



RUP TURA

No 46



DIRECTORIO AED 2003

PRESIDENTE

Pablo Sánchez Vergara

VICEPRESIDENTE

Christian Proaño

CONSEJO DE FACULTAD

Sebastián Cortéz

CONSEJO DE FACULTAD

Geovanna León

DIRECTORIO

Doris Gallardo

DIRECTORIO

Alex Troya

DIRECTORIO

Alejandro Vásquez

SECRETARIA

María Gabriela Cruz

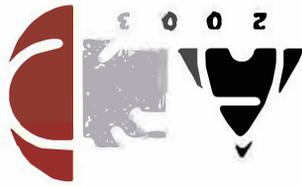
PROSECRETARIO

Antonio Landázuri

Sebastián Díaz

TESORERA

Sofía Camacho







cle

by YANBAL

Resalta tu naturalidad



PIDELO A TU CONSULTORA DE BELLEZA YANBAL O AL 1-800 YANBAL (926225)

Está cuando miras al horizonte
Y CUANDO PISAS EL PRESENTE.



BANCO DEL PICHINCHA
En confianza... siempre su B

RUPTURA

2003



Libro anual de la Asociación Escuela de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

LIBRO RUPTURA, año 2003
Número 46
Asociación Escuela de Derecho
55 años

CONSEJO EDITORIAL
David Padilla
Juan Francisco Guerrero
Leonardo Sempértegui
Sebastián Cortéz
Edgar Ulloa

ASOCIACIÓN ESCUELA DE
DERECHO
Av. 12 de Octubre y Patria
PUCE, Torre 2, Piso 8
Telf: 256 5627 ext. 1386
www.aedpuce.com

Impresión y diagramación
HOJAS Y SIGNOS
(225-6011)

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

ÍNDICE TEMÁTICO

PRESENTACIÓN	I
PRÓLOGO	II
DERECHO CONSTITUCIONAL	
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	
Dr. Luis Fernando Torres	I
HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS EN EL ORDEN JURISDICCIONAL	
Dr. Moisés Troconis Villarreal	17
CULTURA Y DESARROLLO	
Dr. Oswaldo Hurtado	31
FORMACIÓN DE LA LEY	
Dr. Rafael Oyarte Martínez	43
APLICACION DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL A LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES	
Dra. Sabá Guzmán	79
EL DEBIDO PROCESO COMO OBJETO DE LA ACCIÓN DE AMPARO	
Dr. Freddy Carrión Intriago	89
LA SEGURIDAD JURÍDICA FRENTE A LA DECLARATORIA DE INAPLICABILIDAD	
Juan Francisco Guerrero del Pozo	109
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN EN FIRME EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO	
Fernando Iván Castro Gavilanes	Contenido en el CD

DERECHO ADMINISTRATIVO

SOBRE LA TÉCNICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y DE CÓMO LA ADMINISTRACIÓN RESISTE LA APLICACIÓN DE SUS EFECTOS

Dr. Edgar Neira Orellana 121

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA: UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón 171

INTRODUCCIÓN A LA ACCION COACTIVA

Dr. Francisco Guerrero C. 203

LA EXPROPIACIÓN DE INMUEBLES URBANOS EN EL ECUADOR Y SUS DESVÍOS COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA

Dr. Leonardo Sempértegui O. 237

EL GOBIERNO DIGITAL COMO PARTE DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Ab. Santiago Reyes Mena 251

CONFLICTO DE LAS MARCAS EN INTERNET

Dr. Marco Matías Alemán 269

SEMINARIO "LA CONSULTA PREJUDICIAL "

Dr. Ricardo Vigil Toledo 289

INSEGURIDAD EN NUESTRA NORMATIVA TRIBUTARIA

Dr. Edgar Acosta 301

OBSTÁCULOS A LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO E INTERMODAL EN LA REGIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL DESARROLLO DEL COMERCIO EXTERIOR DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI), CON ESPECIAL ÉNFASIS A LA SITUACIÓN EN LA COMUNIDAD ANDINA (CAN)

Dr. José Antonio Pejovés Macedo 307

"HACER O PEDIR JUSTICIA: UNA HISTORIA INCONCLUSA"

Dr. Arturo Vizcaino Sotomayor Contenido en el CD

DERECHO ECONÓMICO Y FINANCIERO

**EL DERECHO ECONÓMICO COMO EL DERECHO DE LA
INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA**

Dr. Guillermo Chahín Lizcano 319

**¿HACIA UNA NUEVA PLANIFICACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO?
COMENTARIOS A LA LEY DE RESPONSABILIDAD, ESTABILIZACIÓN
Y TRANSFORMACIÓN FISCAL**

Ec. Oswaldo Padilla 341

REGALANDO PLATA AJENA

Ec. Vicente Albormoz Contenido en el CD

**LAS TASAS DE INTERÉS, EL DOLOR DE CABEZA DEL APARATO
PRODUCTIVO ECUATORIANO EN UN CONTEXTO DE
DOLARIZACIÓN**

Dr. Patricio Peña R. 351

¿CUÁNTO CUESTA EL DINERO?

Álvaro J. Pólit G. 357

**LA INTEGRACIÓN REGIONAL: PROPUESTA PARA AFRONTAR LA
GLOBALIZACIÓN**

Dr. Daniel Salazar Loggiodice 369

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Dr. José Vicente Troya Jaramillo 379

**ARBITRAJE ADMINISTRADO O INDEPENDIENTE, ARBITRAJE DE
DERECHO O DE EQUIDAD**

Dr. Armando Serrano Puig 393

**EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL ADMINISTRADO POR LA CORTE
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CCI**
Dr. Juan Manuel Marchán M. ----- 427

EL ARBITRAJE EN EL PROTOCOLO DE OLIVOS
Dra. Iris González de Troconis ----- Contenido en el CD

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DE FAMILIA

**LOS PROCEDIMIENTOS EN EL NUEVO CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA**
Dr. Farith Simon Campaña ----- 443

**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR ACTOS DE
VIOLENCIA COMETIDOS POR PARTICULARES: VIOLENCIA
DOMESTICA**
Dr. José Luis Cabezas ----- 473

**LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE LESA
HUMANIDAD Y EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO: EL CASO
BENAVIDES CEVALLOS**
David Cordero Heredia ----- 491

LA TORTURA DENTRO DEL SISTEMA LEGAL ECUATORIANO
Efrén Guerrero Salgado ----- 505

HISTORIA Y DERECHO COMPARADO

**EL PERIODO GARCIANO Y SUS CONSTITUCIONES
1860 – 1875**
Dr. Hernán Salgado Pesantes ----- 519

**ALGUNOS ASPECTOS DEL CENTRALISMO Y FEDERALISMO EN LOS
INICIOS DE NUESTRA HISTORIA REPUBLICANA**
Ab. Francisco Dávalos Morán ----- 541

UNA MIRADA AL DERECHO ISLÁMICO
Dr. Roque Farto B. ----- 549

LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

Jorge Benavides Ordóñez ----- Contenido en el CD

DERECHO SOCIETARIO

DESESTIMACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

Dr. Pablo Ortiz García ----- 571

LA SINDICACIÓN DE ACCIONES

Carmen Amalia Simone Lasso ----- 583

PRESENTACIÓN

Hace aproximadamente un año cuando empezábamos a trabajar al frente de la Asociación Escuela de Derecho, se estableció como uno de los puntales de esta administración la publicación del ahora “Libro Jurídico Ruptura”. Sin duda alguna, la colaboración de muchos compañeros fue un aliciente importante para poder iniciar el trabajo que hoy en día es una realidad.

Soñábamos y nos convencíamos semana tras semana, reunión tras reunión, que podíamos continuar con la misma línea de ejecución de este libro, y mantener e incluso superar el nivel que se había venido presentando en las últimas ediciones de Ruptura. Es así como surgió la idea de adjuntar al libro un CD interactivo que contendría los artículos e información adicional, a fin de responder a una tendencia actual que nos permita acceder a la información electrónica de una manera rápida y sobre todo eficaz.

Las visitas a prestigiosos profesionales relacionados con la Ciencia del Derecho se convertían en una constante con miras a obtener artículos que satisfagan las necesidades de todos los lectores de esta publicación, y sin duda alguna se acompañaron a estas las visitas a distintas empresas y personas que posteriormente colaborarían con nosotros para poder hacer de esta ilusión una realidad. Nuestro agradecimiento a todo el Grupo Diners Club del Ecuador y Banco del Pichincha, al Estudio Jurídico Sánchez Coronel, Librería Jurídica Cevallos; un agradecimiento especial a dos caballeros, señor Don Rodrigo Paz Delgado y Doctor Fidel Egas, quienes creyeron en nosotros y colaboraron para que ustedes tengan en sus manos esta obra. El trabajo, el análisis y discusión de los artículos, la distribución de funciones y las reuniones en busca de apoyo económico para nuestro Libro hoy han rendido su fruto.

El reconocimiento y gratitud a todos los prestigiosos profesionales y a los compañeros de la Facultad que con su aporte intelectual contribuyeron a la alta calidad y nivel del que goza nuestra publicación.

En mi nombre y en el nombre del Directorio de la Asociación Escuela de Derecho quiero agradecer a David Padilla, Juan Francisco Guerrero, Leonardo Sempértegui, Sebastián Cortez, Edgar Ulloa y María Gabriela

Cruz, quienes trabajaron y construyeron conjuntamente esta gran publicación.

Tengo el agrado de presentar a ustedes los dos tomos y el CD interactivo que conforman el volumen No. 46 del Libro Jurídico Ruptura, que serán de su total agrado y aportarán a su formación intelectual. Con ustedes la Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho 2003.

Pablo Esteban Sánchez Vergara
PRESIDENTE ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO 2003

PRÓLOGO

A partir del año 1996, el Ecuador ha atravesado la mayor inestabilidad política e institucional desde el retorno a la democracia. Esta inestabilidad democrática ha producido el debilitamiento de las principales instituciones políticas de nuestro país. Las tres funciones del Estado, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Electoral han sido objeto de constantes cuestionamientos por parte de la sociedad civil, lo cual ha repercutido en la imagen internacional que se tiene de nosotros en el mundo.

Es en este contexto, que el rol de quiénes estamos vinculados al estudio y práctica del derecho, entendido éste como el conjunto de las normas que regulan las relaciones sociales en un determinado territorio, crece y nos compromete a tomar acciones que tiendan a lograr el fortalecimiento del Estado de Derecho, único mecanismo a través del cual se puede garantizar la efectiva vigencia de los Derechos Fundamentales de las personas.

El libro jurídico “Ruptura” nos brinda esta posibilidad. Este espacio de expresión que tenemos los que formamos parte de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), nos plantea el reto de, a través de la difusión y estudio del derecho, fortalecer las instituciones políticas de nuestro país, tan venidas a menos en los últimos años.

Es por estas razones que como tema central para este libro escogimos al Derecho Público. El importante aporte de profesionales del Derecho y de personas vinculadas al ejercicio de la función pública, conjuntamente con los criterios expuestos por quiénes formamos parte de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, no tienen otro afán que el de fortalecer la conciencia democrática en quiénes precisamente somos los llamados a defenderla y propugnarla: los abogados.

Con la presente edición del libro jurídico Ruptura, al cual se ha podido incorporar un CD interactivo de notables prestaciones, hemos buscado fortalecer el alto nivel en el desarrollo de la Ciencia del Derecho que ha mantenido a lo largo de su importante existencia, al punto de convertirse

en un significativo instrumento de consulta en campos jurídicos especializados.

En esta publicación, correspondiente a la No. 46, se trata esencialmente sobre temas concernientes al Derecho Público, es por ello que en el ámbito Constitucional el libro inicia con dos artículos relativos a los principios aplicables a la interpretación y hermenéutica de la Ley Suprema; luego presenta un texto sobre la necesidad de respetar el orden constituido con miras al desarrollo nacional; a lo que sigue un estudio académico de nuestra Carta Política con énfasis en la formación de la Ley. Inmediatamente tenemos una visión sobre la aplicación del procedimiento civil al proceso constitucional; seguido de un enfoque crítico sobre el principio del debido proceso como objeto de amparo constitucional; y un desarrollo de la declaratoria de inaplicabilidad como instrumento garantizador de la seguridad jurídica. Se concluye esta área, pero contenido en el CD interactivo que acompaña al libro, con un artículo que cuestiona la figura de la detención en firme a la luz de la Carta Política.

