, el Fiscal General de la Nación se ha establecido como requisito que tenga un título de tercer nivel en Derecho y conocimientos de gestión administrativa.[46]

Por otra parte, la Constitución no ha establecido taxativamente los objetivos de un planeamiento estratégico para el Desarrollo. Sin embargo se podría desprender que el llamado "Régimen del Buen Vivir" es el objetivo estratégico del Gobierno. Primero establece materialmente los Derechos del buen vivir, que sería un catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Y segundo, establece como el régimen de desarrollo "*el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay.*"[47] Sin embargo esta línea se enmarca dentro de la ciencia de la Política Pública y no en el ámbito de la Gestión Pública. Aunque existe un vínculo entre la Política y la Gestión, esta última se refiere al cómo hacer en la realidad lo que la primera ha señalado.

Como crítica de una línea contradictoria en la constitución (manteniéndose en la burocracia weberiana) está el sistema de control público. Se le ha encargado a la Contraloría el control de recursos públicos en las instituciones públicas y privadas con participación pública. Sin embargo las funciones del contralor son principalmente "*Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control…*"[48] y solo si se le solicita, brindar asesoraría a órganos y entidades públicas.

Al mismo tiempo esta facultad de la Contraloría, como una especie de policía, encaja perfectamente con el principio de legalidad, tan característico de la burocracia weberiana. Los organismos públicos solo pueden actuar conforme a la Constitución y la Ley[49]. Si aplican a raja tabla la Constitución y la Ley estaríamos encadenados a la ineficiencia e ineficacia, pero es la única forma en la que la Contraloría ejerce su control (vigilar el cumplimiento de la ley). Sin embargo queda una puerta abierta al decir que están sometidos a la Constitución; pues la Constitución está plasmada de principios abiertos, ponderables y sujetos a

un Químico y no un Administrador.

46 Artículo 196 de la Constitución del Ecuador 2008.

47 Artículo 275 de la Constitución del Ecuador 2008.

48 Artículo 212 de la Constitución del Ecuador 2008.

49 Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal **ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley**. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. de la Constitución del Ecuador 2008.

argumentación[50]. Esta podría dar la entrada a la inaplicación de una ley ineficiente para promover el principio de la administración pública de calidad.

V. Conclusiones

El Ecuador incorpora en su nueva Constitución cuatro conceptos de la Nueva Gestión Pública: (i) el enfoque del servicio público dirigido al cliente; (ii) responsabilidad por evaluación de resultados; (iii) proponer como principio la calidad del servicio público; y (iv) gerentes públicos con visión en gestión. El problema es que estas características no son uniformes en toda la Administración sino solo en ciertos organismos. Si bien existe un interés de cambiar el paradigma burocrático en la nueva Constitución ecuatoriana, sus esfuerzos son tibios. En todo caso la Constitución ha cumplido su trabajo con señalar los principios de la Administración Pública. Hay que estar conscientes de que cambiar las normas no cambiará la realidad. Pero si se debe tomar en cuenta algunas advertencias sobre las supuestas bondades de la Nueva Gestión Pública. Los autores Derry Ormond y Elke Löffler nos sugieren que antes de implementar políticas de Nueva Gestión Pública se debe contar con condiciones previas, es decir con estructuras y sistemas públicos cimentados[51]. Caso contrario, incluso podría generarse aún más corrupción. Por su parte, Geoffrey Shepherd nos previene sobre el impacto que la informalidad de la reglas puede producir. Si se compara las estructuras formales de la Administración Pública de América Latina con las de los países europeos (que han tenido éxito en mejorar sus servicios públicos) podemos ver que algunos modelos son similares, sin embargo el funcionamiento burocrático es distinto. Esto se explica por la informalidad, entendida esta como: la actividad burocrática no es conforme a las reglas formales, aunque parezcan cumplirse se infringen o tergiversan[52]. Finalmente será importante vencer el nivel de informalidad para que las medidas de la Nueva Gestión Pública sean efectivas. Por eso Shepherd sugiere que las reformas deben ser graduales. En ese sentido puede ser que el giro moderado del Ecuador, con la Constitución 2008, sea el adecuado. Dependerá mucho de la evaluación de resultados y del verdadero impacto en la población.

50 Cfr. Prieto Sanchís, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. En (ed.) Carbonell, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.

51 Cfr. Ormond, Derry; LÖFFLER, Elke. *Nueva Gerencia Pública: ¿qué tomar y qué dejar?*. En Revista CLAD Reforma y Democracia. Caracas N°13. Feb. 1999. Página14.

52 Cfr. Shepherd, Geoffrey. *Administración Pública en América Latina y el Caribe: en busca de un paradigma de reforma*. En (ed.) Losada Marrodan, Carlos. *¿De burócratas a gerentes?: las ciencias de la gestión aplicadas a la administración del estado*. Washington DC. Banco Interamericano de Desarrollo. 1999. Página 83.

VI. Bibliografía

Diario Hoy publicado el 01/06/1994 http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-conade-un-nuevo-ministerio-39904-39904.html

(comps.) Bañón, Rafael; Carrillo, Ernesto. La nueva administración pública. Editorial Alianza. Madrid. 1997.

Barzelay, Michael. Breaking Through Bureaucracy. México: FCE. 2000.

Cepeda Islas, Susana. http://www.uvmnet.edu/investigacion/episteme/numero8y9-06/enfoque/a_gerenciap.asp

Díaz, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Taurus. Madrid. 1983.

Hammergren, Linn. Judicial Reform Twenty-Five Years Later: Emerging Challenges to the Presumede Model. En http://lasa.international.pitt.edu/members/congress-papers/lasa2009/files/HammergrenLinn.pdf

Hammergren, Linn. Apuntes para avanzar en el debate sobre cómo mejorar el gobierno judicial. http://www.cejamericas.org/nexos/42/es/images/hammergren-gob judicial.pdf

Mintzberg, Henry; Ahlstrand, Bruce; y Lampel, Joseph. Safari a la Estrategia: Una visita guiada por la jungla del management estratégico. Granica. Buenos Aires. 2003.

Moore, Mark. Gestión estratégica y creación de valor en el sector público. Barcelona: Paidós. 1998.

Ormond, Derry; Löffler, Elke. Nueva Gerencia Pública: ¿qué tomar y qué dejar?. En Revista CLAD Reforma y Democracia. Caracas N°13. Feb. 1999.

Oszlak, Oscar. Indicadores de Desempeño Burocrático en Países del Tercer Mundo: Usos y Limitaciones. En http://www.oscaroszlak.org.ar/images/articulos-espanol/indicadores%20de%20des%20buro%20en%20p%20del%20ter%20mundo.pdf

Oszlak, Oscar. Merecer la Ciudad. HVMANITAS-CEDES. Buenos Aires. 1985.

(Comp.) PÁSARA, Luis. Lecciones ¿aprendidas o por aprender? En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina. Consorcio Justicia Viva. Lima.

Paredes González, Diego. Los reglamentos autónomos y el principio de competencia normativa en la Constitución Política de la República del Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. 2006. En http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/920/1/T394-MDE-Paredes-Los%20reglamentos%20aut%C3%B3nomos%20y%20el%20principio%20de%20competencia%20normativa.pdf

Paz y Miño Cepeda, Juan. La Asamblea Constituyente 2007 un nuevo ciclo histórico en el Ecuador: http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/

biblioteca/ciclo_historico.pdf

Prieto Sanchís, Luis. El Constitucionalismo de los Derechos. En (ed.) Carbonell, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2007.

Salgado Pesantes, Hernán. Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana. Konrad Adenauer Stiftung. Quito. 1999.

Shepherd, Geoffrey. Administración Pública en América Latina y el Caribe: en busca de un paradigma de reforma. En (ed.) Losada Marrodan, Carlos. ¿De burócratas a gerentes? : las ciencias de la gestión aplicadas a la administración del estado. Washington DC. Banco Interamericano de Desarrollo. 1999.

