

Libro Anual de la
Asociación Escuela de Derecho
Pontificia Universidad
Católica del Ecuador
2004



asociación escuela de derecho
P U C E

RUPTURA I



LIBRO RUPTURA, año 2004
Tomo I
Númeo 47
Asociación Escuela de Derecho
56 años

CONSEJO EDITORIAL

Andrés Ycaza P.

Fred Larreategui F.

Carlos Coronel E.

Daniela Dávalos M.

Juan Esteban Dousdebes T.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Decano

Dr. Santiago Guarderas I.

Subdecana

Dra. Pilar Sacoto

REPRESENTANTES AL CONSEJO

DE FACULTAD

Dr. Hernán Salgado P.

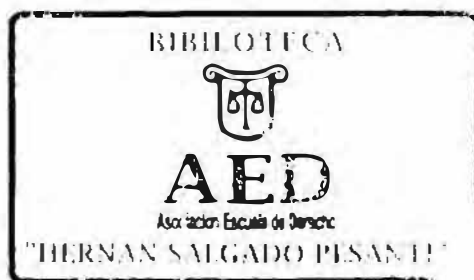
Dr. Julio César Trujillo V.

Secretario

Dr. Pedro Leiva G.

Libro Anual de la
Asociación Escuela de Derecho
Pontificia Universidad
Católica del Ecuador
2004

A E D
ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO



RUPTURA I

LIBRO RUPTURA, año 2004,
Tomo I y II
Número 47
Asociación Escuela de Derecho,
56 años

EDICION TEXTOS TOMO I y II
Katerinne Orquera

ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO
Av. 12 de Octubre y Av. Patria
TORRE II, Octavo Piso,
Oficina 801
Quito - Ecuador
Telf. (593 2) 299 1700 Ext. 1386

DISEÑO GRAFICO
BFACTORY FABRICA DE DISEÑO
Tel. 245 8557

**DIAGRAMACION, IMPRESION Y
FINALIZADO**
N&B INDUSTRIA GRAFICA
Telf. 254 8961

Los Criterios emitidos en esta obra son de
exclusiva responsabilidad de los autores

AED
Asociación Escuela
Derecho





PROYECTOS DE FEUCE-Q BITACORA

- Condecoración a José Saramago, Premio Nobel de Literatura, con motivo de su presencia en Quito.
- Boletines Informativos Académicos de materias optativas.
- Fondo de Compensación a las Escuelas pequeñas.
- Fondo de Participación para apoyar a los estudiantes que representan a la Universidad.
- Camaratta con circulación a nivel nacional con suscriptores al Comercio.
- Semana Cívico Electoral con la presencia de los candidatos a la Alcaldía y Prefectura.
- Ciclo permanente de conferencias sobre el TLC.
- Proyecto social en las Peñas con Fe y Alegría.
- Apoyo a las publicaciones internas de las Facultades.
- Conferencia de James Petras profesor de la Universidad de New York, con la disertación juicio al pensamiento único.
- Ciclo de cine cubano con el apoyo de la Embajada.
- Concurso del Cuento Miniatura con el apoyo de la Embajada de México.
- Taller de Formación de Mediadores Profesionales.
- Campaña por la Evaluación Docente Responsable.

PRESENTACION

La Asociación Escuela de Derecho (AED), consciente de que los jóvenes universitarios somos los llamados a generar pensamiento, opinión y aportar en la investigación y desarrollo de la ciencia jurídica, instrumento de defensa de todo ciudadano para alcanzar la justicia, se complace en presentar el Volumen No 47 de la Revista "RUPTURA", en dos tomos, que recogen el pensamiento académico de profesionales connotados en el ámbito jurídico, así como, de estudiantes de Jurisprudencia de la Facultad.

¡Desgraciado el pueblo donde los jóvenes son humildes con el tirano, donde los estudiantes no hacen temblar el mundo!", dijo Juan Montalvo en sus escritos, y fue la frase que durante este año se compenetro en el espíritu de los estudiantes y directivos de esta Asociación Escuela, quienes motivados por un irrestricto respeto al ordenamiento jurídico nos hemos manifestado en la sociedad y en todos los ámbitos propios de un estudiante universitario, siendo el núcleo central a través de este ejemplar parte de esta concepción académica.

El anhelo, los ideales y la constancia del órgano Máximo de Representación Estudiantil (AED), se ven plasmados en esta obra, que por su contenido no solo constituye un aporte a la investigación técnica-jurídica direccionada para quienes son conocedores del derecho, sino también en un valioso instrumento de difusión del pensamiento jurídico para la comunidad en general.

En este sentido, el contenido de la Revista en su primer tomo, recoge temas técnicos y variados de derecho público y privado; mientras que en el segundo tomo, hemos incorporado una peculiaridad distinta a la concepción con la que se venia estructurando la Revista. La ilegítima, ilegal, infame y burlesca aplicación de la Constitución Política Ecuatoriana por parte de nuestros gobernantes, iniciada en el mes de diciembre de 2.004, que debilitó el Estado de Derecho, único mecanismo para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, al nombrar inconstitucionalmente a los miembros de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal Supremo Electoral y Tribunal Constitucional, nos motivó a incluir en la segunda parte del Tomo II (su primera parte está destinada a un análisis jurídico de temas político-constitucionales), un recuento de la inestabilidad jurídica y política que ha atravesado nuestro país, ante la cual los Estudiantes de Jurisprudencia de la Facultad nos pronunciamos e iniciamos una lucha luego de varios años de pasividad, trascendiendo fuera de los predios universitarios. Esta férrea y democrática acción surge con el fin de plasmar en un texto, una de las innumerables violaciones a la Constitución desde el retomo a la democracia que no has tocado vivir, con el fin de mantener latente en la memoria de los estudiantes de derecho (muchos de los cuales ostentarán funciones públicas y políticas en el futuro), el deber al que como ciudadanos y futuros abogados de la Patria nos encontramos obligados, el cual es respetar el orden constitucional y luchar por fortalecer las instituciones políticas tan ostensiblemente vulneradas en nuestro país.

Séame permitido agradecer a nombre del Directorio de la Asociación Escuela, a todos los destacados articulistas: profesionales, alumnos y ex-alumnos de nuestra respetada Facultad, quienes generosamente colaboraron en la elaboración de artículos de alta calidad, que ha hecho posible entregar una Revista con gran contenido y coherencia.

De igual forma, deseo expresar mi eterna gratitud, a la empresa privada e instituciones que creyeron en este proyecto de jóvenes universitarios, que con su aporte económico hicieron de esta publicación una realidad que hoy luego de varios años de continuas ediciones, se ha convertido en un símbolo de perseverancia, responsabilidad y aporte anual de la Directiva de los estudiantes de la Asociación Escuela de Derecho Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, siendo con renovado orgullo la única en el medio estudiantil.

De igual manera mi agradecimiento al Consejo Editorial y demás personas que coadyuvaron en esta aspiración, actuando con total independencia y con la crítica necesaria para la estructuración de la Revista.

Para concluir, satisfecho de que con esta publicación hemos terminado nuestra misión, luego de un trabajo responsable, honesto y sacrificado, expreso mi reconocimiento y hago extensivo mi agradecimiento, al Directorio de la A.E.D., al Secretario, Prosecretaria, Tesorera; y, en general a todos aquellos compañeros y amigos que colaboraron en mi periodo de labores, a las autoridades de la Facultad y Universidad, profesores y personal administrativo.

Carlos Coronel Endara
PRESIDENTE A.E.D. 2004

PRÓLOGO.-

Como tradición de nuestra facultad, cada año la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador publica el libro jurídico "Ruptura", cuya finalidad fundamental es aportar a la sociedad con la exposición de temas jurídicos de diversa índole.

Para quienes hemos tenido el honor de ejercer el cargo de Consejo Editorial, ha sido una responsabilidad enorme, aquella de brindar, a través de la palabra, esta obra jurídica a nuestros compañeros estudiantes y a la comunidad.

Sustentados en estos ideales, emprendimos la ardua tarea de buscar autores renombrados y colaboradores entusiastas para que redacten el contenido de esta obra, abarcando temas interesantes, actuales y de trascendencia jurídica y política.

Es así como presentamos la edición No. 47 de "Ruptura", compuesta por dos tomos, los cuales contienen artículos de connotados juristas nacionales y estudiantes de nuestra facultad, respecto de temas variados e interesantes.

Partiendo de conceptos jurídicos elementales como persona y personería, hasta una explicación del funcionamiento del sistema jurídico del Common Law, el presente número ha buscado abarcar la mayor diversidad posible de temas y ha logrado concluir con éxito varios objetivos.

Se ha logrado una calidad investigadora de alto nivel, todos y cada uno de los artículos publicados en "Ruptura" provienen de un serio y exhaustivo trabajo científico, por lo que extendemos nuestra felicitación y agradecimiento a todos los autores, por su dedicación y cariño a sus creaciones.

Hemos buscado también a la creatividad. El Derecho es una ciencia social, y como tal, debe evolucionar constantemente; en razón de esto, muchos de los artículos contienen temas novedosos, precisamente porque creemos firmemente que el desarrollo del hombre, debe ir de la mano con el desarrollo jurídico.

En este sentido, hemos buscado como fin último promover la seguridad jurídica, bien que ha sido transgredido en los últimos meses, y ante lo cual debemos manifestar nuestra inconformidad y preocupación.

La tarea ha llegado a feliz término. Todos quienes de una u otra manera hemos colaborado con la presente publicación, sentimos haber puesto "ese granito de arena indispensable", sin el cual no se habría llegado a la meta, por lo que solamente nos queda expresar nuestra infinita gratitud para con todos aquellos amantes del pensamiento y del trabajo que se vieron involucrados en este proyecto.

Indice

INVERSIÓN INTERNACIONAL Y SISTEMA TRIBUTARIO: APUNTES SOBRE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA ENTRE PARTES RELACIONADAS COMO ESTRATEGIA FISCAL Dr. Gustavo Guerra Bello	7-20
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL REGIMEN TRIBUTARIO SECCIONAL AUTONOMO Dr. Sandro Vallejo Aristizábal	
La Potestad Tributaria y el Principio de Legalidad	21-41
PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN ECUADOR Ab. Juan Gabriel Reyes Varea.	42-53
LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y SU INCIDENCIA EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA TRIBUTACIÓN Ab. Carmen Amalia Simone Lasso	54-64
EL VOTO Y SUS POSIBILIDADES DE EJERCICIO EN LA COMPAÑÍA ANONIMA Ab. César Drouet Candel	65-81
LA NATURALEZA JURIDICA DE LA COOPERATIVA Y EL ACTO COOPERATIVO Apuntes de Derecho Cooperativo Dr. Carlos Naranjo Mena	82-92
ASPECTOS SOCIETARIOS RESPECTO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Dr. Pedro Alvear Icaza	93-110
LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO ECUATORIANO Dr. Andres Páez Benalcazar Quito, diciembre de 2004	111-123
APLICACIÓN Y CONFLICTO DE LA LEY EN EL ESPACIO Dr. Hernán Salgado Pesantes	124-128
HUNDIMIENTO DE BARCOS ECUATORIANOS ATENTA A SOBERANIA DEL ESTADO ECUATORIANO Dr. Antonio Posso Salgado	129-132
ESQUEMA DEL JUICIO POLÍTICO AL PRESIDENTE Dr. Luis Fernando Torres Torres	133-138

Indice

LA NECESARIA REFORMA AL ARTÍCULO 58 DEL CÓDIGO PENAL Ab. Élmer Ordóñez Calero	139-141
IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION Y LA PENA EN LOS DELITOS DE ASESINATO Fabricio Betancourt Ordóñez	142-151
¿ES POSIBLE QUE SE CONFIGURE LA TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO A TRAVES DE LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO? Dr. Cristian Zambrano R.	152-157
LA LEY NO ES LA LEY Oscar Terán Terán	158-162
200 AÑOS DEL CODIGO CIVIL DE NAPOLEON Dr. Mauricio Montalvo	163-168
MEDIOS DE CONTROL EN PARTICULAR Y AQUELLOS ESTABLECIDOS EN LA LEY ORGANICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO Javier Salvador Soto	169-178
El Registro de Marcas en los Acuerdos de Libre Comercio SOBRE EL PROTOCOLO DE MADRID Y SU FUTURA INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO Ab. Hernán Núñez	179-188
APUNTES BASICOS DEL COMMON LAW Dr. Roque Farto B.	189-200
LA VIDA JURÍDICA EN EGIPTO Farah Zabana Abdo	201-206
CIUDAD: JUSTICIA, SALUD Y PLACER Dr. Miguel Ángel Bossano Rivadeneira MDI Luis Bossano Rivadeneira Mayo 2002 - Ecuador	207-219
EI PROJECT FINANCE, UN MECANISMO PARA LA INNOVACION LEGAL Y FINANCIERA Dra. Blanca Gómez de la Torre Dra. Maria Fernanda Garcés D.2	220-233
ARBITRAJE, GLOBALIZACION Y DERECHO Dr. José Luis Cabezas	234-247

INVERSIÓN INTERNACIONAL Y SISTEMA TRIBUTARIO: APUNTES SOBRE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA ENTRE PARTES RELACIONADAS COMO ESTRATEGIA FISCAL

Dr. Gustavo Guerra Bello

Teóricamente, el desarrollo mundial debe alcanzar su mayor eficiencia en una economía libremente competitiva. En un sentido abstracto, este desarrollo podría entenderse como un sostenido proceso del aumento de renta por cada habitante, producido a través de la acumulación de capital (riqueza no sólo material sino potencial, laboral e intelectual); entendemos que esa acumulación es fruto del aprovechamiento de oportunidades rentables para la inversión o destinación de recursos en la creación de capital. En este sentido, en los lugares del mundo donde este proceso se realiza de forma óptima, la capacidad incrementadora del capital se concentra y tiende a sostenerse.²

De la revisión de las estadísticas comerciales, y aunque se ha denotado un decrecimiento de la inversión mundial, se estimaba que hacia el año 2003³, estaban en operación unas 64.000 empresas multinacionales en todo el mundo; de entre estas, apenas 500 representan el 80 por ciento de la inversión extranjera directa de todo el mundo, significando ingresos anuales de 11 billones de dólares y utilizando casi 35 millones de personas como su mano de obra. De este selecto grupo, podemos apreciar, además de su evidente poderío económico, que pertenecen a los EE UU el 32.4%, a los países que conforman la Unión Europea el 31% y a Japón el 25.2%, quedando un mínimo margen restante para el resto de naciones, la mayor parte de ellas en desarrollo.

Ante esta realidad, es importante meditar no solo el rol que estas entidades desempeñan en la nueva economía, sino la forma con su desempeño ha afectado a los estados en las que se ubican, especialmente en el campo económico. Para este enfoque, hemos seleccionado la perspectiva de la adecuación de políticas fiscales privadas por parte de las empresas transnacionales, con miras a reducir el impacto de la carga fiscal a la que estas se encuentran obligadas a soportar.

Con este breve antecedente, el objetivo del presente trabajo se centrará en confrontar un tipo específico de decisión operativo – financiera de tales entidades, consideradas para el efecto como sujetos pasivos de impuestos, que se ha denominado como el uso de precios de transferencia en sus operaciones comerciales y financieras.

² Este es uno de los fundamentos de análisis realizado por el Econ. Harry G. Johnson, profesor de la Universidad de Chicago, como punto de partida para emprender en un examen del sistema monetario internacional, la política de comercio exterior de los países desarrollados y el impacto en los países subdesarrollados. La obra consultada es *La Economía mundial en la encrucijada*, Editorial Labor Sa, Barcelona, 1968



Para emprender este análisis resulta imprescindible contar con la conceptualización apropiada de lo que se debe entender por una empresa transnacional o multinacional. Para el efecto, hemos seleccionado algunas definiciones aportadas por expertos internacionales, que desde el punto de vista fiscal han intentado caracterizarlas: La Dra. Angela Radovic las define como:

“grupos de empresas que operan en varias jurisdicciones nacionales, unidas por un centro de dirección y una política empresarial común y que se encuentran vinculadas económicamente a un grupo de accionistas ubicadas en el país asiento de la casa matriz o de la empresa principal, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte la empresa (sucursal o subsidiaria).⁴”

Por su parte el Comité de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (O.C.D.E.) las define como “grupos de empresas asociadas que operan más allá de las fronteras nacionales”.

Siguiendo la misma línea, el reconocido tributarista uruguayo Valdés Costa señala que:

“Los problemas jurídicos están localizados en la naturaleza de estas empresas en relación con los conceptos tradicionales del derecho privado: requisito de la personería jurídica, relaciones entre casas matrices con sus establecimientos permanentes en el extranjero –fundamentalmente sus sucursales, pero también con sus filiales- y el problema, menos trabajado en la doctrina y no considerado en los derechos positivos, de si se justifica, desde el punto de vista del derecho tributario, la diferenciación entre sucursales y filiales.⁵”

Aunque existen varios criterios para caracterizar a las empresas transnacionales, podemos distinguir de la revisión de las precitadas y otras definiciones, que fundamentalmente el criterio de la vinculación entre empresas dependientes de un centro de dirección es lo que matiza al concepto que se ha venido estableciendo, a lo largo de las últimas décadas. Esa, precisamente, será la característica que permitira aproximar una justificación de las especiales relaciones producto de dicha vinculación, especialmente, en el plano fisco – tributario.

⁴ De acuerdo a la información proporcionada por el World Investment Report 2004. UNCTAD.

⁵ RADOVIC SCHOEPEN, Angela. La obligación tributaria. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago. 1998. Pp. 390-391

⁶ VALDES COSTA, Ramón. Las empresas multinacionales ante el Derecho Tributario. Artículo en la Revista Tributaria No. 135. Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios. Montevideo, Uruguay. Noviembre - Diciembre de 1996. P. 155



PLANIFICACIÓN FISCAL Y CRECIMIENTO DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Al emprender un negocio transnacional, los accionistas o inversores pretenden alcanzar un mayor rendimiento de sus capitales, obteniendo la ganancia máxima posible, y reduciendo, al mismo tiempo y necesariamente, los costos que la actividad generadora del ingreso ocasione.

Para el efecto, considerando a los montos resultantes de la aplicación de tributos sobre los beneficios empresariales como costos que soporta el giro financiero de un negocio, buscar su reducción o la mitigación de sus efectos constituye una de las tareas que deben ser administradas por los responsables de la conducción de una empresa. Es entonces comprensible el origen y fundamento de lo ha venido denominándose estrategia o planificación fiscal, entendida como la programación preconcebida de la estructura y funcionamiento de una actividad económica, considerando como punto de referencia a los gravámenes impositivos, su ámbito y significación económica.

Un antecedente interesante en esta consideración, resulta interesante como un antecedente válido, un fallo judicial dictado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América,⁶ en el que se determina que los contribuyentes tienen el legítimo derecho de organizar su negocio de modo que puedan pagar la menor cantidad de impuestos posibles.

Lejos de buscar justificaciones de indole moral o cívicas, las obligaciones tributarias nacen de la Ley (inclusive de la Constitución⁷) y como tales su cumplimiento es vinculante para las personas naturales y jurídicas que enmarquen su actuación dentro de los presupuestos previstos para la aplicación de los impuestos, pero generalmente es la misma norma legal la que permite que el sistema tributario presente determinadas opciones estratégicas para aminorar el impacto de la carga fiscal.

Estas opciones fundamentalmente se basan en aspectos objetivos y subjetivos que la empresa contribuyente puede escoger a su voluntad, sin que exista restricción alguna, en el marco de una economía de mercado en un régimen democrático; se pueden destacar, por ejemplo, la ubicación geográfica de la sede y las sucursales o filiales, el tipo de actividad económica a desarrollarse, la estructura y composición del capital, la participación indistinta de



⁶ Caso Gregory Vs Helvering, 1935, 293 US 465

⁷ El numeral 10 del Art. 97 de la Constitución Política de la República del Ecuador establece como un deber fundamental de los habitantes de nuestro país el pagar impuestos conforme a la Ley

socios o accionistas, entre una lista considerable de etcéteras. La planificación fiscal en su máximo nivel estaría apreciada por la subordinación en la toma de las decisiones anteriores a eventos o circunstancias impositivas, de una u otra legislación nacional.

Inmediatamente nos viene a la cabeza la idea de que resultan ser la empresas multinacionales aquellas que pueden de mayor forma optimizar una aplicación efectiva de estrategias fiscales, ya sea por las consecuencias de mecanismos de economía de escala o por otras circunstancias que han reservado en los últimos años la implementación de variadas tácticas a los poderosos emporios comerciales o industriales. Como lo observa un analista mexicano: "Sin embargo, hasta hace quince o veinte años, si bien las ET ya tenían una notable flexibilidad y autonomía en su accionar, aún así estaban sujetas a restricciones de distinto tipo, empezando por aquellas derivadas de las rigideces existentes en su propio funcionamiento y en la base tecno-productiva que les servía de sustento. En tal sentido, la revolución científico técnica ha implicado para esas empresas nuevas condiciones de producción, de desplazamiento y de organización general, facilitando una mucho mayor flexibilidad en su funcionamiento que les permite elegir, con muy pocas restricciones técnicas, las mejores combinaciones posibles de localización y organización productiva a través de la fragmentación de su actividad global en actividades parciales."⁸

Esta apreciación es fácilmente sustentada por las estadísticas macroeconómicas. Conforme los datos previstos en el Reporte Mundial de Inversiones del año 2004, los años anteriores han mostrado cierta disminución respecto al monto de los flujos provenientes de inversión extranjera directa⁹, descendiendo de la exorbitante cifra de 1,4 trillones de dólares en 2000, a "apenas" 560 billones en el año 2003; pero comparados con los flujos de 1971 (60 millones) o 1981 (210 millones) se observa el notable incremento; en este mismo informe, se detalla la existencia de al menos 64.000 empresas transnacionales con alrededor de 866.000 filiales, cuya producción significa actualmente el 18% del producto global bruto.

⁸ ESTAY REYNO, Jaime. Globalización, Empresas Transnacionales y la Sociedad Civil. Documento en hipertexto en la dirección electrónica http://redem.buap.mx/t3_jaime.htm

⁹ Entendida como una inversión que implica el control de dirección de una entidad residente en una economía por un residente de la empresa en otro país, e implica una relación a largo plazo que refleja el interés durable de un inversionista a una entidad extranjera.



Debe señalarse que el concepto de "global" resulta exagerado, para efectos de la procedencia y destino de los referidos flujos se aprecia la impresionante concentración en 10 países que reciben el 70% de la totalidad de los flujos, procedentes seguramente del 80% de los flujos que provienen de solamente de una, casi idéntica, lista de 10 países desarrollados. En definitiva, el poder de estas corporaciones mundiales resulta de su habilidad de utilizar y conjugar eficientemente las finanzas, la tecnología y avanzadas técnicas de comercialización en orden a integrar la producción a escala mundial.¹⁰

Este sistema concentrado de intercambio de flujos permite un mayor control y planeación por parte de los ejecutivos y administradores financieros. Los porcentajes restantes (30% de recepción y 20% de inversión) son arduamente disputados por naciones en desarrollo, que obviamente han modificado sus regímenes legales y económicos para resultar más atractivos a la inversión, los unos, y/o permitir la libre circulación de capitales, los otros.

Es en este marco, retomando el tema central de este trabajo, donde la planificación fiscal internacional ha alcanzado notables desarrollo y perfeccionamiento, permitiendo la maximización de los beneficios económicos de los inversionistas, e impulsando el crecimiento general de algunas naciones.

En este tema, pretendemos explicar la existencia de uno de los mecanismos más usuales que es utilizado por las empresas – contribuyentes con las particularidades señaladas. No es nuestra intención agotar una visión cabal del amplio y complejo tema de los precios de transferencia, sino más bien, evidenciar conceptualmente sus características y efectos tributarios.

SISTEMA TRIBUTARIO E INVERSIÓN: MARCO PROPICIO PARA LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

La actividad económica de mayor escala, como lo analizamos, se sustenta básicamente en las operaciones comerciales, industriales y financieras llevadas a cabo por compañías y sociedades. Los regímenes legales de los diversos países han regulado las condiciones y las limitaciones de los distintos aspectos vinculados con esas entidades, con el fin de establecer un marco flexible para su constitución, funcionamiento y liquidación.

Bajo los principios que orientan la tributación, que han sido recogidos inclusive constitucionalmente, se ha entendido al sistema tributario no sólo como un mecanismo de financiamiento de actividades públicas, y una justa distribución de las rentas y de la riqueza entre todos los

¹⁰ BARNET, Richard y MULLER, Ronald, Los dirigentes del mundo. El poder de las multinacionales. Ediciones Grijalbo S.A. Barcelona. 1976. P. 18



habitantes del país, sino que también procura estimular la inversión, la reinversión, el ahorro y su empleo para el desarrollo nacional.¹¹

Estos principios se han traducido entre otros aspectos, en una flexibilidad manifestada en ciertas ventajas que suelen ofrecerse a determinadas operaciones societarias. No debemos obviar la consideración que el interés privado tiene la legítima aspiración de lucro, a través de los medios legales que se han consentido; el Estado, como se expuso, también participa de parte de las ganancias obtenidas por los particulares a través de la imposición de tributos. Desde el punto de vista del sector privado, los impuestos son estimados como un costo de capital adicional a ser considerado, y en muchas ocasiones se convierte en un factor que incentiva o desincentiva la atracción de inversión local o extranjera.

En este sentido, los gobiernos buscan consolidar un sistema que equilibre ambas posiciones, convirtiendo al sistema en altamente variable según el entorno y las circunstancias que rodeen, existiendo estrategias y períodos de acentuada propensión a mejorar las recaudaciones, y otros de incentivos para la promoción económica. La justificación de esta circunstancia la podemos atribuir a que los gobiernos ofrecen a las empresas posibilidades de disminuir su impacto fiscal, puesto que de esta forma se promueve la canalización de recursos excedentarios (utilidades) a la inversión empresarial hacia zonas de utilidad para el interés general.

Las inversiones internacionales de las grandes empresas de cobertura mundial, también consideran esos aspectos y en ese marco han desarrollado una serie de prácticas favorables para la obtención de mejores y mayores beneficios empresariales. Conforme la intención de este trabajo, expondremos de entre ellas, las que a nuestro modo de ver presentan motivaciones impositivas:

El análisis que se realiza por parte los inversionistas multinacionales, entre otras múltiples referencias, considera la rentabilidad del proyecto planteado una vez aplicadas las cargas fiscales a que hubiere lugar.

Estos gravámenes son observados en cuanto a los siguientes aspectos, antes de iniciar una inversión:

¿Cuál es el impuesto a la renta aplicable sobre la utilidad neta de la empresa receptora de la inversión?

¹¹ Art. 256 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

¿Cuál es el impuesto a la renta aplicable a las remesas por concepto de dividendos pagados por ésta?

¿Qué otros tributos afectarían los flujos de fondos que genera la inversión?

¿Qué posibilidad existe de obtener un crédito fiscal por los impuestos pagados en el país fuente de los ingresos foráneos?¹²

Una vez absueltas tales interrogantes, se lleva a cabo una profunda exploración de las alternativas que la empresa inversora tendría para aprovechar las ventajas y disminuir el impacto de las desventajas tributarias, mediante la utilización de instrumentos comerciales, societarios u otros de diversa índole.

Entre estas alternativas, los precios de transferencia se han posicionado como una de las herramientas más efectivas para atenuar las cargas fiscales totales sobre un negocio global. Resulta fácilmente identificables las motivaciones y factores determinantes de su funcionamiento: En primer lugar, la localización y deslocalización continua de la producción, tanto de bienes finales y de cómo de otros bienes intermedios en regímenes estratégicamente seleccionados; también son elementos determinantes la infraestructura, el recurso humano, los costos de producción, el marco regulatorio, etc. Como factor a destacar se identifica a la propia estructura y funcionamiento de un grupo empresarial que conforma una entidad transnacional. Finalmente, la facilitación del comercio mundial, gracias al mejoramiento de las comunicaciones, el acelerado crecimiento del sector financiero y la desregulación o flexibilización de las operaciones societarias.

De conformidad con la práctica empresarial y la experiencia de las Administraciones Tributarias internacionales se ha verificado que los sectores más proclives a la utilización de los precios de transferencia son automotriz, bienes de consumo, farmacéutico, informático y telecomunicaciones, petroquímico, electrónica y servicios financieros.¹³

LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA: GENERALIDADES

Habiendo realizado un repaso sobre los factores propiciantes de la actividad de las empresas multinacionales en el plano fiscal, es preciso centrarnos en la noción de los sistemas de precios de transferencia y su afectación sobre la recaudación impositiva,

¹² RODNER, James-Otis. Elementos de Finanzas Internacionales. Editorial Arte, Caracas, 1997. P. 713

¹³ Deducción a la que llega Juan José Rubio en su trabajo "Una revisión de la experiencia internacional sobre la aplicación de los Precios de Transferencia y sus implicaciones para España" culminado en 1998 y publicado por el Instituto de Estudios Fiscales.



confrontando, adicionalmente, los retos que representa para una Administración Tributaria contemporánea.

Los precios de transferencia son aquellos determinados por sociedades vinculadas entre sí en sus transacciones, teniendo como principal objetivo y propósito de trasladar de la renta de una sociedad a otra sometida a un régimen fiscal para la consecución de un rendimiento óptimo de los resultados globales del negocio. Más apropiadamente, un autor norteamericano lo conceptúa como "la práctica de fijar el precio de los bienes y servicios que se transfieren entre varios países para los efectos de trasladar (junto con el bien o servicio) utilidades o pérdidas entre dos o mas sociedades"¹⁴.

Es importante resaltar que, así como ocurre con límites al endeudamiento externo, las legislaciones también han establecido mecanismos para controlar los flujos que circulan dentro de los grupos multinacionales, con el objetivo definido de evitar que mediante la sobre o subvaloración de precios y costos, se perjudique el ingreso fiscal sobre las utilidades de las empresas. Estas medidas se sitúan en la posibilidad que brinda la facultad determinadora de la que se encuentran investidas las agencias tributarias para establecer por sí mismas precios referenciales de intercambio para fines netamente impositivos. Como lo anota Troya:

"El contribuyente fija el margen de ganancia en base a diversos criterios; mediante la determinación de la tasa de retorno del capital empleado por dos o más partes no relacionadas involucradas en actividades económicas similares a las del contribuyente; mediante la determinación del manejo de la ganancia de dos o más partes no relacionadas y aplicando dicho margen a sus propias ventas; efectuando igual consideración respecto de los gastos incurridos. Cuando la partes relacionadas comparten recuso los valores que satisfacen por la utilización de créditos, líneas de créditos, servicios de la matriz, know how, utilización de marcas y otros, deben ser los de mercado..."¹⁵

Al tratarse de una temática que ha suscitado la atención general de los gobiernos, por el riesgo implícito sobre las bases impositivas, a los precios de transferencia se les otorga un tratamiento prácticamente uniforme por parte de los ordenamientos tributarios. En gran parte, dicho esfuerzo ha sido orientado por los aportes del Comité de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos - OCDE, órgano que agrupa a las representaciones técnico - tributarias de las economías de mayor desarrollo; en el año

¹⁴ RODNER, James-Otis. La Inversión Internacional en Países en Desarrollo. Editorial Arte. Caracas. 1.993. Página 265

¹⁵ TROYA J. José Vicente. Temas especiales de la Tributación Internacional. Documento inédito. Quito. 2001. P. 15

1979, a través de su estudio intitulado Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales¹⁶, dicha organización sentó las bases de los mecanismos para la determinación objetiva y los ajustes que debían emprender las Administraciones Tributarias para "corregir" dichas prácticas y recaudar los tributos eludidos como consecuencia de la aplicación de precios de transferencia.

Las legislaciones internas de los países miembros de la OCDE se ajustaron a sus criterios y gradualmente, la mayor parte de ellos cuenta hoy en día con sólidos sistemas normativos para la prevención y el control de los precios de transferencia. A diferencia de estos, y como una crítica compartida por varios autores, las naciones latinoamericanas y algunos países asiáticos han intentado adecuar sus regímenes a dichos lineamientos, pero pocos de ellos lo han hecho de una forma meditada y sistemática, y mucho menos aún, han implementado las modificaciones estructurales en sus administraciones para desempeñar eficientemente las responsabilidades y funciones inherentes a una aplicación cabal del sistema.

Retomando el aspecto central, la caracterización de dicho sistema se fundamenta en el principio de plena concurrencia¹⁷, bajo el cual se determina que los precios acordados para las operaciones entre las entidades del grupo debieran ser –para fines tributarios- el resultante de los precios que habrían sido aplicados por empresas no vinculadas en operaciones equiparables en un mercado libre. Los estándares implícitos en este simple –pero significativamente restrictivo desde el punto de vista de un negocio global- principio, derivan la aplicación de una metodología de establecimiento de costos y precios transaccionales, a ser aplicada por las empresas – contribuyentes y, supletoriamente en procesos de fiscalización, por las agencias tributarias nacionales.

Se han contemplado 4 grandes modos de implementar el principio de Plena Concurrencia:¹⁸



¹⁶ Existían antecedentes concretos de legislación tendiente a un control equivalente en Estados Unidos e Inglaterra a principio de la década de 1920, desarrollada con el propósito de disuadir a las compañías de su actitud de trasladar utilidades a compañías vinculadas en el extranjero, por intermedio de la sub o sobrefacturación en sus operaciones internacionales. En 1995, con la publicación de las Directrices sobre Precios de Transferencia, se actualizaron los lineamientos contenidos en el informe de 1979 y se plantearon concretamente los métodos usuales para emprender tales ajustes.

¹⁷ Denominación castellana del Arm's Length Principle. También denominado Principio de Plena Competencia o del Operador Independiente.

¹⁸ Acorde a las conclusiones expuestas por Hubert Hamaekers, Director General de Oficina Internacional de Documentación Fiscal, en su trabajo "Precios de Transferencia. Antecedentes - Estado Actual - Perspectivas." Presentado en la Conferencia Técnica del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias - CIAT del año 2001.

- a) Mediante una referencia legal expresa a la obligatoriedad del principio y a la posibilidad administrativa de efectuar ajustes en caso de desviaciones.
- b) Estableciendo directamente la posibilidad administrativa de efectuar ajustes en caso de desviaciones, sin una mención expresa al principio.
- c) A través de un sistema normativo de deducciones toleradas sobre precios y márgenes preestablecidos.¹⁹
- d) A través de un sistema amplio y específico, que incorpora las características del primero, y los aplica a una variada gama de transacciones comerciales, financieras y otras relaciones entre empresas vinculadas.

Aparte de la esencia del principio de Plena Concurrencia, el sistema se sustenta en la comparabilidad de la operación de las empresas, que en condiciones similares y bajo procedimientos técnica y previamente definidos, que es el referente básico para realizar los ajustes tributarios a las transacciones o a los resultados de un negocio. El análisis requerido para determinar con que empresas es equiparable la empresa objeto de una auditoría de Precios de Transferencia, entraña una serie de técnicas y aproximaciones, desde los punto de vista operativo, funcional, comercial y financiero.

Como precondition para la aplicación de dichos análisis, se exige implícitamente la sofisticación de la administración tributaria y el incremento de su potencial técnico. En todo caso, el problema de la valoración o determinación de precios de mercado referenciales se origina en las particularidades de cada mercancía, de la estacionalidad de su producción o transacción, estructuras de costo y de las condiciones del mercado. Entraña mayor dificultad la valoración de activos intangibles, tales como marcas y patentes, y por otro lado, la relacionada con el comercio de servicios, que conforme las estadísticas consultadas, es el de mayor auge, y que representa una importante –y creciente– esfera de vinculación entre compañías madres y sus afiliadas.

Como resultado de esta preocupación generalizada, una de las recomendaciones efectuadas por la 35ava Asamblea General del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), relativa a “La Función de Fiscalización de la Administración Tributaria y el control de la evasión” concluyó sugerir que las agencias tributarias debían: “Desarrollar el control de las operaciones internacionales prestando especial atención al control de los precios de transferencia y el valor aduanero, a la identificación e implantación de instrumentos y procesos para el control de las actividades “off-shore” y los refugios tributarios y a la cooperación administrativa internacional como medios para combatir la evasión tributaria y el contrabando.”²⁰

¹⁹ Es el caso particular del régimen brasileño de precios de transferencia.

²⁰ http://www.sii.cl/pagina/actualizada/noticias/2001/conclusiones_ciat2001.doc

Intencionalmente en el presente trabajo hemos prescindido de consideraciones a las normativas internas de los países y más aún, abstraernos de la realidad ecuatoriana, por considerar que este análisis atiende a una consideración general de corte académico, en un contexto típico de cualquier sistema o región, sobre una realidad económica y tributaria. Sin embargo, debemos destacar el papel que tiene la normativa internacional contenida en los convenios de naturaleza fiscal para los países con sistemas consolidados de imposición sobre la renta bajo el esquema de renta mundial (world wide income); dichos instrumentos, especialmente las disposiciones contenidas en los tratados suscritos para evitar la doble tributación y prevenir la evasión, que prefiguran la posibilidad de que las administraciones tributarias realicen ajustes a las operaciones internacionales de empresas relacionadas, de manera correlativa, y aquellas que se implantan reglas de intercambio de información entre dichas administraciones para fines de mejorar su control.

Es importante destacar que la mayor parte de tales instrumentos internacionales han sido celebrados sobre la base de los modelos previstos para tal efecto, por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la Organización de las Naciones Unidas. Con las variaciones históricas que la norma ha sufrido, el texto del artículo referida a las empresas asociadas establece, aproximadamente, lo siguiente:

"Empresas asociadas.- Cuando:

- a) Una empresa de un Estado Contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado Contratante; o;
- b) Unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado Contratante y de una empresa del otro Estado Contratante, y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir estas condiciones, y que de hecho no se han producido a causa de las mismas, se incluirán en los beneficios de esta empresa y, en consecuencia, serán sometidos a imposición, de acuerdo con la legislación del Estado Contratante correspondiente."

²¹ Organización Internacional de Trabajo. Convenio Tripartito sobre de principios sobre las empresas multinacionales y la política social. Noviembre de 1977



Paralelamente, se pueden encontrar otras disposiciones contenidas en tales convenios que permiten enfrentar los complejos temas relacionados con la tributación de entidades multinacionales, entre los cuales se destacan aquellas referidas a la definición de residencia, la imposición de establecimientos permanentes, la imposición de flujos internacionales (dividendos, intereses, regalías, etc), entre otras.

El reto que representa una plena aplicación del sistema, debe traducirse en acciones coordinadas por el sector público y privado para superar las existentes limitaciones, entre las que se han identificado: la escasa disponibilidad de buen material de referencia para las comparaciones, el acceso aun no completamente transparente a los comparables por parte de los sujetos pasivos, las fuertes cargas administrativas, tanto para los sujetos pasivos como para las administraciones tributarias, el diseño y perfeccionamiento de una metodología consensuada para la aplicación de los principios y ajustes, y posiblemente con mayor trascendencia, hacer todo esto sin obstaculizar o ralentizar el desarrollo del comercio mundial.

CONCLUSIONES

La fiscalidad sobre las operaciones multinacionales es un tema altamente crítico en el estado actual del desarrollo mundial. Hemos apenas delineado uno de los aspectos que consideramos claves para la estimación de los factores considerados en las decisiones financieras de estas corporaciones, y de las principales estrategias de las que se valen para maximizar sus beneficios económicos.

Las empresas multinacionales desempeñan un papel muy importante en las economías de la mayor parte de los países y en las relaciones económicas internacionales. Mediante las inversiones directas internacionales y otros medios, estas empresas pueden aportar ventajas substanciales a los países de acogida y los países de origen, contribuyendo a una utilización más eficaz del capital, la tecnología y el trabajo. En el marco de las políticas de desarrollo establecidas por los gobiernos, pueden aportar también una contribución muy importante a la promoción del bienestar económico y social, a la mejora del nivel de vida y la satisfacción de las necesidades básicas; a la creación de oportunidades de empleo, tanto directa como indirectamente; en todo el mundo. Por otra parte, los progresos realizados por las empresas multinacionales en la organización de sus operaciones que trascienden el marco nacional, pueden dar lugar a una concentración abusiva de poder económico y a conflictos con los objetivos de la política nacional. La complejidad de estas empresas y la dificultad de percibir claramente sus estructuras, operaciones y



planes son también motivo de preocupación en el país de acogida, en el país de origen, o en ambos.²¹

La economía mundial contemporánea debe profundizar en el análisis de la incidencia del fenómeno creciente de la transnacionalización de los negocios, como la corriente en boga, no sólo para la conceptualización de una nueva teoría del comercio, sino para intentar la superación de la elemental noción del intercambio mundial básico de bienes primarios y secundarios, considerando la modalidad de las complejas transacciones que se producen contemporáneamente, y las variaciones y las posibilidades que la tecnología permite a los agentes económicos.

Paralelamente, como un concepto generalizado y aceptado, se ha previsto el legítimo derecho de las administraciones tributarias para gravar, conforme su legislación interna, la renta obtenida a partir de los ingresos depurados sobre los cuales pueda razonablemente establecerse que se han originado en su territorio. La evolución de los sistemas fiscales hacia la imposición de renta mundial plantea también problemas en la determinación de los ingresos gravados, agravados con la utilización de procedimientos traslativos financieros utilizados principalmente por entidades con operaciones transnacionales en un mismo grupo societario.

Conforme a las disposiciones que reglan la aplicación de un impuesto sobre las ganancias o la renta, los miembros de un grupo que constituyan establecimientos permanentes son sujetos pasivos del tributo, y como tales sus operaciones deben considerarse bajo la óptica de operadores independientes. En este sentido, aquellas transacciones que vulneren este principio, debido a las especiales condiciones impuestas por tales relaciones, deberán sujetarse a normas específicas que impidan abusos o distorsiones fiscales respecto a la depuración de los ingresos gravables (evasión o elusión tributaria.)

La incorporación de los principios y regulaciones analizadas en este trabajo le brinda la posibilidad a una administración tributaria de iniciar una nueva etapa en el control y la determinación de las operaciones nacionales e internacionales entre contribuyentes relacionados para fines fiscales. De todos modos, para lograr un sistema eficiente de control de precios de transferencia, es necesario introducir sustanciales reformas y nuevas disposiciones al ordenamiento tributario, para dotarle armonía y coherencia.

Entre tales supuestos, finalmente me permito destacar las siguientes recomendaciones, las cuales concreto para el caso particular de Ecuador, en atención al estado de relativo avance logrado:



- a) Desarrollo de los lineamientos básicos de los diferentes métodos de estimación de los precios de transferencia, ya definidos en el Decreto Ejecutivo No. 2430 (R.O. 494 de 31 de diciembre de 2004), de conformidad con los avances internacionales en esta materia.
- b) Implementación de una base de datos de precios internacionales de los principales productos exportados e importados por los sujetos pasivos.
- c) Introducción de disposiciones que limiten adecuadamente las relaciones comerciales y financieras de los sujetos pasivos residentes en el Ecuador con partes relacionadas en el extranjero, especialmente aquellos situados en los denominados paraísos fiscales.
- d) Adecuación reglamentaria de mecanismos adecuados de intercambio de información con Administraciones Tributarias extranjeras.
- e) La Administración Tributaria ecuatoriana debe contar con información precisa y actualizada de las operaciones realizadas por entidades relacionadas, especialmente de los flujos de remesas al exterior, para el efectivo control de las retenciones en la fuente previstas por la legislación interna y los convenios internacionales.

Para el cumplimiento de los referidos objetivos, es imprescindible contar con la participación y la decisión de los órganos del Estado, tanto en calidad de ejecutores de las actividades que se implementen, como fuentes de información o de apoyo a través de la formalización de un proyecto de ley. Para tal efecto, debe contarse con la aquiescencia e impulso de la propia administración tributaria.. En una etapa posterior, la participación directa de representantes de los sectores productivos privados será decisiva; resultaría también valedero la colaboración que se pueda recibir de los entes administradores tributarios foráneos y agencias internacionales especializadas.



EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL REGIMEN TRIBUTARIO SECCIONAL AUTONOMO

Dr. Sandro Vallejo Aristizábal

La Potestad Tributaria y el Principio de Legalidad

"La facultad o posibilidad jurídica del Estado, de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción"¹ ha tenido un desarrollo histórico muy amplio. Mucho antes de que las ideas liberales cuajaran en la doctrina jurídica de nuestros países, las constituciones y leyes de varios Estados determinaban los límites de éstos y aún antes, de los reyes y soberanos para imponer cargas a los habitantes de sus territorios.

La terminología utilizada para definir a esta capacidad de imponer tributos es variada ; así, hay quienes hablan de supremacía tributaria (Berliri) o de potestad impositiva (Micheli), potestad tributaria, poder fiscal (Bielsa), poder de imposición (Blumenstein) o poder tributario (Hensel)². En algunos casos esta divergencia de orden semántico, no se agota en lo terminológico sino que expresa el alcance que el autor o determinada corriente doctrinal quiere dar a este concepto.

En torno al fundamento de la Potestad Tributaria, se han planteado algunas discrepancias. Dentro de los tratadistas europeos -aunque con aceptación entre algunos americanos- ha tenido acogida la doctrina germana, con exponentes de la talla de Kruse en Alemania, Blumenstein en Suiza, Sainz de Bujanda y Carretero en España, entre otros, quienes hablan de la Soberanía del Estado como fundamento principal de la Potestad Tributaria, criterio recogido en las legislaciones anglosajonas, a tal punto que en los Estados Unidos se habla del Poder de Imperio como uno de los poderes soberanos del Estado en materia tributaria, siendo el otro el de Policía. Adolfo Carretero³, al tratar el tema destaca que "El Poder Tributario es una emanación de la Soberanía sobre las personas que están dentro de la competencia estatal y su contenido es la facultad de reclamar tributos a los individuos sometidos a la soberanía".

En el lado opuesto se ubican aquellos autores que sostienen que la potestad tributaria radica en el poder de imperio del estado toda vez que para su juicio la soberanía es un concepto que no tiene por que

¹ Giuliani Fonrouge, Carlos. DERECHO FINANCIERO. Tomo I. Ed. Depalma. 4a. ed. Bs. As. 1987. Pp 322

² Op. Cit. Pp. 323

³Carretero, Adolfo. DERECHO FINANCIERO. Ed. santillana. Madrid. pp 389



ser invocado al interior de cada Estado, pues tiene su vigencia respecto de sus relaciones frente a otros Estados, en tanto que al interior es suficiente hablar del ejercicio del Poder de Imperio, Giuliani Fonrouge cita al tratadista Argentino Bielsa quien es el principal exponente de esta corriente. Se podría decir que para estos autores la soberanía es un fundamento mediato y no inmediato de la potestad tributaria.

Rodolfo Spisso⁴, citando a Casás, señala que el poder de imperio se fundamenta en la necesaria intervención de los representantes del pueblo en el establecimiento de contribuciones en el marco de un estado democrático en que los ciudadanos sienten vivamente los lazos de pertenencia a una comunidad política organizada, de la cual no son súbditos sino miembros.

En todo caso sea cual fuera el fundamento mismo de la potestad tributaria, esta se ejerce a través del principio de legalidad. Hay que destacar que la Obligación Tributaria es una obligación ex-lege, es decir, su fuente única y exclusiva es el precepto Legal, a tal punto que solo mediante Ley se pueden establecer, modificar y extinguir tributos (Art. 257 de la Constitución Política y Art. 3 del Código Tributario), de igual forma, solo mediante Ley se pueden establecer exenciones tributarias (Art. 31 del Código Tributario). El Principio de Legalidad a criterio de varios autores, no constituye únicamente una delimitación al poder tributario, sino su único y exclusivo modo de manifestarse.

Así mismo, manifiesta Spisso, que la reserva de ley está estrechamente vinculada con la división de poderes, que constituye la esencia del régimen democrático, que adicionalmente deriva en una defensa al derecho de propiedad y la búsqueda del bien común, y se efectiviza mediante la expedición del acto legislativo por el estamento de mayor representatividad democrática como es el Parlamento.

Históricamente, se vincula el principio con el consentimiento brindado por los súbditos a los monarcas para el establecimiento de impuestos extraordinarios a partir de los albores de la Baja Edad Media, siendo un lugar común establecer su origen en la Carta Magna del 15 de junio de 1215, arrancada por los barones de Inglaterra al Rey Juan Sin Tierra. De todos modos, en forma contemporánea e incluso con anterioridad, existen referencias históricas de la implementación de la práctica en la Península Ibérica.

Desde el advenimiento de las ideas liberales, quedó sentado que la

⁴ Spisso, Rodolfo. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN MATERIA TRIBUTARIA, Ed. Depalma pp 28

soberanía radica en el pueblo y se manifiesta a través de la organización política del estado, en tal virtud, se puede señalar que cada Estado en uso de su soberanía se puede organizar en la forma que crea pertinente y por tanto establecer su propio sistema político. Este aspecto necesariamente incide en la manera en que el estado ejercerá su potestad tributaria y cuales son sus límites.

El principio de reserva de ley tributaria, también denominado principio de legalidad, constituye una regla de Derecho Constitucional Tributario universalmente adoptada por los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Por él se requiere que para la sanción de leyes tributarias tomen necesaria intervención los órganos depositarios de la voluntad general, cualquiera que sea su denominación y modo de funcionamiento, lo que vendrá dado por la tradición institucional y el tipo de organización política adoptada (Cortes, Parlamento, Asamblea General, Congreso, Legislatura, etc.).

Valga referir que este uso, a través de la convocatoria de las Cortes, el Parlamento o los Estados Generales, para consentir los "pedidos" del monarca, o los "servicios" que concedían los reinos, se convierte en el antecedente de la institución parlamentaria encargada del ejercicio de las competencias legislativas, que recién se consolida en el constitucionalismo decimonónico.

Cabe señalar que la legalidad en materia tributaria no se agota con el principio general previsto en el Art. 3 del Código Tributario, sino que va más allá. Así, el Art. 4 del mismo Código dispone que las Leyes Tributarias determinarán el Objeto Imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o el modo de establecerla, las exenciones o deducciones ; y, los reclamos o recursos que deben concederse.

Del mismo modo, el principio de legalidad está ligado estrictamente a los demás límites de la potestad tributaria, a saber : Principio de igualdad que es dar un tratamiento igual a quienes se encuentren en situaciones análogas; la generalidad, que es consecuencia del anterior principio y que implica que todos quienes se encuentren en situaciones similares deberán someterse al mismo régimen; la proporcionalidad y progresividad, referidas a la función de redistribución de ingresos, que el Art. 30 de la Constitución asigna al Estado ; y, finalmente, el principio de no confiscatoriedad previsto en el Art. 33 de la Constitución, en defensa del derecho de propiedad. Todos estos principios limitan la potestad tributaria expresada en los actos legislativos y por tanto no pueden resultar ajenos al principio de legalidad.

De la aplicación de este principio se derivan algunas características esenciales como son:



a) **Indelegabilidad.**- La Potestad Tributaria en principio es indelegable, es decir que constituye facultad privativa del Congreso como órgano máximo de expresión de la soberanía el normar en materia impositiva. Sin embargo, este principio mantiene la excepción prevista en el propio Art. 257 de la Constitución y 228 de la misma Carta Magna, respecto del Régimen Seccional Autónomo y lo referente a Aranceles en materia Aduanera.

b) **Exclusión de facultades legislativas de emergencia.**- Es claro que nuestra legislación contempla la exclusión de las facultades legislativas especiales del Ejecutivo, que alguna vez existieron en nuestra legislación, con la excepción de la posibilidad de la recaudación anticipada de impuestos, conforme lo prevé el Art. 141 de la Constitución que manifiesta:

"Art. 181.- Declarado el estado de emergencia, el Presidente de la República podrá asumir las siguientes atribuciones o algunas de ellas:

1. Decretar la recaudación anticipada de impuestos y más contribuciones."

c) **Irretroactividad.**- En materia tributaria este principio tiene dos aplicaciones.

En primer lugar, desde un punto de vista general, las leyes tributarias, sus reglamentos y circulares de carácter general rigen exclusivamente para el futuro.

El Código Tributario señala que regirán desde el día siguiente al de su publicación en el registro oficial (sin embargo muchas leyes tributarias señalan como fecha de vigencia la de su publicación en este registro). Pero puede también señalarse una fecha posterior a la de la publicación. (Art. 10 C. Tributario)

Las leyes que se refieren a tributos cuya determinación o liquidación deba realizarse por periodos anuales, por ejemplo el impuesto a la renta, son aplicables desde el primer día del siguiente año calendario; y si la determinación o liquidación se realiza por periodos menores, se aplicarán desde el primer día del mes siguiente.

En segundo lugar, las normas tributarias penales (las que se refieren a delitos, contravenciones y faltas reglamentarias de carácter tributario) rigen también para el futuro, pero excepcionalmente tendrán efecto retroactivo si son más favorables y aun cuando haya sentencia condenatoria. Estas serían: las que suprimen infracciones, establecen sanciones más benignas o términos de prescripción más breves. (Art. 24 num. 2 CP) (Art. 3 y 11 C. Tributario)



En este punto cabe una digresión planteada por muchos administrativistas en torno a la posibilidad de delegar la facultad legislativa en determinadas esferas y con ciertos límites. Bielsa y Jarach reconocen la validez de este planteamiento aún en materia tributaria, en tanto que Spisso y Giuliane Fonrouge se manifiestan totalmente opuesto a dicha posibilidad. Este último autor señala que uno de los caracteres de la Potestad Tributaria es su indelegabilidad, sin negar poder tributario a las provincias y municipalidades, como parte del estado y no por delegación que solo puede ser dada por el pueblo, depositario de la soberanía.

El debate sobre el alcance del poder tributario en los gobiernos seccionales y si este es originario o derivado es arduo y difiere en cada país según la forma en que esté políticamente organizado su territorio. Como se verá más adelante, nuestra Constitución, recoge la posibilidad de delegar la facultad legislativa a los entes seccionales autónomos en determinados ámbitos de la tributación, que como se verá más adelante tiene ciertas características especiales.

El Principio de Legalidad Tributaria en la Constitución

Nuestro sistema constitucional se basa en el modelo liberal de división de poderes, estando asignada al Poder Legislativo, ejercido por el Congreso Nacional, la facultad privativa de expedir leyes. Sin embargo como se verá más adelante, esta facultad no excluye la competencia de otros órganos en determinados casos.

Es importante señalar que desde la primera Constitución de la República en 1830, se ha recogido el principio de legalidad en materia tributaria, asignando siempre esta potestad al Poder Legislativo. Sin embargo es de notar que si ha habido una evolución jurídica en este aspecto pues de la lectura de las normas pertinentes de nuestras constituciones se pueden encontrar momentos en que el legislador constitucional ha introducido ciertas variantes a este principio.

Durante todo el siglo pasado, con variantes mínimas, el principio de legalidad en materia tributaria se recogía mediante la premisa de que corresponde al Congreso o Asamblea, según el caso, establecer impuestos. Es de notar, sin embargo, que en la Constitución de 1851, se asignó al Poder Legislativo la posibilidad de establecer los derechos, impuestos y contribuciones nacionales, lo que plantea la duda de si el legislador constitucional en ese momento, tenía la intención de asignar a otros entes potestad tributaria. En todo caso para 1852 el texto constitucional, volvió al de la Constitución de 1845, es decir, limitando la potestad tributaria al establecimiento de impuestos.



Es innegable el hecho de que la doctrina tributaria en el siglo pasado no había evolucionado al punto de establecer la hoy clásica clasificación tripartita de los tributos, hoy aceptada, casi en su totalidad por los autores del Derecho Tributario, razón por la que se entiende que las distintas constituciones hablen de impuestos, además de derechos o contribuciones indistintamente, tributos estos últimos con una configuración especial distinta de los impuestos.

Solo a partir de la Constitución de 1929, se empieza a utilizar el término tasa, en lugar de derecho. La Constitución de 1946 recoge en su texto el principio de legalidad expresado de mejor manera, al referirse a la facultad de establecer o suprimir impuestos, tasas y otros ingresos públicos ; y en la Constitución de 1967 se clarifica aún más el principio de legalidad.

Para 1975, fecha de expedición del Código Tributario, la facultad legislativa en materia tributaria, se hacía extensiva dentro de la legislación positiva -aunque no por mandato constitucional- a la posibilidad de modificar tributos y establecer exenciones, si bien lógicamente este principio tenía vigencia anterior

En las reformas constitucionales posteriores se mantuvo este principio. Merece especial atención el texto del Art. 82 literal e de la Reforma Constitucional de 1996, que al hablar de las facultades del H. Congreso, reunido en pleno, señalaba que "El Congreso Nacional, se reúne en pleno, sin necesidad de convocatoria, en Quito desde el 1 de agosto hasta el 9 de octubre de cada año ; para conocer exclusivamente los siguientes asuntos : ...e) Establecer, modificar o suprimir impuestos, tasas u otros ingresos públicos". Este texto hizo que estudiosos como el Dr. Francisco Tinajero⁵, cuestionaran incluso la facultad del plenario de las Comisiones Legislativas para abordar reformas de carácter tributario. Pero adicionalmente, limitaba -aparentemente- la facultad asignada a los Municipios con anterioridad, para establecer las tasas y contribuciones que dentro de la esfera de su jurisdicción le competía. En este esquema, considero que las facultades atribuidas a los Municipios y constantes en la Ley de Régimen Municipal, en materia de tasas y contribuciones, no había perdido vigencia, aunque exclusivamente dentro del ejercicio de su potestad reglamentaria.

Con la Constitución de 1998 (Cabe más el término reforma constitucional), se introducen algunas modificaciones relevantes. El principio de legalidad formal-material o de reserva de ley tributaria, tiene sustento en el numeral 6to del Art. 130 de la Constitución Política del Estado que textualmente dispone:

⁵ Tinajero, Francisco. LA RESERVA DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA. Revista Asociación Escuela de Derecho 1987

"Art. 130.- El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

... 6. Establecer, modificar o suprimir, mediante ley, impuestos, tasas u otros ingresos públicos, excepto las tasas y contribuciones especiales que corresponda crear a los organismos del régimen seccional autónomo."

Esta disposición concuerda con la contenida en el Art. 141 de la Misma Constitución que manifiesta:

Art. 141.- Se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes:

...3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin perjuicio de las atribuciones que la Constitución confiere a los organismos del régimen seccional autónomo."

Estas disposiciones se reiteran en lo previsto en el Art. 257 de la Constitución que señala:

"Art. 257.- Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos. No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley. El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana."



El texto del Art. 228 otorga a los entes seccionales autónomos la facultad de crear o suprimir tasas y contribuciones especiales, ya no solo de establecerlas, lo que, como se expresa posteriormente, se refiere más al fundamento de la facultad asignada a los municipios y no al ejercicio de la misma.

La clasificación tripartita de los tributos.-

Resulta incuestionable la importancia que tiene el principio de legalidad en materia de creación de tributos y como esta se manifiesta a través del único órgano competente para efectuarla. Sin embargo es importante hacer una diferenciación en torno a la clasificación tradicional de los tributos y como ésta incide en el principio de legalidad.

Conforme lo manifiesta William Dillinger⁶, tradicionalmente se han

⁶Dillinger William. REFORMA DEL REGIMEN TRIBUTARIO SOBRE LA PROPIEDAD Ed. PGU Nueva York, 1991

asignado tres funciones básicas al Sector Público: La estabilización de la economía, la redistribución de los ingresos y el suministro de servicios públicos.

En términos generales, las dos primeras corresponden al Gobierno Central, debido a que los Gobiernos Locales encuentran muchos límites para tener injerencia directa en el manejo de la economía, y resulta probable que cualquier intento de los gobiernos seccionales por abordar las disparidades en los ingresos, provoque como consecuencia una migración no deseada. En todo caso, la tercera de las funciones señaladas cumple un papel preponderante en el ámbito de Gobiernos Locales, pues gran parte del suministro de servicios públicos se asigna a dichos estamentos. Para tal efecto, los Municipios, cuentan con los mismos instrumentos tributarios que el Gobierno Central, así lo establece el Art. 308 de la Ley de Régimen Municipal que se refiere a los ingresos municipales tributarios.

En términos generales se puede clasificar a los tributos en dos categorías a saber: Las de los Tributos Vinculados y la de los Tributos No Vinculados.

A decir de Gerardo Ataliba⁷, el criterio para esta clasificación se basa en la configuración y consistencia del aspecto material de la Hipótesis de Incidencia, básicamente en el hecho de si dicha configuración corresponde a una actividad del Poder Público o a un hecho totalmente diferente de cualquier actividad estatal. En el primero de los supuestos, estaríamos frente a los denominados Tributos Vinculados, pues su hipótesis de incidencia consiste en la descripción de una actuación estatal, lo contrario, es decir cualquier actividad ajena al Poder Público, nos coloca frente a los llamados Tributos No Vinculados.

En base a lo señalado resulta sencillo distinguir que tributos pertenecen al primer grupo y cuales al segundo. Cuando se habla de Tasas y Contribuciones Especiales, estamos frente a un caso típico de tributos vinculados, pues el hecho generador en el primer caso "consiste en una situación de hecho que determina o necesariamente se vincula a una actuación del Poder Público, relacionada con el obligado"⁸ y en el segundo caso son "los beneficios individuales o de grupos sociales, derivados de la realización de obras públicas o de especiales actividades del Estado"⁹.

Esta relación con el Sujeto Obligado resulta esencial en los tributos vinculados, pues aunque se trata de una actuación del Ente Público, ésta surte efectos respecto del contribuyente obligado al pago del tributo.

⁷ Ataliba, Gerardo. HIPOTESIS DE INCIDENCIA TRIBUTARIA. Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima, 1987. pp 152-160

⁸ Giannini, Gian, citado por Ataliba, op. cit. Pp 159

⁹ Giuliani Fonrouge, C., op. cit. Pp. 322

Los Impuestos, a diferencia de los anteriores, pertenecen a los tributos no vinculados, pues su hecho imponible consiste en la realización de un hecho económico y con efectos jurídicos, pero independiente de la actividad estatal. Es importante señalar que al hablar de vinculación, o no vinculación, se hace referencia específicamente al aspecto material del Hecho generador y a su realización, pues obviamente, la Obligación Tributaria, como tal, consiste en una relación jurídica entre el Sujeto Activo y el Sujeto Pasivo y desde esa perspectiva, todo tributo conlleva un vínculo de carácter personal. José María Martín señala que los impuestos consisten en "detracciones de parte de la riqueza de los particulares exigidas por el Estado para la financiación de aquellos servicios públicos indivisibles que tienen demanda coactiva y que satisfacen necesidades públicas"¹⁰.

El hecho generador de los Impuestos es siempre un hecho jurídico de naturaleza económica, pues solo ahí se puede, de alguna manera, cuantificar el hecho y vincularla a la capacidad contributiva del Sujeto Pasivo, esencial en materia tributaria. Por otra parte, los ingresos percibidos por el Sujeto Activo en concepto de Impuesto, no conllevan de parte de éste una contraprestación directa e inmediata, pues están destinados a la financiación de servicios públicos en forma general, de ahí su carácter de tributos no vinculados. En base de lo manifestado, resulta impensable el atribuir la facultad de crear impuestos a un Organismo distinto de la Función Legislativa, pues el Estado es uno solo y su potestad tributaria la ejerce en la forma prevista en la Constitución, es decir a través del Congreso Nacional y no puede otorgarse a organismos distintos a este dicha facultad, pues esto implicaría el rompimiento de la estructura jurídica del Estado.

Respecto de las tasas, este tipo de tributos, de carácter vinculado, es el resultante de una contraprestación por la utilización efectiva o potencial de un servicio público divisible o de costo prorrateable. Como señala José Ferreiro Lapatza¹¹, "es un tributo cuyo hecho imponible consiste en una actuación de la administración que se refiere, o que afecta directa e inmediatamente al sujeto pasivo". Acorde esta definición, las tasas no necesariamente deben reportar un beneficio al particular, sino que el solo acceso a tal servicio acarrea la obligatoriedad del tributo, e incluso, la mera potencialidad de acceso al servicio deriva en la obligación de pago del tributo.

Las Contribuciones especiales, comparten con las tasas el carácter de tributos vinculados, aunque difieren de estas en que se trata de una compensación por los beneficios o ventajas recibidos por la realización de una determinada Obra Pública, o de actividades especiales del Estado.

¹⁰ Martín, José, Rodríguez Usé, G. DERECHO TRIBUTARIO GENERAL. Ed. Depalma. Buenos aires, 1986, pp 158

¹¹ Ferreiro Lapatza, José. CURSO DE DERECHO TRIBUTARIO, Ed. Marcial Pons, Madrid 1992, 8va ed. pp 717



En este caso, al igual que en lo acontecido con las tasas, el monto no tiene relación directa con la capacidad contributiva del Sujeto Pasivo. La cuantificación del tributo, en el caso de las contribuciones, tiene que ver con el valor de la ventaja o beneficio recibido. De este mismo argumento se deriva la imposibilidad de crear exenciones tributarias, pues al haber la administración incurrido en un gasto, tiene el derecho de recuperarlo de todos quienes se beneficiaron de él, sin excepción alguna, así lo dispone el Art. 438 de la Ley de Régimen Municipal.

La relación entablada entre la Administración y el Contribuyente que se vea beneficiado por efecto de la ejecución de una obra pública, difiere de la que surge como consecuencia del ejercicio mismo de la potestad tributaria en el caso de los impuestos, pues como se manifestó la obligación del contribuyente en materia de impuestos, tiene como único fundamento el poder del Estado de exigirlos, en tanto que en tasas y contribuciones, dicha obligación está ligada al acceso al servicio o su mera potencialidad, en el primer caso ; y a las ventajas que el particular recibe de la actuación del estado, en el caso de las contribuciones. Sobre este aspecto merece relevancia el hecho de que la Ley de Régimen Municipal, en su Art. 415 habla de beneficio real y también presuntivo, lo que puede derivar en un abuso de la administración al exigir el pago del tributo.

De esta clasificación se derivan consecuencias en torno al principio de legalidad y cómo éste se ejerce en cada tributo. Así, por un lado tenemos que en materia tributaria se aplica irrestrictamente el principio *Nulium tributum sine lege*, tenemos también que no se puede privar al estado de la posibilidad de recuperar las inversiones en que incurre por los servicios que presta, esto se aplica más al régimen tributario autónomo que, como citábamos anteriormente, tiene entre sus principales funciones, la dotación de los servicios básicos y de la obra pública en cada comunidad.

Entonces es comprensible que si es el órgano del régimen seccional autónomo quien en principio debe prestar el servicio o ejecutar la obra pública, a él se le atribuya la facultad de exigir una contraprestación por dicha actividad atenta a la naturaleza de la misma, pues caso contrario no se entendería esta autonomía. Algunos administrativistas pretenden encuadrar esta facultad de exigir contraprestaciones a las actuaciones del ente público, fuera del ámbito del Derecho Tributario y dentro del Derecho Administrativo, sin embargo esta afirmación es impropia, más aún si se considera lo previsto en el Inciso final del Art. 1 del Código Tributario. En todo caso esta delegación a los entes seccionales autónomos para crear o suprimir las tasas y contribuciones, se entiende dentro de la esfera de acción de dichos entes, dentro del ejercicio de su autonomía y considerando que estos



tributos, están relacionados estrictamente a el accionar de los gobiernos seccionales, por lo que no se corre el riesgo de un rompimiento al principio de legalidad sino que constituye una consecuencia lógica del ejercicio del mismo, que se enmarca dentro de los demás ámbitos en que se puede delegar la facultad legislativa.

Cabe en todo caso, poner mucha atención a los límites que la naturaleza de los tributos implican para el ejercicio de esta facultad impositiva a los entes seccionales autónomos, pues esta delegación legislativa, no puede acarrear la posibilidad de imponer tributos a quienes, por principio, no estén obligados a su pago. Sobre el particular prefiero manifestar que se hace necesario establecer que esta presunción que el legislador ha planteado en materia de contribuciones, debe basarse en elementos concretos y claramente determinables y no debe interpretarse en forma extensa, más aún si consideramos que la administración pública, también en este campo, es reglamentada y no discrecional.

El Ejercicio de la Potestad Reglamentaria. -

Como señalamos en líneas anteriores, hay alguna discrepancia sobre el alcance de la llamada "facultad legislativa" de los entes seccionales autónomos, encontrando una fuerte corriente administrativista que la ubica dentro de la llamada Potestad Reglamentaria".

Resulta entonces, necesario conceptualizar al Reglamento, fuente del derecho administrativo, para poder entender plenamente, la noción de esta llamada Potestad Reglamentaria.

A decir del prestigioso tratadista Roberto Dormí¹²: "El reglamento es una declaración de voluntad unilateral en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicas en forma directa. "

Se puede distinguir el reglamento de la costumbre, de los contratos y del los actos administrativos. Se distingue de la costumbre por que es escrito, del contrato, por que es unilateral y del acto administrativo porque crea normas jurídicas generales.

Según Dormí la Ley y el Reglamento no solo se diferencian por cuestiones formales, como el procedimiento para su aprobación sino sustancialmente por razones político institucionales y jurídicas. Según el autor: "Mientras que la Ley es la expresión de la voluntad soberana del pueblo, el reglamento es la expresión de la competencia reglamentaria o de ordenación de la Administración. La diferencia entre estas dos figuras no es de cantidad sino de calidad y grado.

¹² DORMÍ ROBERTO, Manual de Derecho Administrativo. Ed. Depalma. Pp 439



La ley emana institucionalmente de uno de los poderes del Estado, el Legislativo. El reglamento, o instrumento regulatorio o imperativo es dictado por la administración que es el aparato instrumental servicial para la ejecución de fines estatales”.

Las formas de exteriorización del reglamento son diversas: decreto, acuerdo ministerial, resolución, ordenanza, circulares, instructivos etc.

Naturaleza.-

Desde el punto de vista material se caracteriza por contener disposiciones de carácter general e impersonales y que se opone por ello a los actos administrativos no reglamentarios. Consiguientemente, desde ese punto de vista, el reglamento es un acto de naturaleza legislativa y desde un punto de vista formal, de naturaleza administrativa.

Clasificación-

Pueden clasificarse desde distintos puntos de vista:

a) Subjetivo .- Varía según la organización administrativa y la esfera en que se dicte: así: Reglamentos del Estado Nación, (Gobierno Central), Reglamentos del Estado Provincia, Reglamentos de los municipios y reglamentos de los entes autárquicos.

b) Por la materia.- En términos generales pueden haber tantos reglamentos como la materia que versan, dada la multiplicidad de actividades del estado, sin embargo entre todos los reglamentos, posibles se puede tomar como referencia la relación que tengan con la Ley clasificándose, desde esta óptica en cuatro grupos:

· Reglamentos subordinados o de ejecución.- Son los que emite el órgano administrativo en ejercicio de sus atribuciones propias, con el objeto de hacer posible la aplicación y cumplimiento de las leyes. En otras palabras son dictados para complementar la ley o asegurar su ejecución están directamente subordinados a la Ley, son manifestaciones SECUNDUM LEGEM, complementan a la ley regulando los detalles indispensables que aseguren su cumplimiento, no pudiendo crear exigencias nuevas ni extender ni restringir su alcance en cuanto a las personas o a las cosas.

A criterio de Dromi, no son reglamentables la Leyes que no ejecuta la Administración, como el Código Civil o el Código de Comercio.

· Reglamentos autorizados o de integración.- Son los que emite el órgano ejecutivo en virtud de una habilitación que le confiere expresamente el órgano legislativo. Es una ampliación de las facultades reglamentarias del ejecutivo mediante autorización del legislativo.



No se trata de reglamentos delegados pues no existe en esencia tal delegación sino una autorización para lograr una adecuada integración normativa.

Así, la ley establece el principio jurídico general, dejando a la administración la facultad de completar, interpretar e integrar dicho principio. Es importante que la administración tenga claros los límites de esta autorización.

· Reglamentos autónomos o independientes.- Son los llamados *Praeter legem*, son los que dicta el ejecutivo en ejercicio de sus poderes propios, obra en virtud de facultades que la constitución le atribuye, con prescindencia de si existe o no una ley al respecto, o en merito de su poder discrecional. Un ejemplo claro son las circulares e instructivos. Por lo general son reglamentos de organización administrativa. Que por lo general no regulan la actividad de los particulares ni de terceros ajenos a la administración.

· Reglamentos delegados.- son aquellos que dicta el ejecutivo merced a una habilitación legal que le es conferida. Son llamados *supletorios a la Ley* o reglamentos de derecho. Esta delegación es excepcional y en nuestra legislación se puede citar el caso de algunas materias en materia de Régimen Seccional Autónomo, como el establecimiento de tasas y contribuciones.

· Reglamentos de necesidad o urgencia.- Son aquellos que el ejecutivo dicta en un estado de necesidad o urgencia cuando no está reunida la rama legislativa (Se dan únicamente en casos de excepción). Estos prácticamente serían equivalentes a una facultad legislativa extraordinaria que se otorgue al Presidente para afrontar situaciones excepcionales de necesidad o urgencia, como el afrontar una guerra en momentos en que el legislativo no se encuentre reunido. Esto si no se utiliza en aquellos casos excepcionales podría derivar en un régimen de *facto*, pues se daría una usurpación de competencias del ejecutivo al legislativo.

La potestad reglamentaria es inherente a la función administrativa y en consecuencia propia de la misma administración. La administración pública tiene que cumplir una tarea múltiple y para ello necesita dictar normas generales para regular la actuación de sus propios órganos.

La potestad reglamentaria o normativa es el medio indispensable para que la administración pueda cumplir adecuadamente sus funciones, es un instrumento jurídico esencial de la administración.

Limites de la Potestad Reglamentaria.-

Los reglamentos pueden tener límites de carácter general, es decir



aquellos que afecten a toda clase de reglamentos; y de carácter particular, es decir los que afectan a cada tipo de reglamento. Desde la primera óptica, los límites pueden ser:

a) El que deriva de la reserva legal

- No se puede establecer e imponer penas (ámbito del derecho penal, si se pueden imponer sanciones)
- No se puede establecer tributos ni exenciones (Con las excepciones previstas en la propia Constitución).
- No se puede establecer prestaciones personales obligatorias

b) los que derivan de la norma intrínseca de la norma reglamentaria

· No se puede derogar ni modificar el contenido de las leyes formales, ni de otros reglamentos dictados por órganos de mayor jerarquía

- No pueden derogar los principios generales del derecho (Vg. La irretroactividad de la Ley)
- No puede dictarse un reglamento que contemple exclusivamente una situación particular
- No deben regular cuestiones que por su naturaleza pertenezcan al ámbito del Derecho Privado.
- No pueden tener eficacia retroactiva
- Dentro de aquellos que afectan a cada tipo de reglamento tenemos:

c) Con relación al reglamento de ejecución:

Pueden alterar el texto de la Ley pero no su espíritu

d) En cuanto a los Reglamentos delegados, el ejecutivo debe ejercer esta potestad dentro de los límites que señala la Ley que lo habilitó para ello. Al ejercerla debe respetar el ordenamiento constitucional.

e) Con respecto a los reglamentos autónomos, tomando en consideración que se dictan en ausencia de norma legal, su vigencia esta supeditada a la expedición de la correspondiente norma legal. Además el reglamento no debe invadir la zona de reserva legal.

f) En cuanto a los reglamentos de necesidad, por su naturaleza su límite esta dado por la norma constitucional, pues si bien es cierto que este tipo de reglamento de excepción puede modificar la ley, no puede sin embargo modificar el orden constitucional.

Facultad Legislativa de los entes seccionales autónomos.-

La facultad que se otorga a los entes seccionales, particularmente a los municipios para normar de manera general y obligatoria dentro de



los ámbitos de su jurisdicción, via ordenanza, ha sido también objeto de debate sobre la naturaleza, y el alcance de esta facultad.

Es innegable que las ordenanzas municipales no tienen la jerarquía de Ley y por tanto están supeditadas a esta. No es intención cuestionar esta realidad jurídica, pero, adentrándonos a la naturaleza intrínseca de las normas generales expedidas por los Concejos Municipales, se puede establecer similitudes con las Leyes e incluso en determinados casos es válido hablar de delegación legislativa a los entes seccionales autónomos.

La llamada facultad legislativa de los entes seccionales descentralizados, está íntimamente relacionada con la noción de autonomía de estos entes, que también ha sido objeto de críticas y debates. Sobre este tema se podría decir que resulta más adecuado utilizar el término autarquía, pues la autonomía implica la posibilidad de crearse así mismo, lo que en el caso de los entes seccionales autónomos está prohibido expresamente por la Constitución Política. Sin embargo, al ser el término que lo utiliza la propia constitución ecuatoriana, me inclino por entenderlo dentro del contexto jurídico ecuatoriano, con las limitaciones que esto implica. Vale señalar que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, entre las definiciones de este término señala que es "Potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobiernos propios".

El Código Civil al hablar de Ley la define como "La declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite". De esta definición se extrae que la soberanía constituye el elemento esencial de la potestad legislativa, concluyéndose por tanto que quien no goce de soberanía no tiene esta facultad, por lo menos de modo originario, aunque, si de modo derivativo mediante delegación, salvo los casos de reserva de Ley, como lo manifiesta la propia Constitución. Es dentro de este espectro que se entiende la facultad legislativa de los entes seccionales.

El Art. 141 de la Constitución establece las materias en que existe Reserva de Ley, lo que implica que en estas materias no puede darse la figura de delegación en tanto que en lo demás si es posible, previa disposición legal en tal sentido. En materia tributaria es clara que la reserva de ley excluye expresamente a las tasas y contribuciones especiales.

En el caso del régimen municipal, esta delegación, de manera bastante amplia se ha otorgado a los Concejos Municipales, así lo establece el Art. 64 de la Ley de Régimen Municipal, que señala los



deberes del Concejo Municipal, particularmente los ordinales 1o., 18, 19, 23, 24, 25 y 49, en concordancia con lo previsto en los artículos 12 que establece los fines de los municipios y 15 de la misma Ley que señala las funciones que le corresponden al Municipio para el ejercicio de sus fines.

Finalmente el Art. 17 ordinal segundo de la Ley, es tajante al señalar que ninguna Función del Estado ni autoridad extraña a la municipalidad podrá: "Derogar, reformar o suspender la ejecución de las ordenanzas, reglamentos, resoluciones o acuerdos de las autoridades municipales". Se entiende que esta prohibición se refiere al ejercicio de las facultades municipales conforme a la Ley y la Constitución y dentro de los límites de su competencia.

En conclusión, se puede afirmar que nuestro sistema jurídico positivo otorga a las municipalidades la facultad legislativa, dentro del ámbito de su competencia y siempre limitado por las disposiciones legales y constitucionales. Es menester citar a este respecto lo manifestado en el inciso segundo del Art. 228 de la Constitución que en la parte pertinente señala que "los gobiernos provincial y cantonal gozarán de plena autonomía y en uso de su facultad legislativa podrán dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras". También es claro que esta facultad legislativa otorgada a los entes seccionales autónomos, no es originaria sino derivada y por tanto no puede equipararse a la facultad que de manera privativa le compete al Estado a través del H. Congreso Nacional en uso de su soberanía. Resta entonces por delinear en que consiste esta facultad legislativa, como se ejerce y cuales son sus alcances.

El Art. 126 de la Ley de Régimen Municipal, al hablar de los actos decisorios del Concejo los clasifica en Ordenanzas, acuerdos o resoluciones, correspondiendo a las primeras aquellos asuntos de carácter general que tengan fuerza obligatoria en todo el Municipio. De esta definición se desprende que los actos legislativos municipales se denominan Ordenanzas. Sin embargo hay quienes, como Carlos Hurtado C.¹³ establecen uno adicional que es el reglamento, diferenciándolo de la Ordenanza, sobre la base de disposiciones como la establecida en el Art. 17 ordinal segundo, antes citado que habla de ordenanzas y reglamentos.

Prefiero no inclinarme por esta distinción sobre todo considerando la claridad del Art. 126 y tomando en consideración que en la Ley se habla de Ordenanzas que reglamentan y de reglamentos indistintamente, por lo que prefiero referirme a las ordenanzas en

¹³ Hurtado, Carlos. EL MUNICIPIO, SU AUTONOMÍA EN EL GOBIERNO Y ACTOS MUNICIPALES. Tesis doctoral de Jurisprudencia, 1972

general aunque poniendo énfasis en que pueden darse ordenanzas que reglamenten una Ley y Ordenanzas que normen determinada actividad municipal, sin necesidad de una Ley específica, en uso de esta facultad legislativa delegada y dentro de los límites previstos en la Constitución y la propia Ley. Cordova Guerrón define a las Ordenanzas como "la norma, regla o conjunto de ellas que establecen o determinan el estado jurídico de determinada materia o actividad y que además de manera privativa corresponde dictar al Concejo a través de su representación edilicia perfectamente conformada".

La mayoría de autores otorgan a la Ordenanza la jerarquía de un reglamento y lo distinguen notoriamente de los actos administrativos, considerando la generalidad de sus disposiciones. La Ordenanza no puede ir en contra de una norma legal, y en principio no llena vacíos legales sino que determina con claridad regulaciones sobre distintas materias cuya competencia en términos generales está asignada por la Constitución y la Ley a los Municipios. Sin embargo constituye a no dudarlo un acto legislativo, revestido de formalidades que no pueden ser omitidas y lo más importante es dictado por un estamento autónomo, democráticamente elegido, como es el Concejo Municipal, lo que le dota de una fuerza especial.

En materia tributaria esta facultad legislativa existía aún antes de expedirse la Constitución actual, respecto de tasas y contribuciones. Así se manifiestan los Arts. 397, y 398 de la Ley de Régimen Municipal respecto de las Tasas y los Arts. 416, 420, 430 y 441 de la misma ley, tratándose de contribuciones especiales de mejoras, normas vigentes desde 1966, fecha de expedición de la Ley de Régimen Municipal actual. El hecho de no estar contemplada esta facultad constitucionalmente, restaba fuerza jurídica a ésta que sin embargo, ha venido siendo ejercida por muchas municipalidades en forma amplia, aunque existen casos específicos en que la Jurisprudencia ha dejado sin efecto esta posibilidad.

Con la expedición de la Constitución de 1998, se da un giro al principio de legalidad, en cuanto al fundamento en base del cual los entes seccionales autónomos norman el cobro de sus tributos, más que a la facultad misma de estos entes, que como señalé, continuó siendo ejercida por la municipalidades.

El Art. 228 de la Constitución se plantea la posibilidad de los gobiernos seccionales, de crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones de mejoras, norma que concuerda plenamente con lo dispuesto en el Art. 257 de la misma Carta Magna y el Art. 130 numeral sexto ibidem, que al hablar de la reserva de ley en materia tributaria, excluyen expresamente a la facultad legislativa de los entes seccionales autónomos.



Evidentemente, como se explicó anteriormente, esta facultad otorgada a los Concejos Provinciales y Municipales además de los límites legales y constitucionales tiene como límite la naturaleza misma de los tributos y su carácter vinculado a la actuación de la administración pública, por tanto la creación está ligada a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra pública y, con los límites en cuanto a la fijación de la cuantía que la doctrina tributaria expresa y que la propia Ley señala.

En el mismo sentido, evidentemente la supresión del tributo está ligada a la suspensión del servicio o a la no ejecución de la obra pública, pues la constitución y la Ley son claras al excluir de la facultad legislativa la posibilidad de eximir que en este tipo de tributos no cabe.

Antes de la vigencia de la carta magna que nos rige, era prácticamente unánime el criterio de que el establecimiento de tasas y contribuciones formaba parte de la esfera de la facultad reglamentaria de los entes seccionales, pues se citaba que tanto las tasas como las contribuciones estaban creadas por la Ley y la Ordenanza simplemente regulaba su cobro. Hoy por hoy, la facultad de crear tasas y contribuciones atribuida a las municipalidades, indudablemente va más allá de la simple reglamentación ya que otorga de manera delegada la facultad legislativa, situación que suscita debate entre los estudiosos, entre los cuales no falta quien sostiene que se ha violentado el principio de legalidad, aunque a mi modo de ver esta reforma no solo responde a una realidad institucional y económica de las municipalidades y constituye una respuesta lógica del legislador constitucional a una realidad evidente que es : quien efectúe la obra o preste el servicio es el llamado a recuperar la inversión efectuada, sino que, se enmarca plenamente dentro de los límites de la legalidad y la forma en que esta puede ser ejercida.

Análisis del principio de legalidad en el Impuesto de Patente Municipal e Impuesto al Juego.-

Como se expresó anteriormente, resulta totalmente válido el posibilitar a los entes seccionales autónomos el hacer uso de su facultad legislativa para ejercer su derecho a recuperar las contraprestaciones necesarias para cubrir sus inversiones en obras y servicios. Pero, ¿Es factible delegar esta facultad en materia de impuestos ? Tal afirmación resulta descabellada, sin embargo existen dos tributos cuyo régimen jurídico podría dar lugar a preguntarse sobre los límites de la potestad reglamentaria por parte de los Concejos Municipales.

Tanto el impuesto de patente municipal, como el impuesto al juego han sido creados por ley y en principio, las ordenanzas correspondientes no modifican ni suprimen ninguno de estos. El Art. 314 de la Ley de Régimen Municipal establece claramente que las municipalidades reglamentarán mediante ordenanza el cobro de sus tributos, sin embargo, no hay que olvidar la disposición del Art. 4 del Código Tributario, cuyo texto dice : "Las Leyes Tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones o deducciones ; y los reclamos o recursos que deben concederse conforme a este Código". Por tanto, es necesario revisar si en el caso de estos tributos se cumple cabalmente con el principio de legalidad. La disposición de nuestro Código Tributario consta redactada en un similar sentido en el Proyecto de Código Tributario Modelo para América Latina y recoge los planteamientos de gran parte de la doctrina tributaria en torno al tema. Es entonces respecto del alcance de la Reserva de Ley en materia tributaria o a los límites del ejercicio de la Potestad Reglamentaria de las municipalidades, que surgen los cuestionamientos a la facultad de los Concejos Municipales de expedir ordenanzas respecto de dichos tributos, en lo referente a su contenido.

En el caso del impuesto de patente el inciso segundo del Art. 383 de la Ley de Régimen Municipal señala:

"El concejo mediante ordenanza, establecerá la tarifa del impuesto anual en función del capital con el que operen los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón. La tarifa mínima será de diez dólares de los Estados Unidos de América y la máxima de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América."

Es decir, en el caso de este impuesto, la forma de establecer la cuantía se delega al Concejo Municipal mediante la expedición de la ordenanza respectiva. En otras palabras, se delega uno de los elementos que conforman el principio de reserva legal.

Resulta apresurado afirmar la existencia de inconstitucionalidad de la norma del Art. 383, toda vez que el precepto constitucional habla de crear, modificar o extinguir tributos y ninguna de estas potestades es ejercida por el Concejo Municipal y el Código Tributario señala que la ley debe contener la cuantía o "la forma de establecerla" y que en el caso del Art. 383 la Ley contiene la forma de establecerla al disponer que esta se hará mediante la expedición de la Ordenanza y de alguna manera fija el criterio para la fijación de la cuantía y los límites de la misma. Esto nos lleva a afirmar que, si bien es cierto no existe una manifiesta inconstitucionalidad en el ejercicio de la facultad del



Concejo de expedir la Ordenanza de Patente Municipal, también es verdad que la falta de claridad y técnica adecuada en la redacción de la norma puede dar lugar a un abuso en el ejercicio de la facultad por algunas municipalidades y eventualmente generar una forma de doble tributación interna. Un aspecto que hay que considerar respecto de este impuesto tiene relación con la condición de sujeto pasivo del mismo, pues el Art. 382 de la Ley de Régimen Municipal utiliza un concepto demasiado amplio al hablar de "...todos aquellos que realicen actividades económicas", lo que resulta ambiguo además de extremadamente genérico. El efecto de esto es que los Municipios en sus Ordenanzas delimiten el alcance de este término, suscitándose diferencias entre un municipio y otro respecto de aquellas actividades gravadas, es decir, los sujetos pasivos del tributo pueden ser distintos según el Cantón en el que se encuentre la actividad. Estas dos situaciones que las municipalidades sostienen se enmarcan dentro de su facultad de reglamentar el tributo y que no violan el principio de legalidad ; otorgan sin embargo a las municipalidades, una potestad amplísima en materia de Impuesto de Patentes, y los ámbitos de reglamentación que las respectivas Ordenanzas contienen. Basta revisar las normas que rigen en Guayaquil, Cuenca y Quito -por citar a los Municipios más importantes- para ver como varían las bases imponibles, lo que se entiende por actividad económica y la forma de administrar el tributo.

Sin desmerecer las ventajas que tiene para los Municipios la posibilidad de, mediante Ordenanza, establecer los sistema de cálculo del impuesto aplicables, creo necesario mejorar el texto de las disposiciones legales vigentes, que en las últimas reformas de septiembre de 2004, no alcanzaron el nivel esperado, a efecto de que permitan tener elementos más definidos y límites más claros en torno a este tributo.

El otro impuesto que vale la pena analizar desde el punto de vista de la legalidad tributaria, y que presenta aspectos más criticables que la patente mensual, es el Impuesto al Juego, previsto en los Arts. 394 y 395 de la Ley de Régimen Municipal. El Art. 394 señala : "Son sujetos pasivos del impuesto al juego, los casinos y demás establecimientos semejantes que puedan funcionar legalmente en el país". Por su parte el Art. 395 establece que las municipalidades, mediante ordenanza regularán este tributo. Del contenido de estas disposiciones se pueden efectuar las siguientes puntualizaciones :

En primer término, tenemos que se atribuye la calidad de sujetos pasivos a los casinos y establecimientos similares, lo que contradice los planteamientos de la doctrina y del propio Código Tributario en el Art. 24, respecto de la condición de sujeto pasivo, pues queda claro

que la relación jurídica tributaria siempre es una relación personal, incluso en los denominados tributos reales, razón por la que resulta -por decir lo menos- antitécnico asignar esta condición a un establecimiento.

No se define el objeto imponible pues la norma es tan escueta y ambigua que impide una definición exacta de este elemento sustancial de la obligación tributaria, que por consiguiente se delega a las municipalidades establecerla.

No se señala la cuantía ni la forma de establecerla, situación que por ende corresponde fijar en la Ordenanza correspondiente.

Incumple totalmente la disposición contenida en el Art. 4 del Código Tributario y otorga a los Municipios una facultad muy amplia en torno a este tributo, que a mi modo de ver, trasciende de lo meramente reglamentario.

La poca incidencia que este tributo tiene en los presupuestos municipales, y por gravar una actividad que no tiene un desarrollo muy extendido en nuestro país, ha hecho que prácticamente nadie se refiera a él y los Municipios en que existen Ordenanzas en torno a este tributo, no se han extralimitado en el ejercicio de su facultad. Sin embargo es necesario plantear una reforma legal respecto del mismo pues con las disposiciones actuales se rompe la estructura jurídica tributaria, constituyéndose en un precedente grave en esta materia, pues aceptar la legalidad y constitucionalidad de esta norma puede conducir que a futuro este tipo de disposiciones se extiendan a otros tributos con el riesgo para la seguridad jurídica que esto acarrea.

Como corolario de lo manifestado en líneas anteriores, creo que el sistema jurídico vigente en nuestra legislación incluso con la expedición de la Constitución de 1998, no implica una modificación substancial al principio de legalidad en materia tributaria, aunque no se puede desmerecer el hecho de que este principio se encuentra en crisis, más aún si se consideran determinadas facultades atribuidas al ejecutivo en otros ámbitos del quehacer tributario a los que no nos referimos en la presente ponencia. Sin embargo, creo que es necesario tener claro el alcance y los límites del ejercicio de la facultad legislativa de los entes seccionales, sobre todo ante la posibilidad de que se den interpretaciones antojadizas de ciertos vacíos legales y de normas elaboradas sin la suficiente claridad por parte de nuestros legisladores.



PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN ECUADOR

Ab. Juan Gabriel Reyes Varela

El tema de los precios de transferencia es sumamente extenso y complicado, pues para entenderlo se lo debe tratar desde distintos puntos de vista, su incidencia económica, financiera y fiscal. Es evidentemente importante analizar este tema desde un punto de vista legal, pues la legalidad del sistema es el cimiento sobre el cual se levanta toda la institución, esto es, la facultad de la Administración Tributaria de regular los precios de transferencia de bienes y servicios, y la del administrado de defenderse contra una actuación en este sentido.

En el presente artículo, haremos un breve recuento del tema de los precios de transferencia, analizaremos los antecedentes sobre la legislación ecuatoriana que trata el tema, y principalmente, las reformas al Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, publicadas en el Registro Oficial el 31 de diciembre de 2004, y su legalidad. Dada la extensión del tema, y tomando en cuenta que no existe práctica alguna sobre regulación de precios de transferencia en Ecuador, no se analizará en detalle el tema.

I. ANTECEDENTES:

La globalización ha permitido el crecimiento de muchas empresas multinacionales, y una continua expansión de las áreas de negocio de éstas. Estas empresas han creado filiales, subsidiarias y establecimientos permanentes que cubran todas sus necesidades de negocio en distintos países, siendo una constante las transacciones comerciales entre estas empresas "relacionadas" o "asociadas". Lo mismo ha sucedido en el mercado local ecuatoriano, con sociedades nacionales y grupos empresariales locales que han desarrollado de manera importante su campo de acción comercial, diversificando su producción -ya sea de bienes o servicios-.

Efectivamente, como una manera de reducir u optimizar costos y potenciar la utilidad, los grupos empresariales (extranjeros y nacionales) han procurado que las necesidades de sus empresas "principales" sean satisfechas por empresas "accesorias", ya sea de propiedad del mismo grupo, o capitalizadas parcialmente con dinero del mismo grupo. Así por ejemplo, un grupo empresarial cuyo fuerte es el área financiera o bancaria con activos importantes, pretenderá poseer o controlar una empresa aseguradora, a la cual encargará la cobertura de todos sus activos; un grupo cuya empresa "principal" es la exportación de flores pretenderá poseer o controlar una empresa

que produzca el cartón en el que se empaacan las flores, etc. Esto permite que el dinero circule dentro del mismo grupo empresarial y los costos los bienes y servicios entre empresas del grupo se reduzcan.

Aún cuando desde el punto de vista financiero esta tendencia parecería ser inofensiva y muy racional, desde hace algunos años, las Autoridades Tributarias de los distintos países han evidenciado que los precios de las transacciones efectuadas entre partes relacionadas, no necesariamente son los mismos que se pactarían entre partes independientes: considerando que esta diferencia distorsiona la base imponible de impuestos, ubicando las ganancias o utilidades en países de baja imposición fiscal o en empresas que han sufrido pérdidas, evitando así el pago de impuestos.

La doctrina tributaria ha aceptado que los precios de esas transacciones efectuadas entre partes relacionadas deben realizarse a precios de mercado, comparados con los precios que, en transacciones idénticas o similares, realizan partes independientes. Como consecuencia de este ajuste en los precios, la doctrina ha considerado que la Administración Tributaria debe tener la facultad de registrar en la contabilidad de las empresas fiscalizadas o determinadas, los ajustes que esa rectificación en los precios ocasione y gravar los impuestos a que haya lugar.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha tenido una gran incidencia en el estudio y la práctica de la regulación de precios de transferencia.¹

En 1979, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, emitió el Informe sobre "Precios de transferencia y empresas multinacionales", en el cual se han fundamentado las reformas al Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno que se describen más adelante.

II. PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA:

Alrededor de un año y medio luego de haberse publicado la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas (R.O. No. 206, de 2 de diciembre de 1997), con la cual se dio un giro sustancial a la política y la práctica tributaria en Ecuador, el 30 de abril de 1999, se publicó en el Registro Oficial Suplemento No. 181, la Ley No. 24 denominada "Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas".

¹ Esta organización es una entidad internacional sin fines de lucro, creada en 1961 a través de un convenio multilateral del cual el Ecuador no fue signatario ni adherente. La conforman 30 "países miembros" en los que existe una "democracia de mercado", siendo estos, países desarrollados o en vías de desarrollo. Nótese que ningún país de América del Sur o de África es miembro de esta organización.



Según los considerandos de la propia Ley No. 24, esta reforma tuvo como objetivo: i) la eliminación de escudos fiscales vigentes a esa fecha, ii) un cambio estructural del sistema tributario ecuatoriano que lo dirija hacia los principios de igualdad, generalidad y proporcionalidad previstos en la Constitución Política del Estado, iii) eliminar mecanismos de elusión y racionalizar las exenciones al impuesto a la renta, el IVA y los aranceles; y iv) dotar a la Administración Tributaria de medidas coercitivas que le permitan hacer efectivas estas reformas.

Así, la Ley No. 24 reformó el artículo 91 del Código Tributario en lo relacionado a la determinación tributaria; y específicamente, la determinación directa.

Según el artículo 87 de la mencionada norma, la determinación es “el acto o conjunto de actos provenientes de los sujetos pasivos o emanados de la Administración Tributaria, encaminados a declarar, o establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y la cuantía de un tributo. Por tanto, cuando el contribuyente llena los datos en el formulario No. 101, y establece los ingresos que ha generado durante el año fiscal, los costos y gastos que son deducibles de ese ingreso, la base imponible del impuesto a la renta, y el impuesto causado, ha determinado su impuesto a la renta. Por su parte, al iniciar un proceso de determinación sobre esa misma declaración, el Servicio de Rentas Internas (en adelante, SRI) pretenderá confirmar que los datos consignados por el contribuyente fueron correctos; y si no lo fueron, los rectificará. En este segundo caso, la determinación la realizó la Administración Tributaria.

La determinación directa se refiere al caso en que la Administración Tributaria puede confirmar o establecer el hecho generador, la base imponible y la cuantía del tributo en base a la declaración del contribuyente, de la contabilidad de éste, información que la Autoridad Tributaria mantenga en sus bases de datos, cruces de información y datos entregados por terceras personas. Al efectuar este tipo de determinación o fiscalización, la Administración Tributaria puede también “establecer las normas necesarias para regular los precios de transferencia de bienes y servicios para efectos tributarios...”² (énfasis añadido).

El actual artículo 91 del Código Tributario agrega que la facultad de regular los precios de transferencia, procede, exclusivamente, en los siguientes casos:

1. Cuando las ventas se efectúan al costo o a un valor inferior al

² Antes de la reforma dada por la Ley No. 24, la Administración Tributaria no tenía potestad para regular los precios de transferencia, pues el artículo 91 establecía: “La determinación directa se hará a base de la declaración del propio sujeto pasivo, de su contabilidad o registros y más documentos o de los que existan en poder de terceros, que tengan relación con la actividad gravada o con el hecho generador.”

costo: salvo que se demuestre que los bienes vendidos sufrieron demérito o existieron circunstancias que determinaron la necesidad de efectuar transferencias en tales condiciones.

2. Cuando las ventas al exterior se efectúen a precios inferiores de los corrientes que rigen en los mercados externos al momento de la venta; salvo que se demuestre que no fue posible vender a precios de mercado, sea porque la producción exportable fue marginal o porque los bienes sufrieron deterioro y,

3. En las importaciones, cuando éstas se efectúan a precios superiores de los que rigen en los mercados internacionales.

Nota: Este artículo puntualiza que ninguna de estas tres opciones aplica en el caso de ventas al detal (al por menor).

De lo analizado hasta este momento, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- a) La regulación de los precios de transferencia procede únicamente dentro de un proceso de determinación directa;
- b) La Administración Tributaria tiene la facultad de regular los precios de transferencia de bienes y servicios solamente (esto excluye, por ejemplo, la posibilidad de que el SRI pretenda regular los precios de transferencia sobre créditos y sus intereses);
- c) La Autoridad puede regular los precios de transferencia exclusivamente cuando se presente una o más de las 3 circunstancias detalladas en el párrafo que antecede; y no procede este ejercicio en las ventas al por menor o al detal;
- d) No es necesario que las ventas se efectúen entre partes relacionadas para que proceda el ejercicio de esta facultad.

Hasta el 31 de diciembre de 2004, el artículo 91 del Código Tributario era la única norma que se refería en forma específica a los precios de transferencia y a la capacidad de la Administración Tributaria de regularlos. Existen otras normas que, indirectamente, podrían aplicarse por parte de la Administración al regular los precios de transferencia, como por ejemplo, los artículos 16 (criterio para calificar el hecho generador de la obligación tributaria) y 19 (las estipulaciones contractuales con terceros no pueden modificar la obligación tributaria) del Código Tributario, o 24 de la Ley de Régimen Tributario Interno (forma de practicar la determinación directa por parte de la Administración), pero ninguna otra norma legal se refiere puntualmente al tema de los precios de transferencia.



A pesar de que en la legislación ecuatoriana no existe mayor referencia a los precios de transferencia, no debemos olvidar que en todos los convenios internacionales para evitar la doble tributación que ha suscrito el Ecuador³, se ha otorgado a la Autoridad Tributaria Ecuatoriana la facultad de ajustar los precios de transferencia utilizados entre empresas ecuatorianas y sus "empresas asociadas" ubicadas en el país contraparte del respectivo convenio, cuando los precios no correspondan a los de mercado.

Efectivamente, tales convenios establecen (en forma más o menos uniforme) que debe considerarse a una empresa de un estado contratante como "asociada" con otra empresa del otro estado contratante cuando: i) una de estas participa directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de la otra; o, ii) cuando las mismas personas participan directa o indirectamente en la administración, el control o el capital de ambas empresas; y en uno u otro caso, en sus relaciones comerciales o financieras se han pactado o impuesto condiciones que difieran de las que habrían acordado empresas independientes.

Según estos convenios, cuando se presenta el caso de empresas asociadas, según la definición antes señalada, la Administración Tributaria (de cualquiera de los dos estados contratantes en cuestión) tiene la facultad de determinar las rentas que se habrían producido sin aplicar esas condiciones especiales, y someterlas a imposición. Hasta este momento, no hemos conocido que el SRI haya ejercido esta potestad.

III. REFORMA AL REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO:

El 31 de diciembre de 2004, en el Registro Oficial Suplemento No. 494, se publicó el Decreto Ejecutivo No. 2430, que reforma el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno (en adelante, RLRTI), con lo cual se reglamenta de manera amplia la posibilidad de la Administración Tributaria de ajustar los precios de transferencia entre partes relacionadas sin prestar mayor atención a las limitaciones legales revisadas en líneas anteriores.

A continuación se revisan algunos de los puntos importantes de la reforma reglamentaria:

a) Partes relacionadas.-

En primer lugar, el Decreto Ejecutivo No. 2430, reforma el artículo 4 del

³ Ecuador ha suscrito convenios para evitar la doble tributación internacional con Alemania, España, Italia, Francia, Canadá, Rumania, México, Brasil, Chile, Bélgica, Suiza y los países de la Comunidad Andina de Naciones.

RLRTI, el cual definía a “partes relacionadas”. La definición anterior a la reforma era taxativa, es decir, debía entenderse que una parte es “relacionada” con otra, en ciertos casos específicos, sin que exista la posibilidad de que la Autoridad aplique criterios subjetivos para definir si existe relación entre dos o más partes.

Con la reforma, se da una definición amplia de partes relacionadas, que permite un análisis subjetivo por parte de la Administración Tributaria al definir esta cuestión; y a manera de ejemplo –ya no en forma taxativa, como en la definición anterior a la reforma–, se enumeran algunos casos en que aplica la definición. Así define el reformado artículo 4 a las partes relacionadas:

“Para efectos tributarios se considerarán partes relacionadas a las personas naturales o sociedades, domiciliadas o no en el Ecuador, en las que una de ellas participe directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de la otra; o en las que un tercero, sea persona natural o sociedad, domiciliado o no en el Ecuador, participe directa o indirectamente, en la dirección, administración, control o capital de éstas...

...También se considerarán partes relacionadas a sujetos pasivos que realicen transacciones con sociedades domiciliadas, constituidas o ubicadas en una jurisdicción fiscal de menor imposición, o en Paraísos Fiscales⁴”.

El mismo artículo 4, reformado del RLRTI, permite que la Administración Tributaria establezca relación entre dos partes por presunción, pues se ha añadido el siguiente texto:

“...Así mismo, la Administración Tributaria podrá establecer partes relacionadas por presunción cuando las transacciones que se realicen no se ajusten al principio de plena competencia...”

Esta definición es sumamente importante, pues de acuerdo a la reforma al RLRTI, únicamente cuando exista entre dos o más partes la calidad de “empresas relacionadas”, y no se haya observado el “principio de plena competencia” (que se define en el siguiente punto)

⁴ De acuerdo al propio RLRTI, serán jurisdicciones de menor imposición y paraísos fiscales, aquellos que señale el Servicio de Rentas Internas acorde con la información de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE y el Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI.



el SRI tendrá la facultad de ajustar los precios de transferencia utilizados en sus transacciones. Recordemos que, según el artículo 91 del Código Tributario, no es necesario que exista relación entre dos partes para que el SRI tenga la facultad de regular los precios de transferencia de sus bienes o servicios; sin embargo, esta limitación impuesta por el RLRTI es absolutamente lógica y sigue la tendencia mundial en este tema.

b) El principio de plena competencia.-

De conformidad con el nuevo artículo 66.2 del RLRTI (introducido por el Decreto 2130), el principio de plena competencia para efectos tributarios se entiende como:

“...aquel en el que, cuando se establezcan o impongan condiciones entre dos partes relacionadas, en sus transacciones comerciales o financieras, que difieran de las que se hubieren estipulado con o entre partes independientes, las utilidades que hubieren sido obtenidas por una de las partes de no existir dichas condiciones pero que, por razón de la aplicación de esas condiciones no fueron obtenidas, serán cuantificadas y registradas.”

De la citada definición se desprende que el principio de plena competencia es aquel mediante el cual la Administración Tributaria puede determinar las utilidades que se habrían obtenido entre dos –o más- partes relacionadas si no existiese entre ellas relación, y someter tales utilidades a imposición.

Este principio se ha conocido, internacionalmente, con el término “arm’s length”, que traducido al español quiere decir “la extensión del brazo”. Este nombre tiene un razonamiento muy gráfico; quiere decir, por ejemplo, que, la compañía “A”, que forma parte del grupo empresarial “Z”, debe estar tan lejos de la compañía “B”, –que forma parte del mismo grupo-, como para que la “mano” de ninguna de esas empresas no logre alcanzar a la otra. Es decir, que la “mano” de la compañía “A” no intervenga en las decisiones comerciales, de la compañía “B”, pues esta última está muy lejos para alcanzarla; y viceversa. En consecuencia, si una empresa está tan lejos de la otra, las transacciones entre éstas se realizarán a precios ordinarios o precios de libre mercado.

c) Métodos para aplicar el principio de plena competencia.-

El Informe sobre Precios de Transferencia y empresas multinacionales del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, en su párrafo 45 dice “diversos métodos permiten determinar los precios



de plena competencia (o competencia); los principales son, en grandes líneas los siguientes: a) el método que consiste en adoptar, ..., el precio practicado en el mercado libre para mercancías o servicios idénticos o análogos. ... b) el método ... (del revendedor) ..., c) del método que consiste en tomar el precio de coste del vendedor añadiéndole un margen adecuado.... d) cualquier otro método juzgado adecuado”⁵

Por su parte, el reformado RLRTI ha establecido 6 métodos a través de los cuales el SRI puede establecer los “precios de plena competencia” en las transacciones entre partes relacionados. Estos métodos pueden ser utilizados en forma individual o combinada, y se definen muy brevemente a continuación:

1) Método del precio comparable no controlado: Establece el precio de plena competencia de bienes o servicios transferidos entre partes relacionadas, al compararlos con el precio de venta de esos bienes o servicios en operaciones entre partes independientes en operaciones comparables⁶.

De acuerdo a la opinión de la OCDE, este es el método más apropiado para regular los “precios de transferencia”; sin embargo, en la práctica de otros países –Colombia, por ejemplo-, ha sido difícil llegar a aplicar este método debido al conflicto que representa el encontrar transacciones entre partes independientes, que son “comparables” con las transacciones efectuadas entre partes relacionadas. Para que una transacción sea “comparable” con otra, es preciso comparar, entre una y otra transacción, los diferentes elementos significativos, tales como: mercados, productos, posición del comprador y del vendedor en el proceso, riesgos asumidos por uno y otro, etc.

2) Método del precio de reventa: Determina el precio de adquisición de un bien o la prestación de un servicio entre partes relacionadas, multiplicando el precio de reventa del bien o del servicio que se trate a partes independientes, por el resultado de disminuir, de la unidad, el porcentaje de la utilidad bruta que hubiere sido obtenido con o entre partes independientes en operaciones comparables. Para efectos de este cálculo, el porcentaje de utilidad bruta se calcula dividiendo la utilidad bruta⁷ entre las ventas netas. El RLRTI prevé una fórmula para realizar este cálculo.

⁵ Carlos Herrero Mallol, Precios de Transferencia Internacionales. Estudio tributario y microeconómico. Editorial Aranzadi. Pamplona, España, 1999. Página 86.

⁶ Las operaciones son comparables cuando no existen diferencias entre las características económicas relevantes de éstas con las comparadas, que afecten de manera significativa el precio o valor de la contraprestación o margen de utilidad de una y otra.

⁷ A pesar de que el RLRTI no lo dice expresamente, entendamos que al hablar de “utilidad bruta”, la norma se refiere a la utilidad bruta en la venta de ese producto específico, como un centro de costos, y no se refiere a la utilidad bruta, en general, de la empresa en cuestión.



Es decir, este método parte del precio de reventa a un tercero independiente, de la mercancía que fue comprada a una empresa relacionada. Del precio de reventa se reduce el margen de reventa habitual, que debería comprender los gastos y el beneficio del revendedor. Una vez deducido el precio de reventa en el margen de reventa, resulta el precio que debería aplicarse siguiendo el principio de "plena competencia".

3) Método del costo adicionado: Determina el precio de venta de un bien o de la prestación de un servicio entre partes relacionadas, multiplicando el costo de tal bien, servicio u operación, a partes independientes, por el resultado de sumar, a la unidad, el porcentaje de la utilidad bruta⁸ que hubiere sido obtenido con o entre partes independientes en operaciones comparables. Para efectos de este cálculo, el porcentaje de utilidad bruta se calculará dividiendo la utilidad bruta entre el costo de ventas. El RLRTI también prevé una fórmula para realizar este cálculo.

El objetivo principal de este método es el de aumentar al precio de adquisición de un producto, los costos que se le imputan y el margen de beneficio de la actividad. Según Mallol, éste es el método más adecuado en caso de tratarse de bienes semi-terminados, para el caso de contratos de suministros de larga duración y para servicios.

4) Métodos de distribución de utilidades: Determina el precio mediante la distribución de la Utilidad Operacional Global⁹ obtenida en las operaciones con partes relacionadas, en la misma proporción que hubiere sido distribuida con o entre partes independientes, en operaciones comparables, repartiéndose la utilidad a cada una de las partes atendiendo a criterios como el aporte que cada una efectuó para obtener la utilidad, el valor de sus activos y los gastos empleados para obtener la utilidad.

5) Método residual de distribución de utilidades: Determina el precio a través de la distribución de la Utilidad Operacional Global obtenida entre partes relacionadas, en la misma proporción que hubiere sido asignada con o entre partes independientes, en operaciones comparables, atendiendo a lo siguiente:

Se determina la Utilidad Básica de cada una de las partes, aplicando cualquiera de los métodos para aplicar el principio de plena competencia antes detallados, sin tomar en cuenta la utilización de intangibles. Posteriormente, se obtiene la Utilidad Residual,

⁸ Insistimos en el comentario enunciado en la nota No. 4, anterior.

⁹ La Utilidad Operacional Global de las operaciones entre partes relacionadas se obtiene mediante la suma de la utilidad obtenida por cada una de las partes.



disminuyendo la Utilidad Básica de la Utilidad Operacional Global (definida según nota de pié de página No. 9). Esta Utilidad Residual se distribuirá entre las partes de la operación, en la proporción en que hubiere sido distribuida entre partes independientes en operaciones comparables.

6) Método de márgenes transaccionales de utilidad operacional: Fija el precio a través de determinar, en transacciones con partes relacionadas, la utilidad operacional que hubieren obtenido partes independientes en operaciones comparables, atendiendo a factores de rentabilidad con variables como activos, ventas, costos, gastos o flujos de efectivo.

Como se puede apreciar, la aplicación de estos 6 métodos demanda una conciente especialización por parte de la Autoridad Tributaria; y aún contando con esta especialización en materia de precios de transferencia, su aplicación será, ordinariamente, subjetiva y podría llegar incluso a ser arbitraria.

Tomemos en cuenta que será el SRI la entidad encargada de determinar si una situación de mercado es comparable con otra, si la posición de una empresa es equiparable a la de otra, si el bien vendido es similar de aquel con el que se compara, etc. Consideramos que esa subjetividad puede generar resultados justos y equitativos en Ecuador? Recordemos simplemente que vivimos en el país cuyo gobierno (entendido como un todo), inició un proceso para declarar la "caducidad" del contrato de participación para la explotación de hidrocarburos suscrito entre el Estado a través de Petroecuador y la compañía Occidental Exploration and Production Company pocos días luego de que un tribunal arbitral internacional emitiera un importante laudo reconociendo el derecho de la compañía a la devolución del IVA pagado en sus compras de bienes y servicios locales e importaciones.

d) Anexos a la declaración de impuesto a la renta.-

Según el nuevo artículo 66.1 del RLRTI, las personas que realicen operaciones con partes relacionadas, deben presentar al SRI, el "Anexo de Precios de Transferencia" referentes a sus transacciones con esas partes, luego de 5 días de la fecha límite para la presentación de su declaración de impuesto a la renta, en la forma y con el contenido que el SRI establezca; lo cual hasta esta fecha, no se ha definido.

Adicionalmente, el RLRTI establece la obligación de presentar el Informe Integral de Precios de Transferencia, referente a operaciones con partes relacionadas, en la forma y con el contenido que establezca el SRI, en un plazo no mayor a 6 meses desde la fecha de la declaración.



La Autoridad Tributaria tampoco ha definido el contenido de este informe. En otros países, esta obligación ha sido reservada para aquellas compañías con importantes transacciones dentro del mercado; o con activos de un valor significativo; lo cual no ha previsto el RLRTI.

IV. LEGALIDAD DE LAS REFORMAS AL RLRTI:

Como detallamos en el punto II, anterior, el Código Tributario es la única norma legal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que permite a la Administración Tributaria ajustar los precios de transferencia entre dos –o más- partes; y otorga esta facultad en tres casos específicos: ventas al costo o a un valor inferior al costo; ventas al exterior a precios inferiores a los del mercado; e importaciones a precios superiores a los del mercado.

La norma legal contenida en el artículo 91 del Código Tributario se limita a permitir el ajuste de los precios de transferencia única y exclusivamente en los tres casos citados en el párrafo anterior; por tanto, las reformas al RLRTI no podrían, en ningún caso, desatender las limitaciones legales y otorgar a la Administración facultades mayores a las otorgadas por el Código Tributario; pues de hacerlo, serían ilegales.

Si bien es cierto que el propio RLRTI, en su nuevo artículo 66.5, determina que "La Administración Tributaria, previa la verificación de la ocurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 91 del Código Tributario, ejercerá la facultad determinadora directa, en función de los métodos detalladas...", no es menos cierto que en la práctica, la aplicación de los métodos previstos en el Reglamento generará que se violen las limitaciones impuestas por el Código Tributario.

A manera de ejemplo, pregunto qué pasaría si un producto se vende en el mercado local con un margen de utilidad muy reducido; podría el SRI regular los precios de transferencia? Si aplica uno o más de los métodos previstos en el RLRTI, seguramente se llegará a determinar que el precio de transferencia del bien no será el de "plena competencia", pero si el bien no se ha vendido "al costo o a un valor inferior al costo", el SRI no podría regular su precio; pues de lo contrario, estaría violentando lo preceptuado por el Código Tributario. Es decir, el RLRTI estaría en una posición jerárquicamente superior a la del Código Tributario, lo cual es ilegal.

Para concluir, cabe mencionar que se está otorgando facultades subjetivas al SRI a través de un Reglamento (al determinar la relación entre dos partes y al aplicar los métodos previstos por el RLRTI); y la



subjetividad puede transformarse fácilmente en arbitrariedad, dependiendo de la calidad moral del funcionario a cargo. No pretendemos negar la preparación y honorabilidad de los funcionarios del SRI; sin embargo, no podemos tener certeza de que funcionarios capaces, virtuosos y rectos serán reemplazados, como ocurrió con la Economista Elsa de Mena.

Por último, el reformado RLRTI, hace una remisión directa y expresa a las "Directrices en Materia de Precios de Transferencia a Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias", aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en 1995 en cuanto a aspectos técnicos de la aplicación de los precios de transferencia en Ecuador. Esta remisión a través de un reglamento es absolutamente ilegal, pues el Ecuador no es signatario ni adherente del convenio constitutivo de la OCDE. No es lógico ni legal que el artículo 161 disponga que el Congreso Nacional de la República deba aprobar un convenio internacional como aquel constitutivo de la OCDE; y en ausencia de esta aprobación, sea un reglamento el que pretenda obligar a los ecuatorianos a acatar lo dispuesto por este convenio.

En nuestro criterio, la adopción de medidas para regular los precios de transferencia en Ecuador responde a una tendencia mundial de la doctrina tributaria; sin embargo, consideramos también que los mecanismos para regular este tema debían haberse incorporado al ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de una reforma legal, y no mediante una reforma reglamentaria.



LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y SU INCIDENCIA EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA TRIBUTACIÓN

Ab. Carmen Amalia Simona Lasso

Hablar de globalización económica y tributación resulta sumamente complejo, sobre todo si consideramos que ni siquiera la doctrina más acabada ha sido capaz de definir lo que se entiende por globalización, aún cuando ésta constituya el gran tema de la época. Pese a la gran cantidad de trabajos y estudios que se han hecho en torno de este fenómeno, no existe hasta el momento coincidencia sobre los alcances del término, ni sobre su ámbito de influencia, que para muchos traspasa de lo meramente económico y trasciende además hacia lo social, lo político, lo cultural y lo tecnológico.

Existen muchas definiciones de lo que se entiende por globalización. En el ámbito internacional se observa como una tendencia más o menos generalizada el considerar a la globalización económica como sinónima del neoliberalismo y del capitalismo. Así, la mayoría de detractores de estas corrientes económicas, suelen confundir los términos y entienden por globalización económica al proceso económico por el cual el comercio se internacionaliza y se libera, para lo cual, se suprimen aranceles, tasas e impuestos nacionales, tendientes a proteger la producción nacional.

Sin embargo, pese a que la globalización económica en cierta forma supone la puesta en práctica de las doctrinas neoliberales de pensadores como Von Hayek o Friedman, en esencia, la globalización supera los conceptos de neoliberalismo y capitalismo, pues abarca otros ámbitos distintos del económico, y busca objetivos más amplios y duraderos que estas dos doctrinas.

Efectivamente, la globalización es un proceso multidimensional, basado en hechos reales objetivos, y que tiene aspectos positivos y negativos, pues afecta de manera desigual a los países y a la gente.

Como varias son las ventajas y desventajas de la globalización, muchas son las causas que han llevado a ella, y también muchas son sus consecuencias. Lo cierto es que vivimos en un mundo donde las fronteras entre los Estados van perdiendo poco a poco la importancia y hasta cierto punto, la reverencia de que se encontraban investidas en el pasado, para abrir paso a una sociedad mundializada². Asistimos a una época histórica en que cada vez con mayor frecuencia, los seres humanos nos vemos obligados a movernos de un país a otro al mismo ritmo que se mueven las relaciones comerciales entre

² Existen quienes piensan que globalización no es un sinónimo de mundialización. En el presente trabajo se los utiliza como términos análogos y en sentido genérico, respetando las diferencias que los teóricos encuentran en estos dos fenómenos.

unos y otros estados, y entre compañías ubicadas en lugares distantes y diversos. Sin duda, nos enfrentamos a un nuevo orden mundial, donde las tradicionales ideas de patria y territorio han tenido que ceder puesto a una nueva categoría de individuos, despojados de nacionalidades, de domicilios, de vínculos afectivos con la tierra: hoy, la mayor parte de las personas, no pueden considerarse sino ciudadanos del mundo.

En este contexto globalizado, donde los factores económicos gozan de una asombrosa movilidad, poco a poco van perdiendo importancia los actores y las instituciones locales, pues, de facto, se impone un concepto de lo mundial. Prácticamente ninguna relación humana puede considerarse libre de la globalización. El que las transacciones económicas adquieran un contexto internacional, produce simultáneamente que surjan relaciones internacionales en otros ámbitos, siendo uno de los más importantes el jurídico, y dentro de él, de forma más específica, el tributario.

En efecto, resulta imposible entender la existencia de relaciones económicas internacionales, sin comprender que respecto de ellas surgen hechos generadores internacionales, los cuales a su vez generan la colisión o la yuxtaposición de más de una soberanía fiscal. Globalizar implica superar los límites territoriales, subsumirse de lo estrictamente local, y extenderse hacia otros territorios, otras soberanías, y porqué no, hacia otras administraciones fiscales.

La globalización entonces plantea una serie de obstáculos y de retos para los diferentes actores involucrados en el encumbrado mundo de la tributación. El legislador tributario, en primer lugar, debe ser capaz de asimilar los fenómenos que afectan a la sociedad moderna, y plasmarlos en una legislación actual, capaz de enfrentar con dignidad los desafíos que le impone el voraz avance del comercio. El administrador tributario debe prepararse para poner esta legislación en práctica, debe evolucionar para ubicarse al mismo ritmo de sus contrapartes, los contribuyentes, quienes generalmente se adelantan tecnológicamente, produciendo que las administraciones sean incapaces de efectuar sus labores determinadora y recaudadora de forma eficiente y oportuna. Pero la globalización también plantea desafíos para el contribuyente, para el sujeto pasivo, que es en definitiva, la causa de estos procesos internacionalizadores de la economía y de los sistemas tributarios. El contribuyente en la actualidad se desenvuelve en un mundo donde conviven derechos y deberes de variada naturaleza, donde coexisten soberanías y pretensiones fiscales diversas, en un mundo marcado por la competencia fiscal de los Estados, y donde la tributación, cada vez con más fuerza, es un elemento determinante al momento de tomar decisiones sobre los negocios.

Caamaño Anido y Calderón Carrero³ refieren que la globalización económica

³ M.A. Caamaño Anido y J. M. Calderón Carrero, Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo derecho tributario?. Anuario de la Facultad de Derecho, p. 181.

tiene incidencia en la configuración actual del sistema tributario y en los principios informadores de la política fiscal. Entre las manifestaciones de esta injerencia, incluyen a la complejidad existente en la actualidad para identificar el origen de la renta, el amplio margen de maniobra que tienen los contribuyentes integrantes de grupos de multinacionales para transferir las bases imponibles, el peso de la tributación en la toma de decisiones sobre el lugar de localización de las inversiones, la erosión de las bases imponibles, entre otros.

Efectivamente, la existencia de numerosos agentes económicos de carácter internacional, el progreso tecnológico –particularmente el surgimiento del comercio electrónico–, la aparición de nuevos bienes y servicios –intangibles, servicios financieros–, la competencia fiscal, los procesos de integración, han generado nuevos escenarios en los que los principios básicos de la tributación se enfrentan inexorablemente a su rediseño y en ciertos casos, inclusive a su extinción.

La globalización económica ha producido un alto grado de flexibilización y sacrificio de los principios tributarios. La razón para ello es evidente: fueron creados en épocas distintas a la actual, obedecen a doctrinas y corrientes de pensamiento desterradas. Tienen asilo en estructuras políticas y sociales hoy superadas. Buscan propósitos y objetivos que en la actualidad son calificables como arcaicos. Responden a un sistema económico que no es ni puede ser el mismo que el que rige las relaciones comerciales modernas. Fueron estructurados en un mundo LOCAL, no en mundo GLOBAL como el actual. Por ello, muchos de ellos han entrado en crisis, otros han sufrido profundas variaciones, y otros han debido ceder el paso a nuevos principios, que buscan convertirse en los informadores de este nuevo orden económico mundial.

Rodríguez Berejo, citado por Caamaño Anido y Calderón Carrero, expresa esta problemática con mucha propiedad, refiriéndose al “carácter esencialmente histórico y relativo de las instituciones y de los principios jurídicos, cuya validez no es ni inmanente, ni eterna, ni universal”⁴.

Por su esencia, existen principios que han sido impactados con mayor fuerza por el proceso globalizador. Otros, por su naturaleza local, han podido sobrellevar de mejor manera este fenómeno. A continuación analizaremos la repercusión de la globalización económica sobre algunos de los principios básicos de la tributación.

LOS PRINCIPIOS IMPOSITIVOS CLÁSICOS

Sin duda que los principios impositivos clásicos de igualdad, generalidad, equidad, capacidad contributiva, y el de justicia tributaria, que engloba a los

⁴ A. Rodríguez Berejo, citado por M.A. Caamaño Anido y J. M. Calderón Carrero, op. cit. p. 209

anteriores, son los que más fuertemente han recibido el impacto de la globalización. Caamaño Anido y Calderón Carrero, refieren lo que denominan "algunos reflejos concretos de estas ideas": la erosión de las bases imponibles, por efectos del traslado de las rentas a países con mejor clima fiscal; la deslocalización de las rentas; la erosión del esquema sobre el que tradicionalmente operaba el impuesto de las sociedades, con su manifestación más evidente, el tax base shifting; la competencia fiscal perniciosa entre Estados; la intensa movilidad de las personas físicas, con la consecuente dificultad para determinar su residencia; y, la difícil gestión tributaria del impuesto al valor agregado.⁵

Efectivamente, los principios antes anotados, que con ciertas variaciones constan en nuestro texto constitucional y en el Código Tributario⁶, han debido ser revisados y rediseñados para poder informar con éxito lo que se ha denominado como la new age fiscal⁷.

La existencia de agentes económicos con establecimientos en diferentes estados ha contribuido a dificultar el cumplimiento y ejecución por parte de las administraciones tributarias y los órganos jurisdiccionales, de estos postulados que resumen en el principio metajurídico de la justicia tributaria. Es evidente que cuando una persona está sometida a más de una soberanía fiscal, es más fácil y probable que se incumpla con principios como el de la capacidad contributiva, como también es más complicado y tumultuoso, corregir las imperfecciones que llevan a dicho incumplimiento. En un mundo globalizado, son numerosos los estamentos involucrados, y delicadísimos los asuntos a ventilarse, pues en definitiva, la plena vigencia de estos principios, suele suponer por parte de los Estados, el sacrificar ciertas potestades tributarias en beneficio de terceros.

Debido a que todavía no es posible hablar de administraciones tributarias supranacionales o comunitarias, como tampoco es posible hablar de legislaciones armonizadas o uniformes en sentido estricto, la yuxtaposición de soberanías fiscales, la superposición de pretensiones por parte de las administraciones tributarias, y la transposición de legislaciones, todavía deben ser solucionadas, pese al avanzado estado de los procesos integracionistas, mediante los tradicionales mecanismos que se han venido utilizando desde hace algunas décadas. Siguen siendo las legislaciones internas, por una parte, y los convenios de doble imposición, por otra, los únicos instrumentos con los que los distintos Estados cuentan para hacer efectivos sobre sus contribuyentes estos postulados, de antigua data, pero de actual y renovada

⁵ M.A. Caamaño Anido y J.M. Calderón Carrero, op. cit. ps. 181-185

⁶ El art. 256 de la Constitución Política Ecuatoriana señala: "El régimen tributario se regulará por los principios básicos de igualdad, proporcionalidad y generalidad. Los tributos, además de ser medios para la obtención de recursos presupuestarios, servirán como instrumento de política económica general. Las leyes tributarias estimularán la inversión, la reinversión, el ahorro y su empleo para el desarrollo nacional. Procurarán una justa distribución de las rentas y de la riqueza entre todos los habitantes del país". Por su parte, el art. 5 del Código Tributario establece: "Regimen tributario. El ordenamiento tributario se basará en la capacidad económica de los contribuyentes y se regirá por los principios de igualdad y generalidad."

⁷ L. Hinnekenis, citado por Rubén Asorey, en "El Impacto del Comercio Electrónico en los Principios Fiscales y la Libertad de Comercio", en Corso de Diritto Tributario Internazionale, Milán, Casa Editrice Dott Antonio Milanì CEDAM, 1999.

vigencia. Por ello, los Estados deben continuar en sus esfuerzos por continuar suscribiendo estos convenios, y procurar en lo posible que poco a poco los mismos vayan adquiriendo carácter multilateral, para que cada vez sean mayores los contribuyentes y los presupuestos de hecho previstos en los mismos⁹. En las condiciones actuales, la respuesta a la inquietud de cómo hacer efectivos estos principios, sólo puede encontrarse en el intercambio de información, la coordinación fiscal y la estrecha vinculación entre administraciones tributarias. No se debe descuidar tampoco la importancia de tener potestades de acceso y uso de la información recabada por otras entidades, sin menoscabar derechos constitucionalmente protegidos como la intimidad, el secreto, el sigilo bancario, entre otros.

El conocimiento acerca de las transacciones realizadas por un contribuyente sin duda coadyuva a que las administraciones tributarias no vulneren los principios constitucionales y legales que rigen en materia tributaria, así como los derechos fundamentales. Ello no puede llevarnos, sin embargo, a la conclusión de en estas estrategias reside la panacea sobre cómo respetar estos principios. Mas podemos afirmar que el acceso a fuentes de información, conjuntamente con la suscripción de convenios de doble imposición, constituyen al menos, un comienzo.

En todo caso, cada Estado deberá procurar en la medida que le sea posible, que sus tributos no resulten confiscatorios, sino que obedezcan a las capacidades reales de los contribuyentes que deban satisfacerlo. Al respecto, pese a que existen todavía discrepancias acerca de qué se debe entender por confiscatorio, los Estados deberán procurar que los mismos respondan efectivamente a las manifestaciones de riqueza de los contribuyentes, y que se encuentren debidamente retribuidos mediante obras y servicios públicos. Deberán de igual manera, procurar que sus tributos no resulten discriminatorios, que no concedan privilegios o beneficios particulares en función de atributos físicos, de género, de raza o de condición social o económica. También deberán prescindir de aquellos tributos que sean más gravosos para los extranjeros que para los nacionales. De igual forma, deberán buscar que los tributos respeten la igualdad en la mayor medida posible, y que consigan objetivos ulteriores y de carácter extrafiscal, como la redistribución de la riqueza, que son los que en definitiva coadyuvan a que el sistema tributario consiga el tan anhelado ideal de justicia.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad, madre, origen, fuente primaria de la configuración de todo sistema tributario, pese a que no ha perdido vigencia con la globalización, ha debido sufrir profundas transformaciones, llegando a un grado de flexibilización sin precedentes.

Caamaño Anido y Calderón Carrera señalan entre las manifestaciones de la

⁹La Decisión 40 de la Comunidad Andina de Naciones, hoy complementada por la Decisión 578, es el único convenio de carácter multilateral que se conoce en la actualidad para evitar la doble imposición internacional. Pese a que nuestro país, como País Miembro de la Comunidad, debería observar esta Decisión y los Modelos que constan en sus Anexos, con el objeto de suscribir tratados con los demás Países Miembros y con Terceros, ninguno de los doce convenios de doble imposición que tiene suscritos del Ecuador han observado sus postulados. Por el contrario, el Ecuador ha negociado y celebrado sus convenios para evitar la doble imposición sobre la base del Modelo de la OCDE, favorable a los países del primer mundo.

incidencia que posee la globalización económica sobre la configuración de los actuales sistemas tributarios, la aparición de nuevas fuentes del derecho tributario, mismas que siguen, por una parte, “principios distintos a los principios impositivos clásicos, y por otra parte, son producidas, con carácter general, al margen y sin intervención directa y/o decisiva de los Parlamentos nacionales”⁹.

En efecto, la globalización económica ha dado paso a la aparición de nuevas fuentes del derecho tributario como los convenios internacionales, sean estos bilaterales o multilaterales –principalmente de doble imposición–, los instrumentos normativos comunitarios –directivas, decisiones–, la legislación blanda o soft law, los preceptos elaborados en el seno de organizaciones internacionales como la OMC o la OCDE –como las denominadas backdoor rules–, la jurisprudencia de tribunales internacionales, entre otros, las cuales difieren sustancialmente de las fuentes tradicionales, y no consultan, como usualmente ocurre, el principio de legalidad.

Pese a la existencia de estas nuevas fuentes del derecho, el principio de legalidad, que en términos generales prescribe que los tributos y sus elementos esenciales deben ser creados, modificados y suprimidos mediante ley, está presente en prácticamente todas las legislaciones. Nuestra Constitución en sus artículos 141 y 257, al igual que nuestro Código Tributario en su artículo 3, continúan señalando como un imperativo, que los tributos se crean, modifican y extinguen mediante LEY. Mas ello no significa, desde ningún punto de vista, que el Ecuador no tenga normas tributarias que con procedencia distinta de la Función Legislativa. Para ejemplo, basta un botón: el Ecuador es signatario de doce convenios bilaterales de doble imposición¹⁰; en el proceso de elaboración de la mayoría de estos convenios se ha observado el Modelo de Convenio de la OECD; como miembro de la CAN, ha incorporado varias Decisiones de su Secretaría General que versan sobre materia tributaria, y ha debido respetar y acatar decisiones del Tribunal Andino de Justicia sobre el tema. En estos casos, como en muchos otros, el principio de legalidad ha debido ceder frente a la existencia de nuevas formas de crear derecho en materia tributaria, que tienen su origen en el proceso de globalización económica, y en algunas de sus manifestaciones como la integración regional y la existencia de organismos supranacionales.

EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

Al hablar de globalización, indudablemente que el concepto de lo territorial pierde su valor tradicional. La globalización económica por sí misma, impone olvidarse de la existencia de límites y fronteras entre los Estados, obliga a repensar el concepto de soberanía, y nos lleva a imaginar un sólo mundo, un sólo territorio.

⁹ M.A. Caamaño Anido y J.M. Calderón Carrera, op. cit., p. 190.

¹⁰ Decisión 40, Registro Oficial 743, 17/FEB/1975 (con las modificaciones introducidas por la Decisión 578m de 4 de mayo de 2004); Convenio con Bélgica, Registro Oficial 312, 13/ABR/2004; Convenio con Chile, Registro Oficial 293, 16/MAR/2004; Convenio con Canadá, Registro Oficial 484, 31/DIC/2001; Convenio con México, Registro Oficial 281, 09/MAR/2001; Convenio con Suiza, Registro Oficial 788, 25/SEP/1995; Convenio con Rumanía, Registro Oficial 785, 20/SEP/1995; Convenio con España, Registro Oficial 253, 13/AGO/1993; Convenio con Francia, Registro Oficial 34, 25/SEP/1992; Convenio con Italia, Registro Oficial 407, 30/MAR/1990; Convenio con Brasil, Registro Oficial 865, 02/FEB/1988; Convenio con Alemania, Registro Oficial 493, 05/AGO/1986.

Sacchetto, al hablar del origen y evolución del principio de territorialidad, señala que "en sus orígenes, y en una primera noción, el principio de territorialidad, aún en contextos no tributarios tuvo como connotación funcional y constitutiva la de presentarse como criterio para determinar la soberanía o las potestades de un Estado, como así también la eficacia de su ley con relación a los otros Estados"¹¹. Así, el principio de territorialidad se creó y estructuró en una era de la historia donde cada Estado buscaba afianzar su potestad sobre un espacio físico determinado, donde se buscaba delimitar de la forma más precisa y más concreta posible las fronteras, y donde tenía asilo la idea de la suficiencia de lo local.

Sin duda que en un mundo como el actual, en el que los límites entre los Estados son cada vez más borrosos, en el cual diversas regiones del hemisferio han emprendido en procesos integracionistas, donde la movilidad de los factores de la producción ha hecho que el concepto tradicional de soberanía sea relegado, y en el que el comercio electrónico ha hecho prácticamente imposible la localización de los hechos imponibles, el principio de territorialidad se encuentra en crisis.

Se ha debido entonces abandonar viejos dogmas, como el de la imposición en la fuente, y dar paso a nuevas formas de tributar, sobre la base de principios como el de la imposición en la residencia o world wide taxation, el dual-income tax, entre otros. La penetración de estos nuevos postulados no ha sido ni puede ser pacífica, pues implica excluir las piedras angulares sobre las que se ha asentado la tributación durante decenas de años. Mas el principio de territorialidad ha debido y debe seguir evolucionando, no sólo en su sentido material, sino inclusive en su sentido formal, pues como señala el autor citado, debe replantearse la concepción actualmente vigente acerca de la eficacia de las normas en el espacio, permitiendo cada vez más que las normas sean internacionales, tengan eficacia internacional y puedan ser aplicadas en otros territorios.

El principio de territorialidad ha debido ceder en ciertos casos. Esto se hace más evidente con relación al comercio electrónico, que como señala Sacchetto, "puede ser presentado como caso emblemático de cómo las técnicas de las cuales se sirve han producido un efecto que se puede definir con un neologismo como "desterritorialización" del mercado tradicional"¹². En el marco de un espacio virtual, donde es imposible definir la ubicación de los agentes económicos y determinar el lugar de realización de los hechos imponibles, no es ni puede ser aplicable este principio, pues estamos propiamente ante un caso de desaparición del concepto de territorio.

En otros presupuestos, el principio de territorialidad ha tenido que ser revisado. Es el caso de los procesos de integración, donde este principio adquiere un renovado papel pues surge el concepto de territorio comunitario por encima del territorio nacional o de cada Estado. Así, el principio de

¹¹ Claudio Sacchetto, *El Principio de Territorialidad en Impuestos sobre el comercio internacional*, coordinado por Victor Uckmar, Alejandro C. Altamirano y Helene Taveira Torres, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, p. 43.

territorialidad dentro de estas nuevas unidades de organización política y económica, cobra nuevas dimensiones y significados; reviste un papel diferente al que tenía en el pasado, e implica comprender que existen organismos, y actores de carácter comunitario, de quienes emergen y a quienes se deben aplicar leyes y normas que sobrepasan las fronteras de los Estados, y tienen un carácter supranacional.