A continuación el libro contiene destacados textos en materia de Derecho Administrativo, iniciándose con dos artículos que presentan posiciones contrapuestas sobre el silencio administrativo; seguido de un estudio claro y completo de la jurisdicción coactiva; para posteriormente remitirse al Derecho Municipal con una apreciable crítica a la expropiación urbana en nuestro País. Luego se presenta un texto sobre el Gobierno digital y su utilidad en el perfeccionamiento de la Administración Pública; adentrándose enseguida en materia de Propiedad Industrial con un artículo sobre el conflicto de marcas en Internet; continuando con la importancia de la figura de la interpretación prejudicial correspondiente al Derecho Comunitario. Posteriormente encontramos importantes acotaciones sobre la inseguridad jurídica existente en materia Tributaria; y, finalmente, se ahonda en materia de Derecho Marítimo sobre lo ventajoso de este tipo de transporte en la Región. En este mismo capítulo, pero contenido en el CD, tenemos una crítica sobre la administración de justicia en el País.

En el tercer gran tema encontramos varios artículos en materia de Derecho Económico y Financiero; comenzando por un acertado estudio académico de esta rama del Derecho; seguido por un profundo análisis

técnico a la Ley de responsabilidad, estabilización y transformación fiscal. En los textos contenidos en el CD interactivo RUPTURA, se incluye a continuación un relato específico sobre el procedimiento de la formación de la ley en el Congreso Nacional. Volviendo al contenido del libro, consta en él importantes críticas a las tasas de interés del sector financiero ecuatoriano; y un análisis de la realidad de los servicios bancarios en el Ecuador; concluyendo con la importancia de la integración subregional para afrontar el proceso de globalización.

El libro contiene además importantes artículos relativos al divulgado tema de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos; lo cual empieza con un estudio general de sus características y su relevancia en nuestros días; una exposición académica sobre la figura del Arbitraje; y un artículo sobre el procedimiento del Arbitraje internacional ofrecido por la Cámara de Comercio con sede en París. En este mismo apartado, pero contenido en el CD interactivo adjunto, se incluye un profundo estudio del Protocolo de Olivos, constitutivo del MERCOSUR, junto con una crítica del mecanismo de solución de controversias allí previsto.

A la materia de Derechos Humanos la hemos vinculado el Derecho de Familia y de Menores, por lo que primeramente se incluye una buena exploración al Derecho de la Niñez y Adolescencia, con énfasis en los procedimientos previstos en el Código que actualmente regula esta rama en nuestro país. En segundo lugar consta un adecuado análisis comparado sobre la violencia doméstica y la responsabilidad internacional que ello acarrea al Estado; para luego continuar con una interesante visión sobre los crímenes de lesa humanidad en el Ecuador; y finalmente concluir con una exposición sobre la tortura en el sistema legal ecuatoriano.

Como temas de Historia del Derecho y Derecho Comparado, tenemos un análisis de las Constituciones Políticas ecuatorianas en el período garciano; una visión histórico-legal del centralismo y federalismo a inicios de la República; una interesante introducción al Derecho Islámico; y contenido en el CD, un artículo referente a la inmunidad parlamentaria.

Por último, apartándonos completamente del tema central del Derecho Público, hemos querido incorporar dos destacados artículos de Derecho Privado, correspondientes en esencia al ámbito Societario, iniciando con un texto que desarrolla el tema de la desestimación de la persona jurídica

o levantamiento del velo societario; y concluyendo con un estudio de la sindicación de acciones en el Ecuador. Con esta última sección, desde ya hacemos una invitación, para que la próxima edición de “Ruptura” desarrolle ese tema como complemento a la problemática que hoy estamos planteando, para de esa manera nuestra Facultad ponga el ejemplo de cómo nosotros creemos que debe funcionar un país: Instituciones Políticas eficientes complementadas por una sociedad civil participativa.

Consejo Editorial
RUPTURA No. 46

INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Dr. Luis Fernando Torres¹

1.1.- LA CONSTITUCION SUPREMA.-

La Constitución, como el agua, es un todo. Así se la lee y así se la interpreta. Sus partes, sus elementos integrantes, sin embargo, no son iguales, no tienen la misma jerarquía ni cumplen la misma función. La supremacía constitucional habla del máximo rango alcanzado por ese todo al que llamamos Constitución. También define una propiedad común a sus partes, la de ser supremas frente a las normas y actos de inferior jerarquía. Nada más. Las partes de la Constitución difieren unas de otras, inclusive, en la forma como expresan su supremacía y como se aplican.

La Constitución se compone de valores, principios y reglas². Los valores, por su natural indeterminación y vaguedad, gozan de una gran fuerza expansiva. En una sociedad democrática los valores no son contradictorios ni competitivos. Los principios, proyecciones directas de los valores y un poco más precisos que éstos, explican el contenido de las reglas y, sin llegar a ser contradictorios, pueden ser competitivos. Y las reglas, dotadas de la previsibilidad propia de una norma que “manda, prohíbe o permite”, constituyen el puente que cruzan los valores y los principios para aplicarse. Las reglas pueden ser tanto competitivas como contradictorias, y, en este caso, unas terminan por ser válidas y otras inválidas.

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica. Becado en Inglaterra, Bélgica y Estados Unidos para estudiar en las universidades: London School of Economics (LSE), Katholieke Universiteit Leuven (KUL) y Lafayette Collage, con especializaciones, maestrías e investigaciones en derecho comparado, gobierno y economía. Alcalde de Ambato. Diputado por la provincia de Tungurahua. Presidente de la Asociación de Municipalidades del Ecuador (AME). Fundador de la Corporación Autogobierno y Democracia F.A. Hayek para promover la educación cívica y la formación de jóvenes.

² Rodolfo Luis Vigo, Interpretación Constitucional, Bs.As., Abeledo-Perrot, 1993, 68-76; ejemplos de un valor: “igualdad esencial entre los seres humanos”, de un principio: “igualdad ante la ley”, de una regla: “tanto los hombres como las mujeres pueden ser candidatos a cargos de elección popular”. Luis Fernando Torres, El Control de la Constitucionalidad en el Ecuador, Quito, EDIPUCE, 1987, 33-36; son muy diversos los tipos de normas constitucionales: orgánicas, dogmáticas, típicas, atípicas, de preámbulo, de texto, pétreas, plenas, programáticas, operativas, de conducta, de organización, facultativas y, por lo general, de competencia.

No presenta problemas la aplicación de los valores (libertad, pluralismo, soberanía popular). En la aplicación de principios competitivos (derecho a la intimidad y derecho a la libertad de información) las dudas se suelen resolver mediante la socorrida técnica de la ponderación desarrollada especialmente por el constitucionalismo alemán. En la aplicación de reglas contradictorias se tiende a utilizar el criterio del todo o nada, esto es, regla válida o inválida, aplicable o inaplicable para dilucidar la inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo o administrativo.

¿Los valores, los principios y las reglas sirven para enjuiciar la inconstitucionalidad de leyes y actos? Existe un gran debate sobre el efecto directo de los valores³. Se ha llegado a decir que la Constitución es, en último término, un sistema material de valores con el cual se ilumina todo el orden social y político. Lo más apropiado es entender que las reglas y los principios constitucionales sirven a un sistema de valores (libertad, justicia, igualdad, pluralismo político) y deben interpretarse según tal sistema. Los valores no se interpretan. Guían la interpretación constitucional, informan al juez y dan fuerza y vigor a los principios y a las reglas.

Los principios tienen, generalmente, eficacia directa y en ellos se expresan varios derechos constitucionales, conocidos también como pretensiones subjetivas absolutas. Sirven, por lo tanto, para enjuiciar la inconstitucionalidad de leyes y actos. Y no sólo para ello, pues, de los principios se pueden derivar soluciones cuando en el ordenamiento jurídico aparecen lagunas o inconsistencias⁴. Una visión principalista y valorativa de la Constitución refuerza el rol interpretativo de los jueces constitucionales. Aumenta su discrecionalidad. Les abre la puerta para que puedan crear derecho con una jurisprudencia enriquecida con valores y principios, cuya fuerza expansiva cubre el contenido de las reglas constitucionales y aísla el contenido de las leyes. Y si el juez se encuentra

³ Manuel Aragón Reyes, *El juez ordinario entre la legalidad y la constitucionalidad*, Bogotá, Inst. Carlos Restrepo, 1997, sostiene que los valores sólo tienen eficacia indirecta o interpretativa. R. Luis Vigo, *ob.cit.*, afirma lo contrario (p. 89).

⁴ Para R. Dworkin, citado por César Rodríguez, *La Decisión Judicial*, en los principios reside la coherencia interna del ordenamiento jurídico y los jueces, no siendo necesario que los creen, deben limitarse a aplicarlos, como si se trataran de fuentes del derecho. Según él, por ejemplo, un principio, "no es procedente aprovecharse del propio dolo", ofrece soluciones a innumerables dudas.

con una laguna jurídica su poder se incrementa aún más. A él y no al legislador le corresponderá deducir de los principios la solución adecuada.

Las reglas constitucionales se encuentran conectadas a las leyes. Tienen en común la previsibilidad y la precisión. ¿Qué sucede cuando no hay respuesta a un problema interpretativo desde una regla constitucional? Los principalistas se inclinarán por buscar la respuesta en los principios y en los valores. Los positivistas recurrirán a la ley y le reconocerán al legislador su condición de legítimo creador de derecho. Solamente si la ley carece de respuesta, ante el vacío jurídico, no tendrán otra alternativa que rendirse a la voluntad del juzgador, a menos que el legislador expida una ley de integración constitucional. La pregunta más bien es la de saber si existe la posibilidad que en el ordenamiento jurídico aparezcan lagunas. Para unos⁵ esa posibilidad no existe en un ordenamiento jurídico coherente que cuenta con principio de clausura por el cual lo que no está prohibido se encuentra permitido, ni tampoco si se concibe a la Constitución como un todo. Para otros⁶, cualquier vacío constitucional o legal se llena a partir de los principios constitucionales.

Hasta el apareamiento de las cortes constitucionales, en Latinoamérica se tenía una visión completamente formalista del derecho. Se presuponía la absoluta coherencia interna del ordenamiento jurídico y, como resultado de ello, la neutralidad del juez. Se impuso, con Andrés Bello, la visión napoleónica de los códigos civiles que tradujo fielmente la idea de Montesquieu de los jueces “mudos”, incapaces de crear derecho, simplemente sometidos a la ley y obligados a aplicarla en un juicio. Por ello, el realismo jurídico⁷, esto es, el reconocimiento que los jueces pueden crear derecho y cuestionar el ordenamiento vigente, no pudo florecer en Latinoamérica, tal como había evolucionado en Estados Unidos, con los auspicios de un derecho dinámico como el common law, bajo la égida del juez Oliver Wendell Holmes. En definitiva, no se desarrolló entre los

⁵ Hans Kelsen, citado por C.S. Nino, Fundamentos de Derecho Constitucional, Bs. As., Astrea, 2000, 657-706. A. Sánchez, Mutación de la Constitución y Fuerza Normativa de la Constitución, REDC, 58, 2000, 105-135, analiza la visión de Smend y Hsu, para quienes la Constitución no debe ser apreciada estáticamente como simple reguladora de órganos sino como un elemento controlador de las fuerzas sociales, sin lagunas de naturaleza alguna, por cuanto la Constitución es un todo elástico y expansivo.

⁶ Ronald Dworkin, A Matter of Principle. Harvard. Univ. Press, 1985, 72-104.

⁷ Duncan Kennedy, profesor Carter de la Universidad de Harvard y exponente del realismo jurídico americano, admite el sentido político e ideológico de la práctica judicial y la dificultad que el juez pueda ser neutral (Ver César Rodríguez, La Decisión Judicial).

latinoamericanos por el predominio de la visión exegética de los textos legales, la reverencia a la ley escrita y la exagerada confianza en la racionalidad interna del derecho. Con el activo trabajo de la Corte Constitucional colombiana la situación ha comenzado a cambiar⁸. Gracias a la utilización de principios, los jueces constitucionales han invertido el modelo silogístico y en lugar de identificar las normas para encontrar el resultado ahora primero avizoran el resultado y luego buscan las normas o principios. El mayor activismo de los jueces constitucionales latinoamericanos ha abierto el camino para al apareamiento del realismo jurídico, una corriente peligrosa cuando sirve de cauce para ideologías opuestas a los valores predominantes en el constitucionalismo latinoamericano de hoy.