Villoria, Manuel. Modernización administrativa y gobierno postburocrático. En (comps.) BAÑÓN, Rafael; y Carrillo, Ernesto. La Nueva Administración Pública. Alianza. Madrid. 1997.

Weber, Max. Economía y Sociedad. México: FCE, 8va reimpresión. 1987.

El Impuesto a la Salida de Divisas

Sebastián Dueñas Riofrío[1]

Mediante el Decreto Legislativo 0 (en adelante el Decreto), el cual puso en vigencia la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, publicada en el Registro Oficial Suplemento número 242, de 29 de diciembre de 2007, se crearon nuevos impuestos para el país, estos son: el Impuesto a la Salida de Divisas (ISD), el Impuesto a los Ingresos Extraordinarios, el Impuesto a las Tierras Rurales y el Impuesto a los Activos en el Exterior. De estos posiblemente el ISD es el que más impacto ha tenido en las operaciones comerciales en el país.

Al revisar los considerandos expuestos en laLey Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador (en adelante LRETE), vemosque la creación de estos nuevos impuestos, surgió de la necesidadde reorganizar el sistema impositivo ecuatorianopara disminuir las desigualdades y la búsqueda de justicia social y una mejor distribución de la riqueza.

Mencionados los objetivos que motivaron la creación de estos nuevos impuestos, y en particular del ISD; casi cuatro años luego de su promulgación,surgen dudasde siestosobjetivos se han cumplido. Para verificarsi esto ha sucedido nos planteamos las siguientes preguntas: ¿Qué análisis se hizo antes de la creación de este impuesto? ¿Cuáles son las afectaciones reales que este impuesto ha tenido en la economía de nuestro país?, ¿Realmente el ISD es una forma de evitar que los capitales invertidos en el Ecuador salgan del país y propiciar que sean reinvertidos dentro del Ecuador?

La realidad económica del país actualmente no se encuentra en su mejor situación, esto se debe en parte a la inseguridad jurídica, la situación financiera y tributaria del país.

A partir de la promulgación de la LRETEse han realizado una serie de reformas legales que aumentaron la carga impositiva y la presión tributaria sobre los contribuyentes;lo que afecta directamente a la economíadel país[2], además el costo de vida ha aumentado,ha incrementado eldesempleo y han disminuido las inversiones y el intercambio comercial con otros países, esto en detrimento de nuestra economía.

1 Abogado con Diploma Superior en Derecho con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Miembro de la Unidad Tributaria del Estudio Jurídico "Pérez, Bustamante & Ponce", ex Asistente Jurídico de la Bolsa de Valores de Quito.

2 Revisar: www.bce.fin.ec, en relación a Comercio Exterior, importaciones y exportaciones.

La cantidad de reformas realizadas al ISD, demuestran que no se realizó un verdadero análisis jurídico y económico para su creación, es claro que el impuesto fue creado paragravar las operaciones monetarias que se realicen al exterior y con esto prevenir la fuga de capitales, además de proveer de ingresos adicionales al Estado, pero a causa de la cantidad de modificaciones que se han dado, también se evidencia la falta de planificación del Estado al creareste Impuesto.

Un ejemplo de la falta de previsión se denota en la exoneración incorporada en el Código de la Producción respecto a la exención del ISD al pago de capital e intereses derivados de créditos con instituciones financieras del exterior, cuando los créditos se destinen a la inversiones previstas en el Código; esta exoneración genera incertidumbre debido a que las inversiones previstas en el Código de la Producción pueden ser descalificadas por el Consejo Sectorial de la Producción (con lo que los pagos estarían sujetos al pago del impuesto), situación que podría devenir en complicaciones para los inversionistas, por el hecho de que el organismo de control mencionadohasta el momento no ha sido creado.

Debido a que el impuestoes relativamente nuevo, en su aplicación se han generado algunos inconvenientes para los contribuyentes, entre estos están, la obligación simultánea de las instituciones financieras como de la Corporación Aduanera Ecuatoriana (actual SENAE) de realizar la retencióndel impuesto, en el caso de la SENAE, ésta tenía la obligación de recaudar el impuesto por las importaciones realizadas previo a la desaduanización de los bienes importados, de esta forma se duplica el cobro del impuesto generando un pago indebido del mismo a los importadores.Actualmente ese problema ha sido subsanadoy la obligación de retener el impuesto se mantiene solo para las instituciones financieras, a pesar de esto mientras subsistió la obligación el impuesto fue retenido dos veces, la única forma de recuperar lo retenido indebidamente es mediante un reclamo, el cual genera gastos adicionales para la recuperación del mismo.

Antes de la última reformaexistió un problema respecto a la aplicación del crédito tributario generado por el pago del impuesto,a efecto de su aplicación en el pago del Impuesto a la Renta, de acuerdo a lo ordenado por el artículo innumerado después del 168 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, el ISD se constituye en crédito tributario para efecto del pago de Impuesto a la Renta cuando éste se genere por los pagos realizados por importación de materias primas, bienes de capital, e insumos para la producción siempre que los bienes importados registren tarifa 0% de Ad-valorem.

Efectivamente el Servicio de Rentas Internas mediante oficio 917012011OCON000340, en absolución a una consulta tributaria, ha mencionado

que la prelación de los créditos tributarios para efecto de la liquidación del Impuesto a la Renta de un ejercicio económico es el siguiente:

- Anticipo de Impuesto a la Renta.
- Crédito generado por el pago del ISD.
- Crédito Tributario por Retenciones de Impuesto a la Renta soportadas.

Al final en la absolución a la consulta, la Administración Tributaria sostiene que en el caso que el crédito tributario generado por el ISD pagado supere el valor del Impuesto a la Renta a pagar, este no podrá ser trasladado a los ejercicios fiscales siguientes, lo que en definitiva desnaturaliza este crédito tributario, ya que al no aplicar el crédito en un ejercicio y no estar sujeto a devolución, el beneficio fiscal pretendido no resulta perfecto.

Actualmente el artículo relativo al crédito tributario ha sido modificado concediendo al crédito obtenido por el pago de este impuesto la posibilidad de que sea utilizado como tal durante los 5 últimos ejercicios fiscales siguientes, siempre que los pagos se realicen por la importación de las materias primas, insumos y bienes de capital con la finalidad de que sean incorporados en procesos productivos.

Adicionalmente la prelación de créditos que se había establecido en la consulta mencionada se modificó, ordenando que sea el contribuyente el que establezca la prelación de créditos siempre que esta no contravenga la ley.

Respecto a esta la disposición transitoria primera del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado, publicada en el Registro Oficial 608, de 30 de diciembre de 2011, 4to Suplemento, que ordena:

> *"**Primera.**- Los contribuyentes podrán establecer la prelación o el orden de utilización de los distintos créditos tributarios que consideren, siempre que ello no contravenga el ordenamiento jurídico tributario."*

Una vez revisadas algunas de las incidencias de este impuesto, vemos que debido a la necesidad del Estado de incrementar sus ingresos, la creación de algunos de los nuevos impuestosno se ha hecho previo a un análisis económico y constitucional adecuado, ni teniendo en cuenta que uno de los objetivos parafiscales de los tributos es generar producción e inversión en el país.

Es claro que el impuesto puede servir para detener la fuga de capitales, pero este también puede hacer que los inversionistas reconsideren la posibilidadde invertir en el Ecuador,ya que en muchos casos los réditos que se obtendrían de las inversiones realizadas, se ven disminuidos por la carga impositiva.

Como consecuencia de la reducción de las inversiones, se afecta la economía, disminuye la producción nacional, afectándose la balanza comercial.

Por último no existe una evidencia real de que exista una mayor justicia social, o de una mejor distribución de la riqueza.Simplemente la economía de nuestro país se ha visto afectada, sin resultados positivos a la vista de los ecuatorianos.