Este redimensionamiento del principio de territorialidad, supone adicionalmente una mayor coordinación fiscal entre los diferentes Estados, que ya no deben velar solamente por sus arcas fiscales y controlar a sus contribuyentes, sino que adquieren un papel que también sobrepasa lo meramente local. Y para los contribuyentes, significa asumir su papel de actores del comercio internacional, sometidos a más de una soberanía fiscal, y por ende, con derechos y obligaciones hacia organismos supranacionales y comunitarios, hacia otros Estados, y hacia otras administraciones fiscales.

EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD

En un mundo como el actual, donde el comercio ha adquirido un papel dominante en las relaciones entre los seres humanos y los Estados, es indiscutible que un principio como el de la neutralidad, que es de carácter eminentemente económico, tiene gran importancia e incidencia.

Cuando el liberalismo propugnó el principio de neutralidad muy probablemente no imaginó la enorme importancia que el mismo cobraría al convertirse las relaciones económicas en internacionales. Pues si bien la neutralidad de la fiscalidad es muy importante en el ámbito interno, especialmente en cuanto hace relación con el proceso de financiamiento de una empresa, y dentro de él, con respecto en primer lugar a los préstamos y segundo, a las aportaciones de capital¹³, la neutralidad es indispensable a escala comunitaria, regional e internacional.

Hoy más que nunca es un hecho la afirmación que hacen Caamaño Anido y Calderón Carrero, de que la globalización ha situado la fiscalidad entre los factores que más influencia ejercen sobre los operadores económicos a la hora de tomar decisiones sobre el lugar de localización de sus inversiones financieras y productivas, circunstancia que ha traído consigo que la política fiscal de los diferentes Estados se vea fuertemente condicionada por consideraciones de índole económica¹⁴.

Así, neutralidad y fiscalidad son inseparables, y adquieren una significación especialmente importante en los actuales procesos de integración económica, donde los distintos Estados intervinientes, buscan

¹² Claudio Sacchetto, op. cit., p. 58

¹³ Lucy Cruz de Quiñonez, *Derecho Tributario*, 2da edición actualizada, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1999, p. 285

¹⁴ M. A. Caamaño Anido y J.M. Calderón Carrero, op. cit., ps. 180 y 181



reducir al mínimo la injerencia¹⁵ que tiene la fiscalidad sobre el comercio subregional, sobre las decisiones de los inversionistas, sobre el lugar de localización de las fuerzas de producción, entre muchos otros aspectos.

Los Estados cada vez hacen mayores esfuerzos para evitar que sus contribuyentes acudan a artilugios como el establecimiento en off-shores, la utilización de zonas francas, el traslado hacia paraísos fiscales o simplemente naciones con un mejor clima fiscal, para lo cual han entrado en lo que se ha denominado una competencia fiscal perniciosa, que en definitiva, pretende atraer a su territorio el mayor número de empresas –contribuyentes– posible. Es un hecho que el factor fiscal cobra gran relevancia a la hora de tomar ciertas decisiones, como dónde ubicar filiales, donde mantener el dinero, donde instalar fábricas y centros de producción, y donde establecer centros de administración y distribución. Es innegable entonces que el principio de neutralidad también ha entrado en una etapa crítica.

Pese a lo anotado, hoy más que nunca, y desde diversos sectores, se postula la necesidad de mantener la neutralidad de la imposición. Por citar sólo un ejemplo, la acción concertada internacional, especialmente a través de las Conferencias de la OECD de Turku (1997) y Ottawa (1998), que han definido los principios que han de regir la fiscalidad del comercio electrónico, han señalado como el principal de ellos a la neutralidad, dándole un giro particular. Se ha determinado que la imposición sobre esta nueva forma de comercio debe ser sustancialmente similar a la del comercio tradicional. El fundamento: que no exista una tributación más gravosa para las nuevas modalidades comerciales en contraposición con las ya existentes. El objetivo: continuar impulsando el desarrollo de nuevas formas de comercio, y evitar que las empresas al igual que los consumidores se desvíen hacia una forma de efectuar el comercio con el objeto de evitar la carga impositiva¹⁶.

Así, la neutralidad, al igual que los principios de legalidad y territorialidad de la imposición, hoy sufre un redimensionamiento, debiendo incorporar nuevas variables presentes en el actual panorama de las relaciones económicas internacionales y por ende, de la tributación.

EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA

El principio de eficiencia o "economicidad", como lo define Lucy Cruz de Quiñonez¹⁷, es un principio técnico tributario y de administración pública. Aunque en muchos países se ha hablado de este principio exclusivamente desde una perspectiva administrativista, con el devenir del tiempo, el mismo

¹⁵ En este sentido, H.W. Kruse se refiere al principio de neutralidad como el de "la más pequeña posibilidad de injerencia", atribuyéndole la calidad de principio jurídico especial del Derecho Tributario. Como tal, Kruse sostiene que se trata de un principio que no se deduce directamente del ideal de justicia, y que además está sujeto a cambios por los ordenamientos que lo motivan y por la disposición de intereses particulares. En H.W. Kruse, *Derecho Tributario Parte General*, Editorial de Derecho Financiero, p. 146.

¹⁶ Carmen Amalia Simone, "La Fiscalidad en el Comercio Electrónico", *Revista Jurídica Ruptura* (Quito), No. 52 (2002).

¹⁷ Lucy Cruz de Quiñonez, op. cit., p. 292.



ha ido cobrando importancia, e inclusive, en Colombia ha alcanzado la categoría de principio constitucional aplicable al sistema tributario en todo su conjunto.

Este principio busca, en términos generales, un ideal de tributación por el cual los impuestos cumplan su finalidad recaudatoria, con fines de interés general, con los menores esfuerzos posibles para el fisco y los contribuyentes.

Respecto de este principio, la globalización ha tenido un doble papel. Por un lado, debido a las nuevas dimensiones del comercio y la tributación antes anotadas, ha hecho más difícil a las Administraciones el cumplir con el reto de ser eficientes, ya que deben controlar a más contribuyentes, ubicados en diferentes lugares del planeta, realizando transacciones con efectos en más de un Estado. Pero por otro lado, la globalización ha traído consigo nuevos mecanismos de coordinación fiscal, especialmente referidos a los problemas que plantean los precios de transferencia o la fiscalidad del comercio electrónico, que hasta hace pocos años eran desconocidos. En efecto, en la economía globalizada, donde predominan sistemas como el de la tributación de los ingresos mundiales combinada con la aplicación del principio de residencia, la eficiencia de la Administración es sostenible sólo si existe un intercambio completo y eficaz de información entre las autoridades fiscales. Así, el mejoramiento en el intercambio de información es indispensable, pues tarde o temprano la integración comercial y los fenómenos empíricos que hemos referido, no sólo supondrán una mayor coordinación, sino que probablemente estarán dirigidos a una auténtica integración de las autoridades fiscales.

A manera de colofón, cabe citar a Caamaño Anido y Calderón Carrero, quienes señalan que hoy en día, el estudioso de la disciplina tributaria debe superar lo estricta y puramente jurídico, y pensar que "el conjunto de tensiones a las que la globalización económica somete al poder tributario de los Estados, ha traído un derecho y sistema tributario especialmente influenciado por consideraciones metajurídicas."¹⁸

Esta afirmación resulta especialmente relevante para el tema de este estudio, pues sin duda que por efectos de la globalización, se ha debido abandonar a aquellos principios de carácter netamente jurídico, y empezar a pensar en nuevos principios, unos de carácter metajurídico, y otros de carácter económico, que sean capaces de informar al derecho tributario guiándolo hacia los nuevos escenarios del comercio y las relaciones económicas y sociales actuales.

Sin duda que el reto para el pensador tributario es enorme, pues debe procurar que el sistema tributario y sus principios configuradores, se adapten a estas nuevas realidades sin desestructurarse, sin perder el rumbo y colapsar. El esfuerzo debe encaminarse a adaptar los principios actualmente vigentes, a



¹⁸ M.A. Caamaño Anido y J.M. Calderón Carrero, op. cit., p. 209

flexibilizarlos de modo que puedan consultar los nuevos escenarios del comercio mundial, sin que ello signifique que los Estados pierdan su derecho a gravar y a recaudar tributos, y sin que tampoco se vulneren los derechos y garantías fundamentales que forman parte del estatuto del contribuyente.

No se puede detener la globalización. Por ello, los sistemas tributarios deben avanzar en el proceso, evolucionar en la medida que sea posible, y procurar actualizarse, modernizarse y mutar para no convertirse en anacrónicos o inaplicables. Estas modificaciones deben hacerse sobre la marcha, con la participación de los diversos actores involucrados.

No podemos por tanto, tener una actitud de oposición hacia la globalización. Ésta se produce de facto, no podemos cambiarla, ni frenarla, ni volver hacia atrás. Está presente en todos y cada uno de los escenarios de nuestras vidas. Lo tributario sólo es un aspecto más de los muchos en los cuales incide la globalización, y así debemos entenderlo para poder prepararnos para los muchos y mayores cambios que están por venir.

Es importante en primer lugar, entender que el derecho tributario hoy es un derecho internacionalizado, y por tanto, debe ser estudiado desde esta perspectiva. En segundo lugar, es imprescindible que los legisladores y administradores tributarios sean capacitados en esta dimensión internacional de la tributación, para que los instrumentos normativos y la actuación de la administración, permitan confrontar adecuadamente las diversas manifestaciones de la globalización. Es fundamental además que el Ecuador siga afianzando sus relaciones a nivel comunitario con la CAN, y que en el seno de este organismo, se sigan produciendo instrumentos que permitan la armonización tributaria y la inclusión de los nuevos paradigmas tributarios. Finalmente, es necesario un cambio en la concepción de lo tributario, como de otros aspectos, de lo local hacia lo internacional, pues sólo una nueva forma de pensar hará que este proceso, que en definitiva es sólo otra fase del desarrollo y el progreso humano, sea vivido y superado sin sacrificar los intereses de los Estados y de los ciudadanos a quienes se deben.





**impresión
offset**

folietos revistas libros
papelería afiches trípticos
dúpticos carpetas



**diseño publicitario
producción audiovisual
multimedia**



N&B
INDUSTRIA GRAFICA

Francisco Pizarro N26-76 y Sta. Maria
Telefax: (593 2) **2548961**
Cels. **098329385 - 097192878**
nbndgraf@andinanet.net
Quito - Ecuador



Librería Jurídica Cevallos

La identidad jurídica del Ecuador

www.libreriascevallos.com

- Tamayo N21-258 y Carrión **Tel-Fax: 252 33 92**
- Clemente Ponce 229 y Piedrahita **Teléfono: 250 15 32**

Editora Jurídica Cevallos

ISBN-9978-9913-2-8



ISBN-9978-42-923-9



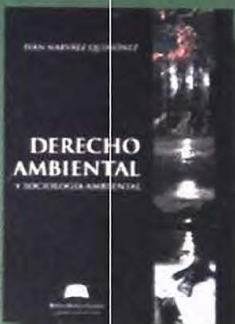
ISBN-9978-9913-3-6



ISBN-9978-9913-5-2



ISBN-9978-9913-4-4



ISBN-9978-9913-0-1



ISBN-9978-9913-1-X



EL VOTO Y SUS POSIBILIDADES DE EJERCICIO EN LA COMPAÑÍA ANÓNIMA

Ab. César Druet Candel

Hablar del voto y su forma de ejercicio, nos lleva necesariamente a considerar temas como las diversas clases, tipos, categorías o series de acciones que en algunos casos, como el de las acciones preferidas que contempla nuestra legislación, se las priva totalmente del derecho a voto. En este tema específico, de las acciones preferidas, observamos, a mi juicio con gran acierto, que nuestra propia doctrina societaria acude al pensamiento universal para interpretar normas aparentemente claras, como aquella del Art. 170 de nuestra Ley de Compañías que dice " que las acciones preferidas no tendrán derecho a voto" y trascendiendo la norma legal, y apegándose a la doctrina moderna, les concede en algunos casos derecho a voto, pensamiento que está recogido en el Art. 4 del Reglamento de Acciones Preferidas cuando dispone " que el derecho a voto lo tendrán cuando la ley lo impone o en los casos en que el contrato social lo conceda expresamente pero solo en los siguientes casos: cambio de objeto social, disolución anticipada y modificación de privilegios de las correspondientes acciones preferidas" (yo me pregunto porqué no derecho a voto para decidir sobre la transformación, la fusión, la escisión).

A estas diferentes clases, tipos, categorías o series de acciones, exceptuando las preferidas a que ya nos referimos, nuestra ley les da un trato igual y general, al determinar en su Art. 210 "que las acciones con derecho a voto lo tienen en proporción a su valor pagado" es decir que, a más capital representado, mayor número de votos y otra vez (en mi opinión con igual acierto) vemos que nuestra Doctrina Societaria trasciende la ley y se pronuncia ya desde la Doctrina 82 que cuando coexisten acciones de diverso valor pero de similar clase o tipo, las acciones de mayor valor conceden más votos, esto en acatamiento a la norma de que se vota en proporción al capital pagado, pero trascendiendo digo, la frialdad de la disposición y acogiendo los criterios modernos, anticipa la posibilidad de un voto privilegiado para acciones de la misma clase, tipo o categoría, especificando, que determinada serie de entre ellas, tenga la potestad de votar y elegir a determinados funcionarios, aún cuando esa serie a la que se le concede tal privilegio no represente la mayoría del capital. Se regla pues una especie de voto privilegiado entre acciones de clase similar (no preferidas). Todos ustedes conocen que el pensamiento recogido en la Doctrina 82 ha sido desarrollado en la Doctrina 145 en la que a este voto privilegiado lo denomina voto acumulativo,

Tendré que referirme también a la Ley No. 53 Interpretativa de la Ley de Compañías publicada en el Suplemento del R. O. No. 242 del 23 de Enero de 1998, que aclara que el derecho a votar debe estar contemplado en el estatuto de cada compañía (con lo cual parecería permitirse algunas variantes en el ejercicio del derecho a voto, producto del original criterio de



quienes convengan en tal estatuto) y que además especifica su posibilidad de renuncia. Por supuesto deberé referirme a los criterios previos y al texto mismo de la doctrina 145. Sobre este tema concreto, al tratar del voto acumulativo - con el que estoy absolutamente de acuerdo - se indica que implica una restricción contractual al derecho de voto de las acciones ordinarias (pagina 4 oficio 14295 del 20 de Octubre de 1997 suscrito por el Superintendente de Compañías) a pesar de la norma del Art. 210 de la Ley de Compañías que especifica que es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto. Repito que estoy de acuerdo con el fondo doctrinario y práctico que recoge esta doctrina.

Finalmente aludiré también a una discutida institución como es la de la Sindicación de Acciones que nuestra doctrina proscribe invocando con lógica ortodoxa e inflexible el ya aludido Art. 210 que declara nulos los convenios que restrinjan la libertad de voto, sin considerar que siempre ha cabido la renuncia del derecho a voto lo cual confirma la Ley Interpretativa No. 53 y que, si se puede renunciar totalmente ese derecho, obviamente puede convenirse un ejercicio gradual o reglamentado de acuerdo a propósitos o fines previamente especificados, a más de que, según el propio criterio de la Superintendencia el ejercicio del derecho a voto puede restringirse contractualmente.

Pero ninguno de los temas a los que deberé referirme, que dicen relación a una concepción actual de la compañía anónima, puede ser expuesto ni analizado con claridad sin hacer una apretada síntesis de los principios que orientaron la creación y original funcionamiento de las compañías anónimas y los que actualmente rigen su accionar.

La sociedad anónima nace de la necesidad de atender grandes empresas que requerían la asociación o concurso de finalidades públicas e intereses privados. Un ejemplo, la colonización y explotación de terrenos de ultramar. Era una necesidad de estado extender su soberanía y mantener o ampliar su hegemonía en el balance político de la época. Tal labor, requería además de ingentes capitales privados que concurrían atraídos por beneficios gigantescos que podían ser obtenidos de la explotación de regiones remotas en las que todas las posibilidades estaban abiertas. No era simplemente un riesgo de mar o la posibilidad de perder en acción un cargamento o una nave. Los grandes riesgos y los enormes beneficios, hicieron asociar el interés del Estado con el afán de lucro de los particulares y nacieron así, por concesión, las compañías cuyo objeto era explotar actividades generalmente monopólicas. Estas compañías se regían por las normas de la concesión, que no podían afectarse por el acuerdo de los particulares en razón de que tales compañías actuaban a nombre del Estado y en muchos casos ejercían por delegación funciones de soberanía. Existían pues, marcadas diferencias entre los fundadores que debían dirigir la empresa y aportar sus recursos, quienes eran seleccionados por el Estado al momento de la concesión, Estado que no podía dejar los cargos de confianza a la incontrolable elección de otros



interesados simples suministradores de recursos financieros, que usualmente se incorporaban después y cuya expectativa no era dirigir o administrar sino simplemente recoger los ingentes beneficios o, soportar las pérdidas cuando el resultado de la aventura – porque de eso se trataba– era adverso.

Esta primera fase, que algunos han llamado el periodo aristocrático, recoge la marcada actividad de compañías holandesas e inglesas, estuvo también concebida en Francia pero faltó iniciativa privada para su desarrollo. España en su primera etapa explotó sus colonias dando protección a la actividad privada y solo, casi 100 años después, se desarrollaron parcialmente esta clase de compañías, para explotaciones en Sudamérica, pero sin alcanzar la preponderancia que tuvieron especialmente Holanda e Inglaterra. La característica de las sociedades anónimas de esa época es que eran entes nacidos al servicio de la política exterior del Estado, cuyo interés era predominante sobre el interés privado de los socios, admitiendo dos clases de socios: los que llevaban adelante la gestión de la sociedad con gran libertad de acción y que además, aportaban recursos financieros y los que simplemente aportaban medios económicos conociendo de antemano que debían permanecer ajenos a las decisiones respecto a la gestión de la empresa.

El segundo periodo que la doctrina ha denominado como democrático se inicia en el siglo XIX en el que la sociedad anónima se independiza, se transforma y aspira cumplir fines estrictamente privados, emancipándose del régimen de concesiones. Criterios en la actualidad todavía cambiantes, determinan - en atención a los particulares intereses de un determinado país o región, o al apego a normas que prevén un mayor o menor control del accionar de las compañías anónimas - que en algunos casos se requiera para su nacimiento de aprobación judicial o en otros casos de pronunciamiento previo de la Función Ejecutiva o como en nuestro país, de la aceptación de un organismo especializado o de ninguna aprobación como sucede en algunos otros países, especialmente los denominados paraísos fiscales.

Este concepto democrático, válido para organizar políticamente a los Estados en la Europa de la segunda mitad del siglo XIX, se materializa en la conformación de la compañía anónima y refleja ese pensamiento en la estructura de ella. Como consecuencia, la Junta General de Accionistas equivale a un parlamento donde se subsume el poder y por lo tanto : es el órgano supremo de la compañía, elige o remueve a todos los administradores y cuerpos de administración que son considerados como mandatarios esencialmente revocables. Recibe todas las explicaciones de sus mandatarios y las aprueba o las rechaza (Arts. 231,2); distribuye los beneficios sociales (231,4); resuelve sobre cualquier cambio estatutario, variación de nombre, de objeto, la disolución anticipada, la fusión, la transformación, etc., que son verdaderas reformas a los actos constitutivos o lo que es lo mismo a la ley constitucional de la propia compañía (33; 231,8). Para impedir cualquier limitación al poder de la Junta General se hace énfasis en el derecho que tiene la Junta de elegir a los administradores sean o no socios (Art. 144).



En la Junta o Asamblea General de Accionistas el voto constituye un verdadero trasplante del principio del sufragio universal y se lo ejerce en proporción al interés que manifiesta el accionista en la sociedad, interés que solo se refleja en la mayor o menor aportación económica que efectúa. Con mucha ironía algún comentarista afirmó que tales Junta Generales estaban constituida " por sacos de dinero que deliberaban" (Boucart).

Si Uds. reparan, esta breve síntesis de los poderes de la Asamblea, parece copia casi textual de nuestra Ley de compañías, por lo que obvio es concluir la decisiva influencia de este pensamiento en la concepción que nuestra ley, guarda de la compañía anónima.

Tanto se insiste en la autonomía de la Junta para elegir con absoluta libertad a los administradores, sean socios o no, que diligentemente nuestra doctrina societaria # 127 declara que no tiene valor legal alguno la exigencia estatutaria de la calidad de accionista para ser administrador de una sociedad anónima, con lo cual reafirma el poder absoluto de votar en la Junta, por encima del pacto social que podría privilegiar para tal elección a los accionistas sobre los terceros.

Con el antecedente de estas dos etapas, llegamos al periodo actual luminosamente descrito por el Profesor Garrigues en su obra Nuevos Hechos, Nuevo Derecho de Sociedades Anónimas , en la que determina que es un error concebir a la sociedad anónima como una democracia capitalista, que parte del supuesto de que, el que más invierte en el capital de ella es el que más identificado está con sus fines y mayor interés tiene en el desarrollo de la misma; que el solo elemento de capital, resulta insuficiente en la gestión de la empresa, pues muchos y generalmente los grandes inversores de la compañía, piensan más en su utilidad inmediata traducida en un pronto y jugoso reparto de dividendos, que en el fortalecimiento y desarrollo de la sociedad, que tal vez necesita, no repartir dividendos, para poder capitalizarse o mejorar su patrimonio como medio indispensable para sobrevivir o afianzarse en el mercado; que estos suministradores de fondos que integran el capital, no solo que pueden tener un interés distinto al de la sociedad sino que inclusive puede ser antagónico con el mismo, como en los casos en que se adquieren acciones para eliminar competencias o apropiarse de marcas y patentes que después

se transfieren en perjuicio de la sociedad y en beneficio exclusivo de esos mismos accionistas; que en la vida de las sociedades, se anota además el abstencionismo de innumerables y pequeños accionistas, (que inclusive en conjunto pueden representar una mayoría), pero que dispersos y atomizados, carentes individualmente de los medios para aglutinarse, abandonan el poder que es recogido por otros grupos organizados que deciden a su capricho el destino de la sociedad; Que también en la práctica, empresas especializadas, como en otra época algunos bancos y actualmente las administradoras de fondos, aglutinan ingentes recursos de anónimos y cambiantes inversionis-

tas . fondos que son invertidos en capital de determinadas empresas que pasan a ser manejadas por estas administradoras de fondos cuyos propósitos pueden no ser coincidentes y en muchos casos no lo son, con las proyecciones de desarrollo e intereses de la sociedad cuyas acciones controlan, a nombre de desconocidos inversionistas. Muchos de Uds. saben que hemos vivido, importantes experiencias de este tipo.

Como consecuencia de todo ello, los derechos correspondientes a los accionistas, poco a poco deben irse esfumando y éstos en determinadas circunstancias se van transformando en simples acreedores, casi obligacionistas y por su parte, la sociedad anónima, asume a largo plazo responsabilidades con proveedores, trabajadores y consumidores y por lo tanto su interés (teoría institucionalista) trasciende el interés individual de los accionistas.

En razón de estos nuevos hechos, resulta insuficiente para estructurar a la sociedad anónima el puro elemento de capital, siendo necesario incorporar el elemento personal para asegurar la dirección del negocio. Desaparece la noción clásica de sociedades de capital formada "intuitu pecuniae" y con la cual se distinguía a la sociedad anónima, la que ya no debe ser dirigida solo por el dinero ni le resulta indiferente quien es el accionista como cuando solo se lo consideraba por el número de acciones con que podía votar y cobra importancia el factor "intuitu personae".

Y así llegamos a las nuevas herramientas cuya utilización determina la forma o modo que se quiere gobernar u operar a la sociedad anónima, forma y modo de gobernar que no debe acogerse o desestimarse en base a teóricos y abstractos principios doctrinarios, sino a la luz de las necesidades, prácticas y concretas de la propia sociedad que va a organizarse, del país, de la región y de la época de desarrollo en que se vive.

En mi opinión no es suficiente desestimar una de esas herramientas que fueron útiles en Alemania o Francia hace 50 años y que luego estos países han dejado de utilizarlas por que su mayor desarrollo económico ya no las hacía necesarias, pero que, en atención a los actuales momentos de este país, a su actual estado de desarrollo y a los intereses que se pretende proteger, son, a lo mejor, absolutamente necesarias.

Si formamos parte del grupo tercermundista es por que no hemos cumplido las etapas que necesariamente y en su proceso de evolución han superado ya los países desarrollados; pero nuestro afán de llegar a esos grados de desarrollo, no puede hacernos suponer que podemos prescindir de las etapas en las cuales tan necesarias fueron esas herramientas de control para el desarrollo de la sociedad anónima, las mismas que solo fueron dejadas de lado cuando ya habían cumplido su propósito de fortalecer a las empresas que las utilizaron y contribuir al robustecimiento de los países que las acogieron.

imputados que no tengan el dinero suficiente para pagar a un abogado especializado en esta materia, optando con frecuencia a escoger caminos como ir a un consultorio jurídico gratuito (algo benéfico para que su causa sea manejada con responsabilidad), aceptar el Defensor de Oficio puesto por el juez u optar por autoinculparse para no seguir gastando más.

La tendencia de la Defensa Pública Técnica, a criterio de López Puleio, se basa en el Principio de Confianza que debe tener el imputado en este caso a su abogado defensor ya que dentro de la misma intermediación judicial existe además un marcado principio de contradicción que debe ser realizada en situación de paridad de los contradictores (Ministerio Público, Acusador Particular y Defensor e imputado).

La misma autora, en su ensayo, establece que esta Defensa Técnica, es la garantía del principio procesal de "Nulla probatio sine defensione", establecido además de nuestra legislación interna, en instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por el Ecuador, tales como, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para esta aplicación de la Defensa Pública establecemos que puede ser aplicada y tiene la garantía legal suficiente y solamente falta que se apruebe este funcionamiento de la Defensoría Pública Nacional, para hacer efectiva la seguridad jurídica en esta Reforma Judicial y así lograr este ideal de justicia y seguridad que buscamos para perfeccionar a nuestro sistema procesal.

¿Cuáles son esas herramientas?

En primer y esencial lugar un reordenamiento del derecho a voto para permitir un ejercicio diverso al concebido en el período democrático que es el recogido en nuestra ley. Nace así el voto privilegiado llamado también plural, múltiple, desigual, preferencial, superior, mayor o acumulativo.

Existen también otras herramientas de menor importancia a las que me referiré tangencialmente, tales como : a) Exigir que para el ejercicio de voto, sea necesario haber poseído las acciones con cierto período de anticipación, esto con el propósito de impedir la influencia de accionistas recientes, supuestamente no identificados con el interés social; o b) Poner trabas para impedir que se acumule facultad de decisión, recurriendo al arbitrio de exigir que el poder para representar a un accionista en una junta sea necesariamente otorgado con formalidades especiales o limitando el porcentaje de acciones de terceros que podía representar una sola persona .-

Estos mecanismos fueron acogidos en nuestra Ley General de Bancos que desde la codificación de 1961 que he podido revisar, consignaba en su Art. 64 que " Para tener derecho a votar, ya sea concurriendo personalmente a la

junta de accionistas, ya sea por representación, el accionista deberá haber poseído sus acciones, por lo menos 6 meses antes del día de verificarse la junta, a menos que las acciones poseídas por el accionista no exceda del 5%" y también que "ninguna persona podrá representar a más de 3 accionistas..., y el número de votos representados no podrá, en caso alguno, exceder del 10% del total de acciones en circulación al tiempo de verificarse la junta" y cuando disponía que, si el representante del accionista era una persona extraña a la institución, el poder debía ser judicial, exigencia que apareció cambiada en una codificación de 1987 que exigía que dicho poder debía otorgarse ante un Notario o ante quien ejerciera sus veces. Estas disposiciones de la ya derogada Ley General de Bancos inclusive fueron reglamentadas mediante Resolución No. 86-653 de Diciembre de 1986.

Sin embargo, desestimando su valor, que experiencias recientes han justificado plenamente, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero prescindió de estos mecanismos.

Debo insistir en este tema de la Ley General de Bancos actual Ley General de Instituciones del Sistema Financiero que si bien es ajeno a la Ley de Compañías, está íntimamente vinculado a las sociedades anónimas y al ejercicio del derecho a voto, por lo cual debo referir brevemente que la antigua Ley General de Bancos contenía una norma que se ha mantenido en la actual Ley General de Instituciones del Sistema Financiero que determina que en la elección de Directores Principales y Suplentes se garantiza el derecho de las minorías y que la Superintendencia de Bancos asegurará la eficacia de esta norma. ¿ Por qué la necesidad de esta norma? Por que en la práctica, en el ejercicio del sistema de votación denominado ordinario o plural, la totalidad de vacantes son elegidas por mayoría absoluta (la mitad más uno). Si graficamos lo anterior el 50% + 1 será igual al 100 (la totalidad de elegidos) y el 50% menos uno significaría cero. Esta disposición inaplicada por varios lustros fue reglamentada mediante Resolución No. 96-0054 de Mayo de 1996, que adaptándose al texto de la Ley Argentina y a la experiencia de ese país, crea una clase de voto privilegiado, de carácter acumulativo que permite, a falta de una disposición estatutaria específica, acoger o el sistema denominado del cuociente (dividir el número de votos del capital presente para el número de vocales principales a elegirse. El resultado constituye el cuociente que permite con esos votos elegir a un Director Principal y a su respectivo Suplente. Se pueden elegir tantos Directores cuantos dicho cuociente esté comprendido en el número de votos a que se tenga derecho.) o el sistema denominado del factor (el número de votos que se posean se multiplica por el número de Directores que deben elegirse. Los votos podrán distribuirse entre varios accionistas. Se consideran elegidos los que reciban el mayor número de votos), ambos sistemas permiten que minorías de cierta importancia, a las que siguiendo la doctrina argentina llamaremos también suficientes, puedan elegir de entre los miembros de un organismo pluripersonal como es



el Directorio, uno o más de sus miembros acumulando sus votos para determinados candidatos de esa elección que necesariamente deja de hacerse por "listas" para realizarse por "personas", a fin de "acumular" los votos de la minoría en tal o cual candidato en atención a que la mayoría ha debido prorratear el total de sus votos entre los demás miembros que han resultado elegidos con su participación mayoritaria en ese sufragio. Este es un caso reglado en que, para proteger a la minorías, se crea un sistema que deviene en la concesión de un voto privilegiado, con carácter de acumulativo, que restringe la absoluta libertad del voto de las mayorías.

Sobre este tema ya tenemos en el país alguna experiencia aislada y se han propugnado interesantes debates. Por supuesto que el propósito de esta disposición puede ser entorpecido o coartado parcialmente, mediante el simple mecanismo de disminuir el número de Directores a elegirse, con lo cual las minorías que llamamos suficientes deben necesariamente ser incrementadas para acceder a la elección de cada miembro a elegirse, pero justo es consignar también que en ese supuesto, también las mayorías eligen menor cantidad de Directores, con lo cual, pudiera mantenerse la paridad proporcional de miembros elegidos por la mayoría y los elegidos por la minoría, o, definitivamente, se logra prescindir de una minoría que tal vez era suficiente para elegir uno de un total de nueve Directores pero que carece de voto suficiente para elegir a uno de un total de siete Directores.

En todo caso la jurisprudencia argentina registra algunas ocasiones en que se ha declarado la nulidad del pronunciamiento de una asamblea que redujo el número de Directores para coartar el derecho que hubiera podido corresponderle a accionistas minoritarios, en la hipótesis de que si no se hubiere reducido el número de Directores, hubieran podido elegir alguno de tales miembros.

Es oportuno consignar que en uno de esos fallos se sostiene con meridiana claridad y a mi juicio con acierto "que el sistema de voto acumulativo no es un mecanismo de mayorías o minorías sino una fórmula de representación proporcional, por la que se da participación a accionistas o grupos de accionistas cuya tenencia de acciones sea suficiente para ellos, en función de las vacantes totales a cubrir o de otra serie de variables concretas". También se manifiesta "que la minoría suficiente solo puede establecerse en cada caso concreto, atendiendo a una multiplicidad de factores o circunstancias...No puede determinarse de una manera absoluta, cuando una minoría será suficiente, o, dicho de otra manera, cuándo la minoría tendrá una importancia que le permita designar algún Director...Siempre que en la respectiva Asamblea haya quórum, cuanto mayor sea el ausentismo, menor será el porcentaje con el que se pueda lograr la elección de un Director por el sistema de voto acumulativo. También ha de tenerse en cuenta la influencia que en dicho porcentaje tendrá la mayor o menor dispersión de las acciones. Ello sin perjuicio de otros factores que pueden contribuir a que, en concreto, un

accionista con escaso porcentaje de las acciones tenga interés en la posibilidad de ejercitar el voto acumulativo; tal como, por ejemplo, el acceso al directorio que puede abrir este sistema a un candidato común de una pluralidad de minoritarios. En suma, que la minoría suficiente no puede definirse sino en concreto, ante cada asamblea en singular o atendiendo a una pluralidad de circunstancias."

Estos dos conceptos son sumamente importantes para establecer en su oportunidad quien tiene derecho a impugnar las decisiones de asamblea que puedan coartar el ejercicio a derecho a voto acumulativo, en atención a que nuestra ley solo parece conceder ese derecho (Art. 249) a quienes representan por lo menos el 25% del total del capital pagado, cuando la doctrina de países con experiencia en estos sistemas (Argentina), se viene pronunciando en forma reiterada " que a diferencia de lo que ocurre con otros derechos de minoría, no se exige en estos supuestos que el accionista o la pluralidad de ellos que impugnen la asamblea por violación de la ley que faculta el ejercicio del voto acumulativo, reúnan un determinado porcentaje de capital ".

Volviendo al tema del reordenamiento del derecho al voto y partiendo del hecho de que es la acción la que concede a su tenedor (accionista) el derecho a voto, la doctrina desde este enfoque específico estudia acciones de voto plural, de voto desigual, de voto acumulativo, de voto múltiple, de voto preferencial, de voto superior, de voto mayor, acciones de dirección, acciones de gestión, acciones de control, acciones de protección, acciones de comando, acciones predominantes, etc., pero concretando el desarrollo del tema escogido, se define a las acciones de voto privilegiado "como aquellas que en la asamblea de accionistas tienen un derecho de voto superior al de otras acciones, con relación a la cuota del capital social que ellas representan" (Albert Tamboise, *La estabilidad del control de las sociedades por acciones*) y completando esta definición Joaquín Garrigues, (en la obra ya citada), manifiesta que una acción de esta clase concede una participación en la suma de votos de la sociedad, mayor que la participación que concede en el capital social. Se trata, en definitiva, de un tipo de acción que confiere a su poseedor un derecho de voto más elevado que el que atribuyen las otras acciones.

La existencia del voto privilegiado constituye la más concluyente demostración de la importancia actual del factor *intuitio personae*. Como dice Henri Mazeaud, "El Voto Privilegiado en las Sociedades de Capital", los accionistas privilegiados y los comunes no contratan *intuitio pecuniae*; los primeros se asocian para dirigir la empresa y los segundos simplemente para participar de beneficios, aceptando ser dirigidos por los primeros. Luego, el que suscribe lo hace porque tiene confianza en la persona o grupo que controla y por lo tanto está contratando *intuitio personae*.

En Europa de la postguerra y como consecuencia de los trastornos económicos que sufrían los países que tuvieron que vivirla con mayor intensidad,



apareció el peligro de que capitales extranjeros adquirieran a precios irrisorios la mayoría de las acciones de importantes empresas locales (Citroen, Peugeot). Tal peligro fue conjurado gracias al empleo del voto plural o privilegiado, que permitió a los nacionales conservar el control de sus empresas, de manera que los inversionistas extranjeros solo podían adquirir acciones comunes.

Cuando los radicales factores económicos que dieron origen a las acciones de voto privilegiado se consideraron superados, se inició una ofensiva de carácter doctrinal contra esta institución bajo el doble argumento de que: 1) Se contradecía el principio democrático al establecer desigualdades de derechos políticos entre los accionistas; y, 2) Que en algunos casos se había producido abusos flagrantes. Sensiblemente este doble argumento, en esa ocasión, no fue analizado a profundidad puesto que en aquella época todavía la doctrina se negaba a reconocer abiertamente que el patrón decimonónico de la sociedad anónima fallaba de manera evidente y por que además, no es suficiente argumento para abolir una institución, el hecho de que pueda ser utilizada de manera fraudulenta, pues si tal fuere el caso, hace tiempo que debieron haberse suprimido los cheques y la misma letra de cambio, ésta última origen y base del derecho comercial. Además, quienes han estudiado a profundidad el tema y su tratamiento en esa época, han establecido que la supresión de la norma en Alemania se debió más a la influencia de un juego de poder en el que intervino el Ministro de Economía que reclamaba para sí la facultad de que sea ese Ministerio quien concediera el permiso a las compañías que se acogían al sistema de voto plural y en el caso de Francia, la ley de 1933 que eliminó definitivamente el voto plural, fue considerada como brutal y los Tribunales Judiciales de última instancia continuaron pronunciándose en casos concretos sobre la licitud o no de los pactos estatutarios que recogían el voto plural, aceptando de esa manera que no podía descalificarse como ilícita la institución del voto plural sino juzgar en cada caso la legalidad • no del acuerdo específico.

El texto de nuestra Ley de Compañías sin entrar en matices, recoge las tesis extremas sobre el derecho a voto y así en el Art. 170 dice que las acciones preferidas no tendrán derecho a voto y que las acciones ordinarias confieren todos los derechos (incluyendo de manera preponderante y sin limitación el derecho a voto).

Partiendo de estos extremos y refiriéndonos a las acciones preferidas, que según la ley no conceden derecho a voto, el pensamiento de la Superintendencia de Compañías recogido en el Reglamento Para La Emisión de Acciones Preferidas al que ya me he referido, les reconoce, en su Art. 4, la posibilidad de voto, en primer lugar cuando la ley lo impone; en segundo lugar, siempre que el contrato lo conceda, pero solo en los tres casos concretos a que alude el reglamento (cambio de objeto social, disolución anticipada y modificación de privilegios de las acciones preferidas). También en este

aspecto he adelantado mi opinión que este derecho podría hacerse extensivo para decidir también sobre la transformación, fusión y la escisión que implican pronunciamientos trascendentes en la vida de la compañía a la que se ha vinculado el accionista titular de acciones preferidas. Vale la pena recordar que la Ley de Compañías de 1964 establecía que las acciones preferidas "a más de los derechos inherentes a la calidad de accionista podían establecer otros derechos especialmente en lo que se refiere a la distribución de las ganancias y del activo social. La supresión del derecho a voto solo fue incluida en el texto legal a partir de las reformas a la Ley de Compañías publicadas en el Registro Oficial del 10 de Febrero de 1971 y hemos debido esperar hasta Septiembre de 1997 para que, mediante la disposición reglamentaria aludida, se les reconozca parcialmente tal posibilidad, en la forma que hemos indicado.

Existe una norma que se mantiene desde la Ley de Compañías de 1964, en el sentido de que el monto de las acciones preferidas no puede exceder el 50% del capital suscrito de la compañía (Art. 171), disposición limitativa que me parece inaceptable analizada exclusivamente desde el punto de vista del derecho a voto, pues estimo que la parte de capital sin derecho a voto no tiene que guardar relación o proporción con la parte de capital que si lo tiene, pero que pudiera tener justificación desde el ámbito puramente financiero.

Sobre las acciones ordinarias la ley se ha limitado a decir que confieren a su titular todos los derechos fundamentales y como hemos indicado preponderantemente el derecho a voto (Arts. 170, 207,4), reiterando en el Art. 210 que es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar y en el Art. 221 declarando también nulos los acuerdos o cláusulas que supriman derechos conferidos por la ley a cada accionista.

Dentro de este marco rígido y considerando que el Art. 207 al tratar sobre los derechos fundamentales, indica la posibilidad de que la elección de los órganos de administración y fiscalización se efectúe en la forma prescrita en la ley y en los estatutos, la Superintendencia de Compañías en la Doctrina 82 a que ya hemos aludido, admite la posibilidad de que en una compañía anónima subsistan dos series de acciones que sumen cada una de ellas valores equivalentes de capital, pudiendo las de una serie votar de manera exclusiva y excluyente por un número determinado de Directores o de Comisarios, mientras que a la otra serie se le concede la posibilidad de votar también de manera exclusiva y excluyente sobre los demás Directores o Comisarios que deban elegirse, lo que implica un reordenamiento del derecho a voto y una indudable restricción del mismo, dado que el accionista solo podría votar para designar algunas de las vacantes a llenarse, privándosele del derecho a pronunciarse en la elección de las otras vacantes que también deben llenarse, sobre las cuales deberán votar otros accionistas.



En todo caso es digno resaltar que entre los dos extremos que contempla la ley, esto es el extremo blanco de las acciones ordinarias con derecho total de voto y el extremo negro de las acciones preferidas sin derecho a voto, la doctrina ecuatoriana elimina diferencias, esboza matices y tonalidades y reconoce a las preferidas cierto derecho a voto y permite convenios estatutarios que restrinjan el indiscriminado y absoluto derecho de sufragio de las acciones ordinarias.

En el orden personal me inclino a no proscribir de antemano otras posibilidades de voto privilegiado, reconociendo que cualquiera que sea su denominación, y como toda institución jurídica, el voto plural presenta ventajas e inconvenientes como los que analizaremos a continuación :

Los inconvenientes son :

- a) Tiende a conceder carácter de irrevocable al mandato de los administradores, en contra de la norma legal;
- b) Desapareciendo el control de una junta general concebida como un parlamento democrático, existen riesgos de que los administradores, aún rindiendo beneficios adecuados, establezcan para sí prebendas exageradas; y,
- c) Si bien conceder el control a una minoría que administra, puede justificarse en atención a la personalidad de quienes dirigen en un momento determinado, no se tiene garantía de que esta conducta se mantenga o de que, quienes los reemplacen, continúen apegados a los mismos principios.

Ventajas :

- a) Las acciones de votos privilegiado tienden a conceder a la dirección y manejo de la empresa permanencia y estabilidad que es necesaria para encarar negocios de envergadura y desarrollo a largo plazo.
- b) El voto privilegiado puede ser condición indispensable para crear una sociedad anónima o ampliar una ya constituida, casos que se dan cuando quienes manejan con éxito sus negocios, requieren de capitales para su ampliación, considerándose como requisito para el desarrollo de la actividad emprendida, que aquellos que hicieron progresar, no pierdan el manejo de la sociedad, recurriendo para el efecto el mecanismo del voto plural.
- c) Cuando se organiza una sociedad anónima cuyo objeto es desarrollar un invento determinado o una patente o una marca, etc., natural es que el inventor o el titular de la marca o patente se reserve el control de la empresa, pues de otra manera queda a merced de los capitalistas, que inclusive podrían disponer de su patente, marca o invento en beneficio de otra empresa en la que pudieran tener intereses exclusivos.

d) Es un mecanismo idóneo para defender a la empresa de competidores ya que con frecuencia sociedades poderosas adquieren acciones de compañías competidoras con el propósito de eliminarlas o absorberlas.

e) Conociendo que el abstencionismo se da con frecuencia, retardando o impidiendo decisiones que deben adoptarse con oportunidad por la Junta General, resulta conveniente el voto plural de accionistas identificados con la existencia y marcha de la sociedad, que puedan, gracias al mayor número de votos concedidos, constituir los usuales quórum de asistencia y de decisión.

f) El voto plural, visto desde una perspectiva particular, puede ser una herramienta para impedir la absorción o control por terceros, pero visto desde otra perspectiva diferente, puede permitir concentración de negocios afines en manos de grupos de empresarios diligentes, que mediante el recurso de invertir en acciones de voto plural

en diversas compañías, pueden controlar el desarrollo armónico de todas ellas, sin que su participación económica se refleje en la mayoría del capital de todas ellas.

g) Desde el punto de vista nacional o regional el voto privilegiado puede alcanzar una transcendencia vital en la supervivencia o desarrollo de la economía como lo demostró en su oportunidad la experiencia alemana y francesa de postguerra.

h) El voto privilegiado es una herramienta aceptada expresamente en nuestra legislación, en la parte que regula la conciliación de intereses públicos y privados al normar la existencia de las compañías de economía mixta, disponiéndose al efecto que el Directorio de ésta, esté integrado con representantes de los accionistas del sector público y del sector privado, en proporción al capital aportado por uno y otro.

Habiendo desarrollado el marco general que orienta las reflexiones que he formulado, toca efectuar las siguientes precisiones :

1) Sobre el voto acumulativo en el ámbito societario, son válidas las reflexiones que nos hicimos al tratar este tema referido a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y su doctrina, siendo importante destacar en esta oportunidad, que en la doctrina societaria 145 se amplían con acierto ciertos conceptos básicos expuestos en la doctrina 82 que parecía vincular el ejercicio del voto acumulativo exclusivamente a la emisión de acciones de distintas series que debían guardar entre sí una necesaria paridad en la representación del capital. Oportuno es destacar que la jurisprudencia argentina se ha pronunciado con absoluta claridad en el sentido de que las reglas sobre acumulación de votos pueden ser desplazadas cuando el estatuto prevea que las elecciones se hagan por clases o series de acciones. Además, los vocales



escogidos con propiedad en la doctrina 145, permiten suponer que el voto acumulativo puede darse, no solo para la elección de funcionarios, ya que esa posibilidad está incluida en el texto de tal doctrina, como un simple ejemplo.

2) Sobre el tema concreto de la Ley Interpretativa No. 53, publicada en el Registro Oficial No. 242 del 23 de Enero de 1998, apartándome de análisis formales sobre eventuales vicios de su promulgación, que aparecen del texto del registro oficial al que he accedido, coincido con el criterio de que el derecho a voto que concede la acción, desde el particular punto de vista del titular de la misma, es un derecho privado susceptible de renuncia y por lo tanto, a mi juicio, de cualquier convención que gradúe la intensidad de su ejercicio; discrepo del texto de la misma en cuanto parece imponer la necesidad de que el derecho a votar, en todas sus manifestaciones, deba necesariamente estar contemplado en cada estatuto de cada compañía, pues a falta de acuerdo expreso deben aplicarse las normas generales de la ley, pero, sobre este mismo tema, coincido con la posibilidad de que a través de cada estatuto se permitan infinidad de variantes en el ejercicio del derecho a voto.

3) En cuanto a los criterios de la Superintendencia constantes en la doctrina 145 y en algunas opiniones formales que ha suscrito el Sr. Superintendente sobre el tema de la inconveniencia de acciones ordinarias privadas del derecho a voto, coincido con la improcedencia de tal posibilidad, que haría innecesaria la distinción actual entre las acciones ordinarias y preferidas y que contribuiría, sin fundamento, a una mayor confusión sobre este tema.

4) Es mi propósito concluir refiriéndome al tema de la sindicación o sindicalización de acciones, campo en el que se desarrolla una actividad de tal modo trascendente en la vida de la compañía, que el Profesor Joaquín Garrigues ha indicado que constituye el derecho vivo de las sociedades.

No quiero transcribir ninguno de los elaborados conceptos que sobre el tema traen los tratadistas, pero sí debo adelantar que se trata de un pacto o acuerdo entre accionistas, realizado fuera de la sociedad - por eso lo llamamos parasocial- que tiene como propósito influir en la vida de la compañía mediante el aglutinamiento del poder de voto de los accionistas sindicados.

Como este acuerdo usualmente no reviste solemnidades externas ni tiene necesidad de constar en registros públicos y como además, generalmente, se basa en la confianza que une a los sindicados para lograr los propósitos comunes que persiguen, es normal que se mantenga en secreto y que viviendo en la penumbra, influya en el destino de la sociedad y en las pretensiones de los demás accionistas no coaligados.

El temor a lo desconocido y a la forma en que estos acuerdos puedan afectar la vida social o al particular interés de los otros accionistas no asociados al sindicato, y el hecho mismo de que la falta de publicidad sea una constante

nacida de la habitual reserva con que se manejan estrategias que enfrentan otros intereses, hace que se pague tributo a este recelo y que al contrato de sindicación de acciones se le niegue una reglamentación expresa.

¿ Por qué es tan cotidiano y normal que en muchísimas ocasiones y en gran número de sociedades anónimas, la mayoría de sus accionistas concurren a la Junta General (por sí o por representación), habiendo resuelto de antemano a quien quieren elegir (reelegir o remover), o como quieren disponer de los resultados anuales y en general como van a pronunciarse en el seno de la junta a la que deben asistir? La respuesta es obvia, en primer lugar porque la Junta General, como parlamento democrático donde se va a debatir y a convencerse unos a otros sobre el acierto de sus respectivas razones, ha fracasado; en segundo lugar, porque los accionistas realmente interesados en pronunciarse en la junta, necesitan de tiempo y reflexión previa para informarse del desarrollo de los negocios, del acierto o no en la conducción durante el periodo que se analiza, de las debilidades y fortalezas del negocio y de la competencia, de las expectativas de la conducta de proveedores y consumidores en un mercado pluriregional , etc. , y así, antes de llegar a la junta, conocen de antemano cuál va a ser su posición sobre cada uno de los temas a tratarse; y, en tercer lugar, porque los accionistas individuales interesados en el desarrollo social, que por sí solos no tienen influencia, buscan naturalmente otros accionistas que tengan pensamiento afin, para asociarse e influir conjuntamente en la voluntad social.

¿Por qué? se preguntan algunos expertos, si la sindicación es tan discutida no se acude a la figura de la holding que está reconocida y reglamentada en la ley y que, en definitiva, persigue el mismo propósito, esto es aglutinar capitales para adquirir acciones de otras compañías, con la certeza de que, en definitiva, en la junta de la holding se resuelve de antemano la posición que se va a sostener en la junta de la compañía, de cuyas acciones es titular la holding. Admitir la holding es aceptar que no es ilegal resolver de antemano y en forma previa, cómo se va a votar en una junta que todavía no se realiza. Las razones para no desestimar la figura del sindicato frente a la imagen de la holding son varias: 1) En el sindicato de acciones no es necesario transferir la propiedad de las acciones que por lo tanto siguen en manos del accionistas sindicalizados, cosa que no sucede en la holding; 2) Porque el sindicato puede implicar un compromiso para temas específicos y entrar en la holding deviene en someterse al criterio de la mayoría de ésta, en todos los aspectos; y, 3) El sindicato a diferencia de la holding carece de actividad lucrativa y no pretende "per se" repartir dividendos entre sus integrantes.

También podemos preguntarnos ¿ por qué le damos importancia al sindicato? si el voto plural al que nos hemos referido representa una herramienta adecuada para incidir en la decisiones sociales y tiene la ventaja de un mayor reconocimiento de la ley y la doctrina. La respuesta es que, ambos mecanismos no son excluyentes y por el contrario, en muchos casos son complementarios.

tarios. En el ejemplo de acciones de voto plural, en manos de varios accionistas, siempre será necesario convenir estrategias de voto entre los tenedores de tales acciones, para que el poder conferido a ellas no se diluya.

La amplitud de los asuntos a que he debido referirme en esta conferencia, me obliga a eliminar apasionantes temas a los que se refieren los estudiosos de la sindicación de acciones y que ameritan por sí solos, charlas específicas sobre cada uno de ellos, pero es oportuno delinear que estos pactos de sindicación toman su nombre de la finalidad que persiguen, así hay sindicatos de mando (que concentran su interés en la dirección de los negocios sociales), sindicatos de bloqueo (que comprometen a los coaligados que quieran vender sus acciones a ofrecerlas con preferencia a los otros integrantes) y que son indispensables cuando se persiguen estrategias de largo plazo, sindicatos de defensa (que aglutinan minorías que no están en capacidad de decidir, pero que necesitan influir en las decisiones de la junta). También debo hacer énfasis sobre ciertas especies de sindicatos que implican desposeimiento de acciones para fortalecer la unidad del pacto y que exteriorizan su voluntad a través de un apoderado común de los coaligados, usualmente llamado síndico, a quien se le concede facultad para votar a nombre del grupo.

Sobre la licitud o no de estos acuerdos, un sector importante de la doctrina identificado con el concepto clásico de la sociedad anónima, se la niega y a esa tesis se adhiere nuestra doctrina societaria; otro sector no menos importante admite su licitud y pugna por su reconocimiento institucional con perfiles de normatividad propia. Personalmente los considero lícitos y fundamento mi opinión en lo siguiente:

- Nuestra doctrina societaria se pronuncia por la ilicitud de los pactos de sindicación basándose en que el derecho a voto es un derecho fundamental del accionista del cual no se le puede privar (Art. 207) y que de acuerdo con el inciso segundo del Art. 210 es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto y que adicionalmente el Art. 221 también declara nulos los acuerdos o cláusulas que supriman derechos conferidos por la ley a cada accionista. Afirma que estas normas tienen el carácter de orden público.

No coincido con el criterio anteriormente expuesto: a) Por considerar que en el ámbito del derecho privado en que se desenvuelve este tema, todo pacto no contrario al orden público debe ser considerado legalmente posible, correspondiendo su calificación de lícito o no al análisis en cada caso concreto de las particulares normas que le dieron origen; b) Porque el ámbito de la Ley de Compañías tiende a regular las relaciones de la compañía con sus propios socios y de la compañía con terceros, siéndole ajeno los convenios particulares que celebren los accionistas entre sí, fuera del marco de la relación social. Lo que impiden las normas invocadas es que estatutariamente se pacte, se convenga o la Junta General por mayoría imponga, decisiones que coarten los derechos fundamentales; c) Porque existen otros derechos funda-

mentales, como el de preferencia, cuya posibilidad de negociación y por lo tanto de renuncia es obvia (Doctrina 104); d) Que también se tiene admitido que un derecho fundamental como el de la libre negociación de acciones admita acuerdos que comprometan a su titular a negociarlas preferentemente con otras personas (Doctrina 141); porque nuestra misma Doctrina, con acierto, ha tenido que regular el ejercicio de derecho a voto contemplando la posibilidad de votos acumulativos que implican una restricción al ejercicio común del sufragio (Doctrina 145 -Oficio 14295); porque el mismo Profesor Halperin a quien se cita como adverso a la tesis de la sindicación de acciones, al redactar la Ley de Sociedades Comerciales Argentinas (19.550) junto a otros cuatro distinguidos colegas, justificando la no inclusión específica de esta institución ha manifestado " Distintas instituciones han propugnado la inclusión de normas acerca de la legitimidad de la sindicación de acciones. La comisión se ha inclinado por omitirlas por diversas razones : a) No se trata de un pacto, acuerdo o convenio, que integre el régimen legal de las sociedades. Es un contrato que, aunque puede llegar a afectar el funcionamiento de instituciones de la sociedad, es ajeno a ésta. Es un auténtico acto parasocial, que no obliga a la sociedad y que ésta podrá impugnar cuando desvirtúe o afecte su funcionamiento leal; b) No cabe una norma que legitime o fulmine de nulidad o ineficacia cualquier pacto de esta clase: depende de los fines perseguidos con tal contrato, por lo que la mayoría de la comisión juzga que son suficientes las normas generales del derecho. En el caso concreto, y con tales criterios, el juez habrá de resolver el grado de validez que tenga en el supuesto juzgado.- " ...La enunciación casuística, además de incompleta, perdería de vista la ilegitimidad del objeto concreto perseguido que viciaría el acto; y si la enunciación se supeditara a esta regla, carecería de sentido y de seriedad legislativa."

Gracias

LA NATURALEZA JURIDICA DE LA COOPERATIVA EL ACTO COOPERATIVO

Apuntes de Derecho Cooperativo

Dr. Carlos Naranjo Mena

El Cooperativismo como forma de organización empresarial, ha cumplido ciento cincuenta años y tiene un enorme bagaje de realizaciones y, en algunos países, una elevada incidencia en sus economías, sin embargo en el Ecuador, su desarrollo no ha tenido la importancia que aspiramos quienes creemos en la Economía Social o Solidaria como Modelo Alternativo, salvo el caso del sector de ahorro y crédito y algunas excepciones en otros sectores productivos y de servicios.

Uno de los factores que ha conspirado contra la expansión y consolidación de la Cooperativa como nueva forma empresarial, es el desconocimiento de su naturaleza jurídica, además de la obsolescencia de algunas normas legales, de las deficiencias en el control estatal y de la débil integración como un verdadero movimiento, entre otros.

En las Leyes de Cooperativas de varios Países de América, como Brasil, Argentina, Colombia, Honduras, Paraguay y Uruguay, se ha incorporado el ACTO COOPERATIVO, como la esencia de la naturaleza jurídica de la Cooperativa y fundamento de una nueva rama del derecho, precisamente, el Derecho Cooperativo, por eso la necesidad de estudiar más a fondo esta figura, para comprenderla mejor y enderezar los desvíos doctrinarios en que incurren nuestras normas jurídicas y nuestras autoridades, especialmente, en los campos tributario y laboral.



CONCEPTO

Partimos de la definición de Cooperativa, aprobada por el Congreso de la ALIANZA COOPERATIVA INTERNACIONAL, realizado en Manchester, en octubre de 1995, constante en su Declaración de Identidad y Principios y aceptada por la Doctrina, que dice:

Una cooperativa es una asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes, por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controlada.

La Constitución del Ecuador, en sus artículos 245 y 246, consagra el carácter de EMPRESAS ECONOMICAS que tienen las Cooperativas y su forma de propiedad, como comunitaria o de autogestión, es decir que, pertenecen a las personas que trabajan permanentemente en ellas, usan sus servicios o consumen sus productos.

Por fin, el artículo 1 de la Ley de Cooperativas, define a estas organizaciones como las sociedades de derecho privado, formadas por personas naturales o

jurídicas que, sin perseguir finalidades de lucro, tienen por objeto, planificar y realizar actividades o trabajos de beneficio social o colectivo, a través de una empresa manejada en común y formada con la aportación económica, intelectual y moral de sus miembros.

Salta a la vista la distinta caracterización que se da a la Cooperativa en las definiciones anotadas, pues, se la menciona como Asociación, como Sociedad y como Empresa, de donde surge la necesidad de precisar la naturaleza jurídica de la Cooperativa, que es el objeto de los presentes apuntes y para desentrañar aquello, nos vamos a remitir, en primer lugar, a sus características o elementos que la distinguen y la hacen diferente de otras formas empresariales..

CARACTERÍSTICAS

Si, desde el punto de vista doctrinario, entendemos la Sociedad o Compañía, como la define nuestro Código Civil, encontramos que se origina en un contrato y tiene por fin el lucro o ganancia, a ser repartida entre sus socios, mediante la realización de una actividad empresarial económica.

Así mismo, si desde el punto de vista doctrinario, entendemos la Asociación en su origen y objetivos, encontramos que se origina en un acto constitutivo y tiene por fin, la realización de actividades sociales, evidentemente, sin fin de lucro y sin actividad empresarial económica, pues, se inclina a lo social, deportivo, gremial, etc.

Analizando la Cooperativa, tanto en su definición doctrinaria, como constitucional y legal, encontramos que tiene de la sociedad, la actividad empresarial económica y de la asociación, el carácter no lucrativo y el fin social, pues, opera con sus socios y no busca ganancia, de donde concluimos en que, la Cooperativa, no es sociedad, ni asociación, sino una forma empresarial sui generis, denominada, simplemente, COOPERATIVA.

DIFERENCIAS ENTRE COOPERATIVA Y COMPAÑÍA

Lo expresado en líneas anteriores, se pone de manifiesto con mayor claridad cuando confrontamos a la Cooperativa con la Sociedad o Compañía Anónima, considerada ésta última como el paradigma de la empresa o sociedad de capital, momento en el cual, surgen las diferencias en los aspectos que se mencionan a continuación:

EN SU CONSTITUCIÓN

La Cooperativa se constituye por un ACTO CONSTITUTIVO en sus dos fases : la privada, esto es, la Asamblea Constitutiva, donde se refleja la voluntad de los socios de someterse a un Estatuto y la pública que, mediante un Acto Administrativo, aprueba su estatuto y le concede personería jurídica.

La Compañía, en cambio, se constituye mediante un CONTRATO, como lo señala tanto el Código Civil, como la Ley de Compañías, contrato que, a su vez, genera obligaciones que pueden ser, inclusive, materia de coerción para su cumplimiento, como por ejemplo, la obligación coercitiva de pagar el capital suscrito, lo que no ocurre en la Cooperativa, donde si un socio no está de acuerdo con las decisiones de los órganos directivos, entre ellas, siguiendo el ejemplo, la de pagar el capital suscrito, está en capacidad de retirarse voluntariamente de la Cooperativa.

EN LA LEGISLACIÓN APLICABLE

Debido a la distinta naturaleza jurídica de las dos organizaciones empresariales, para su constitución, organización y funcionamiento, se sujetan también a legislaciones diferentes, así, las Cooperativas se rigen por la Ley de Cooperativas y son controladas por la Dirección Nacional de Cooperativas, mientras las Compañías se regulan por la Ley de Compañías y son controladas por la Superintendencia de Compañías

EN EL CAPITAL

Los aportes efectuados para la formación del capital en la Compañía, están representados en acciones al portador, libremente negociables y que le dan derecho a voto en proporción a su valor; en cambio, en la Cooperativa, los aportes de capital, están representados en certificados de aportación, nominativos y transferibles solo entre socios o a favor de la cooperativa.

En la Cooperativa, el capital es variable, esto es que, aumenta o disminuye, por el simple ingreso y retiro de los socios, sin que sea necesario modificar su acto de constitución, ni su estatuto; mientras que, en la Compañía, ello, requiere autorización del órgano de control estatal y modificación del contrato social y del estatuto, además, en la Cooperativa, no existen aportaciones privilegiadas, como, si es posible en la Compañía con las acciones privilegiadas.

EN LOS SOCIOS

Perfeccionando la calidad de sociedad de personas que tiene la Cooperativa, surge otra diferencia con la Compañía, en el hecho de que, en esta última, la adquisición de las acciones, da a una persona, la calidad de socio o accionista, sin consideración a sus atributos personales, ni a vinculo alguno con el objeto social de la compañía, por ello es una sociedad de capital; mientras que, en la Cooperativa, una persona, primero debe ser admitida como socia, previo cumplimiento de requisitos legales y estatutarios que miran al vinculo del socio con el objeto social de la Cooperativa y sus atributos personales, para adquirir certificados de aportación.

En la Cooperativa, el socio mantiene una situación dual, es simultáneamente, usuario, trabajador, proveedor o consumidor de la cooperativa, según se trate

de una cooperativa de servicios, de producción o trabajo asociado, de comercialización o de provisión de bienes, por tanto, es parte de la Cooperativa; mientras que, en la compañía, el accionista, es sujeto de derecho, distinto de la compañía, tanto que, puede o no puede ser cliente de ella, pero, si lo es, actúa como un tercero.

EN LA GESTION

Es notoria la prevalencia de la persona humana sobre el capital que existe en la Cooperativa, reflejada en la gestión empresarial, cuyo control y toma de decisiones es democrática, bajo el sistema de un socio un voto, sin considerar el monto de aportaciones de capital; mientras que, en la Compañía, prevalece el capital sobre la persona humana, pues, las decisiones sobre el control y la gestión, se toman por votos consignados en proporción a las acciones o aportes de capital que cada accionista posee.

EN LA FINALIDAD

La finalidad del contrato de compañía, es la realización de una actividad económica, para distribuirse las ganancias entre los socios o accionistas, es decir, el fin de la Compañía, es el lucro, lo cual, por cierto, es absolutamente legítimo y esas ganancias se obtienen en operaciones con terceros ajenos a la Compañía, aunque, eventualmente, sean sus mismos accionistas que, como se dijo antes, cuando operan con la compañía, lo hacen como clientes, o sea, como terceros.

En cambio, en la Cooperativa, el fin no es el lucro, sino el servicio al socio; no es la ganancia, sino la satisfacción de sus necesidades, pues, esas necesidades son las que unieron a los socios para formar la cooperativa y mediante el aporte y esfuerzo mutuo, auto proveerse de su fuente de trabajo, de servicios, de abastecimiento o comercialización de sus productos, según el tipo de cooperativa, es decir, el lucro no es posible, porque los clientes son los mismos dueños y nadie lucra consigo mismo, por ello, las cooperativas, en las operaciones con sus socios, no generan utilidades, sino excedentes, salvo el caso, eventual, en que operen con terceros en que si constituyen utilidades.

Se complementa la ausencia de lucro en la Cooperativa, por el carácter de irrepartibles que tienen sus reservas, aún en caso de liquidación en que, por mandato de nuestra legislación, engrosan el Fondo Nacional de Educación Cooperativa; mientras que, en la Compañía, se crean reservas, precisamente, para repartirse entre los accionistas en caso de liquidación.

EN LAS OPERACIONES

El objeto social de la cooperativa es operar con sus socios y solo eventualmente con terceros; en cambio, el objeto de la sociedad de capital o compañía, es operar con terceros y solo eventualmente con sus accionistas, de donde se colige que, la cooperativa no efectúa su actividad económica en el mercado,



sino en su interior, con sus mismos socios, mientras que, la compañía efectúa su actividad económica en el mercado, en su exterior, aunque sea con sus propios accionistas, dicho de otra manera, lo socios no operan CON la cooperativa, sino EN la cooperativa, porque cooperar, es operar con otros, es operar juntos.

Las características anotadas determinan que, en la Cooperativa se configuren relaciones jurídicas distintas a las de otras formas empresariales o, más específicamente, distintas a las que se generan en la Compañía, pues, se dan no entre terceros y la empresa, sino entre los dueños de la empresa y ésta.

Estas nuevas relaciones configuran, a su vez, la esencia de la naturaleza jurídica de la cooperativa, lo que la diferencia de otras personas jurídicas y se conoce como el ACTO COOPERATIVO, como acto jurídico sui generis, distinto del Acto Civil y del Acto de Comercio y a determinar estas diferencias, jurídica y doctrinariamente, se refiere la siguiente parte de estos apuntes.

EL ACTO COOPERATIVO

Se dijo antes y no se abunda en ratificarlo que, el Acto Cooperativo, es la esencia y sustancia que hace diferente a la Cooperativa de otras formas empresariales y aunque, aún está en proceso de valoración y estudio, ha sido consagrado en varias legislaciones cooperativas, especialmente, en América Latina donde, inclusive, muchos estudiosos sostienen la existencia del Derecho Cooperativo, como autónomo y distinto del Civil y Mercantil, particular con el que, personalmente, no estoy de acuerdo, porque, aún no existen las instituciones legales suficientes como para hablar de esa autonomía.

Recogiendo conceptos de varios tratadistas y los constantes en la legislación de los países nombrados al inicio de estos apuntes, podemos definirlo como EL REALIZADO ENTRE LOS SOCIOS Y LA COOPERATIVA, EN EL MARCO DEL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO SOCIAL DE LA MISMA.

Quedan fuera de esta definición los negocios realizados por la cooperativa, como persona jurídica, con terceros ajenos a ella, como cuando la cooperativa compra los productos que distribuirá entre sus socios, o vende los productos que ellos le entregaron para su comercialización, o también, cuando la cooperativa, simplemente, efectúa actos o contratos no propios de su objeto social, como cuando vende su sede social, por ejemplo.

Desde otro punto de vista, decimos que existe Acto Cooperativo, porque no hay contrato, porque, no hay contraparte o intereses opuestos, como ocurre en el contrato mercantil, en que el comprador busca el producto en el mercado y hasta regatea el precio, en cuya determinación nada tuvo que ver, generándose un contrato de cumplimiento obligatorio, bajo apercibimiento de sanción; en cambio, en la cooperativa, la relación se genera en su interior, no en el mercado, no existen contrapartes, ni intereses opuestos, porque son los mismos dueños de la empresa, los que fijan los costos o " precios " a ser cubiertos por ellos mismos.

Lo enunciado es importante, porque los negocios con terceros, son actos de comercio o civiles, como cualquier otro y se regulan por los Códigos de Comercio y Civil, en cambio, los Actos Cooperativos, se regulan, primero por el Estatuto de la Cooperativa, por las resoluciones de su Asamblea General, por la Ley de Cooperativas, es decir, por el Derecho Cooperativo y luego, por las normas del derecho común y, porque los actos de comercio generan utilidades, en cambio, los actos cooperativos, generan excedentes.

ELEMENTOS

Varios son los elementos que configuran el Acto Cooperativo. Veamos cada uno de ellos.

En primer lugar, como no podría ser de otra manera, está LA COOPERATIVA, actuando no como intermediario, sino como administradora de los recursos de capital aportados por los cooperados, para la adquisición, en común, de los bienes o servicios requeridos por ellos. Así, en las Cooperativas de Ahorro y Crédito, los socios acumulan sus ahorros en un fondo común para otorgarse créditos a los mismos socios, es decir, se auto conceden préstamos con sus propios ahorros en forma mutua o, la cooperativa de comercialización que recibe la producción de los socios y la vende a terceros o, la cooperativa de vivienda que compra, por encargo y con aportes de sus socios, los terrenos que luego adjudica a los mismos socios.

En segundo lugar se encuentra EL SOCIO como beneficiario directo de los bienes o servicios, adquiridos en común con los demás socios de la cooperativa y que, recibe la alicuota que le corresponde sobre dicho bien o servicio.

El socio actúa y se relaciona con su cooperativa, no como cliente, ni como tercero, sino como propietario de la misma porque, la cooperativa, es el medio por el cual los socios, reunidos en comunidad de acciones e intereses, buscan satisfacer sus necesidades y que pueden ser dinero, en las cooperativas de ahorro y crédito, productos a ser adquiridos o enajenados en común, según sea cooperativa de producción o de comercialización de productos elaborados por los socios, o la fuente de trabajo que el socio requiere y la cooperativa le brinda.

En tercer lugar tenemos LA RETRIBUCION ECONOMICA que no es PRECIO en el sentido estricto de la palabra, esto es, como el valor de cambio del producto, sino el necesario aporte para la recomposición del capital que entrega el socio a cambio del bien o servicio que recibe, porque solo de esa manera, la cooperativa puede continuar operando y adquiriendo en común, lo que el socio requiere.

En cuarto lugar, encontramos como elemento configurativo del Acto Cooperativo, EL OBJETO que no es otro que, la satisfacción de las necesidades comunes a los socios en el marco de la mutualidad entre ellos existente y con ausencia de ánimo de lucro, pues, nadie puede lucrar consigo mismo.

Enfocados que han sido los elementos del Acto Cooperativo, pasemos a señalar las características que los distinguen de otros actos jurídicos.

CARACTERISTICAS

El Acto Cooperativo, en primer lugar, es **VOLUNTARIO**, porque no solo se produce cuando el socio utiliza el beneficio que los socios buscaron autobrin-darse al constituir la cooperativa, siendo también porque es voluntario el ingreso a la misma, porque nada ni nadie, obliga a nadie a pertenecer a una cooperativa, en cumplimiento de uno de los Principios Cooperativos.

En segundo lugar, el Acto Cooperativo, es **IGUALITARIO**, porque se ejecuta en igualdad de condiciones para todos los socios, condiciones resueltas en asamblea general de los mismos socios, sin preferencias, ni privilegios, ni aún a pretexto de directivos o fundadores, como lo determina nuestra legislación cooperativa.

El Acto Cooperativo, es también **UNILATERAL**, porque no existe contraparte, porque no hay oposición de intereses, pues, son los mismos socios, los que establecen la relación jurídica, entre ellos y no pueden ser contraparte de si mismos, porque esa es la esencia de la mutualidad.

El Acto Cooperativo, se caracteriza también por ser **COLECTIVO**, porque son los mismos cooperadores, socios y propietarios de la cooperativa, quienes, en forma colegiada, en su asamblea general, deciden las condiciones en que ha de efectuarse la relación jurídica, es decir, son varios los sujetos, pero orienta-dos hacia un mismo fin que, es el de comprar o vender juntos, por ejemplo.

El Acto Cooperativo, es también **SOLIDARIO**, porque los socios y sujetos del Acto Cooperativo, actúan solidariamente, mutuamente, en comunidad, para satisfacer sus necesidades, como se ha dicho, compran en común, venden en común, trabajan en común, ahorran en común, sin fin de lucro, sino de servirse mutuamente.

Finalmente, el Acto Cooperativo, **NO ES LUCRATIVO**, porque no genera ganancia o utilidad, sino excedente, que no tiene la misma naturaleza, ni el mismo origen, pues ella resulta de operar con terceros y no con sus propios socios, aún en tratándose del accionista de una sociedad o compañía, caso en el cual, el accionista es un tercero frente a la compañía, mientras el socio no lo es frente a la cooperativa, por ser la segunda una sociedad de personas y no de capital, como la primera.

El excedente también se diferencia de la utilidad, porque es una contingencia, es un accesorio del servicio, porque nadie puede saber el costo real de los gastos administrativos en la cooperativa, que son los cobrados a manera de una tasa, en los bienes o servicios que ella brinda a sus socios, es decir, es una previsión que se retiene o cobra por anticipado y que puede ser igual, inferior

o mayor a lo efectivamente requerido por la cooperativa para su subsistencia; mientras que, la utilidad en las sociedades de capital, se presupuesta, es el objetivo principal.

Tan cierto es lo señalado que, el excedente, es decir lo cobrado en exceso al socio por los servicios recibidos de la cooperativa, se le devuelve al final del ejercicio económico y así lo determina nuestra Ley de Cooperativas, porque al terminar dicho ejercicio, cada socio, sabe cuanto pagó o recibió y cual es la diferencia a su favor, de suerte que, tiene derecho al excedente, pero solo el socio que ha operado con la cooperativa, pues, solo él, pagó demás o recibió de menos, por el servicio brindado por la cooperativa.

Este excedente, de acuerdo con la doctrina, puede ser capitalizado o revertido en servicios, en beneficio de los socios.

EFECTOS

El Acto Cooperativo, como es lógico, tiene causas y efectos, las causas ya han sido señaladas, ahora nos vamos a referir a sus efectos en las distintas áreas del derecho.

EN LO LABORAL

La primera consecuencia importante del Acto Cooperativo, se produce en el Derecho Laboral, pues, entre la Cooperativa de Producción o Trabajo Asociado, es decir, donde los socios trabajan en común, no existe relación laboral, porque los socios tienen, simultáneamente, la calidad de propietarios y trabajadores, como por ejemplo, en una Cooperativa de Producción de Muebles, formada por carpinteros, donde todos trabajan en ella, aunque nuestra Ley de Cooperativas obliga a que los socios, se encuentren afiliados al Seguro Social, figurando la Cooperativa como patrono, lo cual, tampoco genera relación laboral, pero sí una protección para el cooperado-trabajador.

No debe confundirse el trabajador de una Cooperativa que no sea de trabajo asociado, con una donde no sea requisito para ser socio, trabajar en ella, aunque sea socio de la misma, como por ejemplo, el caso del trabajador de una Cooperativa de Ahorro y Crédito que, aunque sea socio, mantiene relación laboral si trabaja en ella.

Entonces, en las Cooperativas donde sus socios están obligados a trabajar en ella, para mantener esa calidad, no existe despido intempestivo, cuando el socio es excluido de la Cooperativa, por violación a las normas estatutarias.

En este caso, también se configura claramente el excedente, pues, éste constituye lo que se dejó de pagar en menos al socio – trabajador que se le cancela al fin del ejercicio económico, pues, mensualmente, recibe, como remuneración, un anticipo a los excedentes.

EN LO MERCANTIL

Importante efecto del Acto Cooperativo, se produce también sobre el Derecho Mercantil pues, cuando la Cooperativa " vende " sus productos a sus socios o " compra " la producción de ellos, para comercializarla a terceros, no existe Acto de Comercio, pues, no hay compraventa, ni reventa, sino distribución, partición, adjudicación o asignación, según sea el caso, así por ejemplo, cuando una Cooperativa de Consumo " vende " artículos de primera necesidad a sus socios, no está en realidad vendiendo, sino que le está entregando al socio, lo que éste encargó a la Cooperativa que adquiriera a su nombre.

En realidad, debemos admitir que, el Acto Cooperativo, está incompleto o no está lo suficientemente maduro, como para generar una figura jurídica distinta a la de la compra venta y por ello, es decir, por razones prácticas, se acude a este tipo de contrato, lo cual, no quita el hecho de que su incumplimiento, es sancionado según las normas estatutarias, incluso, con la separación del socio, sin impedimento del ejercicio de las acciones judiciales comunes, por lo menos, hasta que, se generen acciones propias del derecho Cooperativo, hoy en gestación.

EN LO CIVIL

Igualmente, cuando una Cooperativa de Vivienda, compra un terreno con el aporte de sus socios, lo urbaniza, también con el aporte de sus socios y luego entrega los lotes en propiedad individual, tampoco hay compra venta, sino adjudicación, por partición del terreno, hasta entonces, de propiedad común de los socios. La adjudicación y no la compraventa, está consagrada también en nuestra Ley de Cooperativas.

EN LO TRIBUTARIO

Quizás el efecto más importante del Acto Cooperativo, ocurre en el Derecho Tributario, pues, las transacciones entre la Cooperativa y sus socios, no siendo Actos de Comercio, no constituyen hecho generador de tributos, por ello, los cooperativistas, consideramos ilegal gravar con el IVA, por ejemplo, a las transacciones entre la Cooperativa y sus socios, en el marco del cumplimiento del objeto social de ella, porque hay un solo consumidor que son los socios, reunidos en Cooperativa y un solo hecho imponible que es la compra de los socios, reunidos en Cooperativa. Dicho de otra manera, cuando la Cooperativa compra a un tercero, los bienes que ha de distribuir entre sus socios, si hay hecho imponible, pero no lo hay, cuando la Cooperativa " vende ", a sus socios, los artículos adquiridos con su propio dinero.

Por ejemplo, cuando una Cooperativa de Transportes, compra llantas para " vender " a sus socios, no existe hecho imponible, no hay razón para el pago del IVA, porque simplemente, los socios adquirieron las llantas en común y al recibirlas, se están distribuyendo lo que adquirieron en común.

Igualmente ocurre con los excedentes de la Cooperativa que, como quedó dicho, son las retenciones en exceso, efectuadas a los socios, por previsión de los gastos administrativos y operacionales que debe realizar la Empresa y que, de acuerdo con nuestra Legislación Cooperativa, no constituyen utilidades, sin embargo, actualmente, son gravadas como tales con el Impuesto a la Renta, por obra y gracia del Reglamento (no de la Ley) a la Ley de Régimen Tributario Interno y solo desde el año 2001, pues, nunca antes, las Cooperativas pagaron Impuesto a la Renta, por la simple razón de que no generan utilidades, sino excedentes.

Debemos aclarar dos cosas: primero, que los beneficios obtenidos por las Cooperativas en actos ajenos a su objeto social, como la venta de un bien, que no sea del giro ordinario de los negocios con sus socios, por ejemplo, la venta a terceros no socios, o la venta de su Sede Social, si están gravados con el Impuesto a la Renta, porque ellos si constituyen utilidades; y, segundo, que cuando se habla de exoneración o exención al IVA o al Impuesto a la Renta en beneficio de las Cooperativas, es un error, pues, no existe exoneración alguna, porque no existe hecho generador de tributo que se beneficie con la mal llamada exoneración o exención, de manera que, el Estado debe rectificar en forma urgente los tributos con que están gravadas las cooperativas que, entre otras causas, impiden su desarrollo, con la misma intensidad que en casi todos los países del orbe, donde las cooperativas, incluso, están globalizándose, como en la Unión Europea, donde ya se discute un Estatuto Común para las Cooperativas de toda la Unión, como también lo están haciendo los países del MERCOSUR.

CONCLUSIONES

La Cooperativa es una EMPRESA de naturaleza jurídica especial, distinta de la sociedad y de la asociación cuya fundamentación primigenia, radica en el ACTO COOPERATIVO, como diferente al Acto Civil y al Acto de Comercio, generado en las operaciones entre la Cooperativa y sus socios, en el marco del cumplimiento de su objeto social, como consecuencia de la comunidad económica que se forma al existir dualidad en la pertenencia del socio, como propietario y usuario, trabajador o consumidor de los bienes y servicios que la Cooperativa ofrece.

Mucho queda por decir sobre el Acto Cooperativo, más razones de espacio lo impiden, en todo caso, el objetivo de estos apuntes, es despertar la inquietud en los estudiosos del derecho, sobre esta figura jurídica en formación, por ello, vale aclarar que, el contenido del presente aporte, no es un estudio acabado, sino un conjunto de apuntes, producto de la lectura y modesta experiencia de su autor y, aunque no se incluyen citas concretas, se adoptan los conceptos de quienes constan en la Bibliografía consultada.

BIBLIOGRAFÍA:

CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ECUADOR, Registro Oficial No 1, agosto 11, 1998

LEY DE COOPERATIVAS, Registro Oficial No 400, agosto 29, 2001

DERECHO COOPERATIVO, Consultamérica, Ediciones Antropos-Bogotá, 1993

TEORIA GENERAL DEL ACTO COOPERATIVO, Roberto Jorge Pastorino. Intercoop-Buenos Aires 1993

MANUAL DE LEGISLACIÓN COOPERATIVA, Dante Cracogna, Intercoop, Buenos Aires – 1998

DERECHO COOPERATIVO, Carlos Torres y Torres Lara, Ediciones INELSA, Lima – 1990



ASPECTOS SOCIETARIOS RESPECTO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Dr. Pedro Alvear Icaza

ANÁLISIS

ANÁLISIS DE LAS PROHIBICIONES CONSTANTES EN LOS ARTS. 132 Y 303 DE LA LEY DE COMPAÑÍAS

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: la Doctrina N° 57 de la Superintendencia de Compañías, que actualmente se encuentra en vigencia, establece lo siguiente:

La celebración del contrato sociedad entre los administradores (representantes legales o no) de las Compañías Anónimas o de responsabilidad limitadas y esas mismas compañías están prohibidas por los segundos incisos de los Arts. 132 y 303 de la Ley de la materia, por lo que la violación correspondiente causaría la nulidad prevista en el Art. 9 del Código Civil.

En la parte expositiva de la mencionada doctrina se establece que prohibición de contratar contenida en los Arts. 132 y 303 de la Ley de Compañías es de carácter absoluto, y que de conformidad con lo establecido en el Art. 9 del Código Civil, se produce nulidad también absoluta, debido a que el contrato adolecería de objeto ilícito, de conformidad con lo establecido en el Art. 1.509 del referido Código.

Por lo expuesto el presente estudio analizará lo siguiente:

1.- ALCANCE DE LA PROHIBICION ESTABLECIDA EN LOS ARTS 132 Y 303 DE LA LEY DE COMPAÑÍAS

2.- VALOR JURIDICO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN CONTRAVENCION DE LA PROHIBICION ESTABLECIDA EN LOS ARTS. 132 Y 303 DE LA LEY DE COMPAÑÍAS.-

PRIMERO. Alcance de la Prohibición legal.

Los Arts. 132 y. 303 de la Ley de Compañías, establecen que a los administradores de las compañías de Responsabilidad Limitada y de las Anónimas les esta prohibido negociar o contratar con la compañía que administran, en efecto el Art. 132 de la Ley de Compañías, establece que a los administradores de las compañías de responsabilidad limitada les es aplicable la prohibición establecida para los administradores de las compañías anónimas, en el inciso segundo del Art. 303 de la referida Ley, el mismo que textualmente dice:

"Les esta prohibido también negociar o contratar, por cuenta propia, directa o indirectamente, con la compañía que administren."

Para determinar el alcance de dicha disposición legal debemos recurrir al párrafo Cuarto del Título Preliminar del Código Civil (Arts. 18 y 19) en el que se establecen las normas de interpretación de la Ley, o los métodos que debe aplicarse para determinar el contenido exacto de las disposiciones legales, y entre estas encontramos, la regla primera del Art. 18 que establece : "Cuando el sentido de la Ley es claro no se desatenderá el tenor de la Ley a pretexto de consultar su espíritu" de manera que cuando la Ley esta concebida con palabras tan claras que de ellas aparece bien expresa y terminante la voluntad del legislador, no debemos eludir su tenor literal a pretexto de determinar su espíritu; la mencionada regla de interpretación se complementa con la que dice : "Las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" , o sea que el sentido natural y obvio es el que nos sirve para establecer la voluntad del legislador en la norma jurídica, y tal sentido no es otro " que el que a las palabras da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española" así lo ha establecido nuestra jurisprudencia en diversas sentencias de la H-Corte Suprema de Justicia, tales como las consignadas en :

Serie VI Gaceta Judicial N° 2, pag. 446: El sentido natural y obvio de las palabras es el que le da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

Serie VII, Gaceta Judicial N° 14, pag. L.654.- El sentido natural y obvio de las palabras, según el usos general de las mismas, es la acepción que les da la Academia de la Lengua.

Con los antecedentes expuestos tenemos que lo prohibido a los administradores de las compañías de responsabilidad limitada y/o anónimas es "negociar o contratar" con la compañía que administren, y para comprender el alcance de la prohibición debemos conocer el sentido natural y obvio del vocablo "negociar", el mismo que esta definido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en la forma siguiente:

"NEGOCIAR: 1.- Tratar y comerciar, comprando y vendiéndolo cambiando, géneros, mercaderías o valores para aumentar el caudal.// 2.-Ajustar el traspaso, cesión o endoso de un vale, efecto o letra. // 3.-Tratándose de valores, descontarlos. // 4.-Tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro.// 5.-Tratar por via diplomática de potencia a potencia, un asunto; como un tratado de alianza, de comercio, etc. "

La palabra negociar tiene cinco acepciones por lo que el legislador delimito el concepto mediante la utilización de un simil "contratar" cuya significación de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es la siguiente:

"CONTRATAR:-1.- Pactar, convenir, comerciar, hacer contratos o contratas.// 2.-Ajustar 9a. acepción."

Por lo expuesto si el legislador utiliza el termino "negociar" como equivalente al de "contratar" se esta refiriendo a la primera acepción del vocablo negociar, POR QUE "CONTRATAR" EQUIVALE, TAMBIEN, EN SU PRIMERA ACEPCION, A "COMERCIAR" término que esta definido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua en la forma siguiente:

"COMERCIAR.- Negociar, comprando y vendiendo o permutando géneros.// 2.-Tener tratos y comunicación unas personas con otras."

En efecto el término "negociar" en una de sus acepciones equivale a comerciar, y el termino "contratar", también en una de sus acepciones equivale a comerciar, por tanto tenemos que al utilizarse los referidos términos como equivalentes, se están desechando las demás acepciones, y delimitándose en forma clara y precisa el concepto deseado, o sea que el concepto de lo prohibido por el Art. 303 de la Ley de Compañías viene a ser el siguiente:

"Está prohibido a los administradores comprar, vender o permutar mercaderías, por cuenta propia, directa o indirectamente, con la compañía que administren"

Hemos expresado que la delimitación del concepto "negociar" se ha efectuado mediante la utilización de el termino equivalente "contratar" ,por cuanto en el Art. 303 de la Ley de Compañías, se expresa: " Les esta prohibido también negociar o contratar.....", usando la expresión "o" entre los términos "negociar" y "contratar" , ahora bien, la referida expresión "o" tiene las siguientes significaciones:

- 1.- Es conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alterabilidad entre dos o mas personas, cosas o ideas, Antonio o Francisco; blanco o negro; vencer o morir.
- 2.-Precede a cada uno de dos o más términos contrapuestos: lo harás de buen grado o a la fuerza.
- 3.- Denota idea de equivalencia significando o sea, o lo que es lo mismo El protagonista o el personaje principal de la fábula, es Hércules.



De la simple lectura del inciso segundo del Art. 303 de la Ley de Compañías se establece que los términos "negociar" y "contratar" se han usado como equivalentes, ya que no son contrapuestos ni alternativos.

POR OTRA PARTE si el Art. 303 de la Ley de Compañías hubiere querido prohibir toda clase de contratos, se hubiere redactado en la forma siguiente:

"Les es prohibido también contratar, por cuenta propia, directa o indirectamente, con la compañía que administren."

Si se hubiese utilizado el término "contratar" como término singular, y no como término similar o limitativo de "negociar", se hubiese determinado como materia de la prohibición el otorgamiento de toda clase de contratos entre el administrador y la compañía administrada; pero como se utiliza el término "contratar" como equivalente al de "negociar", la prohibición tiene solamente el efecto que señalamos anteriormente. Nótese que la utilización del término contratar, como término singular, en otra prohibición establecida por la Ley, contenida en el Art. 237 del Código Civil que en su parte pertinente dice:

Art. 237.-Los cónyuges no podrán celebrar entre sí otros contratos que el de mandato y capitulaciones matrimoniales....."

CALIDAD JURIDICA DE LA PROHIBICION ESTABLECIDA EN LOS ARTS. 132 Y 303 LE LEY DE COMPAÑIAS.-

Las limitaciones establecidas en la Ley, en materia de contratos, o se refieren o las partes que intervienen, o a lo que es materia del vínculo contractual; o sea que existen prohibiciones de tipo subjetivo y prohibiciones de tipo objetivo.-

1.- Prohibiciones subjetivas.- Se imponen en razón de calidad o estado de las personas que intervienen en el contrato y no del vínculo en sí, por tanto tenemos que las limitaciones establecidas en los Arts. 132 y 303 de la Ley de Compañías, son de tipo subjetivo ya que se refiere a la calidad o estado de las personas que intervienen en un contrato, y tienen por efecto que establecer una "incapacidad particular para el administrador", incapacidad que se encuentra conforme al concepto contenido en el inciso final del Art. 1.490 del Código Civil, que textualmente dice:

Art. 1.490.- Son absolutamente incapaz, los dementes, los impúberes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito.

Sus actos no surten ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallen en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de esta clase de personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor bajo ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consiste en la prohibición que la Ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos."

Las prohibiciones establecidas en los Arts. 132 y 303 de la Ley de Compañía, entrañan incapacidad particular para el Administrador, por lo tanto los contratos que realice con la compañía que administra adolecerían de un vicio que no da lugar a nulidad absoluta, ya que esta solo se produce por la incapacidad absoluta, por lo que estaríamos frente a un caso de nulidad relativa sujeta a saneamiento.

Para comprender el alcance de la disposición del Art. 1.490 del Código Civil es necesario concordarlo con la disposición del Art. 1.498, del mismo Código, que en su inciso final dice:

"La capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por si misma, y sin el ministerio o la autorización de otra."

De conformidad con lo establecido en las disposiciones transcritas tenemos lo siguiente:

- 1.-El incapaz absoluto no puede obligarse por si mismo, sino por medio de su representante legal.
- 2.-El incapaz relativo puede obligarse por si con la autorización de su guardador o del Juez; y,
- 3.- El incapaz particular puede obligarse siempre, por que su incapacidad no esta establecida en razón de su persona, sino en razón de la persona con quien contrata o por quien contrata; la obligación que el contrae hacia dichas personas o por dichas personas, produce efectos jurídicos para el incapaz particular, pero los derechos que surgen para el incapaz particular, de dichos contratos, son los que pueden ser cuestionados.

b) Prohibiciones de carácter objetivo.- Se imponen en razón del vínculo contractual en si, con independencia de la calidad o estado de las personas que intervienen en el mismo, para mayor comprensión es necesario determinar lo siguiente:

El objeto del contrato es la finalidad perseguida al formar el vinculo jurídico, que es diferente al objeto sobre el cual recae la

obligación u obligaciones que se generan en dicho contrato; en efecto en el contrato de compraventa la finalidad perseguida al formar el vínculo jurídico es la entrega de la cosa y el pago del precio; y, el objeto de la obligación de entregar, que se origina en dicho contrato, es la cosa o bien con que debe cumplirse dicha obligación; aclarado estos dos conceptos pasaremos a estudiar cuando existe objeto ilícito en el contrato de sociedad, que es materia de este estudio, y tenemos lo siguiente:

1.- En los Arts. 1.503 al 1.509 del Código Civil se establece claramente lo que se considera objeto ilícito en un contrato o sea las convenciones cuya finalidad perseguida es contraria a la Ley, tal como someterse a una jurisdicción no reconocida por la Ley ecuatoriana, por violar el Derecho Público, ya que este regula las relaciones entre el Estado y súbditos, por tanto todo vínculo jurídico que desconozca el Derecho Público ecuatoriano, no puede legalmente formarse; esta prohibición es total, mira al vínculo en sí y no a las partes que lo acuerdan, iguales casos son los pactos sobre sucesiones futuras, la estipulación de intereses sobre intereses, juegos de azar, etc.; y en materia societaria tenemos lo establecido en el Art. 3 de la Ley de Compañías, que dice:

"Art. 3.- Se prohíbe la formación y funcionamiento de compañías contrarias al orden público, a las leyes mercantiles y a las buenas costumbres; de las que no tengan un objeto real y de lícita negociación y las que tiendan a un monopolio de las subsistencias o de algún ramo de cualquier industria, mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad."

En los casos determinados en el Art. 3 de la Ley de Compañías se establece prohibición objetiva, referente al contrato de sociedad, independientemente de la calidad o estado de las personas que intervienen; y la violación de la prohibición objetiva trae como consecuencia la nulidad absoluta del contrato de sociedad de conformidad con lo establecido en el Art. 1.509 y en el Art. 1.725 del Código Civil; en estos casos se prohíbe la formación del vínculo contractual con independencia de las personas que intervienen en él; la razón de la prohibición radica en que el fin perseguido por la sociedad debe ser lícito, en la misma forma y en las mismas condiciones de que deben ser lícitas las prestaciones en los demás contratos

2.- Por otra parte, hay prohibiciones legales que determinan la licitud o ilicitud del objeto se refieren al bien sobre el cual recae la obligación creada por el contrato, por tanto la Ley prohíbe se pacten obligaciones sobre determinados bienes, en el contrato de sociedad es elemento

esencial del mismo, el aporte por de los socios a la masa social, consecuentemente la obligación de los socios de entregar su aporte a la sociedad no puede recaer sobre objetos ilícitos, en efecto tal obligación tendría objeto ilícito cuando se la pacta sobre bienes que no están en el comercio (Art. 1.507 del Código Civil)

En conclusión la prohibición establecida en los Arts. 132 y 303 de la Ley de Compañías, es una limitación subjetiva o incapacidad particular impuesta al administrador de compañías de responsabilidad limitada o de compañías anónimas.

Segundo: VALOR JURIDICO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN CONTRAVENCION DE LA PROHIBICION ESTABLECIDA EN LOS ARTS. 132 Y 303 DE LA LEY DE COMPAÑIAS.-

Efectivamente en los Arts. 132 y 303 de la Ley de Compañías se establece prohibición del administrador de una compañía de responsabilidad limitada o de una compañía anónima para negociar o contratar con la compañía que administra; tales disposiciones legales se encuentran en concordancia con la establecida en el Art. 9 del Código Civil, que textualmente dice:

"Art. 9.- Los actos que prohíbe la Ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto se designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención."

El Art. 9 del Código Civil si bien establece que los actos y contratos en que se viole una prohibición legal son nulos, no califica esta nulidad por lo cual hay que establecer en cada caso el de nulidad de que adolece el acto o contrato, es decir si esta es absoluta o relativa, ya que son distintos los efectos legales de cada una de ellas; así se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, en varias sentencias, una de las cuales consta en la Gaceta Judicial 137 de la Cuarta Serie, la misma que en su parte pertinente dice:

"Siempre que se discute en juicio acerca de las causas de nulidad de actos o contratos, establecidos en la Ley, es necesario examinar y resolver si la nulidad de que se trata es absoluta o relativa, ya que son distintos los efectos legales de cada una de ellas."

La disposición del Art. 9 del Código Civil tiene necesariamente que concordarse con la contenida en el Art. 1.725 del mismo Código que dice:



"Art. 1.725.- La nulidad producida por objeto o causa ilícita , y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato."

Si la incapacidad particular del administrador fuere similar a la que tiene los cónyuges para contratar entre si, o a la que existe entre los padres e hijos no emancipados, que se refieren a toda clase de actos o contratos, tendríamos que esta, también se habría reflejado en el texto del Art. 157 de la Ley de Compañías, que dice:

"Art. 157.- Para intervenir en la formación de una compañía anónima en calidad de promotor o fundador se requiere capacidad civil para contratar. Sin embargo no podrán hacerlo entre cónyuges ni entre padres e hijos no emancipados."

La incapacidad particular del administrador de una sociedad anónima, NO COMPRENDE A TODOS LOS ACTOS O CONTRATOS QUE CELEBRE CON LA SOCIEDAD QUE ADMINISTRA, sino que se refiere exclusivamente a los que impliquen comerciar o negociar con ella (compra, venta o permuta de mercaderías, efectos o valores). concordando las disposiciones de los Arts. 132 y 303 de la Ley de Compañías con la establecida en Art. 9 de del Código Civil, que establece que los actos que prohíbe la Ley son nulos y de ningún valor, salvo que la Ley exprese otro efecto que la nulidad para el caso de contravención, tendríamos que de conformidad con la regla general dichos contratos serían nulos, mas hay que considerar la excepción establecida en la segunda parte de dicho Art. 9, que no ofrece ninguna dificultad cuando el efecto distinto de la nulidad viene consignada en la misma disposición prohibitiva de la Ley; pero jurídicamente no existe inconveniente para que otra disposición de la Ley, imperativa o permisiva, sirva de limitación a aquella, como es el caso de la prohibición establecida en los Arts. 132 y 303 de la Ley de Compañías, que si bien no establecen otro efecto para el caso de contravención, pero la prohibición esta limitada por las disposiciones contenidas en los Arts. 1.766 y 2.075 del Código Civil, aplicables al caso por disposición

de los Arts. 156 y 297 de la Ley de Compañías, en efecto en el Art. 156 de la Ley de Compañías, establece que las sociedades anónimas " se administran por mandatarios amovibles, socios o no" y en el Art. 297 de la misma Ley, se expresa " que las funciones de los administradores se rigen por las disposiciones contempladas en la Ley, para los mandatarios" por tanto de conformidad con las disposiciones de la Ley de Compañías ancladas, los administradores de las compañías tienen la calidad de mandatarios, por tanto les son aplicables las disposiciones de los Arts. 2.075 del Código Civil, que regulan las situaciones pertinentes a la compraventa y a la actuación de los mandatarios en dicho contrato, en efecto en dichas disposiciones del Código Civil se establece:

Art.- 1.766.- Los mandatarios, síndicos de los concursos y los albaceas, están sujetos en cuanto a la compra o venta de las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos, a lo dispuesto en el Art. 2.075 .-

Art. 2.075.- No podrá el mandatario por si ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender lo suyo al mandante lo que este le ha ordenado comprar, sino fuere con aprobación expresa del mandante."

La relación entre mandante y mandatario, y la relación entre compañía y administrador, en el aspecto patrimonial es la misma, las prohibiciones del Art. 2.075 del Código Civil y de los Arts. 132 y 303 de la Ley de Compañías tienen el mismo interés jurídico, proteger al que encomienda a un tercero la gestión de sus negocios contra posibles fraudes, por ello la aprobación expresa del mandante o la aprobación de la junta general de socios o accionistas, deben tener y tienen el mismo efecto jurídico, la validez del contrato de compraventa.

La disposición del Art. 2.075 del Código Civil que es una Ley imperativa, limita las prohibiciones establecida en los Arts. 132 y 303 de la Ley de Compañías, al cumplimiento de lo expresa en ella, por tanto si existe aprobación expresa del mandante, en este caso de los socios o accionistas, expresada en junta general, el contrato es valido; lo expuestos lo fundamentamos en la aplicación de la norma de interpretación de la Ley, contenida en la regla Cuarta del Art. 18 del Código Civil, que expresa: "El contexto de la Ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera de que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía."



Hemos analizado los requisitos que deben cumplirse para la validez de los contratos celebrados por el administrador de la compañía, directa o indirectamente con ella, pasaremos ahora a analizar la tesis contraria es decir cuando el contrato adolece nulidad, y en efecto tenemos:

En el supuesto de que el contrato entre el administrador y la compañía que administra es siempre nulo, conclusión a que se ha llegado concordando las disposiciones del Art. 303 de la Ley de Compañías, con la establecida en el Art. 9 del Código Civil, nos lleva a analizar que clase de nulidad se ha causado, es decir si es absoluta o relativa, y para ello nos remitimos al criterio sentado por la H. Corte Suprema de Justicia, que consta en la página seis de la Gaceta Judicial N° 1 de la Serie Primera, que dice:

Si es cierto que el Art. 9 del Código Civil declara nulos y sin ningún valor los actos que la Ley prohíbe, con la limitación que la misma Ley establece en su parte final, y que el Art. 10 impone a los jueces el precepto de no declarar valido un acto que la Ley ordena que sea nulo; también lo es que de estas disposiciones generales no puede deducirse la consecuencia de que un contrato celebrado en contradicción a una Ley prohibitiva adolezca siempre de nulidad absoluta. Preciso es por lo tanto buscarla en el Art. 1.672 (actual Art. 1.725) que las establece especialmente. éste articulo establece las reglas que debe seguirse en la materia, puestos que fija las tres fuentes de nulidad absoluta: objeto o causa ilícita; omisión de alguno de los requisitos que la Ley prescribe para la validez de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas; y, la incapacidad absoluta de ellas”

Por otra parte, H. Corte Suprema de Justicia, en varias sentencias, una de las cuales consta en la Gaceta Judicial 137 de la Cuarta Serie, la misma que en su parte pertinente dice:

"Siempre que se discute en juicio acerca de las causas de nulidad de actos o contratos, establecidos en la Ley, es necesario examinar y resolver si la nulidad de que se trata es absoluta o relativa, ya que son distintos los efectos legales de cada una de ellas."

La necesidad de determinar la clase de nulidad que produce la violación de orden legal, es fundamental por las consecuencias jurídicas que se produce, en efecto, la H. Corte Suprema de Justicia, en fallo que consta publicado en la página 1.778 de la Gaceta Judicial N° 65 de la Serie III, ha expresado el siguiente criterio:

"La nulidad absoluta por referirse a la existencia misma de los actos y contratos, supone, ora que estos jamás han existido, ni tenido valor en sí, ora que en ningún tiempo ha podido obligar ni surtir efecto alguno, ora que respecto a ellos no cabe saneamiento, mediante ratificación de las partes. La nulidad relativa, por el contrario las considera existentes, susceptibles de ratificación y con fuerza obligatoria, en tanto no se lo declare judicialmente, pues solo en virtud del fallo del Juez pueden considerarse como inválidos los actos y contratos."

Del estudio que hemos efectuado tenemos que la nulidad producida por la violación de la prohibición establecida en los Arts. 132 y 303 de la Ley de Compañías, es nulidad relativa, por tanto el contrato produce efectos hasta que un fallo judicial lo declare nulo.-

La violación por parte de administrador de la Compañía de las prohibiciones establecidas en los Arts. 132 y 3003 de la Ley de Compañías, determina que el contrato adolezca de nulidad relativa, conforme a lo establecido en el inciso final del Art. 1.490 y Art. 1.726 del Código Civil, ahora bien de conformidad con lo establecido en el Art. 1.727 del mismo Código, la nulidad relativa solo puede ser declarada por el Juez, a petición de las personas en cuyo beneficio la estableció la Ley, y la incapacidad particular del administrador para contratar con la compañía que administra esta puesta en la Ley en beneficio de los socios o accionistas para precaverlos de posibles fraudes, por tanto solo ellos pueden solicitar la declaratoria de la nulidad del contrato.-

Lo expuesto en el párrafo anterior nos lleva a la disposición contenida en el Art. 228 de la Ley de Compañías, que otorga el derecho a los socios o accionistas de impugnar ante la Corte Superior de Justicia del Distrito, los actos o acuerdos de la Junta General o de los organismos administrativos tomados en contravención a la Ley y que lesionen los intereses de la Compañía; por consiguiente aun en el caso de que la junta general de socios o de accionistas autorice el contrato del administrador con la compañía que administra, los socios o accionistas que no lo hayan aprobado pueden ejercer el derecho de impugnación ante la Justicia ordinaria, de conformidad con lo establecido en la Ley de Compañías, siempre que se cumpla con los requisitos que se exigen en la Ley y dentro del término que se concede para tal efecto.



El tratadista chileno don Luis Claro Solar en la página 449 del Tomo XI de su obra EXPLICACIONES DEL DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO, ha expresado lo siguiente:

"Lo que decimos de los mandatarios se aplica también a los representantes de las personas jurídicas, dando a esta expresión su acepción mas amplia.

Dentro de los límites de sus facultades estos representantes pueden contratar consigo mismo y constituirse en contraparte de la persona jurídica que representan. Podrán pagarse lo que las personas jurídica les adeude o lo que deban a esta; aceptar como su representante la donación que les haga o la hipoteca o prenda que constituyan en bienes propios para garantía de las obligaciones existentes a favor de la persona jurídica y ejecutar los demás actos consigo mismo que los estatutos o la Ley no les prohíban; pero sin aprobación de esta no podrán venderle sus bienes propios ni comprar para si los que a ella pertenezcan, ni tomar en préstamo sus dineros; si bien podrán si esa autorización prestar a la persona jurídica el dinero que a ellos pertenezca.

Estas reglas son aplicables a los representantes de las corporaciones o fundaciones de beneficencia pública, que sean de derecho privado, y en general a los directores, administradores y gerentes de las sociedades que tienen por objeto el lucro de sus accionistas, cualquiera que sea su clase o naturaleza, colectivas, en comandita, anónimas y de responsabilidad limitada, así como cooperativas de toda especie."

B) EL ADMINISTRADOR DE UNA COMPAÑÍA, A NOMBRE Y EN REPRESENTACION DE DICHA COMPAÑÍA, PUEDE CONTRATAR CON SU PROPIA CONYUGE,

El Art. 237 del Código Civil, establece que los cónyuges no podrán celebrar entre si otros contratos que los de mandato y capitulaciones matrimoniales; mas los actos o contratos que celebre la compañía por intermedio de su representante legal, no son actos del representante sino actos de la compañía, al tenor de lo dispuesto en el Art. 1491 del Código Civil que dice:

" Art. 1.491.- Lo que una persona ejecuta a nombre de otra estando facultada por ella o por la Ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado el mismo."

De conformidad con la disposición legal citada los actos del representante son actos del representado, como si este hubiere contratado directamente, y con el representado, que en este caso es persona jurídica, es con quien se forma el vínculo contractual, es la que adquiere el derecho o asume la obligación derivada del contrato; por tanto, cuando el representante de una compañía contrata, en tal calidad, con su cónyuge, tenemos que el vínculo contractual se forma entre la compañía y la cónyuge del administrador, y no entre los referidos cónyuges; los derechos y obligaciones derivados del contrato son entre la compañía y su contraparte, y no entre el representante legal y la referida contraparte; incluso en el inciso final del Art. 297 de la Compañía se establece:

"Los administradores no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la Compañía."

Las incapacidades contractuales deben determinarse entre quiénes son las partes del contrato, y no entre quiénes son representantes legales o voluntarios de las partes; por lo tanto es a mi opinión son válidos los contratos entre una persona y una compañía representada por el cónyuge dicha persona.

Sin embargo de lo expuesto anteriormente es necesario analizar si entre los cónyuges existe o no el régimen de comunidad de bienes, por que las particularidades jurídicas, que de tal comunidad se derivarían en el contrato; y en efecto tenemos:



a) Cónyuges con régimen de comunidad de bienes.- De conformidad con lo establecido en el Art. 137 y 152 del Código Civil a falta de pacto en contrario por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, por tanto los cónyuges tienen intereses comunes, lo que determina que el contrato que celebre una persona con una compañía de la cual el representante legal de esta es su cónyuge, constituye indirectamente una auto contratación del representante legal, ya que confluyen en él los intereses de la compañía y de la sociedad conyugal, de la forma parte, por consiguiente la validez de dicho contrato, desde el punto de vista de la compañía, debe analizarse bajo este concepto; concepto que lo hemos desarrollado en la primera parte de este estudio y al cual nos remitimos.-

b) Cónyuges sin régimen de comunidad de bienes.- Cuando en el matrimonio se pacta expresamente que los cónyuges no se sujetan al régimen de sociedad conyugal o cuando se disuelve la sociedad conyugal todos los bienes, derechos y obligaciones son personales de cada cónyuge, quiénes tienen plena capacidad para contratar, así lo establece la disposición contenida en el Art. 139 del Código Civil que dice:

"Art. 139.- Ni la mujer ni el marido necesitan autorización del otro, para disponer de lo suyo, por acto testamentario o entre vivos.

Tendrán en general la misma capacidad que si fueren solteros, para todo lo relativo a sus bienes propios o para manejar negocios de terceros."

No existe disposición legal que establezca incapacidad particular para que una persona contrate con otra, natural o jurídica, representada por su cónyuge; el contrato establece vínculos entre dicha persona y la persona natural o jurídica representada, los derechos y obligaciones son entre ellas, y el representante no adquiere ningún derecho u obligación con la contraparte del contrato.-

Responsabilidad del representante.- El representante de una compañía esta sujeto a las responsabilidades que la Ley determina para los administradores, es decir responde por culpa leve de conformidad con lo establecido en el Art. 2.060 del Código Civil, que dice: "El mandatario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su encargo; esta responsabilidad recae mas estrictamente en el mandatario remunerado.", por consiguiente si el administrador de una compañía, contrata con su cónyuge, responde ante la compañía, por los resultados del contrato hasta por culpa leve, pero la responsabilidad del administrador ante la compañía se fundamenta en las disposiciones que rigen el contrato de mandato y las especiales contenidas en la Ley de Compañías, sobre la responsabilidad de los administradores; pero tal responsabilidad no determina en ningún momento que este vinculado al contrato que ha celebrado en razón del mandato que se le ha conferido; este contrato es valido y produce sus efectos, independientemente de las responsabilidades del administrador frente a la compañía; por consiguiente si el administrador al contratar con su cónyuge, vulnera los intereses de la compañía esta sujeto a responder por los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado, igual responsabilidad tiene cuando al contratar con un tercero lo hiciere en perjuicio de los intereses de la compañía que representa.-

CONCLUSION.- Por las razones expuestas creo que si administrador de una compañía puede, bajo ciertas circunstancias, contratar validamente consigo mismo, puedo también hacerlo con su cónyuge, mas aún si entre estos no existe sociedad de bienes.-

VENTA DE CUOTA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Primero.-El Art. 194 del Código Civil establece que la sociedad conyugal se disuelve por terminación del matrimonio y el Art. 104 del mismo Código establece que el matrimonio termina por el fallecimiento de uno de los cónyuges; por consiguiente producido el fallecimiento de uno de los cónyuges, los bienes que pertenecían a la sociedad conyugal no pueden tener como titular a aquella institución espacialísima, por haber concluido; de ahí que el patrimonio social pertenezca a quienes fueron sus miembros: al cónyuge sobreviviente y a los herederos del cónyuge difunto cuyos derechos representan.

Producida la disolución de la sociedad conyugal se produce entre los ex socios: los cónyuges o sus herederos, un estado de copropiedad pro indivisa sobre aquella universalidad que constituye el haber de la sociedad conyugal disuelta; el estado de indivisión existente entre los miembros de la extinta sociedad conyugal, o sus herederos, esta reconocida por la disposición de los Arts. 206 y 1.384 del Código Civil; que dispone que el haber social sea materia de partición, y que en el caso expuesto, por lógica, donde existe partición, es por que ha existido indivisión o comunidad.

En efecto cuando la sociedad conyugal se disuelve por muerte de alguno de los cónyuges, se producen dos indivisiones o comunidades a título universal: una entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge fallecido; y, otra entre los herederos de este, que es una indivisión o comunidad hereditaria; la primera comunidad engloba a la segunda, de ahí que en este caso, el Art. 1.384 del Código Civil, establece que se liquide primero la sociedad conyugal y luego se partan los bienes dejados por el difunto.

La comunidad formada por el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge fallecido, es una comunidad que recae sobre una universalidad, el patrimonio de la disuelta sociedad conyugal, y no sobre cada uno de los bienes que integraban dicho patrimonio, individualmente considerados; en efecto el profesor Manuel Somarriva, en su Obra "indivisión y partición" pag. 21, ha expresado: "la indivisión que se forma al disolverse la sociedad conyugal es también una indivisión que versa sobre una universalidad. Los cónyuges, o el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge fallecido, no son comuneros o indivisarios en bienes determinados; a ellos pertenecer el patrimonio que fue de esa institución espacialísima cual es la sociedad conyugal, cuyo activo y pasivo es distinto de los bienes que tuvieron los cónyuges mientras existió la sociedad.", luego agrega: " la indivisión ser universal cuando recae sobre todo un patrimonio; en cambio, tendrá el carácter de singular cuando versa

sobre objetos determinados." para concluir diciendo: "De la circunstancia que la cuota parte del indivisario recaiga en la universalidad se deduce que durante la indivisión el derecho del indivisario no recae sobre bienes determinados, es un derecho flotante, indeterminado, que solo se va a fijar en bienes determinados una vez que se haga la partición."

El criterio anotado ha sido acogido por nuestra jurisprudencia, en efecto en la sentencia que consta transcrita en la Gaceta N° 7-9 de la Novena Serie se dice:

"De que un inmueble pertenezca a la sociedad conyugal no se deduce que cada uno de los antiguos cónyuges sean condóminos del inmueble, porque el condominio existente recae sobre el patrimonio que tuvo la sociedad conyugal, considerado como universalidad, mas no separadamente sobre cada uno los bienes que la integran. Así mismo, por idéntica causa, no cabe disponer la entrega a los herederos del actor, de la mitad del predio, entrega que solo puede reclamarse dentro del juicio de partición, y en caso de que en él se les adjudique dicha mitad; ya que el referido juicio universal por naturaleza, es el único establecido por la Ley para liquidar los haberes de cada cónyuge, y en definitiva para la adjudicación de lo que corresponda a cada cónyuge, por sus derechos en la masa partible."

De lo expuesto producido el fallecimiento de un accionista, y para efecto de aplicar las disposiciones del Arts. 192 y 203 de la Ley de Compañías, se tiene que considerar lo siguiente:

1.- Si el de cujus tenía el dominio pleno sobre las acciones, es decir si estas eran de su exclusiva propiedad, se debe aplicar la disposición del Art. 203 de la referida Ley de Compañías, y anotarse en el Libro de Acciones y Accionistas que se produjo la transmisión de las acciones del de cujus a sus herederos, por el Ministerio de la Ley, y que son sus herederos en conjunto y pro indiviso, los Titulares de dichas acciones.-

2.- Si el de cujus no tenía el pleno dominio sobre las acciones, por ser estas parte integrante, del haber de una sociedad conyugal, de la cual era parte; sus herederos solo lo suceden en sus derechos transmisibles, es decir como copropietario del haber de la sociedad conyugal, que se disuelve por su fallecimiento; en este caso los titulares en conjunto y pro indiviso de las acciones son: el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge difunto; la comunidad nacida por el hecho del fallecimiento se refleja en la copropiedad de las acciones que estaban a nombre del de cujus; y así debe constar en

el Libro de Acciones y Accionistas de la Compañía; en este caso se aplica la disposición del Art. 192 de la Ley de Compañías.

Por lo expuesto anteriormente el representante legal de la Compañía "Sociedad Industrial y Comercial S.A. SICO" debe registrar las acciones que constan, actualmente a nombre del fallecido Ingeniero Alfonso Andrade Ochoa, a nombre de la comunidad formada por su cónyuge sobreviviente y por los herederos del referido Ingeniero; los derechos inherentes a dichas acciones ser n ejercidos por el apoderado o administrador común designado por los copropietarios de conformidad con lo establecido en el Art. 192 de la Ley de Compañías.-

Segundo.- En lo referente al segundo punto de la consulta, si procede la inscripción de la cesión efectuada por la cónyuge sobreviviente, del 50% por ciento de las acciones que podrían corresponderle por concepto de gananciales; expreso:

a) Existiendo acciones de compañías anónimas, en el haber de la sociedad conyugal disuelta, que pueden ser adjudicadas al cónyuge sobreviviente, no existe impedimento legal para que pueda ser materia de negociación.

b) La venta de derechos o cuotas sobre bienes determinados pertenecientes a una universalidad, como es el haber de sociedad conyugal disuelta, es un venta sujeta a la condición suspensiva (acontecimiento futuro e incierto) de que en la partición se le adjudique al vendedor, los referidos bienes, en este caso las acciones de sociedad anónima; cumplida la condición los efectos se retrotrae a la fecha de suscripción del contrato; no se trata de una mera expectativa sino de un derecho eventual.-

c) Mientras no se cumple la condición, el contrato de venta no produce sus efectos, ni es traslativo de dominio, por que el vendedor no trasmite al comprador mas derechos que los que realidad tiene; así se ha pronunciado la jurisprudencia ecuatoriana, en sentencia que consta en la pagina 61 de la Gaceta Judicial N° 9 de la Sexta Serie, que dice:

" El vendedor de derechos y acciones que, en calidad de cónyuge sobreviviente y a titulo de gananciales, dice corresponderle en un inmueble perteneciente a la sucesión del cónyuge fallecido, no trasmite al comprador mas derechos de que en realidad puede el vendedor tener; pues siendo los gananciales el resultado de la liquidación de la sociedad conyugal, tal vendedor en el caso no tuvo derecho alguno en el inmueble, sino la mera expectativa de que

liquidada la sociedad se le adjudique el inmueble a ese titulo, en caso de haber gananciales."

d) De conformidad con lo establecido en los Arts. 732 Y 1.384 del Código Civil, practica la partición y adjudicado el o los bienes al comunero, que los ha vendido cuando aun existía el estado de indivisión; los efectos de dicha venta se consolidan y se retrotraen a la fecha del contrato de venta; por consiguiente la venta total o de cuota sobre un bien determinado de una universalidad, no crea una mera expectativa sino un derecho eventual para el adquirente.-

Por las consideraciones expuestas tenemos el siguiente:

1.- El representante legal de la Compañía Sociedad Industrial y Comercial S.A. SICO, no puede inscribir, como copropietarias de las acciones, a las cesionarias, por que su derecho esta sujeto al evento futuro e incierto de que se adjudique las acciones, a la cedente, señora Mercedes Peñaherrera viuda de Andrade, a titulo de gananciales, cuando se liquide la sociedad conyugal que tuvo con el fallecido Ingeniero Alfonso Andrade Ochoa; y,

2.- El representante legal de Sociedad Industrial y Comercial S.A. SICO, debe tomar nota de referido contrato de cesión, al margen del asiento registral de las referidas acciones, ya que en el evento de que ellas fueran adjudicadas a la cesionaria, señora Mercedes Peñaherrera viuda de Andrade, se cumple la condición de la que pende el derecho de las cesionarias y sus efectos se retrotraen a la fecha del contrato de cesión.-

LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO ECUATORIANO

Dr. Andrés Páez Benítez

Quito, diciembre de 2004

INTRODUCCIÓN

El sector público ecuatoriano atraviesa por una crisis institucional que incide directamente en la fragilidad de la democracia como sistema de gobierno en el Ecuador. Ante esta realidad contemporánea, el Estado debe reconstruirse y adoptar políticas que lo transformen y adecuen al nuevo entorno social, económico y político. La herencia del estado desarrollista promovido por la CEPAL², desde los años cincuenta hasta los años setenta, dejó un Estado constituido como un gran empleador, en el que la burocratización provocó una significativa carga fiscal, y por ende, el incremento de la deuda externa e interna, el entorpecimiento de los trámites públicos, el nepotismo, el clientelismo, el despotismo jurídico –cada institución del Estado ecuatoriano estableció normas que regulaban sus remuneraciones, bonificaciones, jubilaciones, indemnizaciones y su escalafón administrativo, entre otros ítems- y otras distorsiones más que afectan directamente a la sociedad en general y a los ciudadanos en especial. Los empleados públicos en lugar de disminuir, según se preveía la llamada “modernización del Estado”, se incrementaron, así los servidores públicos que en 1992 eran 148.393 para el 2004 ya son aproximadamente 365.000.

El objetivo del presente trabajo es analizar de manera pormenorizada el sector público ecuatoriano, determinar cuáles son sus principales problemas y ofrecer soluciones reales y técnicas, sin descuidar lo ético, para la configuración de un Estado moderno y eficiente, en el que las prácticas inmorales y oprobiosas sean severamente sancionadas, y la ciudadanía sienta que sus requerimientos son atendidos de manera proba y oportuna.

1. Las Reformas en el Ecuador

Las reformas de corte neoliberal se iniciaron durante el gobierno de Sixto Durán Ballén y Alberto Dahik, sin embargo hasta ahora no han logrado consolidarse. El sector público se hallaba sobredimensionado fruto de la herencia desarrollista, sin embargo la acción de ese gobierno careció de una visión de largo plazo y se limitó a una reducción de la burocracia sin criterios técnicos, hecha al azar y sin comprender la complejidad de un sector público sometido a apetitos clientelares durante muchos años. Las estadísticas demuestran que muchos de los que recibieron indemnizaciones por dejar sus puestos, en muchas ocasiones regresaron al sector público y en ciertos casos incluso volvieron a ser indemnizados. Si bien se instrumentaron en la Ley de Modernización y su Reglamento normas para impedir estos hechos, desgraciadamente se encontraron artificios jurídicos para evadirlos, privilegiando intereses particulares por sobre los colectivos.

De otra parte, jamás se practicaron auténticas reingenierías de personal ni procesos de rediseño institucional que no sea por excepción. Tampoco fueron suprimidas plazas de trabajo y sus respectivas partidas presupuestarias y el ingreso de personal por motivos electoreros continuó produciéndose. La valoración de puestos, así como la evaluación de los funcionarios, no pasaron de ser una declaración normativa. Fue en el gobierno de Durán-Ballén donde se acuñó aquello de la “reducción del tamaño del Estado” que manto sirvió como de impunidad para consumir



las privatizaciones y soslayar los verdaderos intereses que detrás de ellas se elucubran.

2. Reducción vs. Racionalización del tamaño del Estado

No se puede permanecer contemplativo frente a un Estado obeso que succiona los recursos públicos en desmedro de la atención de demandas sociales. Pero no es ético manipular el asunto para complacer a la perversidad de la ola privatizadora.

Lo procedente es generar equilibrios y desplazar recursos humanos técnicamente solventes de las instancias superpobladas de personal a aquellas donde su presencia es requerida; y, a la par, desprenderse del personal que no está a la altura de los requerimientos de un Estado moderno y eficiente. En cuanto a los potenciales cesantes cuya permanencia no se justifica, es preciso indemnizarlos pero asegurándose con instrumentos legales de que no vuelvan a engrosar filas en el Estado y que puedan acceder a procesos de reinserción laboral especialmente en el sector privado y en el autoempleo.

En función del avance y cumplimiento de las metas de la capacitación, evaluación y valoración se deben fijar remuneraciones justas y proporcionales a los resultados obtenidos. Todos estos elementos nos conducen a sostener que es posible una racionalización del tamaño del Estado, tesis que contrasta con la reducción a ultranza de sus dimensiones.

3. El entorno político, institucional e ideológico para las reformas

Debe comprenderse el difícil entorno político que vive el Ecuador para ejecutar reformas en el sector público. En efecto, el país ha presenciado constantes fracturas democráticas desde 1992 hasta la actualidad. Ni el Congreso Nacional ni la Función Judicial han escapado a las cada vez más frecuentes pugnas políticas e intra-institucionales, actos de corrupción y tráfico de influencias.

Se deben realizar reformas estructurales dentro del Sector Público, pues un sistema de gobierno que se fundamenta en una democracia real y participativa no puede prescindir de la esfera pública y de un Estado fuerte y saludable, no intervencionista, pero contralor. Lo que se impone es racionalizar el tamaño del Estado apuntando hacia lo cualitativo, sin que aquello entrañe que se descuide lo cuantitativo.

4. Entorno de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público

La primera Ley de Servicio Civil fue promulgada en 1963 lo que implica que pasaron cuarenta años hasta la promulgación de la nueva Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público publicada en el Registro Oficial de 6 de octubre de 2003. Durante ese lapso la antigua L. S. C. C. A. sufrió varias reformas, sin embargo necesitaba ser reformulada integralmente y adecuada a los grandes desafíos de la administración pública contemporánea. El país de 1963 dista mucho del Ecuador actual en lo que al sector público se refiere. Para entonces el sector público era relativamente pequeño e incipiente, sin embargo el descubrimiento del petróleo al iniciar la década de los setenta y su posterior explotación y comercialización hizo que el



Estado ecuatoriano empiece a aumentar su tamaño, por lo que la burocracia también empezó a incrementarse, y a la par se fue consolidando una tecnocracia, especialmente de clase media, al amparo del sector público.

El Estado fue el instrumento idóneo de prácticas clientelares, otorgando puestos de trabajo a sus adherentes de campaña electoral o a sus circunstanciales aliados, olvidándose que, en esencia, la administración pública es un sistema de gestión gubernamental.

Durante mucho tiempo no se articuló una política de estado en materia de remuneraciones. Su manejo fue ciertamente empírico y los incrementos salariales y la introducción de nuevos beneficios se dieron de manera coyuntural. Así, las sucesivas crisis económicas asolaron al país. Especialmente desde los ochenta se fueron deteriorando significativamente las condiciones de vida de los ciudadanos y los gobiernos tuvieron que adoptar medidas de toda índole, incluso salarial, para no sucumbir ante las presiones y compensar de algún modo los impactos de la crisis, aunque sea de manera insuficiente.

Uno de los problemas más graves fue el de que mientras se aplicaban incrementos salariales para el sector privado que eran asumidos por los empresarios y trasladados automáticamente a los precios de los productos o servicios que ofrecían, el Estado estaba imposibilitado de operar del mismo modo que el sector privado y, en consecuencia, debió sufragar tales incrementos con los recursos del erario nacional, convirtiéndose los salarios del sector público en una pesada carga presupuestaria al mismo tiempo que sus obligaciones en concepto de deuda externa crecían inconteniblemente. Además, una deficiente administración de ciertas áreas rentables del Estado impidió que éste se provea de recursos suficientes para atender aquellas cargas sin menoscabar la inversión social en obras públicas, servicios básicos, infraestructura, etc. Finalmente, la contratación colectiva en el sector público, tuvo características verdaderamente insólitas que terminaron por ensombrecer la capacidad del Estado para atender sus desmedidas demandas.

Las prácticas clientelares propias de regímenes populistas sin definición ideológica deben ser abolidas de raíz y se debe dar un manejo técnico del sector público, el mismo que debería ser condición necesaria para que la nueva L. O. S. C. C. A. tenga una adecuada operabilidad y cumpla con los objetivos para los que fue creada.

Actualmente se estima que hay aproximadamente 275.000³ empleados públicos. Las Fuerzas Armadas y la Policía suman alrededor de 55.000 efectivos y los gobiernos seccionales⁴ aproximadamente 35.000. En consecuencia, son 365.000⁵ personas las que cumplen funciones en el sector público. Sin embargo, no existen cifras oficiales al respecto y las estimaciones pueden dar lugar a variaciones que no serían de gran significación.

5. Distorsiones

Se entiende por distorsión todas aquellas deformaciones que el sector público ha tenido que experimentar en cada proceso histórico y que han provocado su estado de crisis. Entre las principales distorsiones que

³ Esta cifra no incluye a los empleados de las Funciones Legislativa y Judicial.

⁴ En esta cifra se incluyen consejos provinciales y concejos municipales.

⁵ El Magisterio Nacional, regulado por la Ley de Carrera Docente y Escalafón, tiene aproximadamente 117.000 empleados.

afectan al sector público encontramos:

5.1. **Dispersión Normativa.**- Existe una encrucijada jurídica debido a la excesiva cantidad de normas que tratan sobre la organización y funcionamiento del sector público. Así tenemos: La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, Reglamento a dicha Ley⁶, Ley de Remuneraciones, Ley de prestación de servicios por contrato⁷, Ley de Servicio Exterior, Ley de la Función Judicial, Ley del Magisterio Nacional, Ley de Personal de la Policía Nacional, Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, Leyes de Escalafón de los diferentes gremios, normativas creadas por entidades autónomas y gobiernos seccionales y un sinnúmero de resoluciones y acuerdos sobre el tema.

Lo anterior revela que se fueron generando normas legales sin un hilo conductor, lo que generó que se desvinculen unos sectores de otros y que se dificulte la administración pública de manera integral.

En Ecuador las Fuerzas Armadas han promulgado normas que rigen para oficiales y elementos de tropa tanto en materia de selección de personal como en fijación de remuneraciones. Al mismo tiempo, las Fuerzas Armadas requieren de los servicios de empleados civiles con un *sui generis* status, puesto que por un lado, se someten a la disciplina y normas militares, pero por otro, no reciben los beneficios que corresponden a otros sectores de la órbita civil. Lo mismo ocurre en el caso de la Policía Nacional. **C o n v i e n e**

señalar también que los escalafones profesionales son el resultado de reivindicaciones gremiales nacidas a la luz de la crisis que fue produciendo, como queda dicho, un franco deterioro de la calidad de vida especialmente de mandos medios profesionales de la burocracia. Sin un criterio técnico, el Congreso Nacional dio paso sucesivamente a varias leyes de escalafón que fueron sembrando regímenes puntuales en materia remunerativa que establecieron salarios a favor de aquellos gremios, y fueron dejando la puerta abierta para que otros también los reclamaran. Así, en el sector público coexistieron beneficios remunerativos de acuerdo a la categoría ocupacional o a la asignación profesional de los empleados, convirtiéndose en un enmarañado tejido de beneficios y consagrando situaciones de injusticia. Lo lógico y técnico es determinar salarios y sus incrementos en función de aptitudes, destrezas, responsabilidad, calidad de desempeño, pero lo hecho resultó diametralmente contrario a esto.

La nueva Ley aprobada, así como las reformas hechas a la misma no resuelven este problema a pesar de que se eliminan los escalafones, por lo que lo apropiado sería que la L. O. S. C. C. A. permita progresivamente que se vayan asimilando los demás sectores, sin perjuicio de que conserven determinados elementos jurídicos de acuerdo a la naturaleza de sus actividades, pero sin menoscabar el marco jurídico general ni abstraerse de él.

5.2. **Ausencia de Política Salarial.**- La política salarial hace relación al conjunto de directrices políticas y técnicas que permiten establecer, en un Estado, un sistema de administración de las remuneraciones de los dignatarios, autoridades y servidores públicos, lo que no ha existido en el Ecuador.

⁶ En vista de la reciente aprobación de la nueva ley y sus reformas, al momento dicho reglamento se encuentra en proceso de elaboración. Sin embargo, vale mencionar que la ley derogada tuvo su reglamento de aplicación.

⁷ Derogada por la nueva ley aprobada por el H. Congreso Nacional del Ecuador.

Es preciso señalar que varios factores caotizaron el régimen remunerativo del sector público, pues, conforme el Estado fue creciendo en sus dimensiones la crisis fue ahondándose y la adopción de los ajustes tuvo una velocidad inferior al índice de deterioro de las condiciones de vida. Con el propósito de evidenciar sus acciones, los sucesivos gobiernos fueron creando componentes adicionales al sueldo básico y los posteriores incrementos se hicieron respecto de tales componentes y no de los sueldos básicos. Esto condujo a una intrincada configuración de las remuneraciones que se hizo notoria a fines de la década anterior dejándolas estructuradas con un sueldo básico y una multitud de componentes como los que a continuación se mencionan⁸: décimo tercero, cuarto, quinto y sexto sueldos; subsidios de responsabilidad, representación y residencia; bonificación complementaria y compensación por alto costo de la vida; bonificaciones por años de servicio o antigüedad, eficiencia administrativa, títulos académicos, especialización y capacitación adicional, aniversarios institucionales, médica, odontológica; subsidios educacional, vacacional, por circunstancias geográficas, por enfermedad, por cargas familiares, por maternidad, por fallecimiento, por alimentación o refrigerio, por guardería, por transporte, por comisariato, compensación pedagógica; bonificaciones adicionales, por horas extras, asignaciones complementarias, incentivos, estímulos pecuniarios, aguinaldo navideño, porcentaje funcional, estímulo económico por años de servicios⁹ y otros conceptos; fondos de reserva, aportes patronales al IESS, fondos especiales de jubilación patronal, fondos de cesantía; remuneraciones temporales por encargos y subrogaciones, sustituciones de personal, licencia remunerada, honorarios, dietas y otros conceptos; e, indemnizaciones por supresión de puestos, por despido, por desahucio, por renuncia voluntaria, por restitución de puesto, por jubilación.

De otra parte, hay que insistir que con los incrementos a los componentes, se buscaba evitar que haya un impacto en el presupuesto general del Estado porque cada dólar que se incrementa al sueldo básico de la remuneración tiene un efecto en el décimo tercero y cuarto sueldos, y evidentemente en todos los componentes salariales que tienen como base de cálculo al salario mínimo o al sueldo básico que por efecto de la unificación salarial ahora constituye la remuneración básica unificada.

También cabe señalar que a partir de abril de 1999 entró a operar el Consejo Nacional de Remuneraciones CONAREM como organismo encargado del control de las remuneraciones del sector público. Inicialmente y con la entrada en vigencia de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa en 1964, fue la Dirección Nacional de Personal la que tuvo a su cargo lo atinente a políticas salariales y ésta fue absorbida por la Secretaría Nacional de Desarrollo Administrativo SENDA. Al momento de la creación de ésta en Marzo de 1989¹⁰ se intentó estructurar una instancia administrativa que se encargue de regular apropiadamente el manejo de los recursos humanos y las remuneraciones, puesto que su administración recibe un sector público que había crecido notablemente en su tamaño y que se hallaba agobiado por la inexistencia de una política salarial específica para ese sector.

⁸ Las denominaciones de estos componentes pueden variar de una a otra entidad.

⁹ Que es diferente a la bonificación por años de servicio y que revela la duplicidad de pagos por idénticos conceptos.

¹⁰ La Ley de Creación de la SENDA se publicó en el Registro Oficial No. 143 de 17 de Marzo de 1989.

Posteriormente, en 1998 se da paso a la creación de la Oficina de Servicio Civil y Desarrollo Institucional OSCIDI; este hecho trajo como consecuencia que se asignara a cada organismo gubernamental la responsabilidad para la contratación y manejo de sus servidores¹¹ y con ello el Estado perdió la posibilidad de controlar y dirigir la administración de los recursos humanos como un todo integrado y se agudizó el caos en el sector público. Las nefastas consecuencias de esa decisión pudieron ser avizoradas, puesto que no se podía saber el número real de servidores públicos, ni su identificación, ni sus sueldos, ni sus categorías ocupacionales, lo cual permitió que servidores que habían sido ya indemnizados, vuelvan al sector público y sean otra vez indemnizados.

La existencia del CONAREM fue azarosa ya que muchos organismos, especialmente los denominados "autónomos", se negaron a sujetarse a sus disposiciones con el deliberado propósito de mantener sus privilegios a través del manejo de su propio régimen de remuneraciones. De ese modo se generaron empleados de primera y de segunda categoría, diferencia aparentemente insustancial, pero que en el fondo representó y, en algunos casos, sigue representando para nuestro país considerables egresos.

Por efecto de la reforma a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, el CONAREM fue extinguido y sus facultades pasaron a SENRES que ahora concentra las dos funciones: la administración de recursos humanos y de remuneraciones.

5.3. Las entidades autónomas.- Nuestra Carta Fundamental en el segundo inciso de su Art. 119 prescribe: "Aquellas instituciones que la Constitución y la ley determinen, gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento". Este precepto ha conducido a interpretaciones equivocadas, puesto que expresamente se señala que dicha autonomía será para que aquellas entidades se organicen y funcionen, pero no para que se sustraigan de las disposiciones legales aplicables al sector público. Estas instituciones autónomas han creado, bajo sus singulares y propias interpretaciones, cada una de ellas, su propio régimen de personal y remuneraciones, sin sujeción alguna a las normas generales que no sea cuando la conveniencia así lo posibilite. Como consecuencia de ello, han florecido oprobiosos mega-sueldos y lati-indemnizaciones en provecho de unos pocos afortunados.

5.4. Indemnizaciones y Contratos Colectivos.- El Código del Trabajo (1938) estableció derechos y garantías necesarias para la época como la libre asociación o la contratación colectiva; pero, jamás podía prever que el Estado se convertiría a partir de los años setenta en un gran empleador. Hay que indicar que el Código del Trabajo regulaba relaciones privadas (trabajador-empleador) mas no relaciones públicas (Estado-funcionario público). Por ejemplo, el contrato colectivo se creó como una herramienta para que los trabajadores alcancen mejores salarios y beneficios en función de la calidad de su trabajo; pero, en el sector público, la situación es diferente, puesto que, son pocas las empresas del Estado que producen utilidades y la mayoría se dedican a la prestación de servicios en función de las necesidades sociales, sin un propósito de lucro. Sin embargo, la contratación colectiva

¹¹ Art. 5 del Decreto Ejecutivo No. 41.

ha sido aplicada sin considerar esta sustancial diferencia y han proliferado contratos colectivos que han tenido una notable incidencia en el gasto público.

Tales alarmantes niveles de desorden y abuso pusieron en alerta al Estado y fue en 1991 cuando a través de la expedición del Decreto 2260 y de la ley reformativa No. 133¹², se establecieron ciertos límites que obligaron a los sindicatos del sector público a conformar un Comité Central Único para presentar, negociar y suscribir un contrato colectivo, prohibir la duplicación de beneficios de igual contenido pero con diferente denominación y evitar la suscripción de varios contratos colectivos dentro de una misma entidad.

En síntesis, mientras en la contratación colectiva en el sector privado el empresario compromete su capital en la caridad que él decida, en la contratación colectiva del sector público se compromete el dinero de los ecuatorianos con el agravante de que en el sector público no se producen las utilidades que en el sector privado sí se producen.

Ahora bien, es preciso distinguir entre sectores donde los abusos han cobrado inusitada fuerza como el caso del sector petrolero, eléctrico, telecomunicaciones, y las demás instancias del Estado. En el primer caso, las prebendas han llegado a límites inimaginables y se han establecido mega-indemnizaciones. En los otros casos se observa una frecuente lucha por mejorar los contratos colectivos y alcanzar niveles salariales que sean compatibles con el altísimo costo de la vida. Nótese que como consecuencia del proceso de dolarización, la estructura de precios se disparó llegando el Ecuador a ser considerado objetivamente como el país más caro de América Latina, mientras que los salarios se pulverizaron y apenas han crecido, siendo incipiente su capacidad de compra.

Esta desesperante situación para el Estado finalmente tuvo una respuesta al establecer la nueva L.O.S.C.C.A. un límite de un mil dólares por cada año de servicio, aunque jurídicamente es improcedente que dicha limitación haya alcanzado a quienes están amparados por el Código del Trabajo, puesto que la primera ley en mención es aplicable a los servidores públicos mas no a los trabajadores.