Si la Constitución es norma suprema también lo son los valores, los principios y las reglas que la componen. ¿Existe alguna diferencia entre la supremacía de cada uno de ellos? ¿Tienen los valores primacía sobre los principios y las reglas? Desde una perspectiva lógica sí. En la práctica no, pues, los principios y las reglas deben leerse a la luz de los valores constitucionales. ¿Y qué ocurre entre los principios y las reglas? Algo parecido. Los principios se proyectan en las reglas constitucionales. La discusión va en otra dirección. ¿Cómo se expresa la supremacía constitucional frente a leyes y actos inconstitucionales? ¿Qué sucede cuando una ley o un acto es contrario a un valor constitucional? ¿Puede el juez constitucional invalidar por ese hecho la ley o el acto? Ya se dijo que no existe acuerdo sobre la eficacia directa de los valores. En el caso de los principios y de las reglas la situación es más clara debido a su plena eficacia para enjuiciar la constitucionalidad de una ley o un acto.

Cuando se pregunta por qué la Constitución es suprema la respuesta más común es la de que es así porque la misma Constitución lo dice. En el plano formal este argumento circular es aceptable. Donde no es admisible es en un plano lógico. Kelsen y H.L. Hart⁹ han dicho que detrás de la

⁸ César Rodríguez, *ob. cit.*, hace notar que la Corte colombiana, sin que existiera regulación constitucional sobre el uso y tenencia de estupefacientes, ponderó dos principios constitucionales (libre albedrío de las personas y protección de la salud a cargo del Estado) y optó por el libre albedrío antes que por el paternalismo estatal.

⁹ C. S. Nino, *ob. cit.*, 657-706, explica el alcance de la regla de reconocimiento formulada por H.L. Hart y de la norma básica propuesta por Kelsen como categorías conceptuales relacionadas a informar la validez del ordenamiento jurídico y la prevalencia de la Constitución. M. Atienza, La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución, *REVD*, 47, 29, 55, hace un análisis exhaustivo de la tesis de H.L. Hart.

Constitución existe una norma básica y una regla de reconocimiento. Ninguna de ellas es un enunciado jurídico. Tampoco puede decirse que sean válidas o inválidas. La norma básica de Kelsen es una categoría lógica para los juristas. La regla de reconocimiento de Hart es más tangible cuando sirve para expresar el reconocimiento social que día a día hacen aquellos funcionarios que obligatoriamente aplican la Constitución.

¿Qué sucedería si de las constituciones se eliminaran las disposiciones que establecen su supremacía? ¿Dejarían por ello de ser supremas? De ninguna manera.

Una Constitución no se sostiene por sí misma. A despecho de quienes creen que es nociva la referencia iusnaturalista en el derecho positivo¹⁰, el orden constitucional se alimenta con nociones propias del derecho natural, entre ellas, la idea de un derecho superior. John Locke¹¹ ya señaló que en el estado de naturaleza existía una ley natural -no hacer daño a otro- que no podía alterarla el legislador en la sociedad política. En la Antigua Grecia el derecho superior (Nomo) prevalecía sobre los decretos de la asamblea popular e inclusive había una acción de carácter casi penal (graphe paranomon) para acusar a quienes violaban el derecho superior. Aristóteles incorporó en su pensamiento las nociones de supremacía de las leyes y de ilegitimidad de la legislación injusta. En la época Medieval Tomás de Aquino elaboró la noción de un derecho natural superior a la legislación positiva. Por ese mismo tiempo los legistas ingleses enriquecieron el concepto de un derecho superior con el reconocimiento en él de un conjunto de libertades básicas. Por ello, en 1610, el juez inglés Coke, afirmó la supremacía del common law sobre la legislación producida por el parlamento. En el Antiguo Régimen Francés los jueces (parlements) ejercían una especie de control de la constitucionalidad sobre la base de un derecho superior que había que defender y que sometía inclusive al mismo rey. Los colonos norteamericanos, un siglo antes de independizarse, en sus constituciones ya consignaron ideas debidamente articuladas sobre la supremacía. Y desde ese entonces el derecho natural, con su concepción básica de un derecho superior, ha encontrado un lugar

¹⁰ Juan José Solozabal, *Principalismo y Orden Constitucional*, Working Papers, No. 155, Barcelona, 1998. 12-24 admite que los rasgos iusnaturalistas tienen un peso en la conformación del derecho constitucional y reconoce que, entre los oponentes más rigurosos a esta tesis, se destacan el italiano N. Bobbio y el estadounidense J.H.Ely.

¹¹ John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1969. Carl Friedrich, *An Introduction to Political Theory*, New York, Harper and Row, 1967, 137-151.

seguro en el constitucionalismo moderno¹². Las sociedades libres se han levantado sobre la idea de un derecho superior, casi sagrado y alejado de las interferencias gubernamentales. Tal derecho, producto de la evolución humana, se ha creído que no puede ser modificado por la legislación ordinaria, ni siquiera por el constituyente que, de tiempo en tiempo, reforma y aprueba constituciones. En él se encuentran contenidas las libertades básicas, inherentes a la condición humana¹³. Ese derecho superior no necesita de una declaración de supremacía para ser tal. Las constituciones que incorporan sus valores, principios y reglas son supremas, aunque, en el pasado, en no pocas ocasiones, la ausencia de una expresa declaración de supremacía fue aprovechada por los enemigos de las libertades humanas para desconocer el carácter supremo de la Constitución.

¿Sobre qué es suprema la Constitución? La constitución ecuatoriana se declara suprema sobre las leyes y los actos normativos y administrativos¹⁴. Inclusive establece dentro de las competencias del Tribunal Constitucional la de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de los actos normativos y administrativos¹⁵. En el caso del control en concreto señala que los jueces pueden inaplicar cualquier "precepto jurídico" contrario a la Constitución. ¿Qué entender por precepto jurídico? Al no existir definición legal ni precisión jurisprudencial de precepto jurídico, se abre impresionantemente el abanico de posibilidades del juez ordinario.

¿Qué sucede con el derecho indígena, los tratados internacionales, el derecho comunitario andino, las leyes interpretativas, las reformas constitucionales?. ¿Pueden ser inconstitucionales?. Y, de ser así, ¿existe algún órgano que pueda declararlas en ese sentido?.

El derecho indígena en el Ecuador es un derecho esencialmente consuetudinario¹⁶, sometido, por mandato de la Constitución, a ella y a la

¹² M Cappelletti, *The Judicial Process in comparative perspective*, Oxford, Clarendon Press, 118-133.

¹³ F.A. Hayek, *Law, Liberty and Legislation*, Vols. 1, 2, 3, The University Chicago Press, 1983.

¹⁴ Art. 272 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

¹⁵ Art. 276:1 establece el llamado control en abstracto sobre leyes y actos normativos. Art. 276:2 regula el control constitucional sobre actos administrativos. Art. 274 preceptúa el control en concreto a cargo de los jueces.

¹⁶ Arts.191, 62, 84:7. Julio César Trujillo, *Justicia Indígena en el Ecuador*, Quito, UASB, hace un análisis de la jurisprudencia colombiana más relevante sobre derechos indígenas.

ley. Sin embargo, la tendencia es la de considerarlo un derecho limitado solamente por el respeto a los derechos humanos. Aunque, en ciertos casos, se ha ido más lejos y se ha sostenido que el respeto a los derechos humanos debe evaluarse con los criterios culturales prevalecientes en el entorno indígena. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana le ha dado al derecho indígena una jerarquía superior a la de la ley y ha llegado a admitir la imposición de sanciones contrarias a las permitidas en la misma Constitución bajo el argumento que la pena indígena, eventualmente más dura para la percepción de los no indígenas (azotes, dolores corporales), es el resultado de un entorno cultural distinto.

Los tratados internacionales están sometidos a un control previo de la constitucionalidad, salvo los que no requieren aprobación legislativa¹⁷. Los países que respetan el derecho internacional no pueden invalidar un tratado unilateralmente¹⁸. En materia de derechos humanos no existe duda alguna sobre la imposibilidad siquiera que un tratado pueda ser inconstitucional, pues, tales tratados tienen jerarquía constitucional y pueden ser invocados directamente. Lo que en el Ecuador se debatió fue si los convenios internacionales no aprobados por el congreso podían ser sometidos al control del Tribunal Constitucional (Base de Manta). La conclusión fue que no era posible¹⁹.

Sobre el derecho comunitario originario no hay discusión. Está fuera del control del Tribunal Constitucional bajo los mismos argumentos por los que no hay control posterior de la constitucionalidad de los tratados. En cambio, el derecho comunitario derivado puede ser inconstitucional y, de ser así, inaplicado dentro del territorio ecuatoriano por los jueces comunitarios (jueces ordinarios que aplican el derecho comunitario). El Tribunal Constitucional no podría declararlo inconstitucional con efectos generalmente obligatorios²⁰. En el evento de conflicto entre la Constitución y el derecho comunitario originario la Constitución debería prevalecer para el juez nacional.

¹⁷ Arts. 161 y 162 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

¹⁸ Luis Fernando Torres, *ob.cit.*, 134-139. En los artículos 16, 17, 18 y 19 de la Constitución se reconoce la jerarquía constitucional de los acuerdos internacionales sobre derechos humanos.

¹⁹ Res. 009-TC R.O. 260 (s) 6-02-2001.

²⁰ Res. 016-2002-TC R.O. 669 24-09-2002.

Las reformas constitucionales no han sido declaradas inconstitucionales por el fondo sino, en pocos casos, por la forma. En Argentina y en Ecuador²¹ se abordó el tema de la inconstitucionalidad de reformas constitucionales.

Otro asunto polémico es el de las leyes objetadas por el Presidente por razones de constitucionalidad. En esos casos interviene el Tribunal Constitucional dentro del control previo²². ¿Si este órgano se pronuncia en el sentido que la ley objetada es constitucional, podría esa ley ser, posteriormente, declarada inconstitucional? Parecería que sí en la parte que no fue objetada ni mereció el pronunciamiento del Tribunal.

La interpretación de la Constitución por parte del Congreso se la debe hacer siguiendo el procedimiento para la aprobación de la ley. ¿Podría esa interpretación ser inconstitucional? Es un principio del derecho que la interpretación tiene efecto retroactivo y se incorpora al cuerpo normativo interpretado. Jurídicamente, no se debería, por consiguiente, distinguir entre el texto interpretativo y la Constitución. Sin embargo, en línea con la tendencia prevaleciente acerca de la inconstitucionalidad, por la forma, de las reformas constitucionales, lo único que se podría cuestionar es la inconstitucionalidad, sólo por la forma, del texto interpretativo.

Existen sectores en el Ecuador que desconocen la competencia del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las leyes interpretativas. Varios bloques parlamentarios solicitaron a mediados del 2003 el enjuiciamiento político de los miembros del Tribunal Constitucional que declararon inconstitucional la ley interpretativa expedida por el Congreso sobre el pago del décimo cuarto sueldo²³.

1.2.- CONSTITUCION Y COMUNICACIÓN.-

La Constitución es, ante todo, una pieza de lenguaje²⁴. Su propósito fundamental consiste en comunicar un mensaje. Leerlo y descifrarlo es la

²¹ Luis Fernando Torres, *Legitimidad de la Justicia Constitucional*, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003, 24. Res. 024-99-A-TP R.O. 181 (s) 30-04-99; Res. 026-2000-TP R.O. 54 (s) 10-04-2000.

²² Arts. 276: 4, 154 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

²³ Arts. 130: 4, 284; 141, 142. LOFL Art. 73. El juicio político a los miembros del Tribunal Constitucional fue planteado, a pesar de no ser responsables por las opiniones expresadas en sus fallos

²⁴ Art. 272 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

dura tarea encomendada a los intérpretes constitucionales, quienes tienen varias opciones, entre ellas, descubrir y mantener el sentido original o, simplemente, construir un sentido con la más amplia liberalidad.

El mensaje que el constituyente elabora cuando aprueba o reforma una constitución tiene como finalidad perdurar en el tiempo e inmortalizar la voluntad constituyente originario o derivado. No es un mensaje para un día. Por ello el texto constitucional utiliza un lenguaje general, vago y, muchas veces, ambiguo, lo que invita a que sea el juez constitucional el que interprete normas con esas características.

Dos grandes fuerzas chocan en el trabajo interpretativo, por un lado, la necesidad de preservar el mensaje tal como fue originalmente elaborado por el constituyente y, por otro, el deseo de innovar y actualizar la voluntad constituyente²⁵. Parecería que lo procedente sería descubrir la intención original de quien construyó el mensaje si se concibe a la Constitución como una pieza de lenguaje destinada a comunicar la voluntad del constituyente. La innovación en la interpretación constitucional no busca en la historia constitucional explicaciones ni luces sino en los valores predominantes al momento de realizarse la interpretación. Para el llamado activismo judicial la Constitución no es ni puede ser, en estricto sentido, una pieza de lenguaje. No interesa lo que comunique sino como sirve para desarrollar los valores de los intérpretes.