Capítulo IV

Homenaje

Perfil del Dr. Hernán Salgado Pesantes[1]

Eugenia Silva Gallegos[2]



Fue un honor haber compartido inolvidables recuerdos con el Dr. Hernán Salgado Pesantes, dedicado catedrático de quien tuve la fortuna de recibir las primeras lecciones de Derecho en las aulas universitarias.

Junto con su distinguida esposa señora Vera Levy Hazan, con quien forma un hogar muy cálido y feliz; mantuvimos ameno diálogo y apreciamos su pasión por los libros, pues nos ilustró en diversas temáticas en su importante biblioteca.

Jurista destacado que supo representarnos dignamente a nivel internacional con su designación como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También aplicó sus valiosos criterios en las funciones que cumplió como Ministro de la Corte Suprema de Justicia y como Vocal del Tribunal Constitucional.

Ha contribuido a la literatura jurídica con numerosos análisis, obras y ponencias.

Doctor su origen es cuencano, coméntenos de su infancia y su familia.

Nací en Cuenca en 1939, para entonces la ciudad era pequeña en extensión y población, donde era común que todos conocieran a todos, incluso los habitantes

1 Artículo tomado de la Revista Novedades Jurídicas Número 56, Año VIII, Febrero 2011, Ediciones Legales.

2 Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Abogada de los Tribunales de la República por la UIDE, Subgerente General Ediciones Legales EDLE S.A., Directora de la Revista Novedades Jurídicas y Tribuna Democrática, Gerente de la División Académica de EDLE S.A., Experiencia: Jefe de Redacción, Gerente de Producción, Gerente de Investigación, Gerente General en EDLE S.A. Ha ocupado diversos puestos dentro de la representación estudiantil de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

de los valles azuayos estaban vinculados con la ciudad. Según mis vivencias, en el ambiente cuencano predominaban la religiosidad, la erudición -en el sentido de querer saber de todo- y la poesía. Mucho tomé de lo primero, poco de lo último. Quizá para ello contribuyó el hecho de que mi abuela materna fuera sobrina de Julio María Matovelle, cuya evocación estuvo presente. Desde mis primeras letras me aferré a los libros, los cuales ejercieron en mí una suerte de fascinación.

Realizó sus estudios primarios en Cuenca en el Colegio San José de la Salle, la secundaria la concluyó en la ciudad de Guayaquil, cuéntenos alguna anécdota de ese periodo de su vida.

Siempre he recordado con gratitud a la Escuela de los Hermanos de la Salle donde inicié mi aprendizaje que años después comprendería que fue integral, al incluir además de los saberes humanos la dimensión espiritual sintetizada en la ética y moral cristianas. Estimulado con algunas condecoraciones pasé a estudiar con los lasallanos de Guayaquil, ciudad en la que vivían numerosos familiares. Los últimos años de colegio los hice en el Nacional Vicente Rocafuerte. Este cambio de establecimientos educativos me fue positivo y contribuyó a darme una personalidad propia. Las explicaciones de mis profesores las tomaba con espíritu crítico, uno de ellos –J.J. Pino de Icaza- supo comunicarme con su pasmosa erudición literaria la riqueza del pensamiento humano y avivó mi deseo de emulación. Para entonces, Guayaquil se había convertido en mi "Patria chica".

Una vez graduado de Bachiller en Filosófico-Sociales en el Colegio Vicente Rocafuerte, inicia sus estudios en Jurisprudencia en la Universidad de Guayaquil, ¿por qué la elección de esta disciplina?

Al inclinarme por el estudio de las ciencias filosófico-sociales había tomado una opción acorde con mis lecturas predilectas y, en mi entender, éstas convergían a la ciencia del Derecho y a la profesión de abogado. No fui una excepción a los ideales que abriga todo joven y por ello pensaba que el Derecho me acercaría al ideal de un orden justo con libertad. El tiempo transcurrido y los estudios realizados me han confirmado tal aserto. También pensé que la abogacía sería como tomar una armadura protectora para luchar contra las situaciones de injusticia. Comprendo que tal idea tenía mucho de sensibilidad e idealismo. Elementos de los cuales todavía no me he despojado.

Recuerda ¿qué maestros conformaron su Tribunal de Grado Doctoral y cuál fue el tema de su tesis?

De los cinco profesores que conformaban el Tribunal, recuerdo con viva emoción a los doctores Raúl Clemente Huerta, Nicolás Castro Benítez y Luis Antonio Arzube. Un distinguido procesalista, el Dr. Tomás Valdivieso Alba me instó a que realizara mi tesis doctoral en el ámbito procesal y él aceptaba tomar la

dirección. Así ocurrió, mi trabajo de investigación se intituló: "La sentencia como fin de la relación jurídica procesal".

Por sus méritos estudiantiles fue galardonado con una beca del gobierno de Francia para estudiar en la Sorbona. Cuéntenos sobre esa experiencia.

Durante mi carrera universitaria mantuve latente el deseo de conseguir una beca y poder estudiar una especialización en Europa. Con el tiempo consideré que el país indicado era Francia, pensaba que entonces podría leer en su propia lengua a los clásicos del pensamiento político francés. Con mucha predisposición estudié dicho idioma y tomé contacto con la Embajada de Francia a través del Consulado de Guayaquil. Presenté mi hoja de vida estudiantil, se me pidió el programa concreto de estudios a realizar. Solicité una beca por dos años de duración debido a que deseaba hacer un doctorado de postgrado (PhD). Transcurrido cierto tiempo fui notificado con la aceptación: se me concedía una beca del Gobierno de Francia por los dos años. La demora, me explicaron, se debió a los sucesos universitarios (Mayo del 68) que alteraron al país galo. En París, luego de rendir una prueba de capacidad, fui matriculado en la Universidad de Panteón Sorbona. Tuve clases presenciales por dos años, después del primero podía inscribir el tema de investigación para la tesis doctoral que fue: "Evolution des principes de non-intervention et de la souveraineté dans la téorie et la pratique soviétiques du droit internacional". Esta temática me traería grandes dolores de cabeza, no medí las dificultades; lo hice a petición de un distinguido profesor –Pierre Cot- que apreció mis análisis sobre la invasión de la Unión Soviética a Checoslovaquia. La terminación de la tesis doctoral exigió duplicar tiempo y esfuerzos, permanecí casi cinco años en París y la beca se me amplió generosamente. El doctorado fue en Estudios Políticos, que era el equivalente en la Sorbona a Ciencias Políticas.

Usted tuvo la oportunidad de visitar prácticamente toda Europa, ¿qué país considera Ud. como un ejemplo de democracia y por qué?

Durante los períodos de vacaciones pude recorrer los países vecinos a Francia. Por motivo de mi tesis se me facilitó visitar centros universitarios de Moscú en dos ocasiones (para reunir documentación y tomar contacto -en idioma francés- con profesores rusos); también pude conocer la realidad de Checoslovaquia y de Polonia. Gran atracción tuvo para mí estar en Grecia y recrear su historia. Considero difícil señalar un determinado país como modelo de democracia. La democracia tiene estándares exigentes, pienso que en los primeros países que fundaron la Comunidad Europea se están concretando elementos trascendentes de lo que la doctrina jurídico-política concibe como democracia.

También tuvo la oportunidad de conocer a importantes juristas, ¿puede referirnos algunos y qué lecciones aprendió de ellos?

Entre mis maestros, cuya influencia recibí, están constitucionalistas como: Georges Vedel, Maurice Duverger, Georges Burdeau, autor de un tratado de Ciencia Política en diez tomos que es realmente un estudio de Derecho Constitucional utilizando la metodología de las ciencias políticas; también el sociólogo Raymond Aron y otros. Entre las lecciones que se aprenden citaría la honradez académica, el análisis preciso y claro que aflora en síntesis bien elaboradas, con rigor científico, y que muestran un dominio absoluto del tema. Durante mi estadía universitaria aprendí mucho, sea en las aulas y bibliotecas o en la vida cotidiana; en la interrelación con personalidades diversas lo que lleva al pluralismo y a la tolerancia en un marco de respeto común.