5.5. Prácticas Clientelares y Nepotismo. - Jamás en el Ecuador se ha dado un manejo técnico de los recursos humanos, sino que se ha producido una conducción improvisada, clientelar y populista, que han provocado los siguientes efectos negativos:

- Una insuficiente calificación del personal del sector público;
- Un sector público exageradamente obeso en ciertas áreas y escuálido en otras;
- Jóvenes profesionales adecuadamente preparados, que debido al clientelismo político y a la falta de concursos de merecimientos no pueden ingresar al sector público lo que les obliga a emigrar;
- Insuficiente y casi inexistente capacitación de la burocracia;
- Escaso sentido de pertenencia;
- Abismales diferencias en materia de remuneraciones;
- Desatención a los problemas estructurales y organizativos que hace que éstos persistan;

¹² El Decreto Ejecutivo 2260 se expidió el 13 de marzo de 1991 y la ley 133-reformativa del Código del Trabajo el 21 de Noviembre de 1991, durante el Gobierno del Presidente Rodrigo Borja Cevallos.

- Inexistencia de programas de selección y reclutamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester hacer especial mención del nepotismo, abominable práctica administrativa que debe ser erradicada definitivamente del país. Estimo que la clave está en sancionar a quien hace la designación antes que al designado y que la prohibición de nombrar a parientes alcance a todo el sector público. Sin embargo, la normativa expedida por el Congreso Nacional, a través de una mayoría afín al Ejecutivo, dejó resquicios que no han logrado combatir este hecho tan inescrupuloso y desagradable.

Ciertamente la normativa tiene que ser suficientemente severa, pero a la par es preciso desarrollarla para evitar efectos injustos en algunos casos que pueden presentarse en la práctica.

6. Propuestas de solución

6.1. Auditoría del Sector Público.- Insólitamente, el Ecuador no cuenta con una base estadística que de cuenta de quiénes laboran en el sector público, dónde lo hacen, cuánto ganan, qué actividades desarrollan, qué capacitación han recibido, cuál ha sido el resultado de sus evaluaciones y cuál es su aporte objetivo para el Estado.

Para superar estas insuficiencias y evitar un verdadero colapso del sector público se impone la necesidad de contar con una gran auditoría del sector público ecuatoriano que debe contar con el apoyo técnico de una empresa experta en administración de recursos humanos y que especialmente se mantenga ajena a cualquier tipo de ingerencia de orden político para evitar distorsionar sus resultados. Los ecuatorianos tenemos derecho a conocer a ciencia cierta toda la información relacionada con el uso de los recursos públicos en gastos de personal y mientras aquello no suceda, la situación seguirá siendo objeto de una ilegitimidad social que menoscaba la imagen del sector público.

6.2. La Unificación Salarial. - Este proceso se lo implementó en el sector privado y concluirá en el 2005 cuando se integre a la remuneración unificada el último de los componentes en proceso de incorporación. Esto tuvo positivos efectos, puesto que se racionalizaron los salarios al agruparse en un solo haber remunerativo tanto el sueldo básico como los demás componentes que sucesivamente se fueron creando como resultado de las distorsiones a las que antes hice referencia. De otra parte, los aportes a la Seguridad Social crecieron, ya que la base de cálculo para determinar el monto de aquellos dejó de ser el sueldo básico y pasó a ser la remuneración unificada por lo que se estima que tales aportes se incrementaron en cinco veces lo cual influyó en una franca recuperación del fondo de pensiones y contribuyó a evitar la virtual quiebra de la seguridad social. Finalmente, los cálculos relativos a las remuneraciones se simplificaron y los trabajadores pudieron llegar a conocer el monto exacto de sus ingresos no solamente porque su formulación resulta más sencilla, sino también porque la evasión en el pago de salarios se producía al pagarse, en algunos casos, únicamente los sueldos básicos y omitir deliberadamente el pago de uno o más componentes, aprovechándose gente inescrupulosa de la ingenuidad o ignorancia de gente humilde que prestaba su fuerza de trabajo.



Un proceso igual se planteó para el sector público. Este agrupamiento de los diferentes componentes de la remuneración de un servidor público en una sola cuenta remunerativa en la que ya no existen individualmente considerados sino como parte del total de los ingresos monetarios del servidor es lo que se pretende con la unificación salarial. Como es obvio, este proceso aporta en función de la racionalización salarial del sector público, pero previamente debía superarse una grave deficiencia que era la existencia de escalas diferentes: una de catorce categorías y otra de veintiún categorías, siendo la primera muy superior a la segunda en cuanto a su base salarial. Este propósito se logró y se adoptó la escala de catorce categorías para todo el sector público lo cual implicó un crecimiento de la masa salarial¹³ ya que la primera consecuencia de esa adopción fue que el sueldo básico para todos los empleados del sector público pasó a ser superior a los trescientos dólares lo cual entraña, insisto, un mayor desembolso de recursos por parte del Estado para cubrir esos incrementos. Sin dejar de considerar la magnitud del impacto presupuestario que aquello provoca, cabe destacar que es una medida inspirada en la equidad pues resultaba cprobioso el mantener escalas diferenciadas. Además, si bien esta nueva escala y los incrementos que entraña especialmente en los sueldos más bajos constituye un estímulo para los servidores públicos, es menester acompañarla con evaluaciones periódicas de desempeño e indicadores de gestión a efectos de que el servidor retribuya al Estado aquella mejora en sus remuneraciones con un servicio más eficiente y un mayor compromiso.

6.3. La Homologación Salarial.- Este proceso consiste en lograr la eliminación de las diferencias entre los salarios de servidores públicos que cumplen idénticas o similares funciones, de modo que los salarios más bajos crezcan hasta alcanzar a los salarios más altos de una misma categoría ocupacional. Se debe afrontar en primer lugar una situación de origen constitucional: los salarios no pueden ser reducidos, lo cual obliga a que el parámetro para efectuar el proceso de homologación en cada categoría ocupacional sea el salario más alto. Ahora bien, para lograr aquello se deben comprender algunos hechos objetivos y adoptar varias medidas:

- Este proceso debe ejecutarse progresivamente, puesto que entraña un importante desembolso de recursos económicos que harán que la masa salarial crezca y el Estado no cuenta con recursos suficientes que le permitan homologar los salarios automáticamente.

- Como consecuencia de lo anterior, se trata de un proceso en el corto y mediano plazo. Desgraciadamente, la normativa aprobada no consideró este particular y dejó un vacío al no conceptualizarlo como tal ni establecer la forma en que ha de ejecutarse.

- La efectividad del proceso depende del establecimiento de factores como la velocidad del crecimiento de los salarios más bajos, el monto o porcentaje de ese crecimiento y la periodicidad del mismo. Dicho de otro modo, los salarios más bajos deben crecer más rápidamente que los salarios más altos; éstos últimos, deben tener una tasa de crecimiento inversamente proporcional a los salarios más bajos y provocar que su

¹³ Se entiende por "masa salarial" a la totalidad de recursos económicos que el Estado gasta en remuneraciones y que actualmente asciende a 2.027 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.



crecimiento sea ciertamente insignificante para lograr una equiparación con los salarios más bajos y para evitar que se sigan consumando inequidades puesto que si los salarios más altos crecen a la misma velocidad, porcentaje y periodicidad que los más bajos, nunca podrán homologarse con los salarios más bajos, es decir, nunca llegarán a equipararse.

- La homologación debe alcanzar a todas las instituciones del Estado¹⁴, en especial cuidando de no mantener los privilegios de las entidades autocalificadas como autónomas.

- Según la doctrina laboral, a igual trabajo corresponde igual remuneración principio de carácter universal y que debe aplicarse en el proceso de homologación. Aun cuando nuestra Constitución no lo recoge expresamente en el marco de lo señalado en el Art. 35 de la misma puede asimilársele sin perjuicio de mencionar que claramente nuestro Código del Trabajo si lo menciona en su Art. 79.

6.4. Pluriempleo y doble remuneración.- Se deberá terminar con el pluriempleo y la percepción de más de una remuneración en el sector público. No permitir que quienes tienen una pensión del Estado, cualquiera sea su origen, reciban un sueldo del mismo Estado, ya que aquello solo puede ocurrir con la complicidad de los gobernantes de turno.

6.5. Manejo técnico de las remuneraciones y de los recursos humanos.- Como una tara tradicional del sector público las remuneraciones y los recursos humanos han sido manejados de manera empírica y antitécnica. Un primer gran paso, cuyo mérito corresponde a la Secretaría Técnica SENRES constituye el establecimiento de una escala única de 14 grados para todo el sector público. Cabe mencionar que adicionalmente existe una escala de remuneraciones de los dignatarios, autoridades y funcionarios del nivel jerárquico superior conforme lo señala el Art. 110 de la LOSCCA.

De otra parte, es necesario que tanto la administración de personal cuanto de las remuneraciones esté a cargo de un organismo eminentemente técnico y con ese propósito se creó la Secretaría Técnica SENRES en la nueva legislación. En ella se le asignaron taxativamente facultades¹⁵ de gran trascendencia, pero desgraciadamente no se le han asignado recursos económicos y humanos suficientes para que cumpla con sus funciones.

De otra parte, los avances tecnológicos también han permitido incorporar modernas y valiosas herramientas para el manejo de los recursos humanos especialmente las de la informática.

He de insistir en la necesidad de que las medidas que se adopten en estos campos deben ser tomadas pensando en el largo plazo para poder consolidar verdaderos procesos que redunden en el mejoramiento de los servicios suministrados por el Estado y de las condiciones de vida de la colectividad.

6.6. Planificación y diseño de objetivos.- No puede el sector público continuar improvisando. Este ha sido uno de los grandes males que lo ha aquejado y

¹⁴ Art. 118 de la Constitución de la República.

¹⁵ Art. 55.- (Sustituido por el Art. 9 de la Ley 2004-30, R.O. 261, 28-I-2004) Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

seguramente no hay nada más evidente que la falta de planificación. Las instituciones deben responder a objetivos de largo plazo, insertados en un proyecto nacional que no esté sujeto a los avatares de los cambios gubernamentales, lo cual implica también un compromiso de las diferentes fuerzas políticas para establecerlo como tal. Cada instancia de gestión del sector público debe diseñar sus objetivos e instrumentar todas las acciones necesarias para que se pueda alcanzarlos en el marco de una planificación estratégica y en función de propósitos concretos.

6.7. La capacitación, evaluación de desempeño y valoración de puestos.- La calidad en la prestación de los servicios públicos constituye una demanda insistente de la colectividad y su mejoramiento depende de esta compleja estructura administrativa, de la forma en que sea dirigida y de las metas que se trace. En ese contexto, surge como un imperativo la necesidad de que los niveles de capacitación de los servidores públicos sean significativos, intensos, regulares, diversificados de modo que su desempeño pueda incidir positivamente en la satisfacción de las expectativas de la comunidad.

A la par, se debe conectar a la capacitación con los otros ejes de una moderna gestión de recursos humanos como son la evaluación de desempeño y la valoración de puestos. La primera implica mediciones regulares sobre el rendimiento laboral del funcionario, su capacidad de inserción en la dinámica institucional, su destreza para el cumplimiento de sus funciones y su proyección para lograr las metas previstas; la segunda entraña la determinación de si la posición o puesto responde o no a las políticas institucionales, incide o no en el mejoramiento de los servicios y si justifica o no su existencia en el organigrama institucional. Ambas deben ser también referentes para la fijación de la remuneración de los servidores y para su promoción vía ascensos y para las reclasificaciones en la escala salarial.

Están ligados a esta temática otros ejes, también importantes, de la administración de recursos humanos como son el reclutamiento y la selección de personal. Las dos áreas han provocado un enorme desarrollo en empresas prestadoras de este tipo de servicios en el sector privado y perfectamente pueden estas experiencias ser replicadas en el sector público. Miles de profesionales de la más alta capacitación y formación académica esperan su oportunidad y la administración pública debería contar con ellos. Por desgracia, la nueva normativa aprobada no establece como requisito obligatorio para ingreso al sector público el de haber aprobado el concurso de oposición y merecimientos lo cual configura una situación de exclusión y desventaja para valiosos profesionales que probablemente no cuentan con los compadrazgos.

Por lo tanto, esta es una de las reformas más urgentes para que los profesionales más capaces accedan al sector público a prestar sus servicios y no se vean obligados a emigrar, provocando que el Estado pierda millones de dólares invertidos en su educación.

6. 8. Una cultura de cumplimiento de la normatividad jurídica y de respeto a los derechos.- Entiendo por cultura al conjunto de valores que configuran la identidad de una nación. La escasa cultura democrática incide notablemente en la administración pública. Las prácticas atrabiliarias son frecuentes en aquella y se reflejan en arbitrarios cambios administrativos o traslados,



persecuciones instauradas por desavenencias políticas o personales, promoción de subordinados sin respetar los derechos de los más calificados para ascender, injustas sanciones sin observar el debido proceso y hasta remociones o cesaciones injustificadas. La ley establece para los servidores públicos obligaciones, pero también derechos que deben ser respetados incondicionalmente. Las acciones de la autoridad no deben desarticular a la institución ni crear un ambiente hostil de trabajo.

6. 9. Derecho de Repetición¹⁶.- Dentro de las propuestas que fueron recogidas por la nueva L. O. S. C. C. A. está el derecho de repetición que está consagrado en la Constitución Política del Estado en su Art. 20.

Regularmente acontece que llegan nuevas autoridades o funcionarios a una institución pública y piensan que esa designación les otorga poderes supranaturales y que sus decisiones son infalibles e irrevocables; por lo general y para poder enrolar a sus compadres, parientes y conmilitanes, deciden que ciertos funcionarios a su cargo ya no son necesarios y los cancelan sin motivo alguno y sin criterios de orden técnico y jurídico. En consecuencia, los funcionarios injustamente removidos o destituidos con todo derecho acuden al órgano de justicia correspondiente, y si dicho Tribunal dispone el pago de indemnizaciones, perjudicando el patrimonio del Estado, a través del derecho de repetición el funcionario responsable de la mencionada indemnización por ilegalidad o nulidad del acto de la autoridad nominadora declarada por el Tribunal deberá reembolsar al Estado el valor fijado como resarcimiento económico, ya que el Estado no puede responder pecuniariamente por la irresponsabilidad y negligencia de un mal funcionario público.

CONCLUSIONES

No se puede desconocer que el entorno en el que se aprobó la nueva ley de servicios civil y carrera administrativa no fue el más propicio para ensamblar una normativa que verdaderamente responda a las necesidades de racionalización y modernización del sector público antes que a ciertos compromisos con un organismo internacional de crédito como efectivamente ocurrió. Una ley sumamente extensa de casi doscientas normas jurídicas merecía un análisis más pormenorizado en el debate parlamentario. La Comisión de lo Laboral y Social del H. Congreso Nacional que presido asumí con total responsabilidad el desafío y fue sensible al acercamiento que buscó el Ejecutivo para tratar el proyecto de ley en una discusión previa que abordó cada una de sus estipulaciones con miras a lograr el mejor texto legal posible en función de los grandes intereses del país. Algunas de nuestras propuestas fueron recogidas y estoy convencido de que aportamos para mejorar el proyecto de ley. Más, el apremio por la aprobación debido a un plazo constitucional que se vencía conspiró en parte con nuestros propósitos. El resultado de esto fue que muchos textos no fueron aprobados como correspondía y aquello obligó al propio Ejecutivo a enviar un nuevo proyecto reformatorio a la ley que pocas semanas antes se había promulgado¹⁷, pero que tampoco logró incorporar todas las reformas necesarias.

¹⁶ El Procurador General del Estado presentó a la Comisión Especializada de lo Civil y Penal el Proyecto de Ley que Regula la Acción del Derecho de Repetición (18-V-2004), proyecto signado con el número 25-325.

¹⁷ La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del sector público se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 184 de 6 de Octubre del 2003 y sus reformas en el Registro Oficial No. 261 del 28 de enero del 2004.

Ante esto y siendo mi propósito el de contribuir para que la referida normativa tenga una apropiada estructuración, presenté un proyecto de ley sustitutiva¹⁵. Estoy convencido de que este aporte favorecerá un mejordesarrollo normativo y aquello se erige como una muestra de que no nos contentamos con cuestionar ciertos contenidos sino de que somos propositivos y planteamos alternativas, tal como corresponde a un racional ejercicio democrático del disenso.

BIBLIOGRAFÍA

- Borja Rodrigo, Enciclopedia de la Política.
- Código del Trabajo ecuatoriano.
- Constitución Política de la República del Ecuador.
- De Sousa Boaventura, Reinventar la Democracia. Reinventar el Estado, Ediciones Abya Ayala, Quito, 2004.
- Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del sector público.
- Paladines Carlos, El Estado y la Administración de Recursos Humanos. Revista Novedades Jurídicas (Número 02), Ediciones Legales, Quito, Abril 2004.
- Varios Autores, La Burocracia Pública en el Ecuador, Fundación Friedrich Naumann, Quito, 1988.

¹⁵ Proyecto de Ley Sustitutiva a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público ingresado el 25 de noviembre de 2003 con el número de proyecto 24-206.


APLICACIÓN Y CONFLICTO DE LA LEY EN EL ESPACIO

Dr. Hernán Salgado Pesantes

Planteamiento del problema

Para comprender esta cuestión hay que tener presentes las siguientes ideas. El mundo está dividido en Estados soberanos e independientes entre los cuales existe una disparidad jurídica porque cada Estado tiene un ordenamiento jurídico que le es propio y que a su vez es diferente del que poseen los demás Estados.

Además, cada época histórica, desde la antigüedad hasta nuestros días, ha visto constantes desplazamientos humanos, con diversos propósitos, y esto da lugar a que en las relaciones jurídicas hayan - 1 - elementos extranjeros que, en un momento dado, ocasionen la confrontación de dos o más sistemas jurídicos pertenecientes a distintos países. En consecuencia, frente a cada situación habrá que examinar cuál sistema u orden jurídico debe ser aplicado.



Por su parte, el Derecho quiere dar soluciones a los múltiples problemas que se originan al aplicar en el espacio las normas jurídicas, especialmente las leyes. Asimismo, las soluciones jurídicas que se adoptan buscan ser de aceptación general a fin de lograr una aplicación similar en los diversos países; incluso se busca alcanzar la uniformidad a través de instrumentos internacionales de carácter multilateral (convenios, tratados, etc.), un ejemplo es el denominado Código Sánchez de Bustamante para regular el ámbito interamericano.

Valga señalar que dada la complejidad de esta materia hay una rama jurídica que estudia especialmente esta problemática y es el Derecho Internacional Privado. Esta disciplina relativamente nueva (siglo XIX) se propone sistematizar principios y normas que sean aplicables a las personas en las relaciones internacionales y regular los conflictos de leyes y de jurisdicción; abarca temas sobre la nacionalidad y sus múltiples cuestiones, la condición de los extranjeros, sobre las personas y sus relaciones de familia, el régimen de los bienes, entre otras cuestiones.

¿Dónde se aplica la ley?

Al estudiar el ámbito espacial de validez podemos comenzar señalando que la legislación que elabora un Estado está hecha para ser aplicada en el territorio de dicho Estado. Este es el principio general. En otras palabras, el ordenamiento jurídico o derecho objetivo debe regir dentro de las fronteras de un Estado, en este espacio territorial surte sus efectos y tiene obligatoriedad.

De este hecho surge el principio de territorialidad que será adoptado por los Estados como regla general. Sin embargo, hay casos en que la ley puede ser aplicada fuera de su ámbito territorial; estos son los casos de extraterritorialidad de la ley.

Concepción romana y medieval

En el Derecho Romano se desarrollaron los principios de la personalidad y de la territorialidad del Derecho, como medios de dar solución en la aplicación de leyes entre los ciudadanos romanos y los extranjeros libres (no esclavos) denominados peregrinos.¹

El Derecho existente en Roma -el *ius civile*- debía ser aplicado a quienes ostentaban la ciudadanía romana -*cives*- y para aquellos que no tenían la calidad de ciudadanos se aplicaba el *ius gentium*. Recuérdese que la ciudadanía romana estaba reservada a un número reducido que luego irá ampliándose a medida que el Imperio crecía hasta que, en el año 212 d.C., el emperador Caracalla extendió la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio.

Al ciudadano romano, en sus desplazamientos, le acompañaba su derecho (como la sombra al cuerpo) y debía serle aplicado en dondequiera que estuviese. Este es el principio de la personalidad o estatuto personal.² Sin embargo, la aplicación de este principio fuera del territorio romano significaba desconocer el derecho local y subordinarlo al ordenamiento del más fuerte, lo que en épocas posteriores (al conformarse los Estados nacionales) se señalará como un atentado a la soberanía.

También ocurrió que a la caída del Imperio Romano de Occidente (año 476) los pueblos denominados bárbaros eran nómadas y no tenían la noción de lo que significaba el territorio estatal. En sus continuas movilizaciones, estos grupos humanos se regían por sus normas consuetudinarias propias, es decir aplicaban el principio de la personalidad, mientras que los pueblos vencidos, o con quienes convivían, se regulaban generalmente por sus costumbres locales o por el Derecho Romano que hasta entonces había regido (principio territorial). Esta situación generaba un desorden jurídico y afectaba el desenvolvimiento social, económico y político.

En la Edad Media los juristas desarrollaron la doctrina de los estatutos, la cual fue elaborándose paulatinamente en las diversas ciudades o regiones, para satisfacer las necesidades del comercio y de los desplazamiento humanos; siempre buscando evitar o solucionar los conflictos legales. En el norte de Italia

¹ Los peregrinos eran los extranjeros -hombres libres- nativos de una *civitas* distinta de Roma, por oposición a los bárbaros. Con la expansión de Roma hubo distintas clases de peregrinos y, consecuentemente, su condición jurídica variaba.



se dio inicio a esta doctrina, por lo que se habla de la Escuela Italiana.³

Este desarrollo jurídico comenzó con los Glosadores de los siglos XII y XIII, destacándose Accursio de Florencia (1183-1263). Éstos buscaban resolver el conflicto de leyes partiendo de situaciones concretas, así por ejemplo: el caso de un milanés que hacía su testamento cuando se encontraba de viaje en Venecia. La cuestión a dilucidar era si el acto debía regularse por la ley de Milán, que era la ley nacional del testador, o por la ley de Venecia, lugar donde se encontraba la persona (*lex loci actus*).⁴

A mediados del siglo XIII apareció la Escuela de los Postglosadores que dieron un nuevo impulso jurídico a la obra de los Glosadores, sus representantes más sobresalientes, en el siglo XIV, fueron Cino de Pistoia, Bártolo y Baldo.

La doctrina de los Estatutos⁵

Bártolo de Saxoferrato (1313-1357) está considerado como el más brillante de los juristas postglosadores, no obstante haber tenido una vida corta escribió mucho y elaboró soluciones para resolver los conflictos entre las leyes pertenecientes a otros sistemas jurídicos, que no sea el propio. Las concepciones de Bártolo impulsan y concretan la doctrina de los estatutos.⁶

Este autor distingue los estatutos reales y los personales. Los primeros se refieren a las cosas, a los bienes los cuales se vinculan al territorio del Estado donde se encuentran ubicados; en consecuencia los estatutos reales se regularán por las leyes del territorio en donde estas cosas o bienes están situados, *lex rei sitae*, es decir prima el carácter territorial.

Los estatutos personales tienen que ver con la condición jurídica de las personas, en cuanto a su capacidad, a su estado civil, familia, etc. En estos casos se aplicaba el principio de la personalidad, la ley propia de la persona le acompañaba por todas partes. Aquí hay una aplicación extraterritorial de la ley.

Para los actos jurídicos se consideró tanto el lugar de su celebración como el lugar donde surtía sus efectos o se ejecutaba el acto. De esta manera se aplicaba la ley del lugar de su celebración o donde debía ejecutarse. El principio

³ Se recuerda que el apóstol Pablo en su última detención reivindicó ante sus captores ser ciudadano romano y como a tal se le condenó a morir decapitado por la espada, muerte que se consideraba digna de un cives romano frente a la ignominia de la cruz.

⁴ Sobre estos temas pueden consultarse: Molitor-Schlosser, *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*, traducción de Angel Martínez Samón, Bosch, Barcelona, 1980, pp. 24 y ss. Guillermo F. Magadant, *La Segunda Vida del Derecho Romano*, Editorial Porrúa, México, 1986, pp. 127 y ss. Paul Lerebours-Pigeonnière et Yvon Loussouarn, *Droit International Privé*, Précis Dalloz, neuvième édition, Paris, 1970, pp. 337 et ss.

⁵ El nombre de glosadores se debió a los comentarios o glosas que redactaban estos juristas medievales italianos al margen de los textos de la compilación del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano y cuando los comentarios eran extensos lo escribían en hojas, folletos y libros separados.

⁶ Estatuto se lo toma en Italia como sinónimo de ley, igual que los "fueros" en España. En todo caso son normas generalmente locales (para una ciudad), a veces de ámbito regional o provincial. Recordarse que todavía no se forma el Estado Moderno ni aparece el vínculo jurídico de la nacionalidad.

⁷ La obra de Bártolo será continuada por su discípulo Baldo de Ubaldis (1320-1400), ambos enseñaron en las Universidades de Bolonia, Pisa y Perugia.

era *locus regit actum* lo que significaba imponer un criterio de territorialidad.

Estas soluciones generales no fueron suficientes y en el siglo XVI se añadiría un tercer grupo denominado estatutos mixtos que buscaba relacionar las cosas y las personas para solucionar determinados conflictos no contemplados en los dos anteriores. Esta tercera categoría de estatutos -mixtos- fue obra de Bertrand D'Argentré (1519-1590) magistrado del Parlamento de Bretaña, quien junto con Charles Dumoulin son destacados representantes de la Escuela Francesa de la época.

D'Argentré sostuvo que todos los estatutos son reales, es decir territoriales, y que por excepción se debía aceptar el estatuto personal que conduce a la extraterritorialidad de las leyes. En esta excepción se tomaba en cuenta las exigencias del comercio internacional y las relaciones políticas con otras regiones. En resumen, este jurista se inclina por el principio de la territorialidad de las leyes e incluso en el estatuto personal -en lugar de la nacionalidad- da primacía a la ley del domicilio lo cual entraña un criterio territorial.

La doctrina holandesa de la cortesía

En el mismo siglo XVII, en Holanda algunos juristas como los hermanos Pablo y Juan Voet, Ulrich Huber y otros, desarrollaron una interesante doctrina que fue parte de la llamada Escuela Holandesa del siglo XVII. Hasta entonces se había buscado fundamentar la aplicación extraterritorial del Derecho en criterios de justicia. Era por justicia que los Estados debían admitir la vigencia de las leyes extranjeras.

Los juristas holandeses tomaron otro fundamento para la extraterritorialidad basado en los criterios de cortesía y de reciprocidad; para ellos la ley extranjera se aplica en un país simplemente por un rasgo de cortesía internacional fundado en la utilidad recíproca. Esta doctrina fue acogida en Inglaterra, Alemania y, después, en los Estados Unidos, en donde predominó hasta fines del siglo XIX.

Respecto de las soluciones particulares la Escuela Holandesa no creía que debía darse primacía a ninguno de los dos sistemas pues deberían aplicarse tanto la territorialidad del Derecho como la ley personal.

Otros sistemas para la aplicación espacial de la ley

Señalemos que en el siglo XIX surgieron nuevas teorías en esta materia que buscaron dar soluciones más exactas y precisas, las que mayor influencia han ejercido son el sistema de la comunidad del derecho y el sistema de la nacionalidad.

El sistema de la comunidad del derecho fue planteada por Savigny, para quien la vigencia extraterritorial del derecho debía fundarse, no en la cortesía internacional, sino en la aparición de una comunidad del derecho la cual nace de una especie de acuerdo amigable entre todos los Estados.

Por su parte, el sistema de la nacionalidad tuvo como principal exponente al italiano Pascual Manzini (1851), quien fue el abanderado del principio de las nacionalidades que en esa época se impuso en la política europea (y permitió la unificación de Italia). Como se observa, aquí se toma la nacionalidad de las personas. La doctrina moderna se inclina, en general, a preferir el sistema del domicilio sobre el de la nacionalidad, considerando al primero como de más fácil determinación y más respetuoso de la libertad humana.

En todo caso, se debe señalar que estos dos criterios no pretenden eliminar la territorialidad del Derecho (en general) y de la ley (en concreto). La territorialidad conserva así el carácter de un principio fundamental en esta materia. La vigencia de la ley del domicilio o de la nacionalidad no son sino una excepción importante a la aplicación territorial del ordenamiento jurídico.

XV.5.- Reglas que llegaron a nuestra época

De las diversas escuelas jurídicas que se desarrollaron en la Edad Media y Moderna, y que buscaron dar soluciones prácticas para los conflictos de la ley en el espacio, quedaron numerosas reglas que se transmitieron hasta nuestros días y que fueron recogidas por el Derecho Internacional Privado.

Entre esas reglas jurídicas podemos mencionar a las siguientes:

- los bienes inmuebles por la del lugar en donde están situados (*lex rei sitae*);
- las formas de los actos por la del lugar de su celebración (*locus regit actum*);
- su cumplimiento por las leyes del lugar en donde deben ser ejecutados;
- el estado y capacidad de las personas se rigen por la ley del domicilio;
- los procesos por la del lugar en donde se substancian o ventilan (*lex fori*).

Hay que tener presente que en la Edad Media no existía el concepto de nacionalidad con todas las consecuencias jurídicas que se derivan de esta noción, la cual se desarrollará en la Edad Moderna junto con el concepto de Estado, conceptos que se mantienen hasta hoy.

Nuestro Código Civil también recogerá estas tradicionales reglas jurídicas como uno de los medios de solución de la aplicación de la ley en el espacio, tomando como principio general el de la territorialidad del ordenamiento jurídico y de modo excepcional el de la extraterritorialidad.



Todo lo que necesita

www.produbanco.com
Teléfono 1700-123-123
Cuenca (02) 2996-200

GRUPO FINANCIERO
PRODUCCION

PRODUBANCO

Así de Simple



**COALICION NACIONAL
POR LA JUSTICIA**

La Coalición Nacional por la Justicia es una iniciativa de ciudadanos y ciudadanas comprometidos a participar activamente en los procesos relacionados con la modernización y el fortalecimiento de la Administración de Justicia. Desde nuestros espacios de acción y con el afán de contribuir al fortalecimiento de la democracia en el Ecuador invitamos a la sociedad civil a unir esfuerzos en esta Coalición.

La Coalición por la Justicia es amplia y diversa en su conformación. Levantamos nuestra voz en busca de instituciones que fortalezcan el Estado de Derecho y la Democracia. Creemos en la necesidad de una justicia imparcial, transparente, eficiente y eficaz. Creemos en la necesidad de hacer efectivo el derecho de todos y todas a acceder a este tipo de justicia. Creemos que los operadores del sector justicia deben ser capaces de actuar con probidad, rigor ético y vocación de servicio.

En esta línea, la Coalición Nacional por la Justicia ha decidido apoyar esta publicación de la Asociación Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Quito, que se constituye en un espacio de intercambio, de debate, de producción académica alrededor de los temas de la justicia.

Les invitamos a visitar la página web de la Coalición Nacional y a sumarse a la serie de actividades que se realizan en todo el país:

www.coalicionjusticia.org

HUNDIMIENTO DE BARCOS ECUATORIANOS ATENTA A SOBERANÍA DEL ESTADO ECUATORIANO

Dr. Antonio Posso Salgado

La Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos ALDHU, denunció públicamente y alertó al país que naves de guerra norteamericanas han destruido y hundido barcos civiles ecuatorianos en aguas territoriales del país. La denuncia señala que tres barcos ecuatorianos fueron destruidos cuando se encontraban cumpliendo faenas de pesca en aguas territoriales y otros cinco barcos civiles fueron detenidos y hundidos en aguas territoriales del Ecuador por naves de guerra norteamericanas en acciones de interdicción marítima, cuando estos barcos de bandera nacional trasladaban migrantes irregulares. A través de un documento público que circuló en el Congreso Nacional del Ecuador, la ALDHU detalló su denuncia:

BARCO DESTRUIDO	NAVE DESTRUCTORA	LUGAR
Pesquero DAIKI MARU	Fragata USS- Me	Aguas territoriales
Pesquero Santa María	Fragata Long Way 719	Aguas territoriales
Barco ÉXITO	Fragata USS Rubén	Aguas territoriales
Barco Magyl Margarita	Fragata USS Rubén	Aguas territoriales
Barco Vdama Mariely	Fragata Samuel	Aguas territoriales
Barco Don Ignacio	Fragata USS Stephen	Aguas territoriales
Barco CHALLENGER	Fragata USS Bone	Aguas territoriales
Barco JORGE IV	Desaparecido con 16	



El documento público al que hacemos referencia y que se encuentra debidamente firmado por Juan de Dios Parra, como Secretario General ALDHU y Gustavo Larrea, Director Regional ALDHU, contiene también importantes anexos en los cuales aparecen las denuncias dirigidas al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Ministerio de Comercio Exterior, a la Comandancia General de la Marina, a las Capitanías de Puerto, a la Comisión de Asuntos Internacionales del Congreso. Existen también una serie de declaraciones juramentadas de los afectados, escrituras, matrículas de las embarcaciones, permisos de pesca, denuncias ante las Fiscalías.

El Canciller Patricio Zuquilanda minimizó totalmente las denuncias de la ALDHU señalando que el Ministerio a su cargo no conocía nada al respecto y que tampoco se habían presentado denuncias serias y objetivas sobre el hundimiento de barcos civiles ecuatorianos. Zuquilanda incluso utilizó en determinado momento términos despectivos en contra de los dirigentes de la Asociación

Latinoamericana de Derechos Humanos señalando entre otras cosas, que se trataban de "extranjeros" que no dejan trabajar en paz a los ecuatorianos.

El Congreso Nacional, en cumplimiento de su tarea fiscalizadora a través de varios diputados, se hizo eco de las denuncias y por la gravedad del caso, solicitó la comparecencia al pleno del Parlamento al Ministro de Defensa, al Canciller y al Comandante General de la Marina para que den respuesta a una serie de interrogantes. En efecto, se produjo la comparecencia señalada con la presencia masiva de alrededor de 150 militares, la mayoría perteneciente a la cúpula de la Armada.

En una larga y cansada jornada los militares dieron a conocer su versión sobre este conflicto. Caso por caso explicaban con lujo de detalles los problemas ocurridos en los ocho barcos motivo de la denuncia. Según la versión militar apenas una de aquellas embarcaciones fue sorprendida en aguas territoriales; las restantes se encontraban fuera de las 200 millas del mar territorial ecuatoriano. Por otro lado, los jefes de la Armada señalaron que la absoluta mayoría de las embarcaciones no realizaban faenas de pesca, sino que "trasladaban ilegalmente a migrantes a través de la práctica del coyoterismo y que una de ellas estaría involucrada en un posible conflicto de tráfico de estupefacientes."

La explicación militar también incluía detalles en el sentido de que existían operaciones combinadas y/o autorizadas por nuestra Armada para los operativos de las naves norteamericanas que se desplazaban desde y hacia la base militar de Manta.

La generalizada explicación se centró en señalar que las embarcaciones civiles ecuatorianas, cumplían labores ilícitas de traslado ilegal de migrantes y que las naves norteamericanas al detectarlas en alta mar realizaban el operativo de rescatar a los migrantes para trasladarlos a los puertos ecuatorianos y que las viejas embarcaciones que cumplían este ilícito de los coyotos "se hundían en alta mar por su vetustez".

Estas explicaciones no convencieron a la gran mayoría de legisladores; pues existía una inmensa brecha entre la denuncia de ALDHU y las respuestas de la Armada Nacional. Incluso el diputado León Febres Cordero, de conocida posición pronorteamericana, había señalado que este hecho constituía un verdadero atentado a la soberanía nacional. Otros sectores políticos se pronunciaban en el sentido de revisar y hasta dejar sin efecto el Convenio para la instalación de la Base Militar de Manta. Quedó absolutamente claro el encubrimiento de las autoridades ecuatorianas a las operaciones ilícitas de la Armada de Guerra estadounidense, que había hundido a barcos civiles ecuatorianos en violación de claras disposiciones del derecho internacional; así como las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar CONVEMAR.

También resulta curioso y hasta inadmisibles que los barcos civiles con bandera ecuatoriana no se hayan hundido mientras navegaban sobrecargados de compatriotas migrantes; y sin embargo, luego de rescatar a los migrantes, "los barcos se hundían por viejos y obsoletos". El Artículo 628 del Código Civil Ecuatoriano establece que nuestro mar territorial tiene 200 millas. La Convención de las Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar, contempla que el mar territorial tiene un ancho de 12 millas; pero esa misma convención estableció la llamada zona contigua de 24 millas que forma parte de las 188 restantes, conocidas como la zona económica exclusiva. En estos casos el estado ribereño goza de amplia soberanía y jurisdicción en aquella zona. El Artículo 57 de la Convención señala textualmente: "La zona económica exclusiva no se extenderá más allá de 200 millas marinas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial"; el Artículo 58 que hace relación a los derechos y deberes de otros Estados en la zona económica exclusiva dice: "En la zona económica exclusiva, todos los Estados, sean ribereños o sin litoral gozan con sujeción a las disposiciones pertinentes de esta Convención de las libertades de navegación y de sobrevuelo y de otros usos del mar internacionalmente legítimos relacionados con dichas libertades, tales como las vinculadas a la operación de buques, aeronaves, cables y tuberías submarinos, y que sean compatibles con las demás disposiciones de esta Convención".

Pero el Artículo 97 es mucho más explícito cuando contempla las siguientes disposiciones: "En caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar que implique una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque, sólo podrán iniciarse procedimientos penales o disciplinarios contra tales personas ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado del pabellón o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales" y el numeral 3 del mismo artículo dice lo siguiente: "No podrá ser ordenado el apresamiento ni la retención del buque, ni siquiera como medida de instrucción, por otras autoridades que las del Estado del pabellón"

Como acabamos de verificar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, a nadie le permite ni apresar, ni retener barcos; peor hundirlos, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa, lo que evidencia obviamente un atentado a la Soberanía Nacional, lamentablemente apoyado por las autoridades del gobierno del Coronel Gutiérrez, seguramente para cumplir en forma fiel con sus sentimientos de ser "el mejor amigo y aliado de los EEUU".

El diplomático ecuatoriano Luis Valencia Rodríguez sobre HUNDIMIENTOS DE NAVES ECUATORIANAS, en documento hecho público el 7 de julio del 2004, llega a establecer cinco puntos, los mismos que por su importancia, los transcribimos textualmente:

"1.- Es absolutamente claro que en el mar territorial el Estado ribereño goza de todos los derechos de soberanía con excepción del derecho de paso

Inocente para buques de todos los Estados. En la zona contigua y en la zona económica exclusiva del Estado ribereño tiene amplios derechos de soberanía y jurisdicción en el entendido de que en estas 118 millas, esos derechos del Estado ribereño tienen carácter de exclusividad. Si bien los demás Estados disfrutan en estas zonas de las libertades de navegación y sobrevuelo, esto no significa que buques extranjeros tengan derecho para inspeccionar, detener y apresar buques del Estado ribereño.

2.- En alta mar, que comienza más allá de las 200 millas, todos los buques están sometidos al Estado cuyo pabellón enarbolan. En consecuencia las infracciones que cometan esos buques deben ser conocidas y resueltas por las competentes autoridades del Estado del Pabellón. El derecho internacional no faculta a ningún Estado, por más potente que sea, a que se convierta en gendarme de los mares y océanos. El único gendarme, aceptado por todos, es el imperio del derecho.

3.- En ninguno de los espacios marítimos, mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva o alta mar, ningún buque, cualquiera que sea su categoría y el pabellón que enarbole, tiene el derecho para hundir buques de otra nacionalidad, con mayor razón si pertenecen al Estado ribereño. Una acción de esta clase, de que han abusado las grandes potencias marítimas, ha sido siempre sancionada por la comunidad internacional y se ha obligado a indemnizar a las víctimas de tales violaciones. Por desgracia, esos abusos todavía continúan en la actualidad.

4.- Ni la lucha contra la piratería, ni el trato de esclavos, ni el tráfico de estupefacientes, actividades en que el derecho internacional prescribe la cooperación internacional, autoriza a que una potencia se arrogue el derecho de decidir por su cuenta las medidas que debe tomar, incluso el hundimiento de barcos que no le pertenecen. Las características de la piratería, trata de esclavos y tráfico de estupefacientes están claramente señalados en la Convención, de manera que ningún Estado puede interpretar esas acciones como justificativas para tomar, por su cuenta, medidas de represalia inclusive el hundimiento de barcos.

5.- En consecuencia, no existe pretexto alguno que justifique el hundimiento de naves ecuatorianas por unidades de guerra de los Estados Unidos, en cualquier espacio marítimo que haya ocurrido, aunque se quiera calificar que esos hechos se produjeron en protección del derecho de navegación o que fueron por considerarlos actos de piratería, trata de esclavos o tráfico de estupefacientes. Se trata de insolentes violaciones de la legislación interna ecuatoriana y de normas vigentes del derecho del mar, por lo cual el Ecuador debe emprender las acciones diplomáticas y legales correspondientes para obtener satisfacciones adecuadas y las consiguientes indemnizaciones."

Se advierte entonces que la posición del Gobierno del Ecuador, que está obligado por los Convenios Internacionales, la Constitución Política de la República y las leyes, lejos de pugnar por su aplicación, para defender la soberanía del Estado, en una actitud que avergüenza a los ecuatorianos ha preferido mantener una actitud de silencio cómplice frente a este atropello a la dignidad nacional.

ESQUEMA DEL JUICIO POLÍTICO AL PRESIDENTE

Dr. Luis Fernando Torres Torres*

INTRODUCCIÓN

El 4 de noviembre de 2004, cincuenta diputados (sin contar con el Presidente del Congreso que no firmó la acusación pero que expresó su pública adhesión) acusaron, con sus firmas, al Presidente de la República por la comisión de algunos delitos, entre ellos el de peculado. Se requería de la mayoría absoluta no de los integrantes del Congreso sino de los diputados asistentes a la sesión para que se integrara la Comisión Especializada de Juicio Político que debía informar sobre la "admisibilidad" de la acusación presentada. El 9 de noviembre del 2004 hubo tan sólo 48 votos para integrar la Comisión, por lo que ésta no pudo constituirse, y el enjuiciamiento político al Presidente quedó en suspenso.

En la historia constitucional ecuatoriana, los enjuiciamientos políticos a presidentes de la República han sido casi inexistentes. No prosperaron las acusaciones en contra de Veintimilla y Arosemena Monroy, dos casos que se recuerda. El enjuiciamiento al Presidente Gutiérrez adquirió, entonces, grandes dimensiones, más aún cuando ningún Presidente ecuatoriano había sido acusado antes por peculado.

La defensa del Presidente Gutiérrez adelantó una serie de argumentos para destruir la acusación y dismantelar el enjuiciamiento. Se llegó a decir que el Art. 130:9 de la Constitución era inaplicable por inconstitucional al encontrarse en abierta contradicción con el Art. 24:7 que reconoce la presunción de inocencia. También se sostuvo que solamente un juez de derecho debía calificar si había o no peculado, y mientras esto ocurría, el enjuiciamiento político no podía proseguir. Se manifestó, además, que era imprescindible el informe previo de la Contraloría General del Estado estableciendo indicios de responsabilidad penal y que dicho informe, de ser incriminatorio, debía remitirse a la Fiscalía, mas no al Congreso.

Ante la falta de antecedentes y tanta confusión conceptual tiene especial relevancia dilucidar la diferencia entre el "peculado constitucional" y el "peculado penal", entre el enjuiciamiento político y el enjuiciamiento penal, entre las responsabilidades políticas y las responsabilidades penales, civiles y administrativas, entre la valoración que hace el Congreso para juzgar políticamente y la valoración que hace el juez de derecho cuando determina la existencia de un delito y sanciona al responsable de la infracción.

Es defectuosa la regulación constitucional y legal del juicio político al Presidente. Pudieron haberse redactado mejor la tanto norma constitucional como las normas legales.



El enjuiciamiento político al Presidente no debería causar mayor alarma si se lo tramita dentro del marco constitucional. Sirve para que el representante del pueblo, el Congreso, fiscalice. Nada más. Sin embargo, en una democracia frágil con un Estado de Derecho poco consolidado, el enjuiciamiento político al primer mandatario se transforma en un verdadero huracán político.

1.- El enjuiciamiento político al Presidente de la República está regulado en la Constitución (Art. 130:9), en la Ley Orgánica de la Función Legislativa (LOFL) (Arts. 97-104) y en el Reglamento Interno de la Función Legislativa (Arts. 149 y 150). Por ser contradictorias, las normas del Reglamento Interno sobre el juicio político al Presidente se encuentran "tácitamente" derogadas por las normas de la LOFL y de la Constitución. También se encuentra derogada "tácitamente" la expresión "20 diputados" contenida en el Art. 98 de la LOFL, por no guardar conformidad con la Constitución que establece que "al menos una cuarta parte de los integrantes del Congreso Nacional" debe solicitar el enjuiciamiento.

2.- Desde 1979 hasta 1998 las causales para enjuiciar políticamente al Presidente eran las siguientes: "traición a la Patria, cohecho o cualquier otra infracción que afectare gravemente el honor nacional" (Art. 82, letra g), Constitución de 1979). En la "reforma" constitucional de 1998 se mantuvo únicamente el cohecho como causal de juicio político y se incorporó el peculado junto a la concusión, el enriquecimiento ilícito y los delitos contra la seguridad del Estado, y se precisó que "no será necesario enjuiciamiento penal para iniciar este proceso" político (Art. 130:9).

Complementariamente, el Art. 121 de la Constitución también menciona al peculado como uno de los delitos por el que deben responder los servidores públicos. ¿Se refiere la Constitución a delitos penales, tipificados en el Código Penal? De ninguna manera. Se trata de delitos que conllevan el establecimiento de responsabilidades políticas, independiente que se encuentren tipificados en el Código Penal, el cual, por cierto, no tiene sino un valor referencial para el Congreso cuando determina la existencia de los delitos de los que habla el Art. 130 de la Constitución.

3.- El Art. 104 de la LOFL señala explícitamente que al Congreso le corresponde "determinar" la infracción cometida. Por consiguiente, para efectos del juicio político, no le corresponde ni a la Contraloría ni a la justicia ordinaria determinar infracción alguna. El Congreso tiene gran flexibilidad y liberalidad para "determinar" los delitos cometidos. No está sujeto a las mismas limitaciones constitucionales y legales a las que está sometido el juez de derecho cuando llama a juicio penal al imputado por haber considerado que éste ha cometido un delito sobre la base del respectivo dictamen fiscal.

4.-El peculado. han dicho los jueces ecuatorianos al aplicar el Art. 257 del Código Penal, consiste en el "abuso" de recursos públicos para beneficio propio o de terceros. El abuso puede expresarse mediante la apropiación indebida, la disposición arbitraria o el desfalco. La jurisprudencia ecuatoriana ha considerado al peculado como un delito doloso. En otras legislaciones ha sido admitido como delito culposo. Sin embargo, el peculado no existe como tal en el Código Penal. Ni siquiera el Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo ha definido. A la conducta tipificada como delito en el Art. 257 del Código Penal los jueces le han llamado peculado. En 1998 adquirió categoría constitucional cuando se lo incluyó como uno de los delitos por el que se puede censurar y destituir al Presidente (Art. 130:9) y como uno de los delitos por el que deben responder los servidores públicos (Art. 121).

¿En qué consiste el peculado? La Constitución lo menciona pero no lo define. El Código Penal no lo menciona ni lo tipifica. El DRAE nada dice. Los jueces ecuatorianos han asociado la conducta del Art. 257 con el peculado. El Congreso debe buscar la definición de peculado para el establecimiento de responsabilidades políticas en la jurisprudencia ecuatoriana, la doctrina y la historia de las sociedades. Por este camino fácilmente puede llegar a la conclusión que el peculado es la conducta dañosa del patrimonio público expresada en el abuso e indelicadeza en el manejo de los recursos públicos por parte de los encargados de la "cosa pública". El peculado "constitucional" es un delito constitucional, no necesariamente doloso, por el que los recursos públicos, dinero, bienes, instrumentos se distraen de su finalidad intrínseca. El Art. 257 del código Penal es una referencia de carácter general para el legislador. No es un buen argumento sostener que en el Ecuador el Presidente no puede ser juzgado por el Congreso por peculado porque no "tiene a su cargo" el manejo y la administración de recursos públicos. El peculado constitucional es una figura delictiva más amplia que la conducta sancionada por el Art. 257 del Código Penal. Es formar parte de su entorno o suficiente que el Presidente tolere y admita el abuso de recursos públicos por quienes dependen de él para que se configure el peculado constitucional. Inclusive las pruebas del peculado constitucional no son de aquellas que se requieren para probar el peculado penal.

5.- Según la Constitución (Art. 212) y la Ley Orgánica de la Contraloría, (Art. 39), la Contraloría General del Estado tiene potestad "exclusiva" para determinar indicios de responsabilidad penal. En otras palabras, un proceso penal por el delito de tipificado en el Art. 257 del Código Penal no puede iniciarse a menos que exista el informe respectivo de la Contraloría. Ello guarda correspondencia con el principio de legitimidad de las actuaciones de los funcionarios públicos, el cual solamente puede ser desvanecido con la intervención de la Contraloría, según su Ley Orgánica (Art. 38).

Lo dicho no es aplicable al juicio político, pues, éste puede iniciarse y tramitarse independientemente que la Contraloría haya o no establecido indicios de responsabilidad penal por peculado. El objetivo último del juicio político no es otro que el de establecer, de modo privativo por el Congreso, la responsabilidad



política del funcionario encausado. El Congreso no establece responsabilidades civiles, penales o administrativas.

En caso de existir, el informe de la Contraloría General del Estado debe ser considerado por el Congreso como una prueba relevante al admitir la acusación o al resolver la censura del funcionario acusado.

Desde 1998 la Constitución distingue claramente entre juicio político y enjuiciamiento penal y, por ello, dispone que no es necesario el enjuiciamiento penal previo para que pueda iniciarse y tramitarse el enjuiciamiento político al Presidente. Puede ocurrir que el Presidente sea destituido por el Congreso por el delito de peculado y que, paralelamente, la justicia ordinaria lo absuelva.

Con excesivo formalismo algunos analistas han sostenido la tesis que el juicio político al Presidente puede "iniciarse" sin informe de la Contraloría, pero que no puede "tramitarse" ni "concluirse" sin la intervención de la Contraloría, la Fiscalía y el Juez de derecho, por cuanto la Constitución (Art. 130:9) habla únicamente de "inicio" del enjuiciamiento político sin enjuiciamiento penal previo. Este argumento confunde el proceso penal con el proceso político y, por ilógico, resulta inaceptable.

6.- El Art. 121 de la Constitución distingue entre responsabilidades administrativas, civiles y penales en el manejo de los fondos públicos y habla del peculado como uno de los delitos por el que deben responder los servidores públicos. El Art. 120 menciona, en términos muy generales, la responsabilidad que tienen los diputados, autoridades y funcionarios por la función pública que cumplen. Dentro de esta responsabilidad se encuentra la responsabilidad política. Esta es independiente y distinta de las demás responsabilidades tanto por el órgano que la establece como por la naturaleza de la sanción. Sólo el Congreso, por mandato del Art. 130:9, puede establecer e imponer la sanción, esto es, censura y destitución para el Presidente y otros altos funcionarios, y únicamente censura para los Ministros de Estado.

7.- El juicio político al Presidente tiene su propia naturaleza y dinámica. Ni siquiera de modo subsidiario se regula por los códigos de procedimiento ordinarios. Tiene sus propias reglas y procedimientos. La Constitución no habla de juicio político sino de enjuiciamiento político (Art. 130:9). Para evitar confusiones no debió hablar ni de lo uno ni de lo otro sino de la tramitación de la correspondiente acusación política. En Estados Unidos, "impeachment" no significa juicio sino acusación que la fundamenta la Cámara de Representantes y la trata y resuelve el Senado, de tal modo que no se confunde el acusador con el juez político. En Ecuador, con un Congreso unicameral, los acusadores y jueces se confunden. En todo caso, el enjuiciamiento político al Presidente no está sometido a los ritos y procedimientos del juicio penal. Tiene otra dimensión. Es diferente la forma de acusar y alegar, así como la

práctica y sustanciación de pruebas, sin que por ello se pueda desconocer los principios esenciales del debido proceso.

8.- En el juicio político existe una amplia discrecionalidad en el manejo de los términos y plazos. Según la LOFL (Art. 99), en una sola ocasión, se establece un término fatal de cinco días. Una vez integrada la Comisión Especialísima de Juicio Político por un diputado por cada bloque legislativo, la Comisión está obligada a informar sobre la admisibilidad de la acusación dentro de cinco días. Fuera de este caso, no existen plazos o términos para que el Congreso constituya la Comisión Especialísima, para que el Congreso vote la admisibilidad, para que sea presentada la moción de censura, para que comparezca el acusado o para que se lo censure. El manejo de los tiempos, por consiguiente, depende de quien dirige el Congreso o elabora el orden del día. Solamente cuando la Ley Orgánica de la Función Legislativa (Art. 102) indica que se observe en una etapa del enjuiciamiento el trámite establecido para otros procesos de fiscalización se restringen los plazos y términos.

9.- El Congreso solamente tiene que adoptar resoluciones en tres momentos: 1) la integración de la Comisión Especialísima de Juicio Político con la mitad más uno de los "votantes" (Art. 74 Reglamento Interno), 2) la admisibilidad de la acusación con 51 votos (Art. 99 LOFL) y 3) la censura y destitución con 67 votos (Art. 130:9 Const. Art. 103 LOFL).

10.- La sola admisión de la acusación por el Congreso constituye un hecho determinante dentro del juicio político, y podría equipararse al auto de llamamiento a juicio que hacen los jueces de lo penal una vez que el fiscal ha acusado. Por lo general, en el derecho público ecuatoriano los funcionarios y dignatarios cesan en sus funciones cuando han sido llamados a juicio penal. En el Art. 167 de la Constitución no consta este hecho como causal para la cesación del cargo de Presidente. Sin embargo, la admisión de la acusación implica la presunción de responsabilidad del acusado, lo cual es sumamente grave.

11.- Las diferentes etapas del juicio político al Presidente son, en resumen, las siguientes: 1) acusación firmada, por lo menos, por 25 diputados, debidamente reconocida, 2) integración de la Comisión Especialísima por parte del Congreso, 3) informe de admisibilidad de la Comisión Especialísima de Juicio Político en el término de 5 días, 4) admisión de la acusación por el Congreso, 5) sustanciación del proceso ante la Comisión Especialísima observando las reglas aplicables a la Comisión de Fiscalización en otros procesos de fiscalización, 6) moción de censura presentada con el respaldo de 20 diputados debidamente firmada y reconocida, 7) designación de tres diputados acusadores por parte de quienes respaldaron la moción de censura, 8) audiencia en el pleno del Congreso para que se defienda el acusado frente a los tres acusadores, 9) censura y destitución resuelta por el Congreso mediante votación nominal de las dos terceras partes de diputados, 10) de haber mérito, envío de

los antecedentes al juez competente.

12.- El Presidente acusado debe comparecer personalmente a la audiencia final. En las demás etapas del juicio político puede comparecer por intermedio de delegados (Arts. 101 y 94 de la LOFL).



* (1962) Diputado por Tungurahua y Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso. Ex - Alcalde de Ambato y Presidente de la Asociación de Municipios del Ecuador. Profesor universitario de derecho constitucional comparado. Su último libro se titula la "Legitimidad de la Justicia Constitucional". Doctor en Jurisprudencia por la PUCE, Master en Gobiernos Comparados por London School of Economics, estudios avanzados en derecho constitucional Comparado en Lovaina (K.U.L.) y Estados Unidos (Lafayette College).

LA NECESARIA REFORMA AL ARTÍCULO 58 DEL CÓDIGO PENAL

Ab. Élmer Ordóñez Calero

"Ninguna mujer embarazada podrá ser privada de su libertad ni será notificada con sentencia que le imponga penas de prisión o de reclusión, sino noventa días después del parto"

Es necesario resaltar la magnífica intención del legislador al preocuparse y dar protección a la mujer embarazada, por ende proteger la vida del niño que está por nacer, así como lo menciona el Código Civil ecuatoriano en su Art. 61 el cual señala la protección de la vida del nasciturus.

La Constitución Política de la República del Ecuador en su Art. 47 de igual manera se refiere a los grupos vulnerables y la atención prioritaria, preferente y especializada a las mujeres embarazadas.

El Art. 58 del Código Penal ecuatoriano vigente protege a la mujer embarazada, es decir, la Ley protege la vida del que está por nacer y el Juez deberá tomar todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del que está por nacer.

Últimamente la ciudadanía en nuestro país se encuentra alarmada por el incremento de la delincuencia, debido a la crisis económica, política, social y moral; a esto se suma algunas disposiciones de la legislación penal, que amparan a ciertas personas por su condición y estado, para no ser detenidas por el cometimiento de algún delito.

En todas las provincias del Ecuador existen bandas organizadas de antisociales compuestas por mujeres embarazadas dedicadas a perpetrar distintas clases de delitos; para esto, hay delincuentes que reclutan mujeres en estado de gestación, que por lo regular suelen ser jóvenes sin trabajo o que han sido abandonadas por sus esposos y que necesitan dinero para su propia subsistencia y de su familia.

En la práctica lo que ocurre es que cuando estas mujeres son sorprendidas en delito flagrante, manifiestan encontrarse embarazadas mostrando certificados médicos. Los agentes de Policía las llevan ante el Agente Fiscal y explican la situación, quien dispone el traslado inmediato a cualquier hospital o centro médico a fin de que les practique los exámenes médicos correspondientes; después de comprobar su embarazo, el Agente Fiscal lo único que puede hacer es ponerlas en libertad, no sin antes receptar su versión en presencia del abogado patrocinador, ya que el artículo 58 del Código Penal vigente, habla de la protección a la mujer en estado de gestación.

La intencionalidad del legislador de amparar a la mujer embarazada lo cual es plausible desde todo punto de vista, ha sido tergiversada, mal utilizada y aprovechada por los delincuentes que utilizan a las mujeres en estado de gravidez quienes amparadas por el artículo 58 del Código Penal, cometen toda clase de delitos; motivo por el cual no es recomendable continuar con su aplicación ya que después de los noventa días después del parto han cambiado de domicilio y es imposible su ubicación.

Este artículo ha causado inconvenientes a los Jueces Penales, Agentes Fiscales, Policía y ciudadanía, ésta última que es la perjudicada y que no entiende el por qué del contenido de nuestras leyes, no sabe a que autoridad acudir y denunciar estos hechos, con el propósito de que su caso no quede en la impunidad.

Efectivamente los representantes de la patria nunca se figuraron los inconvenientes que estas normas jurídicas causarían a futuro, al parecer no se imaginaron que podrían existir bandas organizadas de antisociales integradas por mujeres embarazadas y que en la actualidad mantienen en zozobra a nuestra indefensa ciudadanía.

El Art. 171 del Código de Procedimiento Penal habla de la sustitución cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o encausado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto, disposición que muy pocas veces es aplicada por el juez o tribunal, ya que los seis miembros policiales uniformados que se utiliza para vigilar a una delincuente en su domicilio, podrían estar en las calles dando protección a la ciudadanía que tanta falta le hace.

En los países de Sudamérica, sus Códigos Penales no hablan de amparo a la mujer embarazada, pero en la mayoría de ellos coinciden en lo referente a la prisión preventiva y que podrían ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de 60 años o enfermos; de esta manera la ley confirma su tratamiento menos riguroso con una simple detención domiciliaria, posibilidad negada al penado con reclusión.

Según las estadísticas se desprende que la mayoría de mujeres en estado de gestación que han sido aprehendidas en delito flagrante, han sido reclutadas para integrar poderosas bandas delincuenciales dedicadas al cometimiento de delitos, así lo demuestra los informes de la Dirección Nacional de la Policía Judicial e Investigaciones de la Policía Nacional.

No es menos cierto que la disposición del artículo 58 sin duda que favorece a la mujer embarazada, especialmente a quien ha sido sorprendida en delito flagrante.

Es por esto necesario reformar de manera urgente el artículo 58 del Código Penal vigente, procurando entender que las mujeres embarazadas, de igual manera deberían ser privadas de su libertad y notificadas con sentencia, pero para esto es necesario, que en cada provincia del país se cree un centro de rehabilitación social donde puedan permanecer mientras se encuentran privadas de su libertad y que sean atendidas por médicos especialistas; si no se ha creado, por lo menos se designe un lugar específico para ellas y con atención médica necesaria, a fin de preservar la vida del niño que está por nacer; y, que el arresto domiciliario sea para la mujer embarazada honesta que por circunstancias de la vida infringió la Ley.

Con la reforma del Art. 58 del Código Penal vigente se pretende que la mujer antisocial tome conciencia del rigor de la Ley, renunciando a su intención de embarazo no deseado para cometer delitos y por ende disminuir el índice del aborto consentido; además que no existan tantos delitos que queden en la impunidad, ya que nuestro ordenamiento jurídico no se ajusta a la realidad actual.

Con la reforma antes mencionada, se pretende una verdadera administración de justicia y la mujer antisocial embarazada se sancionada con la pena de acuerdo a la infracción cometida, ya que la Ley rige para todos por igual, además que la ciudadanía ecuatoriana se va sentir protegida frente a este grupo de antisociales.

Finalmente con la creación de centros de rehabilitación social especiales en el país donde puedan permanecer las mujeres embarazadas que han cometido delitos y la atención médica necesaria, se preservará la vida de la madre y la del niño que va a nacer.

IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION Y LA PENA EN LOS DELITOS DE ASESINATO

Fabrizio Betancourt Ordóñez¹

Justificación:

El reactivar un caso en materia penal, que afecto a la familia hace 10 años, y que por nuestra corta edad estuvimos impedidos de estar vigilantes del proceso, que por ley estaba obligado el Estado a perseguirlo, hemos reflexionado que la prescripción no borra un delito tan grave que atenta contra el principal derecho humano "LA VIDA".

Después de haber investigado con el fin de escoger un tema específico para mi tesis, descubrí, que acerca del tema "Imprescriptibilidad de la pena y acción en los delitos de asesinato", no se han realizado estudios específicos sobre el problema de investigación planteado, por lo que es de mi interés no solo personal y académico, sino profesional aproximarme al objeto de estudio, aprehenderlo y analizarlo para que los resultados puedan servir como pauta para una posible reforma normativa en el Código Penal Ecuatoriano.

Es de vital importancia regular correctamente la prescripción e imprescriptibilidad en los delitos graves, "no resulta sensato a la ciencia jurídica que un delito de reclusión menor prescriba en el mismo tiempo que un delito de reclusión mayor especial²" como por ejemplo: (ASESINATO), esto permitirá que por su importancia el fiscal representante del Estado tenga un mayor tiempo para perseguirlos, y se disminuya la comisión de nuevos delitos de este mismo tipo que no quedarán en la impunidad.

HISTORIA

Los autores en general sostienen que la prescripción se origino en Roma en la época del emperador Augusto (año 18 a. C.), con la "lex Iulia de adulteriis". Sin embargo, la institución ya era conocida por los griegos, quienes la admitían tan solo para la acción penal y con exclusión de algunos delitos declarados imprescriptibles.

En la Edad Media, en general, se admitieron los principios romanos sobre la prescripción de la acción penal, salvo en el derecho inglés que no la admitió. Y en el derecho penal alemán, en la que fue desconocida en ese entonces.

Los Romanos, Griegos y otras culturas conocieron la prescripción de la acción, pero desconocieron la prescripción de la pena la misma que sobre la base de la jurisprudencia existente nace como ley a partir de la Revolución Francesa en el año de 1791, la cual fue recogida por el "Code des délits et des peines". Posteriormente la institución jurídica de la prescripción se difundió en los códigos modernos, siendo acogida por algunos países como por ejemplo Ecuador, aunque en otros cabe anotar que esta institución no tubo gran influencia, es el caso países anglosajones como Inglaterra donde la prescripción de la acción no se la conoce, la que resulta al menos teóricamente imprescriptible.

¹ Código Penal, Art. 101 Inc.5 dice: En los mismos delitos de acción pública de haber enjuiciamiento iniciado antes de que aquellos plazos se cumplan, la acción para continuar la causa prescriba en los mismos plazos, contados desde la fecha del autocabeza de proceso.

La Prescripción.

Para comenzar con el presente estudio es necesario partir de conceptos generales de la prescripción en materia penal, Francisco Muñoz Conde la define como: "una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos"³

El tratadista Guillermo Torres de Cabanellas dice que la prescripción es; "La extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo sin perseguir el delito o falta; o luego de quebrantada la condena"⁴

Aunque estos dos conceptos no han sido completamente aceptados por estudiosos del derecho penal como Frank, Oscar Vera y otros, sostienen que la responsabilidad jurídica no se extingue por el transcurso del tiempo; "en razón de que no es algo que se inicia, luego cesa o termina por causa alguna"⁵, en virtud de que la responsabilidad se determina por un hecho que prueba la culpabilidad o no del imputado.

De lo dicho la responsabilidad penal de una persona no cesa porque opera la prescripción, ello tiene su fundamento en la imputabilidad, es decir en la responsabilidad de la acción o omisión que constituyó el delito, y el hecho subjetivo que se le atribuye a una persona no cambia por el transcurso del tiempo porque los hechos pasados no se pueden modificar.

Lo que en realidad cesa por el transcurso del tiempo, es la posibilidad de que el órgano judicial declare en el proceso penal, la responsabilidad penal del imputado por un delito específico.

El Dr. Ricardo Vaca, recogiendo los términos utilizados por CABANELLAS, da una definición más acertada de la prescripción, con la cual concuerdo, y dice; "debido a la renuncia, abandono, desidia, inactividad del órgano jurisdiccional, caduca y se extingue de modo extintivo el derecho que tiene el Estado para verificar procesalmente la existencia de un delito, identificar a los responsables, declarar su culpabilidad en sentencia y sancionarlos"

Para entender mejor el tema que empezamos analizar tenemos que dejar en claro los conceptos principales de la institución jurídica de la prescripción como forma de extinguir derechos y obligaciones en materia penal, con el fin de entender de forma clara y precisa la importancia que tiene el estudio de la prescripción penal en nuestra legislación.

Por tal razón tratadistas del derecho penal acertadamente definen los conceptos principales de esta institución, a la cual la dividen didácticamente de la siguiente manera con el fin de tener un punto de partida del tema que vamos a tratar.

Prescripción de la acción.-

Es una de las causas de extinción del derecho de persecución nacido como consecuencia de una infracción alguna de las normas protegidas por el Derecho penal⁶

Prescripción de la pena.-

Extingue la potestad punitiva después de haberse impuesto una pena que no ha llegado a efectivarse o cuando su efectivización se ha interrumpido por la fuga del condenado⁷

³ Francisco Muñoz Conde. Teoría General del Delito, Colombia, edit. Temis, 1999, p. 136.

⁴ Torres Cabanellas. "Guillermo". Diccionario Jurídico Elemental, Argentina, edit. Heliasta, 1998, p. 316.

⁵ Ricardo Vaca Andrade, Manual de Derecho Procesal Penal, t. 1, Ecuador, Corporación de Estudios y publicaciones, 2003, p. 235.

⁶ Enciclopedia Jurídica Orbea, 1989.

⁷ Oscar Vera Barros. La Prescripción Penal en el Código Penal, Argentina, Bibliográfica Argentina, 1969, p. 68.

Prescripción del delito.-

Extinción que se produce por el solo transcurso del tiempo, del derecho a perseguir o castigar a un delincuente, cuando desde la omisión del punible hasta el momento en que se trata de enjuiciarlo se ha cumplido el lapso marcado por la ley⁶

DOCTRINA ACERCA DE LA PRESCRIPCIÓN E IMPRESCRIPTIBILIDAD

Posición Afirmativa.

Las teorías que están a favor de la prescripción de la acción y de la pena, pueden agruparse en tres ordenes; a) Teorías penales; b) Teorías extra penales; c) Teorías mixtas o de ambos géneros de razones.

A. Teorías penales

Estas teorías de la prescripción están fundamentadas con argumentos de los que se encuentran dentro del propio derecho penal, y son las siguientes:

1. Teoría del olvido del hecho. Los que integran este primer grupo, sostienen que con el transcurso del tiempo, la sociedad y posiblemente el particular han olvidado el delito ya que este es un hecho lejano y talvez olvidado.
2. Teoría de la corrección. Los que defienden esta teoría dicen que el tiempo ha tenido la virtud de corregir al autor del delito, presumiendo que no resulta necesaria la imposición de la pena pues el transcurso del tiempo ha realizada la finalidad que persigue el castigo.

B. Teorías extra penales

Otros tratadistas que estudian esta institución aducen fundamentos extrapenales de orden procesal, como los siguientes:

1. El carácter transitorio de la prueba debilita o extingue las pruebas del delito por el transcurso del tiempo.
2. Fundamentan en que el único argumento válido para la prescripción es el transcurso del tiempo que cancela la legitimidad y la conveniencia de la pena.

C. Teorías mixtas

Estas teorías como su nombre mismo lo indica se valen tanto de argumentos de orden penal como de orden procesal, a continuación voy a explicar los rasgos más importantes de estos pensamientos doctrinales mixtos.

1. El olvido del delito hace cesar el interés social en la punición, al desaparecer la alarma social, por lo que la ejecución de la pena carecería de ejemplaridad. También pone al acusado en la imposibilidad de justificar su inocencia sobre imputaciones que pudieran ser falsas dependiendo del caso.

La Posición Negativa

Niega la prescripción por ser contraria a la naturaleza de la pena, ya que constituye la negación al principio de que a todo delito corresponde la aplicación de una pena como su consecuencia necesaria e inevitable.

⁶ Torres Cabanellas, "Guillermo", Diccionario Jurídico Elemental, Argentina, Heliasta, 1998, p. 317.

Además sostiene que resulta peligrosa para el orden y seguridad social, importa una prima a los delincuentes más hábiles y una garantía de impunidad.

- **Escuela Positiva**, considera que la prescripción es una institución protectora de los criminales.

- **El nacionalsocialismo**. Se funda en el carácter permanente de la culpabilidad, lo cual impide que la punibilidad de un hecho pueda desaparecer con el transcurso del tiempo. Reimer, distingue en delitos graves (que merecen la pena de muerte o reclusión), de aquellos otros de gravedad mediana o pequeña. Los primeros deben estar sujetos siempre a la coacción de la persecución penal, por cuanto nadie puede sacar para sí, una ventaja del hecho de haberse sustraído, durante años, a la expiación de un delito. Pero el Estado, agrega, después de un periodo de tiempo puede decidir (derecho de gracia), mediante el examen de cada caso particular, si conviene prescindir de la ejecución de la pena.

Fundamentos de la teoría negativa:

1. Prescripción contradice los principios del derecho penal desde que importa una esperanza de impunidad que alienta al hombre al delito.
2. Debilita el efecto intimidatorio de la pena.
3. Se opone al principio fundamental de que ningún delito puede quedar impune.
4. Constituye premio a delincuentes más hábiles que han conseguido eludir la acción de la justicia.
5. Al importar una garantía de impunidad, es una incitación al delito.
6. La culpabilidad es de carácter permanente, por eso no puede ser afectada por el simple transcurso del tiempo.

Imprescribibilidad de la Pena

Si bien se puede admitir que el olvido podría generar una renuncia del Estado a castigar la infracción, tal renuncia no es admisible al tratarse de una pena impuesta por sentencia firme, pues ello importaría la quiebra de la cosa juzgada, cuyo principio debe mantenerse por imperiosa exigencia del orden jurídico del Estado.

LA PRESCRIPCIÓN DEL ASESINATO

DERECHO A LA VIDA

Santo Tomás define a la vida de la siguiente manera: "aquella actividad intrínseca del ser en cuya virtud este se mueve a sí mismo"

Según el tratadista ecuatoriano García Falcóni Puig: "la vida es la energía interna que permite al hombre desarrollar su existencia", es el primero de los bienes jurídicos de la persona humana y el atributo esencial para gozar de otros derechos"



La declaración de los derechos humanos de la ONU 1948, la Convención de los Estados Americanos y otras legislaciones en el ámbito mundial consideran que la vida es el derecho fundamental de la persona humana que te permite gozar de tus otros derechos.

De tal forma el derecho a la vida constituye el mayor bien que posee el ser humano, y por eso el primer deber del Estado es proteger la vida de sus asociados y esta obligación implica el reprimir a quien cause a otro la muerte o un daño en su integridad personal

Teniendo en claro la explicación anterior es innegable que el delito de asesinato el cual nos interesa para esta investigación se constituye como uno de los delitos más repudiados desde épocas muy antiguas hasta nuestros días, por la sociedad, este delito es el que más gravemente atenta contra el derecho a la vida, por la conmoción que causa en la sociedad.

El Código Penal Ecuatoriano explica que el asesinato⁹ consiste en matar intencionalmente al sujeto pasivo con alguna de las circunstancias siguientes: maldad extrema; a traición o alevosamente; mediante precio; con premeditación o con ensañamiento; valiéndose de inundación, incendio o veneno.

Código Penal

La prescripción de las infracciones reguladas en el Código Penal¹⁰ trata la prescripción de la acción y la pena, de forma un tanto complicada según el Dr. Ricardo Vaca, explica que la prescripción penal depende no solo del transcurso del tiempo sino, además, de otros factores, como son: a) La clase de delitos de que se trate (si es de acción pública o de acción privada); b) Si se ha iniciado o no el proceso penal; y, c) Si es un delito reprimido con prisión o con reclusión.

Si no se ha iniciado la acción penal para perseguir el delito (asesinato) prescribe en quince años, y el plazo de prescripción se empieza a contar a partir de la fecha en que se cometió la infracción. Para clarificar con un ejemplo: si la persona "B" ha cometido un asesinato el 30 de noviembre del 2003 y no se ha iniciado proceso penal alguno hasta quince años después, ya no se podrá hacerlo luego por haber operado la prescripción.

Pero si el proceso penal en el delito (asesinato), se ha iniciado antes de que los quince años de plazo se cumplan, la acción¹¹ para continuar la causa prescribirá, pero para empezar a contar el plazo se iniciara desde la fecha en que se dictó auto cabeza de proceso¹².

⁹ El Código Penal en el Art. 450. sanciona este delito "... con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años...."

¹⁰ El Código Penal en el Art. 101 inc. 4 dice: "... tratándose de delitos reprimidos con reclusión mayor especial, la acción para perseguirlos prescribirá en quince años...."

¹¹ El Código Penal en el Art. 101 inc. 5 dice: "En los mismos delitos de acción pública de haber enjuiciamiento iniciado antes de aquellos plazos se cumplan, la acción para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos, contados desde la fecha de auto cabeza de proceso"

¹² Ricardo Vaca, Manual de Derecho Procesal Penal. t. 1, Cap. X, p. 237, expresa: "... como en el nuevo sistema procesal penal ya no existe esta providencia judicial, según nuestro criterio, los plazos deberían contarse desde la fecha de la Resolución Fiscal con la que se inicia el proceso penal...."

El Congreso Nacional en la reforma parcial al Código Penal el año 2003, específicamente del Art. 101.- Inc. 5, no reemplaza la providencia del autocabeza de proceso por la Resolución del fiscal.... Cabe preguntarnos Como en el futuro la Corte Suprema de Justicia llenara esta omisión para que no exista confusión legal? ; con respecto al inicio del plazo de prescripción de la acción en los delitos de acción pública (asesinato)

La prescripción de la pena privativa de la libertad en el delito de asesinato¹³ prescribe a en un tiempo igual al de la condena, "... comenzará a correr desde la media noche del día en que la sentencia quedo ejecutoriada y se imputara al tiempo necesario para la prescripción el que el delincuente hubiera estado recluso, preso o detenido por motivos del mismo delito¹⁴" para entenderlo de manera practica propongo este ejemplo; La persona "A" comete un asesinato el 30 de noviembre del 2003, después de un año de prisión es condenado en sentencia a 20 años de reclusión mayor especial, así que escapa de la penitenciaría "García Moreno"; el delito que "A" cometió prescribe en veinte años, pero se imputa a ese tiempo el que estuvo detenida por delito de asesinato, luego de los 20 años la justicia no podrá castigar a "A".

Código Penal de la Policía Civil Nacional

El Código Penal de la Policía Civil Nacional en el Art. 93. - señala que; " La acción penal para perseguir un delito háyase o no iniciado el enjuiciamiento prescribe después de haber transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para cada delito.... , no pudiendo exceder el plazo de prescripción de doce años.....", es decir pese a que el asesinato es reprimido con la pena mínima de 12 y máxima de 16 años de reclusión mayor extraordinaria, el plazo de prescripción de la acción no puede exceder de doce años, a pesar de ser delito de asesinato.

El plazo de prescripción de la acción se empieza a contar desde la media noche del día de la acción u omisión, de la fecha en que se cometió la infracción. Para clarificar la norma propongo un ejemplo: la persona "B" cometió un asesinato el 25 de noviembre del 2001, aunque se ha iniciado o no proceso penal alguno en contra de "B", hasta doce años después, no se podrá iniciar o continuar con el enjuiciamiento después de doce años por haber operado la prescripción.

La prescripción de la pena privativa de la libertad por delito prescribe en un tiempo igual al de la condena (asesinato¹⁵), y "... comenzará a correr desde la media noche del día en que la sentencia quedo ejecutoriada¹⁶ y se imputara al tiempo necesario para la prescripción el que el delincuente hubiera estado recluso, preso o detenido por motivos del mismo delito¹⁷", la prescripción en

¹³ Código Penal, Art. 450. - "Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años...."

¹⁴ Código Penal, Art. 107 Inc. 2.

¹⁵ EL Art. 228. - del Código Penal de la Policía Civil Nacional dice: " Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor extraordinaria, ..."

¹⁷ Guillermo Cabanellas de tores, Diccionario Jurídico Elemental, define a la Sentencia ejecutoriada como: "La que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, la sentencia firme, por no haber contra ella sino el recurso extraordinario de revisión"



este caso se rige igual a lo explicado anteriormente en el Código Penal, salvo en los plazos de prescripción de la pena que se establecen de acuerdo a la condena

Código Penal Militar

La norma adoptada por nuestro código para establecer los plazos de prescripción, depende de si la infracción es un crimen o un delito

De la prescripción de la acción penal para perseguir los crímenes y delitos de forma general se ocupa los artículos 73 y 79 del Código Penal Militar. Los crímenes (asesinato¹⁸) prescriben en diez años y los delitos en cinco años, y comenzara a correr desde el día de su perpetración; pero si se hubiera iniciado el juicio respectivo, el tiempo para la prescripción empezara a contarse desde la última diligencia judicial.

La prescripción de las penas¹⁹ privativa de la libertad por los crímenes y delitos prescriben a en un tiempo igual al de la condena (asesinato) y dos años más "... contados desde la fecha en que la sentencia que las impuso quedo ejecutoriada²⁰ y se imputara al tiempo de la prescripción el que el delincuente prófugo hubiera estado prófugo", la prescripción en este caso se rige igual a lo explicado anteriormente en el Código Penal, salvo en los plazos de prescripción de la pena que se suma a lo de la condena dos años más.

Interrupción de la prescripción

Concepto.-

Es aquella que "borra, cancela el tiempo ya transcurrido, lo hace caducar, de modo que después de la aparición de la causa interruptiva, empieza a correr un nuevo termino²¹

El Código Penal y el Código Penal de la Policía Civil Nacional regulan literalmente igual la institución de interrupción a la prescripción, en los artículos 108 y 99 que dicen:

"Tanto la prescripción de la acción como de la pena se interrumpen por el hecho de cometer el reo²² otra infracción que merezca igual o mayor pena, antes de vencerse el tiempo para la prescripción"

Es decir si el reo comete un delito de igual o mayor pena el tiempo ya transcurrido se caduca, de modo que después de la aparición de la causa interruptiva, empieza a correr un nuevo término. Para clarificar la norma propongo un ejemplo: la persona "B" cometió un asesinato el 1 de enero de 1996, aunque se haya iniciado o no proceso penal alguno, luego de 8 años "B" comete un segundo asesinato, este delito de igual pena borra o cancela el tiempo transcurrido desde la fecha de la primera infracción, de modo que empieza a correr un nuevo plazo de prescripción de la acción y de la pena.

¹⁸ Art. 98 - Inc. 2, Código Penal de la Policía Civil Nacional

¹⁹ El Art. - del Código Penal Militar dice: " Los que causare la muerte a una persona, con alguna de las circunstancias agravantes determinadas en el artículo 27, serán responsables de asesinato y serán sancionadas con reclusión mayor extraordinaria y expulsión de las Fuerzas Armadas"

²⁰ El Art. 76. - Código Penal Militar dice: Las penas privativas de la libertad prescriben en un tiempo igual al de la condena y dos años más, contados desde la fecha en que la sentencia que las impuso quedo ejecutoriada

²¹ Art. 76 - Inc. 1, Código Penal Militar.

²² Oscar Vera Barros, La Prescripción Penal en el Código Penal, Edt. Bibliografica Argentina, p. 122.

En nuestra legislación penal opera un plazo legal de interrupción a la prescripción de la acción y la pena de forma general para toda clase de delitos, como por ejemplo; el asesinato.

La interrupción de la prescripción de las acciones y penas en el Código Penal Militar se diferencia porque se produce por tres incidentes relacionados directamente al reo; a) su presentación; b) su aprehensión; y, c) y por el hecho de cometer otro crimen o delito.

El Código Penal común, policial y militar no aclara en que momento se inicia el plazo de interrupción de la prescripción, al respecto el tratadista Oscar Vera Barros dice: "el comienzo de la nueva prescripción se inicia desde la media noche del día en que se cometió el delito interruptor" es decir en la practica se inicia al día siguiente de cometido el delito interruptor.

También no aclara si la infracción que se comete, puede interrumpir la prescripción, aunque se fundamente solo en; sospechas, presunciones, indicios y pruebas, en contra del sujeto pasivo, favorecido por la prescripción. Tampoco se señala que tipo de providencia judicial seguido en otro proceso penal por cometer un delito de igual o mayor pena, interrumpen la prescripción de la acción y de la pena privativa de la libertad.

Estos tres vacíos legales subsisten de forma general para todas las infracciones como por ejemplo el delito de asesinato

Conclusión:

Nuestras leyes no gradúan correctamente la prescripción de acuerdo a la gravedad del delito, ni tampoco declaran imprescriptible cierta clase de delitos de fuerte daño moral, social e individual como por ejemplo; asesinato, lo que ha provocado que la ley penal disminuya su efecto preventivo, como consecuencia el individuo ha reducido la confianza en la tutela jurídica del Estado, garante de los derechos fundamentales; como por ejemplo; La vida.

El realismo jurídico en torno ha este problema, se lo demuestra al comparar nuestra legislación con otras legislaciones como; Española, Alemana, Italiana, Colombiana y de Dinamarca, que declaran en sus leyes mayores plazos de prescripción para los delitos de reclusión (asesinato) y en ciertos casos los declaran imprescriptible de acuerdo a la gravedad, numero de victimas y otras circunstancias. Esto provoca un retroceso en desarrollo del derecho Penal Ecuatoriano frente a otras legislaciones y lo que es aun peor la impunidad de muchos delitos de asesinato.

A pesar de que en el Código Penal, LIBRO I, TITULO IV, CAPITULO III, existen normas sobre la prescripción de la pena y de la acción que determina un periodo de tiempo para perseguirlos por parte del Fiscal y con ayuda del Acusador, esto no es suficiente ni equivale al tiempo de la condena en caso de ser capturado.



La norma del Código Penal en el Art. 101, Inc. 5 al referirse a la prescripción de la acción de los delitos de acción pública en los que se haya iniciado enjuiciamiento, es muy general, al establecer igual plazo de prescripción para todos los delitos sancionados con reclusión, y no distingue por la gravedad del delito, que el mismo cuerpo legal instituye según la pena; tampoco establece distintos plazos de prescripción según los tipos de reclusión:

1. Reclusión Mayor²³

2. Reclusión Menor²⁴

Este tipo de delitos pese a ser procesos de acción pública, es decir que la ley obliga al Estado a perseguirlos por la grave trasgresión legal y conmoción social que provocan, en su mayoría no se han podido resolver por procesos engorrosos, normativa blanda, ineficaces investigaciones que no permiten llegar a la captura del sujeto activo del delito, esto ha provocado que muchos juicios seguidos contra autores de asesinato prescriban y queden en la impunidad.

Las últimas reformas al Código Penal son insuficientes, pese a aumentar los plazos de prescripción de la pena y la acción en los delitos sancionados con reclusión, no es correcto jurídicamente aplicar a un delito sancionado con reclusión mayor especial el mismo plazo de prescripción de uno sancionado con otra pena, es ilógico por su gravedad.

Todo esto ha provocado que muchos delitos de asesinato queden sin castigo, a causa de los efímeros plazos de prescripción que en cierto modo indultan a los delincuentes.

Para intentar solventar en algo este grave perjuicio que sufre la víctima, los ofendidos determinados en el Art.- 68 C. P. P y la sociedad que en cualquier momento puede ser despojada de su derecho a vivir, por el breve tiempo que la ley otorga para la prescripción de delitos sancionados con reclusión mayor especial es necesario regular científicamente atendiendo a la pena conminada en la ley, es decir en función de la gravedad de las penas en una diferenciación específica en gradación de la prescripción e imprescriptibilidad, según la gravedad de los tipos de delitos de asesinato.

Los únicos cuerpos legales que dan una solución al señalar puntualmente cuales son los delitos imprescriptibles por la gravedad, interés y conmoción social que causa es la Constitución política²⁵, Código Penal Militar²⁶ y el Código Penal de la Policía Civil²⁷

²³ Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, dice lo siguiente: "En tanto que adjetivo: criminoso, culpado, acusado, objeto de cargos. Durante el proceso penal, el acusado o presunto autor o responsable. Después de la sentencia, el condenado."

²⁴ Art. 53. Código Penal dice: "La reclusión mayor, que se cumplirá en los Centros de Rehabilitación Social del Estado, se divide en: a) Ordinaria de cuatro a ocho años y, de ocho a doce años; b) Extraordinaria de doce a dieciséis años, y, c) Especial de dieciséis a veinticinco años.

²⁵ Art. 54. - La reclusión menor, que se cumplirá en los establecimientos precitados, se divide en ordinaria de tres a seis años y de seis a nueve años, y en extraordinarias de nueve a doce años.

²⁶ Art. 121 Inc. 2. "Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, ..."

²⁷ Art. 72. - "Tanto la acción como la pena, para perseguirlos o sancionar el crimen de alta traición a la Patria, son imprescriptibles"

²⁸ Art. 104. - "La acción para perseguir el delito de traición a la patria y la pena impuesta por este delito son imprescriptibles"

Finalmente propongo que la prescripción tenga el mismo tiempo que la condena máxima en el delito de asesinato.

Planteo que los plazos en la prescripción de la acción y la pena se acumulen, en caso de que el imputado cometa el delito de asesinato en más de 1 persona, y de ser posible la imprescriptibilidad en caso de asesinar a más de dos personas (asesinato múltiple)

Bibliografía

- Vera Barros Oscar, La prescripción penal en el código penal, edit. Bibliográfica Argentina, Bs. As, Argentina, 1960.
- Puig Peña, Federico, Derecho Penal, edic. V, t. II y III, Ediciones Nauta S. A, Barcelona, España, 1959.
- García Falcón, Puig, Los juicios por los delitos de homicidio y asesinato, Quito, Ecuador, 1994.
- Vaca Andrade, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, edic. 2, t. II, Corporación de Estudios y publicaciones, Ecuador, 2003.
- Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, edit. Temis, Bogota, Colombia, 1999.
- Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, edit. Heliasta, Argentina, 1998.
- Ernesto Albán Gómez, Régimen Penal Ecuatoriano. Corporación de estudios y publicaciones, Ecuador, 2003.
- Constitución Política, Corporación de estudios y publicaciones, Ecuador, 2004.
- Código Penal, Corporación de estudios y publicaciones, Ecuador, 2004.
- Código Penal Militar, Corporación de estudios y publicaciones, Ecuador, 2004.
- Código Penal de la Policía Civil Policial, Corporación de estudios y publicaciones, Ecuador, 2004.
- Código Penal Alemán, Buenos Aires, traducida al español por Ediciones Depalma, 1976. pp. 72- 76.
- Enciclopedia Jurídica Omeba, edit. Bibliografica Argentina, Bs. As., Argentina, 1989.



¿ES POSIBLE QUE SE CONFIGURE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO A TRAVÉS DE LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO?

Dr. Cristian Zambrano R.

Para ambientarnos en el tema propuesto cito la sentencia Argentina del 30 de diciembre de 1985 dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo dividido confirmó la sentencia condenatoria emitida por la Cámara de Apelaciones de fecha 09 de diciembre de 1985 con ocasión del juzgamiento a los integrantes de las tres primeras juntas militares que gobernaron la República Argentina entre 1976 y 1982.

En esta sentencia se estableció que algunos de los ex miembros de las juntas militares, establecieron las siguientes órdenes con relación a la lucha contra la subversión terrorista; estas "órdenes" eran:

"[...]a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) una vez allí, interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vidas inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) efectuar todo lo descrito anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad y realizar operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier otra autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento; f) amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente[...]"

Esta sentencia se fundamentó en la teoría de Claus Roxin del dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder; y, por esta sentencia se condenó a los ex Comandantes como autores mediatos de todas las torturas, desapariciones, ejecuciones extrajudiciales que tales órdenes generaron en el periodo de tiempo indicado.

Poder significa, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la Lengua, "[...]Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo[...]. Tener facilidad, tiempo o lugar de hacer algo[...]. "[...]En sentido general, el poder es la presión ejercida por quienes tienen capacidad de imponer decisiones ante un conflicto de intereses[...]"². Para efectos de la presente exposición, sin perjuicio de lo mínimo manifestado, se debe tener en cuenta que siendo el derecho un instrumento del poder este se autoexcluye de

² Soriano, Ramón. Sociología del Derecho. Ariel Derecho. Barcelona. 1997. Pág. 319.

la sanción, sino tómesese en cuenta lo escueto de la tipificación, en cuanto al sujeto activo, del delito de peculado constante en el Art. 257 del Código Penal; esta elucubración, sin necesariamente ser el tema central, nos permitirá intentar hacer una extensión del tema propuesto a los aparatos organizados de poder no estatales económicos.

El tratadista Carlos Julio Lascano³, explica que la Teoría de Claus Roxin tuvo su origen en 1963 con motivo de las sentencias dictadas en el caso "Eichmann"⁴, por la cual estableció que "[...]el dominio del hecho por dominio de la voluntad no solo puede configurarse en virtud de la coacción o de error del ejecutor material de la conducta típica, sino también mediante la utilización de aparatos organizados de poder[...]". No obstante esto, el mismo Roxin⁵ reconoce que fue Hegler quien en el año 1915 utilizó por primera vez la expresión "dominio del hecho".

Según Enrique Bacigalupo⁶, el dominio del hecho no es un concepto de límites fijos sino que solo admite ser descrito; y, es así que dominio del hecho tiene quien concretamente dirige la totalidad del suceso hacia un fin determinado.

Se explica que la Teoría del Dominio [final⁷] del Hecho no tiene una solución uniforme, mucho más que es un concepto que entra en el estudio de la dogmática penal para explicar en todas sus partes el complejo problema de autoría en el derecho penal del cual se ha escrito extensamente y sobre lo cual existen teorías que son motivos de tomos completos en las obras de los tratadistas. Bacigalupo⁸ da cuenta del ámbito de la Teoría en estudio y enseña que esta involucra en primer lugar un dominio de la acción por el cual se patentiza la realización por sí de la acción típica; mientras que en segundo lugar encontramos el factor denominado dominio de la voluntad que integra los presupuestos para la existencia de la autoría mediata (el hecho realizado por "instrumentos") que son: 1. La coacción sobre el autor inmediato; 2. el aprovechamiento del error producido en el ejecutor; 3. La utilización de aparatos organizados de poder; y, 4. el dominio funcional del hecho dentro de la división de trabajo. Un aspecto esencial respecto del dominio del hecho es que quien ostenta este poder es quien tiene la capacidad de interrumpir el tipo, evitándolo.

Todo esto bajo la premisa que "[...]los hombres pueden realizar ciertos hechos a través de otras personas que actúan como instrumentos. La interposición de estas personas no impide en absoluto que aquellos aparezcan también

³ Lascano, Carlos Julio (h), Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales, Compilación Homenaje a Claus Roxin "Nuevas formulaciones en ciencias penales". Lerner. Pág. 351

⁴ Ex funcionario de la Alemania Nazi, que bajo una falsa identidad vivía en Argentina; quien por acción de los servicios de inteligencia israelíes fue secuestrado, llevado a Israel y tras un juzgamiento se lo condenó como autor de numerosos asesinatos judíos durante la segunda guerra mundial. Lascano ib.

⁵ Roxin, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. [Traductores: Joaquín Cueto Contreras y José Luis Serrano González de Murillo]. Marcial Pons, Madrid, 2000. Pág. 81

⁶ Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal. Temis-Ilanud. Bogotá. 1984. Pág. 185

⁷ Agregado del autor

⁸ Ibidem. Pág. 188



entonces como obra del hombre que actúa desde detrás[...]”⁹. Esta teoría tiene su auge en Alemania según las fuentes consultadas e incluso, Lascano¹⁰ reseña que: “[...]en los últimos años asistimos a un fenómeno expansivo de la jurisprudencia del máximo tribunal germano, que también ha basado en la teoría en estudio la responsabilidad como autores mediatos de los sujetos que actúan como órganos de representación y administración de una empresa, por los hechos delictivos realizados por quienes se encuentran ubicados en los niveles jerárquicos inferiores[...]”.

El tema de la autoría mediata ha suscitado gran controversia como se lo manifestó en líneas anteriores; pero, es común percibir que frente a ella se han establecido barreras de definición para diferenciarla de otros conceptos que resultan afines; y, es así que respecto de la autoría, la referencia es el hecho propio; mientras que, respecto de las otras formas de participación tales como la inducción y la cooperación, se hace referencia al hecho ajeno. Otro aspecto doctrinario es aquel sobre si el “instrumento” actuó de buena o mala fe [doloso], siendo así que en el primer caso se dice que actuó como un medio mecánico configurándose un caso de autoría mediata; y, en el segundo caso, ya no habría autoría mediata, el “instrumento” dejaría de ser tal convirtiéndose en un autor material de la infracción; esta reflexión se la aplica a los casos de tentativa para el mediato, quien en el supuesto de buena fe la origina desde que [empieza a] actúa[r] sobre el instrumento y, en el caso de mala fe o conducta dolosa del “instrumento” [Mittelperson] ya no estamos ante autoría mediata sino material que es lo propio del ejecutor.

Jakobs¹¹, expresa “[...]En la mayor parte de los delitos el autor puede servirse de otra persona instrumentalmente para la ejecución, y por eso ser responsable con prioridad sobre esa otra persona: autoría mediata, comisión mediante otro. La autoría mediata, hoy basada en la Ley, se creo para salvar laguna de punibilidad. El derecho antiguo suponía en la participación (inducción o complicidad) según la doctrina antes dominante, un hecho principal (culpable) (accesoriedad extrema), de modo que la intervención en hechos de inculpables sólo era posible en forma de autoría. Además, en los delitos especiales, en sentido estricto, no podía satisfacer que no se castigara al obligado especialmente que hace obrar para si a un no cualificado[...]” Esta cita, a parte de dar cuenta de una de tantas críticas al problema de la autoría mediata, reconoce que su existencia esta justificada por la necesidad de llenar un vacío de la ley penal, el cual no era satisfecho por las formas de participación

⁹ Hintermann citado por Gonzalo Rodríguez Mourullo. Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Paedille. Buenos Aires 1970. Pág. 565. Cita también una sentencia del Tribunal Supremo español del 31 de marzo de 1944 en la que se dice: “Es bien sabido que abundan los casos en que el que concibe la idea criminal y decide ponerla en práctica se vale de otra persona como mero instrumento que produzca el resultado apetecido, causante físico que será responsable cuando con plena conciencia de la trascendencia de sus actos los realice voluntariamente y no lo será si ajeno a la maquinación dolosa ejecuta esos actos inconcientemente y sin intención de cooperar al designio criminal, pero la cooperación de esta persona intermedia), sea o no responsable en la esfera penal, no aleja del proceso y exime de responsabilidad al que se sirve de ella, puesto que si esa doctrina prevaleciese se habría encontrado una fórmula para que los delinquentes se pusieran a salvo de las sanciones penales, sino que, por el contrario, la persona que ha utilizado a otra para los indicados fines, contrae la responsabilidad de autor”

¹⁰ Ibidem. Pág. 350

¹¹ Jakobs, Gunther. Derecho Penal. Parte General. Marcial Pons. Madrid. 1995. Pág. 720

tradicionales las cuales no permitían sancionar la infracción a un rol, hecho que se hallaba justificado por la misma ley.

La teoría del dominio del hecho por aparatos organizados de poder transluce la situación por la que el "instrumento", fuera de los casos de ser coaccionado o sometido al error sea de tipo, de prohibición, etc., es parte de una institución en la cual es simplemente un componente de ella sujeto de cambio en caso de no convenir a las directrices impartidas; y de ello surge el concepto de fungibilidad¹² del ejecutor, concepto que se relaciona mucho más con la idea de pieza cambiante dentro de la organización, lo cual brinda el dominio del hecho al autor de escritorio [mediato].

Los problemas que origina esta teoría, según la crítica, se relacionan específicamente con el papel que juegan quienes imparten la orden desde la cúspide de la organización; personalmente no creo que necesariamente los mandatos deban venir de la parte más alta o sobresaliente de la organización; sino que también puede provenir del interior de la organización en relación con personas que actuando por la organización, prevaliéndose de una situación de superioridad organizacional, se vale de inferiores, abusando de su rol, para ejecutar conductas antijurídicas que solo le benefician a la persona que se prevalió de su superioridad dentro de la organización entendida como un complejo de interrelaciones donde las que priman para efectos de la autoría mediata es la condición vertical de los mandos. Todos estos elementos se deben conjugar en sus actuaciones para que se produzca el tipo y la correspondiente responsabilidad.

En este sentido Lascano presenta una cita de Ambos Kai quien manifiesta: "[...]quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir órdenes o subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir una parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterios de otros la realización del delito[...]" A lo cual Roxin corresponde así: "[...]es irrelevante que el sujeto que actúa como 'eslabón intermedio' de la cadena de mandos, lo hagan por su propia iniciativa o en virtud de mandatos de las jerarquías superiores, porque lo único decisivo es la circunstancia de que pueda dirigir la parte de la organización que está subordinada sin tener que dejar a criterios de otros la realización del delito[...]"

En nuestro país, el Código Penal dispone en el Art. 42 lo relativo a la autoría y expresamente, a la letra, consta que:

Art. 42.- Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la

¹² Fungible: que se consume con el uso. Diccionario[...]



cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción [dominio del hecho funcional]; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.

Obviamente la norma penal no contempla como tal la figura del autor mediato; pero, coincidiendo con el criterio del Dr. Ernesto Albán¹³, se halla contemplado bajo la figura, no expresa por supuesto de Autores intelectuales; y, este tratadista apunta cuales son los requisitos que debe reunir el autor intelectual; los cuales son: "[...]1) que haya decidido o determinado la realización del delito; es decir que tenga el dominio de la voluntad; y, 2) que no lo haya ejecutado por sí mismo, sino que haya utilizado a otra persona para su realización; es decir, que no tenga el dominio del acto.- Cumplidos estos dos requisitos, para efectos de la sanción, el Código lo considera exactamente igual que el autor material[...]" ; se completa la cita con lo siguiente: "[...]Pero además, el Art. 42 establece una doble alternativa: i) que el autor intelectual se haya valido de otra u otras personas mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo[...]y en cuanto a la orden, esta deberá ser también fraudulenta, lo que significa que no solamente sería tal la orden falsa, sino además la que da el jefe de una banda delictiva a sus secuaces[...]" .

El último ejemplo de la cita es propicio; pero, ¿que pasa, cuando esas órdenes son dadas por un Presidente o alto ejecutivo de una institución financiera, a un empleado quien ejecuta operaciones bancarias [triangulaciones, creaciones de empresas fantasmas vinculadas que tienen por representantes legales a choferes y sirvientas de funcionarios bancarios, por ejemplo] por las cuales, sin éste último saberlo, se afecta patrimonialmente a los depositantes de dicha IFI?

En principio toda compañía es creada con fines lícitos y su existencia posterior es sujeta a los mismos; tanto así que la Ley de Compañías, Art. 3, prohíbe la formación y funcionamiento de las compañías contrarias al orden público, a las leyes mercantiles, y a las buenas costumbres (etc.). Esta premisa se aplica con mayor razón a las Instituciones del Sistema Financiero; pero, en la práctica, con los problemas de antaño experimentados por el sistema financiero, considero que se operó conforme la teoría de los aparatos organizados de poder, los cuales no son necesariamente estatales sino también privados y en esencia no necesariamente criminales sino legales y hasta legitimados en

¹³ Albán Gómez, Ernesto. Manual Régimen Penal Ecuatoriano. Ediciones Legales. Quito. Pág. 170

función del mandato de la ley y la confianza depositada por toda una sociedad.

Las órdenes fraudulentas, que son tales por el engaño que ocasionan a la misma ley, pueden tener diverso origen; y, nos ponen en la posición de plantear dudas y acreditar que, bajo las premisas de la teoría del dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder, es posible acreditar soluciones de autoría mediata para evitar la impunidad de quienes emiten tales órdenes que son cumplidas por personas que, actuando de buena fe, defienden un trabajo; este problema, reitero, se da en los casos de peculado bancario

La teoría de los aparatos organizados de poder se configura en el Código Penal, a través de las variantes que establece el Art. 42 del Código Penal contempladas bajo los textos: los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables. Esta amplitud, da lugar a la configuración de la teoría en estudio y presupone los elementos fundamentales de la teoría del dominio del hecho [final], tanto en el dominio de la acción como en el dominio de la voluntad con lo que se establece la autoría mediata aún bajo la denominación de nuestra tradición como intelectual.



LA LEY NO ES LA LEY

Oscar Terán Terán

Pertenezco a una generación que nació a la vida cívica bajo la dictadura más larga de nuestra historia y también testigo, desde 1979, de su más largo periodo constitucional. Soy uno más de la sufriente generación que emigra, sin entender lo que motivó el desencanto. Hoy me pregunto:

¿Por qué las dictaduras o los gobiernos democráticos no han servido para mejorar la situación?

La política: más de 10 partidos políticos han llegado a la Presidencia de la República, con los más disímiles pensamientos, edades, profesiones, temperamentos, que uno pueda imaginar; jóvenes o viejos, de distintas regiones; abogados, académicos, ingeniero, arquitecto, militar... En la política máxima diversidad. Con una constante, ningún partido ha repetido la experiencia. La ciudadanía no cae dos veces, siempre innova, para peor... La política entre el folklore y la crónica roja.

La economía: de veinticinco sucres para comprar un dólar, a veinticinco mill. El presupuesto del Estado desde 300 millones de dólares el año 1980 a casi 13.000. (Nadie sabe con precisión, pero sumando lo del gobierno central a las empresas públicas, organismos autónomos y seccionales, se bordea la cifra). Si el presupuesto es el sueldo que los ecuatorianos (algunos) pagamos a los gobiernos para que cumplan con su deber, resulta que en 25 años (a nuestro empleado gobierno de turno) se le ha multiplicado el salario por algo más de 60 veces, como si fuera un subordinado modelo. Sólo al empleado eficiente que con su labor mejora mi situación debo subirle el sueldo. Si somos 12 millones de habitantes y el gasto público es 13.000 millones de dólares, haga la cuenta. Si de esos 12 millones la población económicamente activa es la cuarta parte, haga la cuenta. Si Usted es de los que trabaja, le toca aportar algo más de 4.000 dólares cada año. Los ecuatorianos dedicados a pagar el gasto público. Esclavitud siglo XXI. Ahora ya sabe por qué somos pobres. La deuda externa pasó de prácticamente nada a que cada ecuatoriano desde que nace debe USD 1.250. Sumadas la producción del petróleo a la deuda externa se superan los USD \$ 60.000 millones, es decir 4 veces más de lo que costó la reconstrucción europea (plan Marshall) después de la segunda guerra mundial. El milagro de los panes y los peces, al revés...

Lo social: congelamiento (robo) de los depósitos de los ecuatorianos, feriado bancario, delincuencia en su máximo esplendor (ni encerrados en nuestras casas estamos seguros). Los emigrantes son cada vez más, la corrupción es tan cotidiana que ha dejado de ser noticia... perdió novedad. Territorios, leyes y jueces especiales para indígenas o afro-americanos, creando el racismo por Constitución, viva! el principio de igualdad ante la ley. Ciento sesenta mil



normas en la etapa republicana, de las cuales entre leyes, reglamentos, decretos, ordenanzas, circulares etc... están vigentes la mitad. El organismo encargado de producir leyes es el Congreso, es el que menos legisla (9%), lo grueso está en el Ejecutivo y en instituciones autónomas, son 72 los organismos que dictan normas obligatorias; en el 2003 una norma cada 20 minutos mientras que en Estados Unidos la gestación toma 4 años; esa sobreabundancia, ese desorden, es el marco en el que unos crean dificultades para luego vender facilidades. La selva legal provocando el desierto ético.

Siempre me negué a pensar que el Ecuador era un país condenado al fracaso, porque no hay predestinación, cada cual labra su porvenir. Además, países de similares características han emergido. En ciertos momentos creí que había identificado a los responsables, luego, los siguientes hechos destruyeron mi hipótesis. Descarté que se trate de las personas (finalmente, todas creo que habrán tenido buenas intenciones), también he descartado a los partidos políticos, a los grupos que ejercen poder o hacen presión. Es más, creo que todos se irán al cielo, si es que para ello cuentan sólo las intenciones y no las consecuencias de las acciones. Llegué a una conclusión obvia, que de tan obvia no la había logrado ver. Aquí recuerdo la anécdota del Presidente Clinton que se hizo famosa cuando alguien le aconsejaba que en la campaña electoral debe darle importancia a la política... Clinton le replicó: "Stupid it's the economy!"

Pero en el Ecuador no es la economía, es la ley. Hice el descubrimiento gracias a la lectura bien discernida de un texto, titulado "La Ley", de un francés, Frédéric Bastiat. Esa lectura provocó la necesidad de investigar un poco, de comparar la Ley de Bastiat y la ley de nuestro Código Civil. Textos que, siendo tan cercanos en el tiempo, ambos de mediados del siglo XIX, resultan abismalmente diferentes.

El primer artículo de nuestro Código Civil dice: "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite".

De ahí viene lo siguiente: ninguna materia está fuera del alcance del legislador; lo único que interesa es que se cumpla un procedimiento (no cuenta su contenido moral o inmoral); con la ley se manda, se prohíbe, se permite. (Dios nunca pidió tanto).

Si el poder de legislar es lo único que cuenta para hacer las leyes, el gobierno de turno, función ejecutiva o legislativa, hará leyes en procura de la felicidad en la tierra para el grupo de la influencia de turno. Los buenos deseos o las necesidades como la educación, la salud, la vivienda, el trabajo, el medio ambiente, etc..., convertidos en derechos por obra y gracia de la "declaración de la voluntad soberana". A nombre del bien común, el interés nacional, o cualquier otra fórmula utilizada –consciente o inconscientemente– por medio



de la ley unos mandan, permiten o prohíben, a los demás. Pobre ley, convertida en la herramienta de cualquier apetito.

Como ese poder de legislar no tiene límites y es utilizado para cualquier materia, basta con encontrar causas nobles y justas para que los medios no cuenten. El fin justificando los medios, Maquiavelo más vigente que nunca. Por este camino se llega a tal absurdo que lo que una persona no lo puede hacer, porque es delito, el grupo (el gobierno) sí lo puede hacer, por el bien común. Desde luego el bien común es interpretado por el que tiene el poder. Así el delito y cualquier arbitrariedad quedan, no solo legalizados, sino legitimados.

Por esta vía la mayoría o quien dice representarla impone su omnimoda voluntad al resto. Manda el representante de la mayoría sobre los demás. Este tipo de ley siempre será para que unos pocos se beneficien de ella. La ley convertida en el instrumento para que unos logren favores obligatorios (sometimiento) de los demás. Los seres humanos sujetos a pedir permiso para todo: trabajar, educarse, disponer de lo propio, comprar, vender, producir; sujetos a la confiscación permanente por vía de impuestos, inflación, deterioro de la moneda, aportación a la Seguridad Social (pregunten a los jubilados). La democracia convertida en un sistema en el que unos viven a costa de los demás. Esta frase no es mía, es de Bastiat.

El Estado ya no es esa entequeia impersonal pródiga y maravillosa que nos han hecho creer, es simplemente el gobierno de turno imponiéndonos su voluntad, domesticando nuestra libertad. Efectivamente, cualquier grupo de interés, cualquier centro de presión, accediendo a quien hace la ley para perseguir sus intereses. Ventajas para tal, estímulos para cuál, aranceles por aquí, contribuciones por allá, requisitos especiales, fomento, promoción, defensa de... Y, detrás de cada ley unos administradores y unos usuarios, encareciendo la vida o lucrando corruptamente. Si ustedes miran con detenimiento esa es la ley en el Ecuador.

Distinta, y bien distinta es la Ley de Bastiat.

Esta Ley, con mayúscula, no es para todo, es para todos. "La ley es la organización colectiva del derecho individual de legítima defensa."

A veces lo simple desconcierta por lo tan acostumbrados que estamos a que todo sea difícil. Lo fácil, que es sentido común puesto en práctica, se lo desecha, porque hacer difícil todo es un negocio para abogados, economistas y políticos. La dificultad en las cosas del interés público es tan común que la simplicidad no se comprende. Por eso me temo, a mí ya me pasó, y a Ustedes podría pasarles, que esa definición no esté diáfana.

Por eso procuraré explicarla dividiendo sus elementos. Comenzando por el derecho individual de legítima defensa. Derecho tiene, según el diccionario de la Real Academia, 31 acepciones y la última de ellas tiene un sin fin de derivaciones.

La acepción más cercana al tema que nos ocupa es la número 14, que dice: "Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor o que el dueño de una cosa nos permite en ella." Como podrán apreciar, según ese diccionario, derecho es lo que nos permite la autoridad o lo que consta en la ley. Ya empiezan a advertir Ustedes la perversión de ello. Resulta que somos esclavos, sin derechos. Parece que los autores de ese diccionario son los mismos autores del Art. 1 del Código Civil. Para contradecir esa definición quiero ilustrar con un ejemplo: tengo derecho a respirar, sí, desde luego, definitivamente tengo derecho a respirar. Pero, al menos por ahora, ese derecho no consta ni en una ley ni requiere de permiso de autoridad. Es posible que mañana otro día a un legislador se le ocurra promulgar la ley de la respiración, quizá pretendan cobrarnos por ello.

La distorsión constante en el diccionario comprobada racionalmente con el ejemplo, nos demuestra, al menos dos cosas: que el diccionario está equivocado y que ese derecho -a respirar- no depende de la ley o de la autoridad. Aún más, a esta altura para mí ya está muy claro y aspiro que para Ustedes también que derecho es algo que depende de mí, no del legislador o de la autoridad. Lo que depende de la ley, de la autoridad o de la voluntad de otro, no es derecho. Si tengo que pedir permiso para algo no tengo derecho. Porque aunque me den el permiso, me lo pueden revocar. Lo que me pueden revocar no es derecho.

Llegados a este punto me animo a presentar una definición de derecho más simple y más práctica de derecho: "es la facultad que tengo para hacer o no hacer algo". Y derecho individual es la facultad que el individuo, el ser humano, tiene para hacer o no hacer algo. Así las cosas ya podemos, sin duda ninguna, distinguir lo que son derechos de lo que son deseos o necesidades. Y los derechos del ser humano, son: a su existencia y al ejercicio de sus facultades. Dentro de las facultades menciono la libertad y la inteligencia.

Si alguien atenta contra mis derechos naturales puedo defenderme. Por fin, luego de esta larga vuelta intelectual, por fin, hemos llegado a donde quería ir: tengo derecho a defenderme cuando alguien me ataca.

Y, que alguien me ataque, o que yo ataque a alguien, es bastante probable porque en el ser humano concurren dos características importantes: se tiende al bienestar y al progreso; y, si le es posible, uno se aprovecha del otro. Como para el bienestar ayudan los bienes la tendencia natural es a obtenerlos para una vida más satisfactoria. Defenderme de los ataques a mi vida, a mi libertad y a mi propiedad es mi derecho. Y, cada uno de los demás, tiene el mismo derecho que yo. Estos son derechos de todos, son naturales, no son adquiridos.

Hasta aquí el primer elemento de la definición de la Ley de Bastiat. El segundo elemento ahora es bien fácil de entender: organizar el derecho de legítima defensa.



El reino de la justicia?

Siguiendo el pensamiento se puede citar otra vez a Bastiat para decir: "La ley es la organización del derecho natural de legítima defensa: es la sustitución de la fuerza colectiva a las fuerzas individuales, para actuar en el campo restringido en que éstas tienen el derecho de hacerlo, para garantizar a las personas, sus libertades, sus propiedades y para mantener a cada uno en su derecho, para hacer reinar para todos la Justicia."

Voy a ir más allá diciendo que la función de la Ley es evitar que reine la injusticia. Con la ley no se puede lograr ni la felicidad ni la justicia, esos deseos no son terrenales, pero sí se puede evitar la injusticia. Porque injusticia hay cuando se ataca o abusa contra esos derechos naturales.

Bastiat, que es anterior a Marx, ya se refiere al proteccionismo, socialismo y comunismo, y en ellos encuentra un común denominador. Utilizan a la ley para el cumplimiento de sus finalidades a costa de las personas. En todos esos casos hay una inaudita arrogancia intelectual por la que el gobierno determina lo que es bueno para los demás y con la ley en la mano va en pro de ello, aunque los derechos naturales de los seres humanos resulten lesionados.

Cuando la ley afecta a la propiedad hay expoliación. Expoliar según el mismo diccionario, ahora con una definición más precisa y feliz, es: "Despojar con violencia o con iniquidad". Y, robar se define así: "Quitar o tomar para sí con violencia o con fuerza lo ajeno." Hago una última precisión: si el ladrón violenta cerraduras entra en mi casa y se lleva mis cosas, se llama robo. Cuando el gobierno de turno, o quienes están en el gobierno de turno lo hacen dictando una ley, se llama expoliación.

Por último, en la ley entendida como la "declaración de la voluntad soberana" lo que hay es un despotismo encubierto. El déspota, distinto al pirata de antaño, en lugar de su fuerza física utiliza la ley para despojarnos a nombre del "bien común". El déspota del siglo XXI lo único que quiere es hacer la ley, de manera que se mantiene al resguardo sin tomar los riesgos que los piratas asumían.

Ahora sí, puede ser respondida la pregunta del inicio:

Por qué las dictaduras o los gobiernos democráticos no han servido para mejorar la situación del Ecuador?

Porque, siendo aparentemente distintos, son iguales en cuanto a entender mal y utilizar peor la ley. Cuando la ciudadanía comprenda que la ley es defensiva y sirve únicamente para evitar o corregir la injusticia, logrará que sus gobernantes enmienden. En ese momento, y sólo en ese momento, el Ecuador será un país en el que provoque vivir porque mejores condiciones de vida serán posibles.

Mejores condiciones de vida son posibles en países donde los derechos naturales se respetan, es decir donde hay una tendencia hacia la ley, según Bastiat.

200 AÑOS DEL CÓDIGO CIVIL DE NAPOLEÓN

Dr. Mauricio Montalvo

El 21 de marzo del 2004, se cumplieron doscientos años de la adopción en Francia del Código Civil, conocido mundial e históricamente como el "Código Civil de Napoleón". A este propósito resulta interesante e ilustrativo revisar la génesis y la formación de este trascendental cuerpo orgánico legislativo que ha tenido enorme influencia en el mundo, quizá como ningún otro código jurídico normativo.

Puede decirse que el Código Civil de 1804 es hijo directo de las ideas de la Revolución Francesa de 1789, pero esta última, aunque ejerce una influencia decisiva y privilegiada, no ostenta la exclusiva paternidad sobre la criatura. En efecto, si bien el Código Civil se elabora sobre las bases del Antiguo derecho francés, lenta y diversamente desarrollado en el territorio galo después de siglos, su concepción final se nutre de las ideas transformadoras e innovadoras de la Revolución de julio de 1789.

Antes de la vigencia del Código y por razones históricas diversas, no había una legislación uniforme para toda Francia. El país, en líneas generales, estaba dividido en dos zonas claramente separadas, con sistemas jurídicos diversos: a) el centro y el norte del país caracterizados por un derecho no escrito, fundado en las costumbres territoriales de cada una de las regiones y fuertemente influenciado por la tradición anglosajona, y b) el sur, por el contrario, donde se desarrolla un derecho escrito "jus scriptum", fundado en la recepción global del derecho romano.

Esta separación se acentúa con el paso del tiempo y, de hecho, la Francia prerrevolucionaria es un país de dos sistemas, de derecho escrito al sur, de costumbres al centro y norte. A pesar de esta constatación factual, varios factores y esfuerzos de unificación se presentan a través de los tiempos.

Entre los primeros se inscribe el derecho canónico, muy presente en la católica Francia de entonces¹, que influye en las normas de procedimiento y sobre todo en las reglas relativas al matrimonio y la familia. El propio derecho romano es otra fuente de unificación pues además de la recepción como derecho escrito en el sur, en el centro y norte la recepción opera como razón escrita "ratio scriptum", que tuvo un valor supletorio en caso de ausencia o silencio de la costumbre, especialmente en el régimen de las obligaciones.

Similar propósito cumplen las ordenanzas monárquicas emanadas antes de la Revolución de 1789. Entre ellas se distinguen las denominadas Ordenanzas

¹ Recordemos que, incluso hasta ahora, Francia es considerada "hija predilecta de la Iglesia".



de Colbert² sobre el Procedimiento Civil (1667)³, la Criminal (1670), sobre el Comercio (1673) y sobre la Marina (1681). En el siglo siguiente d'Aguesseau⁴ añade las Ordenanzas sobre las Donaciones (1731), sobre los Testamentos (1735), sobre las Sustituciones y las Hipotecas (1747).

Adicionalmente, se estiman como elementos de unificación, las contribuciones de los juristas durante la monarquía, como Du Moulin⁵ con su "Revisión de la costumbre de París" (1539), Domat⁶ con "Las leyes civiles en su orden natural" (1694), y sobre todo Pothier⁷, principal inspirador de los redactores del Código Civil, con su "Pandectas de Justiniano puestas en un nuevo orden" (1752) y su "Tratado de las Obligaciones" (1761), que constituyen las principales fuentes del Código de 1804.

A pesar de estos factores, el Antiguo Régimen estaba profundamente dividido y la ausencia de uniformidad era fuente de conflictos, especialmente entre regiones. De ahí que la superación de la diversidad en materia civil haya sido uno de los objetivos de la Revolución de 1789. Para ello, el movimiento revolucionario aporta ideas y principios fundamentales, que marcaron definitivamente el espíritu y el contenido del futuro Código. Entre los filósofos de la Ilustración se debatió la conveniencia de la unificación y si bien Montesquieu fue un tanto escéptico a la idea de un conjunto de leyes civiles uniformes, Rousseau fue abiertamente partidario a la iniciativa y consideró que "son indispensables tres códigos: político, civil y criminal, todos tres cortos, claros y precisos cuanto sea posible". El teórico del "Contrato Social" prevaleció sobre el autor del "Espíritu de las Leyes" y su idea terminaría inspirando las decisiones de la Convención.

Entre las contribuciones revolucionarias, la primera y más importante fue el Decreto de 4 Agosto 1789 de Abolición del Régimen Feudal y de los Privilegios. Todo el Antiguo derecho civil inequitativo y desigual se viene abajo: la jerarquía entre las personas y de la propiedad desaparece. La medida comporta el establecimiento de tres principios básicos que se consagrarán posteriormente en el Código de 1804: la igualdad civil, la libertad individual y la autonomía de la voluntad. Otras marcas importantes de la Revolución se derivan, obviamente, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 agosto 1789) así como de las primeras leyes (20 septiembre 1792) que denotan la separación de Estado e Iglesia y el enrumbaramiento de Francia como Estado laico.

² Jean-Baptiste Colbert (1619-1683), protegido del Cardenal Mazarin y célebre ministro de Luis XIV.

³ Esta ordenanza sería recogida casi en su integridad en el primer Código de Procedimiento Civil de Francia, promulgado en 1806.

⁴ Henri François d'Aguesseau (1668-1751), magistrado, procurador general y canciller bajo Luis XV.

⁵ Charles Du Moulin (1500-1566), conocida como el "Príncipe de los Jurisconsultos", particularmente hostil al feudalismo.

⁶ Jean Domat (1626-1696), ferviente jansenista y amigo de Pascal, fue el primero en dar una clarificación del derecho romano e intentar un orden lógico en las leyes francesas. Se le atribuye ser en Francia el "restaurador de la razón en el derecho".

⁷ Robert Joseph Pothier (1699-1772), profesor de derecho romano y consejero jurídico en Orléans, sus trabajos responden a un estricto rigor científico.

La codificación de las leyes civiles es uno de los primeros objetivos de la Revolución, como medida uniformadora y centralizadora del nuevo régimen, deseoso por lo demás de hacer realidad inmediata a sus principios y marcar distancia con la monarquía depuesta. Como señalaría el cura Sieyès, una de las personalidades más influyentes y manipuladoras de la época, tanto como obscura y enigmática, era urgente que "la Francia pueda estar sometida a una sola legislación como a un solo jefe". Los revolucionarios disponen, mediante Decreto de 16 agosto 1790, basado en una moción del propio Sieyès, que "las leyes civiles serán revisadas y reformadas por la legislatura y se hará un Código general de leyes simples, claras y apropiadas a la Constitución". Precisamente la Constitución de 1791 reiteraría esta intención al proclamar que "se hará un Código de leyes civiles comunes a todo el reino".

En atención a este mandato, tres intentos de codificación se suceden durante los agitados años revolucionarios, todos conducidos bajo la inspiración de Cambacérès⁹. El primer proyecto (1793) es rechazado por considerarlo muy complicado y no suficientemente inspirado en las ideas revolucionarias. Para el segundo (1794), la Convención estima que hay que escuchar menos a los juristas y consultar más a los filósofos; pero esta vez el proyecto, de una gran calidad literaria, no es aprobado por demasiado lacónico. Un tercero (1796), que se enriquece de los aportes de los dos proyectos precedentes, es sometido a la Convención pero sujeto a demoras, fue víctima de las circunstancias de la época y la llegada del 18 Brumario (9 noviembre 1799) dejó inconclusa su consideración. Se conoce un cuarto ensayo, esta vez no de la mano de Cambacérès, sino de Jacqueminot¹¹ (1799), de contenido más atenuado, e incluso reaccionario para algunos, que tampoco alcanzó la aceptación legislativa.

La Revolución, por tanto, a pesar de los sucesivos intentos y del legado de importantes leyes civiles (sucesiones, propiedad, hipotecas, matrimonio y estado civil) no pudo, o no supo, concretar la ambicionada unidad jurídica en el campo civil y para materializar finalmente un cuerpo único, orgánico y uniforme de leyes civiles fue necesario el advenimiento de Napoleón.

Bajo las órdenes de Bonaparte, Primer Cónsul, se cambia el método de trabajo legislativo y el 12 agosto 1800 se dispone la conformación de una Comisión para la elaboración de un proyecto de Código Civil, integrada por

⁹ Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), descrito como el "topo de la Revolución" por Robespierre, por su estilo solerado y escurridizo, toma los hábitos religiosos sin vocación, consigue sagaz y admirablemente jugar roles estelares durante la Revolución, el imperio napoleónico y la caída de este último, sin ser afectado mayormente por sus caídas y descréditos. Instigador principal del Terror, gestor del golpe del 18 Brumario y artífice de la unión administrativa y centralista del Estado francés prevaleciente hasta ahora.

¹⁰ Jean-Ives Guioin, "L'idéologie nationale", Ed. Champs Libres, París, 1974, p. 105.

¹¹ Jean-Jacques Régis de Cambacérès (1753-1824), diputado y jurista renombrado, que participará posteriormente también en la aprobación del Código en 1804 en tanto que miembro del Consejo de Estado bajo el Consulado napoleónico.

¹² Jean-Ignace Jacqueminot (1758-1815), abogado de Nancy, diputado monarquista al inicio, se convirtió luego a la Revolución y terminó apoyando el golpe del 18 Brumario; senador bajo el Imperio.



Tronchet¹², Presidente del Tribunal de Casación, Bigot de Preameneu¹³, Comisario del Gobierno ante el Tribunal, Portalis¹⁴, Comisario ante el Consejo y De Maleville¹⁵, Miembro del Tribunal de Casación, que actúa como Secretario.

Al término de cuatro meses, la Comisión cumple su encargo, que es precedido del famoso discurso preliminar firmado por Portalis, pero que no es exclusivamente de su autoría. En esa suerte de exposición de motivos, la Comisión explica lúcidamente los alcances y la naturaleza de la empresa recorrida, que es sometida al procedimiento regular de la aprobación legislativa de la época (Constitución del Año VIII, entonces vigente). Entre otros pasos, se solicitó la opinión de la Corte de Casación, de los Tribunales de Apelación y se remitió al Consejo de Estado para la redacción definitiva del Código. El propio Napoleón, sin ser jurista, participó activamente en varias de las sesiones del Consejo e impuso sus opiniones. En tanto miembro del Consejo, participó también en la deliberaciones Cambacérés, promotor de los tres primeros intentos fallidos del Código¹⁶.

Como el proyecto había sido concebido en 36 partes separadas, aunque formaban un conjunto, la discusión legislativa se empantanó, particularmente en el denominado "Tribunat" (Instancia especial prevista en la Constitución del Año VIII para la proposición de leyes), cuyos miembros, por razones políticas, obstaculizaban el tratamiento del proyecto. Molesto con esta actitud, Bonaparte suspendió el proceso legislativo por seis meses, tiempo que le tomó modificar dicho "Tribunat" e integrarlo con miembros a su favor. Allanado ese obstáculo, el proyecto es definitivamente discutido y aprobado en 36 leyes separadas pero de numeración continua, entre el 5 y el 15 de marzo de 1804. Posteriormente, todas esas leyes fueron reagrupadas en un solo cuerpo bajo la denominación de "Código Civil de los Franceses" y aprobado mediante Ley del 21 Marzo 1804 (Ley del 30 Ventôse, Año XII de la Revolución).

El Código, ciertamente, no es elaborado por Napoleón pero le debe su existencia a su voluntad y pasión. Pero sobre todo es evidente que sin Bonaparte¹⁷, hijo al fin y al cabo de la Revolución Francesa, el Código no hubiese podido consagrar las ideas maestras del movimiento de 1789. Por ello no es coincidencia que para su alumbramiento hayan contribuido personalidades bastante visibles de la Revolución, como Sieyès y Cambacérés, aunque es preciso también reconocer la participación de individuos vinculados al Antiguo Régimen, como algunos de los miembros de la Comisión redactora.

¹² François Denis Tronchet (1726-1806), jefe (Bâtonnier) de los abogados de París, jurista y diputado en la Convención, asumió la defensa de Luis XVI pero supo evadirse del Terror. Posteriormente fue miembro del Consejo de Ancianos, Presidente del Tribunal de Casación y Senador.

¹³ Félix Julien Bigot de Preameneu (1747-1825), abogado, diputado, consejero de Estado y ministro.

¹⁴ Jean-Etienne Marie Portalis (1746-1807), abogado, arrestado bajo el Terror, fue luego miembro del Consejo de Ancianos, Director de Cultos y ministro. Negociador del Concordato de Francia con el Vaticano.

¹⁵ Jacques de Maleville (1741-1824), abogado, miembro del Consejo de Ancianos y del Tribunal de Casación.

¹⁶ El texto definitivo fue aprobado luego de 109 sesiones del Consejo de Estado. El Primer Consul Napoleón preside los trabajos durante 52 sesiones y Cambacérés, Segundo Consul a la época, lo hace en las 57 restantes.

¹⁷ No es extraño, por tanto, que en 1807 ya de Emperador, Bonaparte lo rebautice con el nombre de "Código Civil de Napoleón", con el cual se perenniza por el mundo.

Con el advenimiento del Código, fue posible concretizar una de las aspiraciones principales de la Revolución que, como se señaló antes, fue imponer la unidad legislativa en materia civil y asignar a todos los franceses por igual y en todo el territorio una misma ley. Esta unidad legislativa se vio favorecida en su aplicación por el estilo particularmente elegante y pulcro con el que fue redactado el Código, al cual la casi unanimidad de comentaristas reconocen su claridad, precisión, concisión y sobriedad. No exageran, por tanto, quienes estiman al Código Civil como una fina expresión de la lengua francesa¹⁸ y que, como usualmente toda ley bien escrita, explique su prolongada vigencia.

Es también generalizada la idea que el Código de 1804 es una obra esencialmente práctica, sin mayor ambición dogmática sino orientada a responder los asuntos de la vida corriente y hacer la vida más fácil en sociedad. Obviamente no fue una obra perfecta, como lo constatan las múltiples reformas devenidas en estos dos siglos, pero es preciso reconocer la inspiración y validez de sus reglas, destinadas a aportar soluciones concretas.

De manera común se reconoce, además, la coherencia del Código Civil francés más allá de sus imperfecciones formales. No debemos olvidar que el texto fue un esfuerzo, muy afortunado como lo ha demostrado su aplicación por doscientos años, de responder a los desafíos y problemas de un derecho civil fragmentado y dividido que prevalecía al momento de su apareamiento. En ese sentido el Código respondió con acierto a armonizar y combinar sistemas jurídicos opuestos, e incluso rivales, que entonces existían, integrándolos en un todo común y orgánico que terminaría por imponerse con facilidad gracias a las virtudes lógicas de su contenido.

La misma coherencia lógica se aplicó para armonizar e integrar los grandes principios de la Revolución con aquellos otros que estaban enraizados profundamente en la tradición francesa, singularmente con respecto a la familia y a la propiedad. Como se señaló antes, el Código de 1804 consagra (y mantiene en vigor intocado hasta el presente) los aportes revolucionarios de la igualdad civil, la libertad individual y de la autonomía de la voluntad, que son exaltados y afirmados como los fundamentos del orden civil. A ellos se añaden a un mismo nivel, los principios rescatados del Antiguo Régimen, que de hecho fueron también respetados durante el período revolucionario, que son la familia como base de la sociedad, fundada sobre la jerarquía paterna y la autoridad del matrimonio, así como, la consagración solemne e intocada del derecho a la propiedad privada. El Código Civil es, en consecuencia, una admirable síntesis de tradición y revolución.

Un monumento tan grande e innovador de la técnica y la doctrina jurídica no podía pasar inadvertido en el resto del mundo. El Código Civil francés fue pronto emulado en diversos lugares y adoptado como modelo casi incontestado a seguir, especialmente en Europa continental y América Latina, e incluso en ciertos países de tradición musulmana como Egipto, o muy apartados como el Japón.

¹⁸ Es conocido, por ejemplo, que Stendhal, una de las figuras mayores de la literatura francesa, confesó que para "coger el tono" en su escritura leía dos o tres páginas del Código Civil cada día (Carta de Stendhal a Balzac de 30 octubre 1840).

Entre los europeos, de una u otra forma el Código de Napoleón ejerció influencia en los códigos civiles de Bélgica, Luxemburgo, Alemania, Italia, Suiza, España y Rumania. En nuestro continente, la recepción del Código fue determinante y múltiple durante el Siglo XIX: Brasil, Chile, Québec (Canadá), Venezuela, Uruguay, Argentina, Costa Rica, Colombia y, como es conocido, también el Ecuador se añade a este grupo en 1861, a través del modelo chileno gestado bajo la orientación motriz de Don Andrés Bello.

Conviene recordar con atención este aniversario que si bien localizado en Francia, hace referencia a un hecho jurídico universal, que ha trascendido épocas y fronteras, con una contribución inmensa para el desarrollo y vigencia del pensamiento jurídico contemporáneo. No sorprende entonces y es preciso no olvidar, que varios de los principios e instituciones del Código Civil de 1804 permanecen vivos y actuales luego de 200 años, y sean todavía la base de una convivencia civil y armónica en muchos países, especialmente en aquellos que hacen culto a la libertad, la seguridad jurídica y el respeto verdadero a un Estado de Derecho.

París, Mayo 2004



PEREZ BUSTAMANTE & PONCE
ABOGADOS

www.pbplaw.com

v. República de El Salvador 1082 y Naciones Unidas. Edif. Mansión Blanca
PBX: (593-2) 225 4323 / 226 0666, Fax: (593-2) 225 8038 / 224 4462
Quito - Ecuador

Corresponsalía nacional e internacional
Miembro de: Lex Mundi, InterLaw, Club de Abogados, INTA y ASIPI.



La Fundación Antonio Quevedo se creó en 1988 para difundir el estudio y práctica del derecho en la sociedad ecuatoriana. Su actividad ha sido la publicación de obras jurídicas y actualmente el Centro de Arbitraje y Mediación.

La lista de árbitros y mediadores que poseemos garantiza la solución de sus conflictos comerciales, familiares de seguros y de toda índole con seriedad, discreción y confiabilidad.

Nuestro costos y profesionalismo le permiten tener un acceso inmediato y razonable a los servicios de mediación y arbitraje: consúltenos

Centro de Mediación Registro No.1 del Consejo Nacional de Judicatura
Centro de Arbitraje Registro No. 03 de la Federación de Cámara de Comercio

**Dirección: Valladolid No. 1244 y Coruña Telfs. 2 528766 / 2 224727
mediaciónfaq@punto.net.ec Quito - Ecuador**

ARBITROS:

Dr. Alberto Alcivar Páez.
Dr. Eduardo Córdova Guerrón.
Dr. Jorge Cornejo Mignone
Dr. Jorge Dousdebés Carvajal.
Dr. Enrique Echeverría Gavilánez.
Dr. Manuel Fernández de Córdova.
Dr. Fernando Gándara Armendariz.
Pericles Gallegos Chiriboga
Ing. Patricio Izurieta Mora - Bowen.
Dr. Ernesto López Freire.
Dr. Gonzalo Muñoz Sánchez.
Dr. Raúl Moscoso Álvarez.
René Ortiz Durán
Miguel Pareja García
Dr. Luis Ponce Palacios
Ing. Diego Robalino
Alfredo Serrano Ponce
Dr. Agustín Salazar
Dr. Íñigo Salvador
Dr. Salomón Soria
Dr. Santiago Terán Peñaherrera

MEDIADORES

Dra. Monserrath Barrero Bravo
Dra. María Victoria Córdova

BA. Maria Christina Ponce Villacís
Dr. Francisco Santillan Almeida
Dr. Danilo Sylva Pazmiño
Dr. Milton Castillo Maldonado

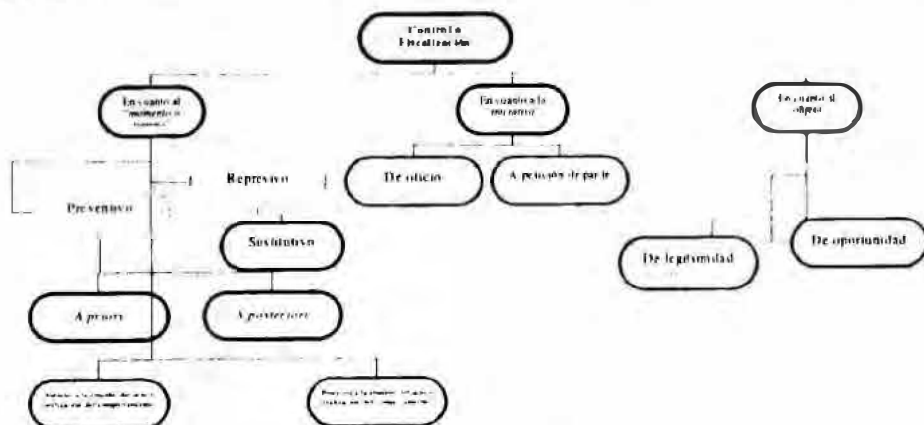
Dr. Alejandro Ponce Martínez
Dr. Milton Castillo Maldonado
PRESIDENTE
DIRECTOR

MEDIOS DE CONTROL EN PARTICULAR Y AQUELLOS ESTABLECIDOS EN LA LEY ORGANICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO

Javier Salvador Soto

Roberto Dromi dice que "Existe una profunda razón jurídica y política justificativa del control en todas las instancias del quehacer público. El control se impone como deber irreversible, irrenunciable e intransferible para asegurar la legalidad de la actividad estatal"¹. El control de la Administración pretende que ésta se ajuste a los principios y procedimientos establecidos para salvaguardar sus recursos, verificar la exactitud y veracidad de su información financiera y administrativa, promover la eficiencia, economía y calidad en sus operaciones, estimular la observancia de las políticas prescritas y lograr el cumplimiento de su misión, objetivos y metas. El control pretende lograr la transparencia y la eficiencia en el manejo de los recursos del sector público y establecer la responsabilidad por la comisión de irregularidades relacionadas con la gestión de las Entidades Públicas, lograr una óptima ejecución de los recursos por parte de los Órganos del Estado y eficiencia en su manejo. Como sabemos, existen una serie de formas de control externo de la actividad de la Administración, sean éstos parlamentarios o jurisdiccionales, sin embargo la misma Administración tiene instituciones y órganos específicos para el control de su gestión y es precisamente éste control al que me refiero en el presente trabajo.

Para Miguel S. Marienhoff² las vías para hacer efectivo el control o la fiscalización en la Administración a veces están contempladas expresamente en una norma, pero en otros casos tales vías surgen implícitamente de algún precepto esencial generalmente de tipo constitucional. Incluso –prosigue Marienhoff– los medios o vías de control en ocasiones constituyen preceptos virtuales reconocidos por la doctrina. El mismo autor establece una clasificación general del control o fiscalización que se puede resumir de la siguiente manera:



¹ Roberto Dromi, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ciudad Argentina. 2001, p. 911.

² Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo - Perrot. 1990, p. 646. Egresado de la Facultad de Jurisprudencia, PUCE

En base a la clasificación anterior, se pueden señalar los siguientes medios de control o fiscalización en particular:

a) La vigilancia.- Es el derecho que ejerce el ente administrativo superior jerárquico sobre los actos y comportamiento del inferior, el cual puede ser realizado de oficio o a petición de parte. Actualmente se dice que la vigilancia no solo se realiza de superior a inferior sino que la vigilancia puede realizarse también respecto de entidades autárquicas creadas por el Poder Ejecutivo que han sido consideradas superiores. Este derecho de vigilancia es un derecho limitado. Para Marienhoff éste es un típico supuesto de control represivo que incluso puede ser sustitutivo y cita como ejemplos de vigilancia a la avocación y a la intervención.

b) La autorización.- Es el acto administrativo por el cual se faculta al ente administrativo a emitir un acto jurídico o a realizar cierta actividad o comportamiento. Este medio de control es preventivo a priori porque debe producirse antes de que el acto sea emitido o el comportamiento realizado por el órgano controlado y condiciona su validez, es decir, si no existe la autorización el acto no es válido por ilegítimo o el comportamiento es ilícito. Mediante la autorización la voluntad del órgano controlado se integra con la voluntad del órgano controlante. Marienhoff dice que la autorización también puede referirse a la actuación de personas particulares en las llamadas licencias de policía tales como los permisos para ejercer ciertas actividades de interés público como portar armas, venta de bebidas alcohólicas o actividades farmacéuticas.

La autorización tiene carácter "declarativo" y no "constitutivo" ya que no le atribuye un nuevo poder o derecho al ente controlado sino que le atribuye la facultad de ejercer un poder o un derecho ya existente. De esta manera, los efectos del acto administrativo se producirán a partir de que dicho acto fue emitido emisión que sucederá posteriormente al otorgamiento de la autorización. La autorización debe ser requerida por el órgano controlado y no se otorga de oficio, pero la necesidad de la autorización (requisito de validez para la emisión del acto) debe surgir de la norma que regule la competencia del órgano respectivo o que contenga la respectiva imputación de funciones. Con el otorgamiento de la autorización, el órgano de control agota su competencia en lo pertinente.

c) La aprobación.- La aprobación es el acto administrativo por medio del cual se acepta como bueno un acto emitido por otro órgano administrativo, o de un particular, y de ésta manera se le otorga eficacia. Por los efectos de la aprobación éste medio de control constituye una excepción ya que implica una limitación al principio de la ejecutoriedad de los actos administrativos. La aprobación al igual que la autorización es meramente "declarativa" y no "constitutiva" ya que tampoco le atribuye un nuevo poder o derecho al ente

controlado sino que le atribuye la facultad de ejercer un poder o un derecho ya existente. Asimismo la aprobación se la otorga a petición del órgano controlado y la necesidad de la misma debe surgir de la norma que regule la competencia del órgano o de la que contenga la adjudicación de funciones, tal como ocurre en materia de autorizaciones.

La aprobación otorga al acto administrativo eficacia por lo que no constituye un elemento de perfección del acto aprobado. Esta es la diferencia fundamental con la autorización ya que ésta le otorga validez al acto que se emita en mérito a ella mientras que la aprobación le otorga eficacia al acto aprobado que por sí ya es válido. Es así que la aprobación es irrevocable porque el efecto es instantáneo (otorgar eficacia al acto) y porque el órgano de control al emitir su aprobación agota su competencia.

Otra diferencia con la autorización es que la aprobación es posterior a la emisión del acto y la primera es anterior a la emisión del acto

d) El visto bueno.- Es el asentimiento que da un órgano administrativo a un acto emitido por otro órgano por considerarlo conforme a derecho. Este medio de control es considerado como una aprobación de la legitimidad del acto, es decir, le son aplicables los principios de la aprobación pero lo que hace el visto bueno es únicamente contemplar la legitimidad del acto y no su oportunidad.

e) La suspensión.- Es la paralización transitoria de los efectos del acto administrativo. Es una clase de control represivo excepcional que pretende impedir que un acto válido y eficaz produzca sus efectos o se dejen de producir los efectos que ya han comenzado. Para Marienhoff³ la suspensión se produce generalmente como un medio preliminar de otro proceso de control que busca un estudio definitivo de la cuestión pero lo considera como un medio específico de control de alcances limitados a diferencia de Sayagués Laso quien dice que la suspensión no es en realidad un medio de control en sí mismo, sino un medio para detener transitoriamente la ejecución del acto y otorgar tiempo al órgano de control a que se pronuncie sobre aquel⁴. Sea cual fuere la posición respecto de la autonomía de la suspensión para erigirse como un medio de control, ésta busca evitar la ejecución de un acto dañoso o ilegal para que posteriormente dicha situación sea analizada debidamente. Cuando se trate de la suspensión por ilegalidad manifiesta del acto, ésta no tiene límite alguno ya que demostrada la ilegalidad procede la suspensión como ya que es absurdo que la Administración actúe fuera de la legalidad. Sin embargo, cuando se trate de la suspensión en base a los daños o perjuicios que provengan del acto, ésta es facultativa porque no todo acto administrativo que cause un perjuicio al administrado es susceptible de suspensión.

³ Marienhoff, op. cit., p. 679

⁴ Marienhoff, op. cit., p. 679

f) La intervención.- Es el medio de control por medio del cual el órgano de control hace una intromisión en los asuntos de un ente administrativo cuando se ha suscitado una situación de gravedad en el ente controlado. Presupone la existencia de una serie continuada de actos irregulares y no solo un acto aislado, por lo menos en principio ya que podría pasar que el acto único sea de tal gravedad que el órgano de control deba realizar una intervención. En la intervención se procede de oficio ya que el órgano controlado no busca la intervención del órgano de control sino evitarlo.

Los medios de control brevemente enunciados son empleados por los órganos de control existentes en la Administración. En realidad nuestro ordenamiento consagra una serie de controles y órganos para el control "en" la Administración Pública, es decir, por medios o procedimientos administrativos, pero la Constitución Política en su Título X erige oficial y formalmente como organismos de control a la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, las Superintendencias, el Ministerio Público y la Comisión de Control Cívico de la Corrupción.

El Control ejercido por la Contraloría General del Estado conforme a la legislación vigente.- La Ley Orgánica de la Contraloría General de Estado (LOGGE) promulgada en el Suplemento al Registro Oficial No. 595 del 12 de Junio del 2002, y sus posteriores reformas, establece como fundamento entre sus considerandos la necesidad de aplicar al Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría los principios constitucionales de legalidad, responsabilidad financiera, transparencia, economía y eficacia. Así también considera la necesidad de aplicar a los principios enunciados, las políticas de descentralización y desconcentración operativas junto con los criterios de equidad y ética.

Conforme al Art. 5 de la LOGGE, el Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría pretende:

1. Que los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos sean responsables sobre el ejercicio de sus atribuciones, sobre la utilización de los recursos públicos a su disposición, sobre los resultados obtenidos por su empleo y rindan cuentas sobre el ejercicio de sus atribuciones.
2. El cumplimiento cabal de los objetivos y atribuciones de las instituciones del Estado.
3. La responsabilidad de cada institución del Estado por la existencia y mantenimiento del propio sistema de control.
4. La coordinación y complemento de las acciones que ejerzan los órganos de control externo sobre las actividades y operaciones del sector público y sus servidores.

El Sistema de Control tiene conforme a la LOCGE dos componentes: (i) el control interno que corresponde a cada una de las instituciones del Estado, y (ii) el control externo que compete a la Contraloría General del Estado y el que ejercen otras instituciones del Estado en el ámbito de sus competencias.

La finalidad u objeto del Sistema de Control conforme al Art. 8 de la Ley es la fiscalización y auditoría para examinar, verificar y evaluar la gestión administrativa, financiera, operativa y cuando corresponda la gestión medio ambiental de las instituciones del Estado y sus servidores. El marco normativo del sistema está compuesto por las normas de control interno, las políticas de auditoría gubernamental, las normas de control y fiscalización sobre el sector público adaptadas de normas internacionales y demás reglamentos y regulaciones dictadas por cada institución cuya pertinencia sea verificada por la Contraloría General del Estado.

El Art. 211 de la Constitución Política de la República del Ecuador establece que la Contraloría General del Estado tiene las siguientes atribuciones:

1. Controlar ingresos, gastos, inversión, utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.
2. Auditar la gestión a las entidades y organismos del sector público y sus servidores y deberá pronunciarse sobre la legalidad, transparencia y eficiencia de los resultados institucionales.
3. Dictar regulaciones de carácter general para el cumplimiento de sus funciones.
4. Dar asesoría obligatoriamente cuando se le solicite en las materias de su competencia.
5. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.
6. Realizar el seguimiento permanente y oportuno para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles.

El Art. 31 de la LOCGE establece a más de las atribuciones del Art. 211 de la Constitución, las siguientes:

7. Practicar auditoría externa de cualquier clase o modalidad personalmente o a través de compañías privadas de auditoría, a todas las instituciones del Estado, empresas adscritas a una institución del Estado o que se hubiere constituido mediante ley, ordenanza o decreto, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL), corporaciones, fundaciones, sociedades civiles o compañías

mercantiles cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado con recursos públicos.

8. Examinar los ingresos públicos, provenientes de diferentes fuentes de financiamiento.

9. Examinar gastos, inversiones, utilización, administración y custodia de recursos públicos.

10. Examinar y evaluar en términos de costo y tiempo, la legalidad, economía, efectividad, eficacia y transparencia, de la gestión pública.

11. Examinar y evaluar el sistema de control interno de cada una de las instituciones sujetas a su control.

12. Ejercer la función fiscalizadora en las instituciones del Estado, mediante la predeterminación o glosa y la determinación, para la oportuna protección y seguridad de los recursos públicos.

13. Identificar y evaluar los procedimientos internos de prevención contra actos de corrupción en las entidades sujetas a su control.

14. Evaluar las labores de auditoria externa efectuadas por compañías privadas de auditoria.

15. Exigir y examinar las declaraciones patrimoniales juramentadas e investigar los casos en que se presume enriquecimiento ilícito, de acuerdo a las regulaciones que se dicten para el efecto, y notificar a los organismos electorales o a la autoridad nominadora correspondiente, los casos de incumplimiento de las normas vigentes, para que se adopten las medidas legales pertinentes.

16. Evaluar los costos de estudios, prestación de servicios, adquisición de bienes y construcción de obras de las instituciones del Estado.

17. Registrar las cauciones rendidas por los servidores públicos a favor de las respectivas instituciones del Estado.

18. Exigir el cumplimiento de las recomendaciones establecidas en los informes de auditoria, exámenes especiales y la aplicación de responsabilidades administrativas y civiles culposas.

19. Decidir la intervención como parte en los juicios civiles, penales, contencioso administrativos y otros relacionados con el manejo de los recursos públicos que son objeto de control.

20. Evaluar el sistema de control interno administrativo y económico de la Función Judicial.

21. Actuar coordinadamente con el Ministerio Público para iniciar y proseguir los juicios penales, relacionados con delitos en el manejo de los recursos públicos.
22. Emitir informes razonados, como requisito previo a la celebración de todo contrato de las instituciones del Estado, que afecte al recurso público o implique egreso de recursos públicos, por un monto igual o mayor al que señale la ley para el concurso público de ofertas, haya sido o no concursado o licitado.
23. Llevar un registro público de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos de todos los contratos que celebren las instituciones del sector público, en base a la solicitud y resolución emitida por la respectiva entidad contratante.
24. Juzgar y examinar los fondos reservados destinados a la defensa nacional.
25. Emitir opinión profesional respecto de los estados financieros consolidados de las instituciones del Estado, que el Ministerio de Economía y Finanzas o el organismo que haga sus veces, presentará anualmente al Congreso Nacional.
26. Informar anualmente al Congreso Nacional y al Presidente de la República sobre las labores de control, del ejercicio fiscal precedente.
27. Evaluar los resultados de consultorías, asesorías y transferencia de tecnología, nacional e internacional, cuando las mismas signifiquen egresos de recursos públicos.
28. Dictar regulaciones de carácter general para la práctica de la auditoría gubernamental, la determinación de las responsabilidades de que trata la Ley Orgánica de la Contraloría, el control de la administración de bienes del sector público y las demás que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.
29. Emitir y actualizar para su funcionamiento interno los reglamentos: orgánico funcional; de administración de personal de su competencia y los demás que fueren necesarios.
30. Capacitar a los servidores públicos y personas que lo soliciten en las diversas modalidades de control y auditoría de recursos públicos.
31. Asesorar obligatoriamente a las instituciones del Estado, y a las personas jurídicas de derecho privado sometidas a su control, a petición de éstas, sin que la asesoría implique vinculación en la toma de decisiones; y, generar un banco de datos sobre información de absolución de consultas y de los criterios institucionales adoptados por el Contralor General.

32. Contratar los servicios de profesionales, cuando se trate de asuntos de interés institucional que requieran de experiencia o conocimientos especializados.
33. Controlar la legalidad de los procesos en los cuales el Estado delegue o concesione sus facultades al sector privado.
34. Realizar el seguimiento y control continuos de las obras públicas en sus diferentes fases o etapas o en cada una de ellas, hasta su ejecución total; de los ingresos, gastos e inversiones; de la utilización de recursos; de la administración y custodia de bienes que tengan carácter público.
35. Auditar todo financiamiento internacional otorgado a favor de las instituciones del Estado, con arreglo a las normas de auditoria de la Contraloría General del Estado y de las de la entidad financiera, incluyendo las operaciones de ajuste estructural y el destino último de los créditos o préstamos concedidos para el país.
36. Pronunciarse sobre los aspectos de legalidad, economía, eficiencia, efectividad y transparencia en el empleo de los recursos y bienes públicos, humanos, materiales, financieros, tecnológicos, ambientales, de tiempo y sobre los resultados de la gestión institucional.
37. Requerir a las instituciones del Estado estudios técnicos del ámbito de su competencia, proforma del Presupuesto General del Estado, anexo de ingresos, informe sobre la situación económica y fiscal del país, datos estadísticos, informes y otros documentos del sector público que permitan cumplir con las atribuciones y funciones que constan en la LOGGE;
38. Ejercer el proceso coactivo para la recaudación de sus propios créditos y de las instituciones y empresas que no tengan capacidad legal para ejercer la coactiva.
39. Disponer la baja de los títulos de crédito, cuya recaudación le corresponda a la Contraloría General del Estado, siempre y cuando se demuestre que se hubieren hecho incobrables y cuya cuantía, incluidos los intereses, no supere los cuarenta dólares.
40. Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de la LOGGE; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley.
41. Sugerir y orientar a las instituciones y organismos del sector público en la implantación de medios informáticos para los procesos de contratación pública.

42. Solicitar al juez correspondiente que dicte las medidas cautelares civiles en contra de la autoridad, dignatario, funcionario o servidor público responsable para garantizar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados y precautelar los intereses públicos.

43. Observar los derechos constitucionales individuales y las garantías del debido proceso en los informes que emita.

Como se puede observar, la Contraloría General del Estado tiene una amplia gama de atribuciones y competencias relacionadas con el control de las instituciones del Estado en general. Es de especial interés el control que éste organismo puede ejercer sobre las entidades de derecho privado "exclusivamente respecto de los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan".

Los recursos públicos (en referencia a los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público) son definidos en el Art. 3 de la LOGGE en el cual se establece que se entienden por recursos públicos a "...todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales..." pero adicionalmente el inciso segundo del citado artículo establece que dichos recursos no pierden la calidad de tales por el hecho de ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, sea cual fuere su origen hasta que los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen tales recursos (patrimonio) se transfieran a personas naturales o jurídicas de derecho privado.

De esta manera la LOGGE establece un control amplio a todo patrimonio que directa o indirectamente se lo pueda relacionar con el Estado, es decir, intenta que la Contraloría General del Estado pueda controlar una gran cantidad de ámbitos en los que se puede desenvolver el recurso público, incluso dentro del ámbito de los entes privados. Considero que la redacción de la definición de recurso público puede ser problemática al momento de la aplicación de la Ley debido a que no existen límites claros de hasta dónde puede la Contraloría ejercer sus atribuciones y por lo tanto puede en algún momento intervenir en la marcha de la libre empresa de las empresas privadas. Sin embargo, es importante que el legislador haya incluido en la Ley una definición de lo que se considera recurso público para efectos de la aplicación de la LOGGE ya que por ejemplo en el caso de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no se ha incluido una definición de recurso o bien público que pueda ayudar a determinar los límites de este otro organismo de control.



BIBLIOGRAFÍA:

Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.

Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1990.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

Constitución Política de la República del Ecuador.



El Registro de Marcas en los Acuerdos de Libre Comercio
**SOBRE EL PROTOCOLO DE MADRID Y SU FUTURA
INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ECUATORIANO**

Ab. Hernán Núñez

1. Introducción.

Dentro de las negociaciones previas que se están llevando a cabo por motivo de las aparentemente futuras suscripciones del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos (TLC), se ha propuesto la adhesión obligatoria al Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, instrumento internacional multilateral que establece, como su nombre lo indica, un sistema de registro internacional de marcas.

En materia de marcas dicha opción constituye la propuesta más controversial dentro de estos posibles acuerdos, ya que pretende superar de manera significativa los parámetros de protección mínima contemplados en la normativa de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y adoptar un nuevo marco jurídico que, por diversos motivos, no ha sido adoptado por la mayoría de países de Latinoamérica.

El Protocolo de Madrid es uno de los dos cuerpos normativos que conforman el Sistema de Madrid, cuyo propósito es ampliar el concepto clásico del principio de territorialidad contemplado en esta modalidad del derecho de propiedad intelectual.

El Sistema de Madrid constituye una estructura de registro internacional de marcas y está normado por el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (1891) y su respectivo Protocolo (1989). El mencionado sistema faculta el registro de marcas en una serie de países del mundo, a través de una sola solicitud y un rápido trámite internacional con posteriores fases locales en los respectivos países. Sin embargo, al tratarse de documentos relacionados pero independientes, se ha planteado la posibilidad de suscribir únicamente el Protocolo de Madrid.

2. Los Acuerdos de Libre Comercio

El Área del Libre Comercio de las Américas, conocida comúnmente por sus siglas ALCA, constituye un proyecto de integración comercial de todo el continente americano –a excepción de Cuba– para lo cual se planteó la eliminación progresiva de las barreras comerciales y de inversión en cada país. Con lo que se crearía un acuerdo que abarque desde Alaska hasta Tierra del Fuego,



vincule las economías del hemisferio y profundice la integración de los países con fundamento en un modelo de libre mercado¹.

Es así, que la propuesta de una zona comercial conjunta para todo nuestro continente fue realizada, por iniciativa del gobierno de los Estados Unidos, durante la primera cumbre de las Américas celebrada en la ciudad de Miami en diciembre de 1994.

Según la Declaración de Principios y el Plan de Acción de la Cumbre de Miami, los países de las 34 autodenominadas democracias del continente, iniciarán un proceso de integración económica eliminando progresivamente los obstáculos existentes en el comercio y la inversión, los mismos que serían "factores clave para el desarrollo sostenible". De igual forma, en dicho evento internacional, se estableció una agenda de acción inmediata, en la cual se instruyó a los ministros responsables del comercio de cada país para que cumplan con ciertos pasos concretos iniciales para lograr el Área de Libre Comercio de las Américas.

Una vez concluida la cumbre de Miami, se inició un proceso de preparación de las negociaciones para la conformación del ALCA, en el cual se destacan las subsiguientes cumbres presidenciales y las reuniones ministeriales de comercio.

Desde septiembre de 1995 hasta marzo de 1998, un total de 12 grupos de trabajo se reunieron regularmente para preparar el inicio de las negociaciones². Este trabajo preparatorio, fue vigilado por los ministros responsables del comercio de cada país durante las cuatro primeras reuniones ministeriales. Las negociaciones del ALCA empezaron a realizarse a partir de la segunda cumbre de las Américas en abril de 1998 y deberán concluir en enero de 2005, con el fin de que se implemente el acuerdo, a más tardar, en diciembre del mismo año. Para conducir esta fase previa se ha creado una secretaria administrativa, así como, comisiones especializadas y grupos de expertos designando sedes de las negociaciones y cargos rotativos para dirigir las mismas.

Por su parte, el Ecuador desde 1994 en que se inició el proyecto ALCA hasta el año 2002, había tenido una actitud cautelosa en las negociaciones en general, lo cual respondía a las propias limitaciones del sector nacional en algunos temas y "a ciertos ímpetus manifiestos especialmente por los países más grandes que persiguen intereses definidos"; sobre todo a la estrategia de negociación de los Estados Unidos y su presión para implementar el ALCA a corto plazo, con el fin de beneficiarse "por sus altos niveles de competitividad en casi todos los bienes y servicios que produce"³.

¹ Instituto de Estudios Ecológicos del Tercer Mundo, Acción Ecológica, Presentación, ALCA Impactos Económicos y Ecológicos, Quito, 2002, pág. 8.

² ROBERT, Maryse, El Acuerdo de Libre Comercio de las Américas después de Quebec. Comentario Internacional. Quito, 2002, pág. 71.

³ Carlos de la Torre, La Visión Oficial del Ecuador frente al ALCA, ALCA Impactos Económicos y Ecológicos, Quito, s/e, 2002, pag. 31.

Dicha postura, en la medida que no entorpeciera el normal desarrollo de las negociaciones, correspondía a un planteamiento transitorio inteligente, mientras no se configure en el contexto de la fase previa un panorama más equitativo y que responda a los intereses de todas las partes involucradas.

Sin embargo, en el año 2003, con la asunción al poder de un gobierno inconsistente políticamente, nuestro país cambia radicalmente de postura y estrategia al respecto y se muestra completamente activo sobre la rápida implementación de un ALCA que abarque la mayoría de aspectos propuestos, sin analizar detenidamente las consecuencias que ello podría traer para nuestra industria y economía en general.

En la actualidad, el mencionado futuro acuerdo, se encuentra en la última fase de negociación y preparación. De esta forma y según el curso de sus negociaciones, se ha perfeccionado en tres ocasiones un borrador del acuerdo que será la norma jurídica del ALCA, el mismo que en la actualidad consta de más de 500 páginas, con un capítulo específico dedicado a la propiedad intelectual de 61 páginas y aproximadamente 240 artículos.

Sin embargo, las propuestas de acuerdo y la metodología de única aceptación a todos los temas contemplados en el mismo, planteado por Estados Unidos, ocasionó una reacción internacional entre los países del hemisferio generándose, en la recta final de la fase previa, un contrapeso en las negociaciones liderado por Brasil y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Es así que el lobby internacional realizado por Brasil durante el 2003, lo cual, junto a los acontecimientos paralelos ocurridos en el marco de la OMC⁴ y la consolidación de acuerdos entre el MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones (CAN), permitieron que la implementación del ALCA se reduzca a un conjunto de normas generales sobre libre comercio y solución de controversias, prolongando los asuntos más complejos para posteriores negociaciones.

Con lo dicho, previo a la celebración de la octava reunión ministerial celebrada en Miami en noviembre de 2003, el gobierno de los Estados Unidos se vio obligado a diseñar junto a Brasil una propuesta de metodología de las negociaciones en virtud de la cual se pueda "desarrollar un conjunto común y equilibrado de derechos y obligaciones que sea aplicable a todos los países", a partir del cual cada nación pueda "asumir diferentes niveles de compromiso". Lo cual ha sido designado por los especialistas como un "acuerdo de mínimos" o un "ALCA a la medida".

⁴ Previo a la celebración de la Quinta Reunión Ministerial de la OMC en Cancun en septiembre de 2003, los gobiernos de Brasil, India y China presentaron una iniciativa común referente a la agricultura en reacción a lo planteado por Estados Unidos y la Unión Económica Europea. A la propuesta dirigida por Brasil se adhirieron Argentina, Bolivia, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Egipto, El Salvador, Filipinas, Guatemala, India, Indonesia, México, Nigeria, Pakistán, Paraguay, Perú, Sudáfrica, Tailandia y Venezuela. (el denominado grupo de los 20 plus). Las contrapartes del mencionado grupo han arremetido contra él, especialmente con Brasil, acusándolo del fracaso de la Ministerial de Cancun y el consecuente debilitamiento de la OMC como una tribuna internacional de negociación.



La inicial concepción del acuerdo y la actitud conformista de los países durante los primeros años de preparaciones y negociaciones, hacía prever un acuerdo regional profundo y que contemple una serie muy variada de aspectos, lo cual no fue posible, debido a importantes diferencias en las posiciones de los países y subregiones económicamente más representativas. Se ha planteado entonces, la implementación de un acuerdo que fije los parámetros de integración comercial, para posteriormente ir desarrollando concienzudamente los demás aspectos a tomarse en cuenta en el denominado "libre comercio". Esto ha sido designado por los especialistas como un "ALCA light".

A partir de los hechos ocurridos, a finales del 2003 el gobierno de los Estados Unidos empezó a favorecer los tratados bilaterales con el propósito de llevar a cabo sus metas comerciales, limitándose por el momento a ciertos países o subregiones del hemisferio, pero con la estrategia política de debilitar el liderazgo alcanzado por Brasil en las últimas negociaciones.

Dentro de la mencionada estrategia surge el Tratado de Libre Comercio que nuestro país, sin mayor reparo, aceptó suscribirlo directamente con los Estados Unidos. Luego de un corto periodo de afinamiento y negociaciones, se formó un frente andino común junto a Colombia y Perú, que adoptaron al respecto una posición similar a la ecuatoriana.

Para estos tres países el ALCA ha pasado a un insignificante plano y lo que va del año 2004 ha sido un tiempo intenso de negociaciones y cabildeo, con el propósito de suscribir el TLC lo más pronto posible y en los términos en que el ALCA fuera inicialmente propuesto por los Estados Unidos.

Dentro de la fase previa al TLC, se han llevado a cabo 6 rondas de negociación, cuyos resultados, a diferencia de lo que ocurría con la preparación del ALCA, han sido clasificados como confidenciales. La última ronda tuvo lugar en Tucson, Arizóna entre el 30 de noviembre y el 4 de diciembre, a la cual le antecedió la sesión de Guayaquil en octubre de 2004.

3. El procedimiento de registro internacional de marcas.

En cuanto a marcas se refiere, no ha existido la misma controversia originada en las negociaciones respecto a la agricultura, inversiones, servicios y el propio derecho invencional, sin embargo, el gobierno de los Estados Unidos busca acuerdos que reflejen la mayor armonía posible con su ordenamiento jurídico.

Es así que tanto en las negociaciones del ALCA como del TLC, se ha visto reflejada la intención de elaborar un acuerdo que determine generalmente los principios y parámetros de protección y que procure la suscripción de otros instrumentos existentes sobre la materia, todo lo cual, deberá ser debidamente recogido por la correspondiente normativa nacional y sub-regional, de ser el caso.



En el marco de dichos acuerdos, se contempla entonces, la obligación de cada país participante para adoptar disposiciones propias de otros acuerdos internacionales, así como la exigencia de suscribir y ratificar determinados instrumentos internacionales, estableciendo incluso un plazo máximo para el efecto.

Para la regulación de las marcas, los borradores de acuerdo han reflejado la voluntad de los negociadores en miras de que los tratados definitivos contemplen por los menos determinados principios y normas establecidas previamente en distintos instrumentos internacionales:

[5.3. Con la finalidad de [otorgar] [asegurar] protección y observancia adecuada y eficaz a los derechos y obligaciones de propiedad intelectual a los que se refiere el presente Capítulo, cada Parte aplicará [, como mínimo,] los principios y normas del presente Capítulo, y las disposiciones citadas de los siguientes acuerdos:]

[b] Artículos 1 al 12 y 19 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (Acta de Estocolmo del 14 de julio de 1967) (Convenio de París);]

[e] [Artículos 9 al 40 del] Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (1994), (Acuerdo sobre los ADPIC)][, hasta en tanto dicha Parte se haya adherido al Acuerdo sobre los ADPIC y lo haya implementado];]

[h] Artículos 1 al 25 del Tratado sobre el Derecho de Marcas (1994);]

[n] Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones Sobre la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas (1999);]

[o] Artículos XX al XX del Protocolo de la OMPI sobre Licencias de Marcas— por definir;]

[q] Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas, y otros Derechos de Propiedad Industrial sobre Signos, en Internet - por definir;]...]⁵

Como podemos observar y al ser consecuencia de la tendencia global de armonización de los derechos de propiedad intelectual, se establece la necesidad de incorporar a la legislación interna ciertas normas de instrumentos internacionales, algunos de los cuales ni siquiera han sido elaborados todavía.

De igual forma, pero con propósitos de internacionalización más específicos, se establece la exigencia de ratificar o adherirse a determinados acuerdos

⁵ Area de Libre Comercio de las Américas, Tercer Borrador de Acuerdo, Capítulo XX, Sección A, Artículo 5. Miami, noviembre 21 de 2003.

internacionales, según lo dispuesto en las diversas propuestas de los acuerdos de libre comercio en mención:

[5.5. Cada Parte que no lo haya hecho, deberá hacer los mejores esfuerzos para ratificar o adherirse a los siguientes acuerdos internacionales relativos al registro de los derechos de propiedad intelectual, en el plazo de un (1) año contado a partir de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo:

...
b) el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas;...] ⁶

Con lo dicho, se plantea la posibilidad de la membresía obligatoria al Protocolo de Madrid, lo cual traería consigo la implementación del sistema de registro internacional de marcas.

Este sistema ofrece a los propietarios de marcas la posibilidad de proteger sus distintivos en varios países, mediante la presentación en una sola oficina de una única solicitud hecha en un idioma y para la cual se ha de pagar un juego de tasas en una moneda.

El registro internacional produce los mismos efectos que una solicitud de registro de marca hecha en cada uno de los países designados por el solicitante. Si la oficina de marcas de un país designado no deniega la protección dentro de un plazo determinado, la marca goza de la misma protección que si hubiera sido registrada por esa oficina. El sistema de Madrid también simplifica enormemente la gestión posterior de la marca, ya que se pueden inscribir los cambios posteriores (como un cambio en la titularidad o un cambio de nombre o de dirección del titular) y se puede renovar el registro mediante un único y sencillo trámite administrativo ante la Oficina Internacional de la OMPI⁷.

La implementación del registro internacional de marcas, además, no afecta el principio de territorialidad, debido a que será siempre la autoridad nacional quien acepte o deniegue la extensión del registro en dicho territorio, cuya decisión estará acorde con los artículos 1, 118 y 119 de la Constitución y con las demás normas que se apliquen a la materia.

En este sentido, y según lo dispuesto en el Protocolo de Madrid, resumiremos a continuación el procedimiento establecido para el registro internacional de marcas:

- El registro internacional debe tener como fundamento necesariamente a una solicitud o un registro nacional, a los cuales se les denomina "la solicitud de base" y "el registro de base", respectivamente.

⁶ Área de Libre Comercio de las Américas. Tercer Borrador de Acuerdo, ob. cit.

- Con el propósito de extender los derechos que se deriven de las mencionadas solicitudes o registros locales, existe la posibilidad de solicitar ante la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) el registro internacional de una marca con la especificación de los países a los cuales se quiere ampliar la protección. Para esto se deberá presentar una solicitud, en un formulario establecido para el efecto, ante la oficina que ha recibido la solicitud de base o concedido el registro de base, a la cual se la denomina como "oficina de origen".
- La oficina local o de origen, deberá remitir a la Oficina Internacional de la OMPI el mencionado requerimiento, la misma que concederá inmediatamente el registro internacional, con efectos en todos los países en que se hubiera requerido según la solicitud de registro internacional.
- Posteriormente, la Oficina Internacional de la OMPI deberá notificar del registro a cada uno de los organismos competentes de los países que constan en la solicitud de registro internacional. De igual forma, las marcas registradas a nivel internacional serán publicadas en un Gaceta editada para el efecto, la misma que será publicada y distribuida en cada uno de los países miembros del Protocolo de Madrid.
- Por su parte, cada oficina de marcas que haya recibido la notificación de registro internacional, en la cual conste su respectivo país, deberá proceder a analizar sobre la registrabilidad del signo, ante lo cual también existe la posibilidad de que se interpongan oposiciones.
- Para resolver sobre la pertinencia o no de la extensión de derechos a través del registro internacional, las oficinas de marcas de los países requeridos deberán tomar en cuenta únicamente "los motivos que se aplicarían, en virtud del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, en el caso de una marca depositada directamente en la oficina".
- En virtud de lo anterior, de no ser posible el registro internacional en un determinado país, la oficina de dicho estado notificará la correspondiente denegación a la Oficina Internacional de la OMPI, mediante resolución debidamente motivada. Dicha decisión será susceptible de los mismos recursos contemplados para los procedimientos locales en el mencionado país.
- De esta manera, la marca solicitada a registro internacional, se registra con dicha calidad por un periodo de 10 años extendiendo su protección a todos los países invocados, salvo que exista una denegación definitiva por cualquiera de ellos, en cuyo caso el registro internacional subsiste solamente con efectos para los demás estados.

Según lo explicado, el sistema de Madrid también contempla la posibilidad de realizar cambios posteriores al registro y de proceder con las renovaciones respectivas. Además se aplica también para las organizaciones intergubernamentales encargadas de los registros de marcas de varios países, siempre que dichas organizaciones formen parte del Protocolo de Madrid.



Es muy importante tomar en cuenta que se establecen tasas oficiales para los respectivos trámites, las mismas que tienen un valor elevado y pueden ser pagadas únicamente en francos suizos. De igual forma, las solicitudes deben ser redactadas en los idiomas oficiales (inglés, francés o español), según los formularios establecidos para cada trámite. Además, se establecen plazos máximos que deben ser cumplidos en las diferentes etapas del procedimiento.

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta, es la posibilidad de solicitar un registro internacional para varios productos o servicios, de distintas clases internacionales, a través de una sola solicitud, al igual que lo establece también el Tratado sobre el Derecho de Marcas.

4. Efectos de la implementación del Protocolo de Madrid.

Cabe destacar que, el ALCA y el TLC, fijarían una serie de normas y parámetros que deberán ser observados por todos sus miembros. Sin embargo, dichas disposiciones ya se encontraban contempladas en la mayoría de legislaciones del continente y no representaban un mayor cambio en el funcionamiento de los sistemas y organismos nacionales.

Con la disposición de adhesión obligatoria al Protocolo de Madrid, se compila a los países del hemisferio a realizar una serie de adecuaciones que, por el momento, serán muy difíciles o imposibles de efectuar para la mayoría, lo cual es el más claro reflejo del poco éxito que ha tenido este instrumento internacional en Latinoamérica. Así pues, paradójicamente, el único país que lo ha suscrito es Cuba.

En nuestro caso por ejemplo, estimamos que el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) aún no está suficientemente capacitado y equipado para procesar y analizar las solicitudes internacionales en el tiempo y forma requeridas por el Protocolo. Si bien, ha sido considerado como una de las más rápidas oficinas de Sudamérica en cuanto a procedimientos marcarios se refiere, todavía tiene que superar una serie de aspectos cualitativos y las deficiencias de funcionamiento que se presentan, pese al poco volumen de solicitudes existentes en comparación con los demás países del continente.

De igual forma, en el marco del ALCA, vale referirse a otros países como Venezuela y Brasil por ejemplo, en los cuales las solicitudes nacionales tardan más de 4 años en ser examinadas, lo cual representa un plazo mucho mayor al establecido en el Protocolo de Madrid, que tiene un límite máximo de 18 meses para notificar una denegación. En estos casos, podría darse una preocupante situación, al dar prioridad a las solicitudes internacionales, con el propósito de no incumplir el protocolo, perjudicando considerablemente a las solicitudes nacionales.

Las consideraciones de funcionamiento constituyen un requisito indispensable para la adopción de este tipo de compromisos, los mismos que no pueden ser adquiridos sin una eficiente estructura que garantice un normal cumplimiento de las obligaciones establecidas. Esto ha sido bien entendido por la Comunidad Andina de Naciones, la cual, pese a estar conformada por países muy similares en términos generales, no se ha arriesgado todavía a implementar un sistema de registro comunitario.

Además, según el análisis realizado por la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones, el Protocolo de Madrid tiene un beneficio limitado a ciertas empresas de la CAN, pues requiere costos y trámites de registro. Los costos son elevados respecto al beneficio pues se afecta el sistema andino de marcas, los órganos nacionales competentes de los países de la Comunidad Andina ya no tendrían la administración de los registros de marcas, viendo disminuidos sus ingresos, ya que no se cuenta con fase nacional. Asimismo, amplios sectores de abogados y agentes de propiedad industrial de la CAN se verían perjudicados⁷.

Por los motivos mencionados, consideramos que no sería conveniente para nuestro país, ni para la mayoría de naciones Latinoamericanas, la suscripción obligatoria del Protocolo de Madrid a corto plazo. La tendencia global de afinación legislativa en el tema de propiedad industrial debería reflejarse, en primer término, en los procesos subregionales de integración.

5. Conclusiones y recomendaciones.

En primer lugar, es importante mencionar que todo proceso multilateral de liberalización comercial debe partir tomando en cuenta las realidades de cada uno de los países involucrados y la pertenencia de estos a previos acuerdos subregionales de integración. Así por ejemplo, tomando el caso de la Comunidad Andina, ésta ha desarrollado un sistema de regulación de los signos distintivos que está bastante acorde con la situación de cada uno de los países miembros y con la estrategia que han planteado frente a los demás estados o comunidades.

De igual forma, los países de economías emergentes tienen prioridades sociales frente a la tecnificación de sus entes administrativos, lo cual deviene en la imposibilidad de implementar procedimientos y sistemas que requieran una considerable inversión económica al respecto.

Sin embargo, en miras de que todo país propende a la superación y el progreso, es prudente planificar para que en el mediano o largo plazo se pueda implantar este eficiente e internacional sistema de protección de marcas.

La adopción e implementación del Protocolo de Madrid no constituye una

⁷ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Sistema de Madrid para el Registro Internacional de Marcas. www.wipo.org/madrid/es/.

⁸ Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. Informe sobre las negociaciones en ALCA en materia de Propiedad Industrial y la Comunidad Andina. Documento Informativo, SG/di 551. Lima, agosto 27 de 2003.

prioridad para el Ecuador en este momento, debido a la incompatibilidad con ciertas normas nacionales, a las demostradas deficiencias y limitaciones administrativas y a los escasos beneficios económicos que, en principio, causaría a las empresas ecuatorianas.

Lo más adecuado sería el establecer con carácter facultativo la adopción del Protocolo de Madrid, determinando su suscripción obligatoria a un largo plazo, no inferior a cinco años.



Introducción.-

Desde el momento en que la cátedra de Sistemas Jurídicos Comparados se incorporó al pensum académico de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, como materia obligatoria general, y desde que participa de los sorteos para el rendimiento de los exámenes de grado, se ha hecho necesario difundir temas relacionados con su contenido. Dentro de ese contenido está, por supuesto, el sistema jurídico del Common Law que es, además, el sistema más practicado para la realización de actos y negocios jurídicos internacionales en esta era de la globalización y por ello su estudio específico consta en otra cátedra que lleva su mismo nombre, acogida por las autoridades de la Facultad a petición del autor de este artículo desde el I Semestre 2.003-2.004. En este contexto, pongo a consideración de la comunidad universitaria el presente artículo que referirá a las más elementales cuestiones del derecho anglosajón, denominado también como Common Law. Dado el carácter eminentemente descriptivo y el contenido puramente elemental del presente artículo, no se exhiben posturas doctrinarias ni discusiones filosóficas sobre sus instituciones, razón por la cual están ausentes citas de los eruditos y comentaristas del tema y que, a decir verdad, constan en una bibliografía tan extensa como indómita. Los temas aquí tratados tampoco conservan el orden y estructura del programa académico ni de las lecciones de clases; bien vale aclarar que el contenido del presente artículo, no consta de los apuntes de clase. El artículo versa en, una primera parte, sobre la importancia y necesidad de estudiar el sistema jurídico anglosajón, en una segunda parte, se hace referencia a las diferentes acepciones que tiene el término "common law" y en una tercera parte se topan algunos aspectos de la técnica jurídica de este sistema y se los compara con los aspectos técnicos propios del sistema jurídico legislativo al cual se ha acogido la legislación ecuatoriana. Finalmente se formulan conclusiones y se efectúan recomendaciones.

1.- ¿Por qué estudiar el Common Law?

Si bien el Derecho es una manifestación cultural y la cultura es elemento más distintivo entre una sociedad y otra, no es menos cierto que encontrándonos en el siglo XXI y habiéndose convertido el mundo en una "aldea global" nos hallamos frente a un inédito fenómeno de tráfico de ideas, bienes y personas que viene influyendo decisivamente en la vida jurídica de las sociedades contemporáneas. A partir de la denominada caída del muro de Berlín, que trajo consigo el colapso del modelo del "socialismo real", se ha producido una verdadera redefinición de algunas instituciones jurídicas que en principio



parecían inmutables tanto en el fondo como en la forma, tal es el caso de lo que ocurre con lo que se conoce como Estado-Nación, institución que pese a seguir siendo la mayor sociedad política organizada, hoy en día ha debido dar paso en la escena internacional a actores económicos y políticos no estatales como las empresas transnacionales o los movimientos sociales transnacionales de carácter obrerista, indigenista, ecologista, de derechos humanos, etc., que cada vez y con más frecuencia llegan a ejercer mayor poder e influencia que el estatal y que a nivel interno debe lidiar con las propuestas retribalizadoras étnicas y regionales de sus asociados, o lo que ocurre también con el modelo tradicional y cristiano de familia que hoy debe confrontarse a otros modelos de familia, como los propuestos por los grupos gay-lésbicos que le antagonizan abiertamente. En efecto, el mundo actual tiene una agenda internacional tan intensa como extensa que produce un creciente y complejo entrelazamiento entre sociedades nacionales que ha hecho del Derecho un fenómeno transnacional, situación que motiva respuestas jurídicas oportunas y adecuadas. Ahora bien, el planteo de tales respuestas en alguna medida debe tener un carácter de universalidad o carecerá de efectividad y eficacia y para que ello suceda es menester contar con un vínculo jurídico cosmopolita que pueda ser entendido y practicado en la mayoría de sociedades. Este vínculo es a no dudarlo el Sistema Jurídico del Common Law. Para nadie es desconocido que desde hace mucho tiempo la gran mayoría de actos y negocios jurídicos internacionales se vienen practicando bajo las categorías y métodos del Common Law, hecho que de por sí convierte el conocimiento de este sistema en un gran imperativo dentro de la formación académica del abogado actual. Pero este no es el único motivo académico y científico para conocer el derecho anglosajón puesto que tampoco resulta ajeno que su estilo expresivo basado en la oralidad procesal sea una herramienta cada vez más utilizada en las legislaciones latinoamericanas como instrumento para lograr la celeridad y la intermediación del juez con las partes, ese es el caso del Ecuador en materia laboral cuando a través de la Ley No. 2003-13, publicada en el R.O. No. 146 de 13 de Agosto de 2003 se establece el procedimiento oral en los juicios laborales; no se descarta que en un futuro muy cercano la oralidad se haga extensiva a todas las modalidades procesales del derecho ecuatoriano. Característica inherente a este sistema es que su aplicación como agente regulador de la vida social es objeto de permanente evaluación lo que se traduce en la juridización y judicialización de la problemática social, llevando a profundas reflexiones a sus doctrinarios. Producto de estas reflexiones son, por ejemplo, el reconocimiento de los llamados derechos colectivos, difusos y, en general, los catalogados como derechos humanos de tercera generación. Para que ello ocurra es necesario mencionar que en los análisis jurídicos sobre la realidad social los juristas utilizan herramientas propias de las Ciencias Sociales como la Sociología, la Lingüística, la Antropología, etc. Así, por ejemplo, tratándose del principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley bien se puede llegar a la conclusión de que el principio más que una garantía ciudadana sería una suerte de imposición en sociedades pluriculturales donde existen unos grupos que dominan culturalmente a los más vulnerables y que por ello lo que

mas bien habría que defender es el derecho a la diversidad cultural de los pueblos a fin de preservar sus usos y costumbres ancestrales. Sin un análisis de esta naturaleza, el movimiento indígena organizado del Ecuador jamás habría logrado hacer incluir en la Constitución (Art. 1) que el Ecuador sea declarado país "pluriétnico y pluricultural". En sus aspectos valorativos el sistema del Common Law hace que el estudio del Derecho trascienda los aspectos puramente legislativos y entre a descifrar los nuevos alcances y significados de los valores jurídicos como la justicia, la democracia, imparcialidad judicial, obligatoriedad e impersonalidad de las normas, etc., valores que dan contenido a las leyes. Sin embargo, a parte de lo mencionado hay que considerar que la difusión del Common Law a nivel mundial también obedece a la hegemonía económica y política que vienen ejerciendo los Estados Unidos de Norteamérica a raíz del colapso de la Unión Soviética, país con quien rivalizó por casi cincuenta años EEUU en materia ideológica, política y geopolítica. Siendo esto una realidad y aunque ésta disgusta en casi todo el mundo no cabe duda que la necesidad que los países del mundo sienten por mantener relaciones comerciales con la gran potencia hacen cada vez más necesario el conocimiento del Common Law. No está demás señalar que el trabajo de aprendizaje del sistema se facilita porque el idioma inglés parece ser el menos dificultoso para ser aprendido a escala planetaria .

2.- ¿Qué se entiende por Common Law?

El Common Law es un sistema jurídico originado en Inglaterra a partir del siglo XI de la era cristiana y que al decir de Julio César Cueto Rúa "Constituye el eje de los derechos privados norteamericano, canadiense, australiano, neozelandés e irlandés, y ha influido considerablemente en el ordenamiento vigente en Escocia, las islas anglonormandas, Malta, Chipre, la Isla Mauricio, India, Pakistán, Ceylán, la Malasia y las Islas Seicheles." (Cueto Rúa, Julio César, El Common Law, p. 19) Sin embargo, también se puede determinar que como término tiene algunos significados como los siguientes:

- a) La designación del sistema jurídico practicado en los países anotados, designación que da a entender también que estos países no pertenecen a lo que suele denominarse como familia jurídica romanista.
- b) Un significado literal que en castellano equivale a "ley común": no obstante, el término common law tiene su origen en la expresión normanda "commune lay" en razón de la presencia normanda en Inglaterra que a partir del año 1.066 inició el proceso de unificación del Derecho en Inglaterra.
- c) Se utiliza también como sinónimo de "derecho consuetudinario" en razón de que nació como un uso jurídico consuetudinario entendido como aquella ley conocida y practicada por todos aunque jamás haya sido publicada por nadie.



d) Sirve para designar a lo que en la técnica jurídica se conoce como sistema jurisprudencial, es decir el derecho de origen judicial que tiene a la sentencia análoga al caso que se juzga como precedente obligatorio para hacer aplicable aquel principio de que a un mismo hecho se debe aplicar un mismo principio jurídico, principio básico para el funcionamiento del sistema.

No obstante, cabe preguntarse si existe un solo common law o los países en los que se practica han adaptado el sistema a su realidad. La verdad es que aunque el sistema cuenta con sus reglas básicas que le dan identidad, su práctica si varía de un país a otro. Para graficar la aseveración bien valdría tomar como ejemplo lo que acontece con Inglaterra y los EEUU. Inglaterra fue el país colonizador de los EEUU y como tal trajo su derecho, máxime si para cuando los súbditos ingleses llegaron al nuevo mundo en el siglo XV DC, pusieron en práctica el principio de vigencia de este sistema basándose en que "el common law rige en las colonias; los súbditos ingleses lo llevan consigo cuando se establecen en territorios no sometidos a naciones civilizadas." (David, Renee, Los Grandes Sistemas Jurídicos, 1970, p.) Claro está que una Norteamérica poblada por pequeños grupos indígenas no podía reputarse "nación civilizada" como también es cierto que pese a la existencia del principio, en la práctica este no pudo tener efecto práctico, no solamente porque a las colonias no arribaron juristas ingleses con la misión de organizar la vida de los colonos, sino porque aun cuando hubieran venido, su llegada no hubiera servido de mucho dado que hasta el siglo XVIII en las universidades inglesas no se estudiaba el derecho inglés sino Derecho Romano y como pura preocupación metafísica. Los primeros jueces durante los inicios de la colonia fueron los ministros de culto que acompañaron a los expedicionarios y que utilizaban la Biblia como referente para resolver conflictos; además, cuando llegaron a América los principios del common law inglés, llegaron mucho después y de diferente forma a cada una de las trece colonias. Aparte de ello hay que tomar en cuenta que no solamente los ingleses estuvieron en territorio norteamericano sino también franceses, holandeses, suecos, belgas, etc, siendo los franceses otros grandes exportadores de derecho a las colonias y por ende los causantes de que el derecho norteamericano tenga su actual carácter mixto que conjuga el common law inglés y el sistema legislativo de corte francés que se expresa en codificaciones. Durante gran parte del siglo XIX se pensó que en Estados Unidos se impondrían las codificaciones por sobre la jurisprudencia del common law. En realidad, el common law británico recibido por los EEUU estuvo vigente solo hasta 1.776 ya que partir de entonces, los norteamericanos crearon su propio common law adaptado a su realidad; lo que sí se ha mantenido y se mantiene hasta la fecha es la técnica jurisprudencial inglesa.

Pero aun existen más motivos para la diferenciación puesto que Inglaterra y EEUU tienen modelos políticos organizativos diferentes; mientras Inglaterra es una monarquía parlamentaria y su estado unitario, los EEUU son una república con división de poderes donde predomina un régimen presidencialista y es un Estado federal donde coexisten un derecho federal de carácter nacional y un derecho particular inherente a cada uno de los estados asociados en cuyo

seno se reproduce la división de poderes del estado nacional, Inglaterra no cuenta con un Constitución escrita en tanto los EEUU si la tienen, Inglaterra no tiene problemas de minorías raciales y grupos de emigrantes, los EEUU bastantes y muy complejos. La identidad que guardan estas dos naciones –que incluso les ha unido a la hora de invadir Irak- se ha producido más bien por la orientación cultural hacia el estilo de vida europeo que paulatinamente fueron adquiriendo los Estados Unidos. Si esto ha ocurrido con los EEUU, es obvio pensar que el common law que se practica en otras latitudes donde Inglaterra ha tenido influencia jurídica también se presenta con identidad propia.

3.- La Técnica Jurídica del Common Law.

Una necesaria y pertinente precisión que cabe formular es que el término técnica no es de exclusiva aplicación a las denominadas ciencias exactas. El diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, en su 22da. Edición manifiesta que es la "habilidad para ejecutar cualquier cosa o para conseguir algo", dicho en otras palabras, es la aplicación que hace una ciencia o arte de un determinado método con miras al logro de un fin. Trasladado el concepto al plano de las ciencias jurídicas podría decirse que técnica jurídica es el conjunto de métodos, instrumentos y estrategias utilizadas por el jurista para hacer más efectivo y eficaz el Derecho a fin de que alcance su objetivo de ser vehículo de justicia. La técnica jurídica es uno de los elementos constituyentes de un sistema jurídico que le permite diferenciarse de otro, aun cuando los sistemas cuenten con instituciones jurídicas similares, equivalentes entre si y así estas lleven el mismo nombre. Instituciones como la familia, como los contratos o el sufragio, de hecho están presentes tanto en un sistema jurídico de origen romanista como en el Common Law, pero la técnica jurídica de cada sistema hará que los ordenamientos jurídicos respectivos, les den un tratamiento peculiar a la hora de resolver conflictos inherentes a ellas. La técnica jurídica es aplicada, por ejemplo, al momento en que el sistema jerarquiza sus fuentes formales del Derecho a partir de las cuales va a funcionar su estructura normativa y ello hace que en virtud de la fuente formal principal escogida como la primordial para administrar justicia, un sistema hasta reciba su nombre: el sistema será legislativo si su fuente principal es la norma legislativa, será consuetudinario, si es la costumbre, y será jurisprudencial, como en el caso del Common Law, si es la jurisprudencia la fuente de mayor jerarquía.

3.1.- ¿Qué es un Sistema Jurisprudencial?

Es como se había señalado, un sistema de origen judicial cuyas normas aplicables para resolver conflictos son las sentencias judiciales relevantes anteriormente dictadas y que cumplan con los requisitos que el sistema establezca para dotarlas de validez. En este sistema no se busca como en el nuestro, la norma legislativa codificada que el abogado crea aplicable para



legitimar la pretensión de su cliente. Aquí el abogado tiene frente al caso sobre el que va a litigar una serie de sentencias judiciales análogas de las cuales debe extraer una serie de hechos relevantes que terminen por configurar el principio jurídico que le dará la razón en la causa que defiende. Así, por ejemplo, un abogado puede tener en frente un caso como este: Juan N. tiene un negocio de licorería y el 5 de Diciembre de 2.004 a las 22 h. viene su cliente Pedro N. a comprar una botella de ron "Caña Fuerte" por la cual paga USD 10,00. Sale Pedro N. de la licorería y se va con sus amigos a libar en su casa. Llegan los amigos a la casa, abren la botella adquirida, la mezclan con bebida gaseosa y empiezan a beber. Pero mientras transcurre la noche los amigos empiezan a sentirse mal, a parte de mareo sienten náuseas, dolores abdominales y hasta convulsiones lo que motivó la llamada a emergencias médicas. Por fortuna la ambulancia vino a tiempo y pudieron salvar sus vidas las cuales estuvieron en peligro, según los facultativos médicos, por haber ingerido licor adulterado. En tales circunstancias Pedro N. quien compró la botella decide entablar una demanda contra Juan N. por el valor de USD 5.000,00. y éste asustado va al despacho del abogado en busca de defensa. En efecto, el abogado del acusado sabe que el acusador basa su pretensión en un caso similar acaecido en la licorería de al lado de la Juan N. que tuvo lugar el 5 de Noviembre a las 22 h. de 2.004, cuando un señor de nombre Pericles N. concurrió al local de José N. a comprar una botella de ron de la misma marca, "Caña Fuerte", por el valor de USD 10,00, para embarcarse en su auto con amigos a libar en su casa. Así mismo, mientras bebían el ron comprado mezclado con gaseosa, en el transcurso de la noche empezaron a sentirse mal con mareos, náuseas, dolores abdominales y convulsiones lo que motivó su inmediata hospitalización, también se salvaron de morir y determinándose clínicamente que habían tomado ron adulterado. Pericles N. demandó a José N. a quien el Juez Justo X le dio la razón, condenando al dueño de la licorería Pericles N. a reconocerle la suma de USD 5.000,00 por gastos hospitalarios, daño emergente y lucro cesante.

Con estos elementos y tomando la similitud del caso José N. vs. Pericles N., el precedente escogido por el actor para fundamentar su pretensión, lo único que le quedaría al abogado de Juan N. es pedir resignación a su cliente y aconsejarle que vaya buscando amigos caritativos que le ayuden a reunir la suma requerida, pero no.

Es cierto que los hechos similares considerados hacen que a simple vista, el precedente aplicable al caso sea el principio contenido en el caso José N. vs. Pericles N. que dice "quien vende licor adulterado a un comprador de buena fe, causándole daños por su ingestión que ameriten su hospitalización, será condenado si no ha causado daño irreversible, a pagarle una cantidad de dinero que contemple gastos de hospitalización, más valores por daño emergente y lucro cesante.". Pero por lo que Juan N. ha relatado a su abogado, éste pronto se da cuenta que el precedente invocado por el demandante no se ajusta a la situación de su cliente Juan N. por las siguientes razones:

a) En el caso José N. vs. Pericles N., el área de la licorería de donde el comprador tomó la botella estaba escasamente iluminada, por lo que se hacía difícil de determinar el color y el aspecto del licor, en tanto que en el presente caso la iluminación de la licorería permite al comprador apreciar claramente el contenido de las botellas, lo cual hace presumir la buena fe del vendedor.

b) Se comprobó que en el primer caso el dueño de la licorería era reincidente en este tipo de prácticas en tanto que en el caso actual, el demandado y dueño local recibía por primera vez una acusación en este sentido y dentro de los quince años de desempeño en esta actividad.

c) En el caso anterior se había probado que el dueño de la licorería se había puesto de acuerdo con el chofer del vehículo distribuidor de la licorería para adulterar el contenido del ron y repartirse a medias el valor de cada botella vendida de ron adulterado, situación que no se había producido en el caso que se conoce.

d) Por la última circunstancia anotada, el abogado pregunta a su cliente si teniendo vecindad su licorería con la del acusado en el primer caso, tendrían al mismo chofer como repartidor del ron de la mencionada marca, lo cual hace suponer que la botella que intoxicó al demandante quizá fue colocada por error en el estante de la licorería de Juan N. cuando debía ser colocada en el estante de la licorería de Pericles N., situación que de ser probada haría inocente al demandado.

e) Se probó que en el primer caso y dentro del proceso al dueño de la licorería se le habían incautado 30 botellas de ron adulterado de la mencionada marca, en tanto que Juan N. estaba totalmente dispuesto a que las autoridades inspeccionasen su local para demostrar que él expende sus productos observando todas las reglas.

f) El abogado llegó a determinar que el comprador de la botella de ron en la licorería de su cliente, antes de ir a efectuar la compra, había estado en un puesto de comida rápida que aquella noche había expendido alimentos descompuestos, en tanto que nada de esto se comprobó en el caso anterior. Si esto se confirmaba, el abogado podía impugnar el informe médico que determinó que el malestar del comprador y sus amigos se haya debido a la ingestión de licor adulterado.

g) El defensor también llegó a saber por declaración de una chica que estaba con los jóvenes aquella noche de la intoxicación, que sus acompañantes habían decidido beber la botella pese a que más de uno exclamó que el ron "estaba algo raro", hecho que no se dio en el caso invocado como precedente.

h) Así mismo, se pudo conocer que uno de los chicos convulsionó por haber fumado marihuana por primera vez, algo que no pasó en el caso anterior.



En estas circunstancias, fácil es advertir que las analogías que existen entre el caso presente con el caso invocado como precedente realmente no versan sobre hechos relevantes sino sobre hechos que aunque muy parecidos, finalmente resultan irrelevantes por lo que el nuevo caso no está gobernado por el principio invocado por la parte actora, siendo necesario buscar otro precedente de acuerdo a las analogías sobre los hechos enunciados que son los realmente relevantes. Esto, vale aclarar, no significa necesariamente que esté garantizada la sentencia absolutoria del demandado, puesto que el caso escogido como precedente análogo por la defensa puede, a su vez, ser desestimado como eximente por el juzgador quien es el que tiene la última palabra.

3.2.- El principio del Stare Decisis.

Acabamos de enunciar que el Common Law opera en virtud de precedentes judiciales que son el elemento a partir del cual el caso que se juzga, en base al establecimiento de analogías con un caso anteriormente sentenciado, obtiene los principios que le son aplicables. Si analizamos este particular desde nuestra perspectiva de sistema legislativo de extracción romano franco germana, bien podemos alegar que esta forma de proceder del common law significa romper de alguna manera con una de las más importantes garantías jurídicas de todos los tiempos que es la condición que tiene una sentencia de pasar en autoridad de cosa juzgada a fin de que nadie pueda ser juzgado nuevamente por un mismo hecho por el que ya fue juzgado y sentenciado. En efecto, en el sistema anglosajón, mediante la aplicación del principio stare decisis los jueces deben resolver sus casos de acuerdo a con lo decidido por los jueces de una misma jurisdicción, de mayor o igual jerarquía, en casos previos y de naturaleza similar. Esto, puesto en nuestro lenguaje y con respecto a la autoridad de la Cosa Juzgada, querría decir que dicha autoridad opera solo con relación a los sujetos procesales mas no con respecto a los hechos contenidos en dicho caso puesto que estos hechos contienen principios jurídicos que serán aplicados a hechos procesales futuros de similares características. En el derecho anglosajón funciona la máxima de que "a un mismo hecho se aplicará un mismo principio de Derecho".

Bien, pero ¿cómo definir al stare decisis tomando en cuenta que ni los autores lo han definido con univocidad ni siquiera en su sentido literal? Partiendo de su nombre completo "stare decisis et quita non movere", significaría algo así como que una decisión (judicial) que se ha tomado como producto de la razón se convierte en un principio que ya no se mueve. Sin embargo, para todo el mundo es claro que el stare decisis suministra a la sentencia precedente una validez distinta de la que tenía en virtud de pasar por la autoridad de cosa juzgada. Siendo la aplicación del stare decisis de obligatorio cumplimiento para el juzgador, no cabe duda de que se trata ante todo de una verdadera norma jurídica, una ley que debe ser observada sin excusa alguna para sentenciar, provocando que millares de sentencias se conviertan en leyes. Por esta razón, en lugar de invocar artículos pertenecientes a determinados códigos, como hacemos en nuestro sistema, se dirá, por ejemplo, "...de

acuerdo al art. 13 del código civil la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna", mientras que en el sistema anglosajón se dirá: "...de acuerdo al caso de A contra B procede la indemnización por negligencia", etc.

Ahora bien, por la diversidad de países que practican el common law, sí cabe colegir que la aplicación de este principio es variada. Comparando los sistemas inglés y norteamericano, es claro que en Inglaterra por su secular tradicionalismo la aplicación del stare decisis es más rígida que en el sistema norteamericano. En Inglaterra los jueces y tribunales se hallan absolutamente obligados a aplicar a sentencias presentes, los principios que ellos mismo aplicaron en sentencias anteriores sin lugar a modificarlos. En los Estados Unidos, en cambio, los principios se aplican de acuerdo con el contexto cultural de la época dentro de la cual se dicta la sentencia. Por ejemplo, si en el caso (ficticio) Jones vs. Gonzáles en 1.905, una corte inglesa ha determinado que la importación de bikinis constituye un "atentado a la moral y todo contrato que tenga por objeto la compra venta de dichas prendas adolecerá de objeto ilícito y causa ilícita", la misma corte, aun cuando estará, obviamente, conformada por otros jueces, si en la actualidad conoce un caso de compra venta de bikinis, si es que a alguien se le ocurre demandar a un comerciante que se dedique a negociar con dichas prendas por la ilicitud del objeto, dicha corte, prácticamente, estaría obligada a declarar a dicha compra venta como ilegal por tener objeto lícito y causa lícita amparándose en el precedente del caso Jones vs. Gonzáles. De ventilarse el mismo caso en los Estados Unidos, aquella sentencia de 1.905 que declara ilícita la compra venta de bikinis ya no sería un precedente para una caso similar acaecido en 2.005 porque el uso de esa prenda ya no es visto como un atentado contra la moral y las buenas costumbres. a nadie o a casi nadie se le ocurriría decir que la compra venta de bikinis atenta contra la moral y las buenas costumbres. Y si alguien formulara una demanda de esa naturaleza invocando la existencia del precedente en mención, no haría otra cosa que el ridículo porque ese precedente hoy en día se convertiría en un verdadero atentado contra la libertad de comercio consagrada en la constitución.

Supongamos también que habría una nueva enmienda a la constitución norteamericana por la cual se reconozcan nuevos derechos y garantías. Desde el momento en que tal enmienda entre en vigencia, todos aquellos precedentes que contradigan su texto y su espíritu, dejarían de ser invocados. En Estados Unidos la constitución es, definitivamente, un limitante para la aplicación del stare decisis, al punto que el juez, antes de aplicar un precedente, deberá primero establecer si está o no en contradicción con el texto constitucional.

En cuanto a su aplicabilidad dentro de los conflictos situados en el ámbito de las diferentes ramas de derecho, se puede afirmar que también hay variación. En la mayoría de países, por no decir en todos los países que practican el common law, en materia criminal es donde tiene menos aplicación el stare decisis, puesto que, en este campo opera de manera fundamental, la ley escrita de tipo legislativo. En el common law, también funciona aquel gran pilar del derecho penal que establece "no hay delito ni sanción sin ley previa". Es en lo que nosotros conocemos como materia civil y sus afines es donde



más cabida tiene su aplicación. En todo caso, sea cual sea la naturaleza y concepto del *stare decisis*, es claro de que se trata de una verdadera norma jurídica, pero una norma de mayor jerarquía que las mismas sentencias precedentes, porque de no ser así, el *common law* no fuera un sistema jurídico por carecer de una unidad de fundamentación.

3.3.- Diferencias con el sistema legislativo.

De hecho lo tratado en los dos puntos anteriores constituyen diferencias con respecto con el sistema legislativo pero, obviamente no son las únicas.

Existen importancias de tipo conceptual, clasificatorio, metodológico, estructural.

Por ejemplo, en el sistema anglosajón la división del derecho por ramas tiene otro significado con respecto a nuestro sistema. A nosotros nos parece lo más lógico dividir al derecho en público, privado, civil, laboral mercantil, etc. Los juristas anglosajones también han dividido su derecho en ramas, pero para ellos no existe la dicotomía derecho público derecho privado; no entenderían una división de esta naturaleza, en cambio para ellos es familiar y lógico dividir al derecho de acuerdo al origen de los precedentes y así dividen al derecho en la *rule of precedent law* y en *equity law* o *real property* (propiedad sobre los objetos) y la *personal property* (derecho a poseer bienes basado en acciones personales).

Así mismo, en el plano de lo que nosotros llamamos instituciones, muchas de ellas que penaríamos como de alcance universal, no existen en el *common law*, allí no encontramos conceptos como la fuerza mayor, la persona moral, la patria potestad. Uno de los rasgos más importantes de este sistema jurídico es que lo adjetivo predomina sobre los sustantivo. Los tratadistas no se han dedicado a construir conceptos jurídicos, sino más bien se han dedicado a sistematizar el derecho procesal que contiene un sinnúmero de acciones provenientes de la práctica social que consideran la razón de ser del derecho. Esto trae como resultado que los denominados como "juicios tipo": ordinario, ejecutivo y verbal sumario, existentes en la mayoría de códigos de procedimiento civil de los sistemas jurídicos legislativos, sean completamente ajenos para el *common law*. Para el sistema anglosajón, ninguna acción se parece a otra y por eso, cada acción tiene su propio procedimiento; es como si nuestro código civil estaría conformado única y exclusivamente por "juicios especiales". Una de las grandes dificultades con que se topan los abogados del *common law* es saberse cada una de las acciones porque de ello depende que sepan ante que juez o tribunal plantear las acciones judiciales, ello porque tampoco existen salas o juzgados de lo civil, de lo mercantil, de lo laboral como tienen los países que practican el sistema legislativo. Los tribunales atienden un determinado conjunto de acciones cuya lista habrá que memorizar para no equivocarse de tribunal.

En cuanto a los textos de aprendizaje, también será difícil encontrar libros de derecho, a través de la enunciación de la rama civil, penal, mercantil, etc. Quizá podríamos encontrar libros de derecho civil, pero nos topáramos con la

sorprende de no hallar nada de sucesiones, contratos, obligaciones, matrimonio, etc, sencillamente por que el término "derecho civil" en el sistema anglosajón hace referencia a los derechos políticos de los ciudadanos, podríamos encontrar textos sobre "administrative law" pero no sería un libro de derecho público, sino más bien un libro de derecho privado porque un texto referente al derecho mercantil. Los textos que podríamos encontrar tendrían nombres como "Torts" (ilícito civil), "Evidence" (texto sobre mecanismos procesales probatorios), "carriage of goods" (transporte de bienes), "master and servant" (relaciones laborales), "discoveries" (exhibición procesal de pruebas que estén en poder de la parte adversaria) etc.

Por último, dentro del plano técnico, cabe mencionar que una diferencia fundamental entre el sistema jurisprudencial con el sistema legislativo estriba en el mayor grado de generalidad que tiene la norma del sistema legislativo con respecto al carácter más específico que tienen los precedentes judiciales.

4.- Conclusiones.-

a) El derecho inglés se unificó cuando llegó al trono de Inglaterra el rey Guillermo de Normandía.

b) El Derecho Inglés no tiene carácter romanista. Roma se anexó Britania pero no exportó su derecho. Inglaterra desarrolló su derecho de manera autóctona y diferente con relación a la Europa Continental.

c) El sistema inglés es la base jurídica de toda la familia del common law, presente en todos los continentes.

d) Pese al origen inglés, cada país practica el common law con rasgos particulares, pero conservando principalmente la técnica jurídica de un sistema jurisprudencial.

e) La jurisprudencia sirve para resolver casos futuros y se vincula con éstos mediante una norma jurídica de obligatorio cumplimiento conocida como stare decisis.

f) En el sistema anglosajón se privilegia el derecho adjetivo por sobre el derecho sustantivo.

5.- Recomendaciones.-

a) La facultad de Jurisprudencia debería insistir en firmar convenios de cooperación académica con escuelas de Derecho inglesas y norteamericanas.

b) Se debería crear una asignatura expresa de "Inglés Jurídico", de perfil electivo general e imputable al número de créditos que debe completar el estudiante de la facultad.



- c) La facultad de jurisprudencia debería incrementar su biblioteca con textos sobre el sistema jurídico del common law, en las más diversas áreas.
- d) Se deberían organizar talleres y seminarios sobre aspectos del common law con la presencia de catedráticos ingleses y norteamericanos.
- e) Se debería capacitar profesores tanto en el área de la cátedra como en áreas específicas: civil, penal, societaria, mercantil, ambiental, etc.

Fuentes Consultadas

ALCARAZ VARO, M. Angel y otros, El Inglés Jurídico Norteamericano, Ariel Derecho, Barcelona. 2001.

AUSTIN, John. The Province of Jurisprudence Determined, Feinberg, 1967.

CUETO RUA, Julio César. El Common Law, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1.997.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Harvard University Press, 1.978.

HART. H.L.A. The concept of Law, Oxford Press, 1.961.

MAYERS, Lewis, The American Legal System. Harper and Row, 1.966.

LA VIDA JURÍDICA EN EGIPTO

Farah Zabana Abdo

I. INTRODUCCIÓN.- En el presente artículo se expondrá una visión panorámica de lo que es el Derecho en la República Árabe de Egipto, nombre con el que se le conoce oficialmente a este país. En primer lugar se analizará el sistema de derecho que mantiene este país, se expondrá los antecedentes históricos del Derecho Egipcio, luego se observará su organización judicial, más tarde se explicará la dos ramas principales del Derecho: Constitucional, Civil y Penal. Finalmente se propondrán recomendaciones que pueden surgir de la lectura este artículo.

II. DESARROLLO

2.1. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO EGIPCIO.

2.1.1. Antiguo Egipcio.- Los historiadores del Antiguo Egipto conocen de desarrollados textos del Derecho Egipcio, más por circunstancia naturales o de otra índole, toda la evidencia del Sistema Legal desapareció.

Sin embargo, los arqueólogos, investigadores e historiadores poseen pocas muestras muy valiosas de decretos, resoluciones, leyes, que se encontraron en textos funerarios entre otros.

Se prevé que el Derecho Egipcio se basaba en el sentido común de ¿qué es bueno? y ¿qué es malo?. Los códigos que se supone existieron se fundamentaban en la figura del dios Ma'at representado por la verdad, el orden, el balance entre el universo y la justicia.

Durante el periodo Griego del Antiguo Egipto, la ley griega coexistió con la ley egipcia, aunque estas leyes favorecían a los griegos.

Más adelante, en la Dominación del Imperio Romano en Egipto los romanos impusieron su Derecho.

Todos los estudios realizados sobre el Sistema Legal de Egipto perfilan las principales características del Derecho Antiguo de Egipto son:

- Aparece el documento escrito, con el que surgieron los notarios y los contratos complejos. De hecho el arte notarial nace en el Antiguo Egipto.
- El Faraón era el dios viviente y era el juez y legislador máximo, más podría delegar estas atribuciones a comisiones especiales. Ante él se trataban los casos más graves.
- El Sistema legal y administrativo no estaba muy bien definidos ni la función de los jueces, que en esta época eran los visires, quienes eran funcionarios estatales de difícil acceso para el egipcio común.
- Lo que podría llamarse Corte, era la Inspectoría de las Seis Grandes Mansiones con sede en Tebas, que en su tiempo era una de las ciudades más destacadas del Egipto antiguo. Sin embargo, se cree que existieron otras cortes menores.
- Los casos menores eran conocidos por un consejo local de los ancianos de un pueblo o villa.

1 Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador



- Una variación especial del juzgamiento era el que se realizaba con la ayuda de los dioses. Los interesados de un proceso, ponían la demanda escrita en una balanza. Si la figura del dios se movía al lado del actor este tenía razón, sino de la otra parte del proceso.
- Se utilizaba la documentación relativa a casos anteriores como precedentes en casos jurídicos.

Por otro lado, de evidencias como algunos juicios muy conocidos en su época se obtienen los elementos principales del Derecho Criminal en el Antiguo Egipto, estos son:

- La pena en este tipo de Derecho no era personal, pues una vez impuesta afectaba al infractor y a toda su familia.
- El delito más grave era violar las tumbas funerarias.
- Si se robaba bienes importantes, quien lo hacía debía restituirlos a su dueño con el doble de su valor.
- El castigo corporal involucraba 100 golpes con palos de caña y en el peor de los casos 5 cortes sangrantes o con marcas visibles de deshonra permanente.
- El Faraón decidía en los casos criminales más importantes, aunque como se señaló anteriormente, podía delegar esta atribución a comisiones especiales creadas para el efecto.
- Para algunos crímenes como violación, o asesinato, se preveía la mutilación de manos, lenguas, orejas o nariz. En casos extremos el castigo capital era la inserción de una estaca, quemar al presunto culpable vivo, ahogamiento o decapitación. No obstante, estas penas consideradas en la actuales bárbaras, se detectaron señales de humanismo en la aplicación de las mismas. Es más se tiene conocimiento que el Faraón Bocchoris suprimió la prisión por deudas.

2.1.2. El Egipto después de los Faraones.-

El periodo posterior al apogeo del Antiguo Egipto, aproximadamente en el siglo IV aparece en el mundo árabe una figura muy importante que influiría todos los aspectos en la vida de los árabes: Mahoma. Fundó una de las religiones más destacadas en el Mundo: el Islamismo.

El Derecho Musulmán se basaba en las interpretaciones que se hacían del Corán, libro escrito por los seguidores de Mahoma y que mostraba las costumbres y algunos hechos del profeta.

La ley musulmana es denominada como La Sharia. A los jueces se los conoce como Cadis.

La fuente principal del Derecho Musulmán es el Corán que es mandato divino, luego viene la Sunna que es la tradición, la tercera fuente es la Idjma'a que se traduce como unanimidad de criterios sobre el Corán y la Sunna. Y como última fuente se encuentra el Qiyás que se considera a la tradición.

Con el Derecho Islámico se mantuvo Egipto, hasta la llegada de Napoleón y su ejército, que trajo consigo a juristas y su código civil que influyó en el Derecho Egipcio sin descartar la aplicación del Derecho Musulmán.

En el siglo XX se dio la ocupación de Francia y Alemania sobre algunos pueblos árabes. Entre ellos Egipto que fue colonizada por Francia. De hecho hasta 1940 existían cortes mixtas con juristas egipcios y extranjero, más estas fueron eliminadas.

Antes de la Revolución de 1952, existía un sistema judicial separado de cortes religiosas (musulmanas) que aplicaba la ley en cuestiones del estado personal, matrimonio, divorcio y herencia. Las cortes Musulmanas tenían jurisdicción sobre los fieles de esta religión, y la minoría Copta tenía cortes comunitarias. En la República (después de 1952), se abolieron las cortes religiosas y sus funciones fueron transferidas a las cortes seculares, aplicando el derecho penal y el derecho civil en base a la herencia francesa del Código Napoleónico.

A finales de los cincuenta, la Constitución prohíbe que la Función Ejecutiva se inmiscuya en los asuntos judiciales de la Función Judicial. Esta norma no detuvo que el presidente Nasser purgue a los jueces que evidenciaban su hostilidad política.

Con el presidente Sadat se eliminó estas purgas y se creó en su lugar Cortes de excepción para Ofensas políticas, situación que devino en abusos al debido proceso a presos políticos.

No obstante, en las décadas de los setenta y ochenta, los activistas políticos musulmanes lucharon porque la ley oficial cambie a la luz de sus creencias. Este esfuerzo devino en la eliminación del status liberal que en tiempo de Sadat se le atribuyó a la mujer. Además de que, se consiguió una enmienda constitucional determinando que la Sharia sea la principal fuente de la Legislación y de esta forma declarar inconstitucionales algunas normas de la Ley Secular.

2.1.3. DERECHO EGIPCIO EN LA ACTUALIDAD

Quiénes gobiernan Egipto ahora son :

EL jefe de Estado es el Presidente :Mohammed Hosni MUBARAK (desde 14 Octubre de 1981) La cabeza del gobierno es el Primer Ministro : Ahmed NAZIF (desde el 9 July de 2004)

En la actualidad el Derecho Egipcio se encuentra fundamentado en el derecho consuetudinario inglés, ley islámica, y los códigos napoleónicos; la revisión judicial por la Corte Suprema y Concilio de Estado (vigila validez de decisiones administrativas); acepta jurisdicción de ICJ compulsiva, con las reservas².

Es necesario considerar que la República de Egipto tiene un 94 % de musulmanes (sunitas), un % 6 de coptos y de otros.

3. ORGANIZACIÓN JUDICIAL EN EGIPTO.-

La base del Sistema de Cortes está en la Muda, nivel rural, que representa a la autoridad central y debe mantener el orden.

Más adelante, aparecen los tribunales de distrito, cortes de un solo juez con jurisdicción en casos de delitos civiles y penales menores.

Luego aparece en cada gobernación al menos un tribunal de primera instancia, compuesto por un juez que hace las veces de presidente y dos jueces sentados. Estos tribunales conocen crímenes serios y apelaciones de las cortes distritales.



² CIA FACTBOOK, www.cia.gov/cia/publications/factbook/geos/eg.html

Hay siete niveles de Altas Cortes de apelación en ciudades como : Cairo, Alejandría, Tanta, Asyut, Mansura, Ismailia y Bani Suwayf , cortes que están divididas en cámaras de asuntos civiles y penales. Dichas cortes conocen felonías y apelaciones de los tribunales de primera instancia.

La Corte de Casación tiene como sede El Cairo, que conoce peticiones de juzgamientos rendidos en las Cortes de Apelación y detectan la aplicación indebida de la ley o la violación del debido proceso.

Junto con estas cortes, se encuentran las Cortes de jurisdicción general que son especiales como las Laborales o las Cortes de Seguridad.³ Lideradas por la Corte Suprema de Seguridad del Estado, que conoce casos políticos y de seguridad militar.

El Concejo de Estado conoce disputas administrativas y entre ministros de Estado.

Existe la Oficina de la Fiscalía, dirigida por el Fiscal General y los fiscales menores.

En primer lugar de la Organización Judicial se encuentra la Corte Suprema Constitucional, compuesta por el Juez Máximo y otros 9 jueces. Conoce disputas entre cortes e interpretaciones obligatorias dadas las mismas, en materia que requieren la conformidad de la interpretación bajo la supremacía de la Constitución.

Finalmente, en 1980 se crea la Corte Ética para juzgar casos de corrupción del Estado Egipcio.

4. DERECHO CONSTITUCIONAL, CIVIL Y PENAL.-

4.1 . Derecho Constitucional. – La Constitución de la República Árabe de Egipto ha sido reformada en algunas ocasiones. La que se encuentra vigente es el resultado del referéndum del 22 de mayo de 1980 a las enmiendas ratificadas por el pueblo egipcio.

Es un texto constitucional de una proclamación inicial en la que define los propósitos y fines del Estado Egipcio como son: la paz basada en la justicia, progreso social, libertad, independencia, el socialismo y unidad.

Más adelante se presenta los artículos en los que determina los principales derechos del pueblo egipcio y luego pasa a analizar cada una de las instituciones del Estado Egipcio.

Destaca de la Constitución Egipcia los siguientes aspectos:

El Estado Egipcio tiene tres funciones: Ejecutiva con el Presidente y el Primer Ministro. Legislativa con la Asamblea del Pueblo y el Consejo Consultivo de la Shoura que conoce cuestiones constitucionales como enmiendas, tratados de paz, alianzas internacionales, proyectos de leyes para la Asamblea del Pueblo, Opiniones en materia de Derecho Público, más la función de legislar la tiene la Asamblea del Pueblo. Judicial con el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y los jueces de las otras cortes.

El sistema de gobierno es democrático.

Se busca la igualdad de la mujer y el hombre en todos los campos, más la fuerte presencia Islámica dificulta la aplicación de este principio constitucional.

³ Las Cortes de Seguridad tienen como antecedente la Ley de Emergencia de 1958 que atribuía el juzgamiento de extremistas musulmanes, estudiantes pro-palestinos, fugitivos y parientes de fugitivos, presuntos sospechosos de violencia política y traficantes de drogas, a Cortes Militares.

Todos los ciudadanos son iguales ante la Ley. Todos los ciudadanos son iguales ante la Ley.

Se reconoce los principios del Debido proceso.

Se declara la soberanía de la Ley.

Se delimita la independencia de la Función Judicial de las otras funciones.

La pena debe de ser personal.

Las sentencias debe pasar y ser ejecutadas en el nombre del Pueblo.

Son en total 211 artículos divididos en las siguientes partes: El Estado; las bases constitutivas de la Sociedad; las libertades públicas, los derechos y los deberes; Soberanía de la Ley; el Sistema de Gobierno, Nuevas Reglas (La Asamblea de la Shoura).

4. 2. Derecho Civil.- Como se menciona anteriormente existen Cortes Civiles que tratan desde faltas menores a medianamente graves, conocen casos civiles.

El Derecho Notarial nació en Egipto y ha sido desarrollado extensivamente en este estado.

La herencia francesa del Código Napoleónico influye definitivamente en todas las instituciones civiles.

4.3. Derecho Penal.- Los códigos criminales y el procedimiento judicial tienen como fuente los modelos británico, italiano y Napoleónico.

Los procedimientos de las Cortes Penales han sido modificadas por la herencia islámica y los patrones sociales con el legado de los numerosos tipos de cortes que han existido.

Esto ha dificultado la aplicación de administrar justicia en base al Derecho Egipcio.

El Código de Procedimiento Penal de 1950 establecía la jurisdicción en varias cortes para guiar las investigaciones y los procedimientos judiciales.

Los movimientos islámicos han insistido en que se cambie la Ley Oficial Secularizada por Normativa de la Sharia Islámica, más la respuesta del Gobierno ha sido que el 95 % de la Ley Secularizada tiene fundamento en la Sharia y en la Ley musulmana en general.

El Código Criminal señala tres tipos de delitos: 1 contravenciones(ofensas menores), delitos menores(ofensas castigadas por prisión o fianza) y delitos (castigados con trabajos forzados o pena de muerte o reclusión , entre otras penas), como la violación, asesinato o delitos contra la seguridad nacional.

5. RECOMENDACIONES.-

Parece conveniente extender los métodos alternativos de justicia para agilizar la administración de justicia y extender el acceso a la justicia a las personas más pobres. Esto es , permitirles un abogado patrocinado por el Estado durante todo el proceso.

Los asuntos mencionados son considerados por ISDLS(siglas en inglés, Instituto para el Estudio y el Desarrollo de los Sistemas Legales) una organización de los EE.UU que trabajó conjuntamente con un grupo de juristas

egipcios. Se planea que para Mayo del 2003, en la Conferencia de Cairo se apruebe esta reformas, sería muy conveniente que hasta la fecha se hayan aprobados dichos cambios.

Sin embargo, es necesario crear métodos legales para poder aplicar con suma eficiencia el Derecho Egipcio que presenta diversas fuentes. No es descabellado el criterio de que el Derecho Islámico y el Derecho Occidental puedan convivir perfectamente, más es urgente que se respeten derechos fundamentales de las otras minoría religiosas en Egipto y de los derechos de la Mujer alcanzados en la época de Sadat y que han sido disminuidos por activistas musulmanes.

6. BIBLIOGRAFÍA.-

- ISDLS Institute for the Study and Development of Legal System , EGYPT CRIMINAL, http://www.isdls.com/projects_egypt.html
- CRIME AND PUNISHMENT The Judicial System (en Egipto) <http://reference.allrefer.com/country-guide-study/egypt/egypt178.html>
- EGYPT Constitution, Government & Legislation, Court & Judgments, <http://jurist.law.pitt.edu/world/egypt.htm>
- Biblioteca del Congreso de los E.E.UU., THE JUDICIARY, CIVIL RIGHTS, AND THE RULE OF LAW, <http://countrystudies.us/egypt/115.htm>
- THE CONSTITUTION OF THE ARAB REPUBLIC OF EGYPT, <http://www.sis.gov.eg/egyptint/politics/parliament/html/constit.htm>
- Cevallos. Francisco, HISTORIA DEL DERECHO, Universidad de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador, 1950.
- Fernández de Córdova Álvarez, Pedro, ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Segunda Edición, Quito, Ecuador, 1997.
- Cabanellas de Torres, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- CIA THE WORLD FACTBOOK EGYPT, <http://www.cia.gov/publications/factbook/geos/eg.html>

CIUDAD: JUSTICIA, SALUD Y PLACER

Dr. Miguel Ángel Bossano Rivadeneira*

MDI Luis Bossano Rivadeneira*

Mayo 2002 - Ecuador

Las ciudades dejaron de ser los lugares ordenados y apacibles que tanto añoramos, que recogen lo más interesante de nuestra cultura con sus historias particulares y sus propósitos inimaginables, a cambio son espacios complejos, intensos, de usos cada vez más frecuentes y repetitivos que las hacen más artificiales y menos humanas. Nace entonces la ciudad de los conflictos que se expresa en: la vecindad, la autoridad, los servicios, las obras, el estilo de vida, el orden de prelación entre el ser humano, la naturaleza y los bienes, las formas y alternativas de comunicación entre otros.

Antes los seres humanos fundábamos ciudades y les asignábamos el sentido que ellas merecían o requerían, de acuerdo a su entorno y sus recursos. Ahora las ciudades no se fundan, ya están fundadas y las acciones que hagamos en ellas implican un proceso de conocimiento no solo histórico de las motivaciones de su fundación sino fundamentalmente de sus proyecciones para un futuro con menor conflictividad que asegure un comportamiento ciudadano más humano. Sabemos que crecen irremediamente y en la medida que lo hacen hay que planificar y legislar para ellas conforme su dinámica lo exige.

El ritmo actual de las ciudades es acelerado, atraen a cantidades de gente más por ser símbolos de "éxito" o "el sueño por realizar" que por las ventajas u oportunidades que brindan. Por ejemplo la ciudad de Nueva York no es mejor por los servicios que presta sino por los símbolos que representa, que a partir del atentado 11 de Septiembre de 2001 probablemente hayan variado. Últimamente sus antiguos habitantes salieron a buscar en otra urbe una mejor calidad de vida, tomando una distancia con la rutina, la aglomeración y la inseguridad. Al otro extremo en Nara, antigua capital de Japón los seres humanos conviven con los venados –especie de seres míticos- (seres divinos) que asumen la ciudad como propia e imponen sus ritmos a la dinámica de una comunidad moderna, limitada por principios de convivencia y de respeto ancestrales. En otras sociedades el sentido de la vida en ciudad todavía no se comprende, el habitante no se involucra con el espacio complejo que ocupa, tal como lo hacen quienes viven en poblaciones rurales que la cuidan y protegen como si fuesen sus padres en el entendido de recibir una retribución posterior.



Hoy el centro de todas nuestras actividades son las ciudades, modelo que incluso las áreas rurales han asumido. Las urbes concentran la mayor cantidad de oportunidades posibles bajo el supuesto de un mejoramiento de la calidad de vida de los seres humanos que la habitan pero, como ya lo mencionamos, es utópico pensarlo generando mayores conflictos que los imaginables. El derecho dicta normas para los usos conocidos y existentes pero no reconoce ni interpreta las nuevas relaciones que existen en las ciudades ni tampoco legisla sobre los efectos posteriores en especial los ambientales que son intangibles.

Al crecer las ciudades por su tasa normal o por migración provocan un crecimiento espacial y de las oportunidades, su entorno natural tiene límites y no es capaz de responder a todos los habitantes de la misma manera. Los insatisfechos buscarán opciones normalmente no circunscritas a las reglas de convivencia preestablecidas, estructurarán sus propias formas de organización y códigos e iniciarán un proceso de diferenciación del conjunto urbano. Tanto los sectores de mayores recursos económicos como los de menores recursos siguen estos procedimientos.

El derecho busca normar la convivencia, observar y tipificar los delitos en base a la costumbre y acciones que se dan en la ciudad, por lo general la legislación referida a la administración y buen uso de la ciudad, sus espacios y servicios se generan después de que se tipifican. Las leyes y reglamentos se definen debido a la tangibilidad u objetividad de los usos y costumbres.

Es también importante reconocer otras formas de delito a la vida biológica en las comunidades que en su mayoría son intangibles y desconocidos. Así mismo estos delitos no denunciados afectan a terceros (dentro y fuera de las ciudades que delinquen) sin que éstos se percaten de sus efectos. Es conocido el problema del calentamiento de la tierra por la producción urbana de CO y CO₂ en el hemisferio Norte y su efecto sobre la selva tropical (sus plantas y sus animales) y los glaciales en Ecuador. También es conocida la disminución de la capa de ozono por la producción (emanación) urbana de hexaclorofenos, sobre todo, en los países desarrollados. Los terceros podemos ser nosotros o generaciones a las que todavía no les conocemos o están por venir.

El Derecho, ante la ciudad de los conflictos interviene escasamente protegiendo los bienes (terrenos, edificios, automóviles, etc.) y derechos individuales de los habitantes a través de dos ramas: el derecho municipal y el derecho urbano que ni siquiera son estudiadas a profundidad ni son temas de investigación en los centros superiores

de estudio. El caso del derecho ambiental, en nuestro país aún es incipiente y quienes instrumentan estos derechos asumen que los tres tipos de derecho, a los que nos referimos, son de menor valor que los otros existentes y por tanto se los puede pasar por alto. El derecho debe investigar y regular adecuadamente las nuevas formas de vida en la que se desarrolla la ciudad de hoy. Frente a este estudio sin duda alguna nacerá otra rama del derecho que involucre a la ciencias de la naturaleza con las ciencias del hombre -que normalmente son tema de los estudios del derecho-, pero para estructurar este nuevo derecho al menos consideramos necesario conocer algo de los Derechos Municipal y Urbano que a pesar de no haber trascendido, pese a su importancia constituyen la base para el desarrollo de la ciudad del futuro y la conformación de una vida más humana.

La ciudad, dentro de sus múltiples facetas, se encuentra apoyada por dos ramas del Derecho, El Derecho Municipal por un lado y el Derecho Urbanístico o Urbano por otro.

DERECHO MUNICIPAL Y DERECHO URBANÍSTICO

Son dos campos del Derecho Público que a pesar de la gran importancia que día tras día adquieren, aún su autonomía como tal se halla en discusión.

Desde una visión totalizante en el mundo del saber jurídico, el municipalismo y el urbanismo no han encontrado eco, ni simpatizantes que lo cultiven a través de su fértil camino.

Mucho se debe a la vigencia de la tradicional concepción del Derecho, en que censura y prejuzga la creación de nuevas áreas. Pero también es evidente que la concepción del Derecho camina más en el sentido de los conflictos -también complejos- entre los seres humanos que aquellos que se desprenden del derecho que, un planeta como la Tierra, necesitan para ordenar y estructurar sus relaciones internas tan complejas y numerosas.

Una observación elemental, nos lleva a concluir que la diversificación es una de las múltiples manifestaciones espacio temporales del Derecho que no descarta la relación y concomitancia de sus posibles variantes. "El Municipio, cuyo remoto origen natural señala su importancia como primigenia manifestación de poder, se enfrenta a una sustancial diferencia en condiciones, marcada por la devastación del paisaje, la asfixia de las ciudades, la insuficiencia alimentaria, el agotamiento de



los recursos naturales y la abrumante e irresponsable tendencia centralizadora a la que no ha sido posible poner coto".¹

Tan determinante ha sido la situación, que con objetividad nuestros investigadores han renunciado o soslayado la materia municipal. Se ha propiciado de esta manera, la parquedad y escasez de estudios, investigaciones, tesis y monografías, la diversidad y dicotomía de las fuentes, las dudas documentales y la compleja casuística.

De todo esto, naturalmente, resulta un agudo desconocimiento de tan elemental núcleo de vida comunitaria.

Decíamos en líneas anteriores que en nuestro medio, juristas de reconocida importancia, aun se cuestionan, si el Derecho Municipal tiene la validez necesaria para constituirse en disciplina autónoma. Llegan a inferir, que se trata simplemente de una parte del conocimiento jurídico, cuyo estudio hay que dejar librado, supeditado y condicionado al Derecho Administrativo.

Pese a tales opiniones, es necesario señalar que el Derecho Municipal tiene una imagen y una función propias. No en el sentido de una independencia científica, sino más bien, legislativa y didáctica.

Ahora ante el estudio propuesto, nos interesa establecer una necesaria conexión entre el Derecho Municipal y el Derecho Urbanístico, rama que parece haber tenido el mismo destino que el Derecho Municipal, pues a pesar de que el decurso histórico nos muestra las huellas de su importancia y evolución, ha sido hasta recientes fechas, cuando empieza a cobrar cierta importancia en nuestro país.

Hoy día quedan aún vestigios de que algunos pueblos de la remota antigüedad, tuvieron claras nociones de Derecho Urbano, pero la secuencia de una posible evolución se nos pierde en la oscuridad de los tiempos.

Hay quienes pretenden encontrar entre el Derecho Municipal y el Urbanístico, una relación de géneros a especies, pero consideramos que es más útil señalar brevemente esta disciplina, mostrar algunos puntos de vista y sacar nuestras propias conclusiones.

Para Korn Villafañe "la clasificación sistemática de los problemas específicos de las grandes ciudades contemporáneas y el planteo doctrinario de soluciones adecuadas, definen la órbita legítima de urbanismo-ciencia la cual se complementa, en la esfera práctica de la

¹ RENDÓN HUERTA, Teresa. Introducción al Estudio del Derecho Municipal. Universidad de Guanajuato. 1984. pag. 1



ejecución gubernativa, con el urbanismo técnico que encara el caso concreto de cada problema urbanístico, según las circunstancias particulares, especialmente económicas, que la condicionan. La relación que existe entre el urbanismo-ciencia y el Derecho Municipal es sistemática; como que la ciencia del urbanismo define las finalidades doctrinarias del Estado Municipal y el contenido del Derecho Municipal. Por su parte el urbanismo técnico se identifica con la acción gubernativa municipal"².

Ives de Oliveira expresa que el urbanismo "es indiscutiblemente uno de los objetos fundamentales del Derecho Municipal"³.

Bielsa simplifica el concepto de urbanismo en un doble sentido cuando señala "es la concentración en la ciudad o de una población desproporcionada en principio" posteriormente afirma "la formación y construcción de las ciudades sin orden y sin previsión origina inconvenientes de todo género que aumentan en progresión geométrica con el crecimiento de ellas".⁴

Las necesidades colectivas se han incrementado y sobre todo se han diversificado, ya no son solamente los problemas de abastecimiento, sanidad y cultura propios de las ciudades antiguas, sino fundamentalmente, los relacionados con los nuevos problemas que requieren nuevas técnicas. Así la zonificación (barrios residenciales, fabriles, industriales, comerciales, universitarios, etc) la urbanización (plan regulador, máximos de densidad, construcción de grandes bloques de vivienda, altura de los edificios, plazas, parques y jardines, estacionamientos para automóviles, centrales de transportes colectivo y de tránsito vehicular, etc.). También se requieren nuevas soluciones adecuadas a las nuevas necesidades, los problemas de vialidad, saneamiento, alumbrado, suministro de energía eléctrica, agua potable, el control de las nuevas instalaciones mecánicas, etc.,. Así como el impacto ambiental que estas posibles soluciones generen en la ciudad y principalmente directrices sobre el uso y manejo del espacio público que en las grandes urbes rebasa el 35% de su territorio. Otro tema no pensado por el Derecho Urbano y ambiental es el del valor histórico, un intangible, que el derecho deberá desarrollar para poder explicar y hacer que la ciudadanía en general lo entienda y se estimule a la participación del respeto a él. Quito, por el esfuerzo de algunos de sus ciudadanos fue declarada patrimonio de la humanidad hace más de 20 años, ahí existe una incipiente estructura para la integración de un Derecho urbano.

² KORN VILLAFANE. Adolfo. La Republica Representativa Municipal. La Plata, 1944, págs. 42 y 43

³ DE OLIVEIRA IVES, Orlando Tito. Curso de Derecho Municipal, Abeledo-Pierrot. Bs As. Pág 83.

⁴ BIELSA, Rafael. Principios de Régimen Municipal. Bs. As. 1939, pág 381.

Es así como surge el Derecho Urbanístico como una necesidad de estado moderno, ya que paralelo al proceso de expansión de los núcleos urbanos, aparecen reglamentos, decretos, ordenanzas y en general, leyes, que tienden a regular ciertos aspectos de obras públicas o edificaciones particulares. lo que estrictamente no puede considerarse como Derecho Urbanístico propiamente dicho, factores de importancia que paulatinamente van configurando la estructura actual del Derecho Urbanístico. A continuación presentamos brevemente algunos conceptos elementales de la rama jurídica en la que nos estamos introduciendo:

"Anteriormente se decía que el Derecho Urbanístico regulaba las relaciones del hombre y del territorio, afirmación carente de sentido ya que las relaciones estrictamente se dan entre seres de la misma especie. Por lo que ahora se afirma que el Derecho Urbanístico es el conjunto de normas jurídicas preponderantemente de derecho público que regula las conductas humanas que van a incidir directa o indirectamente en el proceso de crecimiento, estructura y modificación física en los asentamientos, a través de la creación, utilización o apropiación del espacio.

El objeto del Derecho es la regulación de las conductas humanas que inciden en el espacio (tierra urbana), modificando su forma y su estructura.

Los tipos de conducta son:

- a) Creación: inciden en el camino físico preexistente con el fin de establecer los medios y condiciones apropiadas para un asentamiento humano.
- b) Utilización: se requiere evitar la conducta que el hombre adopta al consumir sin producir algún bien de importancia económica, por lo que se deberá educar al individuo para una correcta utilización del espacio urbano.
- c) Apropiación: fundamentalmente dependerá la apropiación del régimen de organización estatal, ya que tal, podrá darse a través de dos medios: expropiación y nacionalización"⁵.

El Derecho Urbanístico comprende los siguientes tipos de normas:

- a) de Planeación;
- b) de Control;
- c) de Fomento;
- d) Administrativas;
- e) Tributarias; y,
- f) Procesales.

⁵ RENDÓN HUERTA, Teresa. Derecho Municipal, Editorial Porrúa S.A., México, 1985, págs. 336 y 337.

Pensar que todo ser humano tiene derecho a respirar, puede sonar ocioso o simplista, sin embargo, en muchas ciudades del mundo, las condiciones de habitabilidad mínimas no se cumplen. La simple oportunidad de respirar aire fresco, de estar libre de ruidos y olores nocivos, parece paradójicamente más difícil de alcanzar.

Es necesario que a través de la conciencia del habitante urbano, de sus derechos y obligaciones para con la ciudad y sus semejantes con quienes vive, luche por obtenerlos. Resulta sencillo, pero a la vez sumamente complejo, esbozar estos derechos y en orden prioritario con que se deben procurar, sin embargo, hacemos un intento:

a) Seguridad: todo medio ambiente urbano debe ser seguro, es decir, debe haber seguridad para el peatón, para los vehículos que transiten, para los residentes por la noche, para los niños en las calles, etc. (pero también para la ciudad en su conjunto)

b) Salud: las ciudades deben proteger al hombre y conducirlo a ser más saludable y no viceversa. Los humos y polvos, el ruido, la falta de luz y oxígeno, afectan a la salud e inhiben la potencialidad vital de los hombres, mujeres y niños.

c) Interacción Social: las ciudades deben ofrecer la posibilidad de que la gente se comunique, se asocie, intercambie opiniones y conocimientos.

d) Selección: el habitante de la ciudad debe tener la posibilidad de seleccionar estilos de vida y patrones culturales.

e) Belleza: como instrumento para obtener una calidad del medio ambiente, todo habitante debe tener a su alrededor belleza.

f) Equidad: toda ciudad debe ofrecer condiciones semejantes a sus habitantes, el agua, la tierra, el transporte, la electricidad, el empleo, la vivienda, el acceso a los bosques, parques, playas y jardines, etc., debe ser para toda la población y estar distribuidas en forma proporcional a su existencia, marcando diversidades de acuerdo a los tipos de consumos y usos.

EL MUNICIPIO, LA CIUDAD CONTEMPORANEA Y SUS PROYECCIONES.

Al estudiar el Municipio no podemos soslayar lo relativo a sus probabilidades de permanencia como institución jurídico-política, pues así como su pasado histórico parece en ocasiones, un sueño inverosímil, su impredecible futuro da origen a esfuerzos de la imaginación desbordada.



El Hombre, en tanto ser actuante, modifica consciente y voluntariamente, las situaciones en las que se encuentra. Su actuar consiste en transformar una situación en otra.

Toynbee en el último capítulo de su libro *Ciudades de Destino*, expresa: "es difícil prever el futuro. No creo que nos hallemos en posesión de esa capacidad, ni siquiera que nos sea fácil adquirirla algún día por lo que respecta a muchas cosas. Es menos arriesgado hablar de la ciudad del pasado, incluso de la ciudad del presente. Ni qué decir tiene que no lo sabremos acerca de las ciudades pretéritas. Sin embargo, se ha desbrozado lo bastante el camino y se nos ha transmitido suficiente información sobre la forma en que se desarrollaba la vida en épocas pasadas como para permitirnos que intentemos describir la ciudad de ayer. Mas no lo que concierne al porvenir. A pesar de todo, tenemos la imperiosa necesidad de prever el futuro"⁶.

La ciudad contemporánea ya no es pequeña, estática o abarcable para el hombre corriente. Las contemporáneas son ciudades dinámicas, son las llamadas dinápolis y con frecuencia constituyen sistemas de ciudades en crecimiento dinámico, es decir, dinametrópolis con tendencia a convenirse en dinamegalópolis. De modo que las ciudades que siguen siendo pequeñas y estáticas no son ya contemporáneas. Puede entenderse este aserto si recordamos que, aunque el hombre ha creado las ciudades y vivido en ellas a lo largo de milenios, todavía existen aldeas, estas sobreviven en plena era de las ciudades. De modo semejante, hay ciudades que sobreviven en la era de la dinápolis. Los nuevos tipos de colonia humana no eliminan a los anteriores, sino que sencillamente, absorben la mayor parte de la población adicional.

La ciudad dinámica que hemos creado en nuestros días no funciona adecuadamente. Cada día que transcurre causamos perjuicios a la naturaleza. El hombre se encuentra en un ambiente que escapa a su control directo. La sociedad destruye hoy los valores que había establecido en tiempos pasados, sin que haya creado aún nuevos valores que sustituyan a aquellos y proporcionen análoga satisfacción al hombre.

"Las funciones ciudadanas no operan en forma adecuada; sólo con comprobar que el mayor volumen de tránsito se da en el centro de la ciudad, donde son más estrechas las calles, comprendemos de qué manera tan irracional estamos tratando de resolver los problemas de funciones específicas. Por último, el aspecto urbano de la ciudad se está desintegrando; carecemos de ciudades contemporáneas hermosas. Cuando nos referimos a ellas no es sino para encubrir el hecho de que la estamos estropeando cada vez más.

⁶ TOYNBEE Arnold. *Ciudades de Destino*. Aguilar. Madrid 1966. pág. 336

Esta situación irracional puede captarse mejor si pensamos en nuestros centros urbanos. Permitimos a nuestras ciudades crecer en todos sentidos alrededor de sus centros; éstos van quedando estrangulados y terminarán por colapsarse.

¿Es razonable esperar que un niño sobreviva si le rodeamos el corazón con una coraza de acero? Morirá. Lo mismo sucede en nuestras urbes, cuyos centros están rodeados de zonas edificadas, con cuantiosas inversiones realizadas en los mayores edificios; y seguimos dejando crecer nuestras ciudades"⁷

Efectivamente, las distancias se van haciendo irracionales, paradójicamente el hombre crea vehículos capaces de desplazarse a mayores velocidades y sin embargo se encuentra cada vez más alejado del centro urbano. Cuanto más rápidos son esos vehículos, más tiempo le cuesta al hombre desplazarse al centro ciudadano, el simple hecho de que hoy atravesemos las grandes zonas metropolitanas a una velocidad media de 15 kilómetros por hora en automóvil, es decir, a la misma a que se hacía a principios de siglo utilizando caballos y carruajes, demuestra lo irracional de los sistemas que estamos desarrollando. Nuestra falla se debe a que todo se encuentra en transformación continua y pese a que las ciudades son dinámicas, tratamos de resolver sus problemas como si fuesen estáticas, como no podemos tener éxito de ese modo, nos vemos obligados a variar una y otra vez objetivos.

El crecimiento de la población no es el único aumento dinámico al que se enfrentará la ciudad del futuro, ya que necesariamente éste vendrá acompañado a un aumento continuo de la renta per capita. Este tendrá lugar parí passu con el aumento del número de automóviles y otras máquinas que hoy se usan; y, por otro lado, las inversiones en las zonas urbanas serán superiores a la producción de alimentos.

Hemos de pensar también que, además de esta superior razón de cambio dinámico urbano debido al crecimiento de las ciudades, tendremos que contar con funciones superpuestas a causa del incremento sufrido por el núcleo central de la urbe. En una ciudad pequeña en cuyo centro se desarrollan pocas funciones, el crecimiento exigirá que tales funciones se propaguen al resto de la ciudad y, por tanto, habrán de multiplicarse los centros de ese orden. Pero, además, necesitaremos nuevos centros que brinden servicios de orden superior, tales como centros administrativos de los centros inferiores preexistentes. Y así, no sólo se producirá un aumento dinámico de la ciudad, sino también a la vez, un cambio en su propia estructura, al añadirse funciones de orden superior"⁸.

⁷ RENDÓN HUERTA, Teresa. *Derecho Municipal*, Editorial Porrúa S.A., México, 1985, pág. 308.
⁸ *IBID.*, Pág. 310.



"La fuerza concéntrica agrupará a la gente cerca de los centros urbanos actuales, proceso de atracción que ha de continuar. Si la expansión de algunos de ellos se detiene por causas de tipo topográfico o geográfico, como sucede en Río de Janeiro, entonces la ciudad se desparramará por los valles y llanuras más cercanos. La fuerza lineal hará brotar ramificaciones urbanas a lo largo de las principales vías de comunicación: carreteras, canales y ferrocarriles. La tercera fuerza será de tipo estético: grandes sectores de la ciudad futura se dirigirán hacia regiones costeras, lagos, riberas y otras de belleza natural. Lo que era imposible en épocas pasadas, puede realizarse hoy gracias al automóvil".⁹ Mancha urbana, el sin sentido, crece pero no madura. Se conecta pero no se comunica. Atrae pero no exita, etc.

La tendencia actual de la urbanización mundial ha despertado gran inquietud, pero todavía no constituye motivo para desesperarse ya que es posible modificar dicha tendencia. Si se presta la suficiente atención a las lecciones que enseña la experiencia urbana del hombre, las modificaciones que ocurran podrán mejorar notablemente la calidad de la vida humana en la era urbana que se avecina.

"Al buscar ejemplos de las condiciones de vida urbana, llaman la atención los casos más notorios y aparentes: la populosa Calcuta, el núcleo urbano en decadencia de Nueva York, el experimento arquitectónico espectacular de Brasilia. Naturalmente, la experiencia urbana es muchísimo más extensa. Mucho es lo que puede aprender el especialista en el medio urbano estudiando la política de colonización y de migración interior de Australia a Israel; la administración de ciudades e industria única como ciudad Guayana en Venezuela; las realizaciones en materia de vivienda de Singapur o los éxitos de Suiza en lograr el equilibrio urbano entre ciudades de dimensiones distintas; la reconstrucción de Skopje y de Varsovia en la posguerra; las ciudades especializadas para la ciencia y la educación creadas en la ex Unión Soviética; las capitales planeadas de Camberra o Chandigarh".¹⁰

Los países que disfrutan de una tecnología adelantada están construyendo centros urbanos totalmente nuevos planeados con miras a conservar el agua, reaprovechar los desechos sólidos; organizar el transporte con un mínimo de ruido, de contaminación del aire y de consumo de energía; aprovechar de mejor manera el espacio limitado disponible; y garantizar la eficiencia de los servicios públicos y mediante alternativas de gestión con marcos regulatorios y de control adecuados.

⁹ TOYNBEE, ib.

¹⁰ Secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Serie: La morada del Hombre, estudio número 5. Un mundo de ciudades, 1972, pág 10, cita tomada del libro Derecho Municipal de Teresa Rendón Huerta



Pocas ciudades del mundo han sido planeadas deliberadamente, y pocas también las que actualmente son administradas de una manera que se combinen con los sistemas naturales o que ofrezcan ambiente humano satisfactorios. Las consecuencias pueden verse por doquier, en las extensas colonias de usurpadores de tierra y terrenos u barrios marginales, que erigen en terrenos, que en la mayoría de casos no son adecuados para la edificación, en las ciudades mal ubicadas; en las carreteras deficientemente planeadas o en los servicios municipales muy poco eficientes. Hoy día, una parte excesiva del crecimiento urbano está dictado por la desesperación humana y no por decisiones razonadas.

En cambio, los países en desarrollo además de los límites evidentes en preparación técnica, tecnológica, científica y profesional de sus recursos humanos se ven enfrentados a presiones políticas que tienen fundamentalmente su origen en la necesidad económica, la herencia colonial o la independencia lograda recientemente. Sin embargo, de lo anotado anteriormente las nuevas ciudades de los países en desarrollo se hallan probablemente en mejores condiciones que otras para establecer normas de vida urbana que aprovechen eficientemente los recursos naturales y ofrezcan un medio satisfactorio a la población urbana. A dichos países les resulta relativamente fácil beneficiarse de los errores y de los éxitos de los países desarrollados.

En este punto del análisis bien valdría la pena introducimos brevemente en el estudio de las causas que fundamentalmente han ido originando el deterioro de la institución municipal.

Con frecuencia suele confundirse todo ese cúmulo de situaciones interdependientes, que están provocando la crisis de los gobiernos locales, se han aislado ciertos factores para explicar sus deficiencias e ineficiencias, pero ahora es conveniente proponer un panorama que las visualice conexamente.

Habiendo casi desaparecido en algunas latitudes los problemas demográficos atribuibles a la guerra y a la escasez o ausencia de medicamentos y alimentos, se nos presentan hoy día localidades y ciudades superpobladas que exigen estructuras de poder cada vez más complejas y eficaces en la solución, alivio y respuesta a sus prioritarios requerimientos, que muy a menudo quedan insatisfechos o parcialmente cubiertos por los municipios. a causa de la compleja realidad que encarnan.

De esa realidad fluyen causas concretas que en ocasiones provocan que esto se vea a través de enfoques emocionales, más que técnicos



y si a esto sumamos el agudo desconocimiento de lo que ha sido y de lo que debe ser el ente municipal, los resultados serán todavía más desoladores.

"Efectivamente la indiferencia y desdén hacia el conocimiento del pasado histórico de tal corporación, dan por resultado la ignorancia de formas, mecanismos y soluciones que otrora funcionaran y que costaron mucho en experiencia, pero que nosotros estamos desperdiciando. La investigación y análisis de experiencias pretéritas debiera ser un punto de partida y un requisito sine qua non en la disciplina municipalista".¹¹

Brevemente expondremos algunas de las conclusiones en las que coinciden la mayoría de los tratadistas de los últimos tiempos como reconocimiento de realidades insoslayables, con relación al Municipio:

1. La tendencia a una centralización, cada día más acentuada, como consecuencia de la necesidad de crear una voluntad política unificada para llevar a cabo las realizaciones generales operando sobre sectores desconectados entre si, sino que es preciso que abarquen a toda la sociedad. Ello determina una aguda crisis de las fracciones territoriales, cuya autonomía ha sido calificada de perturbadora, habiéndose afirmado que es letra muerta en las legislaciones que la establecen y simple concepción teórica, inaplicable en las actuales circunstancias.

2. La tendencia a los grandes espacios económicos con la consiguiente crisis de las áreas tradicionales, determinadas de modo irracional y como consecuencia de ello una unánime orientación hacia fórmulas regionalistas que sólo coinciden nominalmente con los criterios de igual denominación imperantes en el siglo pasado.

3. La categórica afirmación de que el Municipio no es más que un órgano administrativo del Estado, creación legal del mismo.¹²

4. La endeblez de la estructura familiar. Este factor de tipo sociológico es también determinante, puesto que es la familia como base de la estructura social, está debilitada, lógico es que los demás niveles que en ella se sustentan, reflejen tal situación.

5. La falta de un aceptable nivel educativo y cultural.

6. La carencia o deficiencia de una adecuada planeación.

¹¹ RENDÓN HUERTA, *ib.*, pág. 314.

¹² ALBI, *La Crisis del Municipalismo*, Madrid, 1966, pág. 191.

- GACETA MUNICIPAL, Segunda Época, No. 5, Marzo 1991.

- GACETA MUNICIPAL, Segunda Época, No. 10, Junio 1992.

7. La improvisación de funcionarios municipales.
8. La caótica e incontrolable situación económica.
9. En general, la crisis de valores, en que se desenvuelve nuestra sociedad actual.

Nuestros actuales municipios no constituyen el marco legal adecuado a las exigencias del siglo XXI, ni el plano de las previsiones del aménagement, ni en el de la rentabilidad de los equipamientos, ni en el de la eficacia de los servicios, ni tampoco en el de la justicia fiscal. Nadie podrá contemplar con indiferencia la falta de vivienda, las dificultades del tránsito, la carencia de alimentos, la pobreza, la drogadicción, la inmoralidad (a veces moralidad), la contaminación y tantas otras cuestiones que afronta nuestra sociedad contemporánea y es el Municipio, como nivel más cercado de gobierno, el que debiera cuidar en el orden local, la atenuación del impacto de tan compleja problemática. La ejecución de los grandes programas de urbanización que son tan necesarios significará la dedicación de recursos en cuantías sin precedentes. Mucho es lo que puede hacerse para mejorar la eficacia de los préstamos hipotecarios y el financiamiento de viviendas urbanas que pueden ejecutarse mediante métodos de ayuda propia.

Lo que es evidente es que el mundo en desarrollo debe encontrar por sí mismo la manera de utilizar sus grandes reservas de recursos humanos para edificar ciudades, y que no está en condiciones de sufrir el desperdicio de recursos y el costo de corregir el desequilibrio ambiental que han heredado las ciudades afligidas del mundo occidental.

Dado que el mundo en desarrollo se encuentra hoy en un período equivalente de gran expansión urbana, debe hacerle frente con una comprensión mayor de lo que ello supone y con una resolución más firme de lograr un programa más equilibrado de urbanización y políticas determinantes de organización de gobiernos locales basados en alternativas de gestión para crear un medio ambiente más humanitario.

Bibliografía

- Covarrubias, J. El Delito de Contaminación visual. México, Universidad Autónoma Metropolitana. (Cuadernos temporales No. 14), 1989
- Moles, A. Las Ciencias de lo impreciso. Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1995, México DF.

*Dr. Miguel Ángel Bossano R. Académico, profesor principal de la Facultad de Derecho PUCE.

*MDI Luis Bossano R. Académico e Investigador internacional. Fundador de la Facultad de Arquitectura Puce y Director de la Carrera de Diseño.



EL PROJECT FINANCE, UN MECANISMO PARA LA INNOVACION LEGAL Y FINANCIERA

Dra. Blanca Gómez de la Torre¹
Dra. María Fernanda Garcés D.2

I. INTRODUCCIÓN:

La función respectiva de los sectores público y privado en el desarrollo de la infraestructura ha evolucionado considerablemente a lo largo de la historia. Los servicios públicos, como el alumbrado público, gas, la distribución de electricidad, la telegrafía y la telefonía, el ferrocarril a vapor y los tranvías eléctricos se iniciaron en el siglo XIX y en muchos países se trataron de servicios ofrecidos por compañías privadas que habían obtenido una licencia o concesión de la administración pública. En ese tiempo se ejecutaron muchos proyectos de carreteras o canales con financiación privada y se registró un rápido desarrollo de la financiación internacional de proyectos, incluidas las ofertas de bonos internacionales para financiar infraestructuras importantes.

Sin embargo, durante la mayor parte del siglo XX la tendencia internacional se orientó en cambio hacia el suministro público de infraestructuras y otros servicios. A menudo las empresas explotadoras de infraestructura fueron nacionalizadas y la competencia se redujo a resultas de fusiones y adquisiciones. Durante este período el grado de apertura de la economía mundial también retrocedió. Los sectores de infraestructura siguieron bajo explotación privada sólo en un número relativamente pequeño de países, funcionando a menudo con escasa o ninguna competencia. En muchos países la preeminencia del sector público en la prestación de servicios de infraestructura se consagró en la Constitución.

La actual tendencia inversa hacia la participación del sector privado y de apertura a la competencia en los sectores de infraestructura se inició a comienzos del decenio de 1980 y estuvo determinada por factores de orden general y por factores propios de cada uno de los países. Entre los factores generales se cuentan las innovaciones tecnológicas importantes; un endeudamiento elevado y restricciones presupuestarias estrictas que han limitado la capacidad del sector público para satisfacer las crecientes necesidades en materia de infraestructura; la expansión de los mercados internacionales y nacionales de capital, con el consiguiente incremento en la posibilidad de acceso a la financiación.

1 Abogada y Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, titular de la cátedra de "Sistemas Jurídicos Comparados" en la Universidad de las Américas, Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar.

2 Licenciada en Ciencias Políticas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Abogada y Doctora en Jurisprudencia por la Universidad Internacional del Ecuador, con cursos de especialización en Análisis Financiero y Mercados Financieros, por la Universidad San Francisco de Quito y por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

En virtud de la lucha de los países en desarrollo para modernizarse e industrializarse durante el siglo pasado, su demanda por infraestructura ha crecido a una velocidad vacilante. Para cumplir esta demanda estos países han buscado de manera creciente el "Project Finance"

El Project Finance o Financiación de Proyectos es una técnica de endeudamiento financiero usada para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública donde los prestamistas se apoyan primeramente en el flujo de capitales producido por el proyecto para servir a la deuda antes que en otras fuentes de pago como son las garantías gubernamentales o los activos o créditos de los auspiciantes. La Financiación de Proyectos tiene muchas ventajas, entre otras, la oportunidad para los inversionistas de participar directamente en un Mercado poco explotado y lucrativo, aunque riesgoso y la posibilidad de participar en inversiones de alto riesgo sin disminuir sus posibilidades crediticias.

A pesar de lo llamativo de la "Financiación de Proyectos", uno de sus mayores riesgos está asociado con los regímenes legales inestables de los países en desarrollo ha forzado a muchos inversionistas que buscan financiar y construir proyectos en países en vías de desarrollo a dirigirse apropiadamente y a señalar este riesgo político. Como resultado de esto, los inversionistas han buscado de manera creciente negociar cláusulas de arbitraje internacional en sus acuerdos financieros para proveer un medio más eficiente y favorable para resolver los conflictos que surgen de las transacciones de la Financiación de Proyectos.

II. DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE FINANCIACION DE PROYECTOS O ¿PROJECT FINANCE?.-

El "Project finance" surge como un mecanismo que permite a un promotor, público o privado, obtener financiamiento para su inversión, a través de la capacidad de generación - cash flow- del proyecto que pretende iniciar. Es uno de los sistemas de financiación más utilizado en el desarrollo de grandes proyectos y obras de infraestructura.

Así, autores como Carlos Gerscovich y Marcelo R. Tavarone definen al Project Finance como:

- la operación en la cual uno o (normalmente) varios acreedores proveen financiamiento para la construcción de un proyecto de gran envergadura, asumiendo gran parte del riesgo y del éxito de dicho



proyecto.³

En la actualidad constituye la herramienta financiera que permite obtener los fondos necesarios sin generar riesgos en los accionistas más allá de sus participaciones en el capital de dichos proyectos. El riesgo económico-financiero de los inversores se ve así reducido al trasladarse éste de la empresa, al proyecto, que se autofinancia garantizando la deuda con sus propios activos.

Este mecanismo ha permitido en los últimos años generar un mercado dinámico que de alguna manera ha reemplazado como única fuente de financiamiento al crédito bancario.

La incidencia en la década de los noventa, de la caída de los mercados de energía, de telecomunicaciones y la crisis asiática, bloquearon el crecimiento del riesgo crediticio, sin embargo la economía y las necesidades se han mantenido, los gobiernos requieren generar proyectos de infraestructura, los sectores privados con capacidad de inversión, siguen generando ideas, y la tecnología y el avance a la modernidad exigen "desarrollo", desarrollo que implica innovación y el poner a disposición de quienes pueden invertir, las figuras legales y financieras que garanticen su retorno, pero que a la vez promuevan crecimiento.

El término "Project Finance" refiere el financiamiento de los proyectos que son dependientes de los flujos de liquidez de sí mismos para el reembolso de tal financiamiento, según lo definido contractualmente en cada proyecto. Por su misma naturaleza, este tipo de proyecto se ampara en una gran cantidad de figuras contractuales integradas para la terminación y operación acertada.

Las relaciones contractuales se deben balancear con los riesgos distribuidos lo mejor posible, para que sean capaces de emprenderlos, y deben reflejar una asignación justa del riesgo y del retorno, de manera que asegure su viabilidad y éxito financiero.

Muchos de los "Project Finance" están dentro de las políticas públicas, sin embargo las actitudes de los gobiernos ante los inversores extranjeros, las exenciones impositivas y la inseguridad jurídica afectan el desarrollo de los mismos y en general incrementan el impacto de riesgo en los flujos de caja y desmejoran su valoración, aislando este mecanismo precisamente por su nivel de riesgo.

³ Carlos R. Gerscovich y Marcelo R. Tavarone, *Financiación de Proyectos -Project Finance-*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pp 1.

No podemos negar que se trata de una figura con riesgos de diversa naturaleza, de: estructuración, de mercado, financieros, políticos y legales, pero el poder medirlos a través de una metodología de aplicación de costos futuros permite una mejor construcción de los llamados "Project Finance". Y genera los recursos suficientes para llevar adelante obras de infraestructura que de otro modo no son posibles de efectuar.

Es así que el Project Finance no se constituye como un contrato único, sino como un grupo complejo de contratos relacionados entre sí. Lo que nos lleva a cuestionarnos sobre la naturaleza del instituto, que a decir de muchos autores, supera el ámbito bancario constituyéndose en un instituto "parabancario" sin afirmarse totalmente en él, en virtud de las partes y el funcionamiento práctico de la figura que involucra además de las entidades bancarias, al Estado, los promotores, el vehículo o la sociedad especial y otros intervinientes necesarios.

Por su propia naturaleza el Project Finance involucra una serie de contratos, entre los que podemos destacar figuras como: la concesión, el fideicomiso, otras formas de financiamiento, contratos especiales como contratos deliver or pay, o take or pay, y una tendencia marcada a acudir al arbitraje internacional para la resolución de conflictos generados en esta compleja estructura financiera.

III. EL CONTRATO DE CONCESIÓN, VENTAJAS Y DESVENTAJAS EN LA ESTRUCTURA DEL PROJECT FINANCE.-

La concesión en sí misma ha estado atada a la facultad del Estado y de los gobiernos de turno de establecer su "tendencia doctrinal" y por lo tanto de "ceder" en mayor o en menor grado sus "derechos de propiedad" de acuerdo al establecimiento de argumentos que han vinculado su acción u omisión a tendencias únicamente políticas, dejando de lado el análisis legal y financiero que enlaza estas figuras con las posibilidades de optimizar el gasto, direccionar la inversión y captar recursos para la realización de obras de infraestructura de utilidad pública; entendemos entonces que el contrato de concesión es la piedra angular de todo Project Finance"⁴[4]

⁴ Rendell Robert, citado por Malagón Jaime, FIDEICOMISO Y CONCESION, Editorial Porrúa, México, 2002, pp.12



Doctrinariamente el contrato de concesión ha sido definido como: aquel contrato administrativo a través del cual el Estado, los gobiernos seccionales o las entidades de derecho público, por medio de la potestad que les otorga la ley, delegan parte de su autoridad para que un particular, persona natural o jurídica, administre un servicio por un tiempo determinado o ejecute una obra pública, a cambio de recibir como pago las tasas de cobro que los particulares deben cancelar por la utilización del servicio que se ha concesionado.⁵

La concesión como tal puede ser realizada de varias maneras, a saber:

a) "Construcción-explotación-traspaso" (CET) (B.OT.). Se dice que un proyecto de infraestructura es un proyecto CET cuando la autoridad contratante selecciona un concesionario para financiar y construir una obra o sistema de infraestructura, y concede a esa entidad el derecho a explotarlo comercialmente durante cierto período, al final del cual se traspasa la obra a la autoridad contratante;

b) "Construcción-traspaso-explotación" (CTE). Se utiliza a veces esta expresión para subrayar que la obra de infraestructura pasa a ser propiedad de la autoridad contratante inmediatamente después de su terminación, y que se da al concesionario el derecho a explotarla durante cierto período;

c) "Construcción-arrendamiento-explotación-traspaso" (CAET) o "construcción- arrendamiento financiero-explotación-traspaso" (CAFET) . Se trata de variantes de los proyectos CET o CTE, en las que, además de las obligaciones y otras condiciones normales de los proyectos CET, el concesionario arrienda los bienes físicos que sirven de soporte a la infraestructura por la duración del acuerdo;

d) "Construcción-propiedad-explotación-traspaso" (CPET) . Se trata de proyectos en que un concesionario se compromete a financiar, construir, explotar y mantener cierta obra de infraestructura a cambio del derecho a percibir honorarios u otra remuneración de sus usuarios. En virtud de este arreglo la entidad privada será propietaria de la obra y de sus bienes conexos, hasta que se traspasen a la autoridad contratante;

e) "Construcción-propiedad-explotación" (CPE). Esta expresión se refiere a los proyectos en que el concesionario es propietario permanente de la obra y no está obligado a traspasarla a la autoridad contratante.

⁵ Bielsa Rafael citado por la Enciclopedia Jurídica Arriba, Tomo III, Buenos Aires. Bibliográfica Arriba, 1979.

Además de los acrónimos utilizados para destacar el régimen de propiedad de la infraestructura, pueden utilizarse otros para subrayar una o más obligaciones del concesionario. En algunos proyectos, se entrega la infraestructura existente a entidades privadas para que sea modernizada o renovada, explotada y mantenida, permanentemente o durante cierto período.

En función de si el sector privado es propietario de esa infraestructura, los arreglos serán denominados de "renovación-explotación-traspaso" (RET) o "modernización-explotación-traspaso" (MET), en el primer caso, y de "renovación-posesión-explotación" (RPE) o "modernización-posesión-explotación" (MPE), en el segundo. A veces se utiliza la expresión "diseño-construcción-financiación-explotación" (DCFE) para subrayar que el concesionario se encargará además de diseñar la obra y financiar su construcción.

Así planteada la concesión dentro del esquema del Project Finance, presenta las siguientes ventajas:

- El Estado evita el uso de fondos públicos para la construcción del proyecto, y puede destinarlos a necesidades más emergentes.
- La participación del sector privado extranjero posibilita el acceso a nuevas tecnologías, que no siempre están disponibles de otra manera.
- Sin haber tenido que soportar el costo de la construcción del proyecto, el Estado tiene la posibilidad de que este pase a su propiedad.
- Por su parte el concesionario accede a la comercialización de un servicio público de amplio mercado y a la subsiguiente obtención de ingresos del mismo.

Como desventajas podemos señalar las siguientes:

- El Estado debe ceder el control de obras públicas que estaban en sus manos a capitales privados extranjeros, lo que puede generar recelos o reacciones de orden local.
- Bienes o servicios que eran gratuitos o de costo muy bajo pasan a tener precio.



- El concesionario privado puede agotar la totalidad de los recursos naturales y restituir el proyecto en cuestión al Estado cuando dichos recursos estén agotados.
- Para el concesionario el proyecto se convierte en una cuestión crítica respecto del manejo de los tiempos, dado que sólo podrá obtener los ingresos esperados durante su etapa operativa.
- El concesionario no puede otorgar garantías reales sobre los bienes más importantes del proyecto, ya que estos serán restituidos al Estado.
- El concesionario debe asumir un alto grado de riesgo, sobre todo en el caso de operaciones internacionales.
- En caso de inseguridad jurídica o política del Estado, el concesionario deberá enfrentar esta inestabilidad, con el riesgo de perder grandes sumas de dinero invertidas en el proyecto concesionado.

Nuestro ordenamiento jurídico protege e incentiva la figura de la concesión, así la Constitución Política de la República en su artículo 249, taxativamente dispone lo siguiente:

“Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.

El Estado garantizará que los servicios públicos, prestados bajo su control y regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos.”

En concordancia la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349, de diciembre 31 de 1993, en su artículo 41 contempla la capacidad del Estado para delegar a la iniciativa privada, el ejercicio de las actividades de explotación económica de los recursos naturales y de los servicios detallados en el artículo 247 de la Constitución Política de la República del Ecuador. Y concretamente se contempla a la concesión como una modalidad



de delegación en el artículo 43 de la referida ley, para ser regulada en cuanto a su forma y las cláusulas indispensables en los contratos de concesión por el artículo 46 del mismo cuerpo legal.

Asimismo la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, también contempla la posibilidad de la concesión en función de que el Estado pueda garantizar servicios públicos eficientes, responsables, asequibles y de calidad.

Finalmente, es importante mencionar que el afán del legislador ecuatoriano para permitir el acceso del sector privado de manera reglamentada a la prestación de servicios públicos, lo ha llevado a dictar normas expresas para el efecto para servicios públicos como son las telecomunicaciones y la energía eléctrica.

La garantía del manejo adecuado de esos recursos y la posibilidad de que estos sean utilizados para los fines previstos, se puede establecer a través de la constitución de un Fideicomiso.

IV. EL FIDEICOMISO COMO VEHICULO DE INSTRUMENTACION.-

El Fideicomiso permite la instrumentación de un Project Finance a través de la conformación de una estructura independiente con personalidad jurídica propia que será la que soporta el riesgo de la operación y será además la responsable del manejo del flujo del proyecto, se convierte por lo tanto en el mejor respaldo del crédito que financia el proyecto.

El patrimonio autónomo se integra con los derechos derivados de la concesión y de los bienes subyacentes a la misma y su objeto fundamental es el de precautelar la calidad de los activos, recaudar los recursos generados y distribuirlos para la operación o construcción de las obras establecidas en la concesión. Es posible, determinar inclusive la prioridad de asignación de los recursos por parte del fiduciario, es decir, el contrato podrá contemplar cláusulas en las que se establezca que los recursos generados deben cubrir en primer lugar los derechos correspondientes a la concesión, es decir al Estado, en cuyo caso la garantía del flujo de ingresos del Estado, es también previsible.

B) Otra de las fórmulas asociadas al "Project finance" es LA TITULARIZACION, figura a través de la que el Banco o el financista, concede un préstamo al Concesionario, a través de una estructura



de "Project Finance", es decir, previo el análisis del flujo de caja del proyecto y con la garantía de esos recursos a futuro.

El Banco titulariza dicha operación, conformado un paquete de cartera debidamente garantizado, que debería ser cedido a un Fondo de administración, el que emitirá los documentos (bonos, pagarés), que a su vez serán colocados entre los inversionistas.

Este mecanismo si bien está prescrito en nuestra Ley de Mercado de Valores, no ha sido aplicado en su real dimensión, la posibilidad de Titularizar los flujos de un proyecto a través de la estructuración de un Project Finance, es quizá una de las formas para darle aplicabilidad a la Ley vigente y movilidad al mercado de capitales en el país.

V. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL APLICADO A LA FIGURA DEL PROJECT FINANCE, BASE JURÍDICA.-

Si bien la financiación de proyectos resulta un negocio en el que se manejan fuertes capitales y presenta ventajas de inversión, estas se asocian al nivel de riesgo del proyecto, y del país en el que este se desarrollará, sin duda, uno de los mayores riesgos en nuestros países tiene que ver con la inestabilidad política. Lo que ha forzado a muchos inversionistas que buscan financiar y construir proyectos en países en vías de desarrollo a buscar negociar cláusulas de arbitraje internacional en sus acuerdos financieros para proveerse de un medio más eficiente y favorable para resolver los conflictos que surjan de este tipo de transacciones.

Los países en desarrollo, sin embargo, argumentan que el arbitraje internacional esta perjudicado de manera inherente en su contra porque los procedimientos para arbitraje están basados en nociones de proyectos internacionales que involucran hacer leyes privadas, y que por tanto, no contemplan de ninguna forma el interés público, que podría justificar la suspensión o cancelación de obligaciones contractuales dentro de un Project Finance.

Al redactar las cláusulas de fuero para acuerdos de Project Finance, los promotores internacionales han tenido una preferencia clara por cortes locales de su domicilio o lugar de negocios. En la práctica, esto ha significado una tendencia a seleccionar las cortes inglesas o las de

los Estados Unidos como el lugar para resolver el conflicto, y la aplicación de la ley inglesa o la de Nueva York para la interpretación del acuerdo en discusión.

Sin embargo, en años recientes, los participantes en proyectos de financiamiento, de manera creciente se han dado cuenta que incluso la estructura más simple de financiación de proyectos incluye una red de varios acuerdos interrelacionados entre los promotores, los prestamistas, las compañías de seguros y los gobiernos locales. El aspecto multi-contractual y multi-personal de las transacciones, crea conflictos multilaterales, de difícil resolución por una Corte local.

Como resultado de su habilidad de manejar mejor estos problemas, el arbitraje internacional ofrece un mecanismo más efectivo de resolución de conflictos que una corte local en casos de conflictos multilaterales, que priman en las transacciones de Project Finance. Por ejemplo, en muchas transacciones de Project Finance, existirá un acuerdo principal del proyecto y varios acuerdos secundarios. Si un conflicto se da bajo el acuerdo principal entre las partes en la transacción, es probable que un conflicto también se haya suscitado con relación a uno de los acuerdos secundarios. Aún más, si un tribunal arbitral tiene jurisdicción sobre un acuerdo principal a través de una cláusula de arbitraje, es probable que también tengan jurisdicción sobre los acuerdos secundarios.

Otro aspecto del arbitraje internacional que lo hace un proceso más atractivo de resolución de conflictos a los ojos de los inversionistas extranjeros es el hecho de que es un proceso privado. Esto es especialmente importante para los inversionistas que quieren que los detalles de sus conflictos con los gobiernos de los países en desarrollo se mantengan alejados del conocimiento público. Esta ventaja puede ser decisiva en el proyecto financiero cuando se considera la importancia pública de muchos de estos proyectos.

La naturaleza privada del proceso arbitral también provee a los inversionistas extranjeros la oportunidad de hacer los procesos más flexibles y adaptables sin mucha interferencia del aparato estatal. Por ejemplo, el arbitraje ofrece a las partes la oportunidad de elegir su propio organismo de decisión en una forma que no es usualmente posible en los procedimientos de corte. Uno o más árbitros pueden ser elegidos por sus destrezas especiales y experiencia en transacciones de proyectos financieros, y, consecuentemente, tener



la habilidad para escarbar los asuntos importantes en el conflicto para ahorrarles a las partes tiempo y dinero. Aún más, en un tribunal arbitral, las reglas de procedimiento y prueba pueden ser realizadas a la medida del Project Finance en cuestión, de una forma que no se puede hacer en cortes locales.

A pesar de las ventajas potenciales para los inversionistas y los promotores, el arbitraje internacional no ha sido muy efectivo en resolver conflictos en Project Finance. De hecho, los arbitrajes en el proyecto financiero Himpurna y Patuha en Indonesia revelaron que las ventajas de usar el arbitraje para resolver disputas en financiamiento de proyectos pueden no ser tan claras. En estos arbitrajes de Project Finance, las obligaciones contractuales para arbitraje, fueron poco consideradas por las cortes del estado anfitrión, y las doctrinas judiciales ampliamente aceptadas que protegen el arbitraje internacional de la interferencia judicial fueron ignoradas.

Debemos tomar en cuenta que los contratos entre Estados y particulares no se encuentran regidos por el derecho internacional público, pero tampoco están regidos por el derecho nacional que no ofrece garantías suficientes de imparcialidad, seguridad y previsibilidad a la otra parte ni, en razón de estar orientados esencialmente a la solución de casos locales, tampoco se encuentran en condiciones de regular adecuadamente relaciones jurídicas internacionales.

Es por esto que muchos autores sostienen que los contratos entre un Estado y un particular deben ser regidos por principios aceptados universalmente que no pertenecen al derecho internacional público ni al derecho nacional sino como denominan al "derecho transnacional". Este derecho transnacional incluye los principios "pacta sunt Servanda" y buena fe del derecho internacional público, los usos y costumbres del comercio internacional o "lex mercatoria" y los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit. Tal concepción ha sido criticada porque razones de derecho constitucional y de derecho público pueden impedir a un Estado la transnacionalización de un contrato con el particular de otro Estado, además de que queda sin resolver el derecho aplicable para determinar la invalidez o nulidad de actos administrativos a través de los cuales un Estado ejerce sus potestades para contratar con particulares.

La solución es que los contratos internacionales entre un Estado y un particular de otro Estado se puedan someter a arbitraje regido por el derecho internacional privado que remite en muchas materias al derecho del Estado parte en el contrato donde se encuentra localizado el ?centro de gravedad? del contrato.

La base jurídica del arbitraje internacional está constituida por los tratados, la ley interna y la práctica arbitral internacional contenida en usos comerciales codificados.

El derecho convencional internacional sobre arbitraje internacional esta constituido entre otros por los siguientes tratados internacionales:

- Protocolo de Ginebra de 1923 sobre cláusulas de arbitraje.
- Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927 relativo a la ejecución de sentencias extranjeras.
- Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1958.
- Convenio europeo sobre arbitraje privado internacional de Ginebra, de 21 de abril de 1961.
- Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estado, de Washington, de 18 de marzo de 1965.
- La convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional de Panamá, de 30 de enero de 1975.
- La convención interamericana sobre la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de Montevideo de 1989.
- La ley modelo de la Uncitral (Cnudmi) sobre arbitraje comercial internacional.
- El reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
- El reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de arbitraje comercial.