El verdadero poder constituyente de un Estado no se identifica con el que ha dado origen a la Constitución vigente sino que se diluye en poderes pasados. Por ello, si bien la Constitución es el fundamento de la existencia del ordenamiento jurídico vigente no es la causa de la existencia de cada norma. La Constitución en vigor no es más que la expresión formalizada de una voluntad sólo parcialmente constituyente. El ordenamiento es el resultado de la articulación de una pluralidad de sistemas configurados por distintos poderes constituyentes. "La Constitución sólo es la causa de la juridicidad de las normas creadas por los procedimientos establecidos en ella pero no es la causa de la juridicidad o validez de otras normas que reciben su existencia de sistemas distintos"²⁶. La validez jurídica del Código Civil ecuatoriano vigente desde el Siglo XIX o de las leyes

²⁵ J. Raz, *On the authority and interpretation of constitutions*, in *Constitutionalism*, edited by L. Alexander, Cambridge Univ. Press, 2001, 152-191. C.S. Nino, *ob.cit.*, 71-106.

²⁶ Juan Luis Requejo Pagués, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, 49,50.

expedidas por las dictaduras militares no se deriva de la Constitución aprobada en 1979 y sustancialmente reformada en 1998. La eventual inconstitucionalidad de varias disposiciones de esas leyes no se presume. Por el contrario, su inconstitucionalidad debe ser declarada.

Cuando en un Estado como el ecuatoriano el poder constituyente ha expresado su voluntad con periodicidad (18 constituciones desde 1830), la pregunta lógica que cualquier intérprete constitucional se formularía sería la de saber donde mismo buscar la voluntad original. ¿En la constituyente que estuvo detrás de la Constitución que se encuentra en vigor al momento de llevarse a cabo la interpretación? ¿En todas las constituyentes anteriores?

Si la constitución se encuentra contenida en un documento escrito, el solo hecho de habérsela escrito ya tiene gran trascendencia. Quienes la escribieron se comprometieron formalmente con el presente y el futuro. ¿Debe el intérprete constitucional respetar ese compromiso?

Una de las características del constitucionalismo estadounidense es que la Constitución federal fue escrita como documento fundacional de un determinado orden político al que se sometieron quienes la redactaron y las generaciones futuras²⁷. A pesar de ello se ha discutido intensamente sobre los alcances del documento escrito. Una de las preguntas fundamentales ha sido la de si una generación pasada puede obligar a otra con un pacto o documento escrito. Otra inquietud ha sido la de averiguar si fuera de la constitución escrita y codificada pueden existir normas con rango constitucional.

Los constituyentes estadounidenses aprobaron una Constitución con un catálogo mínimo de derechos básicos entre 1787 y 1791 y desde ese entonces han introducido varias enmiendas. ¿Existen premisas con status constitucional que no se encuentren formalmente dentro de las normas de la Constitución? Sí. Tal es el caso de varias limitaciones a los gobiernos federal y estatales, entre ellas, aquella según la cual el gobierno no puede establecer una religión. Y debido a que desde la segunda guerra innumerables disputas morales se han transformado en conflictos constitucionales (segregación racial, acción afirmativa, aborto, eutanasia,

²⁷ Jed Rubenfeld, *Legitimacy and Interpretation*, in *Constitutionalism*, edited by Larry Alexander, Cambridge Univ. Press, 2001, 214.

homosexualidad) bajo el amparo de la 14ª enmienda, los resultados judiciales han alcanzado una categoría entre legal y constitucional²⁸.

La tarea interpretativa en los Estados Unidos se ha desarrollado, en las décadas de los ochenta y noventa, en tres grandes líneas²⁹. En primer lugar, si uno de los propósitos de la Constitución es el fortalecimiento de la democracia representativa, la legitimidad del juez constitucional, el Tribunal Supremo, dependerá de la magnitud con que promueva los principios de la democracia representativa y cuide que la voluntad de mayorías amorfas no sea alterada ni destruida por activos grupos minoritarios. A los jueces constitucionales se les debe pedir que sean fieles a los fines de la democracia representativa. En segundo lugar, los jueces constitucionales actúan con sentido verdaderamente democrático cuando preservan las estructuras creadas en los pocos, aunque extraordinarios, periodos revolucionarios, donde se producen los más altos niveles de creación jurídica y legislativa. Una Corte Suprema respetable será capaz de invalidar leyes producidas en épocas normales, inspirándose, para ello, en principios elaborados en periodos revolucionarios³⁰. En tercer lugar, al margen de lo que puede ser o no democrático para el juez constitucional, lo que cuenta es la obligación de interpretar la constitución según la voluntad original del constituyente. Si la Constitución es un contrato obligatorio sus cláusulas o normas deben interpretarse tal como fueron usadas y comprendidas al tiempo de su establecimiento. Estas tres corrientes han sido desarrolladas por John Hart Ely, Bruce Ackerman y Bork, respectivamente. Últimamente, en la Corte Suprema Federal han tenido gran eco los originalistas o textualistas frente a los partidarios del activismo judicial.

3.- METODOS DE INTERPRETACION.-

Es reciente el descubrimiento de los métodos de interpretación de la Constitución. Cuando a ésta se la consideraba documento político no se la interpretaba. Desde que se la consideró una norma jurídica apareció la

²⁸ Michael Perry, *What is the Constitution*, in *Constitutionalism*, edited by Larry Alexander, 99, 106 y 133.

²⁹ Richard Posner, *Overcoming Law*, Harvard Univ. Press, 1995, 198-255. Estudia y analiza el pensamiento de John Hart Ely (*Democracy and Distrust*), Bruce Ackerman (*We the People*), Bork (*The Tempting of America*).

³⁰ Para Bruce Ackerman esos periodos han sido los correspondientes a la fundación del gobierno federal, la guerra civil y el nuevo pacto.

necesidad de interpretarla³¹. Al menos en Europa la Constitución comenzó a ser interpretada recién a mediados del siglo XX. Antes se interpretaba la ley, por cierto, con los métodos conocidos hasta entonces, que fueron formulados por Savigny en cuatro grandes categorías: gramatical, sistemático, histórico y teleológico. La forma en que se ha interpretado la ley ha tenido, sin lugar a dudas, influencia en la interpretación constitucional. Día a día, sin embargo, se han ampliando las diferencias y ahora existe un sistema de interpretación constitucional con identidad propia.

En la Constitución y en la ley se expresan dos voluntades diferentes, la del constituyente y la del órgano legislativo de una democracia representativa. Existe una distancia temporal entre ellas. El legislador ordinario es el representante, en cada momento histórico, de la soberanía popular³². Las leyes varían según las directrices políticas que lo impulsen. La Constitución es menos variable y más consistente en el tiempo³³. Mientras un reglamento se limita a ejecutar una ley, de la cual depende su existencia jurídica, la ley no es la mera ejecución de la Constitución. Es más bien el resultado de la acción legislativa inspirada en un valor trascendental como el del pluralismo político. El legislador goza de gran libertad de configuración. Ni siquiera debe fundamentar su acción legislativa, pues, está revestido de legitimidad democrática y expresa la soberanía popular. El juez, por el contrario, debe fundamentar sus fallos. La ley goza de una especial jerarquía jurídica y política y, por ello, se debate con tanto ardor sobre la legitimidad del control de la constitucionalidad de las leyes. Debido a las marcadas diferencias entre una y otra la interpretación de la

³¹ Javier Pérez Royo, *Curso de derecho Constitucional*, 7ª. Ed., Madrid, Marcial Pons, 131-151, desarrolla las particularidades de la interpretación de la Constitución y expone sus métodos interpretativos, en cierto modo distintos de los métodos aplicados para la interpretación de la ley, respecto de lo cual se puede consultar a los siguientes autores de derecho civil: Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil Ecuatoriano*, Vol. I, Quito, CEP, 1984, 237-331. Alfredo Pérez Guerrero, *Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano*, Quito, Univ. Central, 1940, 275-317. Carlos Ducci, *Interpretación Jurídica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, 45-49, 91-149. Los civilistas han sido los encargados de estudiar el complejo tema de la interpretación de la ley y, sobre todo, de los límites a la retroactividad de las leyes interpretativas que, por mandato del Código Civil (Art. 7, regla 23) se entienden incorporadas a las leyes interpretadas.

³² E. García de Enterría, *Los fundamentos constitucionales del Estado*, REDC, 52, 11-32.

³³ Javier Pérez Royo, *ob.cit.*, dice que la ley no existe, la Constitución sí. En el ordenamiento no existe ley sino código civil, ley tributaria. La Constitución tiene intérpretes privilegiados. La ley está destinada a ser interpretada por todos los ciudadanos y por ello se dice que la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna.

ley no puede ser similar a la de la Constitución. Las disposiciones constitucionales no tienen estructura normativa y son pocos los que pueden interpretarlas. Las leyes tienen contenido normativo y su interpretación está al alcance de los ciudadanos.

La interpretación constitucional tiene un vértice axiológico³⁴. La constitución es un conjunto de reglas y de principios que sirve a un sistema de valores. ¿Debe el intérprete inclinarse por el finalismo, antes que por el literalismo, y privilegiar, así, los valores constitucionales? Lo lógico es que sea así, aun cuando esto promueva el activismo judicial, otorgándoles a los jueces constitucionales un gran margen de discrecionalidad.

Lo que le caracteriza a la Constitución es que tiene la condición de norma jurídica vinculante con todos los poderes públicos sometidos a ella. Además, puede y debe ser aplicada directamente, preside toda la interpretación realizada por los jueces, sus preceptos son justiciables y, a diferencia de otras normas, incorpora valores.

La jurisprudencia constitucional alemana ha visto a la Constitución y a sus derechos fundamentales como un orden objetivo de valores no necesariamente equilibrado por el constituyente y, por ello, ha abusado de la ponderación a fin de restituir el balance entre valores³⁵. Una interpretación finalista ha sido la causa de este activismo alemán.

Cinco métodos se han diseñado para interpretar la Constitución³⁶. En primer lugar, el de la unidad de la Constitución. Este es el punto de partida del orden jurídico. En segundo lugar, el de la concordancia práctica. El objetivo es evitar que una norma sea sacrificada por haber entrado en colisión con otra. Según este método las normas constitucionales se justifican mutuamente. En tercer lugar, el de la corrección funcional. Se trata de cuidar la fidelidad de las normas a los valores constitucionales. En cuarto lugar, el de la función integradora. El propósito es el de incorporar e incluir todos los conceptos y las posiciones posibles con el menor número

³⁴ E. García de Enterría, *ob.cit.*

³⁵ Pablo de Lora, *Tras el rastro de la ponderación*, REDC, 60, 2000, 359-365.

³⁶ Yann Aguila, *Cinq questions sur l'interpretation constitutionnelle*, RFDC, 21, 1995, -46. Torsten Stein, *Criterios de interpretación de la Constitución*, 131-142; Javier Pérez Royo, *ob.cit.*, 131-151. Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional*, Vol. 2, Guayaquil, Edino, 101-105 acepta la validez instrumental de las reglas de interpretación clásica formuladas por Savigny y sostiene que la interpretación judicial de la Constitución se mediatiza, por lo general, a través de la interpretación primero de la ley.

de exclusiones. Finalmente, el de la fuerza normativa de la Constitución para asegurar su carácter de norma jurídica invocable ante los tribunales y directamente aplicable por los poderes públicos.

La interpretación de la Constitución se la ha considerado una interpretación de los límites impuestos por ella misma. El juez constitucional debe moverse por los contornos de la Constitución y hacer una reverencia al contenido, puesto que son los límites y las formas las que entran en discusión con motivo de la interpretación constitucional. Cuando el intérprete desborda su función se vuelve cuestionable el grado de su legitimidad³⁷.

La jurisprudencia ecuatoriana ha reconocido la importancia de los métodos de interpretación constitucional al sostener que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, un todo orgánico, con principios liberales y, en consecuencia, ninguna disposición debe considerarse aisladamente ni se puede anular la eficacia de alguno de sus preceptos ni desconocer el sentido finalista de la Constitución y sus derechos³⁸.