Durante algún tiempo fue profesor en distintos colegios de Guayaquil, ¿cómo inicia su larga carrera en la cátedra universitaria?

Una de mis vocaciones ha sido la docencia, quizá sea congénita, en mi familia paterna han habido buenos pedagogos. Muy prontamente me inicié como profesor en algunos colegios de Guayaquil, mi meta era pasar a la Universidad. Pero consideré que debía estar suficientemente preparado y esta fue una de las razones para buscar un postgrado. A mi regreso de Francia iba a dictar clases en las dos Universidades que para entonces habían en Guayaquil (1974) pero la Providencia me trajo a Quito (mi cónyuge prefirió habitar en Quito), donde al no tener amistades se me dificultó encontrar una vacante universitaria. Mi diploma francés no fue de ayuda, solo despertó desconfianza. En mayo de 1978 leí en la prensa la convocatoria a un concurso de méritos y oposición para llenar la cátedra de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica y la obtuve, pasando de inmediato a dictar clases. Desde entonces he permanecido en la PUCE, gran parte como profesor de tiempo completo.

Fue Subdecano y Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, ¿cuáles fueron sus vivencias más gratas y cuáles las más difíciles?

Los estudiantes valoraron favorablemente mi forma de conducir la cátedra, para aquella época ellos intervenían activamente en la elección de las autoridades. Primero, fui designado al Consejo de Facultad, luego Subdecano (aunque mi binomio -Dr. Jaime Flor Vázconez- no logró la votación necesaria) y después Decano (1987-89). Estas designaciones, obtenidas por



el respaldo de los estudiantes, fueron un estímulo permanente para ser siempre mejor en la cátedra. Mi Decanato se caracterizó por impulsar la investigación y realizar varias publicaciones (ILDIS auspició este esfuerzo); para el bicentenario de la Revolución Francesa invitamos a profesores galos; con el Dr. Ernesto Albán trabajamos en un proyecto de Ley de estupefacientes (auspiciados por la Fundación Nuestros Jóvenes), que después con algunas alteraciones sería aprobada por el Congreso. Un momento desagradable fue cuando no obtuve el apoyo de mis colegas para la reelección a pesar de que era tradición que el Decano en funciones fuera reelecto para un segundo período. Pasado ese momento, me pareció bien que fuera el único Decano que hizo un solo período y preferí quedar así, desoyendo los constantes pedidos de los estudiantes.

¿Siempre ha sido el Derecho Constitucional la especialidad de su preferencia?

Me apasionan todas las disciplinas jurídicas que estudian el fenómeno del Derecho. He dictado clases de: Teoría General del Estado, necesario antecedente del Constitucional; Introducción al Derecho que permite una visión global del mundo jurídico. Pero mi especialidad es el Derecho Constitucional estudiado bajo el prisma de la ciencia política, como aprendí de mis maestros franceses. Esta formación me hace renuente a las teorías que hoy se expanden de aquellos docentes que cultivan la Filosofía del Derecho, los iusfilósofos. Diría que prefiero "pisar tierra". Mi segunda especialidad son los Derechos Humanos y los sistemas establecidos para su protección. De esta conjunción Derechos-Constitución hoy en Iberoamérica desarrollamos –me incluyo- el Derecho Procesal Constitucional.

Autor de innumerables obras, artículos y análisis. Si tuviera que escoger o recomendar los más significativos, ¿cuáles serían y por qué?

Las obras también envejecen, dura lección para los académicos. Por estar actualizada recomendaría mi "Introducción al Derecho. Un esbozo de Teoría General del Derecho", segunda edición, 2010. Mis otros textos en materia constitucional que aspiran a una nueva edición son: "Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador", un análisis que partiendo de la Constitución examina las funciones y competencias de los órganos del Estado ecuatoriano; "Lecciones de Derecho Constitucional" contiene básicamente los fundamentos doctrinales de las instituciones; mi "Manual de Justicia Constitucional" que enfoca las garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos fundamentales, además de las acciones de inconstitucionalidad, en la nueva edición se llamará "Manual de Derecho Procesal Constitucional" para promocionar a esta nueva disciplina. Una parte de mis ponencias sobre el sistema de protección interamericano de Derechos Humanos -que podrían interesar-serán recogidos en un texto.

Como Magistrado del Tribunal Constitucional, ¿pudo aplicar efectivamente la doctrina que Usted propugnaba o tuvo limitantes?

Creo haberlo hecho. Lo frustrante es cuando por desconocimiento de la doctrina constitucional la mayoría toma un camino contradictorio; en todo caso, queda la posibilidad de salvar el voto y explicar los fundamentos de esa posición. Cuando un juez actúa con independencia y saber jurídico afirmaría que no existen limitantes. También hay que saber aceptar que los demás jueces discrepen –pero con fundamentos- de las tesis jurídicas que uno exponga.

Una de sus funciones más importantes ha sido su desempeño como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, ¿recuerda su decisión más compleja?



En efecto, considero que ha sido la función más trascendente en mi vida, que me permitió –a lo largo de doce años- transformarme en juez, lo digo con humildad. En este ámbito se juzga a los Estados sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana y se realiza el ideal de luchar contra la injusticia contenida en la violación de los derechos humanos; también se comparte el dolor que transmiten las víctimas y sus familiares. Un juez, además de ser objetivo, debe ser sensible para comprender el drama humano. Una cuestión compleja que me tocó enfrentar como presidente de la Corte (1999) fue cuando el gobierno del señor Fujimori en Perú decidió retirarse de la jurisdicción de la Corte para evitar que ésta siga juzgando las violaciones a los derechos humanos. Oficialmente señalé que el Estado peruano no podía actuar de ese modo, mis argumentaciones jurídicas las recogieron los medios de información de Perú y causó disgusto a los voceros del gobierno. Meses después este gobierno sucumbió.

Fue designado Magistrado de la Corte Suprema de Justicia a través de una selección minuciosa, ocupó el segundo lugar entre los mejor puntuados, ¿qué reflexiones puede compartirnos de la administración de justicia de ese periodo?

Participé en ese concurso porque consideré que la experiencia adquirida debía ponerla al servicio de mi país. Recuérdese que por los hechos políticos que ocurrieron en diciembre de 2004 la administración de justicia se paralizó y los juicios se acumularon dramáticamente. Todos pusimos nuestra mejor capacidad para despachar lo más pronto posible las causas; pienso que la mayoría trabajamos con

probidad e independencia, desde luego las excepciones no faltan. La autodepuración fue efectiva y el sistema de cooptación funcionó; faltó poner en práctica la evaluación de los jueces. Esta Corte Suprema duró tres años, la transitoria constitucional dio por terminadas las funciones y dispuso un sorteo para reducir el número; de los 21 sorteados solo 3 aceptaron continuar, los 18 nos retiramos con la dignidad con que ingresamos. El tiempo transcurrido está dando la razón a los argumentos expuestos. El Consejo de la Judicatura, órgano pesadamente burocrático, fue inoperante y ha continuado siéndolo aunque con mayores atribuciones. La capacitación de los jueces sigue en planificación. Se realizaron concursos, se nombraron a los jueces de las Cortes Superiores (hoy Provinciales) pero allí quedó. El denominador común ha sido la presencia de jueces encargados y de alternos. Las estadísticas señalan que faltan juzgados y jueces pero no se da la solución. La crisis de la Justicia la ahondan los jueces amedrentados y aquellos aduladores del Poder.

Ha recibido numerosos homenajes y reconocimientos, ¿cuál ha sido el más sentido?