El Ecuador reconoce el arbitraje internacional como un medio alternativo de solución de conflictos, y su acceso se encuentra contemplado en el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación en concordancia con el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

Dichas normas disponen entre otros requerimientos que el arbitraje internacional se encuentre regulado por los tratados, convenciones y protocolos vigentes, y que para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse a él, se obtenga la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

VI. CONCLUSIONES.-

En el marco de una nueva política de crecimiento y desarrollo de infraestructuras que enfrenta Latinoamérica, el estudio y el análisis del Project Finance nos ayuda a afrontar estos nuevos requerimientos, y tomar una actitud estratégica y productiva ante los vertiginosos cambios que atraviesa la gestión de grandes proyectos de inversión.

La ventaja de una estructura Project Finance está fundamentalmente en la posibilidad de financiar proyectos sin recursos ni estructura contable inicial, lo cual significa que si el proyecto no funciona, los prestamistas recurren al propietario del proyecto y éste último está habilitado para recurrir a la estructura de financiación creada al efecto para una refinanciación de la deuda. Por esta razón, los prestamistas centran su atención en el flujo de caja que puede generar el proyecto como principal variable a la hora de medir el riesgo.

En este sentido este análisis pretende aportar con una nueva forma de ejecución de proyectos y quizá marca el inicio de una nueva metodología de gerenciamiento público y privado. Este lo marcamos como el punto de partida que nos permite ver algunas ideas aplicadas en economías desarrolladas que nos dejan ver dónde estamos en materia regulatoria y de financiación.

Debemos encontrar entonces los mecanismos legales que nos permitan proteger la inversión y el desarrollo de las obras de



infraestructura que lograrán el mejoramiento del modo de vida de nuestros países y su crecimiento.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

Banani, Dinesh D., *International Arbitration and Project Finance in Developing Countries. Blurring the Public/Private Distinction*, Boston College International and Comparative Law Review, Vol 26, No. 2, 2003.

Bielsa Rafael, citado por la Enciclopedia Jurídica Ameba, Tomo III, Buenos Aires, Bibliográfica Ameba, 1979.

Constitución Política de la República del Ecuador.

Eguiguren Genaro, editor, Varios Autores, *Nuevas Instituciones de la Contratación Pública*, Serie Estudio Jurídicos Volumen 16, Corporación Editora Nacional, Quito, 2001.

Gerscovich Carlos R. y Tavarone Marcelo R., *Financiación de Proyectos -Project Finance-*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000.

Ley de Arbitraje y Mediación.

Ley de Modernización del Estado.

Monroy, Marco Gerardo, Ponencia en el Primer Congreso Nacional de Arbitraje, Guayaquil 5 y 6 de junio de 2000, publicación Cámara de Comercio de Quito.

Rendell Robert, citado por Malagón Jaime, *Fideicomiso y Concesión*, Editorial Porrúa, Mexico, 2002.

Varios Autores, *Servicios Públicos. Privatización, regulación y protección del usuario en Bolivia, Ecuador y Venezuela*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001.



Un análisis de la relación entre el derecho y globalización revela interdependencia y contradicción entre estos dos conceptos². La implementación de un respeto a derechos ha sido reconocida por organizaciones internacionales como fundamental para asegurar desarrollo y prosperidad en la nueva economía global³. La relación entre globalización y derecho debe ser complementada con un análisis crítico de la preferencia de corporaciones transnacionales (CTN) y multinacionales (CMN) por someter sus conflictos a arbitraje en lugar de cortes de justicia de cada país⁴. Arbitraje puede ser usado por corporaciones no solo prevenir la implementación sino también para detener la actualización del derecho en conflictos que envuelven

²Gerald Karl Helleiner establece que el término globalización confunde dos fenómenos totalmente diferentes, siendo el primer fenómeno la contracción de tiempo y espacio como consecuencia de los avances en tecnología, comunicación y transporte. En este primer caso globalización es un hecho, uno puede gustarle o no vivir en un mundo más pequeño pero no puede estar contra esta realidad porque ya es un hecho. El segundo fenómeno son las políticas y decisiones públicas y privadas que se toman debido a esta contracción de tiempo y espacio, es decir las decisiones basadas en el hecho de vivir en un mundo mucho más pequeño. Con este concepto se libera a la palabra globalización de ideologías políticas y queda visible la manipulación no nueva por parte de representantes de empresas que equiparan globalización con una de las muchas decisiones políticas cual es abrir fronteras al libre mercado. En realidad son dos conceptos totalmente diferentes pero resulta conveniente para algunos el darle la característica de inevitable del primer fenómeno que cubre globalización, a un segundo aspecto de decisiones, ya que si logran confundir que globalización es igual a libre mercado y por lo tanto el libre mercado es inevitable, el abrir mercados ya no es una de tantas decisiones o políticas posibles sino la única e inevitable opción. Ciertamente si todos los países abren mercados el mundo se venía mucho más pequeño pero esto no está en los mejores intereses ni siquiera de los países más industrializados los cuales protegen y subsidian sus productos porque saben que no es inevitable sino una opción que debe ser manejada estratégicamente. Como señala J. Stiglitz como ex asesor económico de Bill Clinton y ex vicepresidente del Banco Mundial en su libro "Globalization and its Discontents", muestra nuevamente la diferencia entre globalización y apertura de mercados. Stiglitz señala que existe hipocresía en los países industrializados cuando obligan a otros a abrir sus mercados pero mantienen barreras y subsidios para sus productos nacionales. Envían emisarios a países en desarrollo para repetir constantemente que abrir mercados es algo inevitable cuando ni para los mayores entusiastas de la globalización lo es. La actual Ministra de Comercio Exterior, Ivon Backy, ha afirmado en muchas entrevistas que la globalización es lo mismo que abrir mercados, hipótesis que ya lleva más de quince años de ser criticada en los círculos académicos por ser una manipulación política de conceptos con millonarias ganancias para pocos y pérdidas para la mayoría en países pobres. G. Helleiner, Markets, Politics and Globalization: Can the Global Economy be Civilized?, UNCTAD 10 Raul Prebisch Lecture, Palais des Nations, Geneva, 11 December 2000.

³En 1997, los directivos del FMI acordaron que su intervención en los gobiernos debe ser mucho mayor, decidieron intervenir en todas las políticas de un estado para disminuir la discrecionalidad de los gobiernos. Las organizaciones internacionales como el FMI y Banco Mundial entienden a los buenos gobiernos como los estados que adaptan sus leyes al desarrollo económico, pero un desarrollo económico que hace 30 años significaba tomar en cuenta niveles de educación, salud o empleo ya no está en los fines de estas organizaciones internacionales. En el ejemplo de Etiopía señalado por J. Stiglitz, él explica como uno de tantos casos en los que el FMI volvió a Etiopía un país más pobre; este gobierno quiso pagar un préstamo que realizó a un banco americano para la compra de un avión porque los intereses eran mucho más altos que lo normal. El gobierno de Etiopía pensó que si pagan el préstamo pronto esos intereses se ahorrarían y se podrían invertir en otras necesidades. El FMI rechazó totalmente este pago sin presentar razones económicas sino por el hecho de no haber consultado al FMI de esta transacción. Naturalmente el FMI quiso quitar su apoyo económico a Etiopía por tal decisión pero lo que en realidad le preocupó al Fondo es que un Banco del país que nge al Fondo no recibiría más intereses altos de un país pobre. Estando estas organizaciones tras la implementación del arbitraje en países pobres cabe un análisis profundo del modelo implementado en cada caso. Stiglitz Joseph E. Globalization and its Discontents. Published by W.W. Norton and Company, 1st Edition, April 2003

⁴Arbitraje es una alternativa a las cortes para resolver conflictos en conflictos cuando lo permite la Ley. Por esto tales conflictos no deben afectar al interés público. La Ley en Ecuador fue aprobada el 4 de septiembre de 1997. (Registro Oficial 145, 4-IX-97).

áreas estratégicas de desarrollo en países pobres⁵. Por ejemplo, compañías que han dañado ecosistemas en países en desarrollo frecuentemente piden ir a arbitraje para usar un proceso confidencial y de regulación privada en orden a ocultar sus actividades del conocimiento público. También se evita que formas legales regulen futuros daños. Igualmente, corporaciones transnacionales y multinacionales incluyen convenios arbitrales en sus relaciones con el estado para incluir los posibles conflictos de impuestos a arbitraje en lugar de cortes de justicia. Como tal, mientras organizaciones internacionales mantienen discursos de avocar por la implementación y actualización del derecho en países pobres y reforman sistemas judiciales, corporaciones previenen la implementación del derecho y sus avances con el uso del arbitraje. Organizaciones internacionales también han provocado competencia entre jurisdicción convencional (Arbitraje y otros métodos) y jurisdicción legal (El método del Estado)⁶.

Derecho y globalización.

Derecho como un "principio legal" tiene un importante rol a jugar en las decisiones de organizaciones internacionales⁷. Las prácticas a las que muchos políticos les han dado el nombre de globalización no tratan de implementar el estado de derecho sino globalizar las leyes que representan los intereses económicos de corporaciones. Existe contradicción en discursos porque las características atribuidas por el Banco Mundial al derecho están en contradicción con las decisiones a favor de su concepto de globalización. En orden a identificar esta contradicción necesitamos comparar la concepción de organizaciones internacionales del derecho con prácticas supuestas a ser a favor de esta globalización. Este análisis estará basado en dos elementos: el primero es el concepto de derecho y sus características y el segundo las prácticas de las organizaciones internacionales supuestas a ser pro su concepto de globalización.

⁵Esto puede ser particularmente importante en derechos humanos, medio ambiente, derechos laborales, evasión de impuestos y otras áreas estratégicas. Por ejemplo, la construcción del oleoducto de crudos pesados en Ecuador ha ocasionado muchos conflictos entre las compañías internacionales y comunidades indígenas, locales, grupos de protección del medio ambiente. Estos conflictos fueron y serán sometidos por preferencias de las corporaciones a arbitraje a través de cláusulas en sus contratos. Las cortes de justicia fueron y serán privadas de conocer de estos conflictos para evitar mala publicidad a estas corporaciones o presiones por la crítica de la sociedad civil. El contrato firmado entre el Gobierno Ecuatoriano y las corporaciones incluyen cláusulas de arbitraje para evitar el uso de cortes en daños ambientales sin importar si estos daños afectan a personas que no firmaron el contrato, es decir derechos de terceros. Siendo los daños ambientales no solo conflictos de interés público sino que son obligaciones que nacen de un delito o cuasidelito civil, algo que no esta dentro de lo permitido a ser sometido a arbitraje para el sector público. Estos dos puntos se los revisará a fondo en el resto de este trabajo. Para revisar la cláusula arbitral de uno de los contratos petroleros favor ver: <http://ocpecuador.com/images/varios/ingles/contratoeng.pdf>

⁶La jurisdicción convencional esta referida y delimitada por el Art. 3 del Código de Procedimiento Civil. Este artículo señala que el poder de administrar justicia también puede darselo a personas particulares por la convención de las partes, pero no en todos los casos sino solo en los casos permitidos por la Ley. Al referirse este artículo a casos permitidos por la ley significa no prohibidos expresa o tácitamente por la misma. La Ley de Arbitraje de Argentina enumera los casos prohibidos. En el caso de Ecuador no se lo hizo voluntaria o involuntariamente para dejar abierta la discusión. Discusión que ha llevado a que en un caso de derecho público como es los impuestos llegó a ser resuelto por un tribunal arbitral. Las otras ramas del derecho público corren la misma suerte de ser sometidos a arbitraje con este precedente. *Ibidem* 4.

⁷Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, 7th ed. (Bryan A. Garner, West Group, 1999).



Organizaciones internacionales han adaptado ciertas características del derecho para producir desarrollo económico y en el caso de países pobres atraer inversión extranjera⁸. El derecho trata de proteger a las personas y prevenir arbitrariedades en orden a crear un estado en que las acciones acarren responsabilidad. En tal estado de derecho las leyes deben ser generales en carácter, claras, públicas, transparentes, prospectivas y estables.⁹ Estos objetivos y características son parte del discurso de las organizaciones internacionales cuando presionan para aprobar modelos legales en países pobres¹⁰. En su artículo "Ley, Desarrollo y el Rol del Banco Mundial", Ibrahim Shihata discute como organizaciones internacionales, principalmente el Banco Mundial ha adaptado el derecho a un fin de desarrollo económico politizado¹¹. Para propósitos del Banco Mundial, derecho es definido según Shihata como:

Un sistema (el cual) asume que: a) hay un set de reglas que son conocidas en avance, b) tales reglas tienen de hecho fuerza vinculante, c) existen mecanismos para asegurar una buena aplicación de estas reglas y permiten partir de ellas a procedimientos establecidos, d) conflictos en la aplicación de leyes pueden ser resueltos a través de decisiones vinculantes de un independiente cuerpo judicial o arbitral, y e) hay procedimientos conocidos para enmendar las leyes cuando estas no sirven para su propósito¹²

Las características atribuidas por el Banco Mundial al derecho no parecerían desde una vista superficial estar en contradicción con las características generales atribuidas por especialistas como Hayek, Joseph Raz o William Scheuerman¹³.

⁸ J Stigitz, en su libro "Globalization and its Discontents" como ex vicepresidente del Banco Mundial muestra como trabaja el FMI para atraer inversión contra los intereses de países pobres. En el caso de uno de los países más pobres como Etiopía el FMI presionó para que abran su mercado bancario y bancos americanos entren a su país. Naturalmente el Citibank y otros aplastaron a los pequeños bancos y cooperativas de Etiopía por lo que afortunadamente hubo una fuerte resistencia. Resistencia que no fue suficiente en Nigeria en la que efectivamente los Bancos grandes aplastaron a los pequeños y posteriormente los pequeños agricultores ya no podían recibir préstamos para semillas y fertilizantes. El hecho fue que los bancos americanos pasaron a ser dueños de tierras de gente muy pobre de Nigeria y no concedieron préstamos a agricultores que no tengan algo que quitarles por sus altos intereses. El FMI logró su objetivo de hacer más ricos a los bancos americanos a costa de los intereses de agricultores de uno de los países más pobres del mundo. No siempre el atraer inversión extranjera es lo más adecuado para una economía, especialmente para las no competitivas como la de Ecuador. *Ibidem* 3.

⁹ William E Scheuerman, *Economic Globalization and the Rule of Law*. Globalización Económica y Derecho. University of Pittsburg, 1997-1998.

¹⁰ Es conocido que el desarrollo económico o bienestar económico entendido por el Banco Mundial y el FMI es el tener 0 inflación y 0 déficit. Nunca se habla de desempleo o pobreza porque los economistas contratados son especialistas en la economía de los Estados Unidos. No entienden como pobreza, desempleo o educación afecta al desarrollo económico. Tal es el caso que Argentina fue un modelo perfecto de su éxito al intervenir en un país hasta que la crisis del 2001 hizo que ya no lo mencionen como un ejemplo de éxito en Latinoamérica. *Ibidem* 3.

¹¹ Ibrahim Shihata, "Law, Development and the Role of the World Bank" *Complementary Reforms: essays on Legal, Judicial and Other Institutional Reforms* Ley, Desarrollo y el Rol del Banco Mundial (The Hague: Kluwer, 1997)

¹² *Ibid.* Cited by Shihata from his Book *The World Bank in a Changing World*, Vol. 1, 85. Dordrecht; Boston: M. Nijhoff Publishers, Norwell, MA, U.S.A. 1991

¹³ Se debe notar el apoyo del Banco Mundial a arbitraje cuando lo menciona en sus documentos del concepto y características de derecho.

Los intentos del Banco Mundial para prevenir arbitrariedades en acciones del estado y corrupción al establecer en avance claridad y estabilidad de normas legales parecen estar en primer término acordes con características de implementación del derecho. Pero, globalización, entendida como una "compresión rápida de tiempo y espacio", ha sido un vehículo para desarrollar un doble y contradictorio discurso de implementación del derecho. El Banco Mundial y FMI ordenan tener reglas conocidas en avance pero no se puede lograr esto cuando también pide una compresión más rápida de tiempo y espacio. Por ejemplo, al presionar la decisión de abrir completamente los mercados. Los rápidos y confusos cambios de la economía ponen al sistema judicial y legal en constante atraso a la necesidad de regulación¹⁴. Tener reglas conocidas en avance requiere que tales reglas sean claras y estables pero en un contexto de continua reforma legal y judicial del sistema, especialmente en países pobres esto es imposible. Shihata establece que el entendimiento del Banco Mundial del derecho es el que atrae inversiones privadas y crea un clima de estabilidad y predictibilidad. Pero existe estabilidad y predictibilidad cuando no hay discusión pública de leyes y cuando congresos no pueden desarrollar sistemas de regulación a tal velocidad¹⁵.

Por otro lado las características dadas a prácticas supuestas a favor de la globalización no parecen apuntar a implementar el derecho porque producen inequidad e injusticia. Críticos de globalización mantienen que solamente algunos grupos han prosperado a través de esta ideología politizada de globalización¹⁶. Las características dadas al derecho por organizaciones internacionales no mencionan fines de justicia. En el libro *Fast Food Nation*, Martin Scholer resalta como las corporaciones internacionales obligaron al congreso americano a aprobar una ley que prohíba hablar mal de corporaciones de alimentos en Estados Unidos en el 2001¹⁷. Ciertamente el derecho se adelanto en proteger a las corporaciones y proteger a los inmigrantes ilegales en sus derechos laborales, al no ser maltratados, amenazados o golpeados. Igualmente se atrazó la ley en prohibir el uso de sustancia químicas dañinas. Existe una ley que prohíbe a las personas hablar mal de corporaciones de alimentos. Políticas de globalización han sido criticadas porque protegen derechos solamente de personas jurídicas en el desarrollo de sus negocios sin ninguna perspectiva de justicia a

¹⁴ El caso de Nigera refleja como el Estado deja de regular a través del derecho cuando hay cambios rápidos provocados por organizaciones internacionales. Nigera al abrir sus tasas de interés al baiben del mercado estas subieron rápidamente en lugar de bajar como había precedido el FMI. Al verse quebrados los granjeros no hubo ley conocida ni respuesta rápida del congreso o poder judicial en casos particulares que les permita salir de la quiebra por el rápido cambio producido por el mercado. El derecho se quedó atrás de regular esta crisis e inesperto a derechos económicos y sociales de los agricultores. *Ibidem* 3.

¹⁵ El sistema inglés y americano no abrieron sus tasas de interés al baiben del mercado hasta 1970 cuando estuvieron totalmente preparados para manejar tal proyecto. Es ilógico que el FMI y Banco Mundial obliguen a países africanos a hacer algo que saben que no están preparados ni económicamente ni en estructura legal. *Ibidem* 3.

¹⁶ Keith Banting. *International Development Research Centre, Social Policy in a Global Society: Parallels and Lessons from the Canada-Latin America Experience*. The Centre, Ottawa, 1995.

¹⁷ Schlosser Eric, *Fast Food Nation*, New York Best Seller, Published by Houghton Mifflin, January 2001.

ningún nivel¹⁸.

En el contexto de esta crítica, David Scheuerman asegura que muchas de las características de lo que nos hacen conocer como globalización no parecen mejorar la implementación del respeto a derechos. Scheuerman mantiene que en el contexto del movimiento pro-globalización nosotros podemos encontrar otras críticas características que son contrarias a la concepción del derecho¹⁹. Scheuerman establece: "Globalización económica se muestra abrumadoramente discrecional por parte de ciertas personas, cerrada, y no transparente, las formas legales fundamentalmente inconsistentes con la mínima defendible concepción de respeto a derechos"²⁰. Este Jurista afirma que el derecho debe mantener sus características aún cuando compañías multinacionales están tratando de empujar el rol estado en direcciones contradictorias en orden a proteger sus ganancias.

Reglas que son conocidas en avance deberían ser claras y transparentes para ser entendidas no solo por corporaciones sino por todos los actores. El derecho, aún con adaptaciones por politización de organizaciones internacionales debe perpetuarse también como claro, público o conocido por todos, prospectivo o para regir al futuro, en fin estable para todos.

1. Globalización y su implementación en un sistema legal y judicial.

La implementación de una u otra ideología política global depende de tener adecuadas normas legales y un efectivo sistema judicial. La relación entre globalización y cortes de justicia puede estar dividida en dos partes. En primer lugar, la implementación de globalización en un sistema judicial, visto este sistema como una institución crítica y estratégica para crear y aplicar normas. Adecuadas normas legales serían consideradas como las que apoyan la ideología. Estas normas adecuadas no solamente son creadas por el ejecutivo y legislativo, sino también por un sistema judicial a través de jurisprudencias. Organizaciones internacionales necesitan asegurar que el sistema judicial de un país cree jurisprudencias acordes a su ideología de desarrollo económico²¹.

En un segundo aspecto se encuentra la relación entre globalización y sistemas judiciales como el método del estado para resolver

¹⁸ En el Documental *The Corporation*, se señala como luego de la pelea entre norte y sur en Estados Unidos se logró la reivindicación de los derechos de la gente de color. Una victoria que costo cientos de miles de muertes. Pero el primer año de reconocimiento constitucional de derechos de esta minoría de los 260 juicios llevados a cortes para el respeto de estas reformas, mes de 20 fueron de gente de color. Todo el resto fueron de corporaciones y sus abogados que trataron que estas compañías tengan los mismos derechos que las personas naturales. *The Corporation* Documentary. An documentary by Mark Achbar, Jennifer Abbott and Joel Bakan. www.thecorporation.tv. Última vez visto en Agosto del 2004.¹⁸ *Ibidem* 10.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ En otro caso de desarrollo económico mal entendido por el Banco Mundial y el FMI es el de Botswana, el cual tuvo una crisis económica hace dos décadas. la clase de problemas para los que fue creado el FMI. En conversaciones con el FMI los líderes de Botswana se dieron cuenta que el FMI no solo iba a prestarles dinero sino que quería total control de su economía a cambio de ese dinero. Lo peligroso es que el FMI sugería implementar políticas que destruirían totalmente la economía de este país pobre. Al final no aceptaron los fondos y con un grupo de economista de su mismo país lograron salir de la crisis sin destruir su economía. Botswana se convirtió en un país próspero basado en un compromiso de sus políticos y economistas de crear bienestar para todos. Parecería que desobedecer las políticas del FMI logran el llamado "desarrollo y bienestar económico". *Ibidem* 3.

conflictos. Organizaciones internacionales deberían apuntar a convertir al sistema judicial en un método estatal más adecuado para resolver disputas, un sitio donde corporaciones no objeten con criticismos al someter sus conflictos. Pero las características de este método de resolver conflictos no parecen ser atractivas para CTN y CMN. De hecho, la velocidad de los mercados y lo lucrativo de resolución privada-confidencial de conflictos para las corporaciones parece impedir el uso de este método. Corporaciones han establecido que los costos, burocracia, leyes no actualizadas, patriotismos absurdos y hostilidad en general hacia compañías extranjeras les impide someter sus conflictos a las cortes de justicia. La relación entre cortes de justicia y globalización necesita ser mucho más analizada y publicada en estos dos niveles. El primero como un estratégico sitio de creación de normas que esta siendo reformado por organizaciones internacionales, y el segundo, como el método estatal de resolver conflictos al que las corporaciones se reusarán a enviar sus conflictos sin importar las reformas que sean introducidas.²² A través de la jurisprudencia, el sistema judicial puede implementar normas que benefician a una particular ideología de globalización. De esta forma, jueces se convierten en criticos implementadores de decisiones y necesidades de una ideología.²³ Las leyes locales les dan a ellos el poder de tomar decisiones obligatorias para unos y normas obligatorias para todos en otros casos. Organizaciones internacionales entienden que el poder judicial juega un importante rol en un país en vías de desarrollo para adaptarlo a modelos tras una ideología particular. Contradictoriamente, el discurso que organizaciones internacionales han usado para reformar sistemas judiciales esta enfocado en corrupción²⁴.

²² En una de las reuniones con la Dra. Kerry Rittich, se analizó las razones por las que las organizaciones internacionales no se concentran en el fondo de los problemas de las cortes de países latinoamericanos, pero invierten mucho en convertirlos en lugares elegantes, computanzados y especialmente más rápidos pero sin intervenir en problemas de fondo. La creación de una institución de administración para la función judicial obedece a un objetivo de rapidez. La conclusión es que en un punto u otro, cuando una corporación o compañía internacional tiene la decisión arbitral necesitará usar las cortes de justicia para ejecutar este laudo. Naturalmente no requiere mejorar las cortes en todos los niveles si la decisión no la sobre el conflicto no la van a realizar esos jueces sino arbitros. Luego de decidido el laudo se necesitara solo en esta última parte del proceso un lugar cómodo y rápido. La Dra. Kerry Ritticht tiene un Phd en Derecho y Globalización de la universidad de Harvard, es profesora principal de la Universidad de Toronto del curso de Globalización y Derecho, su libro más importante es 'Recharacterizando, Reestructurando', en donde señala como organizaciones internacionales dictan sets de reglas que les dan el carácter de unicas para el posible desarrollo económico de los pueblos, estas reglas producen efectos de inequidad y pobreza que a criterio de estas organizaciones internacionales son efectos solamente temporales y coincidenciales, pero la realidad muestra lo contrario.

²³ Catalina Smulovits enfoca sus estudios en el poder judicial de Argentina. Ella afirma: La politización del poder judicial que puede ser observada en el caso argentino puede ser explicada bajo razones domésticas y generales. En la una mano la reciente conversión del poder judicial en un estratégico espacio para tomar decisiones en el juego político local (...). En la otra mano, y a pesar de los escandalosos significados (...) análisis reciente de las acciones de las cortes han enfocado atención en el impacto de políticas internacionales sobre decisiones judiciales. En el Artículo Global Prescriptions, se explica como las organizaciones ven al poder judicial como un espacio critico para poder implementar una ideología. De acuerdo al reporte de Lawyers committee for International Human Rights, el banco Mundial y el BID han iniciado o aprobado prestamos que sobrepasan en total del 300 millones. Estos fondos son para reformar sistemas judiciales de 25 países. Esto es solo desde 1997 hasta los siguientes cinco años. (Armstrong, citado por Messick 1997. Messick Richard, 1997. Judicial Reform, Washington D. C. World Bank Draft

²⁴ En 1997 directivos del Fondo Monetario Internacional decidieron que los malos gobiernos tienen efectos negativos en la macroeconomía, razón por la cual decidieron intervenir en todo tipo de decisiones y políticas que tome el gobierno. Uno de los tres ejes de intervención era el de intervenir en la corrupción cuando esta afecta a la macroeconomía y cuando es por abuso de fondos públicos, otros tipos de corrupción están fuera de sus intereses. Parece que corrupción por lentitud judicial es la que decidieron afecta a la macroeconomía. Esto porque la lentitud del sistema más que otra falencia afecta a las corporaciones directamente.



El Banco Mundial ha sugerido reforma judicial en Ecuador dentro del discurso o programas anticorrupción porque nadie podría oponerse públicamente a eliminar la corrupción²⁵. Organizaciones Internacionales apoyaron para implementar nueva infraestructura, una institución para mejor administración del sistema judicial, institución que por cierto cuenta con programas financiados para sancionar a funcionarios lentos, computadores y un centro de mediación para reducir no solo la cantidad de los juicios mediables sino también disminuye el tiempo de los que no entren en el sistema de mediación. Comoquiera, no fue claro como estos cambios previenen la corrupción en general. En definitiva se seleccionó las áreas de desarrollo judicial que favorecen a las corporaciones. Con el uso de arbitraje se elimina la hostilidad de las cortes y con los otros cambios se reduce el tiempo al ejecutar el laudo. Con esta agenda queda claro que jamás se implementarán cursos sobre derecho laboral y abusos de corporaciones, o químicos usados por las corporaciones y legislación vigente de Ecuador para protección de la salud de trabajadores y consumidores. Avances legales, vacíos legales o uso de la legislación vigente a prácticas actuales no estará en la agenda de financiamiento. Las características de cortes sean buenas o cuestionables como la transparencia, imposición de normas y procesos, análisis de derechos, publicidad, impredecibilidad y hasta lentitud jamás serán atractivas para corporaciones internacionales. La velocidad del mercado parece incompatible con el uso de cortes de justicia para resolver conflictos. Como Amr Shalakany arguyó en su artículo "Arbitraje en el Tercer Mundo", el Banco Mundial ya ha decidido que arbitraje es su método preferido para resolver conflictos. Esta decisión significa una crítica y debilitamiento para las cortes acompañada de fondos para reformar lo que necesitan las corporaciones. Los fondos también están designados a buena publicidad y uso del arbitraje.

Arbitraje versus Cortes de justicia en la era de la globalización.

Arbitraje y otros métodos de resolver conflictos son implementados con el discurso de aliviar el saturamiento del trabajo de las cortes y para que la personas asuman su responsabilidad de solucionar sus propios conflictos. Al principio la aplicación del derecho por cortes de justicia fue preferida sobre arbitraje por las corporaciones. No existía desconocimiento de los beneficios del arbitraje sino la existencia de límites entre los conflictos que pueden ser sometidos a arbitraje y los que no pueden pero no existieron

²⁵ For a useful overview of World Bank anticorruption reform programs, please see: <http://www.worldbank.org/wbi/governance/judicial-lac.htm>. Es una práctica muy común de las organizaciones internacionales que usando su experiencia en marketing introduzcan cambios en otros sistemas legales. Por ejemplo desde 1970 a 1980 los Estados Unidos trataron de introducir políticas y modelos legales a los países latinoamericanos con un movimiento llamado "modernización", sabían que nadie puede oponerse a modernizar sus leyes. Desafortunadamente para ellos en ese entonces pocos entendieron lo que se trato de implementar, razón por la cual se inicio el proceso de becas y ayudas técnicas a países latinoamericanos. Actualmente ya es mucho más fácil exportar o implementar modelos en latinoamerica. Además que a través de las organizaciones internacionales controladas en más de un 60% por los Estados Unidos se da trabajo y/o fondos a las personas o instituciones que acepten la implementación de estos métodos en sus países.

presedentes para hacerlo²⁶. Dezenlay y Garth establecen en su artículo que los efectos de la globalización producen competencia entre leyes y modelos. Al vivir en un mundo más pequeño se observa que los sistemas legales son diferentes y que no se pueden aplicar todos, mucho menos los abogados de corporaciones pueden aprender los de cada país²⁷. Solamente un modelo debe ser el usado, ocurriendo este fenómeno inclusive en los sistemas de resolver conflictos.²⁸

En teoría tribunales de arbitraje y cortes de justicia no pueden competir no solo porque tienen diferencias pero porque arbitraje puede solo ser aplicado a cierto tipo de conflictos. Qué sucedería si se rompe este equilibrio de supervivencia entre estos dos métodos? Existe una estrategia desde el modelo americano Harvariano de arbitraje implementado en todos los países "El tribunal arbitral resuelve sobre su propia competencia". En el artículo "El Procedimiento Arbitral Administrado por La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI" escrito por Juan Manuel Marchan y presentado como ponencia en la Universidad Andina Simón Bolívar en Noviembre del 2003 se explicó los beneficios del uso de este principio de arbitraje por la Corte Internacional de Arbitraje. Armónicamente la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador en su Art. 22 señala "el Tribunal resolverá sobre su propia competencia". No hay necesidad de repetir los beneficios para el Tribunal Arbitral al decidir sobre su propia competencia porque han sido repetidos publicitariamente. Lo que no ha sido dicho es que el Tribunal se puede declarar competente de conocer conflictos no transigibles. Por ejemplo, conflictos de medio ambiente que afectan a personas que no firmaron el convenio o cláusula arbitral del contrato. Finalmente el Tribunal se puede declarar competente para cualquier conflicto que solo las cortes deberían resolver. El Tribunal de Londres se sintió competente para conocer un conflicto de impuestos, siendo de derecho tributario, de orden público. Esto afecta a derechos de todos los contribuyentes por ser violación a los principios de proporcionalidad e igualdad²⁹. Esta estrategia para violar el límite entre conflictos resueltos por cortes de justicia y tribunales de arbitraje por corporaciones esta estratégicamente conectado con el principio del art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador sobre nulidad del laudo. Este artículo señala cuatro causales de nulidad del laudo sin

²⁶ La forma como estas corporaciones podrían someter a arbitraje conflictos que violan este límite es con el uso del principio del Tribunal decide sobre su propia competencia". Esto esta analizado en los siguientes párrafos de este artículo

²⁷ El Decano de la Escuela de Harvard, anterior a Elena Kagan de la Escuela de Leyes tuvo la visión de que siendo el mundo cada vez más pequeño y los abogados de Harvard tendrían que aprender de sistemas latinoamericanos complejos y confusos, sería más fácil el implementar sistemas y modelos legales únicos. Sistemas creados, por supuesto por Harvard como la Universidad elite del país que reina en exportación de modelos legales. Así los abogados al ir a México, Colombia o Ecuador sabrían lidiar con los conflictos si existe un modelo único. En el caso de solución de conflictos el método fácil de aprender y que podía ser rediseñado por expertos de Harvard es Arbitraje.

²⁸ Yves Dezenlay and Bryant Garth, "Introduction", excerpts, and "Legitimizing the New Legal Orthodoxy" in Yves Dezenlay and Bryant Garth, eds., *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2002).

²⁹ El Art. 5 del Código Tributario establece que el ordenamiento tributario se basará en la capacidad económica de los contribuyentes. Si una empresa petrolera recibio beneficios en su contrato petrolero para no devolverle el IVA posteriormente, no puede utilizar el Tribunal Arbitral el Art. 69 de la Ley de Régimen Tributario Interno para pedir devolución porque tiene doble beneficio lo que viola al principio de proporcionalidad e igualdad para los otros contribuyentes. Ambos principios de derecho público no transigibles en un tribunal arbitral dirigido por personas privadas.



mencionar que se puede pedir la nulidad cuando el tribunal se declara competente sobre algo no arbitrable. Si ambas partes de buena o mala fé someten a arbitraje algo no transigible, el tribunal se puede declarar competente y no hay causal en la Ley de Arbitraje de Ecuador que permita anular la decisión de los árbitros. En el caso del IVA petrolero de la empresa Occidental se hizo claro como usar armónicamente la Ley en beneficio de corporaciones. En los siguientes meses otras corporaciones tratarán de hacer lo mismo. Solo se podrá detener esto si la Ley es analizada y reformada con lo que llaman en la Universidad Americanas "perspectiva de países del sur"³⁰.

La comunidad internacional de negocios prefiere arbitraje sobre cortes de justicia porque este método es privado y confidencial, ajustable e individualizado a sus necesidades, además de flexible en su procedimiento. Naturalmente rápido y más barato. En adición, las CTN y CMN insisten que arbitraje no es burocrático, corrupto y hostil como las cortes de muchos países. En la otra mano, existe criticismo no publicado en Latinoamérica contra arbitraje, el cual sugiere que arbitraje no es orientado por normas, deja a autoridades fuera del proceso, previene no solo la implementación del derecho en países pobres pero también detiene la característica de actualización y adaptación del derecho. El arbitraje puede también suprimir transparencia y con su confidencialidad elimina la posibilidad de intervenciones en el mismo. Este criticismo esta basado en los abusos cometidos por corporaciones a través de arbitraje en países pobres de medio oriente. En medio oriente se critica que en arbitraje las corporaciones pueden escoger los arbitros de una lista de personas vinculadas a sus negocios. Leyes de arbitraje y convenios internacionales proveen que los arbitros sean escogidos de una lista previamente diseñada por un centro de arbitraje³¹. Los Juristas de medio oriente sostienen que tales listas en sus países contienen mayoritariamente personas vinculadas con sectores de negocios o incluso asesores legales de las mismas corporaciones. Ellos sostienen que las listas de arbitros son conformadas por personas

³⁰ El concepto de la perspectiva del sur es mencionada en artículos académicos americanos y de otros países desarrollados. En la mayoría de estos artículos se llama a los juristas del norte a decir algo, a plantear un punto de vista diferente. Esto no sucede regularmente porque la educación en universidades americanas se ha vuelto más y más el requisito para ser profesor universitario o asesor legal de instituciones públicas.

³¹ El Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que cuando una institución del sector público quiera someterse a arbitraje también debe establecer la forma de selección de los árbitros. Durante todo este artículo sugiero que esta Ley puede ser mejorada al tomar las críticas de juristas o lo que sería ver lo que esta sucediendo desde un punto crítico. Dado que el criticismo en países pobres ha sido que las listas de los árbitros son de allegados a la comunidad de negocios, en la Ley de Arbitraje se debería establecer no solo la exigencia de la forma de selección de los árbitros sino nombres definitivos de los árbitros que representan a Ecuador. La teoría señala que una vez ocurrido el conflicto las partes no se ponen de acuerdo en nada. Es fácil que caiga un conflicto en un sorteo de una lista de árbitros extranjeros y allegados a corporaciones internacionales. Ibidem 4.

³² Al realizar búsquedas de Centros de Arbitraje de Ecuador por internet existe una marcada lista de centros que se dedican al comercio internacional. Al revisar la lista de arbitros de la Camara Ecuatoriana Americana existen 24 árbitros de los cuales solo en el caso del Dr. Inigo Salvador se menciona al derecho ambiental. El resto de árbitros son expertos en negocios, pero parecería que falta un entendido en el área de derechos laborales o humanos, u otros más en derechos ambientales. Asumiendo que las corporaciones americanas en Ecuador tienen los mismos conflictos que en otros países resulta obvio el tener expertos en estas áreas. Para una útil lectura de la lista, favor ver <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/ecuador/arbcam.html>

seleccionadas y entrenadas por su círculo de negocios. Los centros pertenecen a su vez a sectores comerciales dominados por las corporaciones más grandes³². En conclusión, arbitraje parece ser el principal método para resolver conflictos en la era de globalización por lo que un modelo arbitral debe ser críticamente analizado para corregir sus falencias.

Cortes de justicia han tenido que competir con arbitraje y otros métodos de resolución de disputas en las últimas tres décadas. Globalización ha generado competencia entre leyes, modelos de leyes, avances legales y aún sistemas para resolver conflictos. En esta competencia cortes de justicia han sido criticadas por la comunidad internacional por su burocracia, corrupción, y hostilidad con compañías extranjeras. Organizaciones internacionales saben que competencia entre cortes de justicia y arbitraje es la llave para un uniforme sistema de resolver conflictos³³. Como Dezenlay y Garth explican en su artículo "Legitimizing the New Legal Orthodoxy" (Legitimando la Nueva Ortodoxia), sets o modelos de leyes han sido exportadas de los Estados Unidos como el líder en exportación de modelos para adaptar a otros países a crear una nueva ortodoxia³⁴.

Juristas de países en vías de desarrollo, especialmente de medio oriente en donde sus normas religiosas contradicen la existencia de la autoridad de un arbitro, han expresado su preocupación por la implementación forzada del arbitraje³⁵. Estos juristas sugieren que la implementación de arbitraje sirve para intereses privados de corporaciones y para la americanización del mundo en donde las corporaciones tienen más poder que el gobierno³⁶.

En el caso de Latinoamérica derogadas Leyes de Arbitraje Comercial establecían que cuando una institución pública esta envuelta en un conflicto no era posible someter ese conflicto a arbitraje a menos que se cumpla con procedimientos mucho más complejos³⁷. En unos casos se pedía incluso la firma o aprobación del poder ejecutivo para poder someter el conflicto a arbitraje cuando el estado era una de las partes³⁸.



³² Se ha explicado en anteriores notas al pie que la desaparición de las cortes es imposible y que sus mejoras responden a que los laudos no pueden actualmente ser ejecutados por los tribunales arbitrales.

³³ *Ibidem* 29.

³⁴ Amr Shalakany illustrates in his articles how the implementation of arbitration has been characterized by articles written by developing countries scholars who have critiqued such implementation. Shalakany suggests that the most representative authors are M. Somarajah through his article "The UNCITRAL Model Law: A Third World View Point" and Hamid Gharaviin through his article "The 1997 Iranian International Commercial Arbitration Law". For a useful analysis of these articles, please see Amr A. Shalakany, Arbitration and the Third World: A Plea for assessing Bias Under the Specter of Neoliberalism, *Harvard International Law Journal*, Volume 41, Number 2, Spring 2000.

³⁵ Las corporaciones deberían poder ser detenidas por jueces. En el Caso de Sudán la corporación Petrolera Internacional Canadiense no solo ha amenazado sino ha sido involucrada en desapariciones de decenas de personas que han tratado de detener la destrucción y apropiación de tierras. Los jueces en Sudán no la han detenido, la policía no ha ayudado a investigar lo sucedido. Draft Paper, Phd Program, University of Toronto, 2002.

³⁷ La Ley en Ecuador fue aprobada el 4 de septiembre de 1997. (Registro Oficial 145, 4-IX-97)

³⁸ David Schneiderman, en sus presentaciones sobre arbitraje y como el derecho internacional absorbe al derecho local señala el caso de Iran y Arbitraje. Schneiderman explica que en Iran no quisieron aceptar al arbitraje por ser un país radicalmente religioso. Su religión les permitía aceptar como autoridades que resuelven conflictos las ya establecidas por el estado y líderes religiosos. Al final a pesar de su negativa a implementar el arbitraje no solo tienen una ley de arbitraje y mediación, sino que cuentan con veinte centros en sus ciudades más importantes. La presión y el financiamiento de centros partio de organizaciones internacionales. *Ibidem* 10.

La Ley ecuatoriana actual solo pide que firme la cláusula la persona autorizada a contratar por parte de la institución pública.³⁹

Shalakany establece que aún cuando un país fue muy suspicaz a los intereses que rondan a la implementación de arbitraje, por ejemplo en el caso de Iran y Egipto, estos países no solo han reformado leyes locales pero incluso permitieron la creación de centros de arbitraje en sus capitales. De hecho la Comisión de las Naciones Unidas para Leyes de Comercio Internacional construyeron un modelo armónico de reglas para arbitraje internacional en orden a reforzar al arbitraje⁴⁰. Este modelo ha sido armonico con las reformas de cada país. Más y más países han adaptado su legislación a un armónico set de reglas pero también han creado centros para obedecer eficientemente las reglas del arbitraje administrado. Este arbitraje regulado por centros es sin duda el más criticado en medio oriente.

En el caso de Ecuador, en 1997, el Banco Inter-Americano para el Desarrollo probeyó de millonarios fondos para el programa de difusión del arbitraje y apoyo a la creación de nuevos centros. Un año después de esta donación fue aprobada por el congreso casi sin cambios la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador⁴¹. El congreso ecuatoriano aprobó la ley sin reparar ni discutir sobre la provisión del Art. 4 para que las instituciones públicas puedan ser más fácilmente sujetas a decisiones privadas de arbitros. Igualmente el congreso no discutió que mientras arbitraje termina conflictos entre individuos privados sin que exista daño al interes público, cortes de justicia deben intervenir en los conflictos que el interes público está envuelto. Países en vías de desarrollo especialmente en medio oriente se han opuesto a la implementación del arbitraje porque los beneficios son mínimos para la mayoría de gente si se los compara con los perjuicios para la mayoría si las corporaciones que abusan del arbitraje. Arbitraje es un método para resolver conflictos que nació neutral y libre de una ideología. Actualmente parece tener una clara ideología política.⁴²

³⁹ En el siglo 21 los laudos o decisiones arbitrales gozan de mucho más reconocimiento a nivel internacional que las sentencias de las cortes locales. Sobre los 130 países firmaron en 1958 la convención de las Naciones Unidas denominada 'La Convención de Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales', o 'Convención de Nueva York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. United Nations Commission on International Trade Law, The Convention went into force on 7 June 1959. <http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/ny-conv.htm#1>

⁴⁰ Jacques Werner, cited by Dezenlay and Garth Ibidem 29.

⁴¹ For a useful overview of the programs implemented by the Inter-American Development Bank in South America, please see <http://www.iadb.org/exr/doc98/apr/aplanq.htm> En esta página se puede ver claramente como el tema de arbitraje esta junto con los de inversión, producción, comercio internacional o propiedad intelectual. Qué hace al arbitraje ser tan rentable como las otras áreas de negocios?

⁴² El caso de la empresa petrolera Occidental, en el cual políticos, empresarios e inclusive la actual Ministra de Comercio Exterior, presionaron al gobierno del Ecuador para someter la decisión no a cortes de justicia sino a un tribunal de arbitraje internacional es el comienzo. Cuando juristas reclamaron que no se puede someter a arbitraje disputas sobre tributos, la contestación de los abogados de Occidental fue que se puede porque el gobierno del Ecuador firmo un convenio autorizandolo. No existió un verdadero argumento legal que no sea que en el convenio arbitral el estado puede someter cualquier tema a arbitraje. Si se acepta este criterio se podría aceptar también que otros casos de interés público como es el derecho tributario que es estratégico para corporaciones se someta a arbitraje. El caso real de la compañía X que debe 33 declaraciones de impuestos al estado, en lugar de ser sancionada por la administración tributaria puede buscar presión a través de políticos para que se someta su conflicto a arbitros privados. El argumento legal será que el estado firmo un convenio arbitral para la sanción de esta infracción tributaria. Con esto se ratificaría que si el estado firma no importa el conflicto, sea tributario, constitucional, administrativo o incluso penal. El art. 364 del Código Tributario sobre los modos de extinguir las obligaciones tributarias no menciona la transacción mucho menos la decisión de los árbitros. Naturalmente este criterio legal no le importará a un tribunal arbitral cuando decida sobre su propia competencia.

Se ha extendido tanto el uso y abuso del arbitraje que incluso sobrepasa al modelo impuesto a Ecuador por organizaciones internacionales. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador establece en forma expresa en su artículo 4 que cuando el Estado quiera someterse a arbitraje, la controversia debe ser de origen contractual. Existen otras formas en que se originan las controversias además de los contratos. Las obligaciones que pueden estar en controversia pueden haber nacido por disposición de la ley, por cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. De esta forma las obligaciones tributarias nacería de la Ley y no de contratos como lo planteo la empresa Occidental. Dentro de los contratos petroleros se añaden cláusulas para someter controversias de origen en delitos y cuasidelitos civiles como es el caso de daños ambientales que no son parte de la ejecución del contrato. No existe protesta del gobierno ecuatoriano por cuanto como señala la actual Ministra de Comercio Exterior Ivon Backy, no habrá inversión extranjera a menos que se permita a Occidental y otras petroleras realizar estas prácticas. Como Shalakany sugirió en su artículo "Arbitraje y el Tercer Mundo", se ha usado mucho el discurso que la inversión extranjera no será hecha a menos que ella sea sometida a cláusulas de arbitraje⁴³.

Existen otros ejemplos que ilustran como otras áreas de interés público pueden ser afectadas por el uso del arbitraje. En el 2002, los directivos de la corporación multinacional Noboa, un importante exportador de productos alimenticios a norteamérica y Europa estuvo envuelta en casos de violencia contra trabajadores que quisieron organizar un sindicato para proteger sus derechos. Los líderes del posible sindicato fueron golpeados y disparados por otros trabajadores de la misma corporación. El conflicto entre trabajadores y la corporación fue sometido a arbitraje supuestamente dividiendo lo que es transigible de lo que no lo es. Debido a la impunidad en los actos cometidos contra trabajadores a pesar del arbitraje, ellos pidieron la intervención de organizaciones de derechos humanos. La conocida organización no gubernamental Human Rights Watch envió una carta al presidente Lucio Gutierrez en Enero del 2003. En esta carta la organización pidió al presidente investigar y sancionar a los responsables de los actos de violencia para que no existan impunidad y reclamos internacionales⁴⁴. Corporaciones están acudiendo a una nueva práctica de abuso de arbitraje, en la cual someten conflictos en los cuales no solo se reclaman derecho transigibles sino también se encuentran mezclados en el conflicto delitos penales dándoles aspectos económicos a los mismos. En caso que en un conflicto se encuentren elementos de temas transigibles y de interés público este no se debería someter a arbitraje.

⁴³ Amr A. Shalakany, *Arbitration and the Third World: A Plea for assessing Bias Under the Specter of Neoliberalism*, Harvard International Law Journal, Volume 41, Number 2, Spring 2000.

⁴⁴ To see the letter written by the Executive Director of Human Rights Watch for the violation of rights by the Corporation Noboa, please see: http://www.hrw.org/spanish/cartas/2003/ecuador_gutierrez.html

AED

Asociación Escuela
Derecho

[Faint, illegible text covering the majority of the page, likely bleed-through from the reverse side.]

Directorio
ASOCIACION ESCUELA DE
DERECHO 2004

Carlos Coronel Endara
Presidente

Nelson Sánchez Figueroa
Vicepresidente

Fred Larreátegui Fabara
Daniela Dávalos Murriagui
Representantes
Consejo de la Facultad

Santiago Padrón Lafebre
Ricardo Freire Granja
Ma. del Cisne Ojeda Ribadeneira
Sebastián Sevilla Rienzzi
José Julio Boada Suraty
Vocales del Directorio

Rodrigo Aguayo Zambrano
Secretario

Daniela Miño Brito
Diana Terán
Prosecretarias

Ma. Susana Rodríguez
Tesorera

La Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador es la máxima organización de representación estudiantil que agrupa a todos los alumnos de la Facultad de Jurisprudencia.

Fundada el 25 de junio de 1948 cuenta con 56 años de intensa y fructífera labor.

Sus logros más destacados se han enfocado en realizar gestiones de apoyo y contribución para con todos sus miembros y especialmente para con la sociedad ecuatoriana.

El libro jurídico Ruptura número 47 a lo largo de sus dos tomos enfoca temas de actualidad nacional reflejados en el aporte de juristas destacados.

Esta publicación ha sido posible gracias al auspicio de:



COALICION NACIONAL
POR LA JUSTICIA

PÉREZ BUSTAMANTE & PONCE
ABOGADOS

PRODUBANCO

Libro Anual de la
Asociación Escuela de Derecho
Pontificia Universidad
Católica del Ecuador
2004

2



RUPTURA II



LIBRO RUPTURA, año 2004

Tomo II

Número 47

Asociación Escuela de Derecho

56 años

CONSEJO EDITORIAL

Andrés Ycaza P.

Fred Larreátegui F.

Carlos Coronel E.

Daniela Dávalos M.

Juan Esteban Dousdebes T.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Decano

Dr. Santiago Guarderas I.

Subdecana

Dra. Pilar Sacoto

REPRESENTANTES AL CONSEJO

DE FACULTAD

Dr. Hernán Salgado P.

Dr. Julio César Trujillo V.

Secretario

Dr. Pedro Leiva G.

Libro Anual de la
Asociación Escuela de Derecho
Pontificia Universidad
Católica del Ecuador
2004

A E D

ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO



A E D
Asociación Escuela
de Derecho



RUPTURA II

LIBRO RUPTURA, año 2004,
Tomo I y II
Número 47
Asociación Escuela de Derecho,
56 años

EDICION TEXTOS TOMO I y II
Katerinne Orquera

ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO
Av. 12 de Octubre y Av. Patria
TORRE II, Octavo Piso,
Oficina 801
Quito - Ecuador
Telf. (593 2) 299 1700 Ext. 1386
www.derecho-puce.com

DISEÑO GRAFICO
BFACTORY FABRICA DE DISEÑO
Tel. 245 8557

**DIAGRAMACION, IMPRESION Y
FINALIZADO**
N&B INDUSTRIA GRAFICA
Telf. 254 8961

Los Criterios emitidos en esta obra son de
exclusiva responsabilidad de los autores



asociación escuela de derecho

P U C E



PROYECTOS DE FEUCE-Q BITACORA

- Condecoración a José Saramago, Premio Nobel de Literatura, con motivo de su presencia en Quito.
- Boletines Informativos Académicos de materias optativas.
- Fondo de Compensación a las Escuelas pequeñas.
- Fondo de Participación para apoyar a los estudiantes que representan a la Universidad.
- Camaratta con circulación a nivel nacional con suscriptores al Comercio.
- Semana Cívico Electoral con la presencia de los candidatos a la Alcaldía y Prefectura.
- Ciclo permanente de conferencias sobre el TLC.
- Proyecto social en las Peñas con Fe y Alegría.
- Apoyo a las publicaciones internas de las Facultades.
- Conferencia de James Petras profesor de la Universidad de New York, con la disertación juicio al pensamiento único.
- Ciclo de cine cubano con el apoyo de la Embajada.
- Concurso del Cuento Miniatura con el apoyo de la Embajada de México.
- Taller de Formación de Mediadores Profesionales.
- Campaña por la Evaluación Docente Responsable.



La Coalición Nacional por la Justicia es una iniciativa de ciudadanos y ciudadanas comprometidos a participar activamente en los procesos relacionados con la modernización y el fortalecimiento de la Administración de Justicia. Desde nuestros espacios de acción y con el afán de contribuir al fortalecimiento de la democracia en el Ecuador invitamos a la sociedad civil a unir esfuerzos en esta Coalición.

La Coalición por la Justicia es amplia y diversa en su conformación. Levantamos nuestra voz en busca de instituciones que fortalezcan el Estado de Derecho y la Democracia. Creemos en la necesidad de una justicia imparcial, transparente, eficiente y eficaz. Creemos en la necesidad de hacer efectivo el derecho de todos y todas a acceder a este tipo de justicia. Creemos que los operadores del sector justicia deben ser capaces de actuar con probidad, rigor ético y vocación de servicio.

En esta línea, la Coalición Nacional por la Justicia ha decidido apoyar esta publicación de la Asociación Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Quito, que se constituye en un espacio de intercambio, de debate, de producción académica alrededor de los temas de la justicia.

Les invitamos a visitar la página web de la Coalición Nacional y a sumarse a la serie de actividades que se realizan en todo el país:

www.coalicionjusticia.org

PRÓLOGO.-

Como tradición de nuestra facultad, cada año la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador publica el libro jurídico "Ruptura", cuya finalidad fundamental es aportar a la sociedad con la exposición de temas jurídicos de diversa índole.

Para quienes hemos tenido el honor de ejercer el cargo de Consejo Editorial, ha sido una responsabilidad enorme, aquella de brindar, a través de la palabra, esta obra jurídica a nuestros compañeros estudiantes y a la comunidad.

Sustentados en estos ideales, emprendimos la ardua tarea de buscar autores renombrados y colaboradores entusiastas para que redacten el contenido de esta obra, abarcando temas interesantes, actuales y de trascendencia jurídica y política.

Es así como presentamos la edición No. 47 de "Ruptura", compuesta por dos tomos, los cuales contienen artículos de connotados juristas nacionales y estudiantes de nuestra facultad, respecto de temas variados e interesantes.

Partiendo de conceptos jurídicos elementales como persona y personería, hasta una explicación del funcionamiento del sistema jurídico del Common Law, el presente número ha buscado abarcar la mayor diversidad posible de temas y ha logrado concluir con éxito varios objetivos.

Se ha logrado una calidad investigadora de alto nivel, todos y cada uno de los artículos publicados en "Ruptura" provienen de un serio y exhaustivo trabajo científico, por lo que extendemos nuestra felicitación y agradecimiento a todos los autores, por su dedicación y cariño a sus creaciones.

Hemos buscado también a la creatividad. El Derecho es una ciencia social, y como tal, debe evolucionar constantemente; en razón de esto, muchos de los artículos contienen temas novedosos, precisamente porque creemos firmemente que el desarrollo del hombre, debe ir de la mano con el desarrollo jurídico.

En este sentido, hemos buscado como fin último promover la seguridad jurídica, bien que ha sido transgredido en los últimos meses, y ante lo cual debemos manifestar nuestra inconformidad y preocupación.

La tarea ha llegado a feliz término. Todos quienes de una u otra manera hemos colaborado con la presente publicación, sentimos haber puesto "ese granito de arena indispensable", sin el cual no se habría llegado a la meta, por lo que solamente nos queda expresar nuestra infinita gratitud para con todos aquellos amantes del pensamiento y del trabajo que se vieron involucrados en este proyecto.

Indice

LA PROTECCION A PERSONAS EN CONFLICTOS ARMADOS (ESTANDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y ADECUACION DEL SISTEMA JURIDICO ECUATORIANO). Dr. Ramiro Ávila Santamaría	7-17
INTEGRALIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS: LOS DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Dr. Alejandro Ponce Villacís	18-21
LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS Y LIBERTADES CONSAGRADOS EN LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA VIGENCIA DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO Ab. Alex Valle	22-41
DEFENSORÍA PÚBLICA NACIONAL EN MATERIA PENAL: LAS CONSECUENCIAS DE SU INEXISTENCIA EN EL DERECHO DE DEFENSA Rodrigo Aguayo Zambrano	42-47
PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y VEEDURÍAS CÍVICAS Rafael Cocios Núñez	48-52
CUALES SON LOS REQUISITOS QUE EL ESTADO DEBE CUMPLIR PARA QUE EL DERECHO DE CONSULTA SEA GARANTE DE OTROS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS María del Carmen Vivar Aguirre	53-60
EXIGIBILIDAD DE LOS COMPROMISOS ADQUIRIDOS POR EL ECUADOR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Salim Zaidán	61-72
LOS RETOS DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI Dr. Jaime Vintimilla Saldaña	73-79
LAS NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1998 Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Dr. Edgar Neira Orellana	80-122

Indice

LA TRIBUTACION DE LOS ENTES LOCALES Dr. José Vicente Troya Jaramillo	123 -139
LA LIBRE COMPETENCIA UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO DE LA COMPETENCIA Dr. Milton Castillo Maldonado	140 -148
LA NECESIDAD DE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL: ALTERNATIVAS PARA UNA POSIBLE SOLUCIÓN Ab. Esteban Ortiz Mena	149 -164
EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO COMO MECANISMO PARA ALCANZAR GOBERNABILIDAD Jorge Benavides Ordoñez	165 -169
¡PARA NO OLVIDAR! PARTICIPACION DE LOS ESTUDIANTES EN DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO	170 -197
INFORME DE ACTIVIDADES ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO 2004	198 -208
NOTA DE LOS AUTORES	209 -215

LA PROTECCION A PERSONAS EN CONFLICTOS ARMADOS (ESTANDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y ADECUACION DEL SISTEMA JURIDICO ECUATORIANO).

Dr. Ramiro Ávila Santamaria

Por protección de personas en aplicación del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), entenderemos al derecho de protección que en virtud de disposiciones de instrumentos del derecho internacional humanitario tienen las personas que no participan en el conflicto armado, como la población civil o los médicos, o que han dejado de participar en aquél, por haber sido heridos o por ser prisioneros de guerra.

Los derechos que tienen dichas personas se consideran el núcleo duro de la protección al ser humano en un conflicto armado. Son derechos intangibles que se aplican en todo lugar y en todo tiempo, y que tienen que ser respetados como mínimo con respecto a las personas protegidas, por parte de los Estados parte de un conflicto armado.³

1. Población civil.-

Un civil es según el DIH toda persona que no es combatiente⁴. Es decir toda persona que no es miembro de las fuerzas armadas, milicias y cuerpos de voluntarios de una Parte en conflicto, ni tampoco es miembro de movimientos de resistencia ni de fuerzas regulares que siguen las instrucciones de una autoridad no reconocida por la Potencia Ocupante, ni ha tomado las armas espontáneamente para combatir.

La población civil goza de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Esto es, se prohíbe que sea objeto de ataque, de amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizarla, de ataques indiscriminados⁵, de represalias, y de uso como escudo humano. Esta prohibición tiene una connotación adicional ya que "(...) implica también que no es conforme al derecho internacional humanitario que una de las partes involucre en el conflicto armado a esta población, puesto que de esa manera la convierte en actor del mismo, con lo cual la estaría exponiendo a los ataques militares por la otra parte."⁶ Con el mismo afán de protección y salvo que lo exija la seguridad de las personas civiles, se prohíbe ordenar el desplazamiento de la población civil fuera de sus habituales lugares de residencia.⁷

³Este ensayo forma parte de un estudio de adecuación del sistema jurídico ecuatoriano al Derecho Internacional Humanitario para el Comité Internacional de la Cruz Roja. Se agradece la revisión y edición del profesor de Derecho Internacional José Valencia Amores.

⁴Profesor de Derecho Humanitario en la PUCE, profesor del Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Director de la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE.

⁵Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-225 de 1995. Revisión constitucional del Protocolo II de 1997 de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, párrafo 10: "las normas del derecho internacional humanitario preservan aquél núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado."

⁶Protocolo I de 1977, Art. 50, Art. 51; Convenio III de 1949, Art. 4 (a) (1) (2) (3) y (6); y Protocolo I de 1977, Art. 43.

⁷Protocolo I, Art. 51 (4) y (5): Son ataques indiscriminados aquellos no dirigidos contra objetivo militar, los que no pueden dirigirse a un objetivo militar concreto, aquellos cuyos efectos no pueden limitarse los bombardeos, los ataques que causen muertos y heridos y que sean excesivos en relación con la ventaja militar.

⁸Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-225 de 1995. Revisión constitucional del Protocolo II de 1997 de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Magistrado ponente Alejandro Martínez. Sentencia de 18 de mayo de 1995, párrafo 30.

⁹Convenio IV de 1949, Art. 42.



De manera concomitante a las prohibiciones de atacar contra la población civil de los modos citados, el DIH dispone que los países en conflicto tomen medidas de precaución para evitar en la medida de lo posible que los civiles se vean afectados por las operaciones militares.⁸

La legislación militar no tiene normas específicas sobre la protección a los civiles en conflictos armados. A penas podemos encontrar protección a personas vulnerables⁹ e indirectamente a la población civil que habita en ciudades o localidades no defendidas¹⁰. No existen normas que garanticen protección general a la población civil ni a personas civiles.

2. Mujeres.-

Las mujeres merecen un respeto especial según el DIH y por esta razón están protegidas contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado contra el pudor¹¹.

Cuando están embarazadas o con niños-as de corta edad a su cargo y son arrestadas, detenidas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado, deben ser atendidas en sus necesidades personales con prioridad absoluta. A estas personas se evitará la imposición de la pena de muerte y, si se la impusiera, no se ejecutará la sentencia.

El Estatuto de Roma reconoce la vulnerabilidad a la que está expuesta la mujer en conflictos armados y regula sobre protecciones especiales a la mujer. En el preámbulo establece el hecho de que las mujeres, al igual que los niños y niñas, "han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad"¹². La condición de mujer abordada por el Estatuto en la definición de varios tipos penales, como la esclavitud, el embarazo forzado, en la especialidad que deben tener los magistrados en temas de mujer y niños / as.¹³

En el Ecuador la Constitución reconoce expresamente el derecho que tienen las mujeres embarazadas a recibir atención prioritaria, preferente y especializada. De igual modo, el derecho de atención especial a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos.¹⁴

En el Código Penal Militar se tipifica como infracción contra el derecho internacional y se imponen penas de reclusión menor extraordinaria a "los que

⁸Protocolo I, Art. 57 y Art. 58.

⁹Código Penal Militar, Art. 98 (2).

¹⁰Código Penal Militar, Art. 98 (20).

¹¹Protocolo I de 1977, Art. 76.

¹²Estatuto de Roma, Preámbulo, párrafo segundo.

¹³Estatuto de la Corte Penal Internacional, Art. 7 (2) (c) y (f), y Art. 36 (8) (b).

¹⁴Constitución Política del Ecuador Política del Ecuador, Art. 47.

atentaren o mandaren atentar gravemente contra los rendidos, mujeres, ancianos y niños de las plazas, puertos o lugares vencidos o rendidos o que hubieren capitulado, o entregaren dichas plazas, puertos o lugares de saqueo, pillaje u otros actos de crueldad; o atentaren gravemente contra el honor, la vida, la propiedad las creencias y el libre ejercicio del culto religioso de sus habitantes"¹⁵

3. Niños y niñas.-

Los niños y niñas serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier atentado al pudor de acuerdo con el DIH¹⁶. Las Partes en conflicto les deben proporcionar los cuidados que necesiten en virtud de su edad o por cualquier otra razón.

Las partes de un conflicto deben tomar todas las medidas posibles para no reclutar a menores de quince años y para que los niños y niñas no participen directamente en las hostilidades. La edad de quince años es en todo caso un tope mínimo, puesto que se pide que los estados alisten a las personas mayores de edad. Si caen en poder de la Parte adversa, gozarán de protección especial, aún cuando no sean prisioneros de guerra¹⁷.

Si niños o niñas fueren arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas al conflicto armado, el DIH dispone que aquellos sean mantenidos en lugares distintos a los adultos, salvo que se alojen en unidades familiares.¹⁸

Finalmente se establece que no se ejecutará la pena de muerte a personas menores de dieciocho años al momento de cometer la infracción.¹⁹

Además, existe en el DIH una norma especial sobre la evacuación de los niños y niñas²⁰. El DIH establece que no se les evacuará a un país extranjero salvo que sea de imperiosa necesidad. Si fuera posible encontrar a quienes tengan la tutela de los niños y niñas, se les pedirá autorización para el traslado. La evacuación debe ser controlada por las fuerzas armadas de la parte del conflicto que la ordene. La educación debe proseguir impartándose con la mayor continuidad posible en el lugar donde hayan sido evacuados. Por último, se pide a las partes en un conflicto que hayan evacuado niños y niñas que procuren tomar medidas para garantizar su retorno efectivo, tales como levantar fichas de identificación.

La Convención de los Derechos del Niño reitera el compromiso de los Estados Parte para respetar y velar las normas del DIH²¹. Junto con el Protocolo Facultativo de 2000

¹⁵ Código Penal Militar, Art. 98 (2).

¹⁶ Protocolo I de 1977, Art. 77.

¹⁷ Protocolo I de 1977, Art. 77 (4).

¹⁸ Protocolo I de 1977, Art. 77 (4).

¹⁹ Protocolo I de 1977, Art. 77 (5).

²⁰ Protocolo I de 1977, Art. 78.

²¹ Convención de los Derechos del Niño, Art. 38.

constituyen un punto de confluencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el DIH. Establece una edad mínima, quince años, para participar directamente en las hostilidades. Determina la obligación de no reclutar a menores de quince años y obliga a que se tomen todas las medidas posibles de protección y cuidado a los niños y niñas víctimas de conflictos armados.

En mayo del 2000, la Asamblea General aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados. En este Protocolo, el estándar es mayor: los Estados se comprometen a que no participen ni se reclute a menores de 18 años. Además se establece el compromiso para cooperar en la prevención y rehabilitación de personas que han sido víctimas de conflictos armados.²²

La Constitución vigente reconoce, por primera vez en la historia del Ecuador, la ciudadanía de los niños, niñas y adolescentes -entendida como la capacidad de ejercer sus derechos humanos-, y determina que tienen los mismos derechos que los adultos más los específicos de su edad.²³ Entre estos últimos, derecho a recibir atención prioritaria, preferente y especializada; principio del interés superior del niño y prevalencia sobre otros derechos; principio de corresponsabilidad; prevención y atención contra la violencia; atención prioritaria en conflictos armados.²⁴

La Constitución reconoce un régimen jurídico aplicable a niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley, tanto en cuanto al juzgamiento como a los lugares de privación de libertad, diferente al de los adultos. Se hace una referencia expresa a que si son juzgados gozarán de todas las garantías constitucionales; y para el efecto expresamente se señala la aplicabilidad del Código de la Niñez y Adolescencia.²⁵

El Código de la Niñez y Adolescencia reconoce el derecho a la protección especial en casos de conflictos armados internos o internacionales.

"Esta protección se expresará, entre otras medidas, en la provisión prioritaria de medios de evacuación de las zonas afectadas, alojamiento, alimentación, atención médica y medicinas.

El Estado garantizará el respeto irrestricto de las normas del derecho internacional humanitario a favor de los niños, niñas y adolescentes a los que se refiere este artículo; y asegurará los recursos, medios y mecanismos para que se reintegren a la vida social con plenitud de sus derechos y deberes.

Se prohíbe reclutar o permitir la participación directa de niños, niñas y adolescentes en hostilidades armadas internas e internacionales."²⁶

²²Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, Art. 1, Art. 2 y Art. 7 (Resolución A/RES/54/263).²³ Constitución Política del Ecuador Política del Ecuador, Art. 6 y Art. 49.

²⁴Constitución Política del Ecuador Política del Ecuador, Art. 47, Art. 48 y Art. 50 (5) y (6).

²⁵Constitución Política del Ecuador Política del Ecuador, Art. 51.

²⁶Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 57.

Para reforzar las protecciones que gozan los niños, niñas y adolescentes en Ecuador, el servicio militar, que tiene como objetivos el preparar a las personas para la defensa armada del país y proporcionar instrucción para afrontar los riesgos de la guerra, es obligatorio a partir de los dieciocho años.²⁷

En conclusión, en Ecuador está proscrito el reclutamiento de menores de 18 años y, en consecuencia, su participación directa en conflictos armados.

4. Periodistas²⁸.-

Los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado, serán considerados como personas civiles a efectos de las protecciones que provee el DIH. Por tanto, gozan de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, siempre que se abstengan de todo acto que afecte a su estatuto de no combatientes. El periodista debe ser acreditado por una agencia de prensa y contar con una tarjeta de identidad expedida por el gobierno del Estado del que sea nacional o en cuyo territorio resida.

Si es corresponsal de guerra, es decir un periodista que cubre las hostilidades desde el lado de uno de los combatientes, y es capturado, será considerado prisionero de guerra siempre que haya recibido autorización de las fuerzas armadas a la que acompañan y cuenten con respectiva tarjeta de identidad.²⁹

La normativa ecuatoriana carece de disposiciones que garanticen la protección a periodistas a la manera que lo establece el DIH.

5. Combatientes y prisioneros de guerra.-

Los combatientes (ver supra 4.2.2.1) son protegidos por disposiciones del DIH en el momento en que ya no constituyen un potencial militar; es decir, cuando han dejado de combatir (ver infra 4.4.4).

El Convenio III protege a los prisioneros de guerra y establece las siguientes garantías (directas y enmarcadas en prohibiciones) a las que tienen derecho³⁰:

- a. A recibir un trato humano en toda circunstancia.
- b. Se prohíbe darles muerte o poner en grave peligro su salud.
- c. Se prohíbe someterles a mutilaciones físicas o experimentos médicos o científicos.
- d. Se prohíbe afectarles con actos de violencia, intimidación, insultos y hacerles sujetos de la curiosidad pública.
- e. Se prohíbe tomar en su contra medidas de represalia.

²⁷Ley de servicio militar obligatorio de las Fuerzas Armadas, Art. 4 (a) y (b) y Art. 5. Constitución Política del Ecuador Política del Ecuador, Art. 188.

²⁸Protocolo I de 1977, Art. 79.

²⁹Convenio III de 1949, Art. 4 (a) (4).

³⁰Convenio III de 1949, Art. 12 al 16.

- f. Se les debe respeto a su persona y honor.
- g. Se establece un trato favorable a la mujer prisionera de guerra.
- h. Conservan la plena capacidad civil.
- i. Deben recibir manutención gratuita y la asistencia médica que su estado de salud requiera.
- j. Recibirán igualdad de trato y no discriminación.
- k. Se les debe respetar su incoercibilidad (la no obligación de declarar).
- l. La conservación de su identidad.
- m. Prohibición de tortura.
- n. El derecho a ser interrogados en su propio idioma.
- o. A conservar la propiedad de sus bienes personales.
- p. A no ser obligado a participar en acciones hostiles en contra de su propio país.

El Código Penal Militar del Ecuador determina que serán responsables de atentar contra el derecho internacional (no indica en concreto el DIH o el DPI) quienes "no alimentaren a los prisioneros de guerra o les obligaren a combatir contra su Patria o sus banderas". Además establece, como circunstancia agravante (no como un tipo penal independiente), el "ofender a los prisioneros de guerra, en sus personas, familias, bienes o servidumbre."³¹ Como se puede apreciar, de las garantías de los prisioneros indicadas en la enumeración del párrafo precedente, solamente dos –y expuestas de modo incompleto– estarían contempladas en la ley ecuatoriana. El vacío legal es evidente. A pesar de que este tema es uno de los más significativos en el DIH (hay un convenio de Ginebra dedicado a la cuestión y en otros importantes instrumentos se consignan específicas secciones sobre la materia), las mínimas disposiciones de la ley nacional subrayan la urgencia de su actualización legislativa para que guarden armonía con los instrumentos del DIH que el Ecuador ha suscrito y ratificado.

6. Personal sanitario y religioso, y personal en misión médica³².

El DIH establece que el personal sanitario y religioso será respetado y protegido durante un conflicto armado en todas las circunstancias. No podrán ser retenidos como prisioneros de guerra o bajo cualquier otra figura legal si caen en manos de la Parte adversaria, salvo que lo demanden la situación sanitaria o personas que requieran la atención de necesidades espirituales, o que lo exija el número de prisioneros de guerra. Aunque los miembros del personal sanitario y religioso no sean considerados prisioneros de guerra, se beneficiarán de todas las disposiciones del DIH que les sean favorables³³. Las autoridades de la Parte adversaria no les pueden obligar a realizar tareas que sean compatibles con su misión humanitaria, ni sancionar al personal sanitario que ejerza su actividad médica conforme con la deontología.

³¹ Código Penal Militar, Art. 27 (7).

³² Convenio I de 1949, Art. 24 al Art. 32, Art. 40 y Art. 41; Convenio II de 1949, Art. 36, Art. 37 y Art. 42; Convenio III de 1949, Art. 33; Convenio IV de 1949, Art. 20; Protocolo I de 1977, Art. 15, Art. 16 y Art. 18; Protocolo II de 1977, Art. 10 y Art. 12.

³³ Realizar visitas periódicas, medios de transporte, acceso directo a las autoridades competentes del campamento, a realizar exclusivamente su misión médica o espiritual.

El DIH considera como personal sanitario al destinado exclusivamente a la búsqueda, recogida, transporte o a la asistencia de los heridos y de los enfermos o a la prevención de enfermedades. También se considera dentro de este rubro al personal exclusivamente destinado a la administración de las unidades y de los establecimientos sanitarios. Como personal religioso se cataloga a los capellanes agregados a las fuerzas armadas.

También se incluyen dentro del personal sanitario y gozan de protección los militares especialmente formados para prestar servicios como enfermeros o camilleros auxiliares, y que participan en la búsqueda o en la recogida, en el transporte o en la asistencia de los heridos y de los enfermos.

Finalmente, el personal de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja, debidamente reconocidas y autorizadas por el gobierno, se cuenta en la categoría de personal sanitario para efectos de las garantías y disposiciones complementarias del DIH.

El personal sanitario y religioso debe tener una identificación y un signo distintivo.

En la legislación militar ecuatoriana se prevé sanciones en el Código Penal Militar a los responsables de incendiar, destruir o atacar hospitales, casas de refugiados o donde se curan enfermos o heridos, cometer atentados graves contra miembro de la Cruz Roja, personal de ambulancia, sanidad y religioso³⁴.

En cuanto a guerras navales, se prevé sanciones a los que incendiaren, destruyeren o atacare, u ordenares tales hechos, buques hospitales o atentar contra heridos o enfermos de naves o que no procuren salvar a los náufragos³⁵.

En conclusión, en el sistema jurídico ecuatoriano existen referencias generales y de carácter penal, que no abordan todas las exigencias del DIH.

7. Heridos, enfermos y náufragos.

Los Convenios de Ginebra I y II establecen la obligación de respetar y proteger en todas las circunstancias a las personas heridas o enfermas³⁶, a tratarlas y asistirles con humanidad sin discriminación alguna. Se prohíbe atentar contra su vida, someterlos a torturas, efectuar experimentación biológica, dejarlos sin atención médica o exponerlos a riesgos de contagio o infección.

³⁴ Código Penal Militar, Art. 98 (1).

³⁵ Código Penal Militar, Art. 98 (15).

³⁶ Convenio I de 1949, Art. 12, que protege a miembros de las fuerzas armadas heridos o enfermos; Convenio II de 1949, Art. 12, protege a miembros de las Fuerzas armadas heridos, enfermos que se encuentran en el mar o náufragos.



Las unidades y establecimientos sanitarios están protegidos para asistir a heridos y enfermos, que deberán ser tratados con humanidad si están en poder del adversario y deberán ser considerados como prisioneros de guerra o enviados a su país³⁷.

El Art. 3 común a los cuatro convenios de Ginebra, que se aplica en conflictos armados no internacionales, determina las siguientes garantías aplicables con respecto a heridos, enfermos y náufragos:

- a. Trato humano para los que están fuera de combate.
- b. Trato no discriminatorio por raza, color, religión o creencia, sexo, nacimiento, fortuna u otro criterio análogo.
- c. Vida e integridad física.
- d. Asistencia humanitaria para heridos y enfermos.

El Protocolo II establece una protección general a todos los heridos, enfermos y náufragos, hayan tomado o no parte en el conflicto armado: deben ser respetados, tratados humanamente y deben recibir, en el plazo más breve, los cuidados médicos sin distinción³⁸.

También existen normas específicas de protección. Cuando las circunstancias lo permitan después del combate, se debe buscar y recoger a los heridos, enfermos y náufragos para protegerlos del pillaje, evitar los malos tratos y asegurar la asistencia necesaria³⁹.

El Código Penal Militar sanciona a quienes “desnudaren o ultrajaren o mandaren desnudar o ultrajar a los heridos, enfermos, o les negaren asistencia y curación⁴⁰”, con penas de reclusión menor extraordinaria. En relación a los heridos o enfermos de las naves o aeronaves de guerra capturados y no se procure salvar a los náufragos, el Código sanciona con penas de reclusión mayor extraordinaria⁴¹.

8. Personas desaparecidas.

Se entiende por persona desaparecida en el contexto del DIH a “aquella cuya familia está sin noticias de ella o aquella cuya desaparición ha sido comunicada por fuentes fiables y se ha producido a causa de un conflicto armado, internacional o interno, o de violencia interna, disturbios, o cualquier situación que pueda requerir la intervención de una institución neutral o independiente.”⁴²

³⁷Convenio I de 1949, Art. 19 y Art. 20, Art. 16 y Convenio II de 1949, Art. 17.

³⁸Protocolo II de 1977, Art. 7 (1) y (2).

³⁹Protocolo II de 1977, Art. 8.

⁴⁰Código Penal Militar, Art. 98 (5).

⁴¹Código Penal Militar, Art. 98 (15).

⁴²CICR, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario: Las personas dadas por desaparecidas y sus familias, (2003).

El DIH trata de prevenir la desaparición de personas y contiene varias normas que obligan a los Estados Parte a tomar ciertas medidas que, de ser cumplidas, evitarían tales desapariciones ocurran.

Ya que la provisión de información es un punto importante para evitar la pérdida de contacto entre los familiares y personas protegidas en un conflicto armado, los países tienen la obligación de constituir una oficina oficial de información (ver la sección 5.1.3 *infra*). Esta oficina tiene la obligación de remitir a la "agencia central de información" (conformada por potencias neutrales o por el CICR), lo más rápido posible, información sobre la identidad de los prisioneros de guerra y de personas protegidas, así como información relativa a traslado, liberaciones, repatriaciones, evasiones, hospitalizaciones y fallecimientos. De igual modo, deber responder a requerimientos de información y remitir los bienes de las personas que tengan en su poder.⁴³

Si se ha reportado personas que están desaparecidas, tan pronto como las circunstancias lo permitan, las partes en conflicto tienen el deber de buscar a las personas que la parte adversa haya señalado en esa situación. De igual modo, deben facilitar la búsqueda material de desaparecidos, en su territorio y a través de investigaciones de sus registros administrativos. Finalmente, las partes tienen la responsabilidad de buscar, identificar y recuperar los restos de quienes hayan muerto en los campos de batalla localizados en sus respectivos territorios.⁴⁴

El CICR sugiere, como medidas de prevención a adoptar para reducir los riesgos de desaparición: (a) garantizar la cadena de mando capaz de supervisar eficazmente a los inferiores, (b) facilitar documentos y placas de identidad, (c) contar con registros, (d) adoptar medidas legislativas y administrativas adecuadas, (e) asegurar la distribución de noticias, y (f) velar por la seguridad e integridad física de las personas que estén bajo su poder.

La Constitución Política del Ecuador, en referencia a las personas que han sido desaparecidas forzadas, reconoce que las acciones y penas por este hecho serán imprescriptibles, no serán susceptibles de indulto o amnistía y la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad.⁴⁵ El grave problema sobre este hecho es que el Ecuador no ha tipificado la desaparición forzada como delito en el Código Penal.

En general podríamos afirmar, de lo que conocemos, que la legislación ecuatoriana no cuenta con disposiciones sobre personas desaparecidas en conflictos armados, en consonancia con las normas del DIH que hemos referido en esta sección.

⁴³Convenio III de 1949, Art. 122; y Convenio IV de 1949, Art. 136-139.

⁴⁴Protocolo I de 1977, Art. 33 y Art. 33. Sobre el deber de búsqueda, Protocolo II de 1977, Art. 8.

⁴⁵Constitución Política del Ecuador Política del Ecuador, Art. 23 (2).

La legislación militar ecuatoriana frente a la protección a personas en aplicación al DIH.

En las leyes militares no existen normas que establezcan con precisión las obligaciones humanitarias de las fuerzas armadas en tiempo de guerra –salvo algunas disposiciones penales que tienen un efecto más bien represivo que preventivo. El énfasis normativo está en las obligaciones patrióticas y heroicas frente al enemigo, pero no en el lado humanitario que sin embargo se debe atender en todo conflicto: no sólo por consideraciones éticas, sino también por las obligaciones legales que tiene el Ecuador y, de manera concomitante, por la conveniencia de un trato equitativo para los ecuatorianos por parte de un adversario, en medio de un conflicto armado –aunque las obligaciones humanitarias no se basen en la reciprocidad, ésta en la práctica se verifica: el respeto de la ley humanitaria por parte de un contendiente generalmente compele al adversario a igualmente respetarla⁴⁶.

Conviene resaltar tres normas que recogen el espíritu de la formación y de la normativa militar, sobre los deberes de los militares en tiempos de paz, en tiempos de guerra y en combate:

- Deberes del militar en tiempos de paz:

“En tiempo de paz es deber del militar cultivar la mente mediante estudio y la lectura, desarrollar las fuerzas físicas y espirituales con oportunos ejercicios y hábitos de sobriedad y temperancia.”⁴⁷

- Deberes del militar en tiempos de guerra:

“En tiempo de guerra, deben sobresalir, con todo su vigor, las virtudes que distinguen al verdadero militar. Así mismo, es deber de todo militar, forzar no solamente el alma sino también el cuerpo hasta el extremo de poder soportar, con invencible constancia: hambre, sed, intemperie y fatigas, no teniendo otra idea que el fiel cumplimiento del deber.”⁴⁸

- Deberes en el combate:

“En el combate jamás debe retroceder de su puesto, salvo que se le ordene; ejecutará prontamente las órdenes, animando con su ejemplo a sus compañeros y a los subalternos, mostrándose primero donde el peligro es mayor; afrontará intrépidamente todo peligro haciendo conciencia en los demás, de que entre las acciones bellas y gloriosas que pueden honrar a la naturaleza humana, ninguna igual a la de morir por la Patria.”⁴⁹

Si a estas normas se las presentara no sólo a partir de una determinada visión de las virtudes militares sino también del DIH, se tendría un enfoque más amplio de las obligaciones de los miembros de las fuerzas armadas. Pero en un conflicto armado siempre hay tensión entre la necesidad militar y el trato humano, y no está libre de normas internacionales que lo regulen (usos de armas y medios bélicos, conducta en combate, trato a los no combatientes)

⁴⁶Sassoli y Bouvier. Op. Cit., p. 95

⁴⁷Reglamento de Disciplina Militar, Art. 130.

⁴⁸Reglamento de Disciplina Militar, Art. 131.

⁴⁹Reglamento de Disciplina Militar, Art. 132.

El DIH "es la rama del derecho internacional que limita el uso de la violencia en conflictos armados"⁵⁰ y en tanto el Ecuador es estado suscriptor y ha ratificado los instrumentos internacionales humanitarios, tiene la obligación de respetarlos en debida forma. Al respecto, es apropiado recordar el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia que señala que "el principio de humanidad complementa y limita inherentemente la doctrina de la necesidad militar. Este principio prohíbe infligir sufrimiento, lesión o destrucción que no sean actualmente necesarios, es decir proporcionados, para la realización de propósitos militares legítimos. Más aún, el principio de humanidad también confirma la inmunidad fundamental de las personas civiles a ser objeto de ataques en todo conflicto armado (...)"⁵¹

En el Reglamento de Disciplina Militar no aparece esta básica referencia humanitaria y legal. En el Reglamento sólo prima una visión centrada en lo bélico.

No obstante lo antes indicado, existe coincidencia entre las normas y principios constitucionales del Ecuador y el principio de humanidad que sustenta buena parte del DIH⁵². Dentro de este espíritu, el Libro Blanco de las Fuerzas Armadas trata a la seguridad del país tomando en cuenta diversas perspectivas y elementos (no sólo el bélico) y en ese sentido enuncia, sin detallar, que el respeto al Derecho Internacional y el fiel cumplimiento a la Constitución y los tratados, forman parte de la tradición de las Fuerzas Armadas ecuatorianas.⁵³

Las citadas referencias, aunque importantes y de principio, no son suficientes si se quiere una aplicación práctica y efectiva de las reglas humanitarias en tiempos de guerra. Esta consideración nos lleva a sostener la necesidad de actualizar el sistema normativo militar ecuatoriano que contiene las normas de conducta de los miembros de las Fuerzas Armadas en tiempo de guerra, y adecuarlo no sólo porque el país está obligado a hacerlo en virtud del DIH (por los Convenios ratificados por el Ecuador y porque son normas de *ius cogens*), sino también porque dicho enfoque humanitario se conjuga con los derechos y garantías que contiene a la Constitución ecuatoriana y con la concepción del Ecuador como un estado social de derecho, que la Ley Fundamental proclama en su primer artículo.

⁵⁰Sassoli y Bouvier, Op. Cit., p.67-70

⁵¹Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, Capítulo IV, "Violencia y la violación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario, febrero de 1999, párrafo 38.

⁵²Constitución Política del Ecuador Política del Ecuador, Título III, de los Derechos, Garantías y Deberes.

⁵³<http://www.libroblancoecuador.org/comprominternac.pdf>, p.247



INTEGRALIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS: LOS DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Dr. Alejandro Ponce Villacís

Se ha pretendido, sin mayor sentido, pues no va más allá de lo pedagógico, dividir a los derechos humanos en tres generaciones. La primera, considerados como los civiles y políticos, la segunda, los económicos sociales y culturales, y finalmente la tercera, los derechos colectivos (entendidos como tales, entre otros, el derecho a la paz, al medio ambiente, al desarrollo y el de las futuras generaciones). Como quedará demostrado, luego de la presente exposición, todos ellos constituyen una unidad y, por ende, son indivisibles. No debo dejar de mencionar que, según se ha buscado explicar, la división surge de la naturaleza o el origen de los mismos, pues según se dice, los de primera generación, nacen como consecuencia de la libertad, los de segunda, como resultado de la igualdad y los de tercera, como una cuestión de solidaridad. Con esta última aseveración se ha pretendido encontrar la raíz de los derechos humanos en la revolución francesa.

Si bien ciertos principios y derechos del individuo encuentran sus orígenes en la Declaración Francesa de los derechos del Hombre, o en el "Bill of Rights" que constituyen las diez primeras enmiendas a la Constitución Norteamericana. Estas normas, si bien son precursoras, no constituyen en estricto rigor normas de derechos humanos, por constituir fundamentalmente normas de derecho interno. No es sino a partir de 1945 que muchas de dichas normas fueron internacionalizadas y "codificadas" dentro del Derecho Internacional. Como lo explica el profesor Burgenthal, "no es que anteriormente a 1945 no existieran normas internacionales de Derechos Humanos, pero lo que no existía antes de 1945 era un cuerpo normativo dirigido a la protección del ser humano"

La protección del ser humano debe ser entendida en su globalidad, es decir, en su condición de individuo, de miembro del grupo social y como parte integrante e inseparable del grupo que le da la característica de "humano". En consecuencia, la protección debe dirigirse a ello. Si se pretendiere dejar de proteger a esta globalidad, la protección sería ineficiente y se encontraría lejos de cumplir su objetivo. Por ejemplo, nada se lograría si se adujera que únicamente el derecho a la vida es objeto de protección y no el derecho a la salud y al medio ambiente libre de contaminación. Sin un medio ambiente libre de contaminación, la salud no es protegida, sin salud el derecho a la vida es vulnerado. Cualquier afirmación en este sentido siempre será falaz.

En materia de derechos humanos existe una íntima vinculación entre los derechos. Por ello, deben ser siempre considerados en su globalidad. Es así

¹ Thomas Burgenthal, Public International Law in a Nut Shell, West Publishing Co., St. Paul Minn., 19902 Suscrito y ratificado por el Ecuador. Sin embargo aún no entra en vigencia, pues ésta se encuentra condicionada a la ratificación o adhesión de once Estados.

que el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" reconoce "la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".

Se reconocen como derechos económicos sociales y culturales, entre otros, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la alimentación, el derecho a la educación, el derecho a la sindicalización, el derecho al beneficio de la cultura y el derecho a la constitución y protección de la familia.

Pese a que los derechos fundamentales son en esencia indivisibles y plenamente exigibles, se ha reconocido la existencia de ciertos derechos cuya exigibilidad es relativa, no en cuanto al derecho como tal, sino al alcance del mismo, puesto que éstos son exigibles de conformidad con la capacidad del Estado para protegerlos en un mayor o menor grado. En efecto, los denominados derechos económicos, sociales y culturales son de aplicación progresiva, conforme lo dispone la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone en el Art. 26:

" Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

Por otra parte la Convención sobre los Derechos del Niño contiene una norma semejante al disponer en su Art. 4:

" ...En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes Adoptaran esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional"

Resulta evidente que existe una semejanza entre la norma de la Convención Americana y aquella de la Convención sobre Derechos del Niño, sin embargo, en el caso de la segunda, si bien acepta cierta relatividad con respecto a la exigibilidad de estos derechos, también impone una obligación superior del Estado, pues dispone que el Estado se halla obligado a respetarlos hasta el máximo de sus recursos. La primera simplemente señala que se lo hará en medida de los recursos. Esta nueva obligación internacional del Estado

implica que el Estado debe conceder la primera prioridad, en cuanto a sus recursos, a la eficaz y más amplia protección de los derechos económicos, sociales y culturales del niño.

Si bien la mencionada norma no impone la obligación de perfección al Estado, se acerca mucho a ella. En efecto, se presume que el Estado dedica el máximo de sus recursos para la protección de estos derechos, por ello, si bajo cualquier circunstancia el Estado descuida de cualquier manera la protección de estos derechos y se prueba que existen recursos que, pudiendo ser destinados a la protección de los derechos Económicos, Sociales y Culturales del niño, están siendo utilizados para otros fines el Estado se hallaría bajo el presupuesto de haber incumplido con esta obligación fundamental. En este ámbito debe tomarse en cuenta, la norma constitucional que impone como máxima prioridad del Estado la promoción del desarrollo integral de los niños y adolescentes.

El Estado no puede justificar, en virtud de la obligación internacional adquirida a través de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Art. 48 de la Constitución, que carece de recursos para cumplir con tales obligaciones, si por ejemplo destina un porcentaje de su presupuesto a la seguridad nacional y tal porcentaje es muy superior al destinado a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, mientras los niños no vean que sus derechos se encuentran adecuadamente protegidos. Es así por ejemplo, que si el Estado resuelve adquirir armamento sofisticado o aviones de combate, y al mismo tiempo los hospitales destinados a la protección de la salud de los niños no cuentan con las medicinas y personal suficiente para atender a los niños, el Estado estaría frente a un caso de violación de su obligación de "adoptar medidas hasta el máximo de los recursos".

Es evidente que no todos los derechos económicos, sociales y culturales están sujetos a esta progresividad o a su relativización de exigibilidad progresiva. En efecto, los únicos que pueden estar limitados de esta manera son aquellos que dependen directamente de la disponibilidad de recursos estatales y únicamente en cuanto no afecten el pleno y eficaz ejercicio de otros derechos, en especial de los derechos civiles y políticos. Por ello, ciertos derechos como el de sindicalización y el de huelga son plenamente exigibles ya que no están sujetos a la existencia o disponibilidad de recursos estatales.

Doctrinalmente se ha reconocido que los derechos económicos, sociales y culturales que se encuentran sometidos al régimen de progresividad son los derechos a la salud, a la seguridad social, al trabajo y a la educación. En efecto la garantía y protección de estos derechos pueden estar condicionados a la disponibilidad de recursos estatales, sin embargo de ninguna manera pueden suspenderse de manera total. Así el Estado puede otorgar, por ejemplo, únicamente educación primaria gratuita; o proporcionar los servicios gratuitos de salud a aquellos casos en que el paciente no puede pagar su tratamiento médico.

La progresividad de los derechos debe ser entendida no solo en cuanto a la capacidad de los Estados para disponer de recursos y medidas para hacer

efectivos en un mayor o menor grado los derechos económicos, sociales y culturales, sino también en el sentido de que una vez adoptada una medida o dispuesto de un recurso que ha otorgado y permitido un mejor protección de estos derechos, el Estado está en la obligación de continuar manteniendo tal estándar. Es así que se ha sostenido que al hablar de progresividad como una característica del sistema de protección a los derechos humanos, se alude "al fenómeno en virtud del cual el régimen de protección internacional a los derechos humanos tiende a expandir su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos, como en lo que toca a la eficacia y al vigor de los procedimientos en virtud de los cuales órganos de la comunidad internacional pueden afirmar y salvaguardar su vigencia frente a los Estados".

Por otra parte, la progresividad de los derechos, si bien es en general aplicable en cuanto a los derechos denominados de segunda generación, tiene especial importancia frente a los derechos civiles y políticos, en especial si se considera que al tratar el sistema internacional de protección a los derechos humanos "no estamos frente a un régimen más o menos predeterminado que consigue establecerse por etapas; se trata más bien de un proceso de creación de ámbitos, de contenidos, de normas y de procedimientos. No es solo una innovación que se instaura día a día, sino también un sistema que se auto renueva para ampliar progresiva y aceleradamente su normativa y su praxis, esto es, para acrecentar los medios destinados a perfeccionar el auxilio de la comunidad internacional a la dignidad humana".

Debemos partir del principio de que todos los derechos son fundamentales por lo que no debemos establecer ningún tipo de jerarquía entre ellos y mucho menos creer que unos son más importantes que otros. Es difícil pensar en tener una vida digna si no disfrutamos de todos los derechos. Violar cualquiera de ellos es atentar contra la dignidad humana, que se fundamenta en la igualdad y la libertad, tal como lo establece el Artículo 1 de la Declaración Universal cuando establece que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Si partimos de la definición de integralidad como "partes integrantes de un todo", queda claro que en el caso de los derechos humanos significa que estos son indivisibles e interdependientes. Tal y como lo afirma el Relator Especial de Naciones Unidas en su informe sobre la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1992: "todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales".

En síntesis, la integralidad la entendemos como lo plantea también el Relator Especial cuando afirma que "la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos y libertades fundamentales".

³ Pedro Nikken, Bases de la Progresividad en el Régimen Internacional de Protección de los Derechos Humanos. Derechos Humanos en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984, p. 22.

⁴ Id. p. 23.



LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS Y LIBERTADES CONSAGRADOS EN LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA VIGENCIA DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO

Ab. Alex Valle

Para comprender de manera objetiva las implicaciones que el Ecuador tendrá frente a la firma del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, es necesario entender los orígenes y evolución de un tratado comercial y de igual forma conocer cual ha sido el desarrollo de los Derechos Humanos y su rol histórico como protector de libertades y derechos elementales.

Tanto el aspecto comercial como el nacimiento de los Derechos Humanos se remontan a los principios mismos de la humanidad y de la escritura incluso, aunque expresados de manera muy elemental y sui generis, aparecen inmersos hasta con el aspecto religioso, mismo que se encargaba de regular ciertas conductas de sus seguidores.

Breve Descripción de la Evolución en Materia Comercial¹

El economista británico Adam Smith, fundador de la ciencia económica, decía en la Riqueza de las Naciones (1776) "que la propensión al trueque y al intercambio de una cosa por otra" es una característica intrínseca a la naturaleza humana y que el aumento de la actividad comercial es un elemento esencial en el proceso de modernización.

Uno de los primeros y mas destacados ejemplos de comercio en la antigüedad es el famoso recorrido de la ruta de la seda entre China y Roma Imperial, que surgió, alrededor del año 100 antes de Cristo, los seis mil kilómetros de ruta permitían intercambiar productos como seda, lana romana, metales preciosos y muchos otros bienes, incluso entre reinos intermedios como India y Arabia.

Varias fueron las etapas por las que tuvo que pasar el desarrollo comercial en las diferentes épocas históricas, mismas que partieron de un comercio informal, sin especialización, sin fronteras, ni regulaciones legales de tipo alguno. La primera conocida como Trato nacional, que no es otra cosa que la consecución de un trato nacional en el territorio de otra nación, logrado mediante la firma de un acuerdo comercial².

Tal era el avance comercial y su importancia, que las barreras fronterizas, en especial para los comerciantes, no exigían de visa o pasaporte alguno, y a mediados del siglo XIX, los acuerdos que legitimaban la existencia de este trato nacional estaban tan desarrollados que permitían plena jurisdicción sobre los derechos y propiedades de los comerciantes extranjeros.

¹ Tomado de la Enciclopedia Digital, Encarta 2005.

² "La consecución de un trato nacional en el territorio de otra nación, logrado mediante la firma de un acuerdo comercial, se reforzó durante el siglo XIII. Venecia (en aquella época una de las ciudades Estado más importante de la actual Italia, que comerciaba sobre todo con el Oriente Próximo), logró, mediante un acuerdo con el sultán de la ciudad de Alepo, que sus comerciantes tuvieran derecho a gestionar su barrio en dicha ciudad, y disfrutaran de una jurisdicción propia tanto en causas civiles como penales, algo así como un territorio soberano de los venecianos en Alepo". Enciclopedia Encarta Digital-2005.

El Proteccionismo aparece posterior a ésta época y debido a la amplia libertad comercial existente, en la cual se empezó a promulgar la teoría de reducción y eliminación de aranceles para extender la libertad de comercio, empezando por acuerdos bilaterales y multilaterales entre países de Europa, tomándose ya como novedad la cláusula de la nación más favorecida³.

Sin embargo, las presiones del imperialismo, con la consiguiente rivalidad económica y guerra arancelaria, pasó a ser la norma; Alemania volvió a establecer aranceles proteccionistas en 1879; España, que ya desde mediados del siglo XVII había sido proteccionista, reforzó esta tendencia aún más durante el siglo XIX, permaneciendo aislada del exterior hasta 1959, año en que se puso en marcha el Plan de Estabilización.

El clima cosmopolita de casi todo el siglo XIX, con su filosofía del laissez-faire —que implicaba la no-injerencia de los gobiernos en los asuntos económicos—, dio lugar, a principios del siglo XX, a un fuerte nacionalismo económico, sobre todo a partir de la Gran Depresión de la década de 1930. El principio generalmente aceptado de reconocer los derechos de propiedad fue abandonado en parte en aquella época.

Finalmente aparece la Liberalización del Comercio, en 1947 se firma el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) entre 23 países, lográndose ampliar este acuerdo a 96 en 1988. Su principal objetivo consiste en reducir las tarifas arancelarias y en eliminar las prácticas restrictivas del comercio internacional. Se acepta la existencia de acuerdos especiales entre países miembros del GATT que pretenden promover la cooperación y el comercio mutuos, destacando la UE (1993), la EFTA (1960), la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC, 1960), el Mercado Común Centroamericano (MCCA, 1960), el NAFTA (1994), el CAFTA.

La actual complejidad de los tratados comerciales ha permitido una notable estabilización del comercio internacional, así como una gran homogeneización de las prácticas comerciales. Uno de los tratados comerciales más importantes —entre otras cosas porque rompía con las barreras ideológicas de la época— fue el firmado por Estados Unidos y la Unión Soviética en 1972; también resolvió antiguas diferencias y conflictos en los transportes y en el volumen de la deuda, proporcionando un nuevo marco para un comercio a gran escala.

Breve Descripción de la Evolución en Materia de Derechos Humanos

El surgimiento de la idea de los Derechos Humanos en la historia moderna se debe a la confluencia de una gran variedad de sucesos históricos, y entre ellos de dos fenómenos importantes que son:

1) La elaboración y refinamiento de los Derechos Subjetivos.

³ El tratado franco-británico de 1860 —conocido también como Tratado Cobden debido al economista y estadista inglés Richard Cobden— representó el punto de partida de un cambio en las relaciones comerciales entre países. Enciclopedia Encarta Digital, año 2005.



2) La visión moral del mundo renovada respecto de la tradicional medieval.

Los derechos subjetivos son normas o conjunto de normas que adscriben a cada uno de sus destinatarios o titulares una participación individual y excluyente en un interés o bien que pretenden proteger. A medida que se hacen explícitos los derechos morales, aparece la autonomía del individuo para elegir con libertad su plan de vida.

Desde una formulación abstracta conceptualmente hablando, los Derechos Humanos podrían reducirse a que todos tienen igual derecho a la autonomía posible como seres humanos. En la edad media existió la pugna por la limitación del poder político, así; aparecen documentos como la Carta Magna de Juan sin Tierra (1215); La Bula de Oro de Andrés II de Hungría (1222), estos documentos abrieron espacios de libertad y de inmunidad respecto de ciertas actuaciones.

Hugo Grocio en el siglo XVII, proclamó la idea de dignidad del hombre basada en el libre albedrío, mientras Pico de Mirándola contempla al hombre como alguien que define su propia vida "Modelador y escultor de sí mismo". Una de las peripecias históricas en la que con más precisión se registra esta múltiple confluencia de factores que alumbrará la idea de los Derechos Humanos es la fragmentación de la conciencia cristiana en la reforma protestante, las guerras de la religión y el surgimiento de la idea de tolerancia. Para atajar los desórdenes públicos y las fracturas sociales se crean ciertos instrumentos para controlar la violencia (El Edicto de Nantes, El Acta de Tolerancia de Maryland, etc.), intolerancia e intromisiones entre creencias religiosas.

El concepto de los Derechos Humanos se ha desarrollado a lo largo de la historia y desde varios enfoques, entre los principales tenemos:

La primera concepción los hace aparecer como derechos naturales, es decir es la naturaleza misma la que ha dotado a todos los seres humanos con un conjunto de propiedades morales que los hacen acreedores de una protección individualizada.

Kant los denominó como derechos innatos cuya postulación es una condición de posibilidad o fundamento del orden moral o jurídico, para él sólo hay un derecho innato que es la libertad como independencia del arbitrio consultivo de otra persona, siempre que se concilie con la libertad de los demás según la Ley general.

Los Derechos Humanos concebidos como derechos positivos, son aquellos conferidos por el derecho positivo, por la Ley vigente, en Alemania se denominaron derechos fundamentales. Bentham, afirmó con toda contundencia que "Los derechos son fruto de la ley y sólo de la ley; no hay derechos sin ley, ni derechos contrarios a la ley, ni derechos anteriores a la ley".

Lo importante no determinar el problema filosófico de los derechos del hombre, ya que este no puede ser disociado del estudio de los problemas históricos, sociales, económicos, psicológicos, inherentes a su realización: el problema de los fines es el de los medios. El filósofo que se obstina en permanecer sólo termina por condenar a la filosofía a la esterilidad. Esta crisis de los fundamentos es también un aspecto de las crisis de la filosofía.

A lo largo de dicha evolución y solo como carácter pedagógico se han plasmado un sin número de clasificaciones de los derechos humanos. Varios han sido los autores que han pretendido elaborar un concepto de Derechos Humanos y por ende una clasificación, sin lograr un consenso hasta la actualidad. Han surgido clasificaciones que han tomado en cuenta: el contenido de Libertades Públicas (libertades civiles, económicas, de pensamiento, etc); y las Libertades oposición.- que funcionan en el mismo ámbito en que opera la acción gubernamental, pero que buscan limitar o atenuar los efectos de su imperio (libertad política, de reunión, sufragio, etc).

Por otro lado se habla de una clasificación de los derechos según la Individualidad o Colectividad de la Tutela (Derechos Individuales.-que se subdividen en materiales: libertad personal, derecho de asilo; intelectuales, libertad de pensamiento, opinión; y políticos, derecho al sufragio, libertad de asociación, de reunión, etc. y Derechos Sociales, cuya tutela tiene un carácter colectivo y que comprende derechos como la protección de la familia, derecho al trabajo, seguridad social y otros).

Otros autores prefieren ordenarlos Por el orden de aparición histórica: Derechos de Primera Generación (Derechos Civiles y Politicos, fruto de transformaciones ideológicas del S.18 y 19); Derechos de Segunda Generación (Derechos Económicos Sociales y Culturales, reacción de expresiones socialistas y de la doctrina social de la Iglesia S.19); Derechos de Tercera Generación (denominados derechos de la solidaridad, han tenido impulso en las dos últimas décadas).

De éste último concepto, analizaremos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que son aquellos en los cuales nos basaremos para comprender el presente ensayo.

En 1948 la visión individualista de los Derechos Humanos se veía obsoleta, y debido a los aportes de la Revolución Rusa 1916 y la Revolución Mexicana, muchas constituciones acogieron los derechos del hombre como un complejo integral, interdependiente e indivisible. Estos derechos contrariamente a los Civiles y Políticos, consisten en prestaciones positivas y materiales por parte del Estado, que está obligado a un deber hacer para que los mismos puedan tener vigencia.

Estos derechos tienen un carácter programático, que consiste en guías y

programas de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, a alcanzar por parte de los Estados a favor de los individuos en la medida de las posibilidades institucionales, según Gross Espiell, la vigencia de estos derechos está condicionada al progreso y desarrollo económico de los pueblos, con el fin de constituirlos en una realidad vital. Estos derechos son exigibles de manera inmediata y directa, su caracterización de Derechos Colectivos significa el beneficio no de uno, sino de muchos sujetos. En tanto se les considere Derechos- Autonomía recibirán un trato similar a los civiles y políticos en cuanto a su garantía y aplicación; en tanto se los considere derechos de Crédito o de Prestación, el titular debe exigir por parte del Estado y de particulares incluso ciertas acciones positivas como en el caso del campo laboral. La Obligación de respetar " el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los Derechos Humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado (...) se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente".

La Obligación de garantizar se entiende que implica "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"

Por la obligación de garantizar los Estados deben "prevenir, investigar y sancionar" toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos⁴".

Las Obligaciones del Estado son de medio y no de fin, sin embargo de ello se deberá demostrar que se han utilizado los medios adecuados y eficaces para precautelar la vigencia de los derechos fundamentales.

Una vez que se ha analizado en forma sintética la evolución de los Derechos Humanos y de los acuerdos comerciales, veremos como estos benefician o perjudican a las partes firmantes, y en definitiva a sus destinatarios que son no solo las empresas transnacionales, sino también los pequeños productores, comerciantes y por su puesto los consumidores, además de revisar que otros efectos colaterales pueden surgir de dichos acuerdos, en materia de medio ambiente, salud, educación y otros.

La integración Comercial

"En que medida en el sentido común de cualquier habitante del planeta no ve en el término integración, un sinónimo del término economía.

⁴ Párrafos precedentes, Tomados de la cátedra del Dr. Farith Simon, PUCE 2004.

Este reduccionismo económico lleva a pensar que, cuando dos o más naciones se integran, lo hacen para concretar buenos negocios u obtener beneficios a los que, el común de la población, no tiene o no podría tener acceso. Así las cosas se logra, no más que un acuerdo de cooperación o bien una alianza estratégica en materia económica, donde la participación del factor social es casi nula o prácticamente inexistente, mientras que los elementos jurídicos son relegados. Frente a lo dicho se podría sostener la autosuficiencia de las variables económicas. Pero quienes sostengan esta tesis estaría edificando sobre un terreno tan inestable y volátil como ha demostrado ser el MERCOSUR⁵."

Es evidente a criterio del autor y de los casos concretos evidenciados en algunos tratados comerciales que la sociedad en general no puede ser relegada a ser un mero espectador en los acuerdos comerciales logrados por sus países ya que es necesario concienciar a la población de los efectos y consecuencias que tendrán dichos acuerdos para que estos se preparen y capaciten a asumir un nuevo reto y también rechacen ciertos puntos que son adversos a sus derechos fundamentales y colectivos.

Lastimosamente no podemos hablar de capacitación en un país como el nuestro en el que se gasta mayor presupuesto en armas y fuerzas armadas que en educación, en un país en que el presente año más de 500 000 niños y jóvenes han dejado de estudiar por falta de recursos económicos; y, de la investigación ni hablar, pues no es ni siquiera conocida en el ámbito público y los pocos recursos que se generan a nivel privado, en especial de instituciones educativas de carácter superior como Universidades y Escuelas Politécnicas, son insuficientes para ponerse a la par con la vorágine tecnológica actual.

Se dice que el actor humano a lo largo de su historia demostró tener un avocación integradora. Diversas manifestaciones, desde la unión del hombre pequeñas tribus hasta la aparición de sociedades complejas, pero esta integración no se agota en lo social, sino que se extiende a cuestiones relacionados con otros temas de carácter político, económico en los cuales deben estar inmersos los Derechos Humanos fundamentales como un marco referencial de actuación y de cuyos límites no se podrán exceder los acuerdos comerciales llámense como se llamen.

La Globalización como proceso en pleno desarrollo, genera a su paso consecuencias que repercuten directamente en los distintos ámbitos en que se dan las relaciones sociales. Sin duda, toda convención que engendra una obligación introduce una restricción en el ejercicio de los derechos soberanos de Estado⁶.

⁵ Calogero Pizzolo, Globalización e integración Ensayo de una Teoría General. Pág.22.

⁶ Ib. Idem. Supra. Pág.200.

Las normas internacionales convencionales, una vez que se integran al Derecho Interno, despliegan sus efectos-directo o indirecto- en conformidad a la capacidad jurídica consagrada en dichas normas, estando el Estado Parte obligado a dotar de eficacia a la norma incapaz, por si misma, de alcanzar sus efectos.

Ahora bien, la pregunta que cabe hacerse es, ¿son los acuerdos comerciales más importantes o de superior jerarquía normativa que los acuerdos logrados en materia de derechos humanos?; ¿en caso de conflictos normativos cuál prevalece? Y finalmente ¿quién será el árbitro para dirimir estos conflictos?. Estas son sólo algunas de las dudas que surgen respecto al tema, pero en verdad son ilimitadas las interrogantes y pocas las respuestas que tenemos, de los hechos prácticos ya observados me permitiré citar el caso más destacado surgido luego de un tratado comercial, el caso de la empresa Metalclad y el gobierno Mexicano.

En el desarrollo del conocido acuerdo TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte-entre USA, Canadá y México), aparece que en 1993, la empresa californiana Metalclad, adquirió la empresa mexicana Coterin, acusada por la población como empresa contaminante de desechos tóxicos dañinos para la salud humana, dicha empresa obtuvo permisos nacionales de construcción, pero no así los permisos municipales, sin embargo de ello la construcción continuó hasta 1995 y con la consecuente protesta de la población de San Luis de Potosí-Guadalcazar. En 1997 luego de infructuosos intentos de obtención de dicho permiso municipal, Metalclad demandó al gobierno mexicano por no haberle dado un trato justo y equitativo según el artículo 1105 del TLCAN y el artículo 1110 referente a la expropiación sin indemnización.

Finalmente en el año 2000 un Tribunal del TLCAN ordenó una indemnización a favor de Metalclad por USD 16,685,000 a pesar de los argumentos mexicanos de que en el sitio de construcción se había declarado como reserva ecológica, finalmente el juez redujo la cifra a 15.6 millones de dólares a ser descontados de la partida correspondiente al Estado de San Luis de Potosí. En decisión para mí de lo más adecuada, la Suprema Corte Mexicana resolvió en marzo de 2004, que la secretaría de hacienda no tiene facultades para descontar recursos a los estados para saldar deudas originadas por incumplimiento de convenios, en este caso del TLCAN⁷.

El mencionado es tan solo un caso particular en el que se devela que normativa prevalecería, que juez sustanciaría la causa y por último quien sería el que tiene que responder económicamente por el incumplimiento de dichos acuerdos. Acaso el medio ambiente debe ser relegado y destruido por los intereses de una sola empresa o grupo comercial, cuántos son los favorecidos en este

⁷ Derechos Humanos y los Tratados de Libre Comercio en las Américas, Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez, A.C., México, julio 2004, Págs. 17 y 18.

juego de intereses?, no existe acaso la premisa de que los intereses particulares deben ser depuestos ante los intereses de una comunidad o colectividad, entonces porque en este caso debe ser diferente?; y, no es un doble perjuicio el dañar el medio ambiente y pagar a los responsables ingentes cantidades de dinero?.

Tratado de Libre Comercio Ecuador-Estados Unidos

Antecedentes.- A inicios de octubre de 2003 el Ecuador expresó formalmente su interés para iniciar un proceso de negociaciones con el objetivo de suscribir un acuerdo de Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, a través de una comunicación del presidente Lucio Gutiérrez, dirigida a su homólogo estadounidense George W. Bush.

El 18 de noviembre de 2003, el Representante Comercial de EE.UU. Robert Zoellick, envió un comunicado al Congreso estadounidense, notificando la intención del presidente Bush de iniciar negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con los 4 países miembros del Acuerdo de Preferencias Arancelarias Andinas (Ecuador, Bolivia, Colombia y Perú). El 19 de noviembre de 2003, el Representante Comercial de EE.UU. Robert Zoellick, realizó una declaración a nombre del presidente Bush, en la que manifestó la intención del gobierno estadounidense de iniciar negociaciones con las naciones andinas para concretar, en el futuro cercano, un Acuerdo Andino de Libre Comercio.

El 29 de diciembre de 2003, el gobierno ecuatoriano aceleró el proceso para llegar a un Tratado de Libre Comercio (TLC) con EE.UU, con la designación por parte del Jefe de Estado, del Economista Mauricio Yépez, Presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador, como negociador principal de este tratado. El equipo principal de negociación, que estará conformado por miembros tanto del sector público como del sector privado, estará encabezado por el Economista Yépez, y Christian Espinosa, subsecretario de Comercio Exterior del MICIP, que será el negociador adjunto.

Antes de enumerar las materias a ser tratadas por el Ecuador con Estados Unidos dentro del marco del TLC, me permito citar el concepto de libre comercio bilateral "Un tratado de libre comercio bilateral es un acuerdo comercial preferencial entre dos naciones, en el cual se acuerda la concesión de preferencias arancelarias mutuas y reducción de barreras no arancelarias al comercio entre ambas naciones; por ejemplo, la reducción o eliminación de aranceles a la importación de bienes y servicios provenientes del país socio. Estas preferencias son acordadas a través de procesos de negociación en los cuales se llegan a acuerdos considerados mutuamente beneficiosos⁸".

Objetivos de la firma del TLC con Estados Unidos.- Desde el punto de vista Estatal, la firma de un TLC tiene como principal objetivo elevar los niveles de

⁸ www.tlcecusa.gov.ec

competencia y consecuentemente la eficiencia con los que operan todos los sectores de la economía. Derivado de esta mayor eficiencia con que funcionará la economía, se podrán elevar los ingresos reales y, por esta vía, los niveles de bienestar de la población.

Para elevar los niveles de eficiencia productiva, un mecanismo es generar un entorno que favorezca mayores niveles de competencia, tanto interna como externa. Para ello se requiere, entre otras cosas, reducir las barreras comerciales, tanto arancelarias como no arancelarias. Un entorno competitivo incentivará a las empresas a buscar mayores niveles de eficiencia, así como mayor calidad y variedad de bienes y servicios.

De otro lado, es conocido que la existencia de restricciones comerciales tienden a crear rentas monopólicas en determinados sectores productivos, lo cual reduce el bienestar de los consumidores, a través de precios más altos y/o calidad inferior de los bienes y servicios. En este contexto, un objetivo importante del TLC es el de aumentar el bienestar de los consumidores, mediante el mayor nivel de competencia que generará.

Un objetivo indirecto ocasionado por el aumento de los niveles de eficiencia de la economía, que se derivarían del TLC, es mejorar los niveles de competitividad para poder acceder a terceros mercados, y así diversificar nuestra oferta exportable, y de este modo mejorar nuestra posición comercial.

Materias a Negociar.- En el TLC a ser negociado con los EEUU, se acordarán preferencias arancelarias mutuas o reglas de juego para el comercio internacional, en las siguientes áreas:

1. Acceso a Mercados Sector Agropecuario
2. Acceso a Mercados Bienes Industriales
3. Servicios
4. Servicios Financieros
5. Inversiones
6. Propiedad Intelectual
7. Compras del Sector Público
8. Subsidios Antidumping y Medidas Compensatorias
9. Políticas de Competencia
10. Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
11. Barreras Técnicas al Comercio
12. Solución de Controversias
13. Temas Laborales
14. Temas Ambientales
15. Reglas de Origen y Aduanas
16. Cooperación Técnica

Estos temas han sido tratados y discutidos en el presente año en cinco grandes reuniones realizadas en Cartagena-Colombia entre el 18 y 19 de mayo; Atlanta-Estados Unidos entre el 14 y 18 de junio; Lima-Perú entre el 26 y 30 de julio; Estados Unidos 13 al 17 de Septiembre; Ecuador entre el 25 y 29 de octubre de 2004⁹.

⁹ Tratado de Libre Comercio, Ecuador: es hora de abrir los ojos al mundo-suplemento especial, MICIP-2004. Se prevé que hasta finalizar el proceso se desarrollen por lo menos 13 reuniones similares entre los delegados. (Diario Expreso de 5 mayo 2004, p. 7).

Características¹⁰.- En la firma de los tratados de libre comercio, existen ciertos principios propios de dichos acuerdos, entre los más destacados me permito citar:

Principio de no Discriminación

a. Principio de Trato Nacional.- Los gobiernos firmantes deben otorgar a productos y empresas extranjeras un tratamiento "no menos favorable" que el que se otorga a los productos y empresas nacionales.

b. Principio de la Nación más Favorecida.- Significa que los gobierno tienen que tratar a un producto o a una empresa de uno de los Estados parte del acuerdo de manera "no menos favorable" que el tratamiento que otorgan a productos y empresas de otro país parte del acuerdo.

c. El principio de Reciprocidad.- Significa que si un país con el que se tiene acuerdo concede algún mecanismo de acceso a mercado, el otro país parte del acuerdo tiene que otorgar también mecanismos equivalentes.

Acceso a Mercados.- Esta medida propone la eliminación gradual de las barreras arancelarias, no arancelarias y otras medidas que restringen el comercio de mercancías.

Ahora bien, con todos los elementos descritos en forma aunque somera, por la gran complejidad y cantidad de información existente me permitiré analizar el tema que me llevo al presente ensayo como son las posibles repercusiones sociales, económicas, políticas, ambientales, etc. fruto de la firma del acuerdo de libre comercio con los Estados Unidos y la obligación del Estado ecuatoriano de respetar y garantizar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y por supuesto en tratados y convenios internacionales firmados y ratificados por nuestro país.

OBLIGACIONES DEL ESTADO ECUATORIANO ASUMIDAS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS TOMARSE EN CUENTA EN LA FIRMA DEL TLC CON ESTADOS UNIDOS¹¹

El Estado ecuatoriano como se mencionó, es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha ratificado todo su contenido y se ha sometido a su competencia contenciosa, por ende las violaciones cometidas por nuestro país en materia de Derechos Humanos, deben ser sometidas a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero la Corte no solo tiene competencia contenciosa, sino también consultiva¹² y además su

¹⁰ Tomado de la revista Derechos Humanos y los Tratados de Libre Comercio en las Américas, Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez, A.C., México, julio 2004. Págs. 13 y 14

¹¹ La Corte es competente para conocer casos de violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que el Ecuador es Estado Parte en la Convención desde el 28 de diciembre de 1977 y aceptó la competencia obligatoria de la Corte el 24 de julio de 1984.

¹² La Corte Interamericana de Derechos Humanos.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos también tiene una función doble. En primer lugar, tiene competencia para examinar violaciones de la Convención Americana ya analizadas por la Comisión Interamericana y que le son sometidas por ésta. Esta competencia se limita a Estados partes de la Convención Americana y es facultativa, es decir, se aplica a los Estados partes de la Convención que reconozcan expresamente esta competencia. Cabe recalcar que el denunciante no puede recurrir directamente a la Corte, sino que los casos le son presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o eventualmente por el Estado denunciado. La otra función de la Corte Interamericana consiste en la adopción de opiniones consultivas sobre la interpretación de instrumentos de Derechos Humanos vigentes en el continente, planteadas por órganos de la OEA o por los Estados miembros de la OEA. Tomado de la cátedra del Dr. Farith Simon, PUCE 2004.

deber no sólo constituye en emitir fallos sino en prevenir las violaciones de los derechos consagrados en la Convención, por ello se hace un seguimiento de los países firmantes en materia de Derechos Humanos.

El artículo uno de la Convención menciona:

Obligación de respetar los derechos

"Art. 1.- Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Esta obligación asumida por los países parte implica que la violación a cualquier artículo de la Convención, necesariamente implica la violación al artículo 1, ya que al existir un compromiso no cumplido de respeto y garantía a los derechos fundamentales, se evidencia su no acatamiento independientemente del órgano, funcionario o institución Estatal responsable de dicha violación.

Al hablar de cualquier tema posible dentro de las agendas estatales, se debe considerar los compromisos asumidos en materia de derechos humanos, y el tema del Tratado de Libre Comercio, no puede ser una excepción, al contrario se debe involucrar temas de tanta sensibilidad y trascendencia para lograr su total validez y legitimidad.

Comenzaremos por analizar la primera obligación de un Estado parte de la Convención, de acuerdo a su primer artículo:

La Obligación de respetar " el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los Derechos Humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado (...) se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente¹³".

El mencionado poder Estatal no está limitado únicamente por su propia constitución y normativa interna, sino por el hecho de que sus facultades de ninguna manera pueden vulnerar los derechos fundamentales inherentes y anteriores al hombre y a todo tipo de leyes. Además se debe tomar en cuenta más legislación de carácter internacional como la Carta democrática Interamericana que manifiesta en su sexto artículo: "La participación de la ciudadanía en

¹³Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 165. Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 174.

las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia"

En este punto cabe preguntarse si la ciudadanía en general fue consultada al respecto del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos o si acaso hubo un período de información al respecto tanto a los sujetos particulares como a las pequeñas y grandes empresas e industrias nacionales que son las que participaran de manera más activa en el mentado proceso de integración. Además de ello cabe también preguntarse porque existe tanto interés por apresurar la firma del Tratado y hacerlo en el menor tiempo posibles a sabiendas que nuestro país no está preparado para competir con economías de mayor escala y mejor tecnología¹⁴.

Existen materias muy sensibles a tomarse en consideración dentro del presente proceso de negociación para las cual no es necesario únicamente mentes intelectuales conocedoras de temas financieros y de comercio exterior, sino de verdaderos estadistas que sean concientes de la realidad nacional ecuatoriana dentro de su contexto social, étnico, cultural, político, etc. No pretendo con el presente artículo satanizar los procesos de integración comercial, sino simplemente llamar a la reflexión de los efectos que dicho proceso implicarían en nuestro país y en especial en sus habitantes y precisamente para evitar que dichos efectos sean de carácter negativo se debe tomar en consideración los casos prácticos ya observados en otros procesos de similares características al nuestro.

Agricultura.- En México durante las negociaciones del TLCAN, no se luchó de manera enfática por la obtención de un tratamiento especial en el tema y no se tomo en cuenta el tema de la seguridad alimentaria, ni la producción de pequeños agricultores, frente al desarrollo tecnológico y política de subsidios con la que cuenta Estados Unidos; consecuencia de ello, las importaciones de maíz por parte de México se han triplicado llevando al desplome de precios de hasta un 70%, siendo además el precio de venta mucho menor al precio de producción.

Si bien es cierto, en el tema agrícola¹⁵, los beneficiarios seríamos los consumidores finales, porque podemos obtener más productos a menor precio, por otro lado tendríamos que un país como el nuestro, cuyo pilar fundamental hoy y a futuro es la agricultura, se vería gravemente afectado ya que no es negocio producir para vender a menor costo que el de producción¹⁶, que pasará con aquellos puestos de empleo que se generan en este ámbito, subsistirán nuestros campesinos?. La respuesta puede variar si se toman

¹⁴ Ecuador se encuentra en el puesto 90 del ranking de competitividad, a diferencia de USA que esta en el segundo puesto, Chile en el 22, Colombia en el 64. Clasificación mundial de Economías Competitivas. Suplemento Dinero del diario Hoy de jueves 14 de octubre de 2004.

¹⁵ El agro debe entrar unido al TLC, es importante que el sector agropecuario se encuentre unido con el fin de tomar decisiones conjuntas en los diferentes grupos y sacar una sola posición negociadora ante el tratado de libre comercio, expresó Jacqueline Foglia, quien formó parte del equipo negociador del TLC en Honduras, la especialista mencionó que el TLC es solo una forma de integración de los países en su política comercial, es regular el trueque, (el universo, 1 mayo 2004, p. a. 8)


¹⁶ 4.500 productos fueron analizados: En un estudio elaborado por el Banco Central del Ecuador (BCE) se identificaron las características comerciales de 4.500 productos. La valoración del BCE servirá como base para la negociación del TLC en cada una de las 16 mesas. El documento revela que las importaciones agrícolas desde EE.UU. crecieron durante el último año en el 1,5 por ciento (Diano Expreso, 5 mayo 2004, p. 7)



medidas estructurales que beneficien al sector, comenzando por la misma preparación, especialización y tecnificación de los cultivos y de nuestros campesinos, pero aquí vale hacerse otra pregunta, existirá interés o recursos económicos para dicha capacitación, sino existe siquiera dinero para pagar a los profesores de escuelas y colegios, además es un país donde se gastan más recursos en fuerza pública y armas que en educar a la gente, entonces cuáles serán los posibles resultados?.

El sector agropecuario se convierte en un motor de desarrollo para la economía ecuatoriana porque aporta con un 9% al PIB, solo considerando el nivel primario Genera un 35% de divisas por concepto de Exportaciones y su participación crece al 58% excluyendo el petróleo Es una actividad que emplea a un 28% de la población económicamente activa. Provee seguridad alimentaria al país. Un sector agrícola bien atendido es un mitigante de la migración del campo a la ciudad¹⁷.

Inversiones.- Si bien es cierto es un tema que puede traer gran desarrollo a cualquier país, se debe tomar en cuenta que en el marco de los tratados de libre comercio existen derechos demasiado amplios para empresas extranjeras, tanto, que limitan medidas positivas en pro de los Derechos Humanos y del medio ambiente, tal como se grafico en el caso de Metalclad.



En el tema de inversiones es evidente que habría una excelente oportunidad para que el Ecuador crezca y aumente fuentes de empleo para sus habitantes, pero como revisamos existe mayor interés en invertir en Colombia pese a su conflicto que en el Ecuador, y ello se debe a que en competitividad estamos 26 puestos por debajo de nuestro vecino y que somos conocidos como un país inestablemente político, sin garantías jurídicas y con un alto grado de corrupción generalizada. Entonces podemos competir en iguales condiciones y esperar que fluyan grandes capitales a nuestro país, si es que no cambiamos nuestras normas, nuestra actitud y en verdad eliminamos la corrupción.

Solución de Controversias.- También se presentó con el caso Metalclad, que en el momento de existir controversias, sería un tribunal supranacional, el que decidiría respecto de los litigios provocados dentro del marco del tratado comercial, pese a que existan conflictos de competencia, pues, si en el caso se evidencian violaciones a derechos fundamentales individuales o colectivos, prevalecerían los intereses comerciales sobre los protegidos en la Convención. Cabe ilustrar que en estos tratados no se toma en consideración las disputas relacionadas con asuntos sociales, ambientales o de afectación personal.

Aquí son varias las interrogantes, seguramente superan a las respuestas, pero es evidente que el principio de que el interés particular debe deponerse ante el

¹⁷ www.tlcecusa.gov.ec

interés colectivo, se vería gravemente afectado. Conocido es el famoso caso de devolución del IVA (impuesto al valor agregado) a las petroleras, en el cual un tribunal internacional falló en contra del Ecuador, ordenando a devolver ingentes cantidades de dinero a las empresas petroleras que deben por obligación pagar impuestos, no se supone que ellas reclaman el trato nacional, entonces porque beneficiarles de un trato especial, a más de que sus ganancias son elevadas del porcentaje que el Estado recibe producto de la explotación petrolera. Sin embargo, por otro lado todavía no se ha resuelto el caso Texaco Chevron, empresa que contaminó el oriente ecuatoriano a lo largo de su permanencia explotando el mineral, porque no tiene la misma rapidez e importancia que el caso del IVA, es que la naturaleza y las comunidades debe esperar y las empresas no?.

Liberalización de los mercados de servicios.- En los tratados de libre comercio se prevé comercializar con servicios básicos como la luz eléctrica, el agua, la educación y hasta la salud, pese a que estos forman parte esencial de los derechos básicos a precautelarse por parte de todos los Estados. El caso más ilustrativo¹⁸ al respecto es el de Bolivia dentro del marco de renegociación de deuda con el BID en el año 1999, en el cual la empresa "Aguas de Tunari", subsidiaria de "Bechtel" de Estados Unidos resolvió un alza de tarifas que osciló entre 30% y 300%, siendo ello por demás abusivo, gracias al reclamo popular se logró la rescisión de dicho contrato en abril del año 2000 y claro la consecuente reclamación de indemnización por parte de la empresa en contra del Estado boliviano por incumplimiento contractual, con base un tratado bilateral de inversiones entre ambos países.

Es un tema por demás sensible que debe ser revisado con pinzas por parte de los gobiernos de nuestros países, ya que se estarían vulnerando derechos obtenidos con base a tanto esfuerzo y paciencia, ya que en ciertas comunidades recién se conoce lo que es el agua potable, el teléfono, la luz eléctrica y por ello no han podido desarrollarse, trasladar a manos privadas estos servicios sería peligroso ya que una empresa busca obtener ganancias y no el bienestar social, el subir tarifas a estos servicios significaría su no acceso a una vida con dignidad y a eliminar la responsabilidad que tiene el Estado como mandato constitucional establecido.

Propiedad Intelectual.- Conforme se estipula en el artículo 27 de la Declaración universal de Derechos Humanos, "toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora". Aquí el caso más gráfico es el de las medicinas y los efectos de una excesiva protección a casas farmacéuticas que si bien es cierto invierten millones en inversiones por investigación, sin duda alguna, obtienen ganancias que superan la inversión y en mucho menor tiempo que los 10 años otorgados para su explotación



comercial, limitando la posibilidad a otros fabricantes por el monopolio creado, mismo que se podría mantener por otros 10 años en el caso de que dicho producto sea mejorado por medio de alguna innovación. En nuestro país sólo un 21,5% de la población tiene acceso a la medicina por su elevado precio, es común ver a la gente automedicarse o comprar las recetas medicas incompletas, es necesario asegurar el cumplimiento de la Ley de Medicamentos Genéricos aprobada en el año 2000.

Eliminación de Preferencias Arancelarias.- El Congreso norteamericano analiza las objeciones que empresas y organizaciones de ese país pusieron para que Ecuador no se siga beneficiando del Acuerdo de Preferencias Arancelarias y Erradicación de las Drogas (Atpdea, por sus siglas en inglés). Entre las empresas norteamericanas que se quejan del trato en Ecuador constan Pharma, Chevron-Texaco, BellSouth, entre otras.

A través del Atpdea, Ecuador puede exportar a Estados Unidos 6 mil 100 productos sin pagar aranceles. Sería importante mantener o mejorar dichas preferencias arancelarias en beneficio de nuestro país, además se debe tomar en cuenta que nosotros también vamos a dar preferencias arancelarias a los Estados Unidos, Colombia, Perú, y en ese marco vamos a dejar de percibir muchos millones de dólares que antes ingresaban al país por ese rubro, y por tanto existirán menos recursos para inversión social.

Entre los temas mencionados, podemos decir que si se negocia adecuadamente y considerando los aspectos sociales y en especial los posibles derechos a afectarse como consecuencia de dicho tratado, podemos evitar-nos conflictos internos como los sucedidos en México y Bolivia.

"Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los Derechos Humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los Derechos Humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención¹⁹".

La Obligación de garantizar se entiende que implica "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos²⁰".

¹⁸ Derechos Humanos y Tratados de Libre Comercio en las Américas, Obligaciones incumplidas, Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez, AC", año 2004, pág. 19.

¹⁹ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrs. 169-171 y 173. Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrs. 178-180 y 183. Corte I.D.H., Caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C No. 16, párr. 62. Corte I.D.H., Caso Neira Alegria y Otros, Sentencia de 19 de enero de 1995, Serie C No. 20, párr. 63. Corte I.D.H., Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22, párr. 56.

²⁰ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrs. 166-168. Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrs. 175-177. Corte I.D.H., Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11, párr. 23..

En el marco del Tratado de Libre Comercio se pretende organizar primero la casa por afuera sin conocer las realidades de adentro y luego acomodarlas de alguna manera. La legislación interna nacional evidentemente se verá afectada y cambiada, producto de la firma de dicho tratado, en todos los temas ya referidos y en otros cuya influencia será indirecta. Es evidente que si vamos a adaptar nuestra legislación a tratados internacionales, estos prevalecerán sobre nuestras normas internas, excepto sobre nuestra Constitución, es necesario entonces que para su ratificación, exista un profundo análisis no solo de las normas comerciales internacionales a ser aprobadas y su constitucionalidad, sino también, de sus posibles consecuencias inconstitucionales, efecto de su puesta en vigor.

En el marco de los derechos civiles y políticos dichos principios han sido muy desarrollados, lastimosamente no tenemos mayor experiencia con los derechos con los derechos económicos y sociales (DESC), sin embargo, la dialéctica es la misma y el fin no es diferente en forma absoluta por ende muchos de sus variables son aplicadas a casos en concreto de DESC. Además la responsabilidad del Estado no puede excusarse en que estos derechos son de desarrollo progresivo y gradual, y según sus propias condiciones.

"La protección del ser humano debe ser entendida en su globalidad, es decir, en su condición de individuo, de miembro del grupo social y como parte integrante e inseparable del grupo que le da la característica de "humano". En consecuencia, la protección debe dirigirse a ello. Si se pretendiere dejar de proteger a esta globalidad, la protección sería ineficiente y se encontraría lejos de cumplir su objetivo. Por ejemplo, nada se lograría si se adujera que únicamente el derecho a la vida es objeto de protección y no el derecho a la salud y al medio ambiente libre de contaminación. Sin un medio ambiente libre de contaminación, la salud no es protegida, sin salud el derecho a la vida es vulnerado²¹".

La obligación de garantizar "no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos²²".

Por la obligación de garantizar los Estados deben "prevenir, investigar y sancionar" toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos²³".

²¹ Ponce Villacís Alejandro, *Integralidad y progresividad de los derechos. Los derechos Civiles y Políticos, Económicos, Sociales y Culturales*, año 2004.

²² *Ib. Idem*, párr.167.

²³ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrs. 166.

El deber del Estado, "el de "garantizar", se ve reducido a su mínima expresión. No es posible desarrollar una política en salud cuando el Estado no maneja las riendas del llamado servicio de salud y tiene que entregarlo al libre juego del mercado²⁴."

Obligación de Prevenir.- "El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los Derechos Humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte....²⁵"

Aquí debemos recalcar el papel fundamental de los Estados de actuar con todo su maquinaria administrativa, política y jurídica para evitar a toda costa posibles violaciones a los derechos fundamentales de su habitantes. En el caso en concreto se debe analizar de forma seria y profunda que tan buenas son las oportunidades que el Ecuador tiene frente al tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y que tan graves son las amenazas producto de dicho tratado.

La preparación para la realización de procesos de integración no se dan de la noche a la mañana y decisiones apresuradas pueden terminar en consecuencias desastrosas, no ha existido un verdadero plan político y social en nuestro país y cada gobierno ha actuado de acuerdo a sus conveniencias políticas sin realizar procesos de cambio estructurales, la falta de previsión de nuestro gobierno, la falta de destino de fondos a la educación e investigación, pesarán a la hora de competir con economías más fuertes y tecnificadas.

Podemos decir entonces que en materia de derechos económicos y sociales, no se puede prevenir, a sabiendas de los resultados observados en México y a pesar de conocer que no somos un país competitivo ni atractivo para inversionistas extranjeros, además de estar concientes de que estamos improvisando en muchos temas y que no tenemos las mismas características de Chile, ni su ventaja competitiva. Entonces, tan solo nos quedará la vía de impugnación de ciertas leyes o normas inconstitucionales, producto de la reforma que seguirá a la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio.

"La jurisprudencia internacional en el presente dominio, en los planos tanto regional como global, ha evolucionado a punto de admitir hoy día que un

²⁴ Tomado de las Memorias del IV Seminario de formación en DESC, ALCA y Derechos Humanos, Héctor Moncayo, Miembro de la Junta Directiva del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Colombia, pág. 126.

²⁵ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrs. 174-175. Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrs. 184-185.

individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de Derechos Humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas. Puede efectivamente hacerlo ante el simple riesgo de ser directamente afectado por una ley, ante la amenaza continua representada por el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada.²⁶

Con la puesta en vigor de tratados comerciales, existirá un conflicto con la competencia y aplicación de tratados internacionales, tanto de Derechos Humanos como de libre comercio; y, el saber cual prevalece a primera vista no debería generar complicaciones, ya que el Estado ecuatoriano por sus obligaciones constitucionales señaladas, debe responder en primer término a los intereses de sus habitantes, primando estos derechos sobre cualesquier otros.

Entonces la prevención en este caso, debe ir en el sentido de que los tratados comerciales a firmarse y ratificarse por el Ecuador, deben ser realizados en el marco constitucional ecuatoriano y bajo parámetros internacionales establecidos en el tema de Derechos Humanos, para de esta manera armonizar tanto el interés empresarial como los derechos fundamentales y en caso de conflicto se debería establecer que los tratados en Derechos Humanos deben prevalecer, de esta forma evitaríamos deformaciones en nuestro sistema jurídico.