4.- EL DESAFIO DE LOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES.-

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la interpretación auténtica de la Constitución la realiza, por mandato constitucional expreso, aunque no excluyente, el Congreso Nacional. El Tribunal Constitucional, sin que la Constitución le atribuya explícitamente esta competencia, también la interpreta cuando ejerce el control en abstracto. Los jueces, en otro nivel, pueden, asimismo, interpretarla cuando aplican el control en concreto. La Ley Orgánica de la Procuraduría del Estado le faculta al Procurador para que absuelva consultas sobre el sentido de la Constitución. El Presidente de la República, encargado por la misma Constitución de hacerla cumplir, puede interpretarla en el ámbito de su competencia. Otros órganos estatales, al igual que el Presidente, interpretan la Constitución cuando la aplican en el ámbito que les corresponde ejercer jurisdicción. En todo caso, tal como está diseñado el sistema constitucional ecuatoriano, la interpretación auténtica de la Constitución realizada por el Congreso, como constituyente derivado, prevalecería sobre cualquiera otra, siempre

³⁷ Jed Rubenfeld, *Legitimacy and Interpretation in Constitutionalism*, edited by Larry Alexander, 2001, 19-235.

³⁸ Caso 137-99 R.O. (s) 185-05-99, Caso 394-RA-01-IS R.O. (s) 380 31-07-2001, Caso 066-2001-TP R.O. (s) 327 16-05-2001.

que no atente contra los derechos fundamentales (entre ellos, la seguridad jurídica) y los valores declarados por el constituyente originario.

Algunos autores³⁹ sostienen que la interpretación de la Constitución no puede estar restringida solamente a los intérpretes estatales, puesto que la Constitución es algo más que un texto o un código normativo limitado a cumplir las funciones de fundar y legitimar el poder y controlarlo. Es, además, cultura en la medida que prescribe los valores de una sociedad abierta y reconoce el vigor del pluralismo social. Las constituciones vivientes son obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta y no solamente de los intérpretes estatales. Una concepción amplia de la Constitución como ésta, extendiéndose desde las regulaciones del poder y del Estado hasta la estructura social, sirve, a sus defensores, para defender la presencia de intérpretes sociales de la Constitución.

La Constitución la construyen y levantan, día a día, quienes la aplican y se someten a sus valores, principios y reglas. La ingeniería constitucional es comparable al largo y difícil proceso por el que pasó la construcción de las grandes catedrales, obras de siglos y de generaciones⁴⁰. Debido a que los arquitectos que participaron en el diseño y la construcción de las monumentales catedrales europeas sabían que no tenían el control total del producto final que habían concebido y comenzado a edificar, tuvieron la prudencia necesaria para no imprimir un estilo único (gótico, románico). Fueron conscientes que, con el transcurso del tiempo, iban a intervenir otros diseñadores y constructores y que, en la obra final, no estarían únicamente sus ideas y sueños sino también las de aquellos sucesores que, por razones temporales, aseguraban la continuidad del proyecto. La verdadera obra constitucional es parecida. Unos diseñan la Constitución y la aprueban. Otros la aplican, la reforman y la interpretan. Para que la tarea de construcción constitucional tenga éxito en el tiempo no puede ningún actor estatal, político o social apropiarse de la obra, pues, debe saber que lo que haga no tendrá un valor absoluto sino parcial, a menos que se destruya el orden jurídico y democrático sobre el que se asienta el gran edificio constitucional. La Constitución no es un simple contrato celebrado entre aquellos constituyentes que intervienen en su aprobación. Es, como ya anunció Carl Schmitt⁴¹, resultado de un proceso histórico

³⁹ Peter Haberle. *La Sociedad abierta a los intérpretes constitucionales, en la Constitución como norma*, Bogotá, Univ. Externado, 2002, 111-151.

⁴⁰ C.S. Nino, *ob.cit.*, 65-109.

⁴¹ Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*, publicada en 1928 en Munich.

intenso, de tal manera que la Constitución recrea la historia de un pueblo y forja su identidad sobre circunstancias ancestrales.

Los intérpretes de la Constitución tienen límites. Su tarea jamás puede ser integral. Es parcial. Hacen aportes dentro de un largo proceso. Nada más. La Constitución no les pertenece.

A raíz del advenimiento de la justicia constitucional en el Ecuador una pregunta ha surgido con el carácter de fundamental: ¿cómo han cumplido los intérpretes constitucionales y, particularmente, los jueces constitucionales la tarea de construcción constitucional en el entorno democrático prevaleciente?

HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS EN EL ORDEN JURISDICCIONAL ¹

Dr. Moisés Troconis Villarreal²

I. Entiendo que este Curso tiene la pretensión de examinar el Derecho sobre su propio hacer, a través de la reflexión sobre su propio proceder, es decir, como dice Larenz, sobre los medios de conocimiento de que se sirve.

Por tanto, se trata de la autorreflexión hermenéutica del Derecho, entendida la Hermenéutica como la teoría sobre las condiciones de posibilidad y sobre el especial modo de comprender lo que tiene sentido (Larenz), o como la comprensión de las manifestaciones de la vida puestas por escrito (Dilthey).

Y como la interpretación envuelve el paso de lo abstracto a lo concreto y de lo concreto a lo abstracto, se trata de una autorreflexión sobre este “movimiento perpetuo” (André-Vincent).

Entiendo además que el Curso tiene la pretensión de reflexionar sobre sí, cómo y bajo qué condiciones se puede avanzar en la interpretación metódicamente con rectitud; por tanto, sobre sí y bajo qué condiciones se puede considerar “acertada” la obtención del sentido de lo que ha sido objeto de interpretación.

II. En este contexto, la breve exposición a mi cargo se desarrollará en dos movimientos: primero, intentaré mostrar la debilidad de algunas de las bases en que hemos sustentado el esfuerzo interpretativo; luego, intentaré observar qué permanece como resultado de dicho esfuerzo, si es que algo permanece; al final, es probable que nuestra reflexión quede a la intemperie.

¹ El texto es la versión impresa de la conferencia que dictara en el auditorium del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en el marco de un Curso sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica.

² Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ex - Magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

III. Hay un fenómeno de la naturaleza que siempre ha atraído mi interés: es el fenómeno de la metamorfosis de los lepidópteros. En cierto momento, la oruga se detiene, elabora un capullo y se introduce en su interior; luego, no se sabe cuándo ni por qué, los fagocitos que le servían para defenderse de las agresiones del mundo exterior comienzan a atacar su propio organismo y a destruir sus órganos, también el sistema digestivo, tan importante para la oruga; lo único que queda es el sistema nervioso; luego, no se sabe cuándo, la oruga comienza a hacer movimientos para salir del capullo, en un esfuerzo agónico que la deja exhausta; insiste una y otra vez hasta que logra salir de un capullo que primero la protegía y ahora la aprisiona. El espectáculo es desagradable: lo que se observa es un insecto temblando, con las alas ajadas y pegadas al cuerpo; luego, entra en un estado de absoluta inmovilidad y, finalmente, cuando nadie podría anticiparlo, el insecto separa las alas y echa a volar.

De este fenómeno de la metamorfosis cabe derivar imágenes y reflexiones de diversa índole. Sin embargo, a propósito de las consideraciones que siguen, nos limitaremos a destacar que, en el mundo del Derecho, también construimos capullos a base de conceptos y nos refugiamos en su interior; el problema es que, a veces, permanecemos en ellos aunque hayan perdido su capacidad explicativa. Atentos a esta circunstancia, observemos el momento judicial de la interpretación normativa.

IV. No hay duda del alcance de la *potestas* de los jueces. Carnelutti enseña que la *potestas* no es *iubere licere*, como el derecho subjetivo, sino más bien *iubere debere*, es decir, no es solamente “poder mandar”, sino “deber mandar”. Se trata de una potestas cuyo alcance fue expresado en términos extremos por Paolo di Castro, Mascardi y Scaccia en el siglo XVI: *Res iudicata ideo facit ius* (por tanto, la cosa juzgada hace derecho), *quod non potest retractari* (por cuanto no se puede revocar), *quia facit de albo nigrum* (ya que hace de lo blanco negro), *originem creat* (crea desde el origen), *equat quadrata rotundis* (transforma lo cuadrado en redondo), *sanquinis vincula* (une por la sangre), *et falsum in verum mutat* (y transforma lo falso en verdadero).

Sin embargo, el acto que expresa el ejercicio de esta potestas se halla sometido a límites. Durante el Curso se habrán detenido ustedes con frecuencia en estos límites. Uno de ellos es que la sentencia ha de ser internamente consistente y racionalmente fundada. A propósito de la

fundamentación racional de la sentencia, el criterio hermenéutico previsto en el Código Civil ha jugado un papel determinante: a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellos entre sí y la intención del legislador. Se trata de dos técnicas de interpretación: el significado propio de las palabras y la intención del legislador; ahora bien, no son técnicas dirigidas a descubrir el significado de la ley, sino a atribuírsele; además, son técnicas problemáticas, visto que no hay lugar a su jerarquización completa y exhaustiva: en efecto, la disposición no disciplina la posibilidad de contraste entre ambas técnicas y, por tanto, tampoco indica la que debe prevalecer. Caso de presentarse el contraste, habrá que admitir que la decisión sobre el criterio preferente dependerá de la discrecionalidad del juez, a la vista de las circunstancias del caso concreto.

Por otra parte, es común que el intérprete apele a criterios que, como el sistemático, no aparecen expresamente indicados en la disposición del Código Civil.

En cuanto al criterio de la intención del legislador, la citada disposición no lo define, de modo que puede referirse a la intención del legislador histórico o a la *ratio legis*. De referirse al legislador histórico, se sabe que no siempre es posible identificar lo que haya podido ser su intención, y que, en consecuencia, debe tenerse por tal la que se exprese en la objetividad del texto aprobado. A la vez, éste se halla interrelacionado con otros textos, y todos ellos, tanto más articulados cuanto más complejo es el sistema, están destinados a cambiar en el transcurso del tiempo, bien por la puesta en vigencia de otras disposiciones, bien por la abrogación, total o parcial, expresa o tácita, de las disposiciones preexistentes.

Y en cuanto a la *ratio legis*, queda por preguntarse cuál de entre sus varios conceptos es el más adecuado.

Todo ello sin contar con que, como sabemos, las formas lingüísticas que la ley recoge, y a través de las cuales aspira a traducir la realidad, no son sino una brevísima simplificación de ésta, y con que la ley se basa en la previsión y descripción de una serie de acontecimientos, ligados a una experiencia que, por la infinita variedad de casos posibles, es siempre más compleja que las palabras con las que se trata de recoger sus trazos esenciales y sus elementos típicos.

Finalmente, la experiencia social sobre la cual se apoya la ley puede ser superada en algún dato esencial por la experiencia futura, y entonces habrá que resolver el hiato que se suscite entre la intención del legislador histórico y la *ratio legis*, para el momento de la aplicación de la ley.

En las circunstancias expuestas, cabe dudar de la solidez de algunos resultados de la reflexión hermenéutica. Podría pensarse en que al menos la máxima *in claris non fit interpretatio* permanece en pie. No obstante, la certidumbre cesa cuando se piensa en que la claridad de un texto presupone su interpretación, y cuando se observa el origen de la máxima: en efecto, en el Derecho Común se encontraban, una junto a otra, la ley emanada de la voluntad del Príncipe y la *ratio* del Derecho elaborado por los Doctores. La voluntad del Príncipe debía insertarse sin alteraciones en el *corpus* del Derecho Común; por tanto, la sentencia fundada en la *ratio* del Derecho de los Doctores era nula si se pronunciaba en un caso previsto expresamente por la ley; es decir, en el caso "*in claris*" de la voluntad del Príncipe, no había lugar a la *interpretatio* como *ratio* de los Doctores. Puede observarse de este modo que el significado histórico de la máxima es distinto al que a veces se le atribuye.

¿Qué queda entonces en pie? Hasta la posición inicial del intérprete es compleja: la interpretación normativa, ¿debe hacerse con sumisión al texto o con independencia del texto? Betti refiere a este propósito una expresión mística, que también es frase de boleros: *nec tecum vivere possum nec sine te*. La expresión -que significa "no puedo vivir contigo ni sin ti"- ilustra la idea según la cual la interpretación no puede someterse absolutamente al texto, ni hacerse absolutamente sin él.

Y la posición final del intérprete es aún más compleja, si se considera, desde la perspectiva de Gadamer, que la interpretación, más que la búsqueda y encuentro del sentido de un enunciado, es la búsqueda y encuentro de la palabra justa (*treffendes Wort*). Así, cuando al juez corresponde ser el árbitro de un conflicto entre interpretaciones posibles, de hecho y de derecho, deberá buscar con rectitud el sentido del enunciado de que se trate, sentido que, sin embargo, habrá de explicar en su discurso desde su tradición de cultura.