No, realmente no los he recibido, salvo una condecoración del I. Municipio de Quito en diciembre de 2009, otra del Colegio de Abogados de Guayaquil como "Mejor Abogado 2009", y de la Asociación de Profesores de la PUCE por los 30 años de docencia. No obstante, mis discípulos siempre me han dado su afecto y reconocimiento, mismo que se plasmó en llamar con mi nombre a la biblioteca estudiantil.

Usted está casado desde hace muchos años con la señora Vera Levy Hazan de origen brasileño, ¿cómo la conoció?



Los años pasados juntos -37 ya- van consolidando una unión y fortaleciendo los afectos. Mi mujer es de Río de Janeiro, la conocí en los años en que fui estudiante en París, ella también lo era. Nos casamos después que regresamos a nuestros países de origen, otorgándonos un lapso de reflexión.

Nos puede referir su entorno familiar más próximo.

Está conformado por mi mujer y mis dos hijos (Luis y Claudia), unos pocos amigos y algunos familiares.

Conocemos que su hija siguió sus pasos en la elección del Derecho como profesión, ¿qué consejo le ha dado siempre?

Generalmente los padres nos alegramos cuando algún hijo "hereda" nuestra

profesión, pero también es bueno que los hijos nos hagan conocer otros campos de actividad. Para mi hija, como para todos mis discípulos, he insistido en el comportamiento ético, fundado en la moral cristiana, en autodesarrollar –al máximo de las capacidades- el conocimiento jurídico. Y en ser indeclinables en mantener y defender determinados principios que constituyen la esencia de la vida.

¿Cómo es el día a día del Dr. Hernán Salgado?

Nada especial, en la mañana acudo a la Universidad, dicto clases, examino trabajos, atiendo a los estudiantes y me place conversar con ellos. En la tarde, despacho desde mi casa algunas consultas y asesorías que me solicitan; en la noche tengo la costumbre de realizar mis trabajos académicos propios, leer, escribir (que de cuando en cuando los interrumpo para dialogar con mi mujer).

¿Cuál su diversión, comida y música favoritas?

Caminar, conversar, tener momentos de silencio. Gusto de la comida típica nacional tanto como escuchar nuestra música interpretada en piano; los valses de Johann Strauss me permiten evocar lo vivido.

¿Qué nos puede decir de su Biblioteca, nos han comentado que es muy completa?

Considero que es el mejor bien material que poseo, la mayor parte son textos jurídicos pero contiene diversas disciplinas (derechos humanos, literatura, historia, sociología, religión). Especial valor tienen los libros con dedicatoria ofrecidos por mis colegas iberoamericanos y ecuatorianos. No querría caer en la exageración pero tomar un libro para buscar el dato que se necesita, hojearlo y leerlo es un deleite. Y qué mejor si los libros que se utilizan están al alcance de la mano. Siempre pido a mis estudiantes ir formando su propia biblioteca.

Si tuviera que regresar a un sitio en especial, ¿a dónde sería y por qué?

Me place regresar a Francia para reencontrar los pasos perdidos…

¿Qué consejo daría para mejorar la administración de justicia?

Una opinión más que un consejo sería que los entes políticos comprendan –de buena fe- que la Función Judicial para cumplir su finalidad debe ser independiente y contar con un presupuesto acorde a sus necesidades; que las autoridades judiciales –con más amor- cuiden y fortalezcan la institucionalización de la Justicia (temo que no existe), estimulando la carrera judicial, capacitando a jueces y más servidores, creando consciencia del servicio público que dan, con salarios equitativos (evitando desproporciones), sistema objetivo e imparcial de evaluación para todos, régimen disciplinario aplicado con equidad y firmeza. La suma de estos y otros elementos –en un accionar conjunto- podrán erradicar la corrupción.

Discurso de Homenaje al Dr. Julio César Trujillo Vásquez

Ricardo Vaca Andrade[1]

El día 14 de noviembre del 2011, la Facultad de Jurisprudencia y la Asociación Escuela de Derecho, realizamos un justo y merecido homenaje al Dr. Julio César Trujillo, quien a lo largo de su vida ha mantenido una vinculación directa con nuestra Universidad: ha sido estudiante, profesor por más de 50 años, Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Vicerrector, desempeñando siempre cada una de sus actividades de manera ejemplar y aportando sus valiosos conocimientos en beneficio de la PUCE. Sin duda un maestro intachable, un profesional insigne, pero más importante aún, un gran ser humano. El acto fue sencillo, pero estuvo colmado de emotividad; a continuación se encuentra el Discurso que el Dr. Ricardo Vaca pronunció en homenaje del Dr. Julio César Trujillo.



Confieso que no soy amigo de los homenajes, ni de los que se me ofrecen ni de los que se organizan a otros, con más o menos merecimientos, en una época en la que los grados más elevados de "maestros" de las organizaciones secretas, tanto como los doctorados honoris causa se entregan con tanta facilidad. Éste es uno diferente y muy merecido tanto por parte de los que han decidido organizar el evento, como por parte del homenajeado, que no es cualquier persona: lo digo porque estos gestos no van con la personalidad de nuestro querido amigo común. Si ha convenido en participar de este acto es porque muchos de los que bien le queremos anhelábamos que se dé esta ocasión para expresarle públicamente nuestros sentimientos, nuestra gratitud, nuestro afecto y nuestra admiración por todo lo que ha hecho en su larga, agitada y singular

1 Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Profesor principal y titular de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la PUCE, desde 1973.

vida, particularmente, en la PUCE. Por ello, no dudé ni un segundo en aceptar el pedido que se me hiciera para intervenir ahora y poner de relieve algunos puntos sobresalientes de la vida de nuestro querido amigo, compañero y maestro.

El Dr. Julio César Trujillo Vásquez nació en San Antonio de Ibarra en la provincia de Imbabura, el 30 de marzo de 1931. Sus primeros años no fueron fáciles; con serias limitaciones económicas debía caminar largas jornadas todos los días para recibir las primeras enseñanzas que le impartieron los Hermanos Cristianos en el Instituto "Rosales". Ahí fueron compañeros de banca con mi hermano, el padre dominico Julio César Vaca Andrade, fallecido en 1982. La secundaria la hizo en el Colegio "Sánchez y Cifuentes", en donde se destacó no solo por ser un estudiante dotado de excepcionales virtudes y apego al estudio, sino también y sobre todo porque fue un gran basquetbolista. Su madre, mujer de grandes virtudes cristianas, debió haber descubierto que su hijo Julio César no era persona común destinada a la mediocridad: tenía que enviarle a cursar sus estudios superiores en una Universidad capitalina de prestigio, como la Católica, que había sido recientemente fundada, en noviembre de 1946. A veces se olvida o se pasa por alto que para los padres de familia de jóvenes provincianos que deseábamos superarnos estudiando en Quito en las décadas del 50 y del 60 del siglo pasado, los esfuerzos y sacrificios eran grandes y difíciles, tanto para cubrir los gastos de residencia, alimentación y movilización, como los del propio estudiante que debía vivir solo, en un medio hostil porque no siempre fue bondadoso ni abierto a los provincianos; ante tal actitud, la dedicación y el estudio son la respuesta apropiada, aunque unida a una firme decisión de salir adelante, de triunfar por propios méritos; por fortuna, esa respuesta es, al mismo tiempo, la poderosa motivación para aprender más, ser mejores que la media que se limita a buscar el título para conseguir el nombramiento en la función pública o para aprovechar de las fortunas heredadas de familias tradicionales.