Las inversiones extranjeras generalmente se hacen en sectores lucrativos como el de la salud y recursos naturales, mismos que si no son regulados pueden dejar sin acceso a muchas personas en el primer caso, y en el segundo, ir en detrimento del mismo medio ambiente y por ende a la salud.

Casos prácticos son los ocurridos en Canadá; en el primero se prohibió un aditivo a la gasolina por considerarlo nocivo a la salud humana, fruto de ello, la empresa planteó una indemnización al gobierno Canadiense por 250 millones de dólares vía mecanismo de solución de controversias, propios de los tratados de libre comercio; al final vía solución amistosa se debió cancelar 3 millones de dólares. En el segundo caso, se puso en práctica el efecto disuasivo previo a una resolución de conflictos, pues el gobierno de Canadá tuvo la intención de prohibir el anuncio de cigarrillos de una empresa extranjera con la mención light y por ello la compañía amenazó con demandar, asegurando que ello contradecía el *trademark*²⁷ (marca de comercio).

Como se observa en estos países en que se han puesto en práctica los tratados de libre comercio, las amenazas de que el derecho comercial se impongan sobre los derechos fundamentales, no son meras expectativas, sino

²⁶ Voto Disidente del Juez Antonio Cançado Trindade, Corte I.D.H., Caso El Amparo, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C No. 28, Párr. 4-6

²⁷ Tomado de las Memorias del IV Seminario de formación en DESC, Acuerdos de Libre Comercio Neoliberales, Genevieve Lessard, Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático, Canadá-Universidad de Québec, pág. 146.



realidades que se deben evitar, desde una política de negociación conciliadora con las normas de Derechos Humanos y acorde a nuestros preceptos constitucionales básicos.

Obligación de Investigar y Sancionar.- "...En efecto, un hecho ilícito violatorio de los Derechos Humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención".²⁸

En el presente caso resulta evidente que será difícil de identificar al autor o autores de violaciones de Derechos Humanos y más aún por posible aplicación de normativa comercial internacional con consecuencia en los derechos fundamentales de las personas, sin embargo podemos hablar de que debe existir una debida diligencia del Estado ecuatoriano para prevenir dichas violaciones, en especial si se contaron con recursos y tiempo suficiente para la toma de decisiones y la forma de aplicación de dichos tratados.

"Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se reestablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los Derechos Humanos reconocidos en la Convención"²⁹.

Aquí se presenta el dilema ocurrido con Metalciad de México, debe el Estado quedarse inmóvil cuando se están violando derechos colectivos (medio ambiente), tan solo por un compromiso comercial y en beneficio de una empresa o debe responder primero a los intereses generales de su población a la cual esta llamado a proteger en primer término. Entonces será el Estado responsable por la tolerancia con particulares que violen dichos derechos amparados en normas de libre comercio, a nuestro parecer, es claro que existe responsabilidad, pero entonces es competente la Corte Interamericana para conocer dichas violaciones o acaso será un tribunal supranacional en materia comercial, quien decida nuestros destinos, es evidente que existe ese peligro lo cual significaría un gravísimo retroceso en materia de derechos humanos.

Es importante luego del brevísimos análisis realizado buscar los mecanismos de protección de los Derechos Humanos y su inserción en tratados comerciales y su puesta en vigencia en todas las materias a negociarse.

Buscar la manera de obtener inversiones pero con respeto a la naturaleza

²⁸ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 172. Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrs. 181-182. Corte I.D.H., Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22, párr. 56.

²⁹ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 176. Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrs. 187.

y a los derechos laborales, mayor acceso a los servicios básicos y en especial a la posibilidad de que todos puedan obtener medicinas a bajo costo, etc. No me parece incompatible de modo absoluto el interés comercial con los derechos fundamentales, todo depende de cómo se realicen las negociaciones³⁰ y de la importancia que nuestro Estado ponga a sus habitantes en vez de ciertas empresas, pues las transnacionales deben de entender que ellos se sostienen gracias al consumo de los ciudadanos de carne y hueso y que no pueden por ello matar a su fuente de ingresos.

Debemos los ciudadanos en general concienciarnos de que una vida sin dignidad, ni respeto a nuestros derechos fundamentales no es posible y que nosotros somos quienes debemos exigir de nuestros gobernantes el respeto y garantías debidos y que por tanto los negociadores de nuestro país no solo están inmersos en un proceso de integración comercial, sino que están decidiendo por la vida de más de 12 millones de habitantes, mismos que pediremos cuentas a la hora de verificar sus actuaciones y ello se pondrá de manifiesto con la entrada en vigor del mencionado tratado.

Papel fundamental es el que realizan varias organizaciones de Derechos Humanos interesadas en el tema de los Derechos Económicos y Sociales, y gracias a ellos poseemos mayor información y difusión del presente proceso, ya que ha sido el mismo gobierno más bien, el que lo ha mantenido en reserva relativa.

Finalmente terminaremos por decir que el Tratado de Libre Comercio no soluciona todo, un acuerdo entre Ecuador y Estados Unidos puede ser beneficioso para el interés nacional, pero por si solo, no resuelve nada, es necesario que el país establezca una agenda complementaria de mediano y largo plazo, que asegure los beneficios del Tratado.



³⁰ NEGOCIADORES O NEGOCIANTES / Roldós, León: En el TLC hay que saber negociar identificando las conveniencias nacionales, pero eso no pasa por presentar como requerimientos de Estados Unidos reformas a varias leyes, entre éstas las laborales y de seguridad social, así como la eliminación de las preasignaciones para municipalidades y universidades, única forma actual de alguna descentralización financiera, porque el Estado es el más moroso en sus obligaciones financieras, las pruebas sobran, cuando no se trata de deuda externa. Todo esto bajo el principio constitucional de que los tratados internacionales están por encima -reorman tácitamente- las leyes nacionales con las que estén en contradicción. El riesgo en el TLC y en cualquier negociación internacional, es que la debilidad de los negociadores signifique el predominio de los negociantes. (El Comercio, 5 mayo 2004, p. A. 4)

DEFENSORÍA PÚBLICA NACIONAL EN MATERIA PENAL: LAS CONSECUENCIAS DE SU INEXISTENCIA EN EL DERECHO DE DEFENSA

Rodrigo Aguayo Zambrano

INTRODUCCIÓN:

Nuestra Constitución es clara al garantizar al ciudadano el Derecho a la Defensa, enmarcado dentro del respeto de su dignidad como persona y que el Estado dote de la seguridad jurídica necesaria para establecer la existencia de este Derecho.

En el Ecuador vemos que la inseguridad jurídica inicia desde lo más elemental, la inexistencia de un órgano especializado que se encargue de la defensa de las personas que necesitan la intermediación de un abogado gratuito para la solución de sus problemas penales, lo cual en nuestro país no existe y consecuentemente la Defensa cae a veces en manos de abogados que no saben defender los intereses de su cliente y apuntan por medio de un alegato preparado al apuro a la culpabilidad de su "defendido" y entregarlo a una fría cárcel por el resto de su vida.

En los Tribunales Penales de nuestro país, la realidad es tan paupérrima que es común ver que los abogados de oficio son escogidos "a dedo" o que los Defensores Públicos son tan pocos que manejan con polivalencia casos de todas las ramas litigiosas del Derecho o que también se somete al abogado a la defensa obligada a todo el mundo por deber ético en algunos casos, por caridad comunitaria o en algunos casos para no ser presa de la sanción establecida en la Segunda Transitoria del Código de Procedimiento Penal.

A lo largo de este trabajo vamos a analizar esta realidad por medio de un estudio demostrativo que prueba a usted, Señor Lector, que la falta de la Defensoría Pública Nacional, como Sujeto de un Proceso Penal transparente, en el Ecuador es una utopía gracias a la inacción de los Poderes del Estado que no están conscientes de esta necesidad del pueblo y del deber constitucional que la Carta Magna impone a nuestros representantes para el respeto de los Derechos de las Personas.

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA NACIONAL

La Constitución actual en su Artículo 24 número 10 establece que "Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual y de toda persona que no disponga de medios económicos".

¹ Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, Ayudante de Cátedra de Introducción al Derecho Penal. Ex - Ayudante de Cátedra de Instituciones del Derecho Penal I, (Teoría del Delito) y Criminalística, Secretario de la Asociación Escuela de Derecho 2.004.

Con lo establecido en la norma constitucional, vemos que el Legislador Constituyente, ajusta la norma a la realidad de Estado Social de Derecho del Artículo 1 del mismo cuerpo normativo, pero esta norma va mas allá de lo Penal; ya que se establece la Defensa con el principio rector de defender al que menos tiene y al más desprotegido o al que por sus condiciones podría desconocer sus derechos y no hacerlos valer. Pero para el establecimiento de esta defensa no solamente es necesaria la existencia de una norma de carácter constitucional, sino la existencia de instituciones que ayuden a aplicar a esta norma y no la hagan impracticable.

Y esto es lo que sucede en materia de Derecho Penal, con la Defensoría Pública Nacional, que es una institución que debe existir para que ninguna persona quede en estado de indefensión, porque a pesar de estar establecida en el fundamento constitucional y en el Art. 74 del Código Adjetivo Penal, para lo que a nuestra materia se refiere, la realidad es que existen pocos defensores públicos, en el caso de Quito cuatro en la Función Judicial, que ante el gran número de casos de todas las ramas del Derecho, deben trabajar hasta el quíntuple para poderlos despachar.

Esta realidad antes mencionada es palpable en nuestro país y ha sido tomado en cuenta por destacados tratadistas estudiosos del Proceso Penal y sus partes, un ejemplo tenemos en lo citado por el Dr. Ricardo Vaca Andrade, en su obra Manual de Derecho Procesal Penal, quien indica que la Defensoría Pública Nacional "debe ser independiente de la Función Judicial, se organizara de conformidad con su ley orgánica y reglamento correspondiente²".

LA DEFENSORÍA PÚBLICA NACIONAL COMO INSTRUMENTO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Dentro de todo ordenamiento jurídico, para que sea aplicado de la mejor manera es necesario que este atienda a las necesidades de la colectividad y uno de los elementos de la seguridad jurídica, según mi criterio, es la concatenación de la norma escrita con la realidad, esto es posible por medio de la puesta en práctica de la norma para que esta no se convierta en una "Ley de papel".

En el caso del Ecuador vemos que lo previsto en el Artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, establece una institución para la protección del Derecho a la Defensa de forma autónoma y organizada, procurando la defensa de forma especializada a quien pida el auxilio de la justicia y para que sea atendido por los organismos competentes en el momento que lo necesite.

² VACA ANDRADE, Ricardo, MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL. TOMO I, Quito - Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2.003, pág. 146.

La creación de esta institución logrará en un futuro inmediato hacer posible la eficacia de los Principios del Proceso Penal, trayendo en consecuencia la aplicabilidad de una seguridad jurídica eficiente y respetuosa de la realidad en la que nos hallamos inmersos, ya que el mismo texto legal adjetivo en su Artículo 77 otorga la seguridad jurídica al obligar y responsabilizar al Defensor a intervenir hasta el fin de la causa penal, siendo positiva la intención legislativa y no la práctica necesaria de esta necesidad de las personas para confiar en la justicia y sobretodo para mantener un equilibrio dentro de la interacción de un proceso penal, ya que vemos que dentro del Sistema Acusatorio Oral es necesaria la existencia de una relación entre iguales y no una relación desigual de todos contra todos en contra de quien cometió un atropello a la seguridad pública de la sociedad.

Por lo tanto, se completaría el Principio del Debido Proceso en materia Penal, ya que se harían aplicables las funciones del patrocinio en juicio, que según Véscovi³ son: la de representar a las partes en los actos procesales y la de dirigir la defensa ante el tribunal.

En este caso, la institucionalidad tanto física como legal de la Defensoría Pública Nacional haría aplicables las funciones antes mencionadas e igualmente la intermediación procesal al especializar al Defensor, cosa que no existe en el país y que a veces declara culpables a gentes inocentes o aplica penas injustas, gracias a la falta de preparación o a la improvisación en la defensa⁴.

Estos cambios pueden ser logrados con la solo existencia de voluntad política y ajustar el presupuesto estatal para lograr este propósito, dejando de lado ideas políticas y técnico presupuestarias para dar lugar a la aplicación de la seguridad jurídica como una de las formas de respeto a los Derechos Humanos, ahorrando al Estado de indemnizaciones por violaciones a estos Derechos Personalísimos reconocidos, a la Persona, por principios de Derecho Natural y de Derecho Positivo.

Esta falencia esta siendo continuamente evaluada y en el caso de los estudiantes de derecho esta fue analizada en el Encuentro Nacional Jóvenes Universitarios "Reforma Judicial y Democracia", organizado por la Coalición Nacional por la Justicia en la ciudad de Quito⁵ y la realidad analizada fue que en el Ecuador una de las causas para que no exista seguridad jurídica es la falta de Ampliación para el acceso a la justicia, es decir, la desatención del Estado a quien necesita acudir o defenderse ante los órganos competentes de la

³ VÉSCOVI, Enrique, TEORÍA GENERAL DEL PROCESO, Santa Fe de Bogotá – Colombia, Temis, 1.999, pág. 193.

⁴ Es común ver en la práctica penal, que la mayor cantidad de veces los abogados defensores de oficio son comunicados horas antes de la práctica de la diligencia judicial, comúnmente en audiencias de juzgamiento ante los Tribunales Penales, lo cual en algunos casos llega a forzar a varias situaciones como defenderlo improvisadamente o en algunos casos utilizar la "trampa de moda" de no llevar al detenido a presentarse a la mencionada audiencia para aplicar disposiciones constitucionales como el Artículo 24 de la Constitución y que salga en libertad, dando paso a la impunidad que es otra de las muestras de la inseguridad jurídica inexistente en el Ecuador.

⁵ Las conclusiones de la mesa de "Evaluación del Nuevo Sistema Procesal Penal", las podrá encontrar en www.coalicionjusticia.org/.

justicia, y esto es lo que pasa al no existir instituciones que los ayuden, de forma técnica en su defensa, por que como todos sabemos que todos proceso penal llega a aplicar las normas⁶ contenidas en el Código Sustantivo-Penal, y para esto el Estado como único titular del ejercicio del control social, por medio del Derecho Penal deberá garantizar a los ciudadanos la mejor forma de aplicar sus normas, estableciendo, como ya lo dije antes, relaciones entre iguales, ya que debemos estar conscientes que dentro de un Proceso Penal, como lo explica el Dr. Ricardo Vaca Andrade⁷ nos encontramos "en un espacio parecido a un "cuadrilátero de boxeo", cuyos integrantes son el Fiscal, el Acusador Particular, en la una esquina y en el lado contrario se encuentran el Defensor y el Imputado o Acusado⁸, conformando una relación entre iguales asemejada a las "patas de una mesa", en la que si una de estas partes faltara no se podría llevar a cabo el proceso penal". Por lo que al hacer eficiente esta relación procesal, aplicamos el criterio aportado por el maestro Humberto Bobbio, que establece que la Ley debe ser "justa, válida y eficaz"⁹.

Comparto el criterio de Juan Carlos Mejía¹⁰, quien establece que "la seguridad jurídica es el presupuesto y el antecedente de todos y cada uno del resto de los derechos constitucionalmente protegidos", y es cierto ya que el Derecho a la Defensa, el Debido Proceso y los Principios del Proceso Penal, son parte de los principios constitucionales y necesitan de la Seguridad Jurídica para ser eficaces e instrumento de aplicación de la justicia, necesitan de instituciones reales y este es el caso de la Defensoría Pública Nacional.

En el Ecuador si queremos tener seguridad jurídica, es necesario que esta sea aplicada y que las instituciones creadas empiecen a funcionar, en el caso de la Defensoría Pública Nacional, esto no se traduciría solamente a un edificio o un equipo grande de trabajo, sino a un conglomerado de trabajo que sepa de Derecho Penal y que represente a los intereses del imputado o acusado de manera responsable, tal como el Ministerio Público lo hace con los intereses del Estado.

CREACIÓN TEÓRICA Y REALIDAD PRÁCTICA DE LA DEFENSA PÚBLICA NACIONAL

Como lo observábamos en líneas anteriores, el Código de Procedimiento Penal del año 2.000, crea un nuevo organismo llamado "Defensoría Pública Nacional", con el fin de garantizar los derechos del imputado establecidos en los Artículos 23 y 24 de la Carta Magna Nacional.

⁶Para entender mejor la relación de Titular y Destinatario del Derecho Penal, recomiendo revisar: SACOTÓ DE MERLYN, Pilar. COMPENDIO DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL, Quito - Ecuador, Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, 1.995, pág. 145.

⁷Apuntes de Clase tomados por mí, en el Segundo Semestre 2.003 - 2.004 en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, en la materia Derecho Procesal Penal I, impartida por el catedrático antes mencionado.

⁸Las denominaciones de esta parte procesal, según el Código de Procedimiento Penal, actualmente en vigencia, van cambiando de acuerdo a la etapa en la que se halle el proceso.

⁹Concepto emitido en el Encuentro Nacional de Jóvenes Universitarios "Reforma Judicial y Democracia", por el Dr. Farith Simón Campaña, catedrático de la PUCE.

¹⁰MEJÍA, Juan Carlos. SEGURIDAD JURÍDICA, Artículo tomado de la Revista Ruptura 2.002, Tomo III, Quito - Ecuador, Asociación Escuela de Derecho de la PUCE 2.002, pág. 88.

Esta reforma penal es parte de la adecuación de la Oralidad de los Procesos Judiciales en el ordenamiento nacional, establecido en el Art. 194 de la Constitución expedida por la Asamblea Nacional Constituyente de 1.998, contempla que "La sustanciación de los procesos que incluye la presentación y la contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios dispositivo, de concentración y de inmediación".

Para la protección de estos principios y para que estos sean aplicables, por normas inferiores, el Congreso Nacional del Ecuador expidió en uso de sus facultades legislativas, en el 2.000, un nuevo Código de Procedimiento Penal para sustituir al anterior que era muestra de un proceso de carácter inquisitivo y ajustar el proceso penal a la oralidad procesal antes mencionada.

En lo referente a la Defensa Pública, al ser una de las partes del Proceso Penal, esta fue incluida en el mencionado Código Adjetivo, hoy en vigencia, por medio de los Artículos 74 hasta el 78, en los cuales se crea este organismo con sede principal en la Capital de la República y competencia en todo el territorio del país, con el fin de encargarse del patrocinio de los imputados que no hayan designado defensor. Esta norma en la teoría establece el respeto de los derechos constitucionales del imputado, al garantizar de mejor manera su derecho a la defensa. Igualmente establece que las atribuciones de esta institución y su organización se regirán por medio de su Ley propia y correspondiente Reglamento, procurando que exista un número necesario de defensores; obligando a éstos a actuar hasta que el imputado designe su defensor.

Estas normas consagran en la teoría el acceso a la justicia, en un sentido amplio, en el cual ninguna persona quede en estado de indefensión y sobretodo pueda acceder a su igualdad ante la justicia. Esta prescripción teórica de la norma, ha sido evaluada no solamente en el Ecuador, sino en otros países latinoamericanos en la que la realidad práctica, no difiere mucho de la nuestra.

En ensayo publicado por María Fernanda López Puleio¹¹ en la materia de Defensa Pública vemos que esta ha sido manejada igualmente que en el Ecuador con prevalencia en la creación del Ministerio Público, como representante del Estado, y sin dar el mismo valor jurídico a la creación de la Defensoría Pública en materia de Derecho Penal.

Esto es lo que ocurre en el Ecuador, país que en la teoría si dispone de normas que crean este tipo de organismos de defensa, pero que en la práctica no hay aquella institución que confronte al poder del estado, en beneficio de los

¹¹ Defensora Pública Oficial Adjunta de la Defensoría General de la Nación Argentina. Ensayo publicado en la Revista Pena y Estado, Número 5, documento dado como material de trabajo del Encuentro Reforma Judicial y Democracia de la Coalición Nacional por la Justicia, Junio del 2.004.

¹² LÓPEZ PULEIO, Op. cit. pág. 24

imputados que no tengan el dinero suficiente para pagar a un abogado especializado en esta materia, optando con frecuencia a escoger caminos como ir a un consultorio jurídico gratuito (algo benéfico para que su causa sea manejada con responsabilidad), aceptar el Defensor de Oficio puesto por el juez u optar por autoinculparse para no seguir gastando más.

La tendencia de la Defensa Pública Técnica, a criterio de López Puleio, se basa en el Principio de Confianza que debe tener el imputado en este caso a su abogado defensor ya que dentro de la misma inmediación judicial existe además un marcado principio de contradicción que debe ser realizada en situación de paridad de los contradictores (Ministerio Público, Acusador Particular y Defensor e imputado).

La misma autora, en su ensayo, establece que esta Defensa Técnica, es la garantía del principio procesal de "Nulla probatio sine defensione", establecido además de nuestra legislación interna, en instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por el Ecuador, tales como, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para esta aplicación de la Defensa Pública establecemos que puede ser aplicada y tiene la garantía legal suficiente y solamente falta que se apruebe este funcionamiento de la Defensoría Pública Nacional, para hacer efectiva la seguridad jurídica en esta Reforma Judicial y así lograr este ideal de justicia y seguridad que buscamos para perfeccionar a nuestro sistema procesal.



PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y VEEDURÍAS CÍVICAS

Rafael Cocíos Núñez

"No puede haber grandes dificultades cuando abunda la buena voluntad"
Nicolás Maquiavelo

La corrupción es uno de los males de nuestro tiempo. En el Ecuador se encuentra enraizada en todas partes, ha llegado inclusive a las más altas esferas del poder público; podríamos decir que esta lacra social ha contaminado todo, incluyendo a la Iglesia, a las Fuerzas Armadas, a la Policía, a instituciones públicas y privadas y a la misma sociedad civil. Como se observa, la corrupción es una situación real en nuestro país, la misma que lleva como elemento intrínseco la "escasa moral" en las personas, entendida ésta, como la falta de valores éticos que se suma a la indiferencia y desmoralización total de las personas con respecto a este grave fenómeno que termina a la sociedad.

Son diversas las causas de la crisis moral, así brevemente citemos algunas: la pérdida de valores en el hogar, en la escuela, en la universidad; la pobreza y la marginalidad creciente en la sociedad; el contagio a través de la televisión de conductas delictivas toleradas; el deseo de enriquecimiento fácil y rápido por parte de personas inescrupulosas que no le temen a nada ni a nadie y cometen constantes abusos en perjuicio de los demás y del Estado.

Son muchos los ejemplos de corrupción, entre éstos podemos citar algunos casos sonados, como: el arroz con gorgojo, feriado bancario y la congelación de los depósitos privados, la compra del avión Fokker, Flores y Miel, gastos reservados, mochila escolar, negociado con ropa usada, caso Peñaranda, piconazgo en el Congreso, en el Municipio de Guayaquil los fondos del público robados por banqueros corruptos, la violación de procedimientos en la contratación pública (licitación y concurso público de ofertas), las evasiones aduaneras y el contrabando, los fideicomisos sobrevalorados utilizados para garantizar a la AGD, los contratos petroleros y de telecomunicaciones, a la sombra de los cuales se han enriquecido algunos funcionarios públicos, negociados de todo tipo y magnitud, hechos que ensombrecen el panorama nacional y que llevan a que el pueblo proteste ante tanto latrocinio, reivindicando sus derechos como legítimo titular del poder soberano.

El comportamiento ciudadano ha ido cambiando a través de los tiempos, sobre todo ha tenido que adaptarse a una realidad cada vez más adversa donde la impavidez y la pasividad ya no tienen cabida. La capacidad de indignación del ciudadano lleva a un cuestionamiento del modus operandi, es decir, del modo de obrar y actuar frente a la corrupción y a la realidad nacional. Hoy en día, se pueden distinguir varios niveles de capacidad de indignación:



a) Emotivo.- En este nivel de indignación se puede colocar la opinión y la crítica del ciudadano común con respecto a la corrupción y a los hechos cuestionables. Hoy, las personas ya no se quedan calladas con el robo, ni con los atracos que realizan los funcionarios públicos y privados. Los editorialistas, opinando sobre la corrupción, critican estos hechos y tratan de recordar a la opinión pública los principios morales para que el país no sucumba en el caos. Así, el Dr. Fabián Corral en uno de sus editoriales expresa lo siguiente: "Estamos asistiendo a un acelerado proceso de degradación que aqueja al Estado y a sus instituciones, pero también –lo que es más grave – a la sociedad y a sus miembros, porque lo que están muriendo son los valores, es decir, aquello que ennoblece la vida humana y da sentido a la libertad y a la democracia, que si carecen de contenidos éticos, se convierten en bárbaras máscaras que pervierten el concepto de ciudadanía que antes que otra cosa es simplemente, una virtud."

b) Movilización de personas.- Muchos individuos se agrupan y salen a las calles a luchar contra la corrupción. Ahora los ciudadanos protestan y llaman a que se investigue cualquier acto dudoso. Así, por ejemplo, los presos protestan por la corrupción en la administración de justicia, por la falta de aplicación de leyes como las que corresponden a las rebajas, a su rehabilitación, entre otras. Así mismo, salen los jubilados a protestar por sus pensiones irrisorias, aduciendo que el dinero que les corresponde el gobierno despilfarra en otros asuntos. Los ciudadanos del país han realizado también marchas espontáneas como la denominada Marcha Blanca, que congregó a miles de quiteños reclamando a sus autoridades que garanticen seguridad y una buena y oportuna administración de justicia.

c) Organizaciones.- Ciertamente, en la actualidad, se aprecian ciertas movilizaciones de gente organizada que unen sus esfuerzos para luchar por una causa común. Entre estas organizaciones se encuentra Participación Ciudadana, la misma que está conformada por voluntarios a nivel nacional que promueven el liderazgo democrático, la transparencia en las actividades públicas y en los procesos políticos. Participación Ciudadana busca consolidarse como un actor político no partidista a nivel nacional y local que promueva un pacto ético y político entre gobernantes y gobernados. Otras organizaciones y fundaciones han apoyado determinadas iniciativas para realizar conferencias y seminarios con respecto a un cuestionamiento y análisis de la realidad nacional. Así, en el Ecuador, se han llevado a cabo varios foros como el de "Política ética, un paradigma necesario", el mismo que forma parte del proyecto denominado "Reconstrucción Ética del Ecuador". Prestigiosos ecuatorianos han tratado el tema de la ética, respondiendo las inquietudes de representantes de diferentes sectores de la sociedad civil. El objetivo general de estos encuentros ha sido la erradicación definitiva de la corrupción que tanto daño hace al país. Estos eventos foros han recibido el respaldo de varias fundaciones, como la Fundación Ecuatoriana de Investigación y Desarrollo (Fedined), al igual que el apoyo incondicional de los colegios profesionales.

d) **Institucionalidad.**- En el Ecuador, se ha creado la Comisión Cívica para el Control de la Corrupción, la misma que tiene como objeto realizar las acciones necesarias para prevenir, investigar, identificar e individualizar los actos de corrupción. Además, ésta también busca difundir valores y principios de transparencia en el manejo de los asuntos públicos. La creación de esta Comisión tiene como antecedente la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita por el Ecuador y promovida por la OEA. En el país también existe la Contraloría General del Estado, la misma que es un organismo técnico superior de control que fiscaliza los ingresos, gastos, inversión, utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos. De igual manera, el Municipio de Quito cuenta con una Comisión Anticorrupción que recepta las quejas de los ciudadanos frente a los hechos de corrupción que se dan en el propio Municipio. Esta Comisión ha dado excelentes resultados.

A nivel internacional, distintas organizaciones han protestado contra la corrupción y los atropellos en los distintos países. Así, la Comisión de Transparencia Internacional ha realizado una clasificación mundial de los países más corruptos, en la que, lastimosamente, nuestro país ha ocupado los primeros sitios, llegando incluso a ser considerado como el más corrupto cuando estaba en la vicepresidencia, Alberto Dahik. Además, hay distintas organizaciones no gubernamentales, como Green Peace, que protestan contra la corrupción por falta de control ecológico y ambiental.

Empoderamiento de la Sociedad Civil y Veedurías

La frase "empoderamiento de la sociedad civil" ha tomado fuerza en los últimos años, pues ésta empieza a manejar un posicionamiento ético/moral desde la perspectiva de país. Aparecen los observadores o veedores en los distintos ámbitos de la actividad nacional. Empiezan a organizarse asociaciones barriales, parroquiales, cantonales, entre otras, las mismas que vigilan el comportamiento de sus autoridades y de los moradores. Estos observadores son necesarios en una sociedad cuando ésta ha demostrado falencias y debilidades como la coima, la mentira y la corrupción en general. Algunos ciudadanos se han constituido en observadores de los procesos electorales, administrativos y sociales.

La Ordenanza 046 emitida por el Concejo Municipal de Quito y publicada en el Registro Oficial 240 del 9 de enero del 2001, agregó al Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito el capítulo denominado "De la Participación de la Comunidad". En éste se consagra un Sistema de Gestión Participativa con el fin de institucionalizar la intervención civil en las actividades del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. El artículo I. 60-B.- de este cuerpo legal establece: "Son componentes del Sistema de Gestión Participativa:

a) La formulación de políticas con la participación de la comunidad, a través de un diálogo constante y permanente entre los habitantes del Distrito y el Gobierno Municipal durante el proceso de planificación, ejecución,

- seguimiento y evaluación de las políticas, programas, proyectos y actividades del Municipio;
- b) Deliberación social y participación ciudadana en la formulación y control social de la ejecución del presupuesto municipal;
 - c) Gestión compartida a través de la incorporación de la población en la toma de las decisiones y en la puesta en marcha y control social de los programas y acciones que deben realizarse para responder a las demandas de la comunidad;
 - d) Control social mediante el seguimiento, fiscalización y evaluación de la gestión municipal;
 - e) Intervención de los veedores cívicos."¹

Cabe recalcar que la intervención de los veedores cívicos como parte del Sistema de Gestión Participativa fue introducida últimamente mediante la Ordenanza 0103, emitida por el Concejo Municipal de Quito y publicada en el Registro Oficial 202 del 31 de octubre del 2003. Esta misma ordenanza define a los veedores cívicos como "habitantes del Distrito, que debidamente acreditados por el Municipio Metropolitano, en virtud de su reconocida solvencia moral, coadyuvan y procuran la seguridad y el orden público en el Distrito Metropolitano, protegiendo los intereses de la sociedad, contribuyendo al respeto y cumplimiento de las ordenanzas y resoluciones municipales por parte de funcionarios y de los ciudadanos de su jurisdicción a través de la vigilancia y las denuncias respectivas..."² De lo anterior, se desprende que los veedores cívicos son ciudadanos modelo de la sociedad llamados a vigilar y controlar la gestión de la administración y el comportamiento de los demás ciudadanos de su jurisdicción. Cabe recalcar que la intervención cívica de los veedores no tiene remuneración alguna, pues se trata de un cargo ad-honorem de servicio a la comunidad.

La labor de dichos veedores cívicos no es improvisada, pues se requiere de cierta capacitación respecto a las labores, obligaciones, deberes y regulaciones metropolitanas, que les permita llevar a cabo su función de control y vigilancia en aras de una óptima participación. "Los veedores cívicos, serán designados por el administrador zonal respectivo, durarán un año en sus funciones, pudiendo ser reelegidos por un período igual. Su credencial expedida por la Municipalidad servirá de identificación ante la ciudadanía y las autoridades municipales quienes le prestarán la colaboración y el debido respeto."³

Entre los requisitos para ser veedor cívico, el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito exige: "tener al menos dieciocho años de edad; estar en ejercicio de sus derechos civiles y políticos; acreditar buena conducta y honorabilidad; no haber sido sentenciado con pena de reclusión; procurar

¹ Art. 2 de la Ordenanza 046, R.O. 240, 9-I-2001 - Concejo Municipal de Quito

² Art. 1 de la Ordenanza 0103, R.O. 202, 31-X-2003 - Concejo Municipal de Quito

³ Ibid

mediante su ejemplo y accionar, el orden público y la seguridad ciudadana en el territorio de la respectiva Administración Zonal.¹⁴ Así, los sujetos designados como veedores se entiende que son personas probas, íntegras, transparentes, con una formación sólida en valores, fieles a sus principios éticos/morales, pues son ellos los llamados a examinar ciertas acciones, comportamientos y conductas ajenas.

La actuación de los veedores cívicos, enmarcada dentro de la regulación metropolitana, debe garantizar la paz, el orden público y la seguridad en su circunscripción. Igualmente, están llamados a velar por el respeto de los derechos humanos (especialmente el de niñas, niños, mujeres, personas de la tercera edad y discapacitados) y a coordinar con la comunidad programas de respaldo a la administración Municipal dentro del Distrito Metropolitano de Quito. Los veedores cívicos controlarán también el cumplimiento de las disposiciones metropolitanas, relacionadas al ornato, tránsito, buena conservación del medio ambiente y aseo de la ciudad. Deberán trabajar mancomunadamente con las organizaciones barriales e institucionales, al igual que con las diferentes administraciones zonales, canalizando sugerencias, recomendaciones y denuncias.

CONCLUSIÓN

La ética/moral tiene actualidad en el Ecuador. Esto se aprecia claramente en los distintos niveles de capacidad de indignación que tienen los individuos para cuestionar ciertos actos que consideran reprochables. Para realizar estos juicios de valor, ciertamente las personas deben partir de parámetros y principios éticos/morales mínimos que deben ser respetados por todas las personas que conforman una sociedad. La corrupción y en general los actos de atropello que se suscitan a diario, han provocado que la ciudadanía intervenga directamente para frenar tanta inmoralidad, la misma que ha confundido muchas veces lo que es correcto con lo incorrecto. Hoy en día, ya no se aprecia una cultura tolerante con el pícaro, el ladrón, el mentiroso y el sinvergüenza. Estamos viviendo una época donde se apunta y señala con el dedo a los corruptos, cosa que no existía hace algunos años. La sociedad ha reaccionado positivamente y hoy está dispuesta a pedir cuentas a cualquier ciudadano, funcionario y gobernante. Es triste que tengan que darse actos tan aberrantes para que una sociedad reaccione y reivindique sus valores, venidos tan a menos en estos últimos días. Aspiro a que en un futuro no muy lejano, tengamos una sociedad donde, gobernantes como gobernados, actúen apegados a la ley, la moral y las buenas costumbres, donde cada individuo sea el veedor de sus propios actos.

¹⁴ Art. 1 de la Ordenanza 0103, R.O. 202, 31-X-2003 - Concejo Municipal de Quito

CUALES SON LOS REQUISITOS QUE EL ESTADO DEBE CUMPLIR PARA QUE EL DERECHO DE CONSULTA SEA GARANTE DE OTROS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

María del Carmen Vivar Aguirre

En la actualidad, el tratamiento del derecho de consulta como un derecho colectivo del cual son titulares los pueblos indígenas confronta varias imprecisiones y una constante interpretación restrictiva por parte de los Estados.

La importancia que tiene el ejercicio de este derecho por parte de los integrantes de las comunidades indígenas frente a la explotación de recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios y sobre los cuales la mayoría de Estados latinoamericanos posee titularidad es inminente y adquiere gran relevancia al momento de proteger los distintos derechos colectivos sobre los cuales tienen titularidad los pueblos indígenas.

En este sentido, a partir del análisis de disposiciones legales, jurisprudencia del Sistema Interamericano y a través del estudio del trabajo de tratadistas influyentes en el tema, se pretende identificar los requisitos mínimos necesarios a cumplirse por parte del Estado para respetar el derecho de consulta, derecho que a su vez es garantista de otros derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Como se desprende de las líneas introductorias, la presente ponencia está limitada al derecho de consulta como un derecho colectivo de los pueblos indígenas por lo que su tratamiento estará dado en este sentido mas no como un derecho difuso cuyo fundamento se encuentra en la protección del medio ambiente.

Principios sobre los que se fundamenta el derecho de consulta

Para tener una amplia concepción del fundamento del derecho de consulta es necesario partir de un breve análisis del derecho de propiedad colectiva que gozan los pueblos indígenas.

El caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni,² constituye un precedente jurisprudencial de gran importancia en la comprensión de este tema, ya que constituye un hito trascendental en el que por vez primera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con la tendencia progresista de los derechos humanos, realiza una interpretación evolutiva de los instrumentos jurídicos internacionales y reconoce el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas como forma comunal de propiedad sobre los recursos naturales tradicionales.

Es importante señalar que este fallo no se dio de manera aislada, pues en ocasiones anteriores la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos había manifestado reiteradamente que el derecho



² Ponencia presentada en el IV Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. 16 de agosto de 2004. Quito, Ecuador.

¹ Estudiante egresada de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

³ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Sentencia 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

de propiedad que gozan los pueblos indígenas demanda la adopción de medidas especiales,³ en virtud de que "la tierra constituye para los pueblos indígenas una condición de la seguridad individual y de enlace de grupo".⁴ Estas medidas especiales de protección se sustentan en el reconocimiento de la conexión especial que tienen las comunidades indígenas con la tierra, como fundamento para sus culturas, vida espiritual, integridad cultural y supervivencia económica.⁵

Con estos antecedentes podemos comprender las múltiples dimensiones del vínculo esencial existente entre las comunidades indígenas y sus tierras, vínculo que demanda del Estado la adopción de medidas especiales y la creación de procedimientos e instituciones necesarias para dotar de protecciones adicionales a esta de clase grupos vulnerables con el fin de asegurar verdadera igualdad de garantías entre sus pobladores.⁶

Es así como de conformidad con el principio de no discriminación e igualdad ante la ley, una de las medidas especiales a la cual están sujetos los Estados para la adecuada protección de la multidimensionalidad del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, es precisamente el respeto y garantía del derecho de consulta que tienen las comunidades indígenas para adoptar medidas necesarias con el afán de salvaguardar sus derechos colectivos y proteger los recursos naturales necesarios para su pervivencia.

Asimismo, el derecho de consulta; visto dentro del contexto del derecho de propiedad colectiva, se fundamenta en el principio general de derecho internacional conocido como "autodeterminación interna" ya que permite a los miembros de los pueblos indígenas el control efectivo sobre un determinado territorio, así como la conducción de su desarrollo económico, social y cultural de acuerdo con sus normas y valores propios, proporcionándoles un grado de autonomía⁷ que a su vez les garantiza la supervivencia de su integridad física y cultural,

³ CIDH, Informe No. 12/85. Caso. 7615, Yanomami (Brasil), 5 de marzo de 1985, en INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS AÑOS, pág. 24, 31, OEA/Ser.LV/II.66, doc.10.rev (en adelante caso Yanomami). CIDH, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Ecuador. OEA/Ser.LV/II.96, doc.10.rev.1 (1997) (en adelante Informe Ecuador)

⁴ CIDH, Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú. Cap.X. OEA/Ser.LV/II.106, doc.59.rev.1 (2002) párr. 16 (en adelante Informe Perú)

⁵ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, en INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 2002, párr.131, OEA/Ser.L/II.117, Doc.1, rev (en adelante caso Dann)

⁶ Caso Awas Tingni, supra, párr. 149

⁷ La "prevención de la discriminación, por una parte, y la implementación de medidas especiales para proteger a las minorías, por otra, son simplemente dos aspectos del mismo problema: el de la plena garantía de igualdad de derechos para todas las personas". Informe Ecuador, supra, (citando a F. Caportoti, Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, párrafo 585 (Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1991), (en adelante Informe de Ecuador). Esta cita se corrobora en palabras de la Comisión al establecer que "el respeto y protección de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas en sus territorios es de igual importancia que la protección de propiedad no indígena, y, es un mandato del principio fundamental de no discriminación establecido en el artículo II de la Declaración Americana". CIDH, Informe No. 96/03, Caso 12.053, Comunidades Indígenas del Distrito de Toledo (Belice), 24 de octubre de 2003, párr. 118. Este Informe no ha sido publicado oficialmente en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; sin embargo, puede ser encontrado en la página web del Centro Indígena de Recursos Legales www.indianlaw.org (última vez visitada el 15 de marzo de 2004). La traducción es de la autora. (en adelante caso de las Comunidades Maya)

además de la preservación de sus estructuras políticas y jurídicas. Vemos de esta manera cómo el derecho de consulta, a partir de dos principios de jus cogens como son el principio de no discriminación e igualdad ante la ley y el principio de autodeterminación interna, garantiza otros derechos colectivos y a su vez, mediante su adecuado ejercicio, respeta las relaciones interculturales existentes en un Estado multinacional.

Adicionalmente, este derecho reafirma el espíritu del principal instrumento jurídico de carácter internacional relacionado con el tema; el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, cuya promulgación se dio con el propósito de cambiar la visión integracionista y asimilacionista que se había dado con el Convenio 107 de la OIT que lo antecedió, dotando a los pueblos indígenas de mayor representatividad al momento de tomar decisiones que les compete.

Así lo confirma el abogado especialista en derecho de los pueblos indígenas, Fergus Mackay, quien establece que el propósito principal del Convenio 169 es reconocer el principio de respeto a la identidad y pretensiones de los pueblos indígenas y además proporcionarles la oportunidad de consultas en las que se cuente con la participación de estas poblaciones en las decisiones que les afectan.⁸ Sin embargo, el mismo autor manifiesta que se han realizado críticas muy fuertes a este Convenio, especialmente por miembros de comunidades indígenas, quienes argumentan que existe falta de precisión en cuanto a los conceptos de autodeterminación, provisiones muy débiles respecto a tierras, territorios, recursos y relocalización, falta de estándares en cuanto al consentimiento y el ausencia de participación significativa de los pueblos indígenas en los procesos de revisión de las políticas estatales. Estas alegaciones serán estudiadas más adelante en lo que compete al derecho de consulta.

Por otro lado es necesario afirmar que el derecho de consulta promueve también el ejercicio de la democracia representativa, regida en base a conceptos y principios de participación ciudadana por lo que su ejercicio puede ser tratado como una manifestación de los derechos políticos de las personas (en este caso de los miembros de las comunidades indígenas) quienes se ven facultados para participar en la dirección de los asuntos públicos⁹.

Requisitos que el Estado debe cumplir para que el derecho de



⁷ André J. Hoekema y William Assies, *La Administración de Recursos: Entre la Autonomía y Co-gestión*. En: Assies, Van der Haar, Hoekema (Eds.) *El Reto de la Diversidad. Pueblos Indígenas y Reforma del Estado en América Latina* Zamora, Michoacán. El Colegio de Michoacán, 2000.

⁸ Fergus Mackay en *Una Guía para los Derechos de los Pueblos Indígenas en la OIT*, tomada de http://forestpeoples.gn.apc.org/Briefings/indigenous%20rights_guide_jul02_eng.html (última vez visitada en febrero de 2004) (en adelante *Guía para los Derechos de los Pueblos Indígenas en la OIT*)

⁹ Norman Grás, *La Consulta como un Derecho Político de los Pueblos Indígenas*, *Revista Juris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Agosto (2002) pág. 41

consulta sea garante de otros derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Una vez explicados los principios generales de derecho internacional sobre los que se fundamenta el derecho de consulta pasamos a explicar el tema central de esta ponencia relativo a los requisitos necesarios que debe cumplir el Estado al momento de consultar a los pueblos indígenas.

Para este análisis utilizaremos las disposiciones del Convenio 169 de la OIT y haremos mención de los Proyectos de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas y de las Organización de Estados Americanos.

El artículo 6 del Convenio 169 establece:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos indígenas, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr consentimiento de las medidas propuestas. (las negrillas son mías) De otro lado el artículo 7 propugna:

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente

3. 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. (las negrillas son mías).

Finalmente en este mismo tema el artículo 15 sostiene:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. (las negrillas son mías)

Previo al análisis del lenguaje de los artículos anteriormente transcritos es necesario hacer ciertas precisiones.

En el Informe de Ecuador de 1997 la Comisión Interamericana señaló que el acceso a la información es un requisito para la participación pública en la conducción de asuntos del Estado. De esta manera se pone en evidencia que antes de comenzar el proceso de consulta debe existir un conocimiento sobre los temas a ser consultados y por lo tanto las personas sujetas a las consultas deben tener información relevante y completa. Además esta información debe ser enteramente comprendida, ya que de nada serviría una consulta en la que los temas a tratarse no hayan sido previamente estudiados y asimilados. En este sentido el derecho de acceso a la información debe estar acompañado de características como la veracidad, transparencia, documentación debida y las consecuencias del impacto durante la ejecución de los proyectos.

Como veremos más adelante el derecho de acceso a la información de las personas consultadas es una forma de manifestación de la buena fe que debe demostrar el Estado al momento de consultar a los miembros de los pueblos indígenas.

Pasamos ahora al análisis del primer requisito; consulta previa. El artículo 6 establece que los pueblos indígenas deben ser consultados "cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". Paralelamente, y en el caso que nos concierne de explotación de recursos naturales pertenecientes al Estado en territorio indígena, el artículo 15 establece



que las consultas deben ser hechas “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

En este punto, debemos distinguir cuál es el espíritu del Convenio con respecto a la temporalidad de las consultas. ¿El Estado está obligado a realizar las consultas cuando promulga una ley o decisión administrativa en la que se prevé la posible explotación de recursos naturales en tierras indígenas, o antes de otorgar concesiones sobre dichas tierras o como lo establece el artículo 15 antes de la fase de exploración y explotación una vez que se ha adjudicado una concesión?

Podemos ver una escala de etapas en las que se puede producir la consulta. Ciertamente esta debe darse en el tiempo suficiente para que se pueda influenciar la decisión final; es decir, antes de la aprobación de las evaluaciones de impacto ambiental, social, cultural y espiritual. A decir de Tara Melish, las consultas deberían darse lo más pronto posible en el ciclo del proyecto de explotación de recursos naturales, posiblemente tan temprano como se den las necesidades de evaluación del proyecto.¹⁰

El segundo requisito con que debe cumplir el Estado se da respecto a las personas a ser consultadas. De los artículos transcritos podemos observar que el lenguaje contenido en ellos hace alusión a las instituciones representativas o los pueblos interesados. La misma Melish manifiesta que la consulta carece de validez si no se la lleva a cabo con las autoridades representativas apropiadas.¹¹ No se puede definir con precisión quiénes son estas autoridades representativas, puesto que dentro de cada pueblo indígena varían, pero debemos estar seguros que estas sean las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas a consultarse. La mayoría de ocasiones sus autoridades las mismas. Es el Estado en el que tiene el deber de velar por que se cumplan, respeten y garanticen los derechos de sus pobladores.

Otro requisito es el de participación y consulta en todas las etapas del proyecto. En palabras de Tara Melish la consulta debe adquirir la forma de un “diálogo sostenido” de tal manera que se puedan expresar puntos de vista y preocupaciones que puedan suscitarse a lo largo del desarrollo del proyecto como respuesta a nueva información, nuevos entendimientos del proyecto y nueva identificación de impactos.

Además la continuidad de las consultas contribuyen a que se dé una forma implícita de monitoreo del proyecto.

Finalmente es menester que el Estado cumpla con la obligación principal de las consultas que es la de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento.

¹⁰ Tara Melish, *New Developments in Law, Policy and Jurisprudence Related to Extractive Industries and Indigenous Peoples Rights: Right to Property*, Center for Justice and International Law (CEJIL), March, 2004 (la traducción es de la autora)

¹¹ *Id.*

Debemos determinar dos situaciones respecto al consentimiento o acuerdo al que debe llegar el Estado con los miembros de las comunidades indígenas. Por una parte y en el caso extremo en que sea necesario por cuestiones de seguridad trasladar a las pueblos indígenas a otras tierras, el Estado dentro del proceso de consultas está constreñido a lograr el consentimiento de los pueblos indígenas tal como lo establece el numeral 2 del artículo 16: "Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa" [...]

En el evento en que no sea necesario reubicar a los pueblos indígenas esto significa que el Estado no está obligado a lograr un consentimiento expreso por parte de las comunidades indígenas o que en otras palabras estos tengan un derecho de veto respecto al desarrollo de los proyectos de explotación del Estado. A decir de Fergus Mackay el Convenio 169 establece que como parte de la buena fe, el Estado al realizar las consultas debe hacerlo con el objetivo de llegar a un acuerdo o consentimiento que no necesariamente implica obtener un consentimiento expreso por parte de los pueblos indígenas. Sin embargo el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas establece un estándar superior al comprendido en el Convenio 169 ya que el artículo 30 manifiesta: "Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos, en particular el derecho a exigir a los Estados que obtengan su consentimiento, expresado con libertad y pleno conocimiento, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras, territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización y explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo"[...].(las negrillas son mías)

En este tema la tendencia que marca el Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas en el artículo XVIII numeral 5 es similar a la del Convenio 169 cuyo sentido está dado en la obligatoriedad de alcanzar un "consentimiento libre, genuino, público e informado" cuando en circunstancias excepcionales de interés público el Estado debe trasladar o reubicar a pueblos indígenas.

Conclusiones

Como se ha expresado a lo largo de esta ponencia, el derecho de consulta no puede ser visto como una formalidad con la que debe cumplir el Estado para proceder a la explotación de sus recursos naturales en territorios indígenas. El derecho de consulta debe ser visto como uno de los pilares garantistas del derecho de propiedad colectiva, que a su vez abarca un sinnúmero de derechos



fundamentales para la protección de la pervivencia de los pueblos indígenas.

Se ha analizado la complejidad de la dimensión de este derecho y vemos que su lenguaje es impreciso y requiere que los Estados adopten responsablemente en sus sistemas jurídicos internos medidas en las que se desarrolle la normativa jurídica internacional. Sin embargo la adopción de disposiciones internas no es la única obligación a la cual están sujetos los Estados, es trascendental que en la práctica las consultas sean llevadas a cabo concientemente y que el Estado asuma un rol activo de nexo entre los miembros de los pueblos indígenas y las compañías adjudicatarias para la explotación de los recursos naturales. Para lograr este objetivo el Estado debe comprender las minuciosidades que se encuentran alrededor de las consultas que está obligado a llevar a cabo, así como contar con funcionarios que posean conocimientos sobre la cosmovisión y el derecho indígena.

Frente a la legislación internacional dos grandes proyectos que contienen los derechos de los pueblos indígenas se están trabajando. Es necesario que estos proyectos se adopten puesto que su contenido va más allá de lo estipulado en el convenio 169 de la OIT e incluye perspectivas de los pueblos indígenas que anteriormente no había sido contempladas.

Finalmente podemos ver que la dimensión del derecho de consulta es muy amplia; requiere del respeto y garantía del derecho de acceso a la información, información que a su vez debe ser relevante, completa y comprendida por los miembros de los pueblos indígenas que participarán en el proceso de consulta. Además para que este derecho sea respetado, garantizado y efectivo, el Estado debe realizar las consultas de manera previa, ante las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, de buena fe, reiteradamente y con miras a llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los miembros de los pueblos indígenas.

Es importante que al momento de realizar las consultas los funcionarios públicos tengan en cuenta los requerimientos anteriormente analizados, la consulta es un derecho que está ligado con el ejercicio de los derechos políticos y para esto es necesario que el Estado reconozca a los pueblos indígenas como sujetos partícipes de la ejecución de las políticas públicas, capaces de influenciar las decisiones que afectan sus tierras, territorios y modo de vida.



EXIGIBILIDAD DE LOS COMPROMISOS ADQUIRIDOS POR EL ECUADOR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Salim Zaidán

"[...] los problemas de derechos humanos no terminan cuando un gobierno se torna democrático"¹.

Aunque en doctrina política una de las características diferenciadoras de un Estado democrático es la protección de los derechos humanos, los Estados de nuestro continente aún no han sido capaces de consolidar un régimen para asegurar su respeto y garantía. A pesar de que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos representó un avance significativo para lograrlo, el espíritu con el que fue concebido no se ha reflejado en las actuaciones de los Estados. Y es que la escasa voluntad de sus poderes para prevenir, investigar, sancionar y sobretodo reparar las violaciones a los derechos humanos ha sido evidente, y el imperio de la impunidad y la injusticia sigue siendo un problema de nuestras débiles democracias.

En el caso ecuatoriano esta realidad es aún más notoria dados los problemas para la exigibilidad de las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante simplemente la Comisión o CIDH) y la ejecución de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante simplemente la Corte). La escasa efectividad que han tenido las recomendaciones y resoluciones dictadas no solo por los órganos de nuestro Sistema Regional, sino en general de otros Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, dan cuenta de la marginación de los temas de derechos humanos de las agendas de las autoridades públicas.

Nuestro Estado siempre se ha caracterizado por ser uno de los primeros en suscribir, adherir y ratificar instrumentos internacionales, sin embargo también ha sido uno de los primeros en inobservarlos y violarlos. Y es que el problema parecería radicar en el desconocimiento por parte de sus agentes no sólo de los instrumentos internacionales sino de las consecuencias que acarrear sus actos. En nuestro medio, los agentes deben estar conscientes que la arbitrariedad de sus actos puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado y a pesar de ello éste puede ejercer su derecho de repetición. Digo esto porque lamentablemente en nuestro país no existe una cultura de respeto a los derechos humanos y se torna necesaria la amenaza de una sanción ante el abuso del poder



¹ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2003, Capítulo I: Introducción, párr. 1.

público para que las normas de protección de los derechos humanos se tornen efectivas. El objeto de este artículo es conocer las herramientas que tienen tanto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como los Estados para cumplir sus compromisos una vez determinada su responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos. Para hacerlo, partiré de un marco general que pretende identificar el fundamento por el cual se puede exigir el cumplimiento de las decisiones emanadas de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Posteriormente me referiré a asuntos más puntuales como el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión y las sentencias de la Corte.

Marco general: Fundamento para exigir el cumplimiento de obligaciones internacionales

La obligación de los Estados de cumplir las decisiones de la Comisión y de la Corte obedece a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados según el cual deben cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Este principio, consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y recogido por la jurisprudencia de la Corte², es claro en señalar que los Estados no pueden invocar disposiciones existentes en su derecho interno para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales y dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida.

Ya en el contexto del Sistema Interamericano, la responsabilidad de exigir el cumplimiento de un compromiso internacional a un Estado, se encuentra confiada a las dos entidades que lo integran. Es así que el artículo 33 de la Convención otorga competencia a la Comisión y a la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en la Convención.

Recordemos también que los Estados Partes en la Convención están llamados a garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Al referirse al efecto útil de las normas de derechos humanos, la Corte ha sido enfática en señalar que este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos, sino también en relación con las normas procesales, como aquellas que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte³. Finalmente debemos recordar que las

² Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párr. 168.

³ CorteIDH, Caso del Tribunal Constitucional, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 36; y Caso Ivcher Bronstein, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 37. Caso Bulacio, párr. 142; Caso "Cinco Pensionistas", párr. 164; y Caso Cantos, párr. 59. Véase también el art. 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Caso Baena Ricardo y otros (270 Trabajadores vs. Panamá), Sentencia sobre Competencia, 28 de noviembre de 2003, párr. 66.

disposiciones contenidas en la Convención deben ser interpretadas y aplicadas de tal manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente el carácter especial de los tratados de derechos humanos⁴.

El cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Como sabemos, la naturaleza cuasi judicial de la Comisión Interamericana⁵ le faculta formular recomendaciones a los Estados sobre la adopción de medidas para contribuir a promover y garantizar los derechos humanos, según el artículo 41, lit. b) de la Convención.

Dentro de la función que cumple la Comisión en la investigación de peticiones individuales, según el artículo 50 de la Convención, sino se llega a una solución amistosa, este órgano puede formular un primer informe con las recomendaciones a los Estados para reparar las violaciones cometidas por sus agentes. En caso de que estas recomendaciones no sean acatadas, la Comisión puede emitir un segundo informe con recomendaciones finales y someter el caso ante la Corte. Si el Estado no cumple estas recomendaciones, la Comisión puede hacerlo público en el Informe Anual que presenta ante la Asamblea General de la OEA. Por lo expuesto, aunque las recomendaciones carezcan de efecto vinculante y según la regla de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶, este término debe ser interpretado conforme a su sentido corriente, no nos cabe duda que los Estados deben realizar sus mejores esfuerzos para no desatender o ignorar las recomendaciones de la Comisión⁷.

En la práctica, preocupa sobremanera el incumplimiento por parte de los Estados de las recomendaciones formuladas por la Comisión. El problema en el caso ecuatoriano, como ya se dijo, es la poca atención que se otorga a los casos de derechos humanos en las instituciones públicas y al preocupante desconocimiento de los funcionarios públicos del contenido mínimo de los derechos humanos y el alcance de las obligaciones de los Estados. Esto hace que, en ocasiones, las instituciones encargadas de la recopilación de información y preparación de alegatos de defensa del Estado reciban de parte de instituciones como la Policía, información irrelevante para los procesos seguidos por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos en contra de nuestro Estado.

⁴ CortelDH, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, párr. 29.

⁵ Aunque muchos cuestionan este carácter comparto aquella línea de pensamiento que cataloga a la CIDH como un órgano cuasi jurisdiccional.

⁶ A juicio de la Corte, en virtud de esta regla de interpretación y considerando que las recomendaciones no tienen el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria, en caso de ser incumplidas no generan la responsabilidad del Estado. CortelDH, Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 67. Caso Gene Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 93.

⁷ CortelDH, Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de setiembre de 1997, párr. 80. Caso Cesti Hurtado, Sentencia de 29 de setiembre de 1999, párr. 186 y 187. Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá), Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 192.



Además a esto tenemos que sumarle las órdenes de las altas autoridades que, en ocasiones, manejan otros intereses de tipo político, privilegiando otros asuntos.

La ejecución de sentencias de la Corte si existe un procedimiento de relevancia en el Sistema Interamericano es el de ejecución de las sentencias dictadas por la Corte, y es que debemos reconocer que "la efectividad de las sentencias depende de su ejecución"⁶, en ir más allá de la simple declaración de derechos violados. Lamentablemente, la buena fe de los Estados para cumplir sus compromisos internacionales no siempre está presente, y se observa en su lugar una demora en el cumplimiento de las sentencias. Esto preocupa no sólo en el trámite de casos contenciosos, sino también en el cumplimiento de las resoluciones de medidas provisionales, que por su naturaleza demandan mayor celeridad en su cumplimiento.

El marco regulador sobre la materia lo encontramos en el artículo 67 de la Convención Americana que dispone que las sentencias de la Corte deben ser prontamente cumplidas por los Estados en forma íntegra y en el artículo 68.1 que estipula que "los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

Como ya lo ha dicho la Corte, la obligación convencional de los Estados Partes de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte vincula a todos los poderes y órganos estatales⁹, de ahí la importancia de la coordinación interinstitucional para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte, que en el caso ecuatoriano, aunque no de manera periódica, se lo hace a través de la Comisión de Coordinación Pública para los Derechos Humanos, creada mediante Decreto Ejecutivo No. 3493, publicado en el Registro Oficial No. 735, de 31 de diciembre de 2002.

Pero la importancia que tiene el cumplimiento de la sentencia no se agota en la buena fe de los Estados sino que deriva de uno de los principales deberes del Estado en materia de derechos humanos. Como sabemos, los Estados tienen el deber de respetar y garantizar los derechos humanos en sus respectivos territorios. La obligación de garantizar supone el deber de prevenir, investigar, sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar el restablecimiento del derecho conculcado y la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos¹⁰. Para entender mejor este deber del Estado abordaré a continuación, de manera breve, lo atinente a la reparación en materia de derechos humanos.

⁶ CorteIDH, Caso Baena Ricardo, Competencia, Párr. 73.

⁹ CorteIDH, Caso Castillo Petrucci y otros, Cumplimiento de sentencia, 17 de noviembre de 1999, considerando 3.

¹⁰ CorteIDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Párr. 166.

Obligación de reparar

“Donde hay violación sin sanción o daño sin reparación, el Derecho entra en crisis...”¹¹

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (restitutio in integrum, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras)¹². Esta obligación se halla contenida en el artículo 63.1 de la Convención Americana, que dispone que “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

El contenido de este artículo, de orientación civilista, aunque privilegia una de las modalidades de reparación, el pago de una indemnización¹³, no exige un examen previo de los instrumentos de reparación vigentes en el derecho interno de los Estados, lo que sí ocurre en el Sistema Europeo¹⁴.

La obligación de reparar nace una vez producido un hecho ilícito imputable a un Estado, que compromete la responsabilidad de éste por violación de una norma internacional¹⁵. La Corte ha dicho que “con motivo de esta responsabilidad nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar”¹⁶.

La obligación de reparar es de tal importancia que aún en casos de allanamientos de los Estados, la Corte fija las reparaciones correspondientes según el artículo 52.1 de la Convención¹⁷.

Por lo que antecede, no cabe duda que de esta obligación del Estado se deriva el deber de cumplir las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Competencia de la Corte para supervisar el cumplimiento de sus

¹¹ García Ramírez, Sergio, *Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en CORTE IDH, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Memoria del Seminario efectuado en la sede de la Corte en noviembre de 1999, Tomo I, 2ª Edición, mayo de 2003, pág. 129.

¹² CortelDH, *Caso Castillo Páez*, Reparaciones, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párr. 48. *Caso Garrido y Baigorria*, Reparaciones, Sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 41.

¹³ Incluso en la línea jurisprudencial seguida por la Corte en sus primeras sentencias se refleja esta orientación, cuando por ejemplo se titulaba “Indemnización compensatoria” a aquella parte de la sentencia referida a las reparaciones.

¹⁴ Artículo 41 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales: Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede una satisfacción equitativa.

¹⁵ CortelDH, *Caso Bulacio*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 71.

¹⁶ CortelDH, *Caso Garrido y Baigorria*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C No. 39, párr. 40, *Caso Juan Humberto Sánchez*, párr. 147, y *Caso “Cinco Pensionistas”*, párr. 174.

¹⁷ Véase como ejemplo las sentencias de reparaciones dentro de los siguientes casos: *Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, *Caso El Amparo vs. Venezuela*, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, *Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador*, *Caso del Caracazo contra Venezuela*, *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*.

sentencias. En lo que respecta al fundamento jurídico de la competencia de la Corte para supervisar el cumplimiento de sus sentencias, es preciso partir del contenido de los artículos 33, 62 y 65 de la Convención Americana, artículo 30 del Estatuto de la Corte, y el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Como lo analizamos anteriormente, queda claro que el artículo 33 de la Convención otorga competencia tanto a la Comisión como a la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en la Convención, sin embargo, lo fundamental a la hora de determinar la competencia de la Corte para conocer un determinado caso sometido a su conocimiento es que se refiera a la interpretación y aplicación de la Convención, conforme lo señala el artículo 62.3 de la misma. Además resulta necesario el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por parte del Estado, competencia que ha sido catalogada como una cláusula pétrea que no admite limitaciones salvo aquellas contempladas por los artículos 62.1 y 62.2 de la Convención.

En ese sentido es preciso recordar la naturaleza de la función jurisdiccional que tiene la Corte, de lo cual se desprende que "tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz)¹⁸. Bajo ese razonamiento es que la Corte puede determinar el alcance de sus resoluciones y fallos, y su cumplimiento no puede quedar al mero arbitrio de las partes, pues sería inadmisibles subordinar el mecanismo previsto en la Convención a restricciones que hagan inoperante la función de la Corte y, por lo tanto, el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la Convención¹⁹.

Si consideramos que la supervisión del cumplimiento de las sentencias es parte integrante de la jurisdicción de la Corte, no existe motivo de conflicto para que la Corte pueda hacer el seguimiento respectivo una vez determinada la responsabilidad internacional de un Estado y determinadas las modalidades de reparación por las violaciones por las que se vio comprometida.

Para ilustrar de mejor manera este tema podemos apoyarnos en la jurisprudencia de la Corte. En el trámite del caso Baena Ricardo²⁰

¹⁸ CorteIDH, Caso del Tribunal Constitucional, Competencia, párr. 31; Caso Ivcher Bronstein, Competencia, párr. 32; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 17; Caso Baena Ricardo, Competencia, párr. 68.

¹⁹ CorteIDH, Caso Baena Ricardo, Sentencia sobre competencia, 28 de noviembre de 2003, párr. 128; Caso Luis Uzcátegui, Medidas Provisionales, Resolución de 20 de febrero de 2003, considerando decimotercero; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 19; Caso del Tribunal Constitucional, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 35, y Caso Ivcher Bronstein, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 36.

²⁰ CorteIDH, Caso Baena Ricardo, Competencia, 28 de noviembre de 2003.

por primera vez un Estado parte en un caso ante la Corte Interamericana cuestionó la competencia del Tribunal para supervisar el cumplimiento de sus sentencias. Dentro de este caso, Panamá manifestó su disconformidad con lo decidido por la Corte en la resolución de 22 de noviembre de 2002, e indicó que la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia es una etapa "post-adjudicativa", que "no está prevista por las normas que regulan la jurisdicción y el procedimiento de la Honorable Corte" y que, al emitir esa resolución, ésta había interpretado la sentencia de 2 de febrero de 2001. Cabe indicar que en esa oportunidad, la Corte desestimó por improcedente el cuestionamiento de la competencia de la Corte para supervisar el cumplimiento de sus sentencias, y aclaró que está facultada para solicitar a los Estados responsables la presentación de informes sobre las gestiones realizadas para dar aplicación a las medidas de reparación ordenadas por ella, de evaluar dichos informes, y de emitir instrucciones y resoluciones sobre el cumplimiento de sus sentencias.

Mecanismos previstos en la Convención Americana para el cumplimiento de las sentencias de la Corte

Aunque la Convención, el Reglamento y el Estatuto de la Corte no prevén un procedimiento para la supervisión del cumplimiento de las sentencias emitidas por este Tribunal, el seguimiento en la materia corresponde a la propia Corte, en el ejercicio de su competencia contenciosa y sobretodo partiendo de uno de los deberes del Estado: el deber de reparar.

La única mención que hace la Convención sobre este asunto la encontramos en el artículo 65 en donde señala que "la Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos".

El contenido de esta disposición generó dos posiciones, una de ellas que consideraba lo siguiente: "no resulta un remedio adecuado acudir a la Asamblea General denunciando la infracción (Art. 65 Convención Americana), pues el sistema debe basarse en sí mismo. La Asamblea podrá adoptar contramedidas dentro del marco de la Carta de la Organización, pero no podrá ejecutar la sentencia de la Corte IDH, que de eso se trata precisamente. Por otra parte, las recomendaciones que ésta efectúa a los Estados, instando al cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, o de la CIDH, no han tenido eco alguno. Representan, la mayoría de las veces, un simple ademán formal"²¹.

²¹ Fappiano, Oscar. La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Publicación especial del Programa de las Naciones para el Desarrollo por el 50º Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1998. pág. 149.



Sin embargo existió otra corriente que consideraba que “la mera posibilidad de que ese asunto pueda ser debatido ante una instancia internacional podría, por sí sola, actuar como disuasivo para el incumplimiento de los fallos de la Corte”²². Considero que si bien el procedimiento para el cumplimiento de una sentencia no es el óptimo, e incluso muchos expertos del Sistema lo han catalogado de insuficiente e inefectivo²³, puede resultar de utilidad en tanto en cuanto la imagen de un Estado está en juego y puede convertirse en un instrumento de presión para lograr la ejecución de la sentencia, más aún si consideramos que las exigencias de los organismos internacionales de crédito y los países desarrollados son cada vez mayores para la aprobación de préstamos y programas de cooperación.

Como vemos, la Convención Americana no estableció un órgano específicamente encargado de supervisar el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte, como sí lo hizo el Convenio Europeo. En dicho instrumento, encontramos una redacción diferente respecto de la competencia para supervisar el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Europea de Derechos Humanos. En su artículo 46.2 se establece que: “La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”. El Comité de Ministros, a diferencia de lo que ocurre en el Sistema Interamericano, es el órgano político ante el cual los Estados responsables presentan los informes sobre las medidas adoptadas para ejecutar las sentencias. Actualmente se está debatiendo la posibilidad de que la Corte Europea también tenga una función activa en la supervisión del cumplimiento de sus sentencias. Incluso el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha elaborado un marco regulador que establece el procedimiento para supervisar el cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea²⁴.

Avances en legislaciones domésticas para internalizar los compromisos adquiridos por los Estados en el ámbito internacional

A nivel latinoamericano, salvo pocas excepciones, como es el caso de Perú, Argentina y Colombia, se han impulsado iniciativas y se han expedido normas internas para regular el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión o los fallos de la Corte Interamericana. Estos países cuentan con una ley especial para la indemnización de daños y perjuicios a la que los condenan los órganos internacionales, sin embargo no prevén la ejecución de otras medidas

²² Fáunderz Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Tercera edición, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, Pág. 916.

²³ Conclusiones del Seminario “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI”, realizado en la sede de la Corte en 1999.

²⁴ Véase: Council of Europe, Rules adopted by the Committee of Ministers for the Application of Article 46, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights, approved on 10 January 2001 at the 736th meeting of the Ministers' Deputies.



de reparación, especialmente aquellas de carácter no pecuniario. Generalmente, el trámite establecido en estas leyes es el de la liquidación de perjuicios por la vía incidental, régimen similar al que rige en nuestro país en el Derecho Civil y en el Contencioso Administrativo. Incluso la redacción del artículo 68.2 de la Convención tiene una clara orientación de naturaleza pecuniaria al disponer que "la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado" y no hacer una referencia a otras formas de reparación. La Convención sólo cita explícitamente a las sentencias de contenido indemnizatorio, lo que refleja una inspiración de índole civilista que desconoce que "el ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica"²⁵. Sin pretender desconocer el valor que puedan tener las indemnizaciones compensatorias en violaciones a ciertos derechos como el derecho al trabajo entre otros, creo necesario, como bien lo advirtieron en su oportunidad los jueces Cancado y Abreu, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se desprenda de esa superficial forma de resolver denuncias por violaciones de derechos humanos a través del pago de cuantiosas sumas de dinero.

Esta orientación también se ha reflejado en las leyes de algunos países que regularon la ejecución de las sentencias de tribunales internacionales con un claro privilegio de las indemnizaciones compensatorias y un evidente descuido de otras modalidades de reparación. Sin embargo, hay que reconocer la oportunidad y la conveniencia en que se dictaron algunas de estas leyes, como es el caso del Perú. El Gobierno peruano, liderado por el Presidente Paniagua, consciente del deterioro de la imagen de su país, a partir del pretendido retiro de su Estado de la competencia de la Corte²⁶, promulgó en el 2002 la ley 27775 que declara en su artículo 1 de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado Peruano por Tribunales Internacionales. Dicha ley contiene una disposición que sin duda obedece al desarrollo reciente que se ha dado en materia de

²⁵ Voto Razonado Conjunto de los jueces A. Cancado Trindade y A. Abreu Burelli dentro de la Sentencia sobre reparaciones en el Caso Loayza Tamayo, 27 de noviembre de 1998, párr. 10

²⁶ Recordemos que en el gobierno de Fujimori, el Perú pretendió retirarse de la competencia contenciosa de la Corte, lo que originó un pronunciamiento del Tribunal en dos casos que se estaban tramitando, caso Tribunal Constitucional e Ivcher Bronstein, en los cuales se manifestó que la única forma de que un Estado puede desligarse del Sistema es denunciando la Convención, y para que surta efecto el retiro se debe esperar un año. En consecuencia, la Corte continuó con el conocimiento de ambos casos. Aunque con el Gobierno de Paniagua, el Perú remedió este grave error con la puesta en vigencia de la Ley 27775, el debate parecía recobrar fuerza en la actualidad, y hasta hace pocos días ciertos sectores políticos se mostraron partidarios del retiro del Perú de la competencia de la Corte, al menos en los casos de terrorismo y narcotráfico, en donde temían que la Corte cuestionara la validez de los juicios seguidos en contra de los senderistas, en particular en uno de los casos que se tramitan en el Sistema - caso Lori Berenson- que podía haber sentado un precedente para los otros procesos. Contrario a lo que se pensaba, la Corte notificó el 2 de diciembre de 2004, al Gobierno de Perú la sentencia dentro de este caso, en la cual se confirman los 20 años de prisión a los que se condenó a Berenson en el 2001. En el fallo en mención, la Corte consideró que el hecho de incorporar a su expediente judicial los elementos del proceso seguido en jurisdicción militar no es causal para invalidar el juicio seguido en su contra. Con esta sentencia quedó finalmente descartado el retiro del Perú de la Corte, planteado por varios sectores políticos y de opinión pública y, en su lugar, para dar cumplimiento a la resolución de la Corte dentro de este caso, el Ministerio de Justicia peruano ha iniciado gestiones para pagar \$30.000 a los padres de Berenson (la Corte no aceptó el pedido de indemnización formulado por la interesada que era muy superior a este monto).



reparaciones. Así en el artículo 4, se faculta al juez que agotó los recursos de la jurisdicción interna ordenar a las instituciones competentes el cese de la situación que dio origen a la reclamación internacional. En el Perú, la resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno, lo que sí ocurre en Colombia. La Corte Suprema de Justicia es el órgano que recibe las resoluciones emitidas por el organismo internacional, y quien dispone su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencia. La Ley 288 de Colombia en cambio adolece de un gran defecto, pues se reduce a regular solo una parte de la reparación: se limita a establecer instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Esto, a mi modesto modo de ver, deviene en otras inconsistencias. Una de ellas se encuentra en el artículo 4 en el que se señala que solo se reconocerán indemnizaciones por los perjuicios debidamente probados y que tengan nexo de causalidad con los hechos objeto de la decisión del órgano internacional. Al respecto cabe anotar que si se está reconociendo la competencia de un órgano internacional de protección de los derechos humanos resulta ilógico exigir que los perjuicios sean probados cuando sabemos que si un órgano, por ejemplo la Corte, determinó la responsabilidad internacional de un Estado es porque se han tenido como probados ciertos hechos imputables al mismo.

En nuestro país no existe una ley especial que determine instrumentos para la reparación a las víctimas de violaciones de derechos humanos fijada por las sentencias de los órganos internacionales y que facilite el cumplimiento de sus resoluciones.

Nuestra Constitución Política, sin embargo, ofrece ciertas directrices en torno a esta materia²⁷, que son desarrolladas por la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que prevé recursos en sede administrativa para hacer efectivo el derecho de reparación de las víctimas, específicamente la indemnización de perjuicios. En la práctica, para el pago de dicha indemnización, la Procuraduría General del Estado se dirige al Ministerio de Economía con el fin de que opere el egreso respectivo o lo que es más frecuente solicita el reembolso de los gastos que ha efectuado para dar cumplimiento a una sentencia. Una vez efectuado el pago de la indemnización, el Estado ecuatoriano puede ejercer su derecho de repetición, conforme los artículos 20 y 22 de nuestra Constitución.

La práctica ha demostrado la insuficiencia de las disposiciones constitucionales y legales existentes, por lo que es necesario trabajar en un proyecto de ley que declare como política de Estado el

²⁷ Véase artículos 20, 21 y 22 de la Constitución Política del Ecuador.

cumplimiento de las resoluciones emanadas de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y establezca instrumentos válidos para exigirlo, estableciendo responsabilidades de orden civil y penal a quienes no adopten las medidas necesarias para cumplir íntegramente con los requerimientos formulados por estos órganos.

Otros aspectos de relevancia

A pesar de que la etapa de supervisión de cumplimiento de una sentencia ha sido desarrollada a través del procedimiento escrito detallado y en ningún caso se ha convocado a una audiencia pública en esa etapa del proceso, en caso de que la Corte lo considere conveniente, puede convocar a las partes a una audiencia pública para escuchar sus alegatos sobre el cumplimiento de la sentencia²⁸. Ninguna norma de la Convención ni del Estatuto y el Reglamento de la Corte le exige a ésta que celebre audiencias públicas para resolver sobre el fondo de los casos y disponer las reparaciones, por lo que tampoco es obligatoria la celebración de audiencias para considerar el cumplimiento de las sentencias.

Para finalizar, otro aspecto que hay que mencionar son las consecuencias que se generan para el Estado frente al incumplimiento de las sentencias que le son adversas, presupuesto que merece un tratamiento distinto al de la determinación de los derechos violados y las modalidades de reparación que resulten pertinentes para el caso. Dicho de otra manera, el incumplimiento de una sentencia emitida por la Corte compromete también la responsabilidad internacional de un Estado, por lo que deberá ser cuidadoso en cumplirla íntegramente e informar sobre las gestiones efectuadas en los plazos fijados por la Corte.

²⁸ En el caso El Amparo, la Corte, mediante resolución 20 de noviembre de 2000, indicó que, "de considerarlo necesario" convocaría a las partes a una audiencia pública sobre el cumplimiento de la sentencia. Véase Caso El Amparo. Cumplimiento de sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2000, considerandos segundo, cuarto y quinto.

Conclusiones

En ausencia de una disposición expresa en el marco del Sistema Interamericano para el cumplimiento de las resoluciones emanadas de sus órganos, son los Estados los llamados a dictar leyes que permitan internalizar las sentencias de la Corte y las recomendaciones de la Comisión en el ámbito de sus jurisdicciones.

Estas leyes deben contemplar una amplitud de medidas de reparación y deben procurar desprenderse de las valoraciones de contenido exclusivamente patrimonial. El desarrollo que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al privilegiar otras formas de reparar distintas a las indemnizaciones compensatorias, debe ser tenida en cuenta por los órganos encargados de legislar. En nuestro caso, debemos preocuparnos porque en el eventual proceso de elaboración y expedición de esta ley no se involucren intereses de índole político ni se ponga en evidencia la incapacidad de gran parte de nuestros legisladores.

El tratamiento de los temas de derechos humanos ha sido marginado en el diseño de las políticas públicas. Para impulsar este tipo de iniciativas habrá que trabajar en una campaña de conscientización que reconozca el valor de cada ser humano y el respeto que se le debe por el solo hecho de ser persona.

Los aspectos técnicos que sustentan mi propuesta demuestran la necesidad de contar con una ley para exigir el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Confío en que este artículo llegue a un sector influyente en el poder que permita canalizar las aspiraciones de quienes trabajamos por la vigencia de los derechos humanos desde distintos sectores, pero que sobretodo satisfaga el deseo de aquellas víctimas o sus familiares que ven en el Sistema Interamericano el último medio para alcanzar aquella justicia que nuestras cortes no supieron aplicar.

PEREZ BUSTAMANTE & PONCE
ABOGADOS

www.pbplaw.com

República de El Salvador 1082 y Naciones Unidas. Edif. Mansión Blanca
PBX: (593-2) 225 4323 / 226 0666, Fax: (593-2) 225 8038 / 224 4462
Quito - Ecuador

Corresponsalía nacional e internacional

Miembro de: Lex Mundi, InterLaw, Club de Abogados, INTA y ASIPI.



La Fundación Antonio Quevedo se creó en 1988 para difundir el estudio y práctica del derecho en la sociedad ecuatoriana. Su actividad ha sido la publicación de obras jurídicas y actualmente el Centro de Arbitraje y Mediación.

La lista de árbitros y mediadores que poseemos garantiza la solución de sus conflictos comerciales, familiares de seguros y de toda índole con seriedad, discreción y confiabilidad.

Nuestro costos y profesionalismo le permiten tener un acceso inmediato y razonable a los servicios de mediación y arbitraje: consúltenos

Centro de Mediación Registro No.1 del Consejo Nacional de Judicatura
Centro de Arbitraje Registro No. 03 de la Federación de Cámara de Comercio

Dirección: Valladolid No. 1244 y Coruña Telfs. 2 528766 / 2 224727
mediaciónfaq@punto.net.ec Quito - Ecuador

ARBITROS:

Dr. Alberto Alcivar Páez.
Dr. Eduardo Córdova Guerrón.
Dr. Jorge Cornejo Mignone
Dr. Jorge Dousdebés Carvajal.
Dr. Enrique Echeverría Gavilánez.
Dr. Manuel Fernandez de Córdova.
Dr. Fernando Gándara Armendariz.
Pericles Gallegos Chiriboga
Ing. Patricio Izurieta Mora - Bowen.
Dr. Ernesto López Freire.
Dr. Gonzalo Muñoz Sánchez.
Dr. Raúl Moscoso Álvarez.
René Ortiz Durán
Miguel Pareja García
Dr. Luis Ponce Palacios
Ing. Diego Robalino
Alfredo Serrano Ponce
Dr. Agustín Salazar
Dr. Iñigo Salvador
Dr. Salomón Soria
Dr. Santiago Terán Peñaherrera

MEDIADORES

Dra. Monserrath Barrero Bravo
Dra. Maria Victoria Córdova

BA. María Christina Ponce Villacis
Dr. Francisco Santillan Almeida
Dr. Danilo Sylva Pazmiño
Dr. Milton Castillo Maldonado

Dr. Alejandro Ponce Martínez
Dr. Milton Castillo Maldonado
PRESIDENTE
DIRECTOR

LOS RETOS DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI

Dr. Jaime Vintimilla Saldaña

Quae sunt juris praecepta? Honestè vivere, alterum non laedere, jus suum unicuique tribuere

Quid est jurisprudentia? Philosophia, quae in justis, atque injustis scientia consistit

Ulpiano, Digesto, 10 Liber Primus, Regularum

En los últimos años de la tormentosa y aciaga vida política nacional, hemos advertido un proceso de des-institucionalización generalizado, especialmente desde el gobierno del Arquitecto Durán Ballén en adelante, sin dejar de lado las culpas de los demás gobernantes.

La realidad ha sido lacerante, pues han sucedido varios episodios donde la regla general ha sido la inobservancia de las normas jurídicas, éticas y morales, en este sentido es imposible olvidar la renuncia irresponsable del partido social cristiano a la presidencia del Congreso, la figura inconstitucional de la presidencia interina de Fabián Alarcón, la declaratoria de demencia de un ex presidente que se olvidó de la grandeza de su cargo, la revuelta del 21 de enero, la resolución inconstitucional del Tribunal Supremo Electoral para asignar escaños en las elecciones de octubre, etc.

Esta realidad nos ha empujado a una suerte de "Estado de anormalidad", donde la democracia no ha sido entendida ni como un fin del Derecho, peor como un derecho humano básico para el desarrollo, el progreso y hasta la competitividad.

También nos ha hecho ver que las normas jurídicas pueden ser usadas en dos sentidos: primero, como el pico que sirve para preparar la siembra, y segundo, como aquella arma que se usa para deshacerse del vecino. Es decir, pueden servir para el desarrollo o para causar daño, siempre partiendo del mismo concepto, lo que vuelve peligroso al Derecho cuando no hay ética en su quehacer y entendimiento.

Para agravar esta realidad, la madrugada del 9 de diciembre de 2004 el Congreso Nacional mediante Resolución 25-181 declaró cesantes a los Magistrados en funciones de la Corte Suprema de Justicia y procedió paralelamente a designar a nuevos, indicándose inclusive

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diplomado Superior en Manejo de Conflictos por la Universidad Santa María de Chile. Profesor de Historia del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, San Francisco de Quito y UDLA. Profesor y tutor del curso superior Estado de Derecho y Derechos Humanos en la Universidad Alcalá de Henares de España. Profesor de Derechos Humanos y Cultura de Paz en el Instituto de Ciencias Internacionales de la Universidad Central. Mediador activo en varios centros de mediación y arbitraje de Ecuador y en el servicio franco-andino de mediación-conciliación de la Cámara de comercio e industria de París. Director Ejecutivo del Centro sobre Derecho y Sociedad CIDES.



las diversas salas en la que prestarían sus servicios. Esto no era sino la continuación de otra resolución antojadiza, la 25-160, mediante la cual supuestamente se regularizaba la designación de los vocales del Tribunal Constitucional y los del Tribunal Supremo Electoral.²

Esta realidad nos lleva a una reflexión sobre la educación jurídica en el Ecuador y la responsabilidad de las universidades en la formación de juristas, pues creo que actualmente, salvo honrosas excepciones, más se asemejan a una casa de repetición de conocimientos anacrónicos y no a un laboratorio de soluciones y propuestas frente a los acuciantes problemas nacionales e internacionales.

Para exponer mis ideas, me basaré en tres grandes preguntas efectuadas por Martín Böhmer: 1) La concepción del Derecho, 2) Las formas de enseñarlo y 3) Los objetivos de la enseñanza³

Sobre la primera interrogante deberemos salirnos de la concepción clásica y positivista, pues habrá múltiples definiciones e ideas que adecuar y debatir, sin dejar de lado la gran cantidad de tendencias contemporáneas que no se estudian en nuestras instituciones universitarias⁴. En esta realidad, el principal problema que deberemos enfrentar y solucionar, o al menos optar por una salida, es cómo contestar a la pregunta que se hace el profesor mexicano Dorantes Tamayo: ¿Qué es el derecho? y agregaría ¿Para qué sirve?

Definitivamente, no se trata de un camino sencillo, pues podremos tomar lo dicho por la teoría crítica norteamericana en el sentido que el derecho es uno de los aparatos ideológicos del Estado a través del cual se reproduce el statu quo, o aceptar lo defendido por Carlos Nino, que entiende al Derecho como una práctica social moralmente legítima que permite la deliberación democrática amplia y reconoce derechos fundamentales. A esto podríamos sumar el criterio utilitarista del Derecho como una forma más de ganarse la vida que consiste en la defensa de ciertos intereses y posiciones.

La duda se acrecienta cuando advertimos que la ciencia presenta unos fines que, al parecer, sirven para aprobar el semestre y no para el ejercicio cotidiano ni para la ética profesional.

² Estas resoluciones, evidentemente inconstitucionales, fueron publicadas en el Registro Oficial 485 de 20 de diciembre de 2004.

³ Böhmer, Martín: La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía, Gedisa editorial, primera edición, Barcelona, 1999.

⁴ Se pueden estudiar las siguientes obras: Ost, François, van de Kerchove, Michel, Elementos para una teoría crítica del derecho, Universidad Nacional de Colombia, primera edición, Bogotá, 2001; Carvalho, Amílton Bueno de, Direito alternativo em movimento, LUAM, 3ª Edição, Niterói, 1999; Cárcova, Carlos María, La opacidad del Derecho, editorial Trotta, Madrid, 1998; Novoa Monreal, Eduardo, El Derecho como obstáculo al cambio social, siglo veintiuno editores, duodécima edición, México, 1987; Ruiz, Alicia, Idas y vueltas por una teoría crítica del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2001; Souza, Maria de Lourdes, El uso alternativo del derecho, Universidad Nacional de Colombia e ILSA, primera edición, Bogotá, 2001.

De igual modo, se hace cada vez más difícil el concepto, más aún cuando vivimos un proceso de mundialización o globalización empeñado en la uniformidad de las prácticas jurídicas, pues los sistemas jurídicos occidentales y hasta algunos orientales, han entrado en un proceso de integración y debate de los principios jurídicos.

Aquí yace, precisamente, el primer gran reto para las facultades de Jurisprudencia, Ciencias Jurídicas o Derecho: ¿Qué vamos a enseñar y para qué, cuál será el enfoque doctrinario, ético, teleológico y heurístico?. ¿Continuaremos en la estructura del monismo jurídico?.

Probablemente lo dicho por Viehweg, citado por el profesor Alberto Wray⁵, al entender al Derecho como una ciencia de problemas, sumado a la Conflictología⁶ o ciencia que nos enseña a manejar y solucionar conflictos acudiendo a las causas que los generan, se transformarían en una suerte de fórmula inicial para que nuestras sociedades dejen de buscar soluciones simplistas y protervas sin olvidar los cambios y modificaciones de fondo que se deben desarrollar. En este sentido, ¿el abogado y el juez deberían estar ausentes de esta obligación o sencillamente deberían defender sus intereses o las normas frías interpretadas a espaldas de los fines del Derecho?. Bajo este supuesto, formulo una pregunta adicional, ¿funciona el derecho en países donde la pobreza, en todas sus expresiones, es extrema?. Personalmente creo que no.

Considero que a la Universidad le toca buscar el sentido postmoderno del Derecho, pues hasta hoy lo ha omitido. Recuérdese que el jurista deberá estar preparado no solamente para las reglas, sino también para las variaciones y excepciones de las mismas, en definitiva, deberá tener herramientas para afrontar los retos diarios provenientes de las múltiples interpretaciones de la Constitución y la ley, de los diversos valores y principios y de su repercusión en la vida democrática, pues actualmente el estado de derecho es la única perspectiva sensata que regula el ejercicio del poder, por ello los abogados se transforman en actores estelares, ya sea de su real funcionamiento, ya sea de su defunción progresiva. Parecería que la última opción ha empezado a corroer algunos pasillos universitarios.

Para concluir con esta interrogante, debo referirme necesariamente a los nuevos oficios o quehaceres del jurista, producto de la fragmentación de la profesión jurídica⁷. La realidad es cierta, hoy ya no es posible la educación para el litigio y por el litigio, pues el Derecho

⁵ Wray, Alberto, Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del Derecho en el Ecuador, Corporación Editora Nacional, primera edición, Quito, 1999, página 42.

⁶ A la Conflictología también se la entiende como sinónimo de Resolución de Conflictos y de Transformación de conflictos. Para mayor información estudiar el libro "Conflictología, Teoría y práctica en Resolución de Conflictos" de Eduard Vinyamata, Ariel Practicum, primera edición, Barcelona, 2001.

⁷ Binder, Alberto, Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión jurídica y la uniformidad de la carrera judicial, Sistemas Judiciales, publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas-CEJA, año 1, número 1, Buenos Aires, 2001.



no debe fomentar la cultura de la guerra o contienda a secas, sino los mecanismos para dar soluciones definitivas a los problemas que enfrenta la humanidad en sus diversos escenarios: transnacional universal, transnacional regional, nacional y local.

No debemos olvidar que una misma carrera profesional, en este caso, el Derecho presenta una serie de caminos convergentes, empeñados en defender un sistema jurídico o aplicación efectiva de las normas y no solamente un ordenamiento jurídico estático. Aquí encontramos, a más del ejercicio independiente y procesal del abogado clásico, la judicatura en distintos niveles, las funciones novedosas del fiscal, los defensores públicos, la asesoría empresarial, el litigio internacional, la asesoría parlamentaria, la enseñanza seria del Derecho, la investigación jurídica, todas y otras que omito, son diversas formas de ser del abogado de hoy, que provienen del fraccionamiento y evolución de la profesión jurídica.

En palabras de Alberto Binder, esta fragmentación produce una notable incomunicación entre estos distintos oficios, generando incomprensión acerca de las distintas funciones del Derecho. Además, la enseñanza universitaria no distingue entre los distintos oficios que deberá desempeñar en el futuro el estudiante y con ello ayuda a la incomprensión y a la incomunicación. Creo firmemente que este es un aspecto que la Universidad ecuatoriana debe trabajar y desarrollar con miras a encarar temas complejos como el TLC (Tratado de Libre Comercio), la OMC (Organización mundial de Comercio), la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) y en general la jurisdicción universal, entre otros.

Con todo lo dicho, parece que deberemos regresar a estudiar el famoso libro castellano denominado el "Arte legal para estudiar la Jurisprudencia", escrito, hace casi cuatro siglos, por el licenciado Francisco Bermúdez de Pedraza⁶, pues lo que se requiere, de manera urgente, es la formación de verdaderos operadores que velen por la justicia y demás fines del Derecho y no solamente por las conveniencias pecuniarias o políticas.

La segunda gran pregunta se refiere a las formas de impartir o enseñar la ciencia jurídica. Para contestarla, deberemos tener clara la primera respuesta, pues dependiendo del Derecho que queremos, vendrá la forma de enseñar.

Al respecto, la clase magistral ha sido la forma de enseñanza más común, muchas veces, inclusive, por la exigencia de los mismos

⁶ Bermúdez de Pedraza, Francisco, *Arte Legal para estudiar la Jurisprudencia*, Salamanca, 1612

alumnos o la falta de pedagogía del maestro, empero, ya existen alternativas estudiadas para superarla o complementarla, tal es el caso de las presentadas por la Asociación ecuatoriana de Facultades de Jurisprudencia⁹. Precisamente de dicho estudio obtenemos que la enseñanza legal, aunque debería decir jurídica, pues la ley es tan solo una de las fuentes del Derecho, debe representar una modalidad de conciencia social y ética sensiblemente crítica, científica y comprometida con la realidad; clarificadora del pensamiento y orientadora de una acción que busque un creciente desarrollo y humanización del ser humano.

La idea es que los alumnos se preparen para enfrentar dilemas éticos, problemas individuales, nacionales y universales, interpretaciones integrales que involucren al derecho, la moral y la Política, análisis críticos, reflexivos y constructivos, etc. Para ello, las clases deberán ser más interactivas, prácticas e innovadoras, buscando que los estudiantes obtengan sus propias conclusiones en base a un pluralismo jurídico y a una teoría consistente de los conceptos claves del Derecho. Lo importante no es compilar conocimientos, el reto es adquirirlos y, a la vez, aprender a usarlos sin abusar del Derecho, he allí la empresa por definir.

El producto final será obtener personas formadas con criterios claros que cuando deban aplicar, interpretar o integrar el Derecho, no la ley ni la constitución, lo hagan siempre buscando el beneficio de toda la sociedad, caso contrario, estaremos ante la pérdida de sentido de la profesión.

Finalmente y al tratar de los objetivos de la enseñanza jurídica, no podemos dejar pasar por alto, el tema de que el Derecho se encuentra en un nivel de transición o cambio, posiblemente de crisis, pues se observa un proceso de reformulación y crítica a las teorías añejas, lo que ha hecho que la política y la falta de ética traten de domeñar y someter a los principios, valores, instituciones y normas modernas. Aquí precisamente la universidad deberá ser la gestora de la defensa de la institucionalidad, de los principios o pilares que construyen una sociedad que tiene un verdadero Derecho y siguiendo a Gunther Teubner, deberá velar por la búsqueda de un modelo que busque atar lo teórico a lo práctico y pueda explicar el funcionamiento del Derecho así como la necesidad de gestar una nueva racionalidad jurídica, más reflexiva y crítica. Finalmente, el Derecho deberá ser una ciencia autónoma, pero cada vez más deberá tener interdependencia con otras áreas del saber, solamente así podrá ser eficaz y podrá cumplir con sus fines *urbi et orbi*.

⁹ Serie Estudios jurídicos, volumen 17, La Educación legal en el Ecuador, Pablo Estrella Vintimilla editor. Corporación Editora Nacional, Asociación Ecuatoriana de Facultades de Jurisprudencia, Projusticia, primera edición, Quito, 2001.



Con estos cambios, podremos ir al derecho, como ciencia que ordena a un país en derredor de principios y normas que se aplican en relación con la Constitución y las leyes, no siendo una mera aplicación normativa mecánica que se aleja de la búsqueda constante de sus fines: orden, paz, seguridad, igualdad de oportunidades, bien común. Para esto, las actuales condiciones conspiran, pues el derecho se ha politizado y su noble misión se ha transformado en la protección de unos pocos que nos hacen creer que vivimos en un estado social de derecho, cuando lo que realmente existe es un estado de arbitrariedad y desconcierto, más todavía si el Presidente quiere concentrar el poder, so pretexto de una reforma política basada en la violación sistemática de la Constitución o Norma Normarum, pues pretende construir un libreto al puro estilo de Edgar Allan Poe, que da susto y terror, pero sin arte ni conocimiento jurídico alguno.

Con esta realidad escalofriante dudo mucho que podamos generar seguridad política y jurídica, ingredientes básicos, para poder triunfar en todos los retos que nos presenta el siglo XXI. Es, entonces, imprescindible una revolución de actitudes que deberá empezar por la identidad y unidad nacional, la responsabilidad ciudadana, la participación democrática activa y el control jurídico, ético y social de los actores políticos, partidistas o independientes, que muchas veces abusan del Derecho y desnaturalizan la Política en beneficio de intereses mezquinos.

Por todo ello, la hora de la construcción de una ciudadanía activa, responsable y comprometida se ha vuelto inevitable, so pena de enfrentar un futuro doloroso y traumático.

Considero que las Universidades tienen muchos compromisos y obligaciones que atender, por ello, caminos por recorrer, y ahora más que nunca. Al respecto, me pregunto, ¿permitirán el registro de nuevos abogados en una Corte Suprema que carece de legitimidad y constitucionalidad?, ¿darán paso al nombramiento de vocales en el Consejo Nacional de la Judicatura?, o sencillamente prepararán una cátedra de connivencia. Eso lo sabremos pronto, mientras tanto, no olvidemos lo dicho por Rousseau: "Nada hay tan peligroso como la influencia de los intereses privados en los negocios públicos y el abuso de las leyes por parte del gobierno" o la sentencia de Aristóteles al decir que el ser humano sin ley ni justicia es el peor de los animales.

Por todo ello y como consecuencia ineludible, resulta vital el abandonar el simple diagnóstico y las críticas amorfas para anclarnos en lo propositivo y constructivo como una vía que pueda enderezar la realidad.

Recordemos que cuando nos enfrentamos a un destino donde es difícil eludir las amenazas y más aún vencerlas, estamos llamados a dar lo mejor de nosotros mismos, elevándonos por encima de nosotros mismos; en una palabra, a través de nuestra transformación, las cosas mutarán, caso contrario y ahora que las cosas andan mal, a menos de que cada uno hagamos lo posible por mejorarlas, acabarán siendo peores.

Por eso, el incumplimiento real y efectivo de las normas constitucionales y legales vigentes nos llevan a una falta de justicia peligrosa¹⁰. La Universidad deberá, entonces, estar atenta para que no se continúe con la farsa de fiat lex, pereat justitia.

Para terminar, deberé citar lo dicho por José Campillo Sáinz, en su obra "Dignidad del Abogado"¹¹, cuando al hablar del tema del cambio y el derecho indica que el abogado es también factor de cambio y debe hacer del derecho un instrumento útil para el progreso y desenvolvimiento de la humanidad; estar atento a las nuevas necesidades; a las nuevas convicciones; a los nuevos datos morales y sociales que se despiertan en la conciencia colectiva y a las aspiraciones de los hombres. Luego concluye, sólo cuando el cambio se institucionaliza a través del derecho, tiene efectividad y permanencia.

Creo que la Universidad deberá reforzar este ejercicio de preparación para el cambio y para ello deberá esforzarse en construir espacios de juridicidad democrática.

¹⁰ San Agustín se preguntaba en su obra *Civitas Dei*, en el siglo V, ¿qué son los Estados sin justicia?, ante tan compleja realidad, respondió no son sino cuadrillas de bandoleros a gran escala. De igual forma, el padre y doctor de la Iglesia Católica al referirse a la existencia de una falta de justicia no estaba pensando en carencia de leyes justas escritas sino en su incumplimiento real y efectivo. Ver la obra *Balada de la justicia y la ley* de Alejandro Nieto, editorial Trotta, Madrid, 2002.

¹¹ Campillo Sáinz, José, *Dignidad del Abogado. Algunas consideraciones sobre ética profesional*, Editorial Porrúa, cuarta edición, México, 1993, página 11.

LAS NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1998 Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

Dr. Edgar Neira Orellana

Con excepción de los procedimientos que nacen de la relación tributaria, no disponemos aún de una ley que regule los procedimientos administrativos con carácter generalmente obligatorio para las diversas instancias del poder público, y que fije con uniformidad determinados principios que hagan de la relación entre los administrados y el Estado, una técnica signada por el orden y la seguridad jurídica.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa expedida en 1968 (R.O. 338, 18-III-1968), -en adelante LJCA-, pretendió suplir dicha carencia a través de varias disposiciones que escaparon del ámbito de la "sede contenciosa", para implantar preceptos propios de la impugnación en "sede administrativa" (Arts. 5, 7, 59 y 76). Sin embargo, ese desbordamiento de la materia regulada por la LJCA no fue suficiente para colmar los vacíos planteados por la falta de una ley de procedimientos.

Veinticinco años después, el Congreso Nacional aprobó la Ley de Modernización del Estado (R.O. 349, 31-XII-1993). Al igual que en 1968, el legislador ecuatoriano nuevamente esquivó la responsabilidad de aprobar una ley de procedimientos y dictó varias disposiciones inconexas sobre diversos aspectos de los trámites administrativos, que tampoco lograron suplir la ausencia de un "procedimiento administrativo común" a las diversas administraciones.

Tal situación estimuló una práctica legislativa que mantuvo al Derecho Administrativo ecuatoriano, como un conjunto de normas casuísticas alejadas de la función tutelar que les corresponde. Las leyes especiales dictadas para crear y regular la actividad de diferentes entidades públicas, instituyeron, cada una de ellas, procedimientos administrativos ad hoc¹, reglas específicas de impugnación en "vía administrativa", y en muchas materias condiciones injustas en una relación jurídica que ha aventajado la posición del Estado en detrimento del derecho de los administrados. De ahí que la expedición del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en marzo de 1994, haya marcado un antes y un después en la evolución del Derecho Administrativo ecuatoriano.

En este estudio no me propongo describir el laberinto normativo creado por un sinnúmero de leyes especiales y por la falta de una ley orgánica de procedimientos, sino señalar la luz que emana del Derecho Constitucional y referir cómo las normas de la Carta Política han salido en auxilio de un Derecho Administrativo carente de sistematización legal.

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

1. Sobre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo: más que un vínculo de afinidad una estrecha relación de consanguinidad

El Derecho Administrativo está orientado a la regulación de la actividad administrativa del Estado, según las atribuciones establecidas en la Constitución. Las normas administrativas desarrollan los preceptos constitucionales y fijan límites al poder administrativo, sin alterar el régimen de derechos y garantías que tienen consagración constitucional o en tratados internacionales.

Para Roberto Dromi existe "continuidad"² entre los principios que consagra el Derecho Constitucional y las normas del Derecho Administrativo. Estas dos ramas de la ciencia jurídica tienen objetos regulatorios intercomunicados. La Constitución, reguladora de la estructura orgánica del Estado, de las funciones en que distribuye su poder, y del régimen de derechos y garantías a favor de las personas, encuentra en las normas de la legislación administrativa la concreción precisa y detallada de cómo habrá de desarrollarse la actividad administrativa del Estado y los límites de esa actividad en atención a los derechos fundamentales de los administrados.



La Constitución Política de 1998 estructura la función ejecutiva del Estado ecuatoriano con tres órganos básicos: el Presidente de la República al que atribuye la dirección de la administración (Art. 171); el Vicepresidente de la República que cumple las funciones que le asigne el Presidente de la República, y que podrán ser administrativas o de gobierno (Arts. 171 y 172); y los Ministros de Estado que representan al Presidente de la República en los asuntos de su ministerio (Art. 176). La actividad desplegada por estos órganos administrativos creados y organizados por la Constitución habrá de sujetarse al procedimiento establecido en las normas de Derecho Administrativo que fueren aplicables a cada caso. De ahí que pudiera afirmarse que la Constitución constituye la fuente de la que emana el cauce formal de las actuaciones administrativas para precautelar el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad de los administrados.

En el orden jurídico ecuatoriano, la "línea de continuidad" entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo presenta características especiales, porque la jerarquía de la norma constitucional ecuatoriana corrige los problemas que derivan de la ausencia de una ley que fije un procedimiento administrativo común y del sinnúmero de leyes que han creado procedimientos administrativos especiales. Por esto, en las relaciones de Derecho Administrativo entre el Estado ecuatoriano y sus administrados, las instituciones del derecho constitucional, en la práctica, son invocadas con mayor énfasis que en otros ordenamientos jurídicos.

En toda relación de derecho administrativo va ínsita la aplicación de una norma o un principio constitucional. Por ejemplo, en la destitución de funcionarios públicos de carrera, uno de los conflictos de derecho administrativo más frecuentes en las controversias elevadas a conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto tales casos tomando como punto de partida los derechos y garantías que consagra la Constitución Política:

"Enseña la doctrina, que lo administrativo está exento de simples solemnidades, sin embargo, la misma doctrina ha consagrado como principio universalmente aceptado el debido proceso, el mismo que exige el acatamiento irrestricto de la normatividad vigente, que no se la puede considerar simple formalidad, sino requisito esencial para el debido ejercicio de los derechos del administrado, entre

otras el de legítima defensa. De allí que las omisiones de plazos, así como la intervención de funcionarios extraños a quienes están llamados a realizar los juicios sumarios administrativos correspondientes, no constituye la omisión de simples solemnidades sino una abierta violación del principio de legalidad, que es la base del accionar del acto administrativo reconocido por nuestra Constitución y las leyes. En consecuencia, tales omisiones e irregularidades obligan necesariamente al juzgador a declarar la ilegalidad del acto impugnado por más que la motivación de éste fuera aceptable y justificara la resolución adoptada” (Juicio Guerrero Mafla-Ministro de Finanzas, G.J. Serie XVI. No. 11. Pág. 2985).

El predominio de las normas constitucionales sobre las leyes que han creado diversos procedimientos administrativos, se sustenta en el principio de jerarquía que privilegia el rango normativo de la Constitución Política que ha instituido principios aplicables por igual a la administración pública central, a la administración pública institucional, a las entidades públicas autónomas y a los entes del régimen seccional autónomo. Por esto ninguna ley especial o reglamentación ad hoc que regule procedimientos administrativos específicos podrá obstar, limitar o condicionar las garantías del debido proceso y los derechos que la Constitución Política de la República ha consagrado a favor de los administrados.

Por otro lado, las garantías creadas por la Carta Política para precautelar el respeto a los derechos y la vigencia de la constitucionalidad tienen directa relación con las actuaciones administrativas: la acción de amparo, la acción de inconstitucionalidad, el recurso de habeas data son instituciones creadas para controlar, entre otros, los actos administrativos y someterlos a la disciplina del Derecho Constitucional.

2. Cronología legislativa sobre el mito del “procedimiento administrativo común” y la realidad de la legislación ecuatoriana

La Carta Política de 1906 estableció en favor del Consejo de Estado, por primera vez en nuestra historia constitucional, atribuciones precisas para conocer y resolver los asuntos contencioso administrativos (Art. 98 No. 8), sin que a esa disposición hubiere seguido norma secundaria alguna que regule procedimientos uniformes en la vía administrativa.



Posteriormente, con la vigencia de la Constitución Política de 1945 que sustituyó al Consejo de Estado por el Tribunal de Garantías Constitucionales, la Ley de Régimen Político y Administrativo de la República (R.O. 357, 13-VIII-1945) trajo una disposición que pudiera ser considerada pionera en el establecimiento de procedimientos "comunes" ante la Administración Pública. El Art. 112 de esa Ley exigía que para demandar en vía contenciosa ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, era exigible el previo agotamiento de los recursos jerárquicos en la vía gubernativa y que la solicitud de que se trate hubiere sido negada. La petición se entendía desestimada cuando transcurridos treinta días no se había producido ninguna resolución.

Excepción hecha de la mencionada norma, dicha Ley de Régimen Político y Administrativo estaba orientada básicamente a la estructura y organicidad de la Presidencia de la República, Vicepresidencia y Ministerios de Estado, antes que a la regulación de procedimientos administrativos. Igual comentario pudiera hacerse de la Ley de Régimen Administrativo actualmente vigente (R.O. 1202-S, 20 de agosto de 1960)³.

En el sistema ecuatoriano no ha regido un procedimiento común que permita al administrado conocer, bajo principios uniformes ante las diversas administraciones, qué reclamos procedían contra qué actos administrativos; qué recursos eran admisibles; cuándo se consideraba agotaba la vía administrativa y quedaba franqueada la acción contenciosa. Estas materias quedaron reguladas por leyes especiales como es el caso de la Ley de Régimen Municipal (R.O. 1202-S, 20-VIII-1960), la Ley de Reforma Agraria y Colonización (R.O. 297, 23-VII-1964), la Ley de Creación de Recursos Hidráulicos (R.O. 158, 11-XI-1966), la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (R.O. 338, 18-III-1968) o la Ley de Régimen Provincial (R.O. 112 de 10-II-1969), entre muchas otras que también podrían citarse.

En opinión de Juan Pablo Aguilar, la falta de una ley de procedimientos administrativos, provocó un régimen administrativo desordenado, pues cada ley que se expidió para crear o regular actividades de diversos órganos del poder público, creó inorgánicamente, recursos, instancias y procedimientos administrativos especiales⁴.

La Constitución Política de 1979, en la codificación de 1984, estableció la atribución del Presidente de la República de dictar el Estatuto jurídico y administrativo de la Función Ejecutiva (Art. 78 literal

e). Esa disposición no fijó cuáles iban a ser los contenidos del Estatuto, pero como el contexto de la norma se refería a la facultad del Presidente de nombrar Ministros de Estado, Jefes de Misión Diplomática y gobernadores de provincia, es de suponer que dicha norma mantenía el concepto tradicional de la Ley de Régimen Administrativo de concebir a la Administración bajo una perspectiva fundamentalmente orgánica antes que de tutela del administrado a través de los procedimientos. Esa norma constitucional se refirió a la potestad normativa del Presidente para regular los deberes y atribuciones de los diversos órganos y funcionarios, en el ámbito de la Función Ejecutiva, sin que se haya manifestado un interés explícito del legislador constitucional de solucionar la falta de un procedimiento administrativo común.

Durante 15 años, aproximadamente, el Presidente de la República no ejerció su atribución de expedir el Estatuto Jurídico Administrativo, quizá porque la Ley de Régimen Administrativo suplía lo que siempre se entendió que debía ser el Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva. La Ley de Modernización del Estado⁵ expedida en 1993 (R.O. 349, 31-XII-1993), –en adelante LME–, introdujo algunas normas de procedimiento administrativo común a todas las instancias administrativas del Estado, vinculantes para la Administración Central, entidades públicas autónomas y entes del régimen seccional. Estas normas se refieren a pruebas (Arts. 26 y 27), silencio administrativo (Art. 28), requisitos legales de las tramitaciones (Art. 18), notificación de actos administrativos (Art. 29), informes técnicos o actos de simple administración (Art. 30) y al deber de motivación (Art. 31).

El Art. 40 de esa Ley previó, con mayor precisión que la Constitución de 1978, la potestad exclusiva del Presidente de la República de dictar las normas de procedimiento de todos los órganos y dependencias de la función administrativa. Ésta es la primera referencia explícita que en el ordenamiento legal ecuatoriano se hace sobre la exigencia de procedimientos uniformes, aunque fuere solamente ante los órganos administrativos de la Función Ejecutiva.

En este contexto, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva expedido en 1994 (R.O. 411, 31-III-1994), –en adelante ERJAFE–, constituyó un hito en el ordenamiento jurídico ecuatoriano al haber sistematizado por primera vez un “procedimiento común”. Posteriormente, el Libro II del ERJAFE que se expidió en el año 2002 (R.O. 736, 17-XII-2002) adaptó esas instituciones a la



normativa constitucional y a los principios más avanzados del Derecho Administrativo. Sin embargo, su normativa también devino limitada tanto para corregir el carácter casuístico de nuestro Derecho Administrativo, como para revertir las injusticias del sistema.

La vigencia del ERJAFE y el acertado respaldo que ha recibido de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, han resultado insuficientes para instituir un "procedimiento administrativo común", como principio ordenador de la actividad desarrollada por las diversas administraciones. Esto ha ocurrido fundamentalmente por tres razones: (i) porque el rango normativo del Estatuto corresponde a un "decreto ejecutivo", hecho que impide a sus disposiciones alterar el contenido de "leyes" que fijan procedimientos específicos; (ii) por la escasa difusión de las instituciones del Derecho Administrativo en las instancias llamadas a su aplicación; (iii) y en menor medida, por las confusiones que provocó la expedición del Libro II relacionado con el "Procedimiento Administrativo Común" (R.O. 733, 27-XII-2002) con varias normas contradictorias respecto de las contenidas en el Libro I⁶



Si el ERJAFE tiene un ámbito de regulación limitado a la Función Ejecutiva y con un rango inferior al de las leyes especiales, es necesario identificar en las normas de la Constitución Política, es decir de la más alta jerarquía de nuestro ordenamiento, aquellos principios de las actuaciones administrativas y del procedimiento administrativo común que den unidad al sistema administrativo ecuatoriano y fundamentos sólidos para la defensa del derecho de los administrados.

3. De los principios constitucionales y los procedimientos administrativos

Los principios cumplen en el Derecho la trascendental función de integrar las diversas normas de un ordenamiento, bajo los criterios de coherencia y unidad que informan a todo sistema legal. Por esto, los principios sirven para interpretar la ley que no hubiere sido redactada con suficiente claridad o que presentare vacíos o contradicciones.

La multiplicidad de procedimientos previstos en diversas leyes vigentes en el Ecuador y la afectación al derecho de los administrados que tal situación ha planteado, exige sistematizar, a partir de la Constitución Política, aquellos principios que orienten las actuaciones

administrativas y que, por constituir mandatos constitucionales, tengan aplicación sobre las actuaciones de cualquier órgano administrativo del Estado, independientemente de que gocen o no de autonomía o se rijan o no por leyes especiales.

A este respecto, el tratadista argentino Roberto Dromi, a quien adeudamos los conceptos básicos de las instituciones reglamentadas en el Libro I del ERJAFE, distingue los principios sustanciales, a los que califica de "jerarquía superior" (legalidad, defensa y gratuidad), de los principios formales que se concretan en procedimientos determinados a través de técnicas puramente procesales, (oficialidad, informalismo y eficacia).

La doctrina española también distingue los principios básicos del régimen administrativo, como los de legalidad, objetividad, jerarquía y eficacia de aquellos que, en sentido estricto, son propios de los procedimientos administrativos como los de contradicción, economía, oficialidad, *in dubio pro actione*, etc. Los autores españoles García de Enterría, Fernández Rodríguez, Eladio Escusol Barra, Jorge Rodríguez Zapata, y Juan José Díez, hacen clara distinción de esos principios.

Las líneas fundamentales del presente análisis siguen a esos tratadistas porque el Libro II del ERJAFE que rige en el Ecuador copió de la ley española toda la normativa relacionada con las actuaciones administrativas y los procedimientos. Por esto, lo que esos autores han estudiado a partir del sistema jurídico español sirve también para nuestro sistema, con las particularidades que dejaré anotadas, principalmente las relacionadas con las contradicciones que en esta materia presenta el Estatuto de la Función Ejecutiva en los Arts. 4 y 101 y el énfasis que exige la invocación de las normas constitucionales expresas.

3.1. Sobre las contradicciones del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en materia de principios

En el ERJAFE encontramos dos normas que señalan expresamente tales principios: el Art. 4 (Principios y Sistemas Reguladores) y el Art. 101 (Principios Generales), con diferencias entre una y otra norma que muestran el descuido de la técnica empleada en su redacción.

El Art. 4, dentro del Libro I, establece que los órganos y entes que integran la Función Ejecutiva del Estado "deberán servir al interés



general de la sociedad y someterán sus actuaciones a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación, según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa. Las máximas autoridades de cada órgano y entidad serán responsables de la aplicación de estos principios". Ministros de Estado, Presidentes de órganos colegiados o representantes de las personas jurídicas de derecho público están pues llamados a velar y responder por el cumplimiento de tales principios.

Por su parte, en el Libro II, el Art. 101.1 es de contenido similar al del Art. 4, pero con algunos elementos equívocos porque esta norma reproduce otra que fue tomada de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas vigente en España (Art. 3.1), e introducida en nuestro ordenamiento sin haberla meditado con relación al citado Art. 4.

El Art. 101 señala en el numeral 1 que la "Administración Pública Central sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho. Igualmente, deberá respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima"; y en el numeral 4 dispone que en sus relaciones con los administrados "actúa de conformidad con los principios de transparencia y de participación".

Las disconformidades del texto de los Arts. 101.1 y 101.4 respecto del Art. 4 del ERJAFE son las siguientes:

a) El Art. 4 dispone que los principios de la actuación administrativa deben ser observados por los "órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva"; mientras que el Art. 101.1 hace referencia a la "Administración Pública Central" que representa solamente un segmento de esa Función, pero que no se confunde con ella de conformidad con el Art. 2 del propio Estatuto.

En mi opinión, los principios enunciados en las normas comentadas, Arts. 4 y 101.1 del Estatuto de la Función Ejecutiva, son aplicables a la Función Ejecutiva en su conjunto, es decir, a la Administración Pública Central e Institucional y no solamente a la primera, pues la especificidad restrictiva del Art. 101.1 no deroga ni reforma la disposición expresa del Art. 4 que también somete la Administración Pública Institucional a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, descentralización y desconcentración que han sido enunciados en la Constitución Política.

b) El Art. 101.1 se refiere a los principios de eficacia, buena fe, confianza legítima, transparencia y participación, que no aparecen en el texto del Art. 4, sin que esto signifique que tales principios sean aplicables exclusivamente en la Administración Pública Central a que se refiere el 101.1 del ERJAFE.

Estos principios sustentan la actuación de todos los órganos administrativos del Estado bien sea que conformen la Función Ejecutiva bien sea que no, pues la LME consagra tales principios de "eficacia" y "transparencia" para la modernización de la gestión pública en general, sin restricciones en cuanto al ámbito institucional de aplicación.

En lo que se refiere a la "buena fe y la confianza legítima" es de destacar que éstas inspiran toda relación jurídica, incluida las que traba el Estado y los particulares. El Art. 741 del Código Civil señala que "la buena fe se presume, excepto en los casos que la ley establece la presunción contraria. En todo lo demás la mala fe debe probarse".

Finalmente, el principio de "participación" deriva de los Arts. 43, 49, 55, 63, 88 de la Constitución y constituye un axioma del sistema democrático regulado en el Título IV de la Carta Política.

c) El Art. 4 que establece el principio de tutela de los administrados, destaca el carácter garantizador que el Estatuto tiene de los derechos y libertades constitucionales de las personas. Toda actuación de los poderes públicos está investida de un carácter tutelar del administrado.

El Art. 101.1 omite la enunciación de tan importante principio que pudiéramos incluirlo dentro de la legalidad que la Administración Pública Central e Institucional, por igual, están obligadas a observar.

d) Mientras el Art. 4 distingue los "principios" que enuncia de los "sistemas" de descentralización y desconcentración, la norma del 101.1 confunde a la descentralización y desconcentración administrativa como si fueren principios.

Aunque la diferenciación puede tener escaso interés práctico, es más adecuada la redacción del Art. 4 que distingue con propiedad los sistemas de organización de los principios que inspiran las actuaciones administrativas.



En conclusión, el ERJAFE presenta varias contradicciones e incongruencias en cuanto se refiere a principios de las actuaciones administrativas, sin embargo esas contradicciones están resueltas por la aplicación de las normas Constitucionales, por la Ley de Modernización del Estado, y por los principios del derecho común como el del Art. 741 del Código Civil que presume la "buena fe" en toda relación jurídica.

3.2. Sobre los principios que rigen las actuaciones de los órganos administrativos

Según lo analizado, las normas del ERJAFE, promulgadas mediante decreto ejecutivo, no solucionan la dispersión del derecho administrativo ecuatoriano, pues la casuística de los procedimientos viene de un sinnúmero de leyes especiales cuya jerarquía prevalece sobre tales normas. La dispersión legal queda solucionada por el papel unificador que cumplen los principios rectores de la actuación administrativa consagrados en la Constitución Política. Estos principios fundamentan la organización administrativa ecuatoriana y fijan mandatos vinculantes a los que la legislación secundaria deberá sujetarse para la regulación de las relaciones de derecho administrativo.

Por esto creo necesario el análisis de los principios que informan las actuaciones de la Administración Pública y que son anteriores a cualquier procedimiento administrativo, aunque se refieran a este indirectamente. Estos principios son: legalidad, objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación

Luego (Véase 3.3) , haré una exposición sobre aquellos principios con incidencia directa en la sustanciación de los procedimientos administrativos: contradicción, economía procesal, in dubio pro actione; oficialidad y publicidad.

3.2.1. De la legalidad

El principio de legalidad es tal vez el que mayor importancia tiene en el ámbito de las actuaciones de la Administración, más aún si se considera que el Art. 1 de la Constitución define al Ecuador como un Estado Social de Derecho. En concordancia con esa norma, el Art. 119 de la Carta Política consagra la legalidad como fundamento de la organización administrativa ecuatoriana y de sus procedimientos. La legalidad significa que los funcionarios y servidores del Estado no pueden ejercer atribuciones distintas que las señaladas en la Constitución o en la ley. Nuestra Carta Política impone, mandatoriamente, una reserva de ley para la creación de facultades y para el ejercicio de potestades públicas.

Este principio tiene directa relación con el Art. 18 de la LME que prevé que ningún órgano del Estado puede exigir a los particulares el cumplimiento de requisitos o la sujeción a procedimientos que no hayan sido previstos en la ley.

Por su parte, el Art. 100 del ERJAFE es más específico en este punto, al establecer que la Administración Pública Central actúa de conformidad con el principio de legalidad, "con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho". En mi opinión, el entendimiento que tiene el ERJAFE sobre la legalidad, no comprende exclusivamente las fuentes "formales" como la Constitución y la ley, sino fuentes "no formales" como los principios generales del derecho, a los que también debería sumarse la jurisprudencia sentada por las cortes y tribunales que controlan la constitucionalidad y la legalidad de las actuaciones administrativas.

Como consecuencia del principio de legalidad consagrado en la Constitución y recogido en la LME y el ERJAFE, los funcionarios del Estado no pueden ejercer facultades que hubieren sido creadas en un reglamento, en una ordenanza, en un oficio o en una resolución administrativa, si esas facultades no emanan de las contempladas expresamente en la ley. La actividad administrativa es fundamentalmente una actividad reglada.

De ahí que con mala técnica el ERJAFE haya fijado que los Intendentes de Policía ejercerán las atribuciones que prevea el Reglamento a la Ley de Defensa del Consumidor (Art. 41) o que en determinados procedimientos, los informes técnicos necesarios para dictar una resolución administrativa, puedan ser exigidos vía reglamento (Art. 73); y que los titulares de los órganos administrativos están autorizados para exigir a los particulares requisitos reglamentarios (Art. 114). Todas estas normas son inconstitucionales porque contrarían el Art. 119 de la Constitución e ilegales porque violan el Art. 18 de la LME.

Sobre la aplicación de la legalidad administrativa destaco al menos cuatro aspectos que desarrollan su significado:

a) La competencia del órgano administrativo, es decir la medida de su potestad pública nace siempre de la ley y es irrenunciable, salvo los casos de delegación o avocación (Art. 84 ERJAFE).

La falta de competencia en razón de la materia, de los grados o del tiempo determinará la nulidad de pleno derecho del acto administrativo de que se trate (Arts. 94 y 129).

b) La motivación a que está obligado el administrador en la expedición de todo acto o resolución administrativa. Motivar un acto significa señalar el fundamento constitucional o legal que sustenta la decisión adoptada en una actuación o procedimiento determinados y explicar cómo esas normas son aplicables a los elementos de hecho.

La Constitución establece la motivación de las resoluciones que emiten los poderes públicos, como garantía del debido proceso (Art. 24 No. 13) y la Ley de Modernización del Estado trae idéntico mandato (Art. 31). La falta de motivación del acto administrativo o de la resolución también determinará su nulidad de pleno de derecho.

c) El informalismo administrativo, es decir la inexistencia de ley que regule un procedimiento o una parte de él, no podrá afectar los derechos del administrado ni las del debido proceso.

d) En el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de cualquier autoridad de la Administración, no se podrá aplicar ninguna sanción si la infracción y la sanción correspondiente no están previamente tipificadas como tales en la ley. Así lo establece el Art. 24 numeral 1 de la Constitución que regula las normas del debido proceso y el Art. 192 del Estatuto que regula la potestad sancionadora.

En algún desafortunado caso, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional falló en el sentido de que la acción de amparo constitucional no podría fundamentarse en la simple violación de una ley en que hubiere incurrido la autoridad; que toda vulneración del principio de legalidad del Art. 119 de la Constitución reviste un carácter contencioso cuya competencia corresponde a los tribunales distritales; y que la naturaleza del amparo responde a la protección de actos que lesionen gravemente derechos fundamentales consagrados en la Constitución o en un instrumento internacional de derechos humanos (Resolución 370-99-RA-II.S, número 370 de 20 de septiembre de 1999).

En la decisión del Tribunal Constitucional va implícita la conclusión de que el principio de legalidad consagrado en el Art. 119 de la Constitución, no comporta un derecho de las personas. Por esto, sugiere que su trasgresión sea impugnada vía acción contencioso administrativa, (a la que debió añadir la acción de inconstitucionalidad), pero no a través del amparo constitucional. En mi opinión está fuera de duda que la acción contencioso administrativa y la acción de inconstitucionalidad proceden contra actos administrativos ilegales, y que la tesis de la improcedencia del amparo frente a las violaciones de la legalidad carece de sustento jurídico.

Por ventura, en otros casos, la misma Segunda Sala del Tribunal Constitucional sostuvo la tesis contraria. En el primer caso, aceptó la acción de amparo contra un acto administrativo del Gerente General de SNALME, que violó el principio de legalidad que consagra el Art. 119 de la Constitución; y en el segundo caso, aceptó la acción de amparo deducida por el Licenciado Julio Guerrero en contra del Gerente General de la Agencia de Garantía de Depósitos (Resoluciones 852-98-RA-II.S, de 26 de enero de 1999; y 004-2001-RA, caso 4 de 23 de marzo de 2001) en que también consideró procedente la acción de amparo constitucional contra un acto que violentó el principio de legalidad de que trata el Art. 119 de la Carta Política. El Pleno del Tribunal Constitucional también acogió esta posición⁷ en otro caso que fue elevado a su conocimiento.

Sobre el punto, es de señalar que un acto ilegítimo de autoridad que sea contrario a la ley, en todos los casos comporta violación de la seguridad jurídica que el Art. 23 de la Constitución consagra como un derecho fundamental de las personas⁸. Sería deseable que cuando el Tribunal Constitucional conozca de acciones de amparo contra actos que violen la legalidad, fundamente sus fallos sobre la consideración del derecho a la seguridad jurídica, bajo una perspectiva de protección al ciudadano antes que con esa inconfesada preocupación de evitar precedentes que le supongan, a ese Tribunal, un mayor cúmulo de trabajo.

Respecto a este tema, la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha sido más consistente en la defensa de los principios consagrados en la Carta Política. Esa Sala sentó la doctrina de que el principio constitucional de legalidad informa a toda la administración pública, más aún en un Estado Social de Derecho como es la condición del Ecuador, conforme expresamente lo señala el Art. 1 de la Constitución; que la destitución de funcionarios y servidores, hecha al margen de los procedimientos previstos en la ley es arbitraria y que "la jurisdicción contencioso administrativa, que tiene a su cargo el control de la legalidad, (está) en la obligación de declarar ilegal" su violación. (Juicio Zambrano-Presidente del Congreso Nacional, G.J. Serie XVII. No. 4. Pág.. 1133). 3.2.2. De la objetividad

La objetividad alude a la imparcialidad o neutralidad con que la Administración Pública desempeña su función, esencialmente tutelar, para servir los intereses generales. Este planteamiento no deja de ser una noción teórica que en un sinnúmero de casos es contradicha por la realidad en que se desenvuelve la administración pública ecuatoriana.

En la sustanciación de los procedimientos administrativos, la objetividad es aún más relativa pues la Administración conserva simultáneamente el papel de juez y de parte.

Las prohibiciones traídas por el Art. 123 de la Constitución Política buscan tutelar el principio de objetividad. Según esa norma, no podrán ser funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses o representen a terceros que los tuvieren, en las materias que vayan a ser controladas; y todo funcionario público deberá abstenerse de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con la entidad a la que presten servicios.

El fundamento de la objetividad es el derecho a la igualdad de oportunidades de los administrados. La Constitución Política (Art. 23 No. 3), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Registro Auténtico 10-XII-1948) y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (R.O. 801, 6-VIII-1984), han consagrado la igualdad de las personas ante la ley y la realización de este derecho avalará la objetividad de las actuaciones administrativas.

Juan José Diez Sánchez al citar al tratadista Fernando Rodríguez, afirma lo siguiente: "No es éste desde luego el momento de plantear el problema de las relaciones entre Administración y política, pero sí debe subrayarse que esa visión tópica de una Administración neutral, mero aparato técnico de ejecución de unas decisiones que le llegan desde fuera y se le imponen, tiene mucho de simplista y de ingenua y no se corresponde en absoluto con la realidad. Todo el proceso administrativo -...- está inevitablemente impregnado de sustancia política y no es susceptible, además, de esterilización"⁹.

En el Ecuador, al igual que en otros países, la Administración Pública está condicionada por la orientación política, las proclamas partidistas o las exigencias de grupos de presión que operan dentro o fuera del Estado. La filiación partidista o el compromiso sindical de quien sustancia y resuelve un determinado procedimiento, frecuentemente afecta el contenido de las decisiones. Por esto la objetividad entendida como imparcialidad no deja de resultar utópica y encubridora de las injusticias que pueden cometerse -y de hecho se cometen- en la administración. En otros casos, los intereses personales, los afectos o animosidades determinarán el resultado de una resolución administrativa y la agresión al principio de la objetividad. Bajo esta perspectiva, mientras menos servicios haya

asumido el Estado o menos controles hubiere reservado para sí la Administración, menor será el dilema ético que el principio de objetividad planteará en las relaciones de derecho administrativo.

Para enfrentar tal situación existe el principio de legalidad, examinado anteriormente, que es el puntal de la objetividad: la Administración está subordinada a la fría disposición de la norma jurídica, cuya aplicación será independiente del beneficio o perjuicio que pueda afectar a las personas. En otros términos, el sometimiento de la Administración a la Ley y a los principios generales del derecho, determinará la objetividad de sus actuaciones y resoluciones.

Para alcanzar la objetividad, el Estatuto ha previsto en los Arts. 104 y 105, dos institutos: la abstención de los funcionarios para intervenir en un determinado procedimiento y la recusación que puede realizar cualquier interesado contra un funcionario público.

La abstención o excusa (Art. 104) de un funcionario debe ocurrir cuando la autoridad administrativa tuviere interés personal en un determinado asunto; parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con el peticionario, su representante, mandatario, asesores; si comparte despacho con éstos; si tiene amistad íntima o enemistad manifiesta con los interesados; haber intervenido en ese caso como testigo o perito; tener relación de servicio con el interesado o haberle prestado servicios profesionales en los dos últimos años. Iguales son las causales por las que un funcionario puede ser recusado por el administrado.

La falta de abstención no necesariamente invalida los actos en que el funcionario haya intervenido (Art. 104.3), tan solo da derecho al superior jerárquico de ordenar que el funcionario inferior se abstenga de conocer el trámite respectivo.

3.2.3. De la jerarquía

El principio de jerarquía se refiere a la gradación de los diferentes órganos que estructuran la Administración Pública, cuyas competencias y responsabilidades determinan que unos órganos estén subordinados respecto de otros. Una consecuencia de este principio es el deber de obediencia que el órgano inferior debe al superior, siempre que ese deber no violente la legalidad y la ética que corresponde a toda actuación administrativa.

Es de destacar que el Art. 249 del Código Penal tipifica como infracción los actos u omisiones de los funcionarios que no cumplen o



no hacen cumplir órdenes superiores; y el Art. 250 completa esa tipicidad al señalar que las órdenes superiores deben sujetarse a los mandatos constitucionales o legales.

La más alta jerarquía de la administración le corresponde al Presidente de la República, de conformidad con el Art. 171 numeral 9 de la Constitución. Esta norma le atribuye la dirección de la administración pública.

Los Arts. 4 y 100.1 del ERJAFE mencionan el principio de jerarquía sin definirlo. Sin embargo, varias de sus normas están sustentadas en la organización jerárquica de la Administración: el Art. 10 que dispone que todos las autoridades de la Administración Pública Central están sometidos a la jerarquía del Presidente de la República y de los Ministros de Estado; el Art. 55 que dispone que procede la delegación de funciones en las autoridades y órganos de inferior jerarquía; el Art. 60 que reconoce la facultad de los funcionarios de avocar asuntos cuya resolución corresponda a un órgano inferior; el Art. 86 que atribuye competencia a los órganos inferiores cuando la ley otorga una facultad a la Administración sin especificar el órgano que deba ejercerla; el Art. 176 que trata de la apelación, -conocido en la doctrina como recurso "jerárquico"-, señala que debe interponerse ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de la respectiva administración.

El principio de jerarquía ha sido ratificado en un fallo pronunciado por la Tercera Sala del Tribunal Constitucional en el juicio seguido por el Señor Santos Castro en contra del Rector del Colegio Técnico Macandamine del Cantón Paltas de la Provincia de Loja. La Sala declaró legítimo el acto del Rector de ese Colegio de dejar sin ningún efecto la designación de un reemplazo para el cargo de conserje, en virtud de que esa designación no había sido hecha por el órgano jerárquico administrativo que tenía atribución para ello (Resolución 030-99-RA-III.S. Número 30. Caso 771, de 8 de marzo de 1999).

Por otro lado, el catedrático Juan José Díez Sánchez destaca que el principio de jerarquía también se refiere a la gradación normativa del ordenamiento jurídico. Según el mencionado autor, este principio recogido en el Art. 9 de la Constitución española, "obliga a respetar las normas de rango superior -y la adaptación de todas ellas al texto constitucional- y en concreto a salvaguardar que la producción normativa de la Administración no colisione con las previsiones del legislador"¹⁰.

Roberto Dromi considera el principio de jerarquía normativa como un acápite del principio de legalidad, y señala al respecto que “ninguna norma o acto emanado de un órgano inferior podrá dejar sin efecto lo dispuesto por otra de rango superior. Las normas u órdenes del superior no pueden ser derogadas o rectificadas por el inferior”¹¹

La Sala de lo Administrativo siguió la línea de los mencionados tratadistas en la interpretación de este principio, al haber resuelto en un caso que el “Reglamento para la Administración del Subsidio de Salida del Personal de la Superintendencia de Compañías”, no podía reformarse por disposiciones de menor rango normativo inferior como un plan de reestructuración presupuestaria del Superintendente o un Acuerdo del Ministerio de Finanzas, “en aplicación del Principio de Jerarquía, fundamental en el Derecho Administrativo, según el cual las normas únicamente pueden ser reformadas o derogadas por otras de igual o mayor jerarquía; pero nunca por normas de carácter inferior, aplicación ésta evidente de la Pirámide Kelseniana...”. (Juicio Ramírez-Superintendente de Compañías, G.J.. Serie XVI. No. 13. Pág.. 3696.)

Sin disputar la pertinencia de la ubicación de la jerarquía normativa como parte del de legalidad o como un principio autónomo, destaco a continuación varias normas de la Constitución Política que recogen el principio en análisis y le da trascendentales efectos en el ámbito del Derecho Administrativo:

a) El Art. 272 establece que las normas de la Constitución ocupan la más alta jerarquía normativa en el sistema ecuatoriano y que todas las disposiciones de leyes, reglamentos, ordenanzas, acuerdos o resoluciones deben guardar conformidad con la Constitución. Todos los funcionarios públicos, sin excepción, están llamados a observar el principio de jerarquía normativa en la realización de sus actos y en la sustanciación de los procedimientos.

El Tribunal Constitucional en un sinnúmero de fallos ha sentado la doctrina de que cuando “un acto de la administración pública contraviene normas constitucionales, tal acto administrativo no tiene valor alguno, ya que como lo indica la misma Carta Política en el Art. 16, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza la Constitución” (Segunda Sala, resolución 677-99-RA-II.S. Número 677, de 18 de noviembre de 1999).



b) El Art. 143 señala que una ley ordinaria no podrá reformar una ley orgánica, ni prevalecer sobre ella.

c) El Art. 163 dispone que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador formarán parte del orden jurídico a partir de su publicación en el Registro Oficial y prevalecerán sobre las leyes y otras normas internas.

d) El Art. 141 numeral 6 prevé que las normas de carácter general que expidan los organismos de regulación y control, no podrán alterar ni innovar el contenido las leyes;

e) El Art. 171 numeral 5 señala la facultad del Presidente de la República para dictar los reglamentos de aplicación de la ley sin que pueda contravenirlas ni alterarlas. En aplicación de esta norma el Art. 81 del ERJAFE dispone que los actos normativos deberán obligatoriamente expresar la norma legal en que se basen.

Respecto del principio de jerarquía normativa, la reforma introducida al texto del Art. 122 del ERJAFE en julio del 2002 (R.O. 616 , 11-VII-2002), establecía apropiadamente que "ninguna disposición administrativa podrá contrariar otra emanada de órgano superior" y que todos los actos de la Administración Pública quedaban sujetos a la jerarquía de la Constitución, de los tratados internacionales, de las leyes, de los decretos ejecutivos, de acuerdos y resoluciones. Lamentablemente, esta disposición fue eliminada con la expedición del Libro II del ERJAFE en diciembre de ese año y hasta la fecha no ha sido promulgada ninguna norma equivalente. En todo caso, rigen los preceptos constitucionales señalados anteriormente como basamentos del principio de jerarquía normativa.

La Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema, en un importante fallo pronunciado en febrero del 2002, aplicó correctamente este principio al establecer que el Ministro de Educación no podía reformar el Art. 23 del Reglamento a la Ley de Escalafón del Magisterio Nacional, mediante un Acuerdo Ministerial con el propósito de modificar las reglas de un concurso de merecimientos y oposición. Este pronunciamiento de la Sala se sustentó en el Art. 272 de la Constitución Política, por el cual "las normas de inferior rango o categoría deben mantener perfecta concordancia y armonía con las superiores, señalando además que, en caso de conflicto, el juzgador deberá resolver la controversia mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior". (Caso Iturburo-Ministro de Educación, G.J. Serie XVII. No. 8.,p. 2575).

3.2.4. De la eficacia

El Art. 100.1 del ERJAFE menciona la eficacia como uno de los principios que debe inspirar las actuaciones de la Administración Pública Central. La eficacia se refiere a la capacidad de la administración de cumplir los objetivos dispuestos en la ley y de satisfacer los servicios a que los ciudadanos tienen derecho.

Sin embargo, el cumplimiento de los objetivos señalados en la ley no basta por sí mismo para la consecución de la eficacia administrativa. Será necesaria en la actuación correspondiente, "una condición de calidad, en el sentido de economicidad, utilidad y, en suma, de bondad de la actuación en su resultado"¹². Para Roberto Dromi la eficacia es un principio formal de todo procedimiento que impone tres características básicas: celeridad, sencillez y economía procesal.

El Art. 120 de la Constitución Política señala que el ejercicio de la función pública es un servicio a la colectividad que exige de sus funcionarios y empleados honestidad y eficiencia. En lo que al procedimiento administrativo corresponde, el derecho constitucional de petición (Art. 23 No. 15) encierra otra pauta de este principio al disponer que la respuesta de los funcionarios del Estado será dada en un "plazo adecuado", es decir, impone el deber de celeridad a que se refiere Dromi.