V. En un segundo movimiento quisiera dar cuenta de algunas ideas más o menos estables.

En primer lugar, entendemos que la contraposición sujeto-objeto es un presupuesto del acto interpretativo: es decir, yo no puedo interpretarme a mí mismo porque no soy algo diverso de mí; yo me analizo y me expreso, pero no me interpreto en el sentido propio del término. La interpretación es, por tanto, un momento de intersubjetividad: es decir, el objeto de la interpretación no deja de ser tal porque pase a través de mi subjetividad para ser interpretado; no deja de ser tal porque el intérprete se inserte, con la riqueza o la pobreza de sus recursos personales, en el proceso de comprensión de lo que fue pensado y querido por otro; en definitiva, el objeto no deja de ser tal porque el intérprete contribuya a constituir el objeto mismo que interpreta.

En segundo lugar, reconocemos que es la “intencionalidad” de ese objeto lo que constituye el dominio propio de la interpretación.

En este contexto, quisiera dar cuenta de los que, a juicio de Reale, son los presupuestos específicos del acto interpretativo: primero, toda norma, siendo la representación de un valor y objeto de un acto de voluntad, no puede no ser interpretada: es lo que llama la esencialidad del acto interpretativo; segundo, la interpretación jurídica es de naturaleza axiológica, en cuanto presupone una valoración objetivada del enunciado normativo: es lo que llama la esencialidad axiológica del acto interpretativo; tercero, toda interpretación se encuentra condicionada por una serie de situaciones de hecho: es lo que llama la esencialidad de la condicionalidad fáctica del acto interpretativo; y cuarto, toda interpretación tiene como presupuesto el carácter necesariamente lógico del enunciado normativo, así como su conexión con la totalidad del ordenamiento: es lo que llama la esencialidad lógica del acto interpretativo.

Desde la esencialidad axiológica del acto interpretativo, destaquemos ahora la valoración del orden normativo que cabe hacer desde sus principios. En el mundo del Derecho, ¿qué se entiende por principio?

VI. La comprensión de un fenómeno jurídico, al igual que la de cualquier otro fenómeno, depende de que el mismo tenga sentido. El sentido de un fenómeno depende de la existencia de razones suficientes que le sirvan de fundamento. A la razón primera que sirve de fundamento a un fenómeno se le llama principio. Así, principio es la razón primera que sirve de fundamento a un fenómeno, que lo dota de sentido y que permite su comprensión.

Todos sabemos de la dificultad de hacer conexiones deductivas desde los principios, a causa de su generalidad y abstracción, así como de los problemas que se crean con motivo de su aplicación concurrente. No obstante, se trata de una de las valoraciones primeras del orden jurídico; se trata además de una valoración necesaria porque, como recuerda Domat, en el prefacio de un libro escrito entre 1689 y 1694, “muchas reglas son oscuras porque están demasiado lejos de los principios de las que derivan”. Esta idea es útil para poner de relieve que el proceso interpretativo se desenvuelve en dos espacios: en un espacio primero entre el principio y la regla, que es el que ahora nos interesa, y en un espacio segundo entre la regla y el caso; y si bien el proceso interpretativo se traduce en el paso de un enunciado general y abstracto a una directiva particular y concreta del comportamiento, en esta directiva deben expresarse las valoraciones fundamentales del sistema.

VII. Todos estamos habituados a la presencia de estos principios en el ámbito del *processus iudicii* (es decir, proceso del juicio o para el juicio: es preferible la expresión en latín porque pone énfasis en el juicio y no en el proceso), donde las valoraciones fundamentales del sistema giran en torno a las categorías de Jurisdicción, Acción y Proceso, y se expresan a través de principios que fungen de garantías.

Un primer principio es el que responde a la necesidad de acceso efectivo al servicio de justicia, necesidad que impone que el acceso sea libre e igual; un segundo principio es el que responde a la necesidad de imparcialidad del juez y de los demás funcionarios judiciales, necesidad que impone la presencia de un juez natural, autónomo e independiente; un tercer principio es el que responde a la necesidad de que las partes sean oídas y, por tanto, a las necesidades de la defensa y del contradictorio; un cuarto principio es el que responde a la necesidad de igualdad de tratamiento de las partes; un quinto principio es el que responde a la necesidad de procuración de la “verdad” en lo que concierne a los hechos de la controversia: aludo aquí únicamente a la procuración de la “verdad” porque, como se sabe, el juicio sobre los hechos de la controversia es un juicio de probabilidad, y depende de una prueba que, como dice Capograssi, implica hacer comparecer de nuevo como presente aquello que es pasado, volver inmediato a aquello que ha desaparecido en su inmediatez, hacer representar como vivos sentimientos que ya se han apagado y, lo que es aún más singular, representar como íntegra una situación ya desintegrada; con estos

elementos se espera que el juez interprete y haga justicia. Un sexto principio es el que responde a la necesidad de la eficacia del proceso, es decir, a la necesidad de que el proceso sirva de instrumento idóneo para dar satisfacción oportuna al interés que se juzgue digno de tutela; y un séptimo principio es el que responde a la necesidad de que la tutela que otorgue la sentencia adquiera autoridad de cosa juzgada.

VIII. Ahora bien, los principios enunciados cumplen una función superior a la simplemente integradora que les asigna la disposición del Código Civil: cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del Derecho.

En verdad, en el ámbito de su función hermenéutica, los principios guardan más bien correspondencia con las orientaciones de antiguos juristas.

En efecto, a juicio de Cicerón, los *principia iuris* fundan el derecho, sirven como tamiz a las leyes y de ellos es expresión el Derecho de Roma. En una de sus obras más conocidas, *De legibus*, reconoce que los *principia* deben buscarse en la *lex*, pero a condición de que ésta se considere como *ratio summa*, *ratio* que según algunos consiste en la *prudentia*, la cual, para muchos, se traduce en *aequitas*. Aún más, si se quiere buscar el nacimiento del Derecho, es necesario remontarse a la *natura* dirigida por los dioses que han creado al hombre, que es partícipe de la *ratio* y, con mayor razón, de la *recta ratio*, que es común y pone en comunidad a los hombres y a los dioses. Más adelante dirá –y es una de las ideas que quisiéramos destacar– que las leyes tienen que ser juzgadas, y que son reconocidas como tales solamente aquellas que guardan conformidad con los *principia iuris* y, por consiguiente, con la *ratio* que pone en comunidad a hombres y dioses, mientras que las otras no son leyes.

En Gayo (D. 1.2.1), en cambio, se usa *principium* como origen, como aquello que tiene en sí su propio fundamento y sobre lo cual se fundan las otras partes de un todo. Sobre este particular hay un texto muy conocido de Gayo que conviene citar para poner de relieve la necesidad de la purificación, a través de los *principia iuris*, del intérprete y de su actividad interpretativa:

[...] ciertamente, de cada cosa, el principio es la parte más autosubsistente. Entonces, si en el foro, para aquellos que tratan las causas, parece ser, por así decir, nefasto exponer la cuestión al juez sin haber hecho algún prefacio, ¿cuánto más inconveniente será, para aquellos que prometen la interpretación, tratar inmediatamente la materia, pasando por alto los inicios y sin remontarse al origen y, por así decir, sin haberse lavado las manos? [...].

Por tanto, para Gayo, la consideración de los *principia* es un momento imprescindible de la actividad interpretativa; éstos no son una parte cualquiera del todo: es aquella que tiene en sí, más que las otras partes, el propio fundamento; es sostén de las otras partes y, en consecuencia, es la más cargada de elementos que permiten comprender cuanto ha sucedido. El principio es pues la primera entre las partes de una realidad, por su rango, por su eficacia y por su inteligibilidad.

En resumen, el mensaje de Cicerón es que los *principia iuris* sirven de instrumento conceptual idóneo para llevar a cabo un análisis de la norma, a la luz de la *recta ratio*, que pone en comunicación al hombre con la divinidad, que es el principio de todo. Y el mensaje de Gayo es que tales principios, ligados a los momentos fundacionales del Derecho Romano, son la parte del todo que “es más en sí”, y que funda, sostiene y constituye el orden.

Así pues, hay que acudir ante todo a los principios, y no deberá hacerse interpretación alguna sin antes ... haberse lavado las manos en ellos.

IX. Como sabemos, los *principia iuris* se hallan en el *Corpus Iuris Civilis*, así como en las obras maduradas a partir de él, pero la primera codificación que reenvía a los “principios generales del Derecho” se encuentra en el artículo 15 del Código Civil Albertino de 1838, que dice:

Quando una controversia no se pueda decidir ni de la palabra, ni del sentido natural de la ley, se prestará atención precisamente a los casos símiles decididos por las leyes, y a los fundamentos de otras leyes análogas: si a pesar de ello se mantuviera el caso dudoso, deberá decidirse según los principios generales del derecho,

poniendo atención a todas las circunstancias del caso.

De allí al artículo 3 del Código Civil italiano de 1865, al artículo 6 del Código Civil español de 1889, al artículo 4 del Código Civil venezolano de 1916.

Consideremos ahora los principios desde el orden constitucional.

X. Como sabemos, la Constitución atiende, entre otras, a la necesidad de fundamentación del orden jurídico y de las decisiones que por éste se pronuncian. Es la función de legitimación que la doctrina le atribuye. En un Estado constitucional, la función legítimante ha de ser cumplida por los derechos fundamentales, y la tarea ha de ser la reconstrucción hermenéutica de los citados derechos, en su contenido actual, para hacer que desplieguen su potencial aplicativo, en los límites fijados por el propio orden constitucional.

Así pues, la aplicación del Derecho necesita de una fundamentación a partir de principios, cuales son los derechos fundamentales. Por ello, las decisiones de la Sala Constitucional son, finalmente, decisiones sobre principios.

En este contexto, parece oportuno añadir que el nuestro no es solamente un Estado constitucional, sino también un Estado social, y que la afirmación de este principio impone la tutela prevalente de los derechos sociales, tutela que se manifiesta a través de prestaciones de contenido procedimental, dirigidas a la satisfacción progresiva de tales derechos. Por ello, cuando el artículo 82 constitucional prescribe que toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, la satisfacción progresiva de este derecho impone el deber de implantar una organización dirigida a este propósito, dotarla de recursos humanos y financieros e instaurar un procedimiento de acceso, de modo que cualquier persona pueda hacer la respectiva solicitud ante dicha organización y, caso de cumplir los requisitos, optar a la adquisición de una vivienda.

Luego de esta digresión, retornemos a la cuestión de la hermenéutica constitucional de los principios.

Alexy advierte que el discurso relativo a los derechos fundamentales no está ligado a las decisiones que se toman en el procedimiento de producción legislativa, sino que se halla preordenado a ese procedimiento y por encima de él. Ello significaría que en ese discurso falta el factor de vinculación más importante para la argumentación jurídica, cual es la ley. Su lugar vienen a ocuparlo determinaciones abstractas y abiertas de los derechos fundamentales.

En relación con este problema, el Tribunal Constitucional alemán había ya señalado, en decisión del 14 de febrero de 1973, que

El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un *plus* en lo que toca al derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional.

En efecto, en sus decisiones, el Tribunal Constitucional alemán califica a los derechos fundamentales de principios de un orden jurídico global, cuyo contenido normativo dota de estructura al sistema de reglas en conjunto. Por ello, la dogmática alemana de los derechos fundamentales se ha ocupado, ante todo, del contenido esencial de estos derechos; de las barreras que les son inmanentes; de la "interacción" entre los derechos fundamentales y las leyes; de la "irradiación" de los derechos fundamentales sobre los demás ámbitos del derecho; del efecto de estos derechos sobre los terceros; de los deberes de protección y provisión por parte del Estado, visto que los derechos fundamentales constituyen principios elementales del orden jurídico; y de la "protección dinámica" de tales derechos.

Todo ello ha dado lugar a un cambio de perspectiva en la interpretación del orden jurídico, donde el centro de gravedad no es la ley sino los principios del orden constitucional. Estos principios ya no son un medio al que se acude "si hubiere todavía dudas", como prescribe el artículo 4 del Código Civil. A ellos debe acudir en primer lugar, no en último lugar.

En resumen, se ha producido un cambio en la concepción de los derechos fundamentales: ya no son simples derechos de defensa, garantes de la libertad y de la legalidad, sino principios que sustentan el orden jurídico;

por otra parte, cabe reconocer la estructura flexible del Derecho y, en particular, la estructura abierta de la Constitución; de este modo, la argumentación jurídica se ha abierto a la consideración de principios morales y objetivos políticos que, sin duda, relajan la vinculación lineal de la justicia a lo previamente establecido por el legislador.