El Dr. Julio César Trujillo, se dedicó a estudiar con seriedad y responsabilidad, sin dejar de lado su pasión por el Básquet, como le recuerdan sus antiguos compañeros de carrera, entre otros el doctor René de la Torre Alcívar. Empezaron más de cien y terminaron la carrera de Derecho apenas 23 amigos y compañeros. Se graduó tercero en su clase por sus propios méritos, esfuerzos y dedicación. En cuanto recibió sus títulos de licenciado y doctor en Jurisprudencia el 13 de noviembre de 1958 se dedicó a ejercer con pasión la profesión de abogado, siempre al lado de los más pobres, de los trabajadores, de los más necesitados. Desde sus años de estudiante universitario se afilió al Partido Conservador, decisión sobre la cual en más de una ocasión le requerí alguna explicación, cuando trabajábamos juntos, y él me la dio con mucha paciencia aunque nunca terminé de entenderla a cabalidad en razón de su personalidad y forma de pensar, tan conocida por todos.

Al poco tiempo de su graduación fue llamado por el padre Aurelio Espinosa Pólit, rector y fundador de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y por el entonces decano de la Facultad de Jurisprudencia, doctor Julio Tobar Donoso para que se ocupara de la cátedra de Derecho del Trabajo, lo cual constituyó un temprano y gran honor para él en razón del elevado nivel científico y cultural de quienes le habían formulado la propuesta, y también por el creciente prestigio que día a día adquiría la Universidad Católica, y de manera especial la Facultad de Jurisprudencia en el país. Conviene aclarar que la propuesta no tenía como fundamento su reciente iniciación como profesional del Derecho, ni su afiliación al partido Conservador, sino sus rendimientos como brillante estudiante que recién había dejado la Universidad.

Ya como profesor de Derecho del Trabajo se destacó por su dedicación y entrega cumpliendo a cabalidad el compromiso adquirido con la Universidad, acudiendo puntualmente a dictar sus clases en las horas y días asignados. Para el doctor Trujillo la cátedra universitaria jamás, en ningún momento de su vida, fue ni un pasatiempo, ni un peldaño para escalar posiciones, ni para hacer constar en su currículo, ni mucho menos un entretenimiento que le distrajera de su ocupada agenda profesional o, en fin, porque no tenía nada más a que dedicarse. Tampoco se convirtió en profesor universitario atraído por las simbólicas remuneraciones que pagaba en ese entonces la Universidad Católica. Desde sus primeros días hasta hace poco que ha decidido retirarse de las universidades en las que prestó sus brillantes servicios, lo único que le motivó para el ejercicio de sus cátedras fue su pasión por enseñar, por cumplir con sencillez, bondad y nobleza el mandato divino de enseñar al que no sabe, formando los abogados que la PUCE y el Ecuador necesitaba, con una orientación cristiana definida, y, fundamentalmente, éticamente sólidos.

Tenía ya algún renombre como gran abogado, excelente profesor y persona de excepcionales cualidades intelectuales, cuando en el año 1971 un grupo de jóvenes estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia, principalmente de sexto curso - yo estaba entonces en el quinto curso de los seis que había que aprobar para egresar - pensaron en él como candidato ideal para Decano en un momento en que se requería de cambios y transformaciones profundas. Los líderes del grupo de proponentes fueron entre otros los entonces estudiantes Ximena Moreno y Alberto Wray. La propuesta sorprendió al mismo Dr. Julio César Trujillo, porque como él lo dice con la sinceridad que le caracteriza, no era una distinción y una responsabilidad que estaba entre sus proyectos de vida, confirmando así, que, en efecto, no era, ni es de las personas que ambicionan llegar a puestos directivos por afán de notoriedad o búsqueda de importancia, motor que ha movido a tantos escaladores y arribistas en todos los tiempos. Hizo algunas consultas privadas,

pensó mucho y reflexionó más todavía sobre las repercusiones futuras de una decisión tan delicada como esa; finalmente, aceptó la propuesta de los estudiantes, los cuales votarían en la elección por primera vez. Los estudiantes debían conseguir los indispensables votos de algunos profesores convenciéndoles de la necesidad de que termine el decanato del Dr. Julio Tobar Donoso, quien se había mantenido al frente de la facultad y la había manejado con su sola voluntad desde la fundación misma de la Universidad en 1946 hasta 1971: 25 años continuos de decanato. En Asamblea General triunfó el Dr. Trujillo y fue electo Decano. Todavía recuerdo con claridad el semblante de suma preocupación y desaliento de algunos profesores tradicionalistas que sinceramente creyeron que el Apocalipsis había llegado a la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, convencidos como estaban de que el nuevo Decano era comunista, sólo por ser abogado de los trabajadores, de los pobres y promovido por los estudiantes, olvidando que para entonces nuestro amigo doctor Trujillo, por propia decisión y sus indiscutibles méritos, había llegado a ser parte de la directiva del tradicional Partido Conservador, de tal manera que lo ideológico jamás estuvo en discusión en el claustro universitario pero si el deseo no discutido ni discutible de mantener a la Facultad en el estado en el que estaba, porque los cambios, a algunos, no les parecían ni necesarios, ni urgentes, ni mucho menos indispensables. Según ellos, todo estaba bien.

Por fortuna esos cambios llegaron, inspirados en la incuestionable calidad académica y liderazgo del doctor Trujillo, en su tenacidad y en su innato don de convencimiento al que debió recurrir para aquietar temores y despejar inquietudes infundadas. Gracias a Dios se produjo la primera reforma universitaria que se inició con muchas dificultades y fuertes oposiciones de quienes temían lo peor, pero lo hacían huérfanos de razones y con argumentos que ahora resultarían ingenuos, para no calificarlos de ridículos. La reforma se llevó adelante y se sostuvo con el respaldo de los profesores jóvenes y de los estudiantes. Curiosamente, y para grato recuerdo de muchos hay que mencionar que un jesuita insigne como el padre Juan Espinosa Pólit, apoyó decididamente la reforma; seguramente porque con su preclara inteligencia vislumbró que los cambios eran indispensables y que el doctor Trujillo no era ni el comunista que temían, ni el demonio que pintaban, sino el líder indiscutido de la reforma que se requería para sacarla adelante.

Esta reforma comprendía el sistema de créditos y semestres en lugar de los seis años de estudio de cursos cerrados (no se aprobaba una materia, Religión, por ejemplo, y se perdía todo el año que había que repetirlo íntegramente), se sustituyó el estudio de los códigos por el estudio del Derecho; así, por ejemplo, las cátedras de Derecho Civil, empezaron a llamarse "De las personas" y no del Libro primero, "Bienes", "Sucesiones", "Obligaciones y Contratos", en lugar de los respectivos

Libros; el Código Penal fue reemplazado por el estudio del Derecho Penal; el Código del Trabajo fue reemplazado por el Derecho del Trabajo o Derecho Laboral, etc. Se dio un importante impulso al Derecho Público y se inició la preocupación por el Derecho Económico. Y, lo que probablemente, constituyó el más importante cambio de todos, para acceder a las distintas cátedras de la Facultad ya no era suficiente declararse católicos fervorosos sino tener otras muchas verdaderas y sólidas cualidades y virtudes, empezando por adquirir el compromiso de atender la cátedra con seriedad y puntualidad, con responsabilidad, de investigar y de estudiar día a día dejando de lado el convencimiento de que quien sabía de memoria los más importantes artículos del Código Civil ya tenía conocimientos más que suficientes para triunfar en la vida como próspero abogado listo para convertirse en rico lo más pronto posible.