De estos preceptos constitucionales nacen varias obligaciones dirigidas a precautelar el máximo de eficacia en los resultados de la gestión administrativa. Así dispone la Ley del Servicio Civil y Carrera Administrativa en varias normas que impulsan la capacitación de los servidores públicos (Arts. 1, 66, 77) y establecen el sistema de unificación y homologación salarial (Art. 103).

Por otro lado, diferentes normas del ERJAFE conciben con mayor precisión la sustancia de lo que pudiera llamarse "eficacia administrativa": el Art. 114, relacionado con la responsabilidad de la tramitación, manda que los titulares de las unidades administrativas encargados del despacho de un expediente, deben adoptar las medidas "oportunas" para remover los obstáculos que limiten el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos.

La redacción de la norma lleva implícita dos nociones acopladas una a otra: la celeridad con que debe actuar el órgano administrativo para atender las peticiones de los interesados, y el respeto al derecho



individual y a los intereses legítimos de los administrados. Aquí está el núcleo de la eficacia, tal como la doctrina administrativa ha elaborado este principio, pues contempla el respeto al derecho del ciudadano y la máxima celeridad con que la Administración deberá definir las peticiones elevadas a su conocimiento.

En las rutinas administrativas del Ecuador, resultan muy frecuentes los obstáculos que los órganos administrativos crean para impedir al particular la consecución de sus pretensiones jurídicas. Desde el momento de la presentación de una solicitud o petición, la administración pública está habituada a condicionar su aceptación a que el particular cumpla con los requisitos no siempre fijados en una ley, sino en un reglamento o en el aviso de ventanilla. Esta es una actitud que obsta el derecho de petición, que viola un derecho constitucional y afecta al principio de eficacia que debe inspirar toda actuación administrativa.

3.2.5. De la coordinación y cooperación

La coordinación es un principio que impone a los órganos administrativos, dentro y fuera de la entidad a la que pertenecen, concertar medios y esfuerzos para realizar una acción común. La cooperación y colaboración, con igual sentido, exige de los órganos de la administración obrar juntamente con otros órganos para la realización de los fines del Estado.

El Art. 119 de la Constitución señala que todas las instituciones, organismos y dependencias del Estado tienen el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común. Por su parte, los Arts. 4 y 100.1 y 100.2 del ERJAFE mencionan los principios de coordinación y cooperación para referir no solamente a la organización y actividad de la Administración Pública Central, sino al trámite de los procedimientos administrativos.

En el sistema del ERJAFE estos principios tienden a precautelar la unidad de la administración pública, y un deber general de colaboración entre los diferentes órganos y entes que conforman el Estado, bajo el respeto estricto de las competencias administrativas que corresponden a aquellos. Por esto, dispone que las Administraciones Públicas, en el desarrollo de su actividad propia y en sus relaciones recíprocas, deberán respetar la competencia de otras administraciones y cooperar con ellas para el cumplimiento de sus fines (Art. 8). En la Administración Pública ecuatoriana y en los procedimientos administrativos son necesarias políticas institucionales para impulsar los principios jurídicos de cooperación y coordinación.

Muchos requisitos ilegalmente exigidos en el trámite de cualquier género de solicitudes, se producen por la falta de coordinación entre distintos órganos de la Administración. La ausencia de cooperación provoca el absurdo de que en una entidad pública, determinado órgano exija la presentación de documentos que produce otro órgano de esa misma entidad; o la injusticia que supone la carga que debe soportar el administrado para obtener certificaciones o documentos de entidades administrativas diferentes, que la propia administración, sin estorbar la necesidad del servicio que demanda un particular, debería encargarse de obtenerlas a través de convenios interinstitucionales que hagan efectiva la coordinación que manda la Carta Política.

El Estado debería poner énfasis en la utilización de redes informáticas y de todos los sistemas de comunicación electrónica para desarrollar técnicas eficaces de cooperación interinstitucional.

3.2.6. De la descentralización y desconcentración administrativas

La desconcentración y descentralización de las atribuciones de la administración pública antes que principios de actuación, comportan sistemas de organización administrativa que tienden a aproximar el ente público a los administrados, para una mejor prestación de servicios públicos.

Los entes desconcentrados o las funciones descentralizadas facilitarán una mejor comunicación entre el Estado y los ciudadanos, en que éstos puedan plantear en forma directa sus exigencias, bajo un sistema de amplia participación democrática.

Varias normas de la Constitución Política se refieren a estos sistemas: el Art. 1 que establece que el gobierno será de administración descentralizada y, de modo concordante, el Art. 225, señala que el Estado "impulsará el desarrollo armónico del país mediante la descentralización y desconcentración". Para el efecto, la Disposición Transitoria Trigésimo Segunda impuso al gobierno preparar planes anuales para hacer efectiva la descentralización.

En lo que corresponde al régimen jurídico de la Función Ejecutiva, el ERJAFE, en el Art. 4, define la descentralización y la desconcentración como sistemas de organización administrativa; mientras que el Art. 101 las refiere como principios de actuación administrativa. En mi opinión, la norma del Art. 4 ha sido redactada con mejor criterio



porque una administración “desconcentrada” o “descentralizada” responde a un modelo organizativo que permite a un ente público cumplir los objetivos constitucionales del Estado ecuatoriano.

La Constitución Política de 1979 traía preceptos similares a los que han sido recogidos en la Carta Política de 1998, de ahí que las definiciones establecidas en la Ley de Descentralización del Estado y Participación Social –en adelante LDPS- que se expidió en 1997 (Ley 27, R.O.169, 8-X-1997), no contradicen los preceptos de la actual Constitución. Dicha Ley define la descentralización como la “transferencia definitiva de funciones, atribuciones, responsabilidades y recursos, especialmente financieros, materiales y tecnológicos de origen nacional y extranjero, de que son titulares las entidades de la Función Ejecutiva hacia los Gobiernos Seccionales Autónomos a efectos de distribuir los recursos y los servicios de acuerdo con las necesidades de las respectivas circunscripciones territoriales” (Art. 3).

Aunque la definición del ERJAFE es más simple y no incluye el aspecto de “transferencia de recursos”, en buena medida coincide con la definición de la LDPS y aporta una perspectiva distinta porque se refiere no solamente a la transferencia de funciones a favor de los gobiernos seccionales, sino a los entes de la propia Función Ejecutiva que conforman la denominada “Administración Pública Institucional”, y hace una novedosa distinción entre “descentralización territorial” referida a los entes del régimen seccional autónomo y “descentralización funcional”, relacionada con los entes de la Administración Pública institucional.

El Art. 51 del ERJAFE tiene el texto siguiente: “Mediante la descentralización administrativa se transfieren de manera definitiva funciones que desempeñan órganos de la Administración Central a favor de entidades de Derecho Público de la Administración Pública Institucional (descentralización funcional) o del Régimen Seccional Autónomo (descentralización territorial)”.

Con base en las normas antes citadas se podría afirmar que la descentralización es un sistema de organización administrativa del gobierno orientado al desarrollo equilibrado de las distintas regiones que integran el territorio del Estado y que consiste en el traspaso definitivo que la Administración Pública Central hace de sus funciones, responsabilidades y recursos a favor de los entes que integran la Administración Pública Institucional o de los que conforman el régimen seccional autónomo.

En un fallo importante desde el punto de vista doctrinal, la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha relacionado el concepto de descentralización con el de autonomía y ha establecido que el ente descentralizado está investido de autonomía, es decir, "de la facultad de decidir en última y definitiva instancia sobre las materias que son de su competencia, pero... sujetándose a las disposiciones de las normas legales"; y que la autonomía no exime a la entidad pública autónoma de la sujeción a las normas constitucionales y a los controles de legalidad ejercido por organismos especializados de control del Estado. (Caso Tintín-Municipio de Quito, G.J. Serie XVII, No. 8, p. 2570).

Por su parte, la desconcentración del Estado es definida por la LDPS como "el mecanismo mediante el cual los niveles superiores de un ente u organismo público delegan en forma permanente el ejercicio de una o más de sus atribuciones así como los recursos necesarios para su cumplimiento, a otros órganos dependientes, provinciales o no, que forman parte del mismo ente u organismo".

El Estatuto señala al respecto que "la titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquellos, cuyo efecto será el traslado de la competencia al órgano desconcentrado. La desconcentración se hará por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial".

Mientras que la desconcentración que prevé la LDPS se refiere a todas las entidades de derecho público que conforman el Estado ecuatoriano, la desconcentración que establece el ERJAFE comprende solamente a la Función Ejecutiva, pero en uno y otro caso hacen referencia a una delegación permanente de atribuciones que un órgano administrativo superior hace a otros jerárquicamente subordinados o dependientes, dentro de la misma entidad o administración, provinciales o no. Si la desconcentración se hace en el ámbito de la Función Ejecutiva, ésta solo podrán efectuarla el Presidente de la República o los Ministros de Estado a través de un Decreto Ejecutivo o de un Acuerdo Ministerial, según el caso.

La LDPS impone que los procesos de descentralización y desconcentración se hagan mediante una transferencia de recursos necesarios para el cumplimiento de las funciones que se descentralizan o que se desconcentran. Nada dice el ERJAFE al respecto, pero es de suponer que en todos aquellos casos en que la transferencia de funciones en el ámbito de la Función Ejecutiva exija asumir cargas de carácter económico, será indispensable transferir



recursos de las correspondientes partidas del presupuesto a fin de cumplir eficazmente con el propósito de la descentralización o de la desconcentración. En el mismo Decreto Ejecutivo o en el Acuerdo Ministerial que prevé la desconcentración deberá haber una norma expresa que resuelva este tema.

3.2.7. Otros principios

El Estatuto prevé otros principios de la actuación administrativa como son los de participación y transparencia; y los de buena fe y confianza legítima (Art. 101).

- El Art. 1 de la Constitución Política establece que el Ecuador es un Estado democrático. Las exigencias del sistema democrático y representativo están dirigidas a obtener la mayor participación ciudadana en las decisiones de la Administración. La participación constituye un axioma programático que está inserto en el principio de legalidad y el respeto a las normas del debido proceso que permite a los interesados el ejercicio de su derecho a la defensa, a la actuación de pruebas y a ser escuchados en audiencia.

- La "transparencia" que es una aspiración ideal sin contenido jurídico, comprende el buen deseo de que las actuaciones de los órganos administrativos estén caracterizadas por el respeto a los procedimientos, a las normas de la ética pública; y que todas las pruebas, elementos y motivaciones que sustentan las resoluciones administrativas, sean ampliamente conocidas por los interesados.

- Con relación a la "buena fe" y "confianza legítima", principios que no aparecen mencionados en la Ley española, éstos responden al interés de precautelar los derechos de los particulares.

El Art. 741 del Código Civil señala que "la buena fe se presume, excepto en los casos que la ley establece la presunción contraria. En todo lo demás la mala fe debe probarse". Esta norma del derecho común ha sido recogida por el Derecho Administrativo ecuatoriano como un principio que debe inspirar a la relación jurídica que traba la Administración Pública con los administrados. No de otra manera puede entenderse que el Art. 27 de la Ley de Modernización del Estado prevea que no se exigirá a los administrados más de una prueba con relación a un hecho, y que no podrá exigirse la entrega de documentos que ya hubieren sido presentados con anterioridad ante la misma administración, o que no se exija la actualización de documentos presentados en el mismo trámite. Esta norma legal instituye sin lugar a dudas un principio de economía en los procedimientos pero sobre la base de la presunción de buena fe de los administrados y de confianza legítima en sus pretensiones o declaraciones.

3.3. De los principios constitucionales presentes en el procedimiento administrativo

En este apartado analizo los principios fundamentales que informan el procedimiento administrativo, como son los de contradicción, economía, oficialidad, in dubio pro actione y publicidad, y que por derivar de normas constitucionales expresas son aplicables a la Administración Pública Central, a la Administración Pública Institucional y a cualquier entidad de derecho público autónoma, incluidos municipios y consejos provinciales.

3.3.1. De la contradicción

En sede administrativa, el carácter contradictorio del procedimiento determina que, previamente a la expedición de un acto o resolución, la administración y el administrado puedan confrontar sus argumentos y afirmaciones con la mayor amplitud, en las distintas etapas del procedimiento.

Los administrativistas Roberto Dromi¹³ y Carlos Ariel Sánchez Torres¹⁴ destacan el carácter contradictorio del procedimiento administrativo y lo restringen a aquellos casos en que existe contraposición de intereses entre particulares, frente a una decisión de la administración.

Por ejemplo, en los procedimientos que se sustancian ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, es frecuente que entre dos o más administrados existan intereses contrarios, pues a la pretensión de registro de una marca de fábrica que presente cualquier particular, se opondrá quien alegue tener ya derecho por haber registrado con anterioridad una marca idéntica o similar. La disputa jurídica, en este caso, será resuelta por el Director Nacional de Propiedad Industrial (Ley de Propiedad Intelectual, Art.210 inciso 2º). Otro ejemplo es el de un procedimiento de licitación previsto en la Ley de Contratación Pública, en que la Administración o entidad pública contratante resolverá sobre las distintas ofertas hechas por los participantes en ese proceso (Ley de Contratación Pública, Art. 26).

Al respecto, creo más adecuada la posición de los profesores españoles García de Enterría y Fernández Rodríguez con quienes coincide Juan José Díez, en el sentido de que el principio de contradicción corresponde a la esencia de todo procedimiento administrativo y no solo de aquellos en que haya confrontación entre



particulares. Se llega a esa conclusión vista la vinculación que existe entre la contradicción del procedimiento y el ejercicio de la legítima defensa del administrado frente a la Administración Pública que resuelve sus pretensiones. En la línea de la doctrina española, considero que todo el sistema de impugnación en sede administrativa debería estar fundamentado, como en efecto el ERJAFE lo ha establecido, en el principio contradictorio que ampara a cualquier particular para atacar el contenido de aquellas decisiones administrativas definitivas o de mero trámite que llegaren a afectar el derecho subjetivo del administrado.

El Art. 24 de la Constitución Política que establece las garantías del debido proceso, es aplicable a los procedimientos que se ventilan en la vía administrativa. En el derecho a la defensa consagrado en el numeral 10 de ese artículo, subyace aquel que tiene todo administrado para contradecir cualquier actuación, providencia, alegación, prueba o imputación que pudiere afectar a su interés o derecho. Así debe entenderse la norma del ERJAFE que manda notificar a los interesados las resoluciones y actos administrativos que les afecten (Art. 126.1). Por esto, impedir al administrado su derecho a "contradecir" una prueba, un informe o cualquier otro documento que se presente o reproduzca en el trámite de un procedimiento, comportará violación de este principio, de las normas del debido proceso y provocará nulidad de pleno derecho del acto administrativo.

En los procedimientos reglados por el ERJAFE, el Art. 152 exige del administrador adoptar las medidas necesarias para el respeto pleno del principio de contradicción. De ahí la norma general que reconoce el derecho de los administrados a "ser oídos y tratados con respeto por las autoridades y funcionarios que tienen la obligación de facilitarles el ejercicio de sus derechos" (ERJAFE, Art. 205 letra h).

Finalmente es de destacar que la notificación constituye la condición sin la cual sería imposible la realización del principio de contradicción. El ERJAFE no define a la notificación, pero señala las condiciones para su perfeccionamiento (Art. 126.2 y 127). Si se atiende a sus aspectos esenciales y a las exigencias que derivan del principio de contradicción, podría afirmarse que la notificación es un acto por el cual el órgano de la administración o su delegado hace saber a un administrado el contenido de una decisión, un acto de trámite, cualquier actuación o diligencia, documento o incidencia que pudiere afectar al derecho o interés de ese administrado.

3.3.2. De la economía

A criterio de Juan José Díez Sánchez, la economía de procedimientos y el principio in dubio pro actione, son manifestaciones técnicas del principio de eficacia que guían las actuaciones administrativas¹⁵. Esto significa que mientras la "eficacia" es considerada como un principio de organización que inspira a las actuaciones administrativas en general, el principio de "economía" orienta al procedimiento administrativo propiamente tal.

La jurisprudencia española concibe a la economía procesal como el principio que "impone conservar aquellas actuaciones del procedimiento cuando su reproducción venga a determinar un resultado nuevo pero idéntico"¹⁶, esto significa que si razonablemente es previsible la repetición de unos mismos actos, es necesario mantenerlos.

La aplicación de este principio exige la eliminación de trámites innecesarios, de requisitos que no se justifican para el propósito de un determinado procedimiento. También exige evitar la realización de actos ya cumplidos en otras etapas. Desde este punto de vista, la economía procesal mantiene una estrecha relación con la eficiencia administrativa y la celeridad de sus actuaciones.

En repetidas normas de la Constitución Política encontramos que el Estado ecuatoriano ha sido estructurado bajo el principio de la eficiencia administrativa en los servicios de salud (Art. 42) de seguridad social (Art. 56), en el que presten funcionarios y empleados del Estado (Art. 54), las entidades del régimen seccional autónomo (Art. 231) y en la atribución de la Contraloría General del Estado para auditar la "eficiencia" de los resultados institucionales (Art. 211).

La LME establece que el objeto de su regulación es alcanzar la máxima eficiencia administrativa, que los procesos de modernización del Estado se sujetarán a los principios de eficiencia y agilidad (Arts. 1 letra a. y 3), y que la finalidad de la modernización es incrementar los niveles de eficiencia y agilidad en las funciones que tiene a su cargo el Estado. En conclusión: bien sea como objeto regulatorio, como principio de los procesos que instituye o como finalidad específica de tales procesos, la LME es reiterativa en subrayar la eficiencia y agilidad administrativas en la organización del Estado ecuatoriano, por lo que sus normas tienden a la consecución del principio de economía de los procedimientos.



El ERJAFE desarrolla apropiadamente esos preceptos constitucionales y legales al reglamentar los procedimientos administrativos y prever que por el principio de celeridad se "acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo" (Art. 142). Otras disposiciones del ERJAFE constituyen expresión del principio de economía tendentes a lograr la eficiencia y agilidad a que se refiere la LME:

El Art. 109 señala que en el trámite de una solicitud o escrito en que hubiere varios interesados, las actuaciones se efectuarán con el representante o con quien haya sido designado; el Art. 140 al permitir la acumulación de expedientes; el Art. 114 que impone a los órganos administrativos evitar retrasos en la tramitación de los procedimientos; el Art. 116, que exige a la Administración usar medios electrónicos e informáticos para el ejercicio de competencias; el procedimiento de urgencia previsto en el Art. 120; la refundición de actos administrativos diversos, prevista en el Art. 123.3.; y la convalidación de actos anulables, luego de subsanar los vicios de que adolezcan según el Art. 134.

3.3.3. Del principio indubio pro actione

Una segunda perspectiva del principio de la eficacia de las actuaciones administrativas en general lo da, para los procedimientos administrativos, el principio de que en caso de duda, se preferirá el sentido que más favorezca al ejercicio del derecho de la acción o del derecho de petición, para asegurar que la resolución administrativa haga un pronunciamiento expreso sobre el fondo de la pretensión del particular, independientemente de las situaciones de carácter formal.

Cuando trata del principio indubio pro actione, el autor Jesús González Pérez destaca el principio favor acti que aconseja el mantenimiento del acto administrativo en aquellos supuestos de duda sobre su validez, al valorar si se cumplieron los requisitos formales para alcanzar su fin o si no da lugar a indefensión¹⁷.

Entre las garantías del debido proceso que establece el Art. 24 de la Constitución, consta la del numeral 17 relacionada con la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses que, en mi opinión, constituye la más acabada expresión del principio indubio pro actione. Esta disposición constitucional también es aplicable a los procedimientos administrativos, pues según lo hemos analizado, todos los órganos del

poder público, incluidos los administrativos, cumplen una función tutelar de los derechos de las personas, según declara el Art. 4 del ERJAFE. Por tanto el principio en análisis y la tutela de que trata la Constitución Política han relativizado todas aquellas formalidades no esenciales de un procedimiento o que puedan cumplirse posteriormente, pues el órgano administrativo siempre estará llamado a precautelar la acción del particular a través de una resolución administrativa que resuelva el fondo de la pretensión, aceptando o negando motivadamente lo pedido.

Igual obligación impone la LME que hace un reenvío al Art. 212 del Código Penal, para los casos de suspensión de un procedimiento administrativo o falta de resolución en los términos correspondientes (Art. 28).

Por su parte, varias normas del ERJAFE reconocen la vigencia de este principio: el Art. 115.1 que impone la obligación de resolver que tienen los órganos de la administración, y aunque no lo establezca de forma expresa, esa obligación debe ser cumplida más allá de las dificultades formales del procedimiento que exige un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión jurídica.

La norma del Art. 138 del ERJAFE es una quiebra del principio al asumir el desistimiento de una petición cuando el administrado no subsana una omisión o agrega los documentos que requiera la providencia que para el efecto se expida. Debería reformarse la redacción de esta norma, en atención al principio de tutela efectiva de los derechos que consagra la Constitución Política.

Más expeditos para la realización del principio son el Art. 156.1 que impone al administrador que en la resolución que expida decida todas las cuestiones planteadas por los interesados, y el Art. 156.4 que prevé que la administración no podrá abstenerse de resolver argumentando silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos aplicables al caso.

3.3.4. De la oficialidad

El principio de oficialidad, también designado doctrinariamente como "principio inquisitivo", exige que el procedimiento sea impulsado por la Administración, independientemente de que haya empezado por iniciativa del administrado, y obliga a la Administración proveer lo que fuere necesario hasta la expedición del acto o de la resolución que culmine el respectivo procedimiento.



Los profesores de la Universidad de Buenos Aires Pedro Aberastury y María Rosa Cilurzo señalan que por este principio "la Administración debe tomar a su cargo la impulsión de las actuaciones de tal forma que pueda cumplir con la celeridad del pronunciamiento y tomar las medidas adecuadas para (la ordenación) del trámite" ¹⁸. En el derecho positivo ecuatoriano, la Constitución Política instituye la oficialidad de los procedimientos al imponer, a los órganos de la Administración Pública, el deber de resolver en un plazo adecuado las peticiones planteadas por los particulares (Art. 23 No. 15) y una vez que el procedimiento se hubiere activado con la presentación de la solicitud, pedido, consulta, reclamo, o recurso, la Administración viene obligada a dictar un acto resolutivo expreso en que motivadamente aceptará o negará lo pedido.

Por su parte, el Art. 273 de la Constitución obliga a los funcionarios administrativos a aplicar las normas constitucionales directamente, aunque el particular interesado no invocare esas normas. El mandato de la Carta Política exige una actuación directa de parte de los órganos de la Administración para observar y aplicar de oficio las disposiciones constitucionales sin esperar la petición o la alegación de parte.

Varias disposiciones del Estatuto recogen el carácter oficioso del procedimiento administrativo en el Ecuador: el Art. 135 establece que los procedimientos administrativos pueden iniciarse de oficio; el Art. 141.1 dispone que el procedimiento se "impulsará de oficio en todos sus trámites"; y el Art. 145 manda que los actos de instrucción para la comprobación de hechos se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento. Esta norma es particularmente importante porque distribuye la carga de la prueba entre los administrados y la Administración, de manera tal que en un acto resolutivo, ésta no podría desestimar el derecho del particular bajo el argumento de que faltaron pruebas, si en el trámite de dicho procedimiento esa Administración no hubiere requerido del peticionario la presentación de aquellas pruebas que juzgó necesarias para la admisión de la solicitud.

El Art. 115.3 a) que versa sobre los plazos para resolver, menciona los procedimientos iniciados de oficio; el Art. 121.1 refiere los actos normativos o de simple administración dictados de oficio. Uno de éstos tiene relación con la facultad reconocida a la Administración de extinguir o reformar por sí misma un acto administrativo, cuando existen razones de orden público que justifiquen tal extinción o reforma (Art. 91) o cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que impiden convalidarlo (Art. 93).

En este punto hay que recordar que los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de la Administración Pública deberán adoptar cuanta medida convenga para impedir el retraso o suspensión de los procedimientos (Art. 114.1). De esta norma se desprende que no hace falta la petición del interesado para que el órgano administrativo impulse el procedimiento; y que, la obligación de resolver que tiene la administración, la debe cumplir sin que sea necesario ruego de parte (Art. 115.1 y 115.7).

3.4.5. De la publicidad

La publicidad del procedimiento administrativo se relaciona con el derecho de los administrados de conocer el contenido de los actos administrativos, así como todas las actuaciones e instrumentos que forman parte de los respectivos expedientes.

Este principio se hace efectivo a través de lo que la doctrina ha denominado “derecho de vista” y “derecho de acceso a la información”¹⁹. En atención a estos derechos, el ordenamiento ecuatoriano acertadamente ha establecido que la información pública es propiedad de los ciudadanos y que el Estado y demás entes de derecho público tan solo son depositarios de esa información con la función de administrarla (Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Art. 4 literal a).

En los procedimientos en sede administrativa, las normas del derecho ecuatoriano condicionan la eficacia de los actos normativos a su publicación en el Registro Oficial (ERJAFE, Art. 82) y la eficacia de los actos administrativos al hecho de su notificación (ERJAFE, Arts. 66, 126 y 127), de manera tal que sin la publicación o sin la notificación, el acto de que se trate no surtirá ningún efecto jurídico y no será oponible al administrado.

Varias disposiciones de la Constitución Política hacen de este principio uno sustancial a todo procedimiento, con independencia de la entidad pública que lo tramite, porque guarda una relación cercana con las garantías del debido proceso que son de universal aplicación ante cualquier órgano del poder público: “toda persona tendrá el derecho de ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra” (Art. 24 numeral 10), consagración ésta que rebasa el ámbito de los procesos judiciales y comprende a todos aquellos procedimientos en que un órgano del poder público define el derecho del administrado.



Solo el ejercicio del "derecho de vista", esto es, el conocimiento que llegaren a tener los administrados sobre el acto de iniciación del procedimiento, de las pruebas que en él se actúen y de las demás providencias, permitirá a aquellos hacer valer sus alegaciones y ejercer una apropiada defensa en la forma que la Constitución Política le garantiza. Es de lamentar que en el Art. 23 de la Constitución Política que enumera los derechos civiles y las libertades de las personas, el legislador constituyente haya omitido una referencia más precisa sobre el "derecho de vista" y el acceso a la información pública. Sin embargo, el Art. 94 que regula la garantía constitucional del habeas data reconoce el derecho de toda persona de acceder a documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos.

Adicionalmente, dos instrumentos internacionales que por la expresa disposición del Art. 163 de la Constitución forman parte de nuestro orden jurídico y prevalecen sobre las leyes internas, recogen este derecho: el Art. 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (R.O. 101, 24-I-1969) y el Art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (R.O. 804, 6-VIII-1984). En esos tratados se reconoce la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento.

Por su parte, el ERJAFE que fija un régimen de prohibiciones y obligaciones que vinculan a la Administración para hacer efectiva la publicidad de las actuaciones administrativas, de éstas la más importante es la norma general que fija el derecho de los particulares a tener acceso a los archivos de la Administración (Art. 205 literal g). El Art. 50-B que fue introducido en febrero del 2003 (R.O. 25, 19-II-2003) establece que ningún servidor o funcionario público podrá negar el acceso a la documentación que se halle en su poder en razón de las funciones a su cargo, bajo amenaza de incurrir en el delito tipificado en el Art. 213 del Código Penal.

Por otro lado, la Administración Pública Central (Presidencia de la República, Vicepresidencia, Ministerios de Estado y entidades adscritas o dependientes de ellas) está obligada a "hacer pública y mantener actualizada una lista de las oficinas de registro, sus sistemas de acceso y comunicación, así como los horarios de funcionamiento" (ERJAFE, Art. 11 numeral 7).

Otra norma del ERJAFE manda a esa misma Administración Central a "...publicar y mantener actualizadas así como permitir el libre acceso, a efectos informativos, del desarrollo de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos".



Todo lo que necesita

www.produbanco.com
Red 1700-123-123
de Cuenca (02) 2996-200

GRUPO FINANCIERO
PRODUCCION

PRODUBANCO
Así de Simple



**COALICION NACIONAL
POR LA JUSTICIA**

La Coalición Nacional por la Justicia es una iniciativa de ciudadanos y ciudadanas comprometidos a participar activamente en los procesos relacionados con la modernización y el fortalecimiento de la Administración de Justicia. Desde nuestros espacios de acción y con el afán de contribuir al fortalecimiento de la democracia en el Ecuador invitamos a la sociedad civil a unir esfuerzos en esta Coalición.

La Coalición por la Justicia es amplia y diversa en su conformación. Levantamos nuestra voz en busca de instituciones que fortalezcan el Estado de Derecho y la Democracia. Creemos en la necesidad de una justicia imparcial, transparente, eficiente y eficaz. Creemos en la necesidad de hacer efectivo el derecho de todos y todas a acceder a este tipo de justicia. Creemos que los operadores del sector justicia deben ser capaces de actuar con probidad, rigor ético y vocación de servicio.

En esta línea, la Coalición Nacional por la Justicia ha decidido apoyar esta publicación de la Asociación Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Quito, que se constituye en un espacio de intercambio, de debate, de producción académica alrededor de los temas de la justicia.

Les invitamos a visitar la página web de la Coalición Nacional y a sumarse a la serie de actividades que se realizan en todo el país:

www.coalicionjusticia.org

Esta disposición encierra tres obligaciones: publicar información sobre los procedimientos que tramita, mantener actualizada esa información, y permitir el libre acceso a los mismos, con indicación de los plazos máximos de duración (Art. 115 numeral 4).

Aunque la redacción del Art. 115 numeral 4 del ERJAFE haya sido defectuosa, el sentido del mismo es claro en ratificar el principio de la publicidad.

- De las excepciones al principio de publicidad

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública expedida en mayo del 2004 (R.O. 337-S, 18-V-2004), tiene como propósito regulatorio desarrollar el derecho de toda persona de acceder a la información, y fijar procedimientos expeditos para hacer efectivo el principio de publicidad en la relación que traban la Administración y los administrados²⁰.

En esta ley constan tres excepciones que limitan el rigor del principio de publicidad de los procedimientos administrativos:

a) Aquella información que motivadamente fuere clasificada con carácter de "reservada" mediante resolución expedida por el Consejo de Seguridad Nacional, solamente por razones de defensa nacional. La Ley no ha fijado una atribución abierta a ese Consejo puesto que esa resolución solo podrá referirse a uno de los asuntos taxativamente enumerados en el Art. 17 literal a):

- Planes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante amenazas contra el Estado;
- Información en el ámbito de la inteligencia y contrainteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional;
- Información sobre la ubicación del material bélico cuando ésta no entrañe peligro para la población; y,
- Los fondos reservados exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional.





**COALICION NACIONAL
POR LA JUSTICIA**

La Coalición Nacional por la Justicia es una iniciativa de ciudadanos y ciudadanas comprometidos a participar activamente en los procesos relacionados con la modernización y el fortalecimiento de la Administración de Justicia. Desde nuestros espacios de acción y con el afán de contribuir al fortalecimiento de la democracia en el Ecuador invitamos a la sociedad civil a unir esfuerzos en esta Coalición.

La Coalición por la Justicia es amplia y diversa en su conformación. Levantamos nuestra voz en busca de instituciones que fortalezcan el Estado de Derecho y la Democracia. Creemos en la necesidad de una justicia imparcial, transparente, eficiente y eficaz. Creemos en la necesidad de hacer efectivo el derecho de todos y todas a acceder a este tipo de justicia. Creemos que los operadores del sector justicia deben ser capaces de actuar con probidad, rigor ético y vocación de servicio.

En esta línea, la Coalición Nacional por la Justicia ha decidido apoyar esta publicación de la Asociación Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Quito, que se constituye en un espacio de intercambio, de debate, de producción académica alrededor de los temas de la justicia.

Les invitamos a visitar la página web de la Coalición Nacional y a sumarse a la serie de actividades que se realizan en todo el país:

www.coalicionjusticia.org

Esta disposición encierra tres obligaciones: publicar información sobre los procedimientos que tramita, mantener actualizada esa información, y permitir el libre acceso a los mismos, con indicación de los plazos máximos de duración (Art. 115 numeral 4).

Aunque la redacción del Art. 115 numeral 4 del ERJAFE haya sido defectuosa, el sentido del mismo es claro en ratificar el principio de la publicidad.

- De las excepciones al principio de publicidad

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública expedida en mayo del 2004 (R.O. 337-S, 18-V-2004), tiene como propósito regulatorio desarrollar el derecho de toda persona de acceder a la información, y fijar procedimientos expeditos para hacer efectivo el principio de publicidad en la relación que traban la Administración y los administrados²⁰.

En esta ley constan tres excepciones que limitan el rigor del principio de publicidad de los procedimientos administrativos:

a) Aquella información que motivadamente fuere clasificada con carácter de "reservada" mediante resolución expedida por el Consejo de Seguridad Nacional, solamente por razones de defensa nacional. La Ley no ha fijado una atribución abierta a ese Consejo puesto que esa resolución solo podrá referirse a uno de los asuntos taxativamente enumerados en el Art. 17 literal a):

- Planes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante amenazas contra el Estado;
- Información en el ámbito de la inteligencia y contrainteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional;
- Información sobre la ubicación del material bélico cuando ésta no entrañe peligro para la población; y,
- Los fondos reservados exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional.



3.5.1. De la motivación

La motivación de los actos administrativos constituye un deber inexcusable de la Administración Pública de fundamentar razonadamente sus decisiones administrativas, y de explicar con suficiencia, claridad y rigor lógico todas aquellas normas jurídicas, aspectos y hechos determinantes en la resolución que expide.

Eladio Escusol Barra y Jorge Rodríguez Zapata Pérez explican este principio en los términos siguientes:

“En un Estado de Derecho las razones de hecho y de derecho que determinan los actos y resoluciones de los poderes públicos no pueden quedar en el pecho del Príncipe (*in scrinio pectore Principis*), sino que deben exteriorizarse y razonarse por escrito para conocer las razones que han determinado la resolución y, en su caso, intentar el control posterior de su conformidad o disconformidad a derecho. Ello justifica que la falta de motivación origine indefensión, al privar al administrado de la posibilidad de conocer la causa del acto para decidir si se aquieta y convence ante él y al impedirle atacarlo, desconociendo los fundamentos que provocaron su adopción”²¹

La exigencia de la motivación deriva del principio de legalidad, porque el contenido de la resolución está sujeto al mandato de la ley y a los principios generales del derecho. Esta sujeción provoca dos efectos jurídicos de trascendental importancia: el primero, permitir al administrado el ejercicio de su derecho constitucional de defensa, pues solo una resolución en la que conste una explicación clara y razonada del porqué una petición es negada total o parcialmente, franquea la vía para fundamentar la impugnación del acto resolutivo; y el segundo efecto es permitir a los órganos administrativos jerárquicos o al juez contencioso ejercer el control de legalidad de las actuaciones administrativas.

La Constitución Política en vigencia incluye entre las garantías del debido proceso, el deber de motivación (Art. 24 numeral 13): “Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”

El Art. 31 de la LME reproduce el sentido en que la Constitución ha regulado ese derecho y manda que en la motivación deban indicarse los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que determinaron la decisión administrativa, y que en el caso de los actos normativos, no es necesaria la indicación de los presupuestos de hecho.

En un importante fallo pronunciado por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en el juicio seguido por la compañía Xuxania S.A. en contra del Ministro de Finanzas y Crédito Público, se sentó el criterio de que la violación del deber de motivación hace ilegítimo al acto y acarrea no solo la nulidad del acto, por no acatamiento a la ley, sino que además hace responsable civilmente al Estado por los perjuicios que se ocasionaren, por expreso mandato del Art. 22 de la Constitución. (Resolución 677-99-RA-II.S. Número 677, de 18 de noviembre de 1999).

De las normas referidas podrían extraerse las siguientes conclusiones del deber de motivación en el Derecho Administrativo ecuatoriano:

a) La motivación es una obligación inexcusable de los órganos del poder público que forman parte del Estado ecuatoriano: de las tres funciones del Estado, sus órganos y dependencias; de los organismos de regulación y control; de los de control electoral; de los municipios, consejos provinciales y juntas parroquiales; de las personas jurídicas creadas por ley que ejerzan una potestad estatal, desarrollen actividades económicas asumidas por el Estado o que presten servicios públicos.

b) La motivación se impone en todas aquellas resoluciones en que se produzca una afectación al derecho de las personas. Si esa afectación tiene sentido positivo, es decir si favorece el reconocimiento del derecho subjetivo del administrado, o si tiene sentido negativo, es decir si condiciona o impide, total o parcialmente, la pretensión del administrado, en todos esos casos, los órganos del poder público vienen obligados a motivar su decisión administrativa y no podrían, bajo ninguna circunstancia, considerar que el acto resolutivo favorable, por ser tal, excluyó el deber de motivación.

Dos argumentos llevan a esa conclusión: el primero, que el derecho que se confiere al particular siempre deberá estar fundamentado en una norma legal o en un principio del derecho, y ese sustento debe expresarse en el acto administrativo de que se trate; y el segundo está vinculado con el derecho constitucional a la defensa puesto que el acto desfavorable puede ser impugnado y susceptible de control en la medida en que el particular afectado conozca las razones que determinaron la negativa de su pretensión.

c) La motivación comporta dos mandatos: enunciar las normas legales o principios jurídicos y explicar razonadamente cómo dichas normas y principios son aplicables a los antecedentes de hecho. No basta con enunciar los artículos de una ley o de citarlos para cumplir con la exigencia constitucional. Es indispensable que los actos resolutivos expliquen razonadamente la aplicación de la norma jurídica objetiva a los hechos que han sido puestos a consideración de la Administración.

d) Cuando se trata de actos normativos, es decir, de manifestaciones de voluntad administrativa que producen efectos jurídicos generales de forma directa (ERJAFE, Art. 80), el Art. 31 de la LME señala que no será necesaria la indicación de los presupuestos de hecho, es decir las circunstancias materiales que justificaron la promulgación del acto normativo. La exclusión que ha hecho la ley sobre la motivación de los actos normativos se refiere únicamente a la enunciación de los hechos, mas no a la fundamentación jurídica que debe sustentar a la expedición de esos actos.

Los órganos de la Función Ejecutiva con competencia para expedir actos normativos deberán acompañar los estudios e informes que justifiquen la legitimidad y oportunidad de los actos normativos que expidan (ERJAFE, Art. 81), y expresar la norma legal en que se basen. El cumplimiento de estos mandatos del ERJAFE debería aparecer expresado en la exposición de motivos, tanto de la existencia de los estudios e informes como del artículo de la ley que expresamente autoriza la promulgación del acto normativo de que se trate.

La falta de motivación o la motivación indebida de los actos resolutivos determina la nulidad de pleno derecho del acto administrativo (ERJAFE, Arts. 94 y 129). Si el presupuesto de hecho o fáctico no está comprendido en la hipótesis de ley citada como fundamento del acto administrativo, esa motivación será indebida y la consecuencia será la nulidad de pleno derecho del acto. En la redacción del Art. 94 encuentro una redundante referencia a la "motivación indebida" como causal de actos con vicios insubsanables, puesto que el literal c) de dicho artículo describe el significado de la "indebida motivación" y el inciso final reitera en la mención de los actos "que no se encuentren debidamente motivados".

El Art. 129 del ERJAFE utiliza una fórmula más amplia para sancionar con nulidad de pleno derecho a aquellos actos administrativos expedidos con violación " de los derechos y libertades consagrados en el Art. 24 de la Constitución Política de la República". A este respecto es de señalar que el ERJAFE parecería haber incurrido en

error al considerar que el Art. 24 de la Constitución consagra derechos y libertades, cuando la mencionada norma trata de las "garantías del debido proceso".

El Art. 23 de la Carta Política consagra los derechos y libertades civiles a que se refiere el ERJAFE, y en el numeral 24 menciona el derecho al "debido proceso". De manera tal que errática o no la redacción del Art. 129 del ERJAFE, la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo ocurre en todos los casos en que se produzca violación de los derechos y libertades constitucionales entre las que se incluye el derecho al debido proceso (Art. 23 No. 24) que, a su vez incorpora la garantía de la motivación (Art. 24 No. 13).

3.5.2. De la prohibición de la reforma peyorativa.

La prohibición de la reforma peyorativa, conocida en la doctrina como "interdicción de la reformatio in peius" comporta un mandato a todo órgano administrativo que en el ejercicio de sus competencias llegare a conocer de un reclamo o recurso administrativo. Según este principio, ningún órgano administrativo podrá empeorar la situación inicial del administrado reclamante o agravar la sanción de quien presentó un recurso.

El sistema de impugnación de actos en "sede gubernativa" a través de reclamos y recursos, ha sido concebido como una garantía de las personas frente a las actuaciones de la Administración. Resultaría contrario al derecho de defensa de los administrados, que la interposición de un reclamo o la presentación de un recurso contribuya a empeorar su situación inicial, pues de otro modo los particulares se abstendrían de impugnar actos administrativos. Sin la prohibición de la reforma peyorativa, el derecho constitucional de defensa de los administrados devendría ineficaz, y desalentaría cualquier forma de impugnación porque ellos estarían intimidados a correr riesgos.

La importancia de la prohibición de la reforma peyorativa en el ámbito del derecho procesal ha sido creciente, pues a partir de la Constitución Política de 1998 quedó consagrado este principio como una de las garantías del debido proceso, especialmente aplicable al procedimiento administrativo sancionador. La norma constitucional que trata sobre el deber de motivación incluye el siguiente texto: "Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente" (Art. 24 numeral 13).



La prohibición de la reforma peyorativa, es decir el impedimento de que al resolver una impugnación pueda empeorar la situación del recurrente, alcanza también a las facultades de revisión que de oficio pueden iniciar las autoridades administrativas, en ejercicio de las atribuciones que prevé el Art. 178 del ERJAFE al reconocer a los Ministros de Estado o a las máximas autoridades de la Administración Pública la potestad de revisar de oficio un acto. En tal virtud, a través de un recurso de revisión tampoco podrá desmejorar la situación del administrado, aun en aquellos casos en que el recurso hubiere sido planteado de oficio por el órgano administrativo con competencia para ello.

3.5.3. Eliminación de la regla solve et repete

La fórmula latina solve et repete significa en la esfera del Derecho Administrativo, la obligación de los administrados de pagar un valor pecuniario para impugnar un determinado acto que lesiona sus derechos e intereses.

La doctrina española²² ha explicado ampliamente cómo la Constitución de 1978 dejó sin efecto la denominada regla solve et repete que, desde el año 1956 había instituido en España la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Art. 57.2 letra e).

Dado que el ordenamiento legal de nuestro país no ha establecido la regla solve et repete, las explicaciones que la doctrina española ha elaborado sobre el tema podrían tener escaso interés práctico para un análisis circunscrito al Derecho ecuatoriano. Sin embargo, un doble motivo determina incluir la prohibición de la regla solve et repete como garantía de las resoluciones que expiden los órganos del poder público en el Ecuador.

El primer motivo es que la Constitución Política que rige en nuestro país desde 1998, contiene los derechos y principios de la Constitución española de 1978, en los que la jurisprudencia y los administrativistas de aquel país fundamentaron la prohibición de esa regla: derecho a la defensa y tutela efectiva de derechos (Art. 24 Nos. 10 y 17). Y el segundo se relaciona con el hecho de que aún perviven en la legislación ecuatoriana varias disposiciones que, contra los mandatos de la Constitución Política, pretenden imponer a los ciudadanos el pago previo de multas para acceder a un recurso o para ejercer determinados derechos.

La Constitución Política consagra como una garantía del debido proceso el que a nadie se prive de su derecho de defensa, en ningún

estado o grado del respectivo procedimiento y reconoce a todas las personas el derecho de obtener una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en ningún caso queden en indefensión (Art. 24 Nos. 10 y 17). Aunque la redacción de estas normas parecería sugerir, esas disposiciones se aplican no solamente a procesos judiciales, sino a todo procedimiento en que cualquier órgano del poder público, en ejercicio de funciones administrativas o jurisdiccionales, defina derechos de las personas.

Esas normas tornan inconstitucional cualquier pretensión de imponer obligatoriamente el pago previo de una multa para aceptar a trámite un recurso administrativo, porque enerva la tutela efectiva y expedita de derechos e impide al administrado ejercer su defensa. El Art. 221 del Código de la Salud (R.O. 158 de 8-I-1971) exige el pago previo de una multa para interponer recurso de apelación ante el Ministro de Salud contra las resoluciones de los Comisarios de Salud.

Otro caso es el del Art. 88 de la Ley de Servicio Militar Obligatorio de las Fuerzas Armadas en que, no obstante haber consagración constitucional del derecho a la objeción de conciencia, aún rige la norma que sanciona a los ciudadanos que no cumplen el servicio militar con la pérdida de un sinnúmero de derechos civiles y dispone que no los podrán recuperar mientras no satisfagan "la obligación de obtener el documento militar correspondiente, previo al pago de la multa respectiva".

Estos sistemas creados en el Código de la Salud y la Ley del Servicio Militar Obligatorio son inconstitucionales, pues condicionar el ejercicio de un derecho al pago previo de una multa, en un sinnúmero de casos podría provocar la indefensión del ciudadano. Mientras se discute la legalidad de una sanción pecuniaria, es de elemental justicia que esa sanción no se ejecute, pues de otra forma podría provocarse al administrado un daño de difícil o imposible reparación.

Por otro lado, la regla solve et repete, es decir, la exigencia de pagar la admisión de un reclamo o un recurso administrativo, sería contraria al derecho de petición consagrado en el Art. 23 No. 15 de la Constitución Política, porque este derecho impone a la autoridad pública resolver todas las peticiones (solicitudes, consultas, reclamos, recursos, etc.) que llegaren a presentar los administrados, y a hacerlo en plazo oportuno, sin que dicha norma haya introducido ninguna condición que impida u obste el derecho de pedir.

En concordancia con los mandatos constitucionales que vuelven incompatible la regla solve et repete en los procedimientos



administrativos del sistema ecuatoriano, el Art. 114 del Estatuto señala que los órganos de la Administración Pública responsables de la tramitación de los procedimientos tienen “la obligación de recibir todas las peticiones o solicitudes que se dirijan a la Administración Pública Central, sin perjuicio de que éstas satisfagan o no los requisitos establecidos en las normas aplicables”.

4.- Conclusiones

4.1. Las dificultades que derivan de esa casuística de procedimientos instituidos por diversas leyes, quedan ampliamente superadas por la Constitución Política de 1998 cuyas normas han establecido principios aplicables a las actuaciones administrativas de todos los órganos del poder público.

4.2. Tales principios son los de legalidad, objetividad, tutela y eficacia. Aunque éstos aparezcan expresamente mencionados en los Arts. 4 y 100 del ERJAFE, es indiscutible que su aplicación trasciende la Función Ejecutiva del Estado y no puede ser desconocida por otras funciones o entidades de derecho público que de una u otra manera realizan actividad administrativa.

4.3. Además de los principios aplicables a las actuaciones administrativas, existen otros que tienen directa aplicación a los procedimientos administrativos. Estos son los de contradicción, economía, in dubio pro actione, oficialidad y publicidad, que también encuentran fundamento en las normas de la Constitución Política de 1998.

4.4. Algunos fallos del Tribunal Constitucional contradicen el contenidos de los principios mencionados y, lamentablemente, no han sentado, como era de esperar de la jurisprudencia de tan alto Tribunal, una doctrina consistente a este respecto.

La Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha apuntalado con mejores fallos la vigencia plena de los principios analizados en este artículo. La Sala que integraron los doctores José Julio Benítez y Luis Heredia Moreno...²³ han acertado en la aplicación de los principios constitucionales que precautelan el derecho de los administrados y ordenan las actuaciones administrativas del Estado.

4.5. Pese al fundamento de los preceptos constitucionales en materia de principios de actuaciones y procedimientos administrativos y al avance significativo del ERJAFE, resulta indispensable a la

funcionalidad de nuestro Estado de Derecho, que el desarrollo de tales principios se haga a través de una ley de procedimientos administrativos que sea de común aplicación ante las diversas administraciones públicas.

¹ Juan Pablo Aguilar, Informe de Diagnóstico Sectorial sobre Materia Administrativo Público, realizado para la Fundación Hacia La Seguridad-Imperio de la Ley, Quito, noviembre del 2003 (inédito), p. 14.

² Roberto Dromi, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina, 9ª ed., Buenos Aires 2001, 196.

³ Juan Pablo Aguilar, op. cit. p.26 y 27.

⁴ Juan Pablo Aguilar, op. cit. p. 14.

⁵ El nombre completo de esta Ley es iLey de Modernización del Estado, Privatizaciones y prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, una designación innecesariamente larga quizá con el propósito de lograr justificación política respecto de sus contenidos.

⁶ Varias normas del Libro II del ERJAFE contradicen las del Libro I, Algunos ejemplos de esta incongruencia son los Artículos 1 y 100, El Art. 1 (Libro I) establece que el ámbito de su aplicación comprende a la Administración Pública Central e Institucional; mientras que el Art. 100 (Libro II) señala que las normas del Procedimiento Administrativo Común vinculan solamente a la Administración Pública Central; otro ejemplo es el del Art. 98 (Libro I) que permite a la administración corregir errores hasta dentro de tres años de haber sido dictados; y el Art. 170.2 (Libro II) permite hacer esa corrección en cualquier momento. El tratamiento de las causales de nulidad de pleno derecho del Art. 94 (Libro I) difiere del Art. 129 (Libro II) que regula al mismo tema, entre otros.

⁷ Se trata de la acción de amparo deducida por los Arquitectos Milton Fernando Rivas Castro y Luis Patricio González Orellana en contra del Alcalde y Procurador Síndico del Municipio de Cuenca, en que impugnaron la falta de aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Escalafón y Sueldos de los Arquitectos del Ecuador, (R.O. 300, 20-IV-1998). Esta violación al principio de legalidad fue fallada a favor de los profesionales accionantes, mediante Resolución 022-2001-TP, Número 22, Casos 21 y 923, de 13 febrero de 2001.

⁸ La definición doctrinaria de la iseguridad jurídica como un valor del Derecho, debilita el argumento que en varios casos ha usado el Tribunal Constitucional para impedir que el amparo de protección contra actos administrativos ilegales. Para el tratadista español Antonio-Enrique Pérez Luño hay dos acepciones básicas de la seguridad jurídica: una de carácter objetivo y otra, de orden subjetivo. Esta última tiene relación directa con el derecho constitucional enunciado en el Art. 23 numeral 26 de nuestra Carta Política. La seguridad jurídica en sentido subjetivo se presenta como una certeza del Derecho... como una proyección de las situaciones personales de la seguridad objetiva. El sujeto del derecho tiene derecho a conocer de antemano que le está mandado, permitido o prohibido. Así, podrá organizar su conducta presente bajo pautas razonables de previsibilidad. Por esto los actos ilegítimos de autoridad cuyo contenido sea contrario al mandato de una ley impiden la razonable previsibilidad que la Constitución declara como derecho de las personas para el desenvolvimiento de su vida diaria, Antonio-Enrique Pérez Luño, iLa Seguridad Jurídica, Ed. Ariel S.A. 2ª, ed., Barcelona, 1994, pp. 29-30.

⁹ Juan José Díez Sánchez, *El Procedimiento Administrativo Común y la Doctrina Constitucional*, Editorial CIVITAS y Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Alicante, 1ª. ed., Madrid, 1992, p. 83

¹⁰ Juan José Díez Sánchez, *op. cit.*, página 98.

¹¹ Roberto Dromi, *El Procedimiento Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires 1999, p. 63.

¹² Juan José Díez Sánchez, *op. cit.*, página 89.

¹³ Roberto Dromi, *El Procedimiento Administrativo*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁴ Carlos Ariel Sánchez Torres, *El Acto Administrativo. Teoría General*, Ed. LEGIS, Bogotá 1998, 2ª. ed., p. 290.

¹⁵ Juan José Díez Sánchez, *op. cit.* página 94.

¹⁶ Jesús González Pérez, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Ed. CIVITAS, Madrid 2002, 2ª. ed., pp. 87 y 273.

¹⁷ Jesús González Pérez, *op. cit.* p. 87.

¹⁸ Pedro Aberastury y María Rosa Cilurzo, *Curso de Procedimiento Administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 33.

¹⁹ Sobre el tema existe un buen artículo escrito por Efraim Pérez y Jessica Makowiak, titulado *El Derecho de Acceso a la Información en Europa y América Latina: Un enfoque constitucional*, publicada en la Revista *Temas de Derecho Constitucional* editado por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco y la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional, Quito, 1993, p. 145-210.

²⁰ Conviene destacar que de conformidad con los Arts. 1, 2, 3, 4, 11, 12 y 23 de la Ley Orgánica de Transparencia y de Acceso a la Información Pública, la obligación de facilitar el acceso a la información pública no comprende exclusivamente a entidades del Estado, sino a personas de derecho privado que tengan participación del sector público, o que sean concesionarios del Estado, y a las denominadas Organizaciones No Gubernamentales.

²¹ Eladio Escusol Barra y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, Ed. 1995, Madrid, 1995, pp. 94 y 95.

²² Eladio Escusol Barra y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, *op. cit.* p. 97-99; Juan José Díez Sánchez, *op. cit.* p.279-283

²³ A la fecha que escribo estas líneas, la Corte Suprema de Justicia que se conformó en 1998, incluida la Sala de lo Administrativo, fue removida y sustituida por un acto dictatorial y anticonstitucional expedido por el Congreso Nacional con intervención de la Presidencia de la República, pues ninguna norma de la Constitución atribuye al Congreso la facultad de destituir Ministros Jueces de la Corte, y el Art. 199 de la Constitución Política prohíbe que los órganos y demás funciones del Estado interfieran en la actividad de la Función Judicial.

LA TRIBUTACION DE LOS ENTES LOCALES

Dr. José Vicente Troya Jaramillo

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- La potestad tributaria de los municipios. 3.- Los impuestos que aplican los municipios. 4.- Las tasas y contribuciones especiales.

1. La tributación de los entes locales se refiere a la de los municipios cuya existencia data de la Colonia. Los españoles dieron mucha importancia a los ayuntamientos, los cuales precedieron a la formación de las repúblicas que integran América Latina. Los nuevos estados que se constituyeron luego del movimiento independentista adoptaron la forma federal o unitaria e inclusive alguna que no corresponde en estricto sentido a esos tipos. Ello incidió notablemente en sus sistemas tributarios. En los estados de régimen federal coexisten potestades tributarias o de creación de tributos correspondientes a la nación, a los entes federales o federativos denominados estados, provincias, departamentos, e inclusive a las municipalidades. En los de régimen unitario, esa potestad corresponde por excelencia a la nación, mas, con el transcurrir del tiempo se ha reconocido aunque sea en forma tenue a las entidades menores la facultad de crear al menos tasas y contribuciones especiales, mas no impuestos. Salvo Chile y algún otro caso particular, no ha hecho fortuna en nuestros países el reconocimiento de regiones o al menos el mismo no ha tenido relevancia jurídica, menos aún tributaria. No se conoce el caso de que una región esté imbuida de potestad tributaria o de creación de tributos. Por el contrario, en España, las regiones fortalecidas a partir de la Constitución de 1978, ostentan potestad tributaria.

Huelga advertir que otro ángulo es el de la aplicación de tributos. Con frecuencia se da el caso que la nación, a través del organismo legislativo crea tributos, particularmente impuestos para que sean aplicados por los entes menores. Otro, en fin, es el supuesto del destino que el producto o producido por los tributos aplicados por la nación, por los entes federales o federativos y por los entes menores, sean destinados a las cajas de tales o cuales sujetos. Este último es tema presupuestario o de asignación de recursos.

Dentro de esta temática, este trabajo afronta el rol que corresponde a las municipalidades o ayuntamientos en la creación y aplicación de tributos con especial referencia a Ecuador.



2. La Constitución Política de Ecuador puesta en vigencia a partir de 1998 reconoce en forma franca que la creación de tributos corresponde principalmente al Estado a través del Congreso, que es unicameral, y previa iniciativa forzosa del Ejecutivo. Mas, dentro de la descentralización que proclama, en el orden tributario contempla que otras entidades puedan crear tributos y, entre ellas, las municipalidades las cuales pueden crear y consecuentemente aplicar tasas y contribuciones especiales de mejora¹. Se reconoce que el Ecuador es un país unitario pero descentralizado y, como consecuencia de ello, en el campo tributario, se concede facultades de creación de tributos a las municipalidades. Estas entidades pertenecen junto a los consejos provinciales y a otros organismos que determine la ley, al denominado régimen seccional autónomo. Se debe señalar que la propia Constitución prevé la existencia de distritos metropolitanos. Tal es el caso de Quito, capital de la República del Ecuador.

En la doctrina latinoamericana se ha aceptado que los tributos, término genérico, comprende a los impuestos, a las tasas y a las contribuciones especiales y que dentro de estas últimas, cabe diferenciar las contribuciones por mejoras y las contribuciones por gasto. Además, se ha enunciado la existencia de las denominadas contribuciones parafiscales, verdaderos tributos que se desenvuelven fuera de la órbita fiscal, que se aplican a determinados grupos de particulares y cuyo producido se encuentra predestinado a financiar determinadas obras o servicios. En el Código Tributario del Ecuador, a diferencia de lo que ocurre en otros códigos o leyes generales tributarias, ni en otras normas que configuran el sistema tributario ecuatoriano, no se definen a los tributos y sus clases. En subsidio se ha debido acudir a la doctrina y particularmente al Modelo de Código Tributario para América Latina formulado por los Profesores Carlos M. Giuliani Fonrouge, Rubens Gomes de Souza y Ramón Valdés Costa, documento que ha servido de inspiración al Código de Ecuador y a otros de América Latina. La dificultad mayor que se presenta estriba en definir lo que se ha de entender por tasas o derechos, de acuerdo a la denominación que utiliza el sistema mexicano. No es esta la sede apropiada para insistir en el tema de los tributos y sus clases, mas, es apropiado advertir que si los municipios, por norma constitucional, están facultados para crear tasas y contribuciones, a menester tomar posición y definir cuál es la naturaleza de este tipo de tributos². Respecto de las tasas en la monografía aludida se sustenta que las tasas no son contraprestaciones por el servicio público sino prestaciones que se aplican con ocasión de la prestación del servicio público o de la utilización de los bienes públicos; que no existe ni puede existir

equivalencia entre el importe de la tasa y el servicio; que las tasas se aplican por servicios públicos de naturaleza divisible a pedido del usuario u oficiosamente por parte de la administración tributaria cual ocurre con las de control. En lo atinente a las contribuciones especiales por mejora se considera que las obras y servicios públicos se brindan a la generalidad de los particulares, pero que, por la naturaleza de los mismos, en ocasiones, tales obras y servicios redundan en beneficio de determinados particulares quienes deben satisfacer tales contribuciones. Sin embargo ante la falta de definición y de una ley que sienta las bases para el ejercicio de la potestad tributaria de las municipalidades, éstas, en casos, a fuer de crear tasas o contribuciones especiales, lo que han hecho efectivamente es crear impuestos.

En la República Argentina, cuyo régimen es federal, las municipalidades pueden crear impuestos, tasas y contribuciones³. Así se encuentra reconocido por varias constituciones provinciales citadas por Spisso. El problema mayor concierne a la naturaleza de la potestad tributaria de las municipalidades. A criterio de este autor puede considerársela delegada y de alguna manera dependiente a la que corresponde a las provincias. Cabría aplicar la perspectiva de los Estados Unidos de América que distingue entre poderes inherentes que corresponden a los estados, enumerados que corresponden al gobierno federal y delegados que corresponden a las municipalidades. Reconoce igualmente que una de las cuestiones más álgidas se suscita cuando se inquiere si el Congreso, representante del poder federal, puede o no eximir gravámenes provinciales y municipales. Esta temática es propia del régimen federal, aunque algunos interrogantes podrían también surgir en los países de régimen unitario descentralizado. En Ecuador ha de considerarse que la potestad tributaria de los municipios es originaria, pues, es una derivación de su plena autonomía⁴. La potestad tributaria municipal es limitada a cierto tipo de tributos, no abarca a los impuestos y por ello no es probable que se produzca interferencia con la potestad tributaria del estado central. El problema de la delegación radica en que la potestad así conferida, eventualmente, podría ser restringida o condicionada. Aquí fluyen los asertos de Giuliani Fonrouge de que las potestades tributarias, inclusive las de los municipios son de la misma categoría, es decir originarias o inherentes⁵. Caso diferente es el de la delegación consignada en la propia constitución. Así en Italia donde es posible la delegación del Parlamento al Poder Ejecutivo siempre que la misma sea expedida mediante procedimientos normales, que se efectúe a favor del Gobierno y no de un ministro en particular y que se fije



los principios y criterios que deberán ser observados por el delegado⁶. Merece consideración particular el caso de que el Congreso, pese a la autonomía y potestad tributaria de los municipios, expida o haya expedido normas que modulen las expedidas por ellos, ya sea introduciendo exoneraciones, decretando deducciones o en general, arbitrando medidas que incidan en la aplicación de las tasas y contribuciones especiales de mejoras municipales. Según queda indicado, por cuanto la potestad tributaria municipal es derivación de su autonomía, en principio, no cabe aceptar semejante interferencia. La Constitución Colombiana así lo ha reconocido expresamente, al señalar que la ley no podrá conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales, como tampoco podrá imponer recargos sobre sus impuestos⁷. Es oportuno señalar que el artículo 34 del Código Tributario del Ecuador contempla los casos generales de desgravación, mas, excluye de tal tratamiento a las tasas y a las contribuciones especiales de mejora, entre las cuales tienen importancia las creadas y aplicadas por los municipios. Así se concilian las potestades tributarias del estado y de los municipios. El problema se suscita cuando leyes particulares como las del Seguro Social, artículo 16, prevén que estarán exentos de todo gravamen, debería incluirse la tasas y las contribuciones especiales de mejora, los fondos del Seguro Social, Similares situaciones que pueden acaecer en leyes de protección social como las de los ancianos y discapacitados u otras que persigan el fomento económico⁸. Sin embargo, es propicio recordar que de acuerdo a la disposición del artículo 256 de la Constitución⁹, los tributos no son únicamente recursos públicos, sino también instrumentos de política económica. Las exoneraciones y modulaciones de la referencia bien podrían explicarse no como un atentado a la autonomía municipal o como una prevalencia injustificada de la potestad tributaria estatal, sino como una sujeción de ambas potestades tributarias a los designios de la política tributaria y económica. Según el artículo 226 de la Constitución, la política económica y tributaria que incumbe al gobierno central no podrá descentralizarse. Habría que juzgar caso por caso, mas, podría ocurrir que por designios de política económica quepa que una ley nacional incida en la potestad tributaria municipal.

En España se ha potenciado a las comunidades autónomas y se les ha reconocido potestad tributaria suficiente para crear sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales, y al propósito, para expedir leyes autonómicas diferentes de las que expiden las Cortes Generales. En tanto, no se ha reconocido similar facultad a los entes locales. Martín Queralt sustenta que si

los tributos han de establecerse por ley y si las corporaciones locales carecen de poder legislativo, éstas no podrán establecer tributos¹⁰. En el Perú, de acuerdo con el artículo 192 de la Constitución, las municipalidades tienen competencia para crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales. En el Uruguay, las Juntas Departamentales pueden crear o fijar, a proposición del Intendente, impuestos, tasas, contribuciones, tarifas y precios de los servicios que presten¹¹. En el sistema ecuatoriano se ha reconocido constitucionalmente la potestad legislativa de las municipalidades que se vierte en la expedición de ordenanzas. La potestad tributaria de estas entidades se ejercita con la expedición de ellas que sirven para la creación de tasas y contribuciones de mejora. Es posible diferenciar las ordenanzas de creación de aquellas de las ordenanzas de reglamentación. Formalmente son semejantes, mas, no lo son en su contenido. A las municipalidades les compete crear ciertos tributos y al propio tiempo reglamentar todos lo que deba aplicar, entre los cuales se encuentran los impuestos que el Congreso Nacional ha creado en su beneficio. En caso de pugna entre unas y otras, han de prevalecer las de que crean tributos sobre las que simplemente los reglamentan¹². La Constitución Política del Ecuador consagra el principio de legalidad y de reserva de ley, mas, entiende que el mismo excepcionalmente se cumple con la expedición de otros actos normativos que tengan validez general y obligatoria. El apotegma no hay tributo sin ley ha quedado circunscrito al de no hay impuesto sin ley. Además, ha quedado muy claro que la potestad de creación de tributos o potestad tributaria no se encuentra condicionada a la reserva de ley, cuando más, a la potestad legislativa de creación de normas generales y obligatorias que crean o inciden en las situaciones jurídicas, la cual corresponde preponderantemente pero no exclusivamente al organismo legislativo. En la Constitución del Ecuador se prevé que el Consejo Nacional de la Judicatura podrá fijar tasas por servicios judiciales y el Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana¹³.

En ciertos casos los municipios no ostentan una potestad tributaria propia, ni siquiera delegada, lo que no significa que no sean beneficiarios de ingresos y rentas propios o asignados que los pueden emplear autónomamente. Ello ocurre en estados de régimen federal en los cuales se ha privilegiado al estado central o nación y a sus estados federados, provincias o regiones. Así se ha configurado una doble estructura de poder tributario. Es necesario, por tanto, regular y definir el alcance del poder tributario de la nación y el que corresponde a sus entidades federadas. El municipio, entonces, ha quedado fuera de ese juego,



librado a aplicar los tributos que le asignan las leyes federales y estatales y a percibir las asignaciones que corresponda. Esa solución conspira contra el desarrollo municipal, particularmente de las entidades que no conforman grandes urbes y es una de las causas de la desigualdad entre sectores y del crecimiento desorbitado de ciertas ciudades. En Alemania, según lo reconoce Kruse, los municipios y las mancomunidades municipales no son titulares de soberanía impositiva, ha de entenderse, de acuerdo a la terminología que se emplea, de potestad tributaria. Al decir de este autor esto ocurre, sin perjuicio de reconocer la autonomía de los municipios¹⁴. En el Paraguay, de conformidad con la Constitución, todo tributo, cualquiera sea su naturaleza o denominación, será establecido exclusivamente por la ley, correspondiendo a los municipios únicamente la facultad de regular el monto de las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados¹⁵. En Guatemala, el artículo 239 de la Constitución establece que corresponde con exclusividad al Congreso de la República, decretar impuestos ordinarios y extraordinarios, arbitrios y contribuciones especiales. Similar es el caso de México país en el cual de acuerdo al artículo 115, fracción IV de la Constitución, los municipios han de percibir las contribuciones y tasas que establezcan los estados. Arriola Vizcaino critica esta situación y da razón de los antecedentes que sirvieron de base para definir la actual situación de los municipios en lo que concierne a una potestad tributaria¹⁶.

Constituye un caso especial el de Bolivia, donde la Constitución Política, pese a que establece que los Gobiernos Nacionales podrán establecer tasas o patentes mediante ordenanza municipal, sobre hechos generadores no gravados por el Gobierno Central, condiciona dicho establecimiento a la aprobación previa de la Cámara de Senadores, basada en un dictamen técnico del Poder Ejecutivo,¹⁷.

No sucede así en la República Federativa del Brasil, cuya Constitución, en forma franca, reconoce la potestad tributaria de los municipios junto a la que corresponde a la nación y a los estados federados, e inclusive precisa las materias que a cada una de esas potestades corresponde. Así, corresponde a los municipios establecer impuestos sobre propiedad predial y territorial urbana; transmisión "inter vivos", por cualquier título, por acto oneroso de bienes inmuebles, por naturaleza o acción física, y de derechos reales sobre inmuebles, excepto los de garantía, así como la cesión de derechos o su adquisición; ventas al por menor de combustibles líquidos y gaseosos, excepto gasóleo; y, sobre servicios de cualquier naturaleza, excepto los previstos en leyes complementarias.¹⁸

De forma similar, la Constitución del Uruguay señala expresamente que son fuentes de recursos de los Gobiernos Departamentales, decretados y administrados por éstos: los impuestos sobre la propiedad inmueble, urbana y suburbana, situada dentro de los límites de su jurisdicción; el impuesto a los baldíos y a la edificación inapropiada en las zonas urbanas y suburbanas de las ciudades, villas, pueblos y centros poblados; los impuestos establecidos con destino a los Gobiernos Departamentales y los que se creen por ley en lo futuro con igual finalidad sobre fuentes no enumeradas; las contribuciones por mejoras a los inmuebles beneficiados por obras públicas departamentales; las tasas, tarifas y precios por utilización, aprovechamiento o beneficios obtenidos por servicios prestados por el Gobierno Departamental, y las contribuciones a cargo de las empresas concesionarias de servicios exclusivamente departamentales; los impuestos a los espectáculos públicos con excepción de los establecidos por ley con destinos especiales, y a los vehículos de transporte; los impuestos a la propaganda y avisos de todas clases; los beneficios de la explotación de los juegos de azar; los impuestos a los juegos de carreras de caballos y demás competencias en que se efectúen apuestas mutuas.

En la legislación ecuatoriana está claro que los municipios pueden crear tasas y contribuciones. Respecto de estas últimas, las normas constitucionales y legales entran en contradicción. El Código Tributario, aplicable a las relaciones que se susciten entre las administraciones tributarias y los particulares con ocasión de la aplicación de todo tipo de tributos nacionales y entre ellos aduaneros, seccionales y de administraciones de excepción, contempla la existencia de tres tipos de tributos, los impuestos, las tasas y las contribuciones de mejora. La Ley Orgánica de Régimen Municipal regimienta las contribuciones especiales de mejora. La Constitución Política al conferir a las municipalidades potestad tributaria se refiere a las contribuciones especiales de mejora, mas, en tanto que cuando se refiere a la facultad del Congreso Nacional deja a salvo las atribuciones de las municipalidades de crear contribuciones especiales sin especificar que se trata solamente de las de mejoras. Hasta la fecha, las municipalidades han establecido exclusivamente contribuciones de mejoras, mas, bien podría ser que en lo posterior estimen que están facultadas para crear otras, particularmente las por gasto. Bien cabría sostener que el sistema constitucional les faculta para crear contribuciones por mejora y por gasto, aunque en las normas se haya puesto más énfasis en las primeras¹⁹.



3. Las municipalidades en el Ecuador ejercitan una amplia potestad de imposición o de aplicación de los tributos por ellos creados y de los impuestos que han sido creados por ley en su beneficio. Esta potestad no obra en la Constitución; se consagra en ley. En su ejercicio, determinan y liquidan tributos y proceden a su recaudación a cuyo propósito gozan de la facultad coactiva que les permite cobrar las obligaciones tributarias insolutas por sí mismas sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia.

Han sido creados por ley en beneficio de las municipalidades el Impuesto a los Predios Urbanos, el Impuesto a los Predios Rurales, el Impuesto a los Vehículos, el Impuesto de Patentes Municipales, el Impuesto a los Activos de las Empresas, el Impuesto a los Espectáculos Públicos, el Impuesto al Juego, el Impuesto de Alcabala, el Impuesto de Registro, recientemente derogado, y, el Impuesto a las Utilidades en la Venta de Inmuebles²⁰. Sin embargo, es de anotar que las materias gravadas por estos impuestos no son de exclusiva vocación municipal. No existe norma constitucional que así lo haya previsto. El Congreso Nacional ha gravado los mismos objetos imponibles mencionados en forma reiterada singularmente bajo la modalidad de impuestos adicionales creados para diversas y específicas finalidades. Con esta práctica se ha complicado el sistema tributario nacional pese a que en varias oportunidades, dentro de las sucesivas reformas tributarias en que se ha emprendido, se ha derogado numerosos gravámenes adicionales.

El Impuesto Predial Urbano grava en forma anual el usufructo de propiedades inmuebles urbanas dentro de una circunscripción cantonal. Es un impuesto directo que grava una expresión de riqueza y patrimonio que es la propiedad de inmuebles, considerándola como una manifestación inmediata de capacidad contributiva²¹. Los rendimientos de la propiedad urbana se encuentran gravados con el Impuesto sobre la Renta que es de carácter nacional. El 27 de septiembre del 2004 el Congreso Nacional expidió luego de varios años la reforma de la tributación municipal. Respecto del Impuesto Predial Urbano, la misma se contrae al sinceramiento del sistema de avalúos de tal modo que corresponda en lo posible al valor real de los inmuebles y a la drástica reducción de la tarifa impositiva. Las tarifas oscilarán entre el 0,25 por mil al 5 por mil en lugar de la banda existente que oscila entre el 3 por mil y el 16 por mil. En todo caso se admite una limitada progresividad en la tarifa. A la presente fecha los avalúos de los inmuebles urbanos se encuentran notoriamente subvalorizados. Se procura corregir la valoración, mas, al propio tiempo, frenar el impacto del Impuesto gracias al abatimiento de las tarifas tomando en cuenta además, la dolarización del sistema

monetario, factor que se toma en cuenta para la corrección de otros impuestos. El recargo anual a solares no edificados y a propiedades obsoletas se reduce por análogas razones, del 10% anual al 2 por mil y del 5% anual al 1 por mil, en su orden. Las municipalidades se encuentran obligadas a aplicar impuestos adicionales al Impuesto Predial Urbano; así como impuestos que gravan la propiedad urbana pero que son independientes. En el primer caso son tarifas adicionales al Impuesto Predial Urbano; en el segundo gravámenes autónomos. La reforma mencionada ha derogado varios de esos impuestos. Ello es positivo y procura la simplificación del sistema impositivo. En Argentina, el Impuesto Inmobiliario denominado también contribución territorial o contribución inmobiliaria pertenece a las provincias. Lo deben satisfacer propietarios, usufructuarios y poseedores a título de dueño. Puede aplicarse una tarifa proporcional básica y en determinados casos una tarifa complementaria sobre el conjunto de bienes inmuebles o sobre aquellos que excedan determinada extensión. De este modo el impuesto adquiere cierto grado de personalización²². En Chile, se asigna a los municipios la totalidad de la recaudación del impuesto a los bienes inmuebles (impuesto territorial), mas, el impuesto es de carácter estatal²³. En Bolivia, constituye un ingreso municipal el Impuesto a los Inmuebles Urbanos²⁴. En el Paraguay, de conformidad con el artículo 169 de la Constitución Política, corresponderá a las municipalidades y a los departamentos la totalidad de los tributos que gravan la propiedad inmueble en forma directa, siendo su recaudación, competencia de las municipalidades. En el Uruguay, conforme se mencionó, los impuestos sobre la propiedad inmueble, urbana y suburbana, situada dentro de los límites de su jurisdicción, corresponden a los Gobiernos Departamentales. En España el Impuesto sobre Bienes Inmuebles consolida las contribuciones sobre bienes urbanos y rústicos. Son de carácter estatal pero han sido cedidos a los municipios a los cuales corresponde ejercitar la gestión tributaria. Son sujetos pasivos los propietarios, los usufructuarios e inclusive a los titulares de las concesiones administrativas. La calificación de bienes urbanos incluye a los urbanizables, a los dotados de ciertas obras o instalaciones urbanísticas y las construcciones calificadas de urbanas con independencia del suelo en que se afinquen, de que sean o no transportables y aunque consistan en diques, explanaciones o embalses. Se tienen por rústicos a aquellos no calificados como urbanos y a las construcciones indispensables para el desarrollo agropecuario y forestal²⁵. La Ley Orgánica de Régimen Municipal del Ecuador diseña el sistema para determinar las zonas urbanas a efecto de aplicar el Impuesto a los Predios Urbanos. No existe un franco reconocimiento de que ha de considerarse urbanos a ciertos inmuebles en la forma en que se encuentran previstos en

la ley española²⁶.

El Impuesto a los Predios Rurales, grava la propiedad o usufructo de bienes inmuebles ubicados fuera de los límites urbanos de cada cantón²⁷. Luego de la reforma de septiembre del 2004, la banda tarifaria va del 0.25 por mil al 3 por mil. Se faculta a los propios municipios efectuar el avalúo de los inmuebles rurales, cometido que era propio del Estado. Las cuestiones mencionadas referentes a sincerar los avalúos, rebajar la tarifas, suprimir impuestos adicionales y otros que deben recaudar las municipalidades señaladas para el Impuesto Predial Urbano son aplicables extensivas a este Impuesto. De forma similar, constituye ingreso municipal el Impuesto a la Propiedad Rural, que es un impuesto a la renta presunta de propietarios de bienes (IRPPB) que se aplica en Bolivia²⁸. En el Uruguay, los impuestos sobre la propiedad inmueble rural son fijados por el Poder Legislativo, pero su recaudación y la totalidad de su producido, excepto el de los adicionales establecidos o que se establecieron, ha de entenderse por la Asamblea General, corresponde a los Gobiernos Departamentales respectivos²⁹. No ocurre así en el Brasil, donde conforme al artículo 153 de la Constitución, los impuestos sobre la propiedad territorial rural corresponden a la Unión.

El Impuesto a los Vehículos grava a los propietarios de los mismos. Es de carácter anual y concurrente con el que aplica el Estado. Se trata de un caso de reiterada imposición interna. El de mayor importancia es el que cobra el Estado. En casos la administración central recauda ambos tributos y entrega a los municipios la porción correspondiente. El Impuesto, desde la reforma de septiembre, se cobra mediante una banda que va hasta los setenta dólares que reemplaza al cálculo sobre salarios mínimos. La dolarización ha permitido la inclusión de tarifas expresadas en dólares bajo la consideración de que es una moneda dura. En Argentina, las provincias aplican impuestos a los automotores a los propietarios de vehículos de pasajeros y carga cuyo producto se distribuye entre las municipalidades³⁰. En Chile, cual ocurre con el impuesto a los inmuebles, se asigna la totalidad de la recaudación del impuesto a los vehículos (permiso de circulación) a los municipios, en virtud de una disposición transitoria de la Constitución³¹. De forma similar, en Bolivia pertenece a los municipios el Impuesto sobre Vehículos Automotores, Motonaves y Aeronaves. El Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica es aplicado en España por las municipalidades, las cuales tienen la facultad de incrementar las cuotas³². Al igual que los impuestos sobre la propiedad inmueble, los que gravan a los vehículos suelen ser de beneficio municipal.

No sucede así en Brasil, donde el Impuesto a la Propiedad de Vehículos Automotores corresponde a los Estados y al Distrito Federal, por estricto mandato constitucional³³.

El Impuesto de Patentes Municipales grava el ejercicio de la actividad económica realizada en forma permanente. Quienes ejercitan tal actividad deben obtener la patente de funcionamiento en el municipio o registrarse al propósito. La naturaleza del tributo es incierta. Podía sustentarse que constituye una tasa de funcionamiento o simplemente de un impuesto anual al ejercicio de una actividad económica. La tarifa tiene una doble expresión, pues, existe una anual y otra mensual. Ello obedece a que con el transcurrir del tiempo, la tarifa fija anual representó un cobro realmente insignificante. Para remediar el caso se añadió una tarifa mensual, cuya fijación, por disposición de la propia Ley, sin definir un máximo y un mínimo, quedó a la discreción de los municipios. Ello atentaba al principio de legalidad y dio lugar a que se cometieran abusos por parte de los ayuntamientos. Con la reforma del septiembre del 2004 se ha remediado este inconveniente y se ha previsto un impuesto único de carácter anual, con una banda que oscila entre los 10 y los 5000 dólares anuales. En España existe el Impuesto sobre la Actividad Económica en beneficio de los ayuntamientos los cuales pueden modificar las tarifas³⁴. Este Impuesto grava el simple ejercicio de la actividad económica, no supone la existencia de resultados empresariales y mal puede considerarse que ocurra por su aplicación reiterada imposición interna. En Chile, se asigna a los municipios la totalidad de la recaudación de los derechos (patentes) por instalación de actividades comerciales, industriales y profesionales.

El Impuesto del 1.5 por mil a los activos de las empresas es un gravamen anual similar al Impuesto de Patentes en el sentido de que no se causa sobre resultados. Ambos impuestos, singularmente éste referido a los activos, son de indole patrimonial. Se aplica sobre las empresas formalmente constituidas y sobre los contribuyentes obligados a llevar contabilidad en el ámbito tributario. El hecho generador es el ejercicio de actividades económicas. Existe reiterada imposición interna cuando se aplica a un mismo contribuyente el Impuesto de Patentes y el del 1.5 a los activos. La diferencia radica en que el segundo no concierne a la actividad económica informal y en la diferente forma de concebir las tarifas. En el de Patentes se trata de una suma fija anual dentro de la banda mencionada; en el otro, de 1,5 por mil sobre activos previo descuento de los pasivos de hasta un año plazo y de la totalidad de los pasivos contingentes. Cuando los activos se encuentran ubicados en diferentes

circunscripciones municipales se debe prorratear el Impuesto. Este tema y definir qué se ha de entender por pasivos contingentes ha dado lugar a dificultades en la aplicación de este gravamen. El antecedente fue el Impuesto al Capital en Giro de las Empresas que a fines de la década comenzó a aplicar el Estado a fin de solventar deficiencias de orden presupuestario. Inicialmente se estableció como un Impuesto coyuntural; según suele ocurrir se tornó permanente y luego en la forma de Impuesto a los Activos Totales se asignó a las municipalidades. El Impuesto de Patentes, el del 1.5 por mil a los Activos Totales, así como los Impuestos Prediales y a los vehículos constituyen gato deducible para obtener resultados y formar la base sobre la que se aplica el Impuesto a la Renta.

El Impuesto a los Espectáculos Públicos grava con la tarifa única del 10% el producto de la venta de entradas a los espectáculos públicos. La Ley define en forma ejemplificativa lo que de entenderse por espectáculos públicos; las municipalidades en las respectivas ordenanzas precisan lo que se debe entender por tales. Existen casos de difícil discernimiento. El contribuyente de jure es el organizador, el de facto, el público. Bien podría aplicarse por parte del Estado a los espectáculos públicos el Impuesto al Valor Agregado en el sector servicios y establecerse que el producto corresponde en forma exclusiva las municipalidades. Con las reformas de septiembre del 2004 se entiende que otros gravámenes a la misma materia imponible han quedado derogados y que se han eliminado casi todas las exoneraciones. En la Argentina algunas provincias aplican impuestos a los espectáculos públicos.

Los impuestos a la transferencia de bienes inmuebles tienen una raigambre municipal antigua. Ocurre algo similar a lo que acaece con los impuestos prediales. El Impuesto de Alcabala grava el otorgamiento de actos y contratos aptos para transmitir el dominio pleno o sus componentes cuales son usufructo, fideicomiso dominical, inclusive los atinentes a los buques. Debe entenderse a título oneroso y a título gratuito. Al haberse iniciado u proceso de sinceramiento de los avalúos con la reforma de septiembre del 2004, concomitantemente se ha reducido en forma notoria la tarifa de la Alcabala, la cual con adicionales nacionales y locales en casos llegaba al diez por ciento del precio. Hoy es del 1%. Se han derogado expresamente numerosos impuestos adicionales creados durante las últimas décadas para finalidades específicas. El Impuesto de Registro que gravaba a los actos y contratos sujetos al Impuesto Alcabala y en general a la inscripción de actos contratos y documentos en los registros públicos, ha sido derogado.

Obviamente, han quedado sin efectos los varios impuestos adicionales a este Impuesto. El Impuesto a la Utilidad en la Venta de Inmuebles grava la ganancia que obtiene el vendedor al transferir un inmueble. La base es la diferencia entre el precio de adquisición y el de venta. Se debe descontar las inversiones efectuadas en el inmueble y las contribuciones de mejoras satisfechas por obras y servicios que hayan redundado en beneficio del mismo. Se debe enjugar el factor monetario, a fin de no gravar ganancias puramente nominales. La tarifa que alcanzaba hasta al 42% de la base imponible ha quedado reducida al 10%. Todo ello dentro del sinceramiento de los avalúos previsto en la reforma citada. Quienes se dedican habitualmente al negocio inmobiliario deben presentar resultados para el pago del Impuesto sobre la Renta, sin perjuicio de que satisfagan a la municipalidad este Impuesto a la Utilidad en la Venta de Inmuebles. Este Impuesto debe ser satisfecho por el que obtiene la utilidad, mas, por acuerdo, puede asumirlo el adquirente.

4. Las tasas y las contribuciones especiales de mejoras ameritan atención particular. Ambos tributos son creados y aplicados por las municipalidades. Además, otras entidades que integran el estado en un sentido amplio, inclusive el Consejo Nacional de la Judicatura y los consejos provinciales, se encuentran facultados constitucionalmente para crear tales tributos y obviamente, para aplicarlos. De las disposiciones que constan en la Ley Orgánica de Régimen Municipal se infiere que las tasas son contraprestaciones por el servicio público³⁵. Esta concepción riñe con la que sustenta que las tasas son prestaciones que se aplican con ocasión de la prestación de servicios públicos divisibles o de la utilización de bienes públicos, la cual permite establecer una clara diferencia entre tasas y precios. Al propósito cabe recordar lo expresado en el Item 2 de este trabajo. De acuerdo a las normas constitucionales aludidas, que confieren a las municipalidades potestad tributaria o de creación, cualquier duda sobre la facultad de crear otras tasas, además de las que se encuentran previstas en la Ley, ha quedado despejada. En España, la ley es la que en forma exclusiva enumera las materias sobre las cuales las municipalidades podrían imponer tasas³⁶. El contenido del informe que sobre el monto de las tasas debe expedir el Estado a través del Ministerio de Economía débese considerar que no es obligatorio, pues, sostener lo contrario sería desconocer la autonomía constitucional de las municipalidades y dentro de ella su potestad tributaria. Sin embargo, no se debe desconocer que las municipalidades en el Ecuador, que son más de doscientas, aplican criterios dispares y en ocasiones inequitativos para la creación y aplicación de las tasas.

Ante ello, el informe indicado, puede servir de marco regulatorio referencial o indicativo aunque no obligatorio. Hace falta que se expida una ley que sienta las bases a las cuales se deban sujetar las municipalidades para el ejercicio de esta facultad. Los servicios por los cuales se cobran tasas de acuerdo a la Ley son: aferición de pesas y medidas, aprobación de planos e inspección de construcciones; rastro, agua potable, luz y fuerza eléctrica, matrículas y pensiones escolares, recolección de basura y aseo público, control de alimentos, habilitación y control de establecimientos comerciales e industriales, servicios administrativos, alcantarillado y canalización. Estas tasas pueden englobarse en tasas por servicios administrativos en general, de control, por servicios de provisión de agua, electricidad, alcantarillado. Cuando los servicios son concesionados, los cobros que exigen los concesionarios son precios libres o regulados, mas, no tasas, ni por ende tributos. Similares consideraciones caben hacerse respecto de peajes y pontazgos.

Las contribuciones especiales por mejoras se aplican por beneficios reales o presuntivos³⁷. Esta disposición es observable, pues, el beneficio tiene que ser real. Pueden existir obras y también servicios que produzcan detrimento. No cabe asumir que el beneficio se presume. Es necesario analizar caso por caso. Las ordenanzas han de crear la contribución y fijar todos los elementos de este tributo. No cabría que los beneficiarios corran con todos los gastos de la obra pública que, por sobre todo, debe tener una vocación de generalidad y por ello, debe financiarse con el pago de impuestos. Uno de los temas más delicados y de difícil definición estriba en determinar, con relación al costo de la obra pública, la porción que se ha de financiar con impuesto y la que ha de financiarse con contribuciones. La solución que se ha adoptado en el país es la de que sea la ley la que determine tal cuestión, pues, los impuestos son siempre creados por ley y se trata de un tema que regula estos tributos y al propio tiempo incide en las contribuciones. Con ello no se atenta a las normas constitucionales que consagran la potestad tributaria de las municipalidades. Se podrán crear las contribuciones que se estime necesarias. Sin embargo, por ley se establecen las siguientes, cual ocurre con las tasas: apertura, pavimentación, ensanche y construcción de vías de toda clase, repavimentación urbana, aceras y cercas, obras de alcantarillado, alumbrado público, construcción y ampliación de obras y sistemas de agua potable, desecación de pantanos y relleno de quebradas, plazas, parques y jardines. Se debe entender que las tasas se aplican por los servicios de agua

potable y canalización, las contribuciones por las obras públicas realizadas para la prestación de los mismos.

* Agradezco la colaboración de la Abogada Carmen Amalia Simone, especialmente en lo concerniente a las disposiciones de derecho comparado aludidas en este trabajo.

¹ La Constitución Política, en su artículo 1, define al gobierno del Estado, y entre otros atributos, considera el de administración descentralizada. El artículo 124 prevé que la administración pública se organizará y desarrollará de manera descentralizada y desconcentrada. El artículo 254 se refiere al sistema nacional de planificación y prevé que deberá fijarse metas de desarrollo a corto, mediano y largo plazo que deberán alcanzarse en forma descentralizada. Según el artículo 228 los gobiernos provincial y cantonal, se refiere, obviamente, esta última expresión a las municipalidades, podrán crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras.

¹ JOSE VICENTE TROYA JARAMILLO, *Los tributos y sus clases en Derecho Internacional Tributario*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1990, versión inédita actualizada del 2002.

² RODOLFO R. SPISSO, *El poder tributario y su distribución en Tratado de Tributación*, Tomo I, *Derecho Tributario*, Volumen 2, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2003, p. 1 y sgts.

³ El inciso segundo del artículo 228 de la Constitución proclama: Los gobiernos provincial y cantonal gozarán de plena autonomía y, en uso de su facultad legislativa podrán dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones de mejoras.

⁴ CARLOS M GIULIANI FONROUGE, *Derecho Financiero*, TOMO I, 9ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2004. En la página 268, manifiesta: No compartimos tales conceptos, por entender que todos los órganos de gobierno tienen facultades tributarias de la misma naturaleza jurídica, sin que pueda establecerse grados o jerarquías entre ellas. Tanto la nación como las provincias y los municipios tienen poder originario inherente, porque él es connatural al Estado en cualquiera de sus manifestaciones; la diferencia no radica en la "esencia" sino en el ámbito de actuación, en la jurisdicción atribuida a cada uno de ellos con sujeción a las normas constitucionales o legales vigentes en cada país.

⁵ GASPARE FALSITTA, *Manuale de Diritto Tributario*, Parte Generale, Terza Edizione, Padova, CEDAM, 199, p.43.

⁶ Artículo 294 de la Constitución Política de Colombia.

⁷ El artículo 14 de la Ley del Anciano del Ecuador establece que toda persona mayor de sesenta y cinco años de edad y con ingresos mensuales estimados en un máximo de cinco remuneraciones básicas unificadas o que tuviera un patrimonio que no exceda de quinientas remuneraciones básicas unificadas, estará exonerada del pago de toda clase de impuestos fiscales y municipales. Específicamente dispone que para la aplicación de este beneficio no se requerirá de declaración administrativa previa, provincial o municipal.

⁸ El artículo 256 de la Constitución Política del Ecuador señala: El régimen tributario se regulará por los principios básicos de igualdad, proporcionalidad y generalidad. Los tributos, además de ser medios para la obtención de recursos presupuestarios, servirán como instrumento de política económica general. Las leyes tributarias estimularán la inversión, la reinversión, el ahorro y su empleo para el desarrollo nacional. Procurarán una justa distribución de las rentas y de la riqueza entre todos los habitantes del país.

⁹ JUAN MARTIN QUERALT y otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, 11ª edición, Madrid, 2000, p. 235

¹⁰ Artículo 273 de la Constitución Política del Uruguay de 1967.

¹¹ El inciso segundo del artículo 228 de la Constitución se refiere a la facultad legislativa de los municipios los cuales mediante ordenanzas podrán crear tasas y contribuciones especiales. El artículo 130 de la propia Constitución en el numeral 6 señala la facultad del Congreso Nacional de crear tributos, sin perjuicio los que puedan estatuir las municipalidades. El artículo 64 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal en los numerales 23 y 24 prevé, en su orden, la expedición de ordenanzas para aplicar los tributos creados por ley y consigna la facultad de fijar contribuciones especiales de mejora. El artículo 397 de la misma Ley estatuye que las municipalidades podrán aplicar las tasas previstas en ley y otras sobre servicios municipales.

¹² Del texto constitucional, artículo 207 se desprende la existencia de una potestad tributaria puntual y exclusiva a favor del Consejo de la Judicatura que debía ejercitársela mediante la expedición de resoluciones generales y obligatorias y no por reglamento, según ha ocurrido. La facultad de fijar aranceles, artículo 257 no es exclusiva ni excluyente. En su texto se dice podrá fijar los aranceles. Se infiere que también lo podrá hacer el Congreso Nacional, tratándose de un caso de potestades tributarias concurrentes.

¹³ H. W. KRUSE, Derecho Tributario, Parte General, 3ª edición, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, Madrid, pp. 124 y 125.

¹⁴ El artículo 179 de la Constitución Paraguaya dispone que: Todo tributo, cualquiera sea su naturaleza o denominación, será establecido exclusivamente por la ley, mientras que el artículo 168 numeral 5 señala: Serán atribuciones de las municipalidades, en su jurisdicción territorial y con arreglo a la ley: 5. la regulación del monto de las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados, no pudiendo sobrepasar el costo de los mismos.

¹⁵ ADOLFO ARRIJOJA VIZCAINO, Derecho Fiscal, Editorial Themis, México D.F. 1985, p. 127.

¹⁶ Artículo 201 de la Constitución Política de Bolivia.

¹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL BRASIL, artículo 156. De forma correspondiente, el artículo 153 de la Constitución del Brasil señala que es competencia de la unión establecer impuestos sobre: importación de productos extranjeros; exportación al exterior de productos nacionales o nacionalizados; renta u ganancias de cualquier naturaleza; productos industrializados; operaciones de crédito, cambio y seguro o relativas a títulos o valores mobiliarios; propiedad territorial rural; grandes fortunas, en los términos de una ley complementaria, mientras que el artículo 155 señala que es competencia de los Estados y del Distrito Federal establecer impuestos sobre: transmisiones "mortis causa" y donación, de cualesquiera bienes o derechos; operaciones relativas a circulación de mercancías y sobre prestaciones y servicios de transporte interestatal e intermunicipal y de comunicación, incluso cuando las operaciones y las prestaciones se inicien en el exterior; propiedad de vehículos automotores; un recargo, de hasta el cinco por ciento de lo que fuese pagado a la Unión, por personas físicas o jurídicas domiciliadas en los respectivos territorios a título de impuesto que incide sobre lucros y ganancias y rendimientos de capital.

¹⁸ Los artículos 1 del Código Tributario y 64 numeral 24 y 415 y siguientes de la Ley Orgánica de Régimen Municipal aluden sólo a las contribuciones especiales de mejoras. En la Constitución Política, el artículo 228 se refiere a las contribuciones especiales de mejoras, en tanto que el artículo 130 numeral 6 se refiere simplemente a las contribuciones especiales.

¹⁹ FELIPE ITURRALDE DÁVALOS, Manual de Tributación Municipal, publicación de la Procuraduría del Distrito Metropolitano de Quito, Quito, 1998. Este Manual servirá de base para el breve análisis que se hará de los principales impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejoras que aplican las municipalidades en el Ecuador.

²⁰ FELIPE ITURRALDE DÁVALOS, Ob. cit. pp. 112 sgts.

²¹ CARLOS M. GIULIANI FONROUGE, Ob. cit. TOMO II p. 926.

²² JOSE ESPINOZA y MARIO MARCEL, Descentralización Fiscal: El Caso de Chile, Serie Política Fiscal # 57, CEPAL, Santiago de Chile, 1993, p. 40.

²³ MARIO GALINDO y FERNANDO MEDINA, Descentralización Fiscal en Bolivia, Serie Política Fiscal # 74, CEPAL/GTZ, p. 36.

²⁴ JUAN MARTIN QUERALT y otros, Ob. cit. p. 641

²⁵ El artículo 315 de la Ley dice en la parte pertinente: Para la demarcación de los sectores urbanos se tendrá en cuenta, preferentemente, el radio de los servicios municipales como los de agua potable, luz eléctrica, aseo de calles y otros de naturaleza semejante. En las ordenanzas que fijan el perímetro urbano y en otras sobre la utilización del suelo, competencia municipal, suelen desarrollarse los criterios de la Ley. Sería preferible que en ella se consignasen con mayor precisión las pautas para semejante propósito a fin de que asunto de tanta importancia no quede sujeto a la discrecionalidad de las autoridades municipales.

²⁶ FELIPE ITURRALDE DÁVALOS, Ob. cit. p. 134.

²⁷ MARIO GALINDO y FERNANDO MEDINA, Ob. cit., p. 36.

²⁸ Artículo 297 de la Constitución Política de Uruguay de 1967.

²⁹ CARLOS M. GIULIANI FONROUGE, Ob. cit. TOMO II, p. 936.

³⁰ Disposición Transitoria Séptima de la Constitución Política de Chile de 1980.

³¹ JUAN MARTÍN QUERALT y otros, Ob. cit. p. 645.

³² Artículo 155 de la Constitución Política del Brasil.

³³ JUAN MARTÍN QUERALT y otros, Ob. cit. p. 643.

³⁴ El artículo 397 contiene las siguientes disposiciones: que las tasas sin retributivas de los servicio público; que a más de las que se encuentran especificadas en la propia Ley, las municipalidades podrán aplicar otras tasas; que el monto de las tasas debe guardar proporción con el costo de producción de los servicios; que en el costo de producción no deben incluirse los gastos generales que no tengan relación directa con la prestación del servicio; que podría el monto de las tasas ser inferior al costo a fin de brindar servicios esenciales destinados a satisfacer necesidades colectivas; que en ese caso el déficit del costo del servicio debe financiarse con ingresos generales; y, que el monto de las tasas se fijará previo dictamen del Ministerio de Finanzas, hoy de Economía

³⁵ JUAN MARTÍN QUERALT y otros, Ob. cit. P. 650.


³⁶ El artículo 415 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal prevé que el objeto de la contribución especial de mejoras es el beneficio real o presuntivo que dimana de cualquier obra pública municipal.

LA LIBRE COMPETENCIA UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Dr. Milton Castillo Maldonado

ENFOQUE INICIAL

El comerciante pretende permanentemente brindar con éxito –supuestamente al mejor precio y cada vez con mayor calidad– al consumidor sus productos o servicios. “La búsqueda del éxito constituye el elemento esencial de la competencia entre los titulares de empresa”.² Esta pretensión tiende a atraer adquirentes de su oferta y tiene forzosamente que entrar en conflicto con las de todos los demás que concurren al mercado, pues las posibilidades de compra de los consumidores son limitadas. En la economía nacional actual no hay nada más importante para un comercio sano que brindar a los comerciantes (con la iniciativa de ellos de por medio claro está) la posibilidad real y efectiva de hacer accesibles sus productos a la mayor cantidad de consumidores posibles sabiendo que, tales, pueden ser similares o idénticos a los de otros comerciantes.



“Libre competencia significa que hay libertad para participar en el mercado, en el cual tanto vendedores como compradores, utilizan como opción la de vender y comprar, sin estar aquellos ligados a convenios o pactos que perturben la competencia, eliminándola, y tornando su presencia en simulada competencia, o restringiéndola, dejando espacios reducidos para su ejercicio, al igual que la imposición de condiciones que no son fruto o consecuencia de las leyes del mercado; convenios, pactos, o imposiciones que, de igual manera, atentan contra la libre elección del consumidor”.³

Estas definiciones no aparecen necesariamente como resultado o consecuencia directa de un nuevo orden económico mundial posterior a la terminación de la guerra fría, la caída del muro de Berlín y el apareamiento del concepto mundial sobre globalización, sino como una ineludible realidad de moderar el constante (quizá secular) abuso de la libertad económica por parte de actores económicos que impiden que la libre oferta y demanda sean los fenómenos que marquen la calidad y precio de los bienes y servicios que se presentan al consumidor a fin de que éste pueda recibir el mejor producto o servicio con una elección libre.

² Félix Nazar Espeche, “Defensa de la Competencia”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2001, p.18.

³ Delio Gómez Leyva, “Las prácticas restrictivas de la Competencia” en “Derecho de la Competencia”, pág. 130. El Navegante Editores, Bogotá, 1998.

En otras palabras, el denominado Neoliberalismo económico imperante, simplemente, es un nuevo escenario para reeditar una constante discusión y regularización del abuso del comercio por parte de los más fuertes. Siempre se ha buscado, desde el siglo XII hasta finales del XVIII, consolidar el mercado a favor de pocos actores, por medio de prácticas restrictivas de la competencia con o sin la intervención del Estado. Paradójicamente, -tal como sucede en la actualidad en nuestro país- los detractores del intervencionismo estatal y propagadores de la "libertad de comercio" tuvieron que recurrir a él siempre para que garantizara sus privilegios comerciales⁴, pues, posteriormente a la Revolución Francesa que pretendió romper con un sistema político imperante considerado injusto, no previó que la excesiva libertad que se potenciaría en materia económica, en virtud de sus principios, no podría ser controlada y se debían diseñar mecanismos de control para la propia clase industrial de la época⁵.

El tema de la "Libre Competencia" no sólo es un tema de carácter económico, sino también filosófico jurídico, toda vez que la libertad y su aplicación en el ámbito económico fue atendido con lentitud por el derecho, permitiendo siempre la existencia de posiciones dominantes en el mercado, constituidos por "fuertes y estructurados centros de poder económico" que so pretexto de libertad, mantienen su statu quo impidiendo que más actores formen parte del circuito industrial o económico. Gómez Leyva⁶ dice al respecto: "En otros términos, para salvar la libertad de todos, había que entrar a limitar la libertad de pocos, la de quienes abusaban de la misma para eliminar o restringir la de los demás participantes en el mercado. Pero, ¿porqué este reto al derecho? Sencillamente, porque la libertad de mercado no había arrojado los resultados esperados, la libertad real se había convertido en formal... las reglas propias de la oferta y la demanda se manipulaban y sustituían por las diseñadas por quienes participan en las prácticas concertadas".

En definitiva, la libertad económica viene marcada, y se la entiende, en virtud de su permanente e histórica inexistencia. Se la comprende más

⁴ Delio Gomez Leyva, en obr. Cit. Pág.132, nos recuerda que en virtud de las orientaciones que se imponían desde las denominadas Corporaciones de Artes y Oficios, la competencia económica prácticamente no existía, lo cual dio como consecuencia un desarrollo económico cerrado, de monopolio y oligopolio, el cual permitió toda clase de pactos o alianzas entre los mercaderes y el poder político y aún religioso, para asignar el manejo de determinado sector de la actividad económica o de cierta o específica región; alianzas y convenios que eliminaban la posibilidad de participar de otros empresarios. "Los grandes mercaderes -lo señala Garrigues, como los Fugger, en Alemania, o los Médici, en Italia, pactaban entre sí o pactaban con el Rey o con el Papa para asegurar un determinado mercado y excluir a los competidores. Los juristas distinguían entonces entre monopolios lícitos y monopolios ilícitos. Más he aquí que quienes definían la licitud o la ilicitud eran los monarcas..."

⁵ El propio autor, citando a Ripert Georges, en obr. Cit. Pág. 134, dice: "Y al analizar este aspecto Norberto Bobbio, igualdad y Libertad, Ediciones Paidós, 1993 p.138-139, considera: Hoy aparece cada vez más profética la idea de Saint-Simon de que la verdadera revolución de la época no había sido la Revolución francesa, revolución solamente política, sino la revolución industrial, de donde sólo con el pleno desarrollo de la sociedad industrial (y no en la sustitución de un régimen político por otro) se puede realizar la "verdadera libertad", es decir, aquella que llega con el máximo desarrollo de las posibilidades materiales e intelectuales del hombre y que consisten en desarrollar, "sin cadenas y en toda la extensión posible, una capacidad material y teórica útil para la vida colectiva".

⁶ Ob. Cit. Pág. 134

por su restricción que por su plena vigencia ya que ésta última (su vigencia) se ha transformado en abuso y negación de su propia existencia. De tal manera que definir o conceptualizar a la libertad económica de manera precisa requiere una descripción previa de sus negaciones, y sobre ello trataremos en el presente trabajo.

EL ESCENARIO CERCANO

El tema de la competencia ha sido últimamente remozado en virtud de las negociaciones que se han hecho sobre el Tratado de Libre Comercio para las Américas que ha sido propuesto por EEUU como un conjunto de convenios bilaterales entre éste país y los demás americanos. Abarca esencialmente temas de aranceles preferenciales, compra y venta de materias primas, propiedad intelectual, y salvaguardias comerciales. Este Tratado en teoría, busca dejar las relaciones comerciales al libre juego de la oferta y la demanda pero, nada dice sobre restricciones a la libre competencia y a la sanción de conductas⁷ que distorsionen o impidan la competencia comercial entre los privados de cada uno de los países miembros, excepto por los páneles arbitrales que se crearían dentro de cada Tratado para solucionar controversias, amén de los convenios internacionales de protección a las inversiones vigentes.

Vale la pena analizar entonces, cuáles podrían ser las conductas que distorsionan la competencia:

LAS CONDUCTAS QUE ATENTAN CONTRA LA COMPETENCIA

Tradicional es la figura del Monopolio⁸ como uno de los fenómenos económicos que distorsionan la competencia, pero, evidentemente, el monopolio puede ser legal⁹ –verbigracia: los consagrados en la Ley de Propiedad Intelectual- o ilegal. En este sentido, para el jurista el monopolio puede deberse a simples circunstancias de hecho que hagan imposible la competencia en la práctica, o a la posesión de títulos jurídicos que faculten para prohibirla, convirtiéndola en ilícita o ilegal: “el jurista sólo entiende por monopolio aquella situación en virtud de la cual la competencia queda prohibida jurídicamente para

⁷ No se analizan en este trabajo las normas “fitosanitarias” que son en la mayoría de casos, reales barreras a la competencia, desvirtuando su naturaleza.

⁸ Entendiéndose como la facultad de excluir a los demás del ejercicio de la actividad que se reserva el monopolista, es decir, la facultad de prohibir por cualquier medio, incluido el jurídico, la competencia en un sector determinado de la actividad económica.

⁹ Al hablar de derechos intelectuales, nuestra legislación y la doctrina se refieren a los llamados derechos de autor, los derechos sobre patentes, marcas, obtentores vegetales y otros que en mayor o menor medida han presentado complicaciones en el derecho de la competencia. Muchos de estos derechos son protegidos mediante monopolios de derecho, lo cual coloca el problema entre esa situación monopólica y la competencia libre. Valga señalar para el presente trabajo que el derecho monopolístico del titular de un derecho intelectual constituye un fenómeno particular, legislado, estudiado y debatido que nace de una idea de justicia para el creador de tal derecho. En el caso del derecho de patentes, conceder el monopolio al creador de la patente corresponde a un interés social para obtener a cambio del derecho concedido la revelación de la invención, que debe beneficiar a los intereses del país.

todos, menos para el monopolista mismo. Para el derecho lo importante es determinar las conductas reprochables de los actores económicos que distorsionan la libertad de competir. Tales conductas pueden o no encaminarse dentro de las ramas tradicionales del derecho como son las civiles o penales y ciertamente, no es el objetivo de este trabajo determinar lo "punitivo" en estricto sentido jurídico – penal, sino más bien detallar los ejes distorsionadores de la libertad de competencia los cuales pueden o no, recaer bajo jurisdicción penal. En nuestra legislación existen cuerpos legales dispersos sobre el tema y las intenciones legislativas han sido postergadas por diversos motivos. Las conductas que son reprochables jurídicamente provienen de los monopolios, de "posiciones dominantes"¹⁰ en el mercado, y de acciones individuales que tienen como denominador común las prácticas abusivas. A su vez, de estas se derivan: a) acuerdos entre empresas: las cuales abarcan a decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas¹¹; b) Competencia desleal; c) Subvenciones y apoyos estatales¹²; entre otras. Veremos las principales:

A) LOS ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

Estos acuerdos se enmarcan dentro de las denominadas prácticas colusorias, que contienen una confluencia de voluntades con unidad de sentido y que cada una de esas voluntades haya adoptado el comportamiento en forma libre e independiente. Estos acuerdos no siempre serán documentados y bastará acuerdos tácitos o un "pacto de caballeros", sea entre personas o empresas.

A.1 ACUERDOS HORIZONTALES.- Es un tipo de práctica mediante la cual una parte se obliga a limitar su libertad de acción en relación con la otra¹³. Este tipo de práctica puede estar relacionado a: 1) acuerdos sobre precios y condiciones de venta. 2) Acuerdos relativos a la producción, en donde se llegan a acuerdos para producir, distribuir, comprar o comercializar sólo

¹⁰ Se entiende como posición dominante cuando: a) para un determinado tipo de producto o servicio una persona es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o cuando, sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial; b) cuando para un determinado tipo de producto o servicio, para dos o más personas, no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él. (Art. 2 Ley de Defensa de la Competencia argentina)

¹¹ Delio Gómez Leyva, ob. Cit, pag.146

¹² De las cuales no trata este trabajo y son un eje esencial en el TLC. Al respecto no se puede olvidar que para el Gobierno estadounidense la protección a su agricultura es una política estratégica de Estado, lo cual contrasta con las políticas de países como el nuestro. En cualquier caso para temas de comercio exterior como el "dumping", "privilegios públicos y concesiones especiales" tampoco haremos una mayor profundización.

¹³ Por ejemplo una combinación de actividades entre empresas de servicios o empresas que suministran bienes las cuales mandan mensajes a los consumidores de inexistencia del servicio o del producto. También en casos entre matriz y filiales en donde la filial no tiene libertad real para determinar su actuación en el mercado porque contraría las políticas de su matriz en detrimento de la posibilidad de elección libre del consumidor el cual debe "sufrir" precios abusivos.

una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia limitada de servicios; así como para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución. 3) Acuerdos tendientes a repartir en forma horizontal, zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento es decir cuando las partes pactan la distribución de un mercado. 4) Actos que establecen condiciones anticompetitivas de venta y comercialización, es decir actos concertados dirigidos a establecer condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos, precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción, y otros aspectos de la venta y comercialización. 5) Otras prácticas desleales como regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico; subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro etc.

A.2 ACUERDOS VERTICALES.- Dicen relación a temas de comercialización, la cual puede ser llevada a cabo por el productor directamente o a través de delegaciones a quien posee el poder de venta. Estos, solo de manera enunciativa pueden ser: 1) Los acuerdos de agencia exclusivos mediante los cuales se le impide al principal que venda por medio de otros agentes, o que el agente actúe para otro principal. 2) De distribución exclusiva; 3) De suministro exclusivo; 4) De franquicia exclusiva; etc.

A.3 PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.- Estas son una figura genérica, en tanto y en cuanto abarca a todos aquellos actos o comportamientos que realizan las empresas en forma individual, y que consisten en las acciones (directas o indirectas) que describen (en forma actual o potencial) los verbos típicos anticompetitivos. El objeto de ellas es obstaculizar la actuación de la competencia en el mercado, o impedir el acceso a éste de otros posibles concurrentes. Se entienden tales las que se realicen con el fin de: 1) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma, precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción; 2) Obtener o influir en la adopción de conductas comerciales uniformes o concertadas entre competidores; 3) Regular mercados de bienes o servicios, estableciendo acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución; 4) Dividir los mercados de servicios o productos, terminados o semiterminados, o las fuentes de abastecimiento de materias primas o los productor intermedios;

5) Limitar o impedir el acceso de nuevas empresas al mercado; 6) Convenir precios o ventajas que puedan afectar la competencia en licitaciones públicas; 7) Adoptar, en relación a terceros contratantes, condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalente, colocándolos en una situación de desventaja competitiva; 8) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien; 9) Impedir el acceso de competidores a los insumos, materias primas, equipamiento o tecnologías, así como a los canales de distribución; 10) Exigir o conceder exclusividad para la divulgación de publicidad en los medios de comunicación; 11) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar o adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercer; 12) Vender, por razones no justificadas en las prácticas comerciales, mercadería por debajo del precio de costo; 13) Rechazar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios; 14) Interrumpir o reducir en gran escala la producción, sin causa justificada; 15) Destruir, inutilizar o acopiar materias primas, productos intermedios o finales, así como destruir, inutilizar o dificultar el funcionamiento de los equipos destinados a producirlos, distribuirlos o transportarlos; 16) Abandonar, hacer abandonar o destruir cultivos o plantaciones, sin justa causa; 17) Manipular el mercado para imponer precios.¹⁴

De acuerdo a ciertos tratadistas¹⁵, estas prácticas restrictivas unilaterales "pueden reflejar los esfuerzos de una empresa para competir vigorosamente y posicionarse en el mercado" de tal manera que siempre se correrá el riesgo de "desalentar una conducta empresarial provechosa al mercado" al inquirir sobre una conducta específica.

B) LA COMPETENCIA DESLEAL

De lo que se trata en la competencia desleal es del ánimo de dañar a otro mediante medios ilícitos. Entre la competencia prohibida por la Ley y la competencia desleal (como la consagrada en la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana) se da, pues, una diferencia clara: en la competencia prohibida, cualquier perjuicio concurrencial es ilícito, mientras que en la competencia desleal lo ilícito no es el daño concurrencial, sino la utilización de un medio ilegal para causarlo.

¹⁴ Estas prácticas restrictivas han sido tomadas del Artículo 6 del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR.

¹⁵ Roberto Dromi, "Competencia y Monopolio" Edit. Ciudad Argentina, 1999, p.98.



Como concurrencial debemos entender que el principio de libertad de competencia significa que todo actor económico puede concurrir al mercado en igualdad de condiciones y en ese sentido utilizar los medios lícitos para atraer la clientela. De lo cual se observa que el desvío de la competencia ajeno no constituye ilicitud "siempre y cuando los procedimientos empleados no sean abusivos o no desvirtúen el sistema competitivo"¹⁶.

En la competencia desleal no se sanciona con la ilicitud el haber causado a otro un perjuicio de los denominados "concurrenciales" (es decir quitarle clientela al competidor), sino el haberlo hecho indebidamente. Destacan los tratadistas que la licitud del daño concurrencial es un postulado esencial del régimen de la competencia. Siendo ello así ya se comprende que por lo que es ilícita la competencia desleal no es porque con ella se cause daño a otro competidor, desviando hacia sí la clientela ajena.¹⁷ De esto se desprende que la teoría de la "competencia desleal" es una teoría de medios y que, tiene como objetivo esencial excluir, precisamente, la utilización de aquellos medios que involucran la omisión del deber que el Estado y los ciudadanos tenemos (como competidores o como consumidores) de asegurar un funcionamiento eficiente de la "Economía Social de mercado" a tono con los mandatos consagrados en el Artículo 244 de la Constitución Política de la República¹⁸.

LA COMPETENCIA PROHIBIDA Y LA COMPETENCIA DESLEAL

La competencia desleal consagrada en el Art. 284 de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana define a este tipo de actividad como "todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas..."; en ese sentido se reconoce la existencia de una competencia leal y lícita que puede ser objeto, como lo señalamos en líneas anteriores, de un accionar prohibido que la afecta, y lo que se busca es restablecer, en caso de ser agredida, un estado de competencia honesto. La competencia desleal no implica solamente una mera actividad prohibida, sino un acto delictual que va en contra en forma ilícita de la sana competencia. Vemos por tanto competencia prohibida y competencia desleal.

Esta distinción clásica es importante pues en la competencia prohibida quien incurre en la prohibición actúa sin que le asista el derecho; en

¹⁶ Aracama Zorraquín, Ernesto, "La competencia desleal en el convenio de la Unión de París para la protección de la Unión de la Propiedad Industrial, citado por Félix A. Nazar Espeche en "Defensa de la Competencia" Edit. Depalma, P.28

¹⁷ Baylos Corroza, Hermenegildo, "Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial e intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal, 1978, Civitas, Madrid, p.311. Citado por Nazar Espeche en "Defensa de la Competencia" Edit. Desalma, P.28.

¹⁸ "Art. 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen;..."

cambio, en la competencia desleal el individuo actúa directamente, "haciendo uso excesivo de su libertad". Desde el punto de vista jurídico penal, el tipo de la conducta está marcado por el dolo, es decir, no puede existir competencia desleal negligente pues en este caso, sería competencia prohibida.

Pondremos un ejemplo muy común que es el de la publicidad comparativa. "Constituye un acto ilícito que el competidor, en su propaganda, establezca un contraste entre la bondad o cualidades de sus productos, servicios o instalaciones y los defectos o insuficiencias de los pertenecientes a otro competidor suyo. En este sentido, para que la propaganda comparativa sea denigratoria e ilícita ha de ser abiertamente referencial; ha de contener una referencia individualizada a determinado competidor o grupo de ellos, ya sea designándolo por su nombre, o bien de modo que resulte posible su identificación"¹⁹.

El presente trabajo se preocupa por tanto, de la defensa de la competencia, la cual cubre una ámbito más amplio que es el de la protección, control y sanción de todos los actos prohibidos. Cuando tales actos prohibidos rayan en el dolo, entramos a la competencia desleal, la cual nos llevaría una gran extensión que rebasaría la intención del autor y la paciencia del lector.

CONCLUSIONES

Hemos hecho en este trabajo una aproximación a uno de los temas más importantes y apasionantes del Derecho Económico Moderno. Lamentablemente, los monopolios y las posiciones dominantes en el mercado son el denominador común de la economía ecuatoriana haciendo tabla raza de los principios constitucionales. El Asambleísta Constitucional en 1998 apuntaló la economía sobre preceptos denominados de una "economía social de mercado" que es, hoy por hoy, ajena a la realidad y acaso un conjunto de aspiraciones. No obstante, de la Norma constitucional deben desprenderse las normas secundarias necesarias para su cabal cumplimiento.

Así como se ha sostenido respecto de la dolarización, el proceso de globalización es un hecho irreversible, de tal manera que el Ecuador tiene la obligación de ponerse a tono con la legislación mundial y luchar internamente por la abolición de monopolios ilegales propios de una estructura oligárquica dominante. El sector productivo y de servicios tiene el reto de preocuparse por mejorar la calidad de sus productos, sincerar sus precios, de la mano con el sector financiero

¹⁹ Félix Nazar Espeche, Ob. citada. p.29

que debe estimular sensatamente la producción y las iniciativas privadas con tasas de interés competitivas. Ciertamente, la libre competencia en el sector financiero también propiciará que nuestra economía sea más real siempre y cuando nuestras fronteras dejen de estar protegidas por el monopolio y las posiciones dominantes.

Breguemos por una moderna legislación de defensa y protección de la competencia a tono con las exigencias globalizadoras que rompen el esquema tradicional en nuestro país. Sirva el presente trabajo para una aproximación al Derecho Económico y una de sus más novedosas ramas, el "Derecho de la Competencia", el cual no es ajeno a visiones políticas y económicas producto de la permanente dialéctica humana.



LA NECESIDAD DE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL: ALTERNATIVAS PARA UNA POSIBLE SOLUCIÓN

Ab. Esteban Ortiz Mena

"A veces padecemos una vital disociación que no procede de enfermedad en nuestros cuerpos ni en nuestra alma, sino de mala fe y mala intención de ideales"
José Ortega y Gasset

1. ESPECIE DE INTRODUCCIÓN

Una introducción aproxima al lector al tema, eso no cabe duda. Sin embargo, estas ideas preliminares bien podrían ser parte del texto del ensayo sobre la independencia del juez y la necesidad de respetar las normas jurídicas que regulen nuestro ordenamiento. Las ideas introductorias están íntimamente ligadas con el tema que se va a desarrollar; no obstante, es importante hacer un preámbulo que servirá para exponer la desesperación que significa ver cómo el Estado de Derecho, tan frágil en su concepción sin bases sólidas, se puede desmoronar con mucha facilidad si no tomamos conciencia de su importancia, empezando por el sector justicia. No es un artículo de opinión en el que el autor expone sus ideas ni critica las vicisitudes del país, sino que con este ensayo intento dar soluciones, explicar de la trascendencia de la independencia del Poder Judicial y crear en el lector conciencia jurídica... ojalá lo logre.

Además, antes de entrar en el análisis jurídico, sesudo y aburrido, es importante diferenciar de estas primeras ideas que, no dejan de ser fundamentales dentro de la concepción de lo que es la justicia y la importancia del Derecho. Por que es preocupante como parte de los males que aquejan a la sociedad jurídica actual resulta de la falta de ideales, de respeto por la norma.

Por que nuestra vida, según lo señala Norberto Bobbio, se desenvuelve dentro de un mundo de normas. "Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una tupidísima red de reglas de conducta, que desde el nacimiento y hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o en aquella dirección. La mayor parte de estas normas se han vuelto tan comunes y ordinarias que no nos damos cuenta de su presencia. Pero si observamos un poco desde fuera el desarrollo de la vida de un hombre a través de la actividad educadora que ejercen sobre él sus padres, maestros, etc., nos damos cuenta que ese hombre se desarrolla bajo la guía de reglas de conducta¹"

Por eso es trascendental "volvemos conscientes de la importancia de lo normativo en nuestra existencia individual y social²". La norma condiciona nuestro convivir diario, y sin darnos cuenta, hasta nuestra vida. La responsabilidad que eso significa y el respeto hacia la norma

¹ Bobbio, Norberto; Teoría General del Derecho, Editorial Temis S.A., 1994, pag 3.

² Bobbio, ob. cit.



y hacia lo ajeno debe ser parte integral del hombre, del abogado y por ende del juez. Ahí está el aprendizaje que debemos seguir. A pesar de la podredumbre que muchas veces encontramos. Por eso la frase de Ortega y Gasset que sirve de epígrafe a este ensayo. Por que además de cuerpo y alma, que son mecanismos tanto físicos como espirituales, es necesario que el ser humano tenga un elemento motor que genere ese estímulo vital: esos son justamente los ideales.

Debemos, en este punto y para empezar a concretar el tema materia de análisis, pensar en el ideal de justicia.

La justicia es uno de los valores que tiene el Derecho, el valor central que determina –al decir de Cossio- la armonía y el equilibrio de los demás valores. Además se considera a la justicia como uno de los fines que persigue el Derecho, que aspira a realizarlo, o como el supremo fin en el cual se resumen todos los demás.

¿Y eso qué tiene que ver con el Poder Judicial?; pues bien. Entre las funciones del Derecho está el resolver conflictos de interés, los cuales, a decir del doctor Hernán Salgado, estarán presentes en el convivir humano; por lo tanto, se encargará de darles una adecuada, oportuna y sobre todo justa solución. “Al Derecho le corresponde determinar los intereses que serán objeto de tutela, el valor y la jerarquía de los mismos; como también establecerá los órganos y procedimientos que permitirán zanjar los conflictos individuales o de grupo. Aquí, la Función Judicial desarrollará un importante papel en la protección procesal de los derechos subjetivos³”. No obstante, la importancia del Poder Judicial no reside únicamente en la competencia que tiene para aplicar el Derecho, sino en ser esa garantía última y efectiva de los derechos fundamentales.

Son los jueces quienes tienen esa facultad de administrar justicia; es decir, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Jueces que deben ser en todo momento imparciales e independientes.

2. ¿NECESIDAD DE INDEPEDENCIA JUDICIAL?

El Estado de Derecho implica separación de poderes y la existencia de contrapesos que de alguna manera eviten abusos de los otros poderes del Estado; por un lado, y que exista una desconcentración de funciones con el fin de que cada Poder tenga una misión específica de control y poder, en contraposición con el soberano, rey, tirano, caudillo o quien asuma o se le otorguen esas funciones. De aquí surge el imperio de la Ley como expresión de la soberanía popular y la

³ Salgado Pesantes, Hernán. Introducción al Derecho, material de cátedra. Facultad de Jurisprudencia, marzo 2001



Constitución como directriz del ordenamiento jurídico. Pero para poder hacer efectivo el cumplimiento del respeto por los derechos fundamentales y las libertades consagradas, se requiere de la existencia de órganos que estén caracterizados por su independencia y "tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter atados al cumplimiento de la ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos⁴".

Alexander Hamilton, uno de los artífices de la Constitución de Estados Unidos, escribió que "no hay libertad, si el poder de la justicia no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo. La libertad no tendrá nada que temer de la judicatura sola, pero sí tendrá todo que temer de la unión de ésta con cualquier de los otros departamentos"

La independencia del Poder Judicial, es quizás, la cuestión más importante sobre la estructuración y funcionamiento de dicho Poder. Por eso, ha sido una necesidad constitucional el proclamar expresamente este principio. Son varias⁵ las Cartas Políticas de diferentes países que lo consagran, recogido como una necesidad fundamental. La Constitución Política ecuatoriana es muy clara al reconocer este principio; es así como en el artículo 199 manda que: "Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos. Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aun frente a los demás órganos de la Función Judicial; solo estarán sometidos a la Constitución y a la ley".

Uno de los pilares fundamentales de cualquier sociedad democrática es precisamente el contar con un sistema de justicia independiente. Son la justicia y el Estado de Derecho el fundamento básico y elemental de los derechos humanos, su protección y cumplimiento, así como el de la seguridad personal y jurídica. Son esenciales para el funcionamiento de la democracia y facilita el crecimiento económico de un Estado. Entonces, ¿creen ustedes que es necesaria la independencia judicial?

⁴ Rovira Viñas, Antonio; El Derecho a la Justicia.

⁵ Artículo 117.1 de la Constitución Española; 117.1 de la Constitución Bolivia; 228 y 230 de la de Colombia; 154 de la de Costa Rica; 122 de la de Cuba; 172.III de la de El Salvador; 303 de la de Honduras; 203 de la de Guatemala; 165 de la de Nicaragua; 207 de la de Panamá; 248 de la de Paraguay; 233.2 y 242 de la de Perú; y, 4 de la de la República Dominicana. Es importante mencionar que convenciones internacionales también reconocen este principio: 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 4.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Principio 1 de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

Según Pelayo García Sierra, "la independencia del poder judicial se entiende comúnmente en su reducción psicológica, referida a los jueces o magistrados, significando la inmunidad (o libertad de) que ellos debieran tener para «juzgar en conciencia», es decir, libres de las influencias (por solidaridad, por soborno o por miedo) de personas o grupos ajenos al sumario. El símbolo que representa la justicia como una matrona con los ojos vendados hace alusión a esta independencia o libertad de juicio según la cual deberían actuar los tribunales de justicia⁶".

Víctor Manuel Peñaherrera dice: "La independencia del poder judicial es la más preciosa y fundamental de las garantías; es la salvaguardia de todos los derechos de los asociados y el único refugio que éstos tienen en contra de la arbitrariedad. El Poder Legislativo no puede, pues, aplicar la ley en caso determinado; y sus actos, ora constituyen leyes nuevas, ora interpretan las antiguas, han de tener siempre un sentido abstracto y general⁷".

La independencia, como vemos, es de suma importancia dentro de un Estado de Derecho que se precie. Sin independencia, las garantías de todos los individuos estarían amenazadas, cuando el sistema de justicia debería garantizar la aplicación de la Ley. La confianza es el máspreciado de los valores y los principios que deben primar dentro del convivir habitual y son los jueces quienes tienen esa potestad de administrar justicia basados en un sistema legal que se lo debe respetar y proteger. Los jueces deben despertar confianza en sus actuaciones, y además demostrar que efectivamente se está haciendo justicia. Ahora, con un sistema desconfiado (probablemente como el que tenemos, que también es corrupto) la independencia es un principio que se debe consolidar; de esta manera se puede marcar el camino para empezar a cambiar un sistema en el que se deben plantear muchas reformas. Es importante mencionar que "al amparo de los jueces están todas las garantías de los individuos, la tiranía casi no podría concebirse si los gobernantes respetaran la esfera de acción de los jueces, si no quisieran introducirse en ella siquiera por medio de las sugerencias y las influencias. "Todos los opresores comenzaron por corromper a los jueces para aherrojar a los pueblos" dice López Moreno. Nuestra realidad judicial es, sin embargo, pavorosa. Los jueces y magistrados se entregan, en la práctica diaria, a los influjos del poder. Algún día tendrá alguien que descubrir la verdad sobre ciertos fallos sorprendentes de distintos jueces y tribunales⁸".

La pregunta de cajón es ¿cómo logramos la independencia de la función judicial? ¿Cómo implementamos mecanismos para poder

⁶ García Sierra, Pelayo; Diccionario Filosófico. Biblioteca Filosofía en español, Oviedo 1999.

⁷ Peñaherrera, Víctor Manuel; Lecciones de Derecho Práctico civil y penal, Editorial Universitaria, Quito, 1958, pag. 68.

⁸ Ponce Martínez, Alejandro, Derecho Procesal Orgánico, Fundación Antonio Quevedo, Quito, primera edición, marzo 1991, pag. 229.

lograr la tan anhelada independencia judicial? Se presume que el precepto constitucional se aplica, es decir, que existe efectivamente independencia en el sector justicia; sin embargo, creo que es importante establecer mecanismos para apuntalar y fortalecer principios constitucionales que fácilmente pueden ser vulnerados e irrespetados⁹ (además lo han venido haciendo). Hay que pensar en reformas en el campo de la independencia del sistema judicial tomando en cuenta medidas para hacer más transparente la selección de los jueces, seguridad en la permanencia en sus cargos, normas de conducta y mayor responsabilidad pública. En la Cumbre de las Américas de la ciudad de Québec de la FOCAL¹⁰ se suscribió el Plan de Acción sobre la independencia del poder judicial y el acceso a la justicia y se establecieron cuatro áreas de reformas con el objetivo de hacer realidad justamente la independencia judicial:

- a. Transparencia en la selección de autoridades judiciales;
- b. Seguridad de permanencia en el cargo;
- c. Normas de conducta apropiadas; y,
- d. Sistema de responsabilidad ante la sociedad.

3. REFORMAS JUDICIALES

La independencia del Poder Judicial es la piedra angular para el éxito de la reforma y condición para un sistema de justicia imparcial, eficiente y fiable¹¹. Una judicatura independiente toma decisiones libres de cualquier influencia, decisiones que involucran a la Ley y al Estado, pero por sobre todo a la justicia. Sin eso, el Estado de Derecho que garantiza a los ciudadanos acceso a mecanismos de solución de conflictos, protege los derechos constitucionales y garantiza la supeditación del Estado a las leyes no puede funcionar.

Recientes publicaciones sobre la independencia del poder judicial señalan que las reformas deben tomar en consideración tanto la independencia externa como la interna. Por eso, según Juan E. Méndez, "la independencia externa es la reducción de la vulnerabilidad del poder judicial a las presiones de otras ramas de gobierno, de los militares y de fuerzas privadas influyentes. La falta de

⁹ Nota del autor: la división de poderes de Montesquieu surge, entre otras cosas, por la desconfianza que la administración de justicia generaba al estar en manos de muy pocos, sino era exclusivamente en el tirano. Una vez planteada y aplicada la "división de poderes", los otros Poderes se dieron cuenta, gracias al oportunismo político y ante el incontrolable deseo de captar poder, que había que controlar de algún modo el nascente Poder Judicial. Además, esta nueva función no podría hacer sombra a los otros poderes del Estado, lo que contribuyó a la inestabilidad política. Aún hoy se sigue considerando a la Justicia como "la Cenicienta", el "patito feo", el "hermano pobre" de los poderes del Estado, sin que se pueda hablar todavía de un verdadero Poder por la poca fuerza que ostenta; mejor dicho, que no le han dejado adquirir como verdadero contrapeso, a pesar de que debería tener esa característica e independencia.

¹⁰ Fundación Canadiense para las Américas FOCAL es una organización independiente, no gubernamental, dedicada a profundizar y fortalecer las relaciones de Canadá con América Latina y el Caribe, a través de análisis y debates sobre políticas. La misión de FOCAL es desarrollar un mayor entendimiento de los asuntos hemisféricos y contribuir a crear una comunidad americana más sólida.

¹¹ Unger, Mark; *Democracy and the Rule of Law in Latin America*, Lynne Rienner Publishers, Inc., Boulder, Colorado, 2002.

independencia externa queda demostrada en ejemplos de poderes externos que arreglan nombramientos, tienen la capacidad de sacar o descalificar jueces, ignorar sentencias o cerrar tribunales del todo. La independencia interna es igualmente importante para el funcionamiento justo y eficiente del sistema de justicia. Se refiere a la auto reglamentación de los jueces y al sistema de los tribunales. Una vez que el poder judicial obtiene independencia frente a influencias externas al tener garantías legislativas y administrativas, es necesario que los jueces mismos tengan las capacidades necesarias para hacer su labor en forma justa y efectiva”.

La independencia, además de ser externa con respecto a otros poderes (legislativo y ejecutivo) e interna con respecto de otros órganos judiciales y órganos de gobierno de la justicia, debe ser también independiente con respecto al resto de la sociedad y sobre todo la independencia sobre juicios de valor que pueden emitir los medios de comunicación.

Este tipo de factores están íntimamente relacionados con las reformas sobre la transparencia en la selección de autoridades judiciales, seguridad de permanencia en el cargo, código de ética y un sistema de responsabilidad ante la sociedad que serán analizados más adelante. Reformas objetivas y viables sobre las que hay que trabajar. Pero es importante también mencionar la relación e independencia que debe tener la justicia con la opinión pública y sobre todo con los medios de comunicación que pueden afectar a la independencia de los jueces a la hora de dictar sus resoluciones.

Muchas veces encontramos declaraciones de medios de comunicación irresponsables que juzgan a los sindicatos sin siquiera tener elementos más que hechos que terminan en suculentas noticias. Por otro lado, también hay medios serios que con sus investigaciones ponen en manos de la justicia hechos que podrían quedar en la impunidad. De todos modos, la existencia de un “juicio paralelo” genera una contraposición entre la verdad real, la publicada y la judicial, lo que puede influir directamente en la decisión de la causa por lo que se ve amenazada la independencia que el juez debe tener.

De alguna manera la sociedad juzga, genera conceptos y se forma un criterio sobre situaciones propias del convivir humano que van en contra del ordenamiento jurídico. Son criterios normales dentro de una sociedad civil deliberante (en contraposición con la obediente, como supuestamente es la militar) y que genera reacciones y presiones en contra de jueces, lo que subjetivamente afectará su independencia para juzgar. Los jueces se pueden ver presionados por la verdad real y no por la verdad judicial que es justamente la que se debe velar (“lo

que están en el proceso está en el mundo"). Sin duda, es un mecanismo de presión subjetivo pero real al que se ven expuestos los magistrados en todo momento. Muchas veces los medios de comunicación juzgan y hasta se podría decir que "sentencian" con sus declaraciones presionando al juez para encaminar su dictamen so pena de ser juzgado públicamente. El juez debe actuar con independencia en todos los aspectos de su vida judicial. La independencia judicial no es un fin, sino el medio hacia un fin. "Es la médula del imperio de la ley que da a la ciudadanía la confianza en que las leyes se aplicarán justa e igualmente. En ninguna otra parte se evidencia más patentemente este interés que en la protección judicial de los derechos humanos¹²". Por ejemplo, un caso famoso fue el que ocurrió en 1954 con la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Brown vs. La Junta Escolar*, que declaraba como desiguales las instalaciones en las que existían algún tipo de segregación para la educación de niños de diferentes razas. Esta decisión fue tomada en una época en la que el racismo y la segregación en Estados Unidos era creciente y constante (figuras como las de Rosa Parks, Martín Luther King jr. y Malcom X fueron determinantes, entre otras) por lo que provocó una tormenta de críticas en gran parte de los Estados Unidos.

Sin embargo, fue una decisión determinante y sobre todo amparada en criterios de justicia consagrados en cuerpos normativos. El Tribunal se mantuvo independiente frente a la presión social del momento en Estados Unidos (sobre todo por el falso predominio de la raza blanca creyente en ese momento) y también frente a medios de comunicación que a la final supieron respetar la decisión que se tomó.

Además de la confrontación política y la necesidad de independencia, los factores internos y externos ya propiamente de la Función Judicial deben ser apuntalados para bien del sistema. El factor frente a la sociedad y los medios de comunicación (su posible influencia) dejan de ser importantes cuando existe confianza en la administración de justicia. Por eso, es imprescindible analizar y plantear reformas que pueden llevar a cambios estructurales que confluyan en una administración de justicia independiente. "En muchos casos las reformas de independencia se centran en los aspectos externos del problema, por cuanto son posiblemente los más visibles y los más fáciles de abordar mediante legislación, la formación de consejos y el establecimiento de un procedimiento oficial. No obstante, para ser efectivas las reformas deben incluir elementos que enfrenten los dos tipos¹³".

¹² Day O'Connor, Sandra; La importancia de la independencia judicial, palabras ante el Foro Judicial de los Estados Unidos de Norteamérica

¹³ Cole, Laurie, Acceso a la justicia e independencia del poder judicial en las Américas, FOCAL, Serie de seguimiento de las cumbres de las Américas, Número 1, octubre 2002.

Entre la áreas vulnerables es importante analizar y plantear reformas que puedan garantizar esta independencia:

a. Transparencia en la selección de autoridades judiciales

El mecanismo de designación de jueces se debe fortalecer para garantizar un sistema de justicia cada vez más independiente, transparente y profesional.

El proceso de selección de jueces es fundamental para el carácter independiente de la función judicial. "A fin de garantizar la independencia, es imperativo que los métodos de selección sean transparentes, se basen en criterios políticos y profesionales objetivos, y que sean debatidos públicamente. Los jueces calificados que sean nombrados sobre la base de puntajes, elegidos por sus colegas o seleccionados por el ejecutivo en un proceso basado en méritos son generalmente menos vulnerables a la presión externa, por cuanto a menudo no tienen que "pagar deudas" por sus nombramientos. Además, los jueces elegidos de esa forma tienen mayor posibilidad de tener confianza en su trabajo y cuentan con las calificaciones necesarias para realizar sus labores¹⁴".

Uno de los mecanismos que se han empleado para poder controlar de alguna manera la designación de jueces es la creación de consejos judiciales. Nuestra Constitución, en el año 1998 crea el Consejo Nacional de la Judicatura que será el órgano encargado de realizar esta función. En el artículo 206, la Constitución establece: "El Consejo Nacional de la Judicatura será el órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial. La ley determinará su integración, la forma de designación de sus miembros, su estructura y funciones. El manejo administrativo, económico y financiero de la Función Judicial, se hará en forma desconcentrada".