Así, la interpretación constitucional, a diferencia de la interpretación legal, enfrenta los problemas centrales de funcionamiento de todo el sistema jurídico.

Sin embargo, esta nueva perspectiva también ha reabierto el problema de la "indeterminación del derecho", sobre todo cuando, como en el caso del Tribunal Constitucional alemán, ya no se observa la Constitución como un sistema de reglas estructurado por principios, sino como un orden concreto de valores. Es decir, se entienden los principios como valores. Las normas-principio descansarían en decisiones valorativas. Y si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma no lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios, en el marco de lo fácticamente posible, hace menester una ponderación orientada a fines. No obstante, como en principio ningún valor puede pretender una primacía incondicional sobre los demás, en la tarea de ponderación, la aplicación de los valores habrá de hacerse teniendo a la vista las circunstancias del caso concreto.

En palabras de Böckenförde,

La concretización es la implementación creadora de algo que sólo viene fijado en lo tocante a orientación o a principio, y que en todo lo demás está abierto, y (que) ha menester que se lo determine y se lo configure para convertirlo en una norma aplicable.

Ahora bien, como destaca Habermas, en la medida en que un Tribunal Constitucional adopte la "teoría del orden valorativo" y la coloque en la base de sus decisiones, aumentará el peligro de juicios irracionales, porque con ello cobrarán primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos.

En este orden de ideas, ya Denninger había señalado que los valores sólo pueden ser relativizados a su vez por valores; pero el proceso de preferir unos valores a otros, o de posponer unos valores a otros, escapa a todo rigor conceptual y lógico. Por ello, Habermas insiste en la necesidad de considerar los derechos fundamentales como principios jurídicos y no como orientaciones valorativas.

No entraremos ahora al examen de la diferenciación entre valor, principio y regla, por cuanto será el centro de reflexión de un distinguido expositor. Únicamente recordaremos que, según la doctrina, los valores giran en torno a la idea de lo mejor, en torno al sentido del bien, mientras los principios giran en torno a la idea de lo debido. Por ello nos parece que, en el discurso jurídico, cabe utilizar con preferencia la noción de principio.

Y en cuanto a la diferenciación entre principio y regla, procede apelar a la enseñanza de Dworkin, a propósito del comportamiento de aquéllos en caso de colisión. A su juicio, un conflicto entre reglas sólo puede resolverse, o bien introduciendo una cláusula de excepción, o bien declarando no válida una de las reglas en conflicto. Esta decisión toda-ona no es necesaria en caso de un conflicto entre principios. Ciertamente, goza de primacía el principio que corresponda, pero no por ello pierden su validez los desplazados por él. Y es que, en las reglas, el conflicto se desenvuelve en la dimensión de su validez, mientras que, en los principios, se desarrolla en la dimensión del peso. Se trata de una imagen que conduce al denominado principio de ponderación, según el cual, han de sopesarse los principios a la luz de las circunstancias del caso concreto, para determinar cuál de ellos ha de aplicarse con preferencia. No abundaremos en él porque su explicación estará a cargo de otro distinguido expositor.

Dworkin caracteriza su procedimiento crítico-hermenéutico como una "interpretación constructiva", en la cual todo juez habría de llegar, en todos los casos, a una decisión idealmente válida, compensando la supuesta "indeterminación del derecho" por la vía de buscar la fundamentación de su sentencia en una teoría que tendría por objeto la reconstrucción del orden jurídico en cada caso, de modo que el derecho vigente pudiera mostrarse como justificado a partir de un conjunto ordenado de principios.

XI. El problema que antecede nos remite al peligro de la eventual manipulación de los principios por parte del intérprete, es decir, al riesgo de manipular la interpretación constitucional para hacer que los principios, generales y abstractos, conduzcan al resultado que se ha escogido por anticipado.

Es cierto que hay límites, internos y externos. Límites como los que derivan de la estructura del pensamiento, de las convenciones de la comunidad jurídica, de la tradición de cultura y de las propias reglas; pero es fundado el temor, especialmente en materia constitucional, a un resultado interpretativo completamente sustraído al control democrático, siendo que, como seguramente ya les ha sido explicado, la racionalidad de la interpretación viene medida por ese control intersubjetivo, en el cual la coherencia juega un papel determinante. De aquí la necesidad del juez ideal, del Hércules a que aspira Dworkin.

Por cierto que, a nuestro juicio, la posición del intérprete no ha de ser ni normativista ni realista. Normativismo, realismo. Tal vez deberíamos separarnos de los “ismos”. El sufijo “ismo” se limita a dar cuenta de un exceso a través del cual se hace énfasis en una porción de la realidad y no en la realidad en su conjunto. Adherimos en este punto a la metáfora de Engisch, para quien la perspectiva jurídica implica un *hin und herwandern des blickes*, es decir, un constante ir y venir de la mirada entre el ser y el deber ser, ir y venir en que la interpretación de la *quaestio facti* se entrelaza con la de la *quaestio iuris*, iluminándose recíprocamente. Se trata de una postura de “movimiento perpetuo” que, sin embargo, hay que interrumpir en algún momento para pronunciar la decisión. Se trata de un movimiento en el cual el punto de partida es el caso, y el punto de llegada también.

XII. Es tiempo de oír su juicio en torno a estas consideraciones. Antes, permítanme reiterar, vistas las posibilidades manipulatorias en el ámbito de la interpretación constitucional, que la ética del intérprete juega un papel determinante. En efecto, como todos sabemos, la búsqueda del sentido de la norma se hace a partir del texto, a través de medios como el literal-gramatical, el psicológico-voluntarista, el lógico-sistemático, el axiológico-teleológico y el sociológico-realista, en el lenguaje de Haba; pero es el intérprete quien media entre el texto y el sentido, de modo que la interpretación depende, en último grado, de la *recta ratio*, de su rectitud de conciencia. No abundaremos sobre este particular, pero me

parece que, al final de este breve recorrido, hemos salido de alguna manera a la intemperie. Muchas gracias por su atención y su paciencia.

CULTURA Y DESARROLLO¹

Dr. Oswaldo Hurtado²

Aldo Solari y los coautores del libro *Teoría, acción social y desarrollo en América Latina (1976)*, temprana enciclopedia de las ciencias sociales que tan útil fue para quienes queríamos comprender los problemas de nuestros países y encontrarles respuestas, discuten en el capítulo titulado “Valores y actitudes que afectan al proceso de desarrollo” el papel que en los rendimientos económicos y sociales de las naciones tiene la cultura, entendida como el conjunto de hábitos, actitudes, creencias y sentimientos que informan la conducta de las sociedades.

La posición de Solari, Franco y Jutkowitz es, más bien, escéptica frente a la posibilidad de que los valores culturales puedan explicar las razones por las que unas naciones progresan más rápidamente que otras. Si bien aceptan que los individuos puedan tenerlos, no encuentran motivos que justifiquen satisfactoriamente su transferencia al comportamiento de la sociedad global y menos su uso para interpretar los cambios que en ella se producen. Consideran que “los valores del individuo no cobran significación sino a través de la situación social y el poder social en el cual se hacen efectivos”. Afirman que “son los factores estructurales los que determinan el surgimiento de representaciones colectivas que constituyen, entre otros aspectos ideológicos, los sistemas de valores sustentados por los grupos sociales”. Sostienen que en cuanto los valores “corresponden al grupo social que los sustenta no serían en sí mismos favorables • desfavorables al desarrollo, entendido éste como un proceso de cambio social global”. Aceptan “que variables de índole netamente psicológica desempeñarían un papel más o menos importante, pero secundario, frente al conjunto de características estructurales de mayor peso explicativo”. Concluyen diciendo que, “en definitiva, serán las condiciones estructurales de la sociedad las que permitirán que los valores y las actitudes adquieran un carácter favorable o desfavorable”, por lo cual “la posibilidad de remover valores y actitudes desfavorables, o de difundir nuevas actitudes consideradas necesarias para el desarrollo

¹ Artículo extraído del Libro “Sociología del desarrollo, políticas sociales y democracia – Estudios en homenaje a Aldo E. Solari”, Siglo veintiuno editores, México, 2001.

² Ex presidente de la República de Ecuador.

parece depender, pues, del modelo de desarrollo adoptado, de las condiciones estructurales existentes, de las que se trata de crear y de la interacción de unas y otras con los rasgos psicológicos anteriores que se intenta modificar”.

Transcurridos veintitrés años desde el momento en que estos conceptos fueron expresados, y a la luz de las lecciones arrojadas por los nuevos procesos de desarrollo que se han desencadenado en el mundo, así como de aportes realizados por científicos sociales que los han estudiado, quisiera continuar el debate sobre la función de la cultura en el desarrollo de las naciones desde el punto al que llegó Aldo Solari.

Los valores culturales y su influencia en los procesos históricos han concitado mi atención desde tiempo atrás. A ellos me referí en el libro *El poder político en el Ecuador* (1977), cuando escribí que en la colonización española de los territorios que luego formarían Ecuador intervinieron soldados, licenciados y burócratas que en razón de su condición estaban inhabilitados para la creación y desarrollo de actividades productivas, a los que se sumaron los artesanos, comerciantes y campesinos que, por la negativa visión del trabajo que tenían los peninsulares, evitaron ejercer sus oficios o laborar la tierra hasta donde les fue posible. “Todos creían que por el hecho de ser blancos estaban exentos del trabajo, principalmente manual, que lo consideraban -y muchos lo consideran todavía- *indigno de persona bien nacida*”, pues en la sociedad colonial “no hubo peor afrenta que trabajar con las manos [...] El ocio fue un valor de la cultura blanca y, además, el resultado natural de la forma en que organizó la producción [...] Como la tierra, además de recurso productivo, fue fuente de prestigio social, los colonos se apropiaron de extensiones que eran incapaces de cultivar [...] Como los duros trabajos manuales estaban a cargo de los hombres de color, los blancos no tuvieron interés en introducir técnicas e innovaciones que permitieran el uso intensivo de la tierra y el mejoramiento de la productividad”.

El sistema de explotación al que fueron sometidos los indios y las anotadas conductas de los blancos perduraron durante la República. Citando testimonios de viajeros extranjeros que visitaron Ecuador en el siglo XIX, señalaba que los integrantes de la sociedad andina dominante eran personas “carentes de iniciativa y de espíritu emprendedor, incapaces de asumir riesgos en empresas productivas, sin condiciones para la asociación, con pretensiones nobiliarias, poco prácticos,

contemplativos y ociosos. Menospreciaban el trabajo, sobre todo manual, y no demostraban ningún interés por ciertas actividades, principalmente el comercio. Los hacendados, y en general toda persona que hacía algún dinero, adquirían más tierras, que eran vistas como un símbolo de prestigio antes que como un bien de producción [...] Un blanco podía ser muy pobre, pero de alguna manera se arreglaba para subsistir sin trabajar, de modo que trabajadores manuales blancos no se encontraban a no ser que fueran extranjeros". Todo esto lo confirmó Friedrich Hassaurek, un diplomático de Estados Unidos acreditado en Quito a mediados del siglo XIX, al relatar un episodio del que fue testigo: "Cuando un escocés [...] se ocupó de armar una maquinaria textil en Chillo (zona rural donde se instaló) cundió la estupefacción general porque un hombre blanco trabajaba como un indio".

Pienso que esta visión española de la vida y del trabajo, asimilada y practicada por la sociedad blanco-mestiza colonial y republicana de Ecuador, se reprodujo en otros países de América Latina con sus consecuencias económicas y sociales negativas.