Algunos de los que egresamos y nos graduamos en los primeros años de la década de los setenta, con notables merecimientos, ciertamente, y no tan solo por pertenecer a prominentes familias de Quito, fuimos llamados a integrar un cuerpo de profesores universitarios remozado, animados e inspirados en la figura del decano Trujillo, en quien fijamos nuestros ojos como nuestro modelo y conductor; nos dedicamos por entero y con todo entusiasmo al oficio de enseñar, atendimos con puntualidad y seriedad nuestras obligaciones académicas, investigábamos, leíamos y estudiábamos mucho antes de impartir nuestros conocimientos, algunos fuimos enviados al extranjero para ver y aprender cómo funcionaban otras universidades al tiempo que tratábamos de nutrirnos de más y mejores conocimientos en nuestras respectivas especialidades. Fueron años hermosos, inolvidables, porque empezamos a ejercer la profesión con entusiasmo, aunque descubrimos con estupor que lo que nos habían enseñado en la antigua Facultad - como las cien definiciones de D. Administrativo - no servían de mucho o de nada en la práctica, menos aún frente a la dictadura que aquejaba al país, y a la que frontalmente combatía el Dr. Trujillo. Accedimos a las cátedras confiadas a nosotros porque estábamos convencidos de que lo que hacíamos lo hacíamos por vocación y con entrega, amando nuestro delicado oficio, animados por el sincero deseo de formar excelentes abogados, estudiando e incentivando el estudio y el análisis de la doctrina, de la jurisprudencia y apoyados en las experiencias profesionales personales adquiridas en el litigio de causas encomendadas a nosotros. Éramos profesores y abogados practicantes que seguíamos el ejemplo inspirador, caminando por la misma senda que nos trazó nuestro maestro, amigo y líder, Julio César Trujillo, quien, posiblemente sin saberlo ni haberlo leído, siguió el pensamiento de Dr. Luis Jiménez de Asúa, cuando escribió: *"Los que aspiran a que el Profesor sea un puro científico, le deniegan el permiso para ejercer su carrera, pero no están en lo cierto más que a medias. El ejercicio profesional,*

cuando es moderado y no se produce fuera del campo de la disciplina profesada, lejos de empeorar la calidad docente del Maestro, la completa y afina. El ejercicio de la rama jurídica explicada en la Cátedra, corrige el excesivo dogmatismo y pone la doctrina en contacto con la realidad…. He perseverado en el empeño profesional porque estoy seguro que el haberme puesto en contacto con casos reales ha decantado mi enseñanza de cátedra" (Prólogo al I Tomo de las Defensas Penales). Será por esta linea de pensamiento que no deja de sorprenderme que abogados que no conocen ni donde funcionan los juzgados y que jamás han elaborado ni el más sencillo de los escritos, conduzcan cátedras en las que lo esencial es la práctica, el manejo de casos reales (no inventados) y la relación objetiva con una realidad judicial que nos aqueja y nos duele.

Los temores de algunos se disiparon en poco tiempo y por ello, meses después de haber asumido el decanato, el Dr. Julio César Trujillo fue propuesto por el padre Alfonso Villalba, provincial de la Compañía de Jesús y Vice Canciller de la PUCE, para que asumiera el cargo de Vicerrector de la Universidad. Es evidente que, para entonces, al menos para el provincial de la Compañía de Jesús el Dr. Julio César Trujillo Vásquez, era una persona dotada de múltiples cualidades. Luego de algunas consideraciones se llegó a la conclusión de que el cargo de Decano de Jurisprudencia no era incompatible con el de Vicerrector de la PUCE; que el nuevo Rector, P. Hernán Malo, estaba de acuerdo con esa designación; pero, fundamental, se dejó muy en claro que el Vicerrector no sería instrumento de la Jerarquía eclesiástica, ni de persona o grupo alguno de predestinados, por lo que la PUCE se manejaría con fidelidad a su espíritu pero con total autonomía.

Desde el vicerrectorado, siguió apoyando decididamente la reforma universitaria, con la que estaba totalmente de acuerdo y la encabezaba con talento, sagacidad y brillantez el rector Padre Malo.

Una de las características de las colectividades ecuatorianas, para no hablar de defectos más repulsivos, es el "chisme" dañino, perverso, que con razón las naciones indígenas la sancionan como falta grave. Los "chismes" afrentosos en contra del Dr. Trujillo no estuvieron ausentes de la comunidad universitaria, pero la perspicacia del padre Hernán Malo González los cortó de raíz y frontalmente para terminar de una vez con tanta maledicencia de la que realmente se estaba haciendo víctima a un hombre insigne, frontal, honesto y caballero a carta cabal. Pero, había que empezar averiguando de fuente directa el pensamiento del Dr. Trujillo; para ello, el padre Malo le invitó al "sospechoso" a efectuar un viaje a Latacunga conversando largamente en la jornada de ida y vuelta, así como durante el almuerzo sobre temas relacionados con la PUCE. Directa y objetivamente, el Padre Malo se enteró de lo que pensaba el Dr. Trujillo acerca de la reforma Universitaria, y, cuando se

despejaron sus dudas iniciales, pasaron a clarificar el contenido de los "chismes" de tan variada índole con los que le habían llenado la cabeza al rector Malo, tratando de envenenarle el corazón y destruir la amistad que se había iniciado varios años antes, durante un viaje que para los dos y para todos los pasajeros del avión en que viajaban pudo terminar en tragedia.

Un tema que no dejó de ser motivo de comentarios y que lo siguió siendo hasta muchos años después - ¿posiblemente hasta nuestros días?- era el de que el Dr. Julio César Trujillo Vásquez, gracias a un indiscutible respaldo estudiantil, que se le atribuía y era verdadero, proyectaba y preparaba una especie de "golpe de estado" para destituir al padre Malo del Rectorado y exigir la secularización de la PUCE, como por esas fechas había ocurrido o estaba ocurriendo en la Universidad Católica de Guayaquil, cuando seglares católicos asumieron la conducción de ese importante centro de estudios superiores. Pero, como los anuncios y pronósticos de los chismosos no se cumplían y, por el contrario, se daban acontecimientos que los desvirtuaban por completo, el padre Malo resolvió, con la inteligencia y frontalidad que le caracterizaban, tratar el asunto directamente con el Dr. Julio César Trujillo, principal sospechoso de ser el cabecilla del grupo que tenía tan malas intenciones. Fue entonces cuando el Dr. Trujillo dejó en claro al padre Malo y a la Compañía de Jesús, de una vez y para siempre, que su proyecto de vida era el político, que los "chismosos" y cuentistas estaban equivocados, porque luego de una especie de conscripción universitaria volvería a su pasión: la política. Aclaró, supuestamente en forma definitiva, que su opinión era la de que la PUCE debía continuar a cargo de la Compañía de Jesús, porque, de secularizarse, las ambiciones por el rectorado dividiría a los seglares y la PUCE podría terminar como la Universidad Central del Ecuador, en la que las luchas políticas empezaban a paralizarla con descuido de las tareas propias de la Universidad, especialmente en lo concerniente a su modernización.

He dicho que los temores que inquietaron a algunas mentes afiebradas nunca se disiparon totalmente: en agosto de 1986 un jesuita que ocupaba un alto cargo en la PUCE, tuvo una fuerte discusión conmigo, y frontalmente me pidió la renuncia del cargo que ocupaba – no de la cátedra – endilgándome la única acusación que se le ocurrió: la de ser socio del Dr. Julio César Trujillo, comunista que odiaba a los jesuitas y quería su expulsión de la Universidad Católica. Luego de superada mi sorpresa y contenida mi indignación le pregunté si sabía quien era el asesor jurídico, abogado defensor y consejero personal del Provincial de la Compañía de Jesús de mucho tiempo atrás; y, principalmente, si conocía que el doctor Trujillo defendía, casi siempre de forma gratuita, a la Compañía de Jesús, en las diversas causas que se presentaban en su contra, y que yo también había defendido gratis a los jesuitas, junto a mi maestro, mi socio y amigo. Aún recuerdo su cara de asombro

cuando recién se enteró de estos datos; no obstante, insistió en su exigencia de que presente mi renuncia, a lo cual no accedí pero sí a un cambio de posición, según él, "menos peligrosa".