La razón de su establecimiento es que al ser una entidad independiente puede ayudar a ampliar el proceso de selección y asegurar que se tomen en cuenta consideraciones profesionales para la selección de jueces y sobre todo garantizar la independencia de sus gobernados. Además, nuestra Constitución ha previsto el sistema de cooptación mediante el cual se alternan los magistrados que han sido nombrados para la Corte Suprema de Justicia en el caso de producirse alguna vacante. Es decir, la Constitución establece dos mecanismos de selección de jueces y magistrados, siendo su intención que la Función Judicial tenga autonomía y libertad en la designación de sus propios miembros. Se debe apuntalar esta autonomía con reformas legales que establezcan los parámetros necesarios y claros para una correcta conformación de los miembros del sector justicia.

¹⁴ Cole, Laurie; op cit.

Según Laurie Cole, quien hace un análisis de los sistemas judiciales en los países sudamericanos, menciona que desgraciadamente, los consejos judiciales no siempre han generado los resultados esperados. En la mayoría de los países, la selección de jueces sigue siendo un proceso politizado y problemático y los consejos han sido ineficaces para controlar al poder ejecutivo y el desorden judicial. En algunos casos caen en los mismos problemas para cuyo combate fueron creados. Entre los problemas más frecuentes se encuentran la interferencia del ejecutivo y la falta de directrices y jurisdicción claras. Muchos consejos son seleccionados siguiendo líneas partidarias y enfrentan estancamiento y desconfianza al realizar sus labores. Si bien es un proceso lento, y los procedimientos arbitrarios y políticamente motivados siguen siendo una barrera para el nombramiento de jueces independientes, el hecho de que tengamos un Consejo de la Judicatura establecido por la Constitución como entidad encargada del sector administrativo en el sector justicia y mecanismos para llenar vacantes ya es un paso necesario para tener un camino que nos puede guiar hacia la no ingerencia en el nombramiento de jueces.

Lamentablemente, las normas consagradas se han prestado para la manipulación y la interpretación arbitraria de grupos de poder que no han permitido una eficaz consolidación de la transparencia en la designación de los funcionarios judiciales. De todos modos, hay que fortalecer estas instituciones ya creadas por nuestra Constitución mediante la promulgación de leyes técnicas que sirvan para parar y evitar procedimientos arbitrarios.

Hay que tomar en cuenta que muchas veces se plantean reformas que no producen el resultado esperado porque su "efecto es moderado o contrarrestado por alguna otra dinámica: un país puede tener un buen sistema de selección judicial, pero a la vez un sistema muy jerárquico o corrupto de promoción o disciplinario; o se puede instituir un programa de capacitación superior y a la vez dejar intacta la administración burocrática de los tribunales que ocasiona atrasos y un trámite lento de los expedientes; puede haber asistencia jurídica a personas marginadas, pero funcionar en el contexto de un sistema tradicionalmente discriminatorio y basado en preceptos sociales de desigualdad¹⁵".

Es decir, a pesar de cambios estructurales, hay que estar pendientes de las reformas en la aplicación y ser estrictos con su cumplimiento. La ingerencia en los ámbitos de poder pueden generar que ideas y proyectos muy bien concebidos no lleguen a ser aplicados por la falta de decisión política y simplemente de idiosincrasia judicial. A veces, los mayores obstáculos para generar un cambio positivo y necesario

¹⁵ Cole, Laurie: op cit, pag. 6.

son causados por los mismos funcionarios que se resiste a algo diferente; por personas que sienten que pierden espacios de poder o por existir intereses judiciales que pueden ser afectados. Sobre este aspecto, la independencia interna que habíamos analizado es necesaria frente a este proceder.

Según un estudio a nivel latinoamericano realizado en 2001 por la Fundación para el Debido Proceso legal, organismo con sede en Washington D.C., se determinó que la mayoría de países que participaron en el estudio habían creado nuevos sistemas para elegir a los jueces de la Corte Suprema y/o de tribunales inferiores. Sin embargo no es suficiente si encontramos falencias que no permiten que la transparencia en la selección de jueces sea íntegra ni se desarrolle. La Función Judicial necesita fortaleza a través de la transparencia de sus actuaciones.

b. Seguridad de permanencia en el cargo

La posibilidad de que los jueces puedan ser despedidos o cesados influye en las decisiones que estos, a la larga, puedan tomar. Tal como la selección transparente de jueces, la duración y seguridad del nombramiento en el cargo son decisivas para su capacidad de juzgar en forma imparcial y crucial para su independencia

A pesar de que los Magistrados de la Corte Suprema, en principio, son vitalicios, vemos como por consideraciones políticas y violando todo principio constitucional, son removidos a pesar de no tener un período fijo. Los jueces de instancia con más razón, a pesar de que no existe limitación constitucional para sus funciones, a través de la ley se regula su permanencia en el cargo.

Por eso, la seguridad de la permanencia en el cargo asegura, de alguna u otra manera, que los jueces no puedan ser removidos del puesto antes del término de su mandato sin razones justificadas y de conformidad a procedimientos oficiales y previamente establecidos.

Volvemos a los factores externos, es decir, lo establecido en la ley y la obligación de que efectivamente se cumpla con el mandato legal. Pero hay injerencias internas que se debe controlar. El ente de control de la Función Judicial, como veíamos en el apartado anterior es el Consejo Nacional de la Judicatura y es el encargado de sancionar y destituir a jueces. El problema deriva justamente por que a través de una sanción administrativa y destitución, el CNJ puede obrar ejerciendo presión para que el juez falle de la forma como le interesa al CNJ. Ha habido casos, por ejemplo la destitución ilegal del magistrado Jorge Cevallos Salas de la Corte Superior de Justicia hace pocos años por haber

fallado en contra de los intereses de grupos de poder. Se tramitó una queja en el CNJ y peligrosamente fue destituido por fallar en derecho. ¿Acaso en el Ecuador ocurren estas cosas? Pues ya empezaron a rasgarse las vestiduras quienes tienen rabo de paja, pero es esencial poner en orden la casa.

Si tomamos en cuenta lo establecido por la FOCAL sobre la Función Judicial en el estudio que hace sobre la región, se establece que en un esfuerzo para garantizar la seguridad en el cargo, varios países han modificado la duración del período para el cual los jueces fueron designados en sus cargos. Los nombramientos también se han hecho de modo que no coincidan con las elecciones presidenciales. En muchos países los jueces ocupan el cargo por un período mínimo de 5 años. Las constituciones de varios países garantizan un mandato obligatorio hasta la jubilación a la edad de 75 años. Un período amplio significa que los jueces son menos vulnerables a la presión política, y que hay menos posibilidad (que se ha dicho menos, no que está exenta) de que hayan sido nombrados por políticos actualmente en el poder. También les da espacio y la protección para tomar decisiones imparciales basadas en los hechos del caso.

Hay personas que señalan que los períodos más prolongados —especialmente los vitalicios— pueden ser problemáticos, por cuanto fomentan la autocomplacencia, dan seguridad a jueces de calidad inferior y garantizan la impunidad judicial. Este punto destaca nuevamente el carácter interrelacionado de las reformas. Para lograr que la permanencia en el cargo impulse la independencia judicial debe estar precedida por un proceso de selección justo y transparente de los jueces, unido a procedimientos para vigilar el rendimiento de los mismos y abordar los casos de mala conducta. La existencia de procedimientos adecuados de evaluación y de disciplina, decididos por una entidad independiente, son salvaguardias necesarias que protegen al juez del despido ilegal y arbitrario. También le dan garantía al público de que los jueces lleven a cabo sus obligaciones en forma apropiada.

Según la Comisión Internacional de Juristas, hasta la fecha en la región, los gobiernos han tenido más éxito en redactar leyes para proteger la duración del cargo judicial que en respetar los nombramientos de los jueces. Los procedimientos disciplinarios a menudo son complicados e ineficientes, dan impunidad así como permiten que continúen las suspensiones arbitrarias. Recientes ejemplos del hemisferio confirman eso. En Guatemala, el Consejo Judicial Supremo, encargado de castigar, suspender y remover a los jueces, ha suspendido ilegítimamente a jueces, sin salarios y ha despedido indiscriminadamente a jueces antes de que cumplan su período. En Argentina, durante 1999, una serie de jueces federales



fueron suspendidos de sus cargo bajo acusaciones de mala conducta. La mayoría de las remociones fueron legítimas, pero siguen habiendo casos de despido arbitrario por causas de venganza política contra un juez por sus sentencias anteriores. En el Ecuador se acaba de remover a la Corte Suprema de un plumazo, gracias a una inconstitucional resolución de un incompetente Congreso. Casos siguen existiendo; por eso la necesidad de apuntalar la permanencia de los jueces en sus cargos resulta una garantía para consolidar a la función judicial y a la independencia de sus actuaciones frente a injerencias externas.

c. Normas de conducta apropiadas

No sólo es necesario reformas externas que ayuden a formar una Función Judicial sólida. Muchas veces, las falencias también vienen de su interior. A menudo los jueces mismos carecen de la "actitud intelectual y moral de independencia y lealtad a sus labores que se exige de ellos"¹⁶. Como menciona Cole, la protección contra presiones externas no conducirá a un poder judicial independiente y fiable a menos que esté acompañada por una estructura judicial interna caracterizada por normas exigentes, integridad y responsabilidad. Los jueces mismos deben estar bien capacitados, adherirse a un conjunto aprobado de reglas y contar con mecanismos internos contra la corrupción destinados a limitar el mal uso de su posición judicial.

El poder corrompe y muchas veces el mal uso de un cargo puede derivar en injusticias tremendas. Actuaciones de los jueces que se quedan en la impunidad son circunstancias para que el sistema se aitere y la administración de justicia se vea vulnerada. Hay mecanismos establecidos en la Ley, y es el mismo Consejo Nacional de la Judicatura quien impondrá sanciones a los jueces en el caso de que se demuestre un comportamiento influenciado. Esta premisa va de la mano con el análisis que hacíamos en el punto anterior y la ingerencia y presión que puede tener el CNJ no sólo para sancionar, sino incluso hasta para destituir a jueces. Por eso un método para garantizar ciertas normas de conducta podría incluir la creación e implementación de un código de ética que defina la conducta exigible y aceptada para los jueces en su cargo y fuera de él. "Un examen de la existencia del código de ética judicial revela que de los once países para los cuales hay datos, sólo dos –Panamá y Honduras– han instituido un código de ética (los países sobre los cuales hay datos son: Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay y Perú). En los dos casos los intentos de invocar los códigos han sido inefectivos para modificar la conducta judicial. Chile estableció recientemente una

¹⁶ Méndez; op cit.



Librería Jurídica Cevallos

La identidad jurídica del Ecuador

www.libreriascevallos.com

- Tamayo N21-258 y Carrión **Tel-Fax: 252 38 92**
- Clemente Ponce 229 y Piedrahita **Teléfono: 250 15 32**

Editora Jurídica Cevallos

ISBN-9978-9913-2-8



ISBN-9978-42-923-9



ISBN-9978-9913-3-6



ISBN-9978-9913-5-2



ISBN-9978-9913-4-4



ISBN-9978-9913-0-1



ISBN-9978-9913-1-X





**imprensa
offset**

folletos revistas libros
papelería afiches trípticos
dípticos carpetas



**diseño publicitario
producción audiovisual
multimedia**



Francisco Pizarro N26-76 y Sta. Maria
Telefax: (593 2) 2548961
Cels **098329385 - 097192878**
nbndgraf@andinanet.net
Quito - Ecuador

N&B
INDUSTRIA GRAFICA

Comisión de Ética del Poder Judicial, que no cuenta todavía con un código de ética, pero está encargado de juzgar y aplicar medidas disciplinarias a los jueces acusados de corrupción¹⁷". A pesar de que en el país existe un órgano disciplinario, este se presta para muchos abusos e injusticias. Las actuaciones de los jueces debe ser calificada por personas ajenas a la Función Judicial, basados en el principio de que nadie puede ser juez y parte en un proceso. Una de las alternativas que se plantea además de la creación del Código de Ética Judicial en el que se establezcan sanciones serias, es que sea una institución ajena a la Función Judicial como la Comisión de Control Cívico de la Corrupción para que se encargue de realizar investigaciones objetivas y aplicar los dispuesto en el Código de Ética. Si bien existe el principio de unidad jurisdiccional que también debe ser respetado, habría que establecer algún mecanismo para que la C.C.C.C. se encargue de la parte investigativa y sea el CNJ o la Corte Suprema quien se encargue de las sanciones administrativas a las que hubiere lugar por violación del Código. Son alternativas que se plantean utilizando los mismos mecanismos que la Constitución reconoce.

d. Sistema de responsabilidad ante la sociedad

Otra forma de fiscalizar es haciendo pública información sobre la Función Judicial. Se trata de fortalecer y exigir la rendición de cuentas por parte de los judiciales. Esta rendición de cuentas entra dentro del plano de la independencia interna y de los controles y mecanismos propios que deben implementarse para lograr transparencia en la actuación de los jueces. La rendición de cuentas exige "que un órgano más o menos independiente explique y justifique sus acciones, de preferencia en términos de reglas o criterios ampliamente aceptados y preestablecidos¹⁸".

Debe primar un sistema en el que el juez responda ante la sociedad por sus actuaciones. No sólo en el plano del juzgamiento, sino también en la transparencia relativa al funcionamiento de la Función Judicial y de la actuación de los jueces.

"La rendición de cuentas exige que haya dos condiciones relacionadas. Que se le exija al poder judicial que dé a conocer y explique sus decisiones, sobre la base de normas predeterminadas; y en segundo lugar, que cuando no se haga pública la información, o se descubra corrupción o conducta inapropiada, haya una respuesta rápida, imparcial y exigible". En este orden de ideas, "el público debe tener acceso transparente a la información relativa al funcionamiento

¹⁷ Cole; op cit pag. 13

¹⁸ Hammergre, Linn; "Judicial Independence and Judicial Accountability, Office of Democracy and Governance, USAID, Washington, D.C., 2001, pag 151.



y a los resultados del sistema de justicia. Eso incluye información sobre asuntos de procedimiento tales como el presupuesto judicial y la vigilancia de los salarios y haberes de los jueces. Los aspectos jurisdiccionales también deben ser examinados, incluidos los informes sobre los juicios, las decisiones de los jueces y las sentencias resultantes. Esas medidas se ven facilitadas por los medios de prensa, mayor participación de parte de las organizaciones de la sociedad civil, así como campañas de educación del gobierno y mecanismos regulares de presentación de informes. Ese acceso a la información debe ir acompañado por medidas que permitan que se presenten quejas y se reclamen investigaciones contra el sistema o individuos”.

A pesar de que existen normas vigentes que propugnan la transparencia a través de la rendición de cuentas, en el país no se ha hecho mayores esfuerzos visibles para que esto ocurra: no existe información sobre el presupuesto judicial, no se publican ni hacen públicos los gastos de los tribunales y el salario de los jueces, así como tampoco se contempla información sobre las quejas que se plantean.

Esperemos que ahora, con la obligación establecida en la Ley Orgánica de Acceso a la Información a través de la cual se ordena a las instituciones públicas a implementar a través de páginas web información, la Función Judicial transparente y rinda cuentas a través de estos medios. Según la Ley, todo organismo del Estado tiene un año a partir de mayo de 2004 para implementar estos sistemas, la Función Judicial, hasta ahora (enero 2005) no lo ha hecho.

El hecho de que no se tenga conocimiento acerca del presupuesto judicial, gastos y salarios de los tribunales, quejas y sentencias anteriores de los jueces indica la poca disponibilidad de dar a conocer información básica que el público (la población en general) requiere con el fin de estar informado constantemente. “El acceso a la información es una condición necesaria pero no suficiente para garantizar la rendición de cuentas. Sólo cuando cuentan con la comprensión y tienen los detalles de los asuntos, pueden los ciudadanos comenzar a evaluar si los sistemas están funcionando en forma aceptable¹⁹”.

Además de la rendición de cuentas y la transparencia de sus actuaciones, la responsabilidad ante la sociedad es también de índole judicial. Según la Constitución, todo funcionario público es responsable civil, penal y administrativamente de sus actos. Este es otro medio que tiene el público de hacer responsable al juez por sus actos, generando responsabilidades.

¹⁹ Cole, op cit. pag 15

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Se dejan planteadas cuatro áreas que, a mi criterio, deben ser fortalecidas e implementadas. La crisis que afecta al país proviene de la falta de instituciones sólidas, firmes e INDEPENDIENTES, lo que genera que estas se vuelvan botines políticos. La injerencia e irresponsabilidad de gobernantes y grupos de poder que ven en ambiciones políticas y personales en vez de mirar en función país, también genera esta injerencia en la independencia que debe existir, provocando que el Estado se vuelve protector de mediocres. La función del juez (por que tiene una importante función dentro de la sociedad) es de trascendental significación para la convivencia pacífica de una sociedad convulsionada. El momento que tenemos seguridad, tenemos confianza y por ende tranquilidad al saber que estamos protegidos, resguardados, y sobre todo que se va a hacer justicia. Así caminamos hacia el progreso, de otra manera nos estancaremos en la pobreza, sobre todo en la pobreza de conceptos.

En el área de la independencia del poder judicial, los consejos judiciales y las reformas en la duración y protección de los cargos de los jueces han posibilitado el surgimiento de sistemas judiciales más autónomos. Sin embargo, la corrupción, el control del ejecutivo y la destitución indebida de los jueces son problemas que aún persisten en el sistema judicial. Las medidas para lograr la independencia del sistema judicial con respecto a los otros poderes de gobierno deben ir acompañadas de un código de ética judicial con sanciones objetivas y normas para la responsabilidad pública que garanticen el profesionalismo de los jueces y de los funcionarios de los juzgados. Lamentablemente, en muchos casos, los principales opositores a la reforma judicial son los magistrados de la Corte Suprema, los partidos políticos e intereses privados poderosos que se aprovechan del sistema judicial actual. Además, a fuerza de imposición, siempre terminan operando por encima o fuera de la ley. El cambio de estos patrones exige mucho más que la reforma de la legislación o de los códigos; requiere cambios mucho más profundos y fundamentales respecto a lo que se considera una conducta aceptable, a cómo conciben los jueces su papel y sus obligaciones, y a lo que les pide y exige el público (Laurie Cole).

Me ampararé, para concluir, en unas graves y hermosas palabras de Alexis de TOCQUEVILLE:

“Es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismos en auxilio de aquellos que son oprimidos,



estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, puede siempre forzar al Juez a escuchar su reclamación y a responder a ella. Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad de un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes. La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos, la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan²⁰.



²⁰ Tocqueville, Alexis; *De la démocratie en Amérique*, en la edición de Gallimard, Paris, 1951, II, pag 331. Tomado de García de Enterría, Eduardo; *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cuadernos Civitas, tercera edición 1983, tercera reimpresión 2004, Madrid, pag. 109.

EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO COMO MECANISMO PARA ALCANZAR GOBERNABILIDAD

Jorge Benavides Ordoñez

Introducción.

En el transcurso de estos 26 años de retorno a la democracia la discusión permanente ha girado entorno al mejoramiento de la calidad de nuestras instituciones jurídico políticas, las mismas que permitan al ciudadano común ver reflejado en hechos concretos los avances de nuestra democracia, tomando para este análisis evolutivo, no solamente la ampliación del número de electores, sino más bien cuales son los espacios en donde se puede ejercer este derecho a ser consultado.

Por otro lado la caída sucesiva de gobiernos se ha vislumbrado como un fenómeno de ingobernabilidad, concepto que según Bobbio, se da en gran medida por la sobrecarga de demandas de la sociedad, y la correlativa escasa capacidad de respuesta para solventar los pedidos por parte de los mandatarios, característica de la democracia, mientras que, en los totalitarismos se tiene una mayor capacidad de respuesta hacia los requerimientos, debido a la voluntad del dictador que elimina las dificultades, en consecuencia en democracia es fácil la demanda y difícil la respuesta, ocurriendo un fenómeno contrario en los regímenes totalitarios. 1-

Esta temática hizo que se crea por parte de los Constituyentes del 98 que fortaleciendo el presidencialismo que para Rodrigo Borja es el conjunto de fundamentos y características del régimen presidencial, en que el presidente es jefe de gobierno y de Estado, siendo también, "la teoría política que favorece este sistema o la tendencia a incrementar los poderes del presidente dentro del gobierno", concepto último de interés para nuestro estudio 2-

Los partidarios del presidencialismo arguyen que a través de esta concentración de potestades en una persona se puede llegar a obtener mayor capacidad de conducción, y por la tanto mayor facilidad en el manejo de las crisis, pero al momento de concentrar más poder en el ejecutivo, en la mayoría de los casos, se estaría disminuyendo las atribuciones del poder legislativo puesto que, reduce significativamente su participación en la conducción del Estado, mermando incluso su tarea primigenia de legislar y fiscalizar según se desprende del Art. 123 de la Constitución Política. 3-

El fenómeno de creer que fortaleciendo el poder ejecutivo, se podrá combatir la ingobernabilidad y dominar convenientemente las situaciones difíciles en un sistema democrático, fue motivo de discusión desde antes que se fundare de nuestra República, así tenemos como Bolívar era partidario de un presidente con amplias



atribuciones, en contraposición de un congreso debilitado, mientras que Santander creía que era preferible un mayor equilibrio de poderes entre las funciones del Estado, otorgándole mayores competencias al Legislativo, llegándose posteriormente a que en la lucha por el poder político los conservadores hagan suyos los postulados de una función ejecutiva con amplios poderes y centralista. 4-

Por otro lado el hecho que en América Latina y en el Ecuador se haya vivido a lo largo de su historia un caudillaje, hecho que se refleja claramente en la denominación de nuestros pasajes históricos, teniendo así como, se habla del período floreano, garciano, alfarista, velasquista etc, secundado por la presencia constante de mandos militares tutelando nuestras instituciones democráticas, convirtiéndose así, en partícipes directos de los problemas políticos, reflejando el olvido castrense del mandato constitucional que manifiesta que la fuerza pública será obediente y no deliberante, a dado como resultado la triste historia nacional.

Vale afirmar que, el apareamiento del Parlamento en la historia política occidental tiene su esencia en la necesidad de limitar el poder del rey, existiendo con esto mayor participación de la aristocracia y burguesía en la toma de decisiones, como muestra vale referirnos al Bill of rights inglés, documento aparecido en 1689, mismo que fue aceptado por Guillermo de Orange. La declaración contenía principios fundamentales entre los principales se destacan.

-“Que el pretendido poder de la autoridad real de suspender las leyes, sin el consentimiento del Parlamento es ilegal”

-“Se ratifica que el rey no legisla; que sin el consentimiento del Parlamento no puede imponer contribuciones, ni mantener un ejército en tiempo de paz”

-“Se reconoce el derecho de petición al rey y que todas las arrestaciones o persecuciones por este motivo son ilegales”

-“Se asegura la libertad de palabra, de los debates y procedimientos en el seno del Parlamento, cuyos miembros deben ser elegidos libremente”. 5-

Análisis Normativo.

En la Carta Política vigente desde 1998, podemos observar como se ha fortalecido la facultad colegisladora del Primer mandatario, así tenemos como, se le otorga un amplio poder de veto, esto se desprende del análisis del Art.153 que manifiesta que, cuando el Presidente objeta parcialmente un proyecto de ley, el Congreso puede allanarse y enmendar el proyecto con el voto favorable de la mayoría de los asistentes en la sesión en un solo debate. Dejándose también la posibilidad que el Congreso se ratifique en el proyecto con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, esta disposición

atenta contra la Función legislativa y favorece claramente al ejecutivo, ya que, para ratificar lo que ya fue aprobado por los congresistas se pide mayoría calificada de dos terceras partes, mientras que, para allanarse a lo dispuesto por el Presidente se requiere de una simple mayoría de los diputados asistentes a la cesión.

En lo relacionado a temas de carácter económico, observamos como, según dispone el Art.130 num.13 el Congreso Nacional tiene la potestad de aprobar el presupuesto general del Estado y vigilar su ejecución, pero esta misma potestad encuentra más adelante dificultades para su pleno ejercicio, ya que, el Art.258 inciso 2, dice "El Congreso en pleno conocerá la pro forma y la aprobará o reformará hasta el 30 de noviembre, en un solo debate, por sectores de ingresos y gastos. Si hasta esta fecha no se aprobare, entrará en vigencia la pro forma elaborada por el ejecutivo; más adelante en el número 4 del mismo artículo prescribe "El Congreso no podrá incrementar el monto estimado de ingresos y egresos previstos en la pro forma", si bien es cierto la disposición busca agilizar la actuación del Congreso en la aprobación del presupuesto, por otro lado, no se le permite participar de una manera directa en la formación, organización y ejecución del presupuesto, quedándole tan solo la mera formalidad de aprobarlo, constituyéndose este acto en un saludo a la bandera.

El Art. 147 reza " Solamente el Presidente de la República podrá presentar proyectos de ley mediante los cuales se creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público o modifiquen la división político administrativa del país", de esta disposición se desprende la facultad privativa del Presidente en la iniciativa legislativa en materia económica, que se ve aún más fortalecido con el Art. 155 que da la posibilidad al Presidente de mandar al Congreso proyectos de ley calificados de urgentes en materia económica, teniendo el legislativo que aprobarlos, modificarlos o denegarlos dentro de un plazo de treinta días, y que lamentablemente por el fraccionamiento interno y la imposibilidad de llegar a consensos, hace que los proyectos pasen directamente por el ministerio de la ley.

En cuanto a las tareas fiscalizadoras otorgadas al Congreso Nacional por la Constitución, también se han visto menoscabadas, así tenemos como el Art.130,num.9 dice que se le otorga la facultad de proceder al enjuiciamiento político, sin embargo, más adelante en el mismo Art.:"La censura producirá la inmediata destitución del funcionario, salvo en el caso de los ministros de Estado, cuya permanencia en el cargo corresponderá decidir al Presidente de la República"⁶-, esta norma favorece claramente al ejecutivo, por lo que, no importa si un ministro de estado es censurado, ya que su permanencia depende del presidente, con esto se estaría restando legitimidad a lo actuado por el Congreso.



Conclusión.

Para llegar a obtener mejores condiciones de gobernabilidad, es decir el equilibrio entre los requerimientos sociales y la solvencia para atenderlos por parte del gobierno, se requiere de un mínimo de condicionamientos destacándose la seguridad jurídica y el imperio de la ley, (que se encuentra en entredicho por las constantes violaciones Constitucionales, esta violencia contra la ley tuvo su punto más relevante con los acontecimientos del 8 de diciembre de 2004), la legitimidad de la autoridad, Instituciones sólidas y una sociedad civil organizada.

Si bien es cierto la tarea del gobernante consiste en la presentación de planes alternativos y eficaces tomando en cuenta las diversas realidades de las sociedades, no es menos cierto que, la ingobernabilidad no es producto exclusivo de la incapacidad para gobernar, como se manifestó anteriormente, se requiere de un marco propicio, en donde la ciudadanía, los partidos políticos, los grupos de presión, los grupos económicos lleguen a establecer un mínimo de consensos con el gobierno, para así poder establecer agendas nacionales que nos permitan superar los conflictos.

El sistema democrático, permite la participación del pueblo en la elección de sus mandatarios, a través del sufragio, otorgándole además, otros mecanismos de participación como son las consultas populares, que en la actual coyuntura es uno de los métodos planteados para el retorno del Estado de Derecho. Los problemas de gobernabilidad son propios de estos sistemas, cosa que no ocurre en los totalitarismos, en donde se eliminan los consensos y es una sola voluntad toda poderosa la que decide.

Por lo tanto, para mejorar la calidad de nuestra democracia y la correspondiente estabilidad entre los diversos actores sociales, no es el mecanismo más conveniente el otorgar más competencias en la figura del ejecutivo, sino a través del fortalecimiento de las instituciones que permitan una mayor participación de la sociedad en la toma de decisiones, además que, en un país como el Ecuador en donde, el fantasma del populismo campea en todas las elecciones, hace que se favorezcan de la voluntad popular muchas de las veces gente de escasa preparación, que teniendo a su favor una creciente concentración de poder y amplias facultades discrecionales para su ejercicio caigan en prácticas dictatoriales, teniéndose como mecanismo legal para deshacernos del mandatario que no rectifique en su conducción, el juicio político por parte del Congreso Nacional, y en casos extremos de gran convulsión social se recurre al golpe de Estado, práctica generalizada en Latinoamérica y que no hace más que agudizar los serios problemas de la región.

- 1- Bobbio Norberto, *El futuro de la Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p 44- 45.
- 2- Borja Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p 1124- 1125.
- 3- *Constitución Política del Ecuador*, art. 123.
- 4- Hurtado Osvaldo, *El Poder Político en el Ecuador*, Colombia, Planeta, 1997, p 156-164.
- 5- Salgado Pesantes Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, AED, 1996, p 13.
- 6- *Constitución Política arts. 130, 147, 153, 155, 258.*



¡PARA NO OLVIDAR!

**PARTICIPACION DE LOS ESTUDIANTES EN
DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO**



2004

Congreso reorganiza los tribunales Constitucional y Electoral

Quito, AFP

Una mayoría progubernamental del Congreso cesó hoy a los miembros de los tribunales Constitucional (TC) y Supremo Electoral (TSE) mediante sendas resoluciones, al considerar que fueron elegidos de manera ilegal e inconstitucional en 2003, desplazando a los opositores.

Con el voto de 55 de los 100 diputados, el Congreso aprobó una moción de la legisladora María Augusta Rivas, del Partido Roldosista Ecuatoriano (PRE populista, el principal aliado del Ejecutivo), en el sentido de cesar a los vocales del TC y el TSE.

La nueva mayoría en el Legislativo, propiciada por el gobierno del presidente de la República, Lucio Gutiérrez, desplazó de esos organismos al opositor Partido Social Cristiano (PSC, derecha), la mayor fuerza parlamentaria (con 23 curules), así como a Pachakutik (indígenas, ex aliados).

El líder del PSC, el ex presidente (1984-1988) y diputado León Febres Cordero, es uno de los más acérrimos opositores de Gutiérrez.

"La administración de Gutiérrez pretende tomar todos los organismos de control por asalto", expresó la congresista Cynthia Viteri, del PSC, quien agregó que la mayoría parlamentaria progubernamental está actuando inconstitucionalmente, pues no puede cesar a los vocales del TC y del TSE mediante "simples resoluciones".

Viernes, 26 de Noviembre de 2004



Ayer, el ambiente en la Corte Suprema de Justicia fue de nerviosismo. En el Palacio de Gobierno y fuera de él hubo varias reuniones con diputados de varios partidos. La oposición, al parecer, no tiene una estrategia firme para evitar la 'decapitación' de los magistrados. Continúan los trámites para desconocer a vocales del TC

Gobierno y aliados cuentan las horas de CSJ

DP, PK, ID, MPD y Socialistas quieren cambiar la Corte, pero 'dentro de la Constitución', afirmaron

Los votos para una reestructuración de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), por medio de una resolución, objetivo de fondo del Congreso extraordinario convocado para hoy por el presidente Gutiérrez, aún no están seguros. Bloques como el socialista, DP, PK, ID y MPD apoyan la reforma, pe-

ro siempre que "se enmarque en la Constitución".

Tal parece que la convocatoria del primer mandatario tomó desprevenidos a los diputados, porque ayer varios bloques se reunieron a puerta cerrada, desde las primeras horas del día, para definir su posición. En la tarde y noche, miembros del PRE, Prian y MPD sesionaron con funcionarios del Gobierno en el hotel Marriot. Luego estaba prevista otra reunión en la casa del asesor presidencial Oscar Ayerra.

Los diputados Luis Villacís (MPD) y Segundo Serrano (socialista) indicaron que los cambios en la CSJ no eran parte del acuerdo de la mayo-

ría que consiguió la cesación de los vocales del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Supremo Electoral (TSE), pero que "las reformas son necesarias".

Victor Hugo Sicouret (PRE) dijo que "mañana (hoy) los diputados van a marcar la historia de la liberación de los poderes del Estado".

El prianista Jorge Cevallos, en cambio, ratificó que la moción tiene el apoyo de "más de 60 votos". Sin embargo, dejó entrever que hay aspectos en los cuales no hay consenso.

Se sabe que la estrategia gobiernista sería acogerse a la disposición transitoria vi-

gésimo quinta, que indica que los funcionarios elegidos por el Congreso y el Contralor cesaron en sus funciones en enero de 2003. Sin embargo, la oposición, aunque aún no revela cómo hará frente a los gobiernistas, insistió en que "defenderá la constitucionalidad para que el presidente no se tome los tres poderes del Estado", según dijo Wilfrido Lucero (ID). Además, informó que su bloque y el presidente del Parlamento, Guillermo Landáuzuri, acudirán a la sesión de esta mañana.

El PSC también ratificó su presencia para proclamar lo ilegal e inconstitucional de la convocatoria hecha por Gul-

terrez, luego de una reunión de cinco horas en Guayaquil.

En los pasillos del Congreso se rumorea que si Gutiérrez no consiguiera las reformas en la Corte, disolvería el Congreso.

Pero también hubo "comentarios" en la Corte. Estos hablaban de una posible renuncia de los jueces para ser incluidos en la reorganización. No obstante, fueron negados por varios ministros jueces. Además, se habló de conversaciones para buscar apoyo de los trabajadores judiciales a través de una medida de hecho para defender a la Función Judicial, pero esto tampoco fue confirmado. (GFS-AM-MAR)

► Hoy se reúne el Congreso extraordinario convocado para analizar la Función Judicial

La CSJ exige respeto a la Constitución

A pocas horas de la reunión del Pleno del Congreso para "analizar y resolver la situación jurídico-constitucional de la Función Judicial", el ambiente en las tres funciones del Estado era movido. En el Congreso, los contactos fueron incasantes, toda vez que bloques como DP, PK, MPD y Socialistas se mostraron partidarios de cambiar la Corte, pero "dentro de la Constitución".

En el Gobierno, también hubo reuniones del presidente Gutiérrez con sus asesores y colaboradores cercanos, además de



Hugo Quintana

encuentros con los legisladores afines al régimen en el Marriot y en la casa de Oscar Ayerve. La primera cita fue confirmada por el subsecretario de Gobierno, Jorge Zavala.

En la CSJ hubo una reunión extraordinaria del Pleno para emitir un comunicado en el que se exige respeto

a la institucionalidad y al estado de derecho. El titular de la Corte, Hugo Quintana, amenazó con denunciar en los organismos internacionales esta violación a la Constitución. (SL)

Más en la 3-A
Análisis en la 5-A

● Los empleados judiciales se pronuncian

La Federación Nacional de Servidores de la Función Judicial se reúne hoy para pronunciarse sobre la situación de la Corte Suprema de Justicia.

Luis Muñoz, su presidente, dijo que se debería co-

nocer, en concreto, la respuesta del Gobierno, porque considera que debe haber cambios.

Los magistrados esperan que los trabajadores de la Corte los respaldaran. (SL)

Congreso reestructura la Corte

► Hoy se retomará el debate de la reforma a la ley de elecciones para implantar el método Webster

El receso de dos horas al que el pleno del Congreso se acogió ayer, dentro de la sesión permanente del período extraordinario, fue suficiente para que el Gobierno concrete una alianza partidista que, con 52 votos, cesó en sus funciones a 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia (CSJ).

Tanto los gobiernistas como la oposición acudieron al período extra sin tener los votos suficientes para, mediante resolución, reestructurar la CSJ. Por ello, en las primeras horas de la sesión, que se ins-

taló a las 12:00, se debatió sobre las mociones de censura en contra de los ex vocales del Tribunal Constitucional, planteadas por los diputados Antonio Posso (PK) y el socialista Segundo Serrano, quienes interpellaron a los ex funcionarios.

Finalmente, la censura se produjo cerca de las 16:00, y fue apoyada con 57 votos.

El siguiente paso era la reforma en la Corte, y para asegurarse que la acción no falle, el vicepresidente del Congreso, Ramiro Rivera (DP), quien estaba al mando de la sesión porque Guillermo Landázuri fue apelado previamente, concedió un receso a los legisladores, que se extendió desde las 17:30 hasta las 19:30.

Al volver a instalarse el pleno, los gobiernistas se mostraron confiados y continuaron con su estrategia.

El siguiente paso fue apelar a Rivera para que la sesión la

presida el segundo vicepresidente, Jorge Montero (CFP). Posteriormente el diputado Luis Villacís (MPD) mocionó que se apruebe la resolución en la que consta que se declare cesantes en sus funciones a los magistrados y a sus conjueces y se proceda a nombrar: en la Primera Sala de lo Penal a Guillermo Castro, Francisco Icaza y Jorge Fantoni; en la Segunda Sala de lo Penal a Luis Albarado, Rosi Nevárez y Angelita Albán; en la Primera Sala de lo Civil a Carlos Pozo, Fernando Ortiz y José García; en la Segunda Sala de lo Civil a Bolívar Guevara (r), Bolívar Guerrero (r) y Ramiro Román; en la Tercera Sala de lo Civil a Ramón Rodríguez, Armando Bermeo (r) y Efrén Gavilanes; en la Primera Sala de lo Laboral a Darwin Muñoz, Adolfo Cuví y Gonzalo Silva; en la Segunda Sala de lo Laboral a Osvaldo Toledo, Gonzalo Proaño y Norberto Fuentes; en la Ter-

cera Sala de lo Laboral a Luis Cueva, Davida Altamirano y Julio Jaramillo (r); en la Sala de lo Administrativo a Carlos Vázquez, Ernesto Velázquez y Gonzalo Muñoz; y en la Sala de lo Fiscal a Angel Garzón, Efrén de la Torre, Tito Libio y Gonzalo Guerrero.

La resolución además contempla que en 15 días se reestructurará el Concejo Nacional de la Judicatura (CNJ) para que el organismo envíe las ternas que permitan elegir la nueva ministra fiscal.

La resolución se aprobó con 52 votos, entre ellos constaba el de Rodrigo García (PK), quien, por desobedecer a su bloque, que se abstuvo de votar, fue expulsado del mismo.

Posteriormente, se aprobó otra resolución, por medio de la cual el Congreso retoma la facultad de enjuiciar políticamente y censurar a los magistrados de la Corte y del CNJ (GFS)

► Servidores judiciales se declaran en paro indefinido de actividades

CSJ: 'Continuaremos la lucha por la vía legal'

Una canción de esperanza y dos villancicos, uno en español y otro en quichua, interpretados por el coro de empleados de la Función Judicial, fue el preámbulo de la reunión de ayer del Pleno de la Corte Suprema de Justicia (CSJ).

Frases como "los que van a morir te saludan" y "más alegres que nunca" repitieron varios de los 25 ministros antes de que se instalara lo que se tenía podría ser la última reunión del Pleno.

Los jueces decidieron permanecer en sesión permanente en cada una de sus oficinas esperando la resolución del Congreso. Se formaron dos comisiones:

una para analizar y presentar los alegatos en caso de ser cesados y otra para estudiar la resolución del Tribunal Constitucional (TC) en contra de los jueces Primero y Octavo de lo Civil, que aceptaron a trámite los amparos de dos ex vocales del TC.

Pero esa no fue la única reunión que hubo. En el quinto piso estuvieron los jueces y, en el octavo, los trabajadores judiciales, quienes, a través de su presidente, Luis Muñoz, anunciaron que se tomaron las instalaciones de la Corte.

El titular hasta ayer de la CSJ, Hugo Quintana, señaló que los magistrados no van a poner re-

sistencia, pero que continuarán luchando por la vía legal. Los magistrados destituidos se reúnen hoy para analizar la postura que adoptarán.

El juez Arturo Donoso señaló que van a apelar lo decidido por el Congreso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que el Estado deberá pagar una indemnización.

Por la noche, llegaron hasta el edificio de la CSJ miembros del Concejo Nacional de la Judicatura para apoyar a los magistrados. También acudió el concejal Antonio Ricuarte, quien dijo que hoy habrá una movilización de algunos alcaldes. (MAR)

● Apoyo estudiantil

A través de un comunicado y luego con su presencia en la Corte Suprema de Justicia, la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica y la Asociación de Estudiantes de la Universidad de las Américas expresaron ayer su respaldo a los magistrados.

Los estudiantes rechazaron "enérgicamente la pretensión inconstitucional e ilegal del presidente de la República de reestructurar la Función Judicial. Cuestionaron además la actuación 'de cientos de diputados que pretenden violar y desconocer las normas constitucionales vigentes, los principios del Estado de Derecho y la institucionalidad del Estado ecuatoriano'". (PBM)

► Hugo Quintana y los magistrados cesados fueron sacados a la fuerza por la Policía

Policía desaloja a magistrados

En medio de gases lacrimógenos y espújones, fueron desalojados al congreso presidente de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), Hugo Quintana, quien permaneció hasta las 12:00 en las instalaciones de la CSJ, y cuatro ministros jueces que fueron sacados en el edificio.

Cuando se registraron incidentes entre la Policía y los estudiantes de las universidades SER, Católica y UdeA, que actuaron a respaldar a los magistrados removidos por el Congreso, y Quintana bajó para atender una entrevista con CHN, los uniformados lanzaron bombas lacrimógenas contra los jóvenes y en la confusión sacaron a Quintana y a los magistrados Jaime Velasco, Gato Galarrza y Santiago Andrade.

Desde tempranas horas de la mañana, la Policía cerró los alrededores de la Corte, impidiendo el acceso de los ministros y de los empleados judiciales, que, pese a mantener una medida de hecho, intentaban ingresar a sus oficinas. Por una invitación del Colegio de Abogados, los jueces fueron a asociarse en las dependencias de ese organismo y desde allí despejaron.

Quintana hizo un llamado a la reflexión a los poderes del Estado por el caos que se podría generar. "Nos seguimos considerando como Corte Suprema", dijo, y agregó que los 18 magistrados se comprometieron a permanecer firmemente unidos para hacer respetar la Constitución. Y esto se reflejó en las declaraciones de los ministros cesados.

Art. José Julio Benítez, sustituto que el país dejó de ser un Estado de Derecho para convertirse en uno de hecho, Teodoro Cuervo afirmó que con la decisión del Congreso se retrocedió 50 años, "a la época en la que los legisladores llamaban a practicar a los jueces para que los fallos salieran en favor del



El magistrado desfilado Teodoro Cuervo forcejea con policías en las afueras de la Corte

rín a la OEA y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para denunciar el caso.

Hoy, a las 11:00, el cuerpo pleno de la CSJ eligió a su titular. En una sesión preparatoria efectuada ayer, se propuso a Ramón Rodríguez para su presidencia de la Corte. También fueron Balvín Vergara, Jorge Pantano y Carlos Pizarro.

El presidente de la Federación Nacional de Servidores Judiciales (Fenajud), Luis Muñoz, negó haber participado en las negociaciones para el nombramiento de los nuevos jueces y culpó al Gobierno de tratar de enfrentarse a la Corte con la Fena. Muñoz, que hasta ayer por la tarde estaba opuesto a la destitución de los magistrados, an-

« Los magistrados son temporales »

El Gobierno ratificó ayer que los nuevos miembros de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), de los Tribunales Constitucionales (TC) y del Tribunal Supremo Electoral (TSE) se mantendrán provisionalmente en sus cargos, hasta que se concrete la reforma política que prepara. Sin embargo, el secretario de la Administración, Xavier Ladrón, no quiso hablar de plazos.

Según dijo, en el transcurso del primer trimestre del próximo año, se enviara al Congreso la propuesta de preguntas para el consulto popular, a fin de que el califique y se proceda a la convocatoria respectiva. "Pe-

de los organismos de control. Una vez que se apruebe la consulta se efectivizarán las reglas para la designación de los nuevos magistrados", explicó.

El funcionario también dijo que el Gobierno respeta la resolución del Congreso en torno a los tres organismos, pero lo que pronuncie sobre la legalidad de lo mismo. "Está en una discusión jurídico-constitucional que no descompongo".

Una vez interconcluidas las zonas y los tribunales, Ladrón convocó al Parlamento para que designe "cuanto antes" al contralor, al fiscal y al defensor del pueblo. Además, Niza un

► La ex integrante de la Asamblea señala que se violó la Constitución

'No hay argumento legal para cesar a magistrados'

"No existe disposición legal alguna en la Constitución que le autorice al Congreso designar al cesar a los ministros de la Corte Suprema de Justicia", afirmó Alejandra Vela, quien fue asambleísta de la Constituyente de 1994.



Alejandra Vela, ex asambleísta

Esa facultad, dijo, le corresponde al Pleno del mismo organismo de acuerdo con el artículo 202, inciso segundo, de la Carta Política que señala: "Producida una vacante, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia designa al nuevo magistrado, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, observando los criterios de profesionalidad y de carrera judicial, de conformidad con la Ley".

La ex asambleísta también rechazó la interpretación realizada por los legisladores de

la mayoría gubernista a la disposición transitoria vigésima segunda de la Constitución, ya que, "esa norma estaba dirigida para los funcionarios que fueran nombrados por el Congreso después del 10 de agosto de 1994, para su período de cuatro años, con el objetivo de que permanezcan en funciones prorrogadas durante cinco meses (hasta enero de 2003) y sus reemplazos coincidan con el inicio del nuevo Gobierno".

Explicó que la transitoria ni siquiera se aplica para el Defensor del Pueblo, porque su ejercicio dura seis años, por eso para los magistrados cuyo comienzo se vincula, según la ley. "Es transitoria no es aplicable ni revivible para tratar de votar jurídicamente a un acto inconstitucional", señaló (OC).

► El líder del PSC dijo que el mandatarío quiere una Corte y un TC a su medida



En las afueras de la Corte de Guayaquil hubo enfrentamientos

▶ **DIDÁCTICO** El miércoles pasado Últimas Noticias inició una serie pedagógica para comprender la noticia de la intervención del Congreso en la Corte. Hoy presentamos la segunda entrega.

El miércoles, cuando el Congreso reunió en sus sesiones la mayoría de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el país dio un paso atrás. ¿Puede entender la que sucedió? ¿Qué cosas implicó? ¿Qué hacer como sociedad? Aquí se lo explicamos.

¿Qué tiene que ver la corrupción con lo ocurrido el miércoles con la Corte Suprema de Justicia?

Corrupción no es solo la compra, el pago, el soborno. Corrupción también es el acto o acción del cual un funcionario público desvía los recursos del sistema legal impuesto, para favorecer intereses particulares o de un grupo a cambio de un beneficio para sí o para terceros. El miércoles se interpretó la Constitución al acomodo de algunos, no lo hizo para favorecer el interés de un grupo o, lo que es peor, es posible que se recurriera con decisiones emanadas por la nueva corte.

¿La corrupción es solo un problema de patrones?

No, el problema es que con el tiempo la corrupción se está convirtiendo en un comportamiento cultural. Excluye que exista con la conducta de solo personas se rige por ese concepto. El afán de poder, la codicia, el exitismo económico, el "tanto dinero tanto vale" y sobre todo el que imperamos con lo público son el caldo de cultivo que permiten que la corrupción tome fuerza.

DATO

La sociedad no debe creer que la corrupción es un problema solo de los políticos.

¿Araceo es un bueno que a los magistrados se los haya desistido por deshonesta y corrupto?

Equipar es bueno hacer el cambio interpretando la ley según la convicción. Además, es un error meter a todos los magistrados en la misma bolsa. Los desonestos aparecen a que varios magistrados cometieron actos corruptos, pero también se encuentran al lado de otros que igualmente fueron retirados. Al cambio entre los nuevos magistrados, siendo uno es político, los siguientes son auto-declarados y acusaciones. Si, muchos pedían sacar a los corruptos, pero ha vez lo más implica correr el riesgo de solo sustituirlos por otros igualmente malos.

¿No importa qué medios se usen con tal de restarle el poder a la Corte a Fabrice Cardeiro?

Hay en alguna medida el Presidente paraguayo Nicanor Duarte, que "nos hemos acostumbrado a las soluciones fáciles y subterfugos a los ventajistas, es decir, a los "votos", a aquellos que sacan provecho de cualquier situación favorable, por más inmoral que sea. Los admito en lugar de repudiados. Nuestra cultura los aplaude y tilda de inteligentes y hasta de sabios, en detrimento de aquellos que viven de sus méritos y su esfuerzo personal." Esta reflexión se aplica tanto para unos como para otros.

Violar la Constitución también es corrupción



Preocuparse por los problemas del país y participar en la búsqueda de sus soluciones, es hacer política, de la buena.

¿Entonces, las controversias de lo ocurrido el miércoles pueden ser mayores y peores?

Enfrente la experiencia demuestra que la corrupción se acrecienta en sociedades y las que no se respeta la independencia de las instituciones, y por eso regímenes de facto, es decir, en aquellos en los que no se respetan las leyes sino que se imponen las cosas por la fuerza o las conveniencias.

¿La solución es que los diputados, los gobernantes, los líderes políticos... se vuelvan honestos?

Eso sí, pero no es suficiente para cambiar el estado de cosas que se vive. Es necesario que todos los profesionales sean honestos, en todos los actos de su vida pública o privada. El testimonio personal de honestidad, sencillez y solidaridad es el mejor antídoto contra la corrupción. Tenga en cuenta que un gobierno honesto no puede prosperar en una sociedad corrupta.

¿Hay alguna forma de gobierno que evite o neutralice la corrupción?

No hay modelos de gobierno inmunes a la corrupción, lo que existen son sociedades en las que hombres honestos y

Partidos políticos entre los más corruptos

Los partidos políticos de América Latina, India, Indonesia y algunos países de Europa oriental son los más corruptos del mundo, según un nuevo informe divulgado ayer por Transparency International (TI). Los partidos políticos en Ecuador son los más castigados, seguidos por los de la Argentina, Brasil, Chile e India, según el estudio realizado por la consultora Gallup Internacional. Según el informe, los partidos políticos fueron calificados por el público

general como las instituciones más afectadas por la corrupción.

Como lo demuestra el Barómetro mundial de TI, la corrupción sigue siendo una plaga en muchos lugares, y muchas partes y sectores de la vida económica y social sufren sus consecuencias negativas", aseguró el director de Transparencia Internacional de Francia, Daniel LeGros.

Si bien el desmoronamiento de la integridad son los mayores problemas ciudadanos, la corrupción política los sigue,

son historias pesadas con su ejemplo y que hacen que nos a errar en la realidad pública.

¿No se ígign que luego de conocer tanto escándalo ya va un guera saber de los políticos y la política?

No. La indiferencia ciudadana permite que la corrupción avance. No todos los políticos son corruptos y la política en sí no es mala. Incluso es un deber ciudadano preocuparse por los problemas de su comunidad, su ciudad, su país... y ayudar a solucionarlos. Eso

también es política. Lo que no debemos hacer es utilizar esa gestión para beneficio y lucro propio.

¿Me debo unir a las protestas que liderará León Fabrice Cardeiro?

Una práctica común de algunos políticos es aprovechar el descontento y con esos discursos manipulando para su propio beneficio. Además, en este caso concreto, se ha denunciado que se trata de un líder político que ha usado la Corte para objetivos personales o de su partido político.



Pontificia Universidad Católica del Ecuador

A LA OPINIÓN PÚBLICA

LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

Ante las resoluciones adoptadas por el Congreso Nacional con respecto a los Tribunales Constitucional y Supremo Electoral y a la Corte Suprema de Justicia, estima su deber expresar a la sociedad ecuatoriana y a los órganos del poder público, lo siguiente:

1. Que los principios de independencia de las funciones del Estado, de supremacía de la Constitución y de imperio de la Ley, son pilares fundamentales del Estado Social de Derecho.
2. Que de conformidad con el artículo 119 de la Constitución Política del Estado, las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos, no pueden ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y la Ley.
3. Que sin observar los procedimientos previstos en la Constitución, el Congreso Nacional cesó en funciones a los miembros de los Tribunales Constitucional y Supremo Electoral, en detrimento de la institucionalidad del país.
4. Que el artículo 130 de la Constitución Política de la República no confiere al Congreso Nacional las facultades de remover y designar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.
5. Que el artículo 202 de la Constitución Política de la República, dispone que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia no estarán sujetos a período fijo en relación con la duración de sus cargos y solo podrán ser cesados por las causales determinadas en la Constitución y la Ley.
6. Que la disposición transitoria vigésima quinta de la Constitución Política de la República no es aplicable a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Dicha norma, cuya regulación ya se cumplió, se refería a los funcionarios designados por el Congreso Nacional a partir del 10 de Agosto de 1998 y fue establecida con la finalidad de uniformar la duración de su cargos hasta enero de 2003.
7. Que las Autoridades y Docentes de la Facultad de Jurisprudencia, frente a sus alumnos y a la comunidad en general, tienen la obligación académica y ética de denunciar los ABUSOS DE DERECHO que atentan y destruyen la institucionalidad democrática y jurídica del país.
8. Que es un deber ciudadano y de la comunidad jurídica y universitaria, en particular, velar por el respeto a la Constitución.
9. En consecuencia, la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador: a) rechaza enérgicamente las actuaciones inconstitucionales del Congreso Nacional, que superponen intereses políticos y coyunturales, a la real vigencia del Estado Social de Derecho. Por ello llama a la ciudadanía a tomar todas las acciones legales necesarias para detener que estos actos de corrupción coloquen al Ecuador al margen de la comunidad internacional y de las sociedades democráticas y; b) demanda de las personas designadas para integrar el más alto Tribunal de Justicia, que en un acto de responsabilidad y compromiso con el país, se abstengan de posesionarse en tales cargos, caso contrario los fallos que se emitiesen estarían viciados de nulidad.

EL CONSEJO DE FACULTAD

► PRIMERA SALA PENAL

► **GUILLELMO CASTRO**
Fiscalista. Fue procurador general del Estado, su título de la Facultad de Ciencias de Educación y también profesor en la Facultad de Letras.

► **FRANCISCO CAZAR**
Vinculado al Poder Judicial de Guayaquil. Antigo y amplexado de Álvaro Noboa en su momento gobernador de Guayaquil.

► **JOSÉ FANTON CAMBA**
Fiscal. Fue ministro de la Corte y es ministro fiscal. Defensor del grupo base.

► SEGUNDA SALA PENAL

► **LUIS ALVARADO MACÍAS**
Segundo vicepresidente en la oposición, se le vinculó con el entonces ministro Noboa, en Guayaquil.

► **INÉS YÉVAREZ BOLAÑOS**
Ex juez de la Corte del Guayas y ex juez de primera instancia por su pertenencia a Sociedad Patriótica.

► **ANGELITA ALBÁN**
Del grupo de Álvaro Noboa. Ex juez de la Corte del Guayas y ex juez de primera instancia por su pertenencia a Sociedad Patriótica.

► PRIMERA SALA CIVIL

► **CARLOS POZO**
Vinculado al PSE. Ex fiscal de la Corte y ex fiscal del TC. Fue abogado del ex presidente Abdalá Bucaram.

► **LUIS F. ORTIZ BONILLA**
Abogado escocés general de la Corte Suprema de Justicia (CSJ). Fue propuesto por Luis Muñoz de la Península.

► **JOSÉ GARCÍA FALCÓN**
Primo del diputado Rodrigo García (de Pachakuti), miembro de la Corte de Guayas, es magistrado de la CSJ.

► Unos pocos legisladores de la oposición asistieron ayer al Pleno, entre ellos, los de la ID

Abdalá 'recibe' su regalo navideño

Esto es un regalo de Navidad, dijo ayer, desde Panamá, el ex presidente ecuatoriano Abdalá Bucaram, al comentar la dimisión de la Corte Suprema de Justicia (CSJ).

Rememoró que dio los nombres de Guillermo Castro y Carlos Pozo para que sean simoniacos jueces, pero luego, por esta circunstancia, tenía listas las listas para regresar al Ecuador en los próximos días.

"Quisiera el deberías tener las listas listas para salir del Ecuador con los dirigentes socialdemócratas Luis Fabra Corfallo, Miguel Ortíz y Xavier Neira", aseguró.

Además criticó al ministro de Gobierno, Jaime Izquierdo, por oponerse al cambio en la Corte Suprema.

Los diputados opositores también están muy optimistas en cuanto al futuro de su ID.

En el mismo momento que el ministro Marco Tosta quien, además, anunció que viajará a Panamá, entre el 15 y el 20 de este mes, y, a su regreso, el Ecuador anunciará la fecha del retiro del líder.

La mayoría gubernista prefirió concentrarse ayer en el tribunal que, según ellos, significa la reestructuración de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y en lugar a su momento para aprobar un millón de de repartición de escudos en las elecciones pluripartidarias.

El Pleno tenía previsto debatir la moción del diputado Luis Villacís (MDF), quien planteó el método Wahler para la asignación de puestos, pero ante la ausencia de la mayor parte de legisladores no se pudo resolver el tema, por lo que el segundo vicepresidente del Legislativo, Jorge Montero, convocó para el martes próximo al AM-GPSE.



Jorge Montero entregó a un grupo de legisladores el texto de la moción.

► SEGUNDA SALA CIVIL

► **BOLIVAR VERRERA**
Vinculado al MPD. Ex decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Estatal del Guayaquil, ministro reemplazado de la CSJ y condecorado por el informe de la Corte Constitucional.

► **BOLIVAR GUERRERO**
Vinculado a Concentración de Fuerzas Populares (CFP). Península, ministro de la CSJ reemplazado, en la segunda Sala de la Corte y Magistrado.

► **RAMIRO ROMÁN**
Abogado de la familia Ramírez, de Consultor Benavides y defensor de los derechos humanos. Se le vinculó por su relación con el Movimiento Popular Democrático.

► TERCERA SALA CIVIL

► **RAMÓN RODRÍGUEZ**
Presidente de la Comisión de Legislación del Congreso. Fue nombrado con el apoyo del Partido Radicalista Ecuatoriano (PRPE).

► **ARMANDO BERMEO**
Ex presidente de la CSJ magistrado reemplazado por la nueva mayoría del Congreso. Cambió al octavo de la fiscal Mariana Ylvez de la fiscalización de balances contables a petición en el caso Fianciero: Radicals con la ID.

► **EFREN GAVILANZ**
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia que dejó el cargo luego del suceso vinculado por la reestructuración parcial.

► PRIMERA SALA LABORAL

► **DARWIN MUÑOZ**
Vinculado al MPD. Ministro de la Corte Superior del Azuay, ex abogado de la Unión de Trabajadores del Ecuador.

► **ADOLFO CUVI GAYROR**
Fue nombrado con el apoyo DP. Fue ministro juez del Tribunal Penal de Manabí.

► **GONZALO SILVA**
Ex actor de Item Delincuencia y ex abogado. Corte Independiente.

► SEGUNDA SALA LABORAL

► **OSWALDO TOLEDO**
Fue concejal de Azuqueque del partido Socialista y, en las últimas elecciones, fue candidato por la ID-IT.

► **GONZALO PICHANO**
Profesor del colegio Unión Agrícola y de la Universidad Central vinculado al grupo del MPD.

► **ROBERTO FUENTES**
Fue elegido por el Congreso Nacional, como parte de la Sala de la Laboral. Es un jurista independiente.

► TERCERA SALA LABORAL

► **LUIS CUEVA CARRIÓN**
De Concentración de Fuerzas Populares (CFP). Abogado de corte de derecho sucesorio.

► **DAVOSA ALTAMIRANO**
Ex diputada efrena, ex funcionaria del Ministerio de Bienestar Social. Cuvil del diputado Meza Mora.

► SALA DE LO ADMINISTRATIVO

► **CARLOS VÁSQUEZ**
Ex magistrado en la Sala de lo Social. Vinculado al Partido Social Cristiano.

► SALA DE LO ADMINISTRATIVO

► **ERNESTO VELÁSQUEZ**
Vinculado al PSE y ex ministro de Bienestar Social en el Gobierno de Álvaro Noboa. Hoy docente. Catedrático de la Universidad de Guayaquil, vinculado al Consejo Municipal del Futuro de la Comarca del Guayas.

► **GONZALO MUÑOZ**
Secretario de la Administración del Gobierno de Guayas. Vinculado al PSE.

► SALA DE LO FISCAL

► **ÁNGEL GARCÓN ZAPATA**
Ex juez de la Sala de lo Fiscal. No se conocen mayores datos sobre su trayectoria judicial y su relación con los partidos políticos.

► **EFREN DE LA TORRE**
Independiente. Fue asesor del diputado Felipe Yañez, ex diputado de Pachakuti recientemente.

► **TITO LIBIO BENDOZA**
Fiscalista escocés vinculado con el PUP, el PSE y el MPD. Su hermano es abogado vinculado por el PUP. Su hijo es el político de Manabí Humberto Guillén, y su primo hermano es el abogado Roberto Rodríguez, ambos del PSE.

► **GONZALO GUERRERO**
Fue nombrado para la Sala de lo Social cuando aún el apoyo de la fracción ID-IT.

El poder de Bucaram se afianza en el Parlamento

POLÍTICA Omar Quintana, diputado del PRE, dirigirá el Congreso hasta el 2007. La oposición (PSC-ID-Pachakutik) no pudo frenar a la mayoría gobiernista

La sorpresiva maniobra del saliente presidente del Congreso, Guillermo Landáuzuri, de clausurar la sesión de ayer, no logró su cometido: evitar que la denominada mayoría institucional eligiera al roldosista Omar Quintana como su sucesor hasta el 2007. La decisión, empero, ensombreció la legitimidad y retrasó unas horas la elección del candidato postulado por el ex presidente Abdalá Bucaram.

El ex segundo vicepresidente, Jorge Montero, afín a la mayoría institucional, retomó la sesión y consumó, a las 16:00, la estrategia que los gobiernistas trazaron hasta la madrugada de ayer en el hotel Marriott: hacerse con todas las instancias del Poder Legislativo.

Quintana triunfó con el voto de 52 de los 55 diputados presentes, incluidos tres socialistas y tres de la DP. El MPD votó en contra. El PSC, la ID y Pachakutik no estuvieron en la recta final de la sesión. En la noche se reeligió a Montero, pero no se nombró Primer Vicepresidente ni integró las comisiones. El PSC no tendrá la Primera Vicepresidencia, no presentó candidato. **PÁG. A3**



GOBIERNO / A3
Gutiérrez dijo que la elección en el Congreso fue legal.

PERFIL / A3
Quintana, empresario, hombre del PRE y cercano al Prian.

CRÓNICA / A3
Febres Cordero y Noboa siguieron la sesión por celular.

CSJ rechaza queja a Tribunal de Honor

QUITO |

Los magistrados pusieron en ejecución una estrategia para afianzar la legitimidad de sus designaciones y frenar las intenciones de los ministros cesados, que promueven una queja ante el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Quito, a fin de que se suspenda en el ejercicio de la profesión a sus sucesores.

Ayer, 22 de los 31 magistrados, electos por la mayoría afín al Gobierno en el Congreso, nombraron como su defensor, en ese caso, a Fabián Guido Flores. Ellos se reunieron en forma reservada en el despacho del presidente de la CSJ, Ramón Rodríguez.

Con Flores, los ministros redactaron la respuesta institucional de la CSJ, respecto de la

queja, pues resolvieron no dar una contestación individual, pese a que fueron notificados independientemente.

Según el ministro Efrén de la Torre, la demanda constituye una "mamarrachada que carece de fundamentos jurídicos y que proviene de gente que no tiene competencia para haberla planteado".

Carlos Pozo también sostuvo que los ex integrantes de la CSJ han promovido la desobediencia de los fallos de actuales ministros, atentando así contra la seguridad interna del Estado, lo que está sancionado en el Código Penal.

Al finalizar la reunión, algunos de los magistrados, entre ellos, Pozo conversó con el ex diputado Leonidas Plaza Somers (PRE), que hacía antesa-

la en el despacho de la presidencia Plaza colaboró con el gobierno de Abdalá Bucaram, fue descalificado por el Congreso por un presunto mal manejo del programa Leche Abdalac.

Pese a que no quiso pronunciarse sobre la reorganización de la CSJ, la fiscal general, Mariana Yépez, afirmó que ella fue parte de la Corte cesada. "Fui nombrada por colegios electorales, en conjunto con ellos (los ex ministros)".

Informó que, por esta causa, recopila información de la denuncia que planteó el jurista Ramiro Aguilar, por el delito de arrogación de funciones de los actuales ministros.

Jueces cesados

Mientras tanto, los magis-

trados cesados por el Congreso, el pasado 8 de diciembre, demandarán al Estado ante la Comisión y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en los primeros días del próximo año.

Arturo Donoso, juez de la denominada "Corte del 97", informó que el documento en el que se denuncia que en Ecuador se nombró una nueva CSJ, violando la Constitución, fue revisada ayer por 20 de los ex magistrados, y será entregada por una comisión de abogados.

Sobre la queja interpuesta ante la Organización de Estados Americanos (OEA), Donoso dijo que ese reclamo fue realizado por las asociaciones y estudiantes de Derecho de las universidades del país.

Comunicación: Torres Castellanos-Díaz / BARRIS, REBOLLEDO / AGUIAR / Contraloría Fiscal; BARRIS / AGUIAR / Contraloría Fiscal; TAV, / AGUIAR / Contraloría Fiscal; TAV, / AGUIAR / Contraloría Fiscal; TAV, / AGUIAR / Contraloría Fiscal

La ONU y la OEA estudian demandas

Los ministros destituidos y la organización Jueces para la Democracia impulsan dos denuncias por la vulneración de la independencia judicial en el país. Los removidos piden su restitución.

La Organización de Estados Americanos (OEA) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) iniciaron el trámite de dos denuncias, luego de la destitución de 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia del país.

La madrugada del 9 de diciembre, una mayoría parlamentaria simple (52 diputados) nombró a los nuevos jueces bajo el argumento de que los anteriores terminaron sus funciones en enero del 2003.

Para el nombramiento se valieron de un artículo de la Ley Orgánica de la Función Judicial que permite que el Congreso nombre a los magistrados del Alto Tribunal, pero que se opone a lo que manda la Constitución vigente del país. Varios analistas identifican este episodio como el inicio de la crisis constitucional del país.

El ministro removido Carlos Ríosfno informó que ayer él y sus compañeros recibieron una comunicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA señalando que su demanda pasó al área de admisión.

"Nosotros reclamamos la restitución de la Corte como



LOS EX MINISTROS SE REUNTERON - Los jueces redactaron la denuncia en la U. Católica.

un mecanismo de respeto al Estado de Derecho y la condena por violación de Derechos fundamentales, al Presidente de la República y al Congreso", señaló el ex ministro.

La extensa querrela llegó a la

sede de la Comisión en Washington, Estados Unidos, por correo aéreo antes del 24 de diciembre. "Los jueces destituidos no buscamos regresar a los cargos, sino el regreso a la seguridad jurídica y procla-

mar que hay que respetar la Ley. Es el reclamo de como vivimos en dictadura", señaló Carlos Ríosfno.

La segunda denuncia internacional, realizada por la organización Jueces para la Democracia, la conoce el relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de la ONU, Leandro Despouy, y la Comisión de DD.HH., con sede en Ginebra.

La acusación del organismo Latinoamericano, a pedido del representante en el país Carlos Poveda, juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, es que Despouy investigue "cualquier quebrantamiento de la independencia de los jueces".

Hasta ayer, el diplomático esperaba que el Gobierno ecuatoriano acusase el recibido de un comunicado del Relator, donde pide información a Lu-

PUNTO DE VISTA

■ Alejandro Ponce Martínez
JURISTA CATEDRÁTICO

Para impugnar lo actuado por el Presidente y el Congreso, la Clínica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica presentó una demanda ante la OEA. A ese pedido se han sumado muchos ciudadanos de todo el país.

Lo ocurrido con la cesación de los jueces evidencia que Lucio Gutiérrez es un dictador, pues a través del Congreso acabó con la Corte Suprema, aunque no tenía facultad para ello. Estamos viviendo en una dictadura. El Estado de Derecho no existe, se suprimió el 8 de diciembre. Todos los ciudadanos estamos desprotegidos, nadie puede acudir a la Corte porque no existe. La indefensión legal es a todo nivel.

cio Gutiérrez sobre la destitución de los ministros jueces.

El diplomático de la ONU tiene la capacidad de requerir información a un país sobre maltratos y presiones a jueces, politización del Poder Judicial y el acceso a la Justicia.

Despouy, luego de pedir información, debe elaborar informes a la Comisión para que debata la denuncia en Ginebra y adopte resoluciones.

Sobre este tipo de denuncias ya existe jurisprudencia en la Comisión Interamericana de DD.HH. En febrero de 1999, esta ordenó que se reintegre a su cargo y se cancelen los salarios a un juez de la Corte de Perú, cesado por el ex presidente Alberto Fujimori, en 1992.

La Comisión consideró que tiene la competencia para pronunciarse en casos de vulneración del Estado de Derecho.

La salida a la crisis debe agilizarse: Corral

Para salir de la crisis jurídico-política, el jurista Fabián Corral plantea siete pasos. 1) Que la Corte legitima renuncie en pleno y sea sustituida por los conjuces; para que visibilicen la aplicación del sistema previsto en la Constitución, y evitar que el Congreso nombre nuevos jueces. Los conjuces no pueden participar como aspirantes. 2) Simultáneamente, la Corte nueva debe quedar sin efecto, ya sea por revocatoria de la Resolu-

ción del Congreso, o por 'renuncia'. 3) Concomitantemente, hay que organizar colegios electorales de la sociedad. Luego, seleccionar y proponer candidatos, aplicando los criterios del artículo 202 de la Constitución, previo escrutinio público. 4) Los candidatos se presentarían, primero, para las salas menos 'políticas', como las salas civiles y laborales, y serían elegidos por los conjuces, de entre los nominados por los colegios electorales.

5) Los nuevos jueces irían reemplazando a los conjuces y actuando en el restante proceso de nominación, hasta que los ministros de las salas conflictivas (penales) sean nominados por la mayoría. 6) Los candidatos no pueden ser ex jueces de la vieja ni de la nueva Corte. Debe haber un compromiso público y escrito, si es posible. 7) Los candidatos deberán tener un límite edad (70 años) y absoluta desvinculación político-partidista.

Presidente se reunió con roldosistas en Carondelet

QUITO |

La expectativa fue evidente en el Palacio de Carondelet ayer. En el lugar el presidente de la República, coronel Lucio Gutiérrez, se reunió con sus asesores y representantes del partido roldosista.

Las sesiones se produjeron pasadas las 10h00 y en ellas, según trascendió, se definió la estrategia que se aplicaría para concretar la reorganización de la Función Judicial.

En esas citas no participó el ministro de Gobierno, Jaime Damerval, quien, sin embargo, se mantuvo en su despacho.

Entre las personas que llegaron a Carondelet estuvo el diputado Luis Almeida (ex PSC), así como delegados del PRE, entre ellos Jacobo Bucaram Pulley, hijo del ex mandatario Abdalá Bucaram; Eduardo Azar y Vicente Estrada, ex ministro de Obras Públicas.

Gutiérrez no asistió ayer a ningún acto público. En la tarde controló vía telefónica el desarrollo de la sesión del Congreso, convocada por él para tratar a más de la situación jurídica de la Función Judicial, la votación en el juicio político a los ex vocales del TC y una fórmula electoral que garantice la representación de las minorías.

Damerval insiste en referéndum para cambiar CSJ

QUITO |

El ministro de Gobierno, Jaime Damerval, expresó ayer su desacuerdo con la estrategia que el Ejecutivo y los partidos que lo apoyan en el Congreso han iniciado para reorganizar la Función Judicial.

Sin querer discutir sobre la legalidad de los procedimientos planteados por el presidente, coronel Lucio Gutiérrez, para remover a la mayoría de magistrados de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), Damerval dijo que para él la reorganización de la justicia debió ir por la vía de la consulta popular y no por una simple resolución parlamentaria.

"¿Por qué voy a precipitar una solución política siendo mi interés lograr a través de la consulta una reforma estructural del Estado? Desde un primer momento no he querido tramitar el tema por medio del Congreso y en esa línea tengo que actuar", recalcó al tiempo de asegurar que es por esta razón que no participa de las conversaciones que el Ejecutivo mantiene con la nueva mayoría parlamentaria.

Damerval dijo que es a Gutiérrez a quien le corresponde explicar por qué priorizó

una solución legislativa para la Función Judicial y no la realización de la consulta popular sobre su proyecto de reforma política.

Además, mostró su coincidencia con los sectores que opinan que la decisión del mandatario "pudo haber sido precipitada por la forma arbitraria por la cual dos jueces de primera instancia dieron trámite a los recursos de amparo" solicitados por los cesados vocales del Tribunal Constitucional, Miguel Camba y Oswaldo Cevallos (cercaños al PSC).

El ministro aseguró que jamás fue consultado por Gutiérrez sobre la convocatoria al periodo extraordinario legislativo y afirmó que independientemente de lo que se piense en el Congreso sobre la actual conformación de la CSJ, "es necesario tener presente de que ahí hay no menos de una docena de hombres que merecen seguir en sus cargos".

También indicó que al momento de definir una nueva reestructuración de la CSJ, los partidos deben tener mucho cuidado para elegir una Corte que sea mejor que la anterior, "esto si es que queremos (el Gobierno) ganar luego la consulta popular".

EL PRE con el timón de la Corte

POLÍTICA Guillermo Castro, un incondicional de Abdalá Bucaram, reemplazó a Ramón Rodríguez en la Suprema. La elección de la Judicatura fue el detonante para su renuncia.

Luego de 55 días al frente del máximo Tribunal de Justicia, Ramón Rodríguez presentó su renuncia irrevocable ante sus colegas.

La decisión del Pleno de no someter a escrutinio público la designación de los vocales del Consejo de la Judicatura fue el detonante. Rodríguez propuso que la lista de candidatos se publique por la prensa, lo cual fue rechazado, el miércoles

12, por sus colegas.

El titular subrogante Guillermo Castro, afiliado al Partido Roldosista Ecuatoriano (PRE) hace más de 15 años, pasó a dirigir la Corte Suprema.

Ahora tiene en sus manos los dos juicios penales de su colega y amigo, el ex presidente y prófugo Abdalá Bucaram. En ambos casos está acusado de abuso de fondos públicos durante su gobierno. **PÁG. A2**

PERFIL / A2
'Pichi' Castro (der.)
fue Fiscal en el régimen de Bucaram.

CONSULTA / A3
El Presidente tiene una Comisión hecha a su medida.



LEONARDO MUÑOZ / EL COMERCIO

Su compromiso (estudiar y trabajar) empezó temprano (10:00). Ella y sus compañeros se reunieron en las afueras del Banco Central para recibir las pólizas y empezar el trabajo. Los nervios, por un lado en la garganta - todo era emoción e ímpetu de piel. Momentos antes de cruzar por la cercada calle Guayaquil y tomar la Montaña la realidad era evidente. Por una parte los helicópteros de las Fuerzas Armadas, que sobrevolaban muy bajo, sin por prepararse en las calles. Pero el esfuerzo juvenil no quedó ahí. A las 12:00 chicos de colegios y universidades,

multijales bajo el nombre de "grupos jóvenes, hicieron escuchas de grillo en un recorrido que llegó a tomar más de dos horas. Con camisas blancas y amarillas, globos y gargantas pegadas se vivió una fiesta por cubrir minutos al estar a dos cuadras del destino final.

Tajantes, duros... los jóvenes no firmes pelos en la lengua y le gritaron al Presidente Lucio Gutiérrez que están cansados de autoritarismos. "Que vaya Bucaram a Bamaña a su elección" y mucho más.

Metros adelante, cuando casi era imposible oinar libremente se escuchaban gritos similares de jóvenes que vestían camisas negras con palabras estampadas que rezaban: "No a la corrupción, sí a la Democracia". Sus gritos se completaban con la frase: "Quiso este gobierno estar". Pero si bien la



marcha era multitudinaria, a escasas cuadras otros jóvenes gritaban bajo la consigna del partido de Gobierno. Ellos, aunque decir en número, Alejandro Guillarte por ayudarlos con tierras para sus padres y familiares. "Queremos que nos siga apoyando", decía

un joven de Esmeraldas, quien viajó la noche anterior. No iban en representación de un grupo civil sino de su familia.

En contraste, los universitarios de la marcha estuvieron representados y organizados en su mayoría. En el recorrido llamó la atención los estrofa-

Lucía Tamayo UNIVERSITARIA

No estuve en la marcha ni en la antimarcha. Pese a que no estoy de acuerdo con la forma de gobierno que maneja Lucio Gutiérrez, creo que hay otras maneras de ayudar al país. La marcha, querán o no, tenía un fin político y eso me molesta. Caemos en la misma senda si damos cuenta. En la antimarcha había gente pagada u obligada. Así parece este Gobier-

no, que se atempera a una dictadura. Creo que el Presidente debe reflexionar sobre sus decisiones, dar paso a políticos jóvenes, dejarse de proteger a su familia dándoles puestos para los que no están preparados. Debe rodearse de gente competente que lo asesore, porque él no está muy preparado para ese cargo. Mi voz de protesta la ejerzo desde mis estudios, superándome para darle una mano al país.

les de Derechos de la Universidad Católica. Ellos, quienes no habían puesto en marcha desde inicio de diciembre cuando se eligió a los nuevos ministros de la Corte Suprema, llevaron carteles y paluarts.

Ya en San Francisco, cerca de las 16:00, los rostros de di-

versos sectores y centros educativos, fueron los protagonistas. Muchos les rindió el tributo tras los gritos de que no querían escuchar a otros políticos. Sus reclamos culminaron en aplausos y en el grito final: "¡Quiso si puede y nosotros Benavides la beteta".

La Católica se vistió de luto y marchó contra el Régimen

A los transeúntes de la avenida 12 de Octubre llamó la atención el color funesto con el cual se cubrió a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), en Quito.

Todas las instalaciones, incluso los cerramientos, la administración central y cada una de las facultades, amanecieron ayer vestidas de negro, con amplios plásticos.

La protesta fue a "la inconstitucionalidad que vive el país". Junto a la entrada principal había una leyenda, en letras blancas, que rezaba: "La PUCE por la democracia".

Fernando Peralta, un curioso que no pudo evitar detenerse y preguntar ¿qué pasa?, quedó gratamente sorprendido. "Me parece una forma de protestar muy original. Es más sensata y estará más presente en la memoria de quienes ven esto, que los enfrentamientos con bombas y piedras en la calle".

María Fernanda y Eduardo, dos estudiantes que observaban admirados lo impactante de la imagen funesta de la Universidad, no pudieron evitar el comentario. "Es una de las pocas veces que la PUCE protesta, pero lo hace de forma original y contundente".

Unos 4 000 estudiantes, quienes también vistieron de negro, se concentraron a las 09:00 en los exteriores de la PUCE, y conformaron una cadena humana para marchar hasta el Congreso Nacional. Pero la Policía lo impidió.

Sin embargo, hicieron público un manifiesto que cuenta con el aval de los consejos Superior y Académico, las asociaciones de Profesores y de Trabajadores y la Federación de Estudiantes de la PUCE.

Este señala que "el Ecuador se encuentra a la deriva, padece de una profunda descomposición de sus instituciones democráticas. El comportamiento de los que ejercen el poder oscila del cinismo a la impotencia, del cálculo que paraliza la acción decidida y eficaz para conjurar los problemas nacionales, a la falta de iniciativas oportunas, enérgicas y eficaces para poner remedio a la destrucción desvergonzada del Estado social y democrático de Derecho".

Acusa al Presidente, al Congreso y a la Corte de haber perdido la legitimidad en el ejercicio del poder y exige el restablecimiento del Estado social, democrático y de Derecho.



PATRICIO TERÁN / EL COMERCIO

UNA PROTESTA DE LUTO • 4 000 alumnos de la Universidad Católica marcharon ayer en Quito contra la Corte y el Gobierno.

La Rebelión de Quito



Miércoles 13 de abril-miércoles 20 de abril. Una semana batió para sacudir todo la estantería política del país y hacer añicos su pieza más representativa, el Presidente de la República. Fue la semana más repleta de voces jóvenes y maduras que ha visto Ecuador en los últimos años. Fue un tiempo abarrotado de símbolos e iconografías que pretendidamente aureas y no por eso menos efectivas. Fueron días imprevedidos de dignidad ciudadana, de orgullo colectivo, de andar por la cornisa democrática. También fue una semana empapada de símbolos y símbolos. Hizo de las élites ecuatorianas y políticas que se aferran al pasado, corriendo el paso al futuro y a la generación que viene. Entre el 13 y 20 de abril se registró un hecho social y político sorprendente y genuino que Latinoamérica mira con curiosidad, asombro y crítica. Eso significa algo, todavía no está claro qué.

En todo caso, en tan corto tiempo, la sociedad ecuatoriana vio y vivió una película con guiones cruzados y muchos ejemplares y pecados. Si no fuera que todo su esfuerzo se fue en frustración colectiva, en desencanto avasallador.



Porque la represión o mansuetudo requiere del freno inteligente que otorgan las ideas, la educación en democracia, el trabajo constante, la reivindicación de la ética en la política. Porque la tradición política no se cora con dosis de demagogia ni brebajes de anarquía. Porque el oportunismo partidista, floreciente en épocas de rebelión ciudadana, es más efectivo que el discurso de barricada. En suma, no basta el romulónico llamado a la protesta general cuando no hay base ideológica ni organización que la cubra.

En fin, el Ecuador registró ya en sus archivos históricos una semana inédita, la semana de la Rebelión de Quito, si se mira desde el lado de la Historia. O la Rebelión de Abril, para quienes gusta ver la Historia a través del calendario.

Quito como escenario y su población como protagonista dieron una lección democrática que tardará algún tiempo en ser procesada y valorada en su justo nivel. Habrá que imaginar que aquella llamada anónima de una mujer quien leía a radio La Llama, la tarde del miércoles 13 de abril, expresando su enojo y frustración por tantos apellidos a su conciencia política, terminaría con un Gobierno, entreguista, con un estilo autoritario de ejercer el poder, con una caricatura de estadista, con Lucio Gutiérrez.

Este Diario de hoy a sus lectores el registro periodístico de un hecho histórico. Es el pequeño tributo a orgullo democrático, hoy ahogado por la clase política que le gobierna. No es más el menor que eso.

EL COMERCIO

QUITO, ABRIL 2005

CRISIS QUITO, ABRIL 05
LA CAÍDA DEL CORONEL

El pitazo inicial fue obra de las cacerolas

Luego del fracaso de las protestas organizadas por los partidos políticos, la gente sin partido se dio a la tarea de crear lo suyo.

LOS FORAJIDOS NO LE PUSIERON LÍMITES A LA IMAGINACIÓN...

Era una fiesta: cacerolas, tablas, papel higiénico... hacia la publicidad de Movistar fue adaptada a las necesidades de quienes se reunían en la Fillosa de Los Shyris para marchar a la Corte Suprema.



DIANE SANCHEZ/EL COMERCIO

NO CORRUPCIÓN, NO DICTADURA, NO IMPURIDAD...

Los tres postul de los estudiantes de la Católica se han adheridos: ropa Patricia Irujo, Evelyn Guerrero y Andrea protestaban fu. de su universidad antes de marchar.

LA DEFENSA DE RABIO LA LUNA, TAMBIÉN A CARGO DE LOS CIMOS

Los constantes rumores de que iban a clausurarla, la convirtieron en fortín a defender. Hubo muchos colegiales, como los del vecino colegio San Gabriel, protestando contra Gutiérrez ylli.



LAS PROTESTAS EN FORMA MUY ACTIVA

Las mujeres tuvieron un papel protagónico en las marchas de los forajidos. Con pitos, cacerolas y grito de consignas estuvieron todas las noches en las protestas por las calles de Quito.



DIANE SANCHEZ/EL COMERCIO

CACEROLAS, TAPAS Y CUCHARONES... BULLA PARA SACAR A LUCCIO

Algunos escucharon la convocatoria de salir al cacerolazo por radio La Luna. A otros les avisaron los amigos, por medio de mensajes de texto, llamadas o e-mails. Todo valía para hacer ruido.



Varias generaciones se tendieron la mano

Como pocas veces ha ocurrido en la historia política del Ecuador, la insurrección de abril conectó al abuelo con el nieto.

EN LA TRICOLOR MEANDO EN LA LLE GARCÍA MUREO

Los jóvenes, como de la gráfica, fueron los más decididos en cada día de protesta. Ni la presencia de la Policía ni la dura represión abundante gas lacrimógeno hicieron retroceder.



Foto: P. BARRERA/EL COMERCIO



Foto: P. BARRERA/EL COMERCIO

LOS SHYRIS FUE EL PUNTO DE ENCUENTRO DE LOS FORAJIDOS

La gente de la tercera edad también acudió para expresar su descontento. Pese al frío de las noches, jóvenes y ancianos se juntaban para protestar contra Gutiérrez y su Gobierno.

NI POR SER DOMINGO 17, LOS FORAJIDOS DE JARON DE PROTESTAR

Con pancartas y banderas, los adolescentes también salieron a las calles. El rechazo absoluto a los políticos tradicionales fue la consigna de los jóvenes que participaron en las marchas.



Foto: P. BARRERA/EL COMERCIO



Foto: P. BARRERA/EL COMERCIO

LA PROTESTA FORAJIDA SE INTENSIFICABA CADA DÍA MÁS

Las singulares iniciativas no faltaron entre los forajidos, con tal de soportar el aire enrarecido por el abundante gas lacrimógeno que fuera lanzado. La cuestión era protestar contra Lucio.

CRISIS QUITO, ABRIL 05
LA CAÍDA DEL CORONEL

Cuando la calle se volvió un campo de batalla

La miseria y el popular tuvieron distintos escenarios y diversos actores. El Palacio Nacional y el Congreso fueron los objetivos centrales.

LOS ESTUDIANTES JUGARON UN PAPEL CRUCIAL EN LA CAÍDA

Alumnos de la UTE de la zona norte de Quito, en un momento de la marcha que se realizó en la Plaza Grande. La organización popular de la zona norte se unió al llamado de la UTE.



EN COTOPAXI, TAMBIÉN HUBO UNA MARCHA DE RECHAZO AL RÉGIMEN

Estudiantes del colegio Vicente León y de la Universidad Técnica de Cotopaxi realizaron una marcha que llegó hasta el centro de la ciudad. Pedían la salida de los diputados y un freno al TLC.



LOS FORAJIDOS SE DABAN BOMBAS PARA RESISTIR LOS GASES

En la calle Venezuela, un grupo de manifestantes quemó los papeles. El humo les ayudaba a soportar los efectos de los gases lacrimógenos lanzados por la policía.

ELICIA DEFENDIÓ SU CASA CON BOMBAS INCENDIAS

Ante las violencias para impedir la salida de los niños de la calle y la expulsión de los familiares, Elicia defendió su casa con bombas incendias. La fuerza antimotines fue enviada a controlar la Policía.



LOS MANIFESTANTES TAMPOCO QUERÍAN QUE SE QUITARA PALACIO

Tras la Junta de Luis Guzmán, los manifestantes exigían: «No quieren que se quite el Palacio». Se llama así 'Todos Juntos'.

CRISIS | QUITO, ABRIL 05
LA CAÍDA DEL CORONEL

Las barricadas cedieron ante tanta dignidad

Miles de mujeres, ancianas, niñas y niños se lanzaron a las calles, enfrentando a la represión y venciendo a sus propios temores.



Saúl Pozner / EL COMERCIO



Vicente Lombardi / EL COMERCIO

LAS REFRIGERAS PÚBLICAS REBAGARON TODOS LOS ESTEREOTIPOS

Las quinterías jugaron un papel protagonista en la rebelión. En la foto, una mujer reclama al policía de uniforme, en la calle OLMEDO, tras las concentraciones.

LA FUERZA PÚBLICA NO PUDO DETENER LA IRA DE LOS QUITENOS

Una señora se enfrenta a los efectivos policíacos que se enfrentaban detrás de los alambres de púas que rodeaban las cercanías del Palacio de Gobierno.



Saúl Pozner / EL COMERCIO

IMPRESOS DE LA NOCHE QUITENA

La señora Teresa Zambrano participó en la movilización del martes 19 de abril. Desde la Caratula a la Armadora, caminó con el pequeño Mateo Flamer en los brazos.



Alcides Cordero / EL COMERCIO

ALTERNATIVAS PARA CALMAR LOS ANIMOS DE LOS MANIFESTANTES

Los manifestantes gritaban al unísono "¡todos fuera!", un pedido que expusieron en las afueras del Congreso Nacional, donde los diálogos discutían y ser o no a la CSI.

LOS PROTESTAS SE VAN VIERON UN ESPACIO DE DIVERSIÓN GENERAL

Dos niñas celebran durante la marcha de las cárceles de mujeres IS. La convocatoria fue imponente en varios puntos de la urbe. Fue un desafío al decreto de emergencia.



Saúl Pozner / EL COMERCIO


CRISIS QUITO, ABRIL 05
 LA CAIDA DEL CORONEL

El llanto estalló el miércoles 20

El momento en que se anunció que los militares le habían retirado el apoyo, el coronel Lucio Gutiérrez mostró un dolor indescriptible, que recorrió los pasillos de Carondelet.

ANÁLISIS

El nudo que los dos amigos no fueron capaces de desatar

El nudo gordiano que atormentaron con per terribles por enredarlo a ambos. Lucio Gutiérrez y Abdalá Bucaram habían jurado, un día en Panamá, abrazar una de las causas más complejas de la política ecuatoriana de los últimos tiempos: desmontar el feudo de poder que el social cristianismo y León Febres Cordero habían montado en la administración de Justicia desde donde controlaban a los poderes del turno.

Al principio todo iba bien. Con una clara vocación constitucional, los dos amigos a los que se sumaron Alvaro Noboa y sus huestes legislativas destruyeron la corte Suprema de Justicia y eligieron una nueva cabeza mudo en la traza de salida a Bucaram. La operación era a cambio de una necesidad angustiada que tenía Gutiérrez: garantizar la gobernabilidad seriamente amenazada por las tensiones difíciles de administrar habían sido su limitación.

Lucio Gutiérrez regresó de Babahoyo, el domingo 17 de abril, y no volvió a salir del Fajón de El Condorlet. Pero por las tensiones generadas por la protesta popular que se desató en Quito, cuatro días antes, y por los simultáneos errores en los que cayó en él y sus colaboradores, el Presidente sentía que el mundo se le venía encima.

Los últimos días de su mandato iban amando contactos, reuniones, mil jerarquías los irían de la sucesión. El ministro de Gobierno, Oscar Ayerve, otros como Iván Oña y el secretario particular, Carlos Pólit, eran los encargados de hacer los pronunciamientos. La Plaza Grande estaba desahabitada, el Palacio venado por policías, militares y conciergos, pero a su pánico, las personas nacieron de la agitación.

El martes 19, fue el último intento de Ayerve para hacer frente a la delicada situación. Se hablaba de la dura represión policial, de los pedidos de renuncia al Presidente que brotaban por todos los sectores, de la necesidad de aceptar que la llegada de Bucaram había sentenciado al Gobierno. Pero el funcionamiento no tuvo respuestas contundentes. Insistió en atar la línea popular a la aprobación de las reformas a la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Desde el viernes, Gutiérrez apenas si había dormido. La tarde del martes, después de una entrevista concedida a Televisión Española, repasó unas tres horas, antes de atender a la dirigencia de las 2.000 indígenas de la Fimón. Llegaron a Quito para darle su respaldo. Más tarde se preparó del televisivo para seguir la multitudinaria marcha que lo estaba limando.

La muerte del fotógrafo chino, José García, fue otro golpe para el Gobierno. Era urgente un pronunciamiento público. Pólit salió hacia la Plaza Grande, pasada la medianoche para insistir en el apoyo de la institución judicial.

definir cómo, en la mañana, debía oficializar su distanciamiento con Bucaram. La Secretaría de Comunicación comenzó a revelar a los medios, de manera extraproficial, que Gutiérrez en las próximas horas pediría al ex Mandatario retornar a Panamá, mientras los desdiantes comentaristas que salían de Radio La Luna descontrolaron por completo al Presidente.

Ese miércoles, Gutiérrez era otro. Estaba a punto de floquear pero logró resistir gracias a su recia condición de militar, según su amigo Marco Sánchez. Su estómago comenzó a molestarle, el día parecía no tener fin. En la mañana se comunicó a través de terceros con Párrido Ortiz, militar del 21 de enero y ex ministro de Bienestar Social, para pedirle que haga un pronunciamiento en su favor, pero este vino en la sucesión constitucional, una opción más conveniente para el país.

El desayuno que mantuvo con la embajadora de EE.UU., Kristie Kenney,

no pudo ser más amargo. La diplomática no mostraba muchas alternativas al conflicto social que se había reeducado, con la llegada de los buses comandados por Renato Borbuja.

El secretario de la Administración, Fausto Cobo, y el vocateno del IESS, Eddy Sánchez, sabían que de un momento a otro el Alto Mando iba a pedir la sucesión presidencial. Sobre todo después de que se produjo la renuncia de Jorge Poveda, a la Comandancia de Policía. No se sabe si Cobo y Sánchez llegaron a despedirse de Gutiérrez, pero al saberlo de Poveda, salieron de Carondelet. La alerta a los funcionarios de la Presidencia para que dejen sus oficinas tomó fuerza tres horas antes del pronunciamiento de los militares Oña y Pólit Araujo, asesor militar de Gutiérrez, trataban de analizar la ola de rumores que presagaba el fin. El Presidente, aún en funciones, pudo hacer el último anuncio que, por lo menos, le hubiera significado una salida más alti-

va del Palacio. Pidió a Ayerve, que anunciara el pedido a Bucaram para que deje el país, así como la destitución de Bolívar Giraldo, subsecretario de Bienestar Social.

Gutiérrez consideró poco efectiva una presentación pública, a pesar de que Jamil Mahuad y Bucaram, les dio algo de fuerza cuando caían.

Algunas de las personas que estuvieron cerca del Mandatario confirmaron que ni siquiera bajó a su despacho. Otras versiones aseguran que el aliento lo invadía el despacho cuando los militares le retiraron el apoyo.

Los ministros de Defensa, Nelson Herrera, de Comercio, Ivonne Bórdo Trabajo, Kaulfurieta Mora-Buena sugerían a Gutiérrez carenarse a la destitución que ocurría el Congreso.

Gutiérrez, tras ser advertido hora antes por Herrera de la crisis política, esperaba que el Alto Mando no llegara a anunciar el fin de su respaldo y si bien esperaba fortalecerse ante el Congreso, todo le salió al revés.

Gutiérrez sacó más fuerzas para perder la serenidad que a perder la serenidad. En las otras oficinas de Carondelet rompieron en llanto, secretarías, asistentes y auxiliares que corrían de un lado a otro, recogiendo papeles, objetos personales, haciendo las últimas llamadas.

Baki, Pólit y Herrera se habían ido cuando la Casa Militar ordenó el desalojo de todos y pidió a Gutiérrez dejar Palacio, porque los manifestantes iban hacia la Plaza Grande. En la terraza de Carondelet, Sánchez, Ayerve, Oña, Araujo despedieron a Gutiérrez. Antes de subir al helicóptero, su hermano diputado César Gutiérrez y su primo Renán Borbuja, estuvieron presentes para acompañarlo. De ahí volvió hasta aeropuerto Mariscal Sucre, aunque una versión dice que salió vestido policía. Hay quienes dicen que lloró su suelto se había hundido.

Carlos Gallo / EL COMERCIO



LA IMAGEN DEL HELICÓPTERO ES EL SÍMBOLO DEL FIN. Ya no había nada que hacer. El helicóptero Lama lo llevó hasta el aeropuerto. Hay quienes dicen que salió vestido de Policía.

TESTIMONIOS

DAVID LARENAS HERDOÍZA

PERIODISTA, CENTRO CULTURAL METROPOLITANO



"El helicóptero se elevó rumbo hacia el norte. El ex dictador huyó de los forajidos"

Sin duda un hecho que jamás en mi vida se cruzó por mi cabeza, y que tampoco los quitémos imaginamos que pudiera ocurrir. Gracias al ex dictador pude disfrutar de un espectáculo sin precedentes en el país, y creo que en el mundo. Era alrededor de las 14:15, cuando desde la terraza de mi departamento divisé una verdadera multitud de personas que caminaba

desde la parte de la pista que da al Labrador hacia la base aérea de la FAE. Y no solo personas pisaban en ese instante el duro asfalto de la pista, también autos, jeeps y hasta motos. Con mi hermano, Nicolás, decidimos bajar "corriendo" al aeropuerto. No podíamos perdernos este acontecimiento histórico. Al llegar a la Amazonay y Zamora, donde se encuentra el acceso de los "forajidos" lo zaron para poder entrar a la zona de campo y pista del aeropuerto, se podía advertir la alegría de mujeres, niños, ancianos y jóvenes que con banderas y cánticos en

contra de Gutiérrez frapasaban el cielo del "mucho de los laurentos". Así bautizaron al lugar donde la gente va a despedir a sus familiares que emigran a Europa. Entramos a una zona imposible de acceder. Mi madre llama

había y así había los gritos de la gente y el tocar de bocinas de los autos. Caminábamos en dirección norte, hacia donde debía estar Gutiérrez. Tome, como muchos lo hicieron, fotos de los aviones. En la torre de control no había nadie. Poco antes de llegar a la FAE, vi un helicóptero elevarse raudamente con dirección norte. Imagine que el ex dictador había logrado huir al asedio de los forajidos que fueron a evitar que escapara, ante lo cual me vino a la mente "cobardes", pero me quedó la satisfacción de que Gutiérrez se llevó un susto de diez mil.

LULA ORDÓÑEZ

FUNCIONARIA DE CARONDELET



"Ese día se trabajó a medias y con mucha desesperación e incertidumbre"

"El día miércoles 20 vivimos todos a laborar, todo el tiempo estuvimos resguardados por los militares, hasta el momento en que nos dijeron que íbamos a evacuar el Palacio y regresar a nuestras viviendas. Estábamos confundidos porque de todas maneras la situación del país era preocupante y porque íbamos a tu familia, a tus hijos, pienso que muchas cosas, hubo

CRISIS QUITO, ABRIL 05
LA CAÍDA DEL CORONEL

Las convocatorias fueron instantáneas

Las movilizaciones tuvieron respaldo. Solo bastaba una iniciativa interesante para aglutinar a miles a cualquier hora de la noche y el día



David Salazar / EL COMERCIO



Vladimir Cevallos / EL COMERCIO

EL CORDÓN POLICIAL NO PARÓ A LOS 'TORAJIDOS'

Una vez que se rompió el cordón policial, los 'torajidos' trepaban por las paredes del Palacio de Carondelet. Estaban volando por la caída del Presidente.



Bernardo Viqueza / EL COMERCIO

PERSONAS EN LA PISTA IMPIDIERON LA HUIDA

Cientos de manifestantes ocuparon el aeropuerto internacional Mariscal Sucre de Quito para evitar la fuga del difunto presidente Gutiérrez.

'TORAJIDOS' NO SE DEJAN CONTERNIDOS

Un grupo de ciudadanos se apostó en afueras de la embajada de Brasil, en Quito, para protestar por la presencia de Gutiérrez.

LA MULTITUD EN LA SALIDA INMEDIATA

Miles de personas se apostaron en la salida de la F-36. Grande pasó a ser la salida de la F-36. Gutiérrez. Luego fue la salida que se abrió al tránsito.

BRASIL ANALIZABA LA OPCIÓN DEL ASILLO

Una multitud bloqueó el paso al aeropuerto. Los ministros Sergio Flores y ministros intervinieron para evitar el asilo. Un comunicado se emitió en Quito.



David Salazar / EL COMERCIO



David Salazar

EL CRONÓMETRO de la rebelión quiteña

11:40 -
Presidencia
 Reunión en Marubli. Gutiérrez recibió el apoyo de varias autoridades, a quienes entregó recursos.



19:00 -
 Las clases se suspenden. El Gobierno de Pichincha fue uno de los promotores del paro. Su Prefecto fue el movilizador.

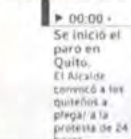



MARTES 12

16:00 -
 Un voto no saca a la CSJ. El diputado de CFF, Jorge Montero, no votó por la reestructuración de la Corte. Hubo 50 votos.





00:00 -
 Se inició el paro en Quito. El Alcalde convocó a los quiteños a pregar a la protesta de 24 horas.

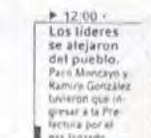


EL CRONÓMETRO de la rebelión quiteña

09:00 -
 Los colegiales vivieron las marchas. 2.000 estudiantes intentaron llegar a Carnicerías, se encontraron con 800 policías.



12:00 -
 Los líderes se alejaron del pueblo. Pared Moncay y Kamuy González tuvieron que ingresar a la Prefectura por el gas lacrimógeno.




11:15 -
 Las universidades también salieron. Una manifestación de la Universidad Católica llegó hasta la Prefectura.

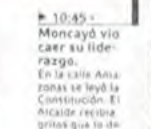


MIÉRCOLES 13

02:00 -
 Lo todos protestaron. Guapí, un manifestante arrojó el centro. Transporte limitado.



10:45 -
 Moncayó vio caer su liderazgo. En la calle Amazonas se leyó la Constitución. El Alcalde resiste gracias que la desautorización.




22:45 -
 Aparecieron los 'forajidos'. 5.000 manifestantes se agruparon en la tribuna de los Shyris con cacerías. Un grupo llegó hasta la CSJ.

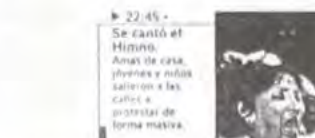


EL CRONÓMETRO de la rebelión quiteña

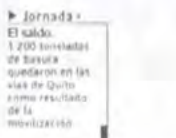
21:00 -
 Aumentó el poder popular. 10.000 personas protestaron con banderas del Ecuador en la avenida De los Shyris.



22:45 -
 Se cantó el Himno. Amas de casa, jóvenes y niños salieron a las calles a protestar de forma masiva.





Jornada -
 El saldo. 1.200 toneladas de basura quedaron en las vías de Quito como resultado de la movilización.

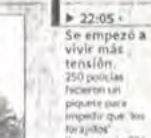


JUEVES 14

22:00 -
 Se diluyeron los planes del Prian. El bloque intentó negociar con la oposición la reorganización de las cortes.

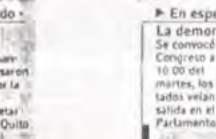


22:05 -
 Se empezó a vivir más tensión. 250 policías hicieron un piquete para impedir que los 'forajidos' llegaran a la CSJ.




EL CRONÓMETRO de la rebelión quiteña

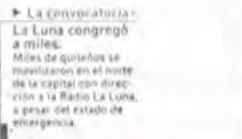
En desacuerdo -
 Ejército se sistió. 5 oficiales de mando expresaron desacuerdo por la decisión de Lucio Pérez de declarar emergencia en Quito.



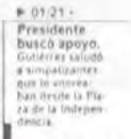
En espera -
 La Luna congrega. Se convocó al Congreso a las 10:00 del martes, los diputados veían una salida en el Parlamento.



La convocatoria -
 La Luna congregó a miles. Miles de quiteños se movilizaron en el norte de la capital con dirección a la Radio La Luna, a pesar del estado de emergencia.



Presidente buscó apoyo.
 Gutiérrez buscó apoyo. Gutiérrez salió a saludar a los quiteños que lo vitoreaban desde la Plaza de la Independencia.



VIERNES 15

01:30 -
 Sierec se dio a su juicio. Gutiérrez afirmó reanudar el diálogo. Aparentemente toda la jornada.




En vigilia -
 Quito no duerme. Desde la madrugada del sábado se hicieron constantes rondas y vigilia nocturnas acompañadas por la música.





▶ 21:00 -
Masiva respuesta.
A la llamada con los Shyris, llegaron 15.000 personas con la intención de enfrentar al gobierno.



▶ 22:30 -
Continuaron las protestas.
A pesar del decreto de la emergencia, los estudiantes siguieron concentrándose en las calles de Quito.

VIERNES 15

▶ 21:45 -
Un golpe inesperado.
Cuatrocientos de paro al estado de emergencia en la capital y resto a las 23:00 horas de la CTA.

▶ 22:00 -
Los políticos reaccionaron.
Mancera, Sambrano, Fajó y Tello Caldera dijeron que lo ocurrido constituía la última hora.



▶ 23:00 -
Se demandó unidad y tranquilidad.
"Vamos desde las 18:00 horas a exigir un compromiso mayor" exigieron los estudiantes.



» EL CRONÓMETRO de la rebelión quiteña

▶ 19:30 -
Posición de las FF. AA.
El general Luis Aguayo hizo presencia ante los medios para anunciar su rechazo ante la situación.



▶ 16:50 -
Termina la emergencia.
Por presión popular, Gutiérrez levantó la medida.



▶ 17:30 -
Un piquete policial.
En la Casa Sucreta de Justicia se mantuvo la vigilancia durante las manifestaciones.



JUEVES 14

▶ 01:30 -
Gutiérrez mantiene el apoyo.
El jefe del Comando Único Rosero, reiteró su apoyo al Gobierno.

▶ 17:00 -
La gente se levantó el fin de semana.
Cientos de manifestantes se congregaron en la Tulumana de los Shyris.



▶ 20:00 -
Protestas en el centro.
Los manifestantes intentaron llegar a la Plaza Grande, pero fueron recibidos con gas.



» EL CRONÓMETRO de la rebelión quiteña



▶ 10:00 -
Gutiérrez fue a Babahoyo.
El Presidente se acompañó por una fuerte explosión militar. Recibió felicitaciones de sus partidarios.

▶ 19:30 -
El Congreso no toma decisiones.
El Congreso que se estaba reuniendo en el centro se dispersó a las 19:30 horas.



▶ 02:30 -
Miles siguen en las calles.
Al menos 5.000 personas siguieron desde las 15:00 a las exterioridades del Congreso. Se mantuvieron vigilantes.



DOMINGO 17

▶ 17:30 -
Habla el cuerpo.
El alcalde Paúl Montenegro liberó a 28 personas detenidas en las manifestaciones.



▶ 02:25 -
La represión fue intensa.
Decenas de policías lanzaron bombas contra manifestantes, en el exterior del Congreso.



CRONÓMETRO de la rebelión quiteña

LUNES 18

▶ 08:00 - La última marcha de los judiciales. Los trabajadores judiciales decidieron atender al público.

▶ 14:00 - Guayaquil escucha a Quito. Miles de personas y autos salieron a las vías para rechazar al Gobierno.

▶ 19:00 - Convocatoria por celular. Se hizo una cadena telefónica para litarse en la Cruz del Papa, al martes.

▶ 11:00 - Estudiantes protestan en las calles. Una 250 Jóvenes del Juan Montalvo, Odilo Aguilar, Manuel María Sánchez en la retiro.

▶ 19:30 - También en otras urbes. En Cuenca lanzaron huevos a una caricatura de Gutiérrez. La marcha del Abcable no se realizó.

EL CRONÓMETRO de la rebelión quiteña

MARTES 19

▶ 06:00 - Indígenas de Chimborazo. El Ministerio de Bienestar Social prometió solucionar sus problemas. Llegaron para respetar al Régimen.

▶ 11:00 - Incidentes en el Congreso. No se pudo tramitar ningún tema. 67 diputados no aprobaron la ley de elección de nuevos jueces.

▶ 17:00 - En la Cruz del Papa. Cientos de familias llegaron al lugar para iniciar la jornada más intensa.

▶ 22:00 - La Policía se excedió. Fue el día con mayor número de detenidos. A Caraballeda, fue el rebelde con la fuerza.

▶ 23:00 - Muere fotógrafo. Juan García, de nacionalidad chilena, murió por un paro respiratorio provocado por los gases la chimógenos.

EL CRONÓMETRO de la rebelión quiteña

MIÉRCOLES 20

▶ 11:00 - Rompe la estructura del sistema. No se pudo tramitar ningún tema. 67 diputados no aprobaron la ley de elección de nuevos jueces.

▶ 12:02 - Los manifestantes se vuelven violentos. Asaltan las instalaciones del Congreso. Esta sesión en Cilepal.

▶ 12:22 - El Gobierno pierde apoyo legislativo. Omar Quintana se destituyó. Cinthya Viteri es la Presidenta del Congreso.

▶ 13:00 - La dulce venganza de la DP. Ramiro Rivera presentó un resolución con la cual se destituye al Presidente por "abandono de cargo".

▶ 13:36 - Rueda de prensa. Las Fuerzas Armadas critican el apoyo a López Gutiérrez.

▶ 13:47 - Provocan enfrentamientos. Manifestantes llegaron desde Guayaquil para respetar a Gutiérrez.

▶ 13:27 - El Gobierno se aferra. Oscar Ayala no da un veredicto sobre la situación del Congreso, al contrario, anuncia decretos.


INFORME DE ACTIVIDADES ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO 2004

Uno de los deberes del Presidente de la Asociación Escuela por mandato estatutario, es presentar al final de su periodo un "Informe de Actividades", acerca de las obras, actividades y proyectos ejecutados durante el ejercicio de sus funciones.

Creo con orgullo, que junto a mi equipo de trabajo, hemos logrado mejorar el servicio de la Asociación Escuela a los estudiantes; y, sobre todo estamos seguros que se ha retomado ese protagonismo de lucha y generación de pensamiento que históricamente ha caracterizado a los estudiantes de nuestra Facultad.

Sin más preámbulo, a continuación un detalle de las actividades, logros y proyectos trascendentales ejecutados durante este año:

1) EVENTOS Y PROYECTOS ACADEMICOS



COORGANIZACIÓN DEL SEMINARIO INTERNACIONAL DE CRIMINALÍSTICA Y CIENCIAS FORENSES, CON LA FUNDACIÓN CONSULTORIOS JURÍDICOS Y EL ITS DE LA POLICÍA NACIONAL DEL ECUADOR.

Con la intervención de Seminaristas Internacionales de Argentina, Perú, Venezuela y Colombia, la A.E.D. participó de forma activa en la coorganización del Primer Seminario Internacional de Criminalística.

Adicionalmente, la Asociación Escuela con el apoyo de la "Fundación Asistencia Legal Comunitaria", mediante el convenio de ayuda mutua celebrado con la mentada institución, consiguió un espacio al aire con los Seminaristas en las instalaciones de Radio Católica Nacional, en el que se dio a conocer al público en general esta rama del derecho.

CONVENIO CON EL DIARIO LA HORA PARA PUBLICACIÓN DE EDITORIALES DE OPINIÓN JURÍDICA POR PARTE DE ESTUDIANTES DE NUESTRA FACULTAD

Una de nuestras propuestas y objetivos, fue poner a disposición del estudiante la oportunidad de emitir su criterio y generar pensamiento frente a temas de actualidad nacional; para el efecto, se suscribió un Convenio con el Diario LA HORA, quien colabora con la publicación de los artículos jurídicos que redactan los estudiantes.

donde estudiantes de distintas facultades del país nos pronunciamos y debatimos en mesas temáticas acerca de la temas referentes a la necesidad de una reforma política y jurídica en el país. Posteriormente, se emitió un comunicado conjunto que fue publicado en la prensa y enviado a los Poderes del Estado.

CONFERENCIA CON EL SR. RODRIGO PAZ DELGADO EX-ALCALDE DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO.

En vista de que las elecciones seccionales se encontraban próximas a celebrarse, se invitó al señor Rodrigo Paz, quien conversó con los estudiantes en el Auditorio Julio Tobar Donoso.

CONCURSO DE ORATORIA

Con el fin de incentivar la oratoria, elemento fundamental para el ejercicio de nuestra profesión, se celebró el "Concurso de Oratoria 2.004" en el que participaron varios estudiantes de la Facultad. Para el evento contamos con jurados de la categoría de María Eugenia Lasso y Alberto Renjifo, profesores de la Facultad de Jurisprudencia en la materia de Oratoria Forense.

SEMINARIO DE VERANO EN TRIBUTACION

Como es de su conocimiento, gracias al logro conseguido en el "Consejo de Facultad", desde nuestro año, la Facultad reconoce por un número de 48 horas una materia electiva general denominada "Seminarios". Con el fin de hacer efectivo este beneficio para el estudiante, con el apoyo del Servicio de Rentas Internas, en vacaciones se organizó el seminario-taller de Derecho Tributario con una duración de dos semanas intensivas.

SEMINARIO DE LA LEY DEL ANCIANO

La Asociación Escuela con el apoyo de la Fundación Abuelitos de la Calle y el Ministerio de Bienestar Social, organizó el primer seminario de la Ley del Anciano, que contó con la presencia de importantes expositores. Este seminario fue considerado válido para el cómputo de 5 horas más en la materia de Seminarios.

RETOMAMOS EL CONCURSO DE AUDIENCIAS ORALES PENALES

Una de las obligaciones reglamentarias del Vicepresidente, es llevar a cabo la organización del Concurso de Audiencias Orales Penales, para lo cual la Asociación Escuela, realizó un evento con un Tribunal de categoría, en la que se invitó a la Universidad Metropolitana con el fin



de establecer una mayor competencia entre los participantes.

PROGRAMA DE INDUCCIÓN A LOS NOVATOS DEL SEGUNDO SEMESTRE 2003 – 2004.

Como primera actividad del Semestre, en temporada de vacaciones, organizamos una charla con la participación del Secretario de la Facultad, dirigida a los alumnos de primer nivel (ahora segundo), en la cual se expuso e informó a los nuevos estudiantes los derechos y obligaciones que otorga la Facultad y Universidad. Para el efecto, entregamos a cada estudiante una carpeta práctica con la normativa y modelos de solicitud esenciales para dirigir peticiones en Secretaría.

En el actual semestre, también entregamos carpetas informativas a los estudiantes de primer nivel.

EXPOSICION DE POSTGRADOS Y BECAS PARA ESTUDIAR EN EL EXTRANJERO

Este evento consistió en la presentación a los estudiantes de últimos niveles de los programas de estudios, financiamientos y becas que ofrece el Instituto de Empresa, ubicado en la ciudad de Madrid-España.

2) EVENTOS SOCIALES

PASEOS DEL NOVATO

Siguiendo la tradición de todos los años se celebraron durante estos dos semestres los clásicos Paseos del Novato, con una concurrencia de más de 200 personas por semestre, donde el estudiantado compartió un día de esparcimiento y diversión.

CELEBRACIÓN DEL DÍA DE LA MADRE EN LA FUNDACIÓN ABUELITOS Y ABUELITAS DE LA CALLE

Concientes de la necesidad de los grupos desposeídos de la sociedad, se inició un plan de ayuda constante a la Fundación Abuelitos de la Calle, para lo cual un grupo de estudiantes de la Facultad acudimos con alimentos a visitar a las personas de la tercera edad.

CONVENIO DE AYUDA MUTUA CON LA CASA DE LA CULTURA ECUATORIANA

La Asociación Escuela y la Federación de Estudiantes, celebramos un Convenio de Participación con la C.C.E., gracias a la cual se realizó la

exposición de fotografía sobre los mensajes subliminales en la publicidad televisiva.

Adicionalmente, el grupo de teatro "Azul Profundo" con el apoyo de la A.E.D., presentó en la C.C.E. la obra titulada "El Médico a Palos", cuya recaudación fue destinada para la Fundación abuelitos de la Calle.

TALLARIN DE LA AMISTAD

Evento que consistió en llevar alegría a los niños de escasos recursos en esta navidad, para lo cual acudimos al sur de la ciudad conjuntamente con la Fundación Gaskava y los tres partidos políticos de la Facultad a donar juguetes, dulces; y, preparar el "tallarín" que se ha constituido en una tradición de ayuda social dentro de nuestra Facultad.

CAMPAÑA DE COLABORACION DE FONDOS PARA LOS DAMNIFICADOS DEL MAREMOTO DE ASIA.

Con el fin de colaborar con la Cruz Roja Ecuatoriana encargada de ayudar a los damnificados del maremoto de Asia, se procedió con la Campaña "Un dólar Voluntario", en la que recolectamos US \$ 200 que fueron depositados en la cuenta bancaria de la entidad antes mencionada.

FIESTAS DE QUITO

Con el fin de festejar un año más de Fundación de la ciudad de Quito, se realizaron los siguientes eventos:

- a) Concurso de Cuarenta
- b) Concurso de Comelones
- c) Chiva de la Facultad
- d) Reinauguración de la Sala de Lectura

3) EVENTOS DEPORTIVOS

CAMPEONATOS DEPORTIVOS

3.1 Durante el primer semestre de nuestro mandato, por primera vez en la historia llevamos a cabo un campeonato deportivo masculino y femenino de dos meses de duración que comprendió modalidades de fútbol cancha, sala, ecuvolley y básquet.

3.2 En el presente semestre por causas ajenas a la voluntad de la A.E.D., tuvo que realizarse un Campeonato Deportivo con un número



imitado de fechas, debido a la restricción para el uso de las instalaciones de la Universidad por entrar en proceso de mantenimiento.

3.3 Por otra parte, brindamos total apoyo a las Selecciones de Jurisprudencia, hombres y mujeres que participaron en el "Campeonato Interfacultades" en el primer semestre e "Inter Novatos" en el segundo semestre de labores.

3.4 Uno de los proyectos de campaña fue llevar a cabo un campeonato de fútbol sala Interfacultades de Derecho, que busque la integración entre las facultades de derecho de las distintas universidades de Quito, el mismo que se realizó por primera vez en la historia, contando con la participación de las universidades SEK, UDLA, METROPOLITANA Y CATOLICA.

4) TRABAJOS Y PASANTIAS

Algo que resulta importante para el estudiante es la generación de plazas de trabajo. Para el efecto, la Asociación Escuela se encargó de ubicar a varios estudiantes en la Empresa Privada.

Asimismo, se suscribió un convenio de plazas de trabajo con el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

Por otra parte, con el Servicio de Rentas Internas, se inscribió a varios estudiantes de la Facultad para que tomen un taller de capacitación con el fin de que obtengan un puntaje que les permita ubicarse dentro de la institución.

Por último, gracias a la apertura del Colegio de Abogados, se encuentra suscrito el Convenio de Pasantías para llevar adelante el proyecto denominado "Defensoría Social". Las inscripciones iniciarán a partir del próximo semestre. Los estudiantes que participen en este proyecto obtendrán créditos por pasantías, así como adquirirán conocimientos y contribuirán para que gente de escasos recursos que se encuentra detenida reciba asesoría jurídica.

5) SEMANA DE DERECHO

La Semana de Derecho, en la que festejamos la Fundación de nuestra Facultad, no solamente estuvo conformada de eventos sociales, sino también dimos énfasis a la parte académica y deportiva:

Eventos Sociales

a) Presentación de Candidatas a Reina de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, llevada a cabo en el auditorio de Ciencias Exactas.

b) Fiesta de Gala y Coronación de la Reina celebrada en el Hotel Quito con la presencia de más de 200 estudiantes. En esta fiesta se coronó a la Reina de la Facultad y se premió a los ganadores en las diferentes disciplinas del Campeonato Deportivo de la Facultad.

c) Chiva alrededor de la Ciudad

d) Campeonato de Cuarenta.

Eventos Deportivos

Final del Campeonato de Fútbol Cancha "Chalo Cáceres".

Eventos Académicos

a) Con la colaboración de la "Bolsa de Valores de Quito", los estudiantes pudieron constatar y practicar de forma simulada la operación de negociación de títulos en bolsa.

b) Diálogo abierto sobre la Crisis Política del Ecuador con la presencia de los Diputados Ramiro Rivera y Carlos González

c) Coorganización con la Facultad de Jurisprudencia del primer seminario de Derecho Laboral válido para el cómputo de 8 horas para la obtención de una materia electiva general.

d) Con el objeto de incentivar la excelencia académica, se organizó un acto de condecoración a los mejores profesores y alumnos de la Facultad.

e) Entrega de menciones a nuestros representantes al Concurso Latinoamericano de Derechos Humanos, llevado a cabo en la ciudad de Washington. Este evento contó con la presencia del alumnado y las principales autoridades de nuestra Facultad y Universidad.

6) PARTICIPACION ACTIVA CON LA SOCIEDAD ECUATORIANA

RECLAMO DE LOS JUBILADOS

La Asociación Escuela, en apoyo al reclamo justo de los jubilados por el incremento de sus pensiones, realizó las siguientes actividades:



a) Donación de alimentos y vituallas para los jubilados que se encontraban en las instalaciones del IESS.

b) Organizó la Conferencia de “Defensa y Dignidad de los Jubilados”, con la participación del diputado Marco Proaño Maya.

c) Participó con la colaboración de los estudiantes de la Facultad en una marcha de apoyo a esta noble causa.

MARCHA EN CONTRA DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL

Consternados por el atroz abuso sexual a menores de edad suscitado en Galápagos; y, como estudiantes de derecho concientes de que no existe un tipo penal que sancione específicamente estos delitos, marchamos hacia el Congreso Nacional junto con la Federación de Estudiantes FEUCE-Q y la Universidad Católica de Guayaquil, para exigir se aprueben las reformas a nuestros instrumentos penales. El diputado Andrés Paéz escuchó nuestras peticiones.

SEMANA ELECTORAL

Con el objeto de que el estudiante tenga un criterio al momento de elegir en las urnas al Prefecto de Pichincha y Alcalde del D.M. de Quito, conjuntamente con la Federación de Estudiantes y la Facultad de Ingeniería, se organizó conversatorios con los candidatos Rodrigo Paz, Paco Moncayo, Ramiro González y Wilma Salgado con el fin de que expongan sus proyectos de campaña frente al estudiantado.

MARCHA FRENTE AL TLC

En coparticipación con la Federación de Estudiantes marchamos al Congreso Nacional, con el fin de entregar nuestra posición como jóvenes universitarios frente al Tratado de Libre Comercio que se encuentra en negociación con los Estados Unidos de Norteamérica. En el Congreso Nacional fuimos recibidos por el diputado Carlos Vallejo Presidente de la Comisión Especializada de Asuntos Internacionales, quien escuchó nuestro criterio y recibió nuestro comunicado.

VIGILIA CONSTITUCIONAL-DEFENSA A NUESTRA CONSTITUCION

Una de nuestras metas al asumir la representación estudiantil de la Facultad fue retomar ese liderazgo que nos ha caracterizado a lo largo de la historia, como fuente de pensamiento y opinión. Es por eso que como estudiantes de Derecho, concedores de las leyes nos manifestamos activamente frente a las flagrantes violaciones a nuestra Constitución, las cuales fragmentaron nuestra democracia y Estado.



a) Donación de alimentos y vituallas para los jubilados que se encontraban en las instalaciones del IESS.

b) Organizó la Conferencia de "Defensa y Dignidad de los Jubilados", con la participación del diputado Marco Proaño Maya.

c) Participó con la colaboración de los estudiantes de la Facultad en una marcha de apoyo a esta noble causa.

MARCHA EN CONTRA DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL

Consternados por el atroz abuso sexual a menores de edad suscitado en Galápagos; y, como estudiantes de derecho concientes de que no existe un tipo penal que sancione específicamente estos delitos, marchamos hacia el Congreso Nacional junto con la Federación de Estudiantes FEUCE-Q y la Universidad Católica de Guayaquil, para exigir se aprueben las reformas a nuestros instrumentos penales. El diputado Andrés Paéz escuchó nuestras peticiones.

SEMANA ELECTORAL

Con el objeto de que el estudiante tenga un criterio al momento de elegir en las urnas al Prefecto de Pichincha y Alcalde del D.M. de Quito, conjuntamente con la Federación de Estudiantes y la Facultad de Ingeniería, se organizó conversatorios con los candidatos Rodrigo Paz, Paco Moncayo, Ramiro González y Wilma Salgado con el fin de que expongan sus proyectos de campaña frente al estudiantado.

MARCHA FRENTE AL TLC

En coparticipación con la Federación de Estudiantes marchamos al Congreso Nacional, con el fin de entregar nuestra posición como jóvenes universitarios frente al Tratado de Libre Comercio que se encuentra en negociación con los Estados Unidos de Norteamérica. En el Congreso Nacional fuimos recibidos por el diputado Carlos Vallejo Presidente de la Comisión Especializada de Asuntos Internacionales, quien escuchó nuestro criterio y recibió nuestro comunicado.

VIGILIA CONSTITUCIONAL-DEFENSA A NUESTRA CONSTITUCION

Una de nuestras metas al asumir la representación estudiantil de la Facultad fue retomar ese liderazgo que nos ha caracterizado a lo largo de la historia, como fuente de pensamiento y opinión. Es por eso que como estudiantes de Derecho, conocedores de las leyes nos manifestamos activamente frente a las flagrantes violaciones a nuestra Constitución, las cuales fragmentaron nuestra democracia y Estado



de Derecho. Con orgullo dejamos constancia en este informe, que fuimos los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCE, los primeros a nivel nacional en manifestarnos en varias jornadas cívicas, que a continuación expongo:

- a) Comunicado de respeto a la Constitución, redactado por la A.E.D., el mismo que fue entregado a los Diputados y leído en el Pleno del Congreso Nacional, el día en que se celebró la reunión extraordinaria del Congreso que destituyó a los Ex-magistrados de la Corte Suprema de Justicia.
- b) Vigilia Constitucional y toma simbólica de la Corte Suprema de Justicia.
- c) Marchas de protesta.
- d) Petición ante la Organización de Estados Americanos (ejecutado por estudiantes de la Facultad pertenecientes a la Clínica de Derechos Humanos).
- e) Pronunciamiento y opinión de los acontecimientos suscitados en medios televisivos y radiales.
- f) Conferencia con Andrés Páez y Hernán Salgado acerca de la inconstitucionalidad de la resolución adoptada por el Congreso Nacional que destituyó y nombró a los Magistrados de la C.S.J..

7) OBRA MATERIAL

DOTACION DE ACTIVOS FIJOS E INFRAESTRUCTURA PARA LA A.E.D. Y SALA DE LECTURA

Cuando iniciamos nuestro mandato, nos encontramos con la penosa sorpresa de que los equipos básicos necesarios para el buen funcionamiento de la oficina no existían en su totalidad; por esto nos preocupamos de dotar de nuevos implementos que servirán para las nuevas administraciones y el estudiantado en general:

ACTIVOS FIJOS

- a) Una impresora láser, que contiene copiadora a color y scanner, gracias a la donación del Presidente de la Federación de Estudiantes FEUCE-Q.
- b) Un Fax-copiadora.
- c) Dos retroproyectores gracias a la gestión que se realizó con la Asociación Escuela de Administración, quienes donaron los equipos que se encuentran a disposición del estudiante.

OBRAS DE INFRAESTRUCTURA

- a) Arreglo de las cerraduras de los lockers que se encontraban deteriorados.
- b) Se procedió a dar mantenimiento a la oficina de la A.E.D (Pintura, lámparas, cuadros, stands para los trofeos y forro de los muebles de la Sala de Televisión).

SALA DE LECTURA

Lastimosamente, una de los mayores esfuerzos gestionados por administraciones anteriores, en mantener una Sala de Lectura que permita al estudiante investigar y estudiar, había sido transformada en un centro de esparcimiento y diversión, para lo cual en nuestro mandato nos preocupamos de retomar la esencia de una Sala de Lectura (la cual tomó el nombre de un importante jurista y profesor "Hernán Salgado"), siendo prioridad dotarla de nuevos libros, escritorios, lámparas, pintura, cuadros y alfombra, para que el estudiante se sienta cómodo y estudie en un verdadero centro de investigación.

8) ASPECTO ADMINISTRATIVO

Durante nuestro periodo, hemos contratado los servicios de un Contador Profesional con el fin de que exista transparencia en el manejo de dinero; y de esta forma los ingresos y gastos se encuentren claros y soportados. Asimismo, nos encontramos al día en obligaciones tributarias de nuestro periodo.

A través de este informe dejamos constancia de todo nuestro trabajo con el fin de que conozcas el esfuerzo, compromiso, seriedad y honestidad de las personas que gracias a tu voto conformamos la Asociación Escuela de Derecho 2.004.



Carlos Coronel Endara
PRESIDENTE

Nelson Sánchez F.
VICEPRESIDENTE

Fred Larreátegui Fabara
CONSEJO DE FACULTAD

Daniela Dávalos M.
CONSEJO DE FACULTAD

Santiago Padrón L.
DIRECTORIO A.E.D

Cisne Ojeda R.
DIRECTORIO A.E.D.

Ricardo Freire
DIRECTORIO A.E.D.

José Boada
DIRECTORIO SUPLENTE

Sebastián Sevilla
DIRECTORIO SUPLENTE

Rodrigo Aguayo Z.
SECRETARIO

Diana Terán
PROSECRETARIA



NOTA DE LOS AUTORES

TOMO I

Fabrizio Betancourt Ordóñez

Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Dr. Cristian Zambrano Ruilova

Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Especialista Superior en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.

Especialista en el nuevo Código Procedimiento Penal.

Voluntario de Amnistía Internacional.

Actualmente realiza estudios sobre técnicas de litigación penal en el marco del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Dr. Oscar Terán Terán

Presidente de la Asociación Escuela de Derecho PUCE 1977-1978.

Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Intendente Jurídico de la Superintendencia de Compañías.

Profesor de la Universidad Católica del Ecuador, San Francisco e Internacional.

Director de la Cámara de Comercio de Quito.

Director de la Cámara Binacional Ecuatoriano Chilena.

Asesor de la Corporación Financiera Nacional, Superintendencia de Bancos, Comisión Técnica de Inversiones IESS, Ministerio de Vivienda y Ministerio de Agricultura.

Presidente de Integridad Corporación Ciudadana.

Vicepresidente de Acción Ciudadana por la Vida.

Dr. Mauricio Montalvo

Abogado miembro del Servicio Exterior Ecuatoriano.

Javier Salvador Soto

Estudiante egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.



Ab. Hernán Núñez

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Dr. Roque Farto B.

Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la PUCE.

Abogado en libre ejercicio profesional.

Empresario Textil.

Catedrático Universitario: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Universidad Internacional y Universidad SEK.

Farah Zabana Abdo

Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Dr. Miguel Ángel Bossano Rivadeneira

Profesor principal de la Facultad de Derecho PUCE.

MDI Luis Bossano Rivadeneira

Académico e Investigador Internacional.

Fundador de la Facultad de Arquitectura PUCE y Director de la Carrera de Diseño.

Dra. Blanca Gómez de la Torre Gómez

Abogada y doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Licenciada Estudios en la Universidad Nacional de Panamá: Escuela de Sociología.

Universidad Andina Simón Bolívar: Especialista Superior en Derecho Procesal. Abogada del Banco de Colombia 1995-1996. Secretaria de los Tribunales Arbitrales de la Cámara de Comercio de Quito.

Dr. José Luis Cabezas

Abogado y doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Master of Laws, Faculty of Law; University of Toronto, mención en Derecho Internacional.

Director Ejecutivo de la Fundación CEDIFSUR.

Profesor de la Facultad Javeriana de Ecuador.

Ganador del Concurso de Investigación "Premio a Estudiante de Derecho" organizado por la Inter-American Bar Association.

Funcionario del Servicio de Rentas Internas S.R.L..



Dr. Gustavo Guerra Bello

Doctor en Jurisprudencia y Mediador.
Diplomado Superior en Economía y Finanzas.
Profesor Universitario.
Jefe Nacional de Estudios Tributarios y Tributación Internacional del Servicio de Rentas Internas del Ecuador.

Dr. Sandro Vallejo Aristizábal

Abogado y doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
Especialista en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar.
Ex Asesor Tributario y ex-Director Financiero Tributario del Municipio Metropolitano de Quito.
Ex-Coordinador Nacional de Coactivas del Servicio de Rentas Internas, Director Jurídico Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, Procurador Tributario.
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia.
Postgrado de Gestión Local.
Profesor de la Universidad Metropolitana de Guayaquil del Programa de Expertos en Tributación.
Profesor en Postgrado de Derecho Empresarial de la Universidad Técnica Particular Abierta de Loja.
Capacitador en múltiples foros académicos en temas tributarios y de gestión local, ex-consultor en materia Tributaria Municipal, ponente en múltiples foros académicos en materia tributaria, expositor en las "VI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario".

Ab. Juan Gabriel Reyes Varea

Presidente de la Asociación Escuela de Derecho PUCE-2.001.
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Ab. Carmen Amalia Simone Lasso

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
Candidata a Diplomado Superior, Mención en Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.



Ab. César Drouet Candel

Abogado desde 1968.

Premio Accesit al Contenta que concede la Universidad de Guayaquil.

Asesor Legal de la Superintendencia de Bancos (1969-1970).

Procurador Síndico del Consejo Provincial del Guayas.

Asesor Legal de la Superintendencia de Compañías (1989-1990).

Conjuez de la Corte Superior de Justicia (2.002-2.002).

Presidente Titular de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario 2005.

Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

Ab. Carlos Naranjo Mena

Licenciado en Ciencias Públicas por la Universidad Central.

Abogado por la Universidad de Guayaquil.

Cursante del Diplomado en Mediación (Universidad Central, Escuela de Trabajo Social).

Miembro de Número de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, con sede en la Universidad de Deusto (España).

Consultor del BID en la Superintendencia de Bancos en la elaboración del Marco Regulatorio para Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Autor de Visión General del Marco Jurídico del Cooperativismo Ecuatoriano y el Manual de Procedimiento Parlamentario (Quito, Edit. Printer Grafic, 2000).

Ex – Vocal del Consejo de Administración de la Organización de Cooperativas de América.

Ex Profesor de Talleres de Práctica Cooperativa en la UTE.

Dr. Pedro Alvear Icaza

Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Estatal de Guayaquil. Ex-profesor de Derecho Civil en la Universidad Católica. Especialista en Derecho Civil. Ex- Asesor de la Superintendencia de Compañías Director Jurídico del Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil.

Dr. Andrés Páez Benalcázar

Presidente de la Asociación Escuela de Derecho (1988-1989).

Actualmente Diputado del Congreso Nacional por Izquierda Democrática y Ex-Presidente de la Comisión Laboral y Social del Parlamento.



Dr. Hernán Salgado Pesantes

Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Ex vocal del Tribunal Constitucional.
Profesor titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Dr. Antonio Posso Salgado

Diputado de la República por la Provincia Imbabura.

Dr. Luis Fernando Torres Torres

Diputado por Tungurahua y Ex-Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso.

Ex – Alcalde de Ambato y Presidente de la Asociación de Municipios del Ecuador.

Profesor universitario de Derecho Constitucional Comparado.

Su último libro se titula la “Legitimidad de la Justicia Constitucional”.

Doctor en Jurisprudencia por la PUCE.

Master en Gobiernos Comparados por London School of Economics, estudios avanzados en Derecho Constitucional Comparado en Lovaina (K.U.L) y Estados Unidos (Lafayette College).

TOMO II

Dr. Ramiro Avila Santamaría

Profesor Titular de Derecho Humanitario en la PUCE.

Profesor del Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar.

Director de la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE.

Dr. Alejandro Ponce Villacís

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Doctor en Jurisprudencia, 1993.

The American University, Washington College of Law, Maestría en Estudios Legales Internacionales (LL.M International Legal Studies, International Protection of Human Rights), 1994.

Consultor para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en 2002 y 2004 en temas relacionados con Justicia Indígena y Derecho al Desarrollo.

Abogado Asistente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA en dos casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre 1995 y 1998.

Profesor Agregado de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador entre 1993 y 1999.

Profesor de la Universidad San Francisco de Quito, desde 1999.

Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar desde 2000 en la Maestría en Derecho Constitucional, Justicia Constitucional.

Ab. Alex Valle

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Ex-Vicepresidente de la Asociación Escuela de Derecho PUCE 2.001.

Rodrigo Aguayo Zambrano

Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Rafael Cocíos Núñez

Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

María del Carmen Vivar Aguirre

Estudiante egresada de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Salim Zaidán

Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Dr. Jaime Vintimilla Saldaña

Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Diplomado Superior en Manejo de Conflictos por la Universidad Santa María de Chile.

Profesor de Historia del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, San Francisco de Quito y UDLA.

Profesor y tutor del curso superior Estado de Derecho y Derechos Humanos en la Universidad Alcalá de Henares de España.

Profesor de Derechos Humanos y Cultura de Paz en el Instituto de Ciencias Internacionales de la Universidad Central.

Mediador activo en varios centros de mediación y arbitraje de Ecuador y en el Servicio Franco-Andino de Mediación-Conciliación de la Cámara de Comercio e Industria de París. Director Ejecutivo del Centro sobre Derecho y Sociedad CIDES.

Dr. Edgar Neira Orellana

Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Profesor titular de la cátedra de "Procesos en Sede Administrativa" de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.

Ab. Esteban Ortiz Mena

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Jorge Benavides Ordóñez

Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Presidente de la FEUCE-Q 2.004.

Dr. Milton Castillo Maldonado

Candidato a maestría en derecho económico con mención en la empresa Universidad Andina Simón Bolívar.

CONSULTOR – ARBITRO INTERNACIONAL TICAMER; TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEL MERCOSUR.

PASANTÍA EN NEGOCIACIÓN Y MANEJO DE CONFLICTOS CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ.

Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Internacional.

Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Fundación Antonio Quevedo.

Secretario de los Tribunales Arbitrales del centro de arbitraje de la Cámara de la Construcción.

Secretario del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Pichincha 2002.

Dr. José Vicente Troya

Ex – Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Profesor Titular de la Universidad Andina Simón Bolívar.

Artículos tomados de los diarios de la Prensa Nacional.

Directorio
ASOCIACION ESCUELA DE
DERECHO 2004

Carlos Coronel Endara
Presidente

Nelson Sánchez Figueroa
Vicepresidente

Fred Larreátegui Fabara
Daniela Dávalos Murriagui
Representantes
Consejo de la Facultad

Santiago Padrón Lafebre
Ricardo Freire Granja
Ma. del Cisne Ojeda Ribadeneira
Sebastián Sevilla Rienzi
José Julio Boda Suraty
Vocales del Directorio

Rodrigo Aguayo Zambrano
Secretario

Daniela Miño Brito
Diana Terán
Prosecretarias

Ma. Susana Rodríguez
Tesorera

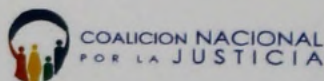
La Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador es la máxima organización de representación estudiantil que agrupa a todos los alumnos de la Facultad de Jurisprudencia.

Fundada el 25 de junio de 1948 cuenta con 56 años de intensa y fructífera labor.

Sus logros más destacados se han enfocado en realizar gestiones de apoyo y contribución para con todos sus miembros y especialmente para con la sociedad ecuatoriana.

EL libro jurídico Ruptura número 47 a lo largo de sus dos tomos enfoca temas de actualidad nacional reflejados en el aporte de juristas destacados.

Esta publicación ha sido posible gracias al auspicio de:



PEREZ BUSTAMANTE & PONCE
ABOGADOS

PRODUBANCO