En cualquier caso, una vez que el padre Malo disipó sus temores respecto al Dr. Trujillo, se pusieron a trabajar intensamente en la Reforma Universitaria que tuvo trascendencia nacional; se reformaron los reglamentos para la designación de las autoridades de forma que se conciliara una mayor participación democrática de todos sus estamentos. Se logró el apoyo para todas las propuestas. Con gran orgullo y satisfacción, para registro histórico, debo consignar que la reforma iniciada en la Facultad de Jurisprudencia se extendió luego a toda la PUCE y se profundizó en muchos campos. Tiempo después, también fuimos pioneros al poner en ejecución un Reglamento de Concurso de merecimientos y oposición, público y abierto, para acceder a las cátedras de la Facultad de Jurisprudencia, lo cual irritó muchísimo más al reconocido grupo de notables acostumbrados a designar como profesores de importantes cátedras, a amigos, parientes, relacionados o vinculados por otras consideraciones ajenas a las estrictamente académicas. Pensaron que éste era el mecanismo subrepticio que se había concebido para que los "comunistas" se tomaran la Facultad de Jurisprudencia, y no se tranquilizaron ni siquiera cuando personas de indiscutible valía como el Dr. Hernán Salgado, la Dra. Pilar Sacoto, el Dr. Hugo Reinoso, el Ec. Alfredo Mancero, el Dr. Jorge Machado ingresaron por esa puerta ancha del concurso; en tanto que a otros, que ya teníamos a nuestro cargo otras cátedras, se nos sometió a concurso para llenar otras vacantes y no dudamos en hacerlo, para demostrar que estábamos en la Facultad por nuestros propios merecimientos académicos mas no porque nos debían o pagaban algún favor.

Los cambios que se estaban produciendo en la PUCE produjeron algunas consecuencias inmediatas: la Facultad de Jurisprudencia llegó a ser, sin ninguna duda, la mejor del país, y así fue considerada dentro y fuera del territorio nacional, convirtiéndose en modelo a seguir por otras universidades que se demoraron años en implementar lo que la nuestra ya había logrado; el propio Estado así lo reconoció brindándole una ayuda financiera en términos más equitativos, que hasta entonces se le negaba. Pero, también, algunos que nunca estuvieron de acuerdo con el liderazgo del doctor Trujillo y los decanos que le sucedieron, optaron por emigrar o fundar otras universidades, para estar a sus anchas, enseñar el Derecho a su modo y formar abogados a su manera, con una visión clara y definida, sin que ello necesariamente esté mal, sea malo o esté equivocado; por el contrario, me parece loable que cuando alguien no está de acuerdo con el proceder de un grupo la mejor opción es la de dar un paso al costado o acampar aparte.

Aunque este es un acto de reconocimiento público al Dr. J.C. Trujillo,

fundamentalmente por sus méritos académicos y los innumerables beneficios que ha hecho a la PUCE y a la Universidad ecuatoriana, no puedo dejar de mencionar, aunque sea brevemente, otros aspectos sobresalientes de su fructífera vida.

En el campo político, nunca le pareció que los principios democráticos eran negociables y por lo mismo rechazó terminantemente toda transacción o entendimiento con las dictaduras. Combatió a todas y cada una de ellas, pero lo hizo con la valentía y frontalidad que le caracteriza, y por ello tuvo que sufrir persecuciones, destierros, expatriaciones, confinamientos, encarcelamientos, atropellos y hasta el ostracismo. Alguna dictadura le ofreció que estrenara el cargo recientemente creado de Superintendente de Compañías, con todo su poder y privilegios; otra dictadura le ofreció un Ministerio, el cargo de Concejal o el de embajador del Ecuador a la Asamblea Anual de las Naciones Unidas; alguna dictadura militar hasta llegó a proponerle que se pondría fin su confinamiento a cambio de que se comprometiera formalmente a no criticar sus desaciertos o a no denunciar sus incorrecciones; y, finalmente, también se le ofreció incluirle en las comisiones que debían redactar la Constitución, a condición de que suavizara o no condenara las violaciones de los derechos humanos cometidas por los dictadores militares. Jamás cedió a estas tentaciones porque es un hombre íntegro por naturaleza, ciento por ciento honesto, y esencialmente digno, aunque con la sencillez que le caracteriza se limita a decir que cree "haber servido modestamente a la democracia y a la Patria". Y, ciertamente que lo hizo porque ya en democracia, demostró sus cualidades de gran jurista liderando a un grupo de legisladores en la que se denominó Cámara Nacional de Representantes; presidió el Tribunal Constitucional, fue designado defensor del Pueblo, cargo que no pudo ejercer por intereses oscuros. Jamás dejó de ser el abogado de los trabajadores; siempre fue el amigo sincero y defensor de los indígenas; fue y es el profesional del Derecho sin mancha y sin tacha que ejerció la abogacía con otra mentalidad radicalmente distinta a la de quienes piensan que es el medio más expedito para enriquecerse mientras más pronto mejor. Con toda su sapiencia y experiencia pudo haber sido un abogado multimillonario pero no lo es. Los que lo conocemos de cerca sabemos como es, como piensa, como vive, y ello nos basta para apreciarle y quererle mucho más.

Tuve el privilegio de vincularme estrechamente con él hace 40 años, cuando golpeé la puerta del decanato de Jurisprudencia para hablar con el Decano recién electo y le pedí que me ayude a conseguir trabajo; respondió de inmediato diciendo: "venga a trabajar conmigo". Mirando atrás bendigo esa hora y esa propuesta. Casi doce años trabajé con él, primero como empleado, luego como su socio. De él aprendí todo lo bueno y traté de imitarle en todas sus cualidades, excepto en dos

que no van con mi forma de ser: la primera, siempre le hice notar que estaba equivocado cuando pensaba que todos eran buenos, honestos y dignos como él, porque hasta a los maledicentes, calumniadores y chismosos les perdonaba de corazón y les extendía la mano, y es que a mí, en lo personal, esa parte del mandato de Cristo de enseñar la otra mejilla siempre me ha resultado harto difícil de cumplir; y, la segunda, esa generosidad sin límite dando al pobre lo que se tiene y hasta lo que no se tiene. No pocas veces, como socio, me dejó con la boca abierta cuando a grupos de indígenas realmente pobres venidos de los páramos de muy lejos, para buscar su asistencia profesional, en lugar de cobrarles un solo sucre, sacaba dinero de su billetera y les entregaba en sus manos para que pagaran sus pasajes de vuelta y comieran algo. Pensaba yo: ¿Cómo no querer a un hombre como él?

No puedo dejar de mencionar, para terminar, a doña Martha Troya de Trujillo, su inseparable compañera de toda la vida. La mujer detrás del gran hombre. Durante los 12 años que trabajé con el Dr. Trujillo, con el querido y recordado amigo y maestro doctor Alfonso Troya Cevallos y con doña Martha, compartimos angustias, preocupaciones, sufrimientos, cada vez y cuando los "valientes" dictadores de entonces tenían la ocurrencia de llegar a su casa, amparados por la oscuridad de la noche, para sacarle y llevarle por la fuerza, con lo que estaba puesto, al combativo político que no se amilanaba ni siquiera por los destierros y confinamientos. Alguna noche, en mi departamento, se reunió con otros políticos que querían echar a los dictadores. Su intentó fracasó y fue perseguido.

Del Dr. Julio César Trujillo aprendí, y aprendimos muchísimos, los que bien le queremos y tomamos como nuestro modelo, a amar el estudio, la investigación, la lectura, para nutrirnos intelectualmente y ejercer con solvencia nuestras cátedras; a defender la democracia y la libertad; a ejercer la abogacía con absoluto apego a la honestidad, a la ética profesional.

Cristo, nuestro gran Maestro, nos dio un mandato: Sed buenos como lo es mi Padre. El Dr. Trujillo acató el mandato divino a cabalidad y lo superó porque es excelente en todos los sentidos. Por eso estamos aquí y le rendimos el homenaje que se merece.

Gracias

Quito, 14 de noviembre de 2011