En una monografía "Cultura política", publicada en el libro *Léxico político ecuatoriano* (1994), vuelvo sobre el tema al señalar cuatro valores culturales que modelan la conducta de los ecuatorianos (quizás también de muchos latinoamericanos) y que en razón de su carácter negativo perturban el funcionamiento de las instituciones democráticas y de las actividades económicas. Primero, la creencia de que los problemas económicos, sociales y políticos se resuelven con el simple dictado de normas jurídicas, a pesar de que, en la vida cotidiana, no se sienten moralmente obligados a respetarlas, siguiendo la vieja práctica de los colonos españoles, que acataban pero no cumplían las Leyes de Indias. Segundo la inclinación a debatir y a litigar, a no respetar las creencias ajenas y a no encontrar la parte de verdad que ellas pudieran tener, lo que impide la discusión razonada de puntos de vista diferentes, la conciliación de intereses y la negociación de acuerdos, que tan necesarios son para el funcionamiento de una sociedad democrática y para la buena marcha de los negocios. Tercero, la categoría del largo plazo no es un ingrediente que habitualmente oriente las decisiones que adoptan los individuos, las organizaciones privadas y el mismo Estado, lo que trae consigo que las personas esperen resultados inmediatos de las acciones que emprenden o de las decisiones que toman las autoridades, que al no producirse en el tiempo esperado provocan desencanto y la descalificación del camino seguido. Cuarto, la tendencia de las personas

y de las organizaciones a eludir sus responsabilidades, que con facilidad transfieren a otros, principalmente autoridades, impide la formación de una conciencia sobre las obligaciones individuales y colectivas, y promueve el paternalismo y el populismo. Este modo de ser contribuyó a que la teoría de la dependencia se difundiera como una ola en las ciencias sociales latinoamericanas, en los revolucionarios años 1960 y 1970, a pesar de encontrarse tan alejada de la realidad continental.

Algunos de los valores culturales que he mencionado son recordados por Lawrence E. Harrison, en su controvertido libro *El subdesarrollo está en la mente* (1987), para explicar el atraso de Nicaragua. Destaca negativas costumbres y conductas que contrastan con las practicadas por los habitantes de Costa Rica, a pesar de que ambos países fueron colonizados por los españoles y vivieron bajo la manera égida de instituciones similares. Según dicho autor, Costa Rica evolucionó de manera diferente porque sus colonos, en una alta proporción, provinieron de las provincias septentrionales de la península ibérica o fueron judíos conversos, y porque la pobreza de las tierras que poblaron y la relativa ausencia de indios les obligó a trabajar con sus propias manos para poder sobrevivir; lo que alentó la formación de una sociedad de pequeños productores, habitada por ciudadanos que se identificaban entre sí como iguales, condiciones que permitieron la organización de una sociedad sin grandes diferencias económicas y el florecimiento de las virtudes democráticas, gracias lo cual Costa Rica ha conseguido significativos progresos económicos, sociales y políticos.

A principios del siglo XIX, hace ciento sesenta y cuatro años, Tocqueville, en su conocido libro *La democracia en América*, reflexionó sobre el carácter particular de la sociedad norteamericana, en la que encontró virtudes cívicas que la distinguían de otras sociedades, gracias a las cuales la democracia podía operar eficientemente y, en consecuencia, asegurar el progreso del país y de su pueblo, razones por las que estaban llamados a constituir una próspera nación, afirmación que al finalizar el siglo XX e iniciarse un nuevo milenio ha adquirido el carácter de una profecía cumplida.

La originalidad de los americanos del norte, para Tocqueville, radicaba en su inclinación natural a la asociación, ya que, desde su nacimiento, aprendían que todo ciudadano debía apoyarse en sus propias capacidades y en las que pudiera sumar uniéndose a otros, para luchar contra los males de la vida cotidiana y superar sus problemas y los de las

organizaciones de que formaba parte. Esta actitud les llevaba, cualquiera fuera su edad o condición social, a constituir una variedad de asociaciones para alcanzar todos los propósitos imaginables. Esta confianza en la capacidad de individuos y organizaciones para atender sus necesidades les hacía ver a gobiernos y autoridades como instancias a las que sólo debían concurrir cuando no podían valerse por sí mismos. Todo ello los convertía en ciudadanos responsables en el cumplimiento de sus obligaciones e interesados en el bien común, con el que buscaban relacionar sus intereses particulares.

Robert Putnam, profesor de la Universidad de Harvard, confirma el papel de los valores culturales en el desarrollo de las naciones en su libro *Making Democracy Work* (1993), que recoge los resultados de una investigación realizada a lo largo de veinte años sobre el proceso de descentralización iniciado en Italia en 1970, que redujo el poder de Roma y permitió que las regiones conformaran gobiernos relativamente autónomos. Demuestra que a pesar de que las diferentes regiones se constituyeron con idénticas bases legales, contaron con similares estructuras administrativas y recibieron proporcionales medios financieros, algunas progresaron rápidamente, mientras que otras no obtuvieron los resultados económicos y sociales que esperaban conseguirse con la descentralización. El rezagado Sur no logró alterar el atraso que le separaba del desarrollado Noroeste italiano, que avanzó más y se convirtió en una de las regiones más prósperas del mundo. En el primero, los gobiernos regionales, por la mala calidad de su gestión, desperdiciaron recursos y oportunidades; en cambio, en el segundo, el trabajo eficiente de sus administraciones alentó el progreso de todas las actividades económicas.

Tan dispares resultados se debieron a los diferentes valores culturales que inspiraron la conducta de los ciudadanos. En las regiones italianas que progresaron existía una densa cadena de organizaciones de la sociedad civil y un acendrado sentido de comunidad, que llevaba a los individuos a informarse sobre los asuntos públicos y comprometerse constructivamente en su solución. Las instituciones públicas se caracterizaban por la estabilidad de las normas jurídicas, la permanencia de las autoridades que las representaban y la continuidad de los programas que llevaban a cabo, en cuya bondad y recta intención confiaban los ciudadanos. Sus relaciones políticas siempre eran impersonales, esto es, sustentadas en preceptos legales y fincadas en el interés colectivo. Valores cívicos de gobernantes y gobernados, que

Putnam denomina "capital social", activo de una sociedad al que atribuye más importancia que a los recursos naturales o financieros, e incluso que al capital humano, para el desarrollo de las naciones.

Este capital social no existe en el atrasado *mezzogiorno* italiano, en el que la ausencia de normas e instituciones, así como de una comunidad cívica y de valores democráticos, hace de la política una actividad populista y clientelar al servicio de intereses particulares, cuya poderosa red de compromisos y prebendas impide que se atiendan los requerimientos del crecimiento económico y del progreso social. A las autoridades, cuando deben tomar decisiones, les preocupa más quién es el individuo o la organización que se beneficiará de sus actos, y no cuál debe serlo en razón de sus méritos y necesidades y del interés colectivo. Estos modos sociales de ser, me parece, se repiten en regiones de América Latina y constituyen una causa importante del atraso en el que han permanecido sumidos algunos países, a pesar de los esfuerzos realizados en tantos campos para ponerlos en el camino del desarrollo.

Alain Peyrefitte en *La sociedad de la confianza* y Francis Fukuyama en su libro titulado *Confianza*, ambos publicados en 1995, luego de analizar el desarrollo de los países europeos, de algunos de Asia y de Estados Unidos, llegan a una conclusión similar: el bienestar de una sociedad está condicionado por la confianza que inspiran sus instituciones entre los ciudadanos y por la que éstos se tienen entre sí en sus relaciones económicas, sociales y políticas.

La confianza permite que los trabajadores crean en la buena intención de los empresarios y que éstos, a su vez, confíen en el buen desempeño de aquéllos, actitud que les impele a cumplir eficientemente sus respectivas tareas y a buscar el éxito de las actividades económicas en las que participan, convencidos de que los intereses de unos y otros no son contrapuestos, sino más bien complementarios. La confianza hace que los ciudadanos consideren a las instituciones y a las normas jurídicas como medios idóneos para que sea atendido el bien público y resueltos los problemas de la sociedad, y a la democracia como un sistema que a la par de exigirles similares obligaciones les ofrece iguales oportunidades, actitud que les lleva a cumplir con los mandatos de la ley y a acatar las disposiciones de las autoridades.

En sociedades con estas virtudes sociales, los individuos se identifican con sus problemas y se comprometen con su futuro, a cuya exitosa

realización contribuyen con el responsable y honrado cumplimiento de sus obligaciones en las empresas de las que forman parte o en las actividades políticas en las que participan. Solidaridad social que les hace buscar que sus intereses coincidan con los colectivos e, incluso, a subordinar los primeros a los segundos en las actividades privadas, en la comunidad en la que viven y en el país del que son ciudadanos. Virtudes sociales que se expresan incluso en el caso de que no medien leyes, exigencias de las autoridades, mandatos de las instituciones u obligaciones contractuales, porque por sobre todos ellos están los comportamientos éticos de los individuos en todos sus actos.

Hay también sociedades en las que la sospecha condiciona las relaciones económicas y políticas, y los ciudadanos permanentemente desconfían de las instituciones y de las leyes. En estas sociedades, las personas tienden a olvidar los compromisos acordados, a incumplir los contratos celebrados, a ignorar las normas legales, abusando de la debilidad del sistema y haciendo que los intereses individuales o de grupo prevalezcan sobre los colectivos y a valerse de los poderes económico y político para desvirtuar los fallos administrativos o judiciales.

Cuando los individuos o las organizaciones que los representan realizan un diario ejercicio de la operación suma cero, en la equivocada creencia de que lo que gana una parte lo pierde la otra, las empresas productivas, el crecimiento económico, el desarrollo y la democracia se vuelven caminos plagados de dificultades, a veces insuperables. Es lo que acontece en algunos países latinoamericanos, motivo por el cual la negociación de acuerdos y el logro de consensos para un trabajo constructivo en los campos de la economía y de la política se vuelven procesos plagados de dificultades a veces insuperables.

El papel de los valores culturales en el desarrollo de las naciones es ponderado por quien gobernó por más de tres décadas la ciudad-Estado de Singapur, breve lapso durante el cual consiguió desarrollar su atrasado país, eliminar la pobreza y colocarlo entre los de más alto ingreso per cápita en el mundo. Lee Kuan Yew, en una entrevista concedida al diario español *El País*, responde a una pregunta sobre el éxito económico asiático en los siguientes términos: “nunca verá usted a los japoneses andando despacio. Siempre andan de prisa. Es algo que va en los genes y en la cultura. La combinación de ambas cosas determina el rendimiento [...] La cultura es un factor crucial para los resultados económicos”.

Japón es hoy la segunda economía del mundo, luego de haber sido arrasado en la segunda guerra mundial. En plazo relativamente breve, Taiwán, Hong Kong, Corea y Singapur han dejado atrás el subdesarrollo para integrarse al club de las ricas naciones industrializadas. Por tres lustros, China ha crecido a la alta tasa del 9% anual que, en el caso de mantenerse, convertirá a la economía del gigante asiático, en unos años más, en la primera del mundo.

De las muchas razones que se han dado para explicar el dinámico progreso de estos países asiáticos, hay dos en las que abundan las coincidencias: la fortaleza política de los gobiernos y la calidad de los sistemas educacionales. La primera les ha permitido llenar el requisito de estabilidad política y de continuidad económica en el largo plazo. Gracias a la segunda, los entes públicos y la empresa privada han contado con recursos humanos altamente calificados. Hay una tercera que las complementa y que, a pesar de su importancia, no suele recibir una atención equivalente: la ética económica de los asiáticos, conformada, aparentemente, gracias a los valores culturales transmitidos por el confucianismo, entre otros elementos. Fukuyama, en la obra citada, dice que le "perfeccionismo obsesivo" de los japoneses, tan decisivo para el éxito de su industria exportadora, tiene orígenes religiosos antes que económicos.

Los asiáticos viven en una sociedad secularizada, en la que los problemas temporales ocupan un lugar central en las preocupaciones de hombres y mujeres. Consideran que el bienestar personal y el progreso nacional son el resultado de una buena educación, de un sacrificado trabajo individual y del perseverante esfuerzo colectivo. Su paciencia les lleva a no buscar beneficios inmediatos y a aceptar privaciones a cambio de obtener mejoras futuras en sus condiciones de vida. Una inclinación natural por la disciplina y la organización les hace respetuosos de la ley y la autoridad y responsables cumplidores de sus obligaciones. Su vida frugal y un sentido de la austeridad les ha permitido ahorrar o invertir como ningún otro pueblo del mundo.

Es conocida la teoría de Weber contenida en su libro *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, según la cual los valores culturales de los individuos explican el progreso o el atraso de las sociedades. En virtud de que el propósito de esta monografía es examinar el tema a partir de la fecha en que Aldo Solari publicó su libro, no me referiré al papel que la ética protestante tuvo en el desarrollo de los países del norte de Europa y

de Estados Unidos. Pero, en cambio, examinaré la influencia que podría tener en América Latina, en razón del rápido crecimiento del número de seguidores de las iglesias evangélicas.

Se estima que un 10% de la población latinoamericana milita en las llamadas sectas protestantes, habiendo países como Guatemala, Brasil y Chile que bordean o superan el 20%. De mantenerse la alta tasa anual de crecimiento de la población de América Latina puede llegar a ser protestante. Si es así, y aun en el caso de que fuera menor, un número significativo de latinoamericanos adquirirán, paulatinamente, los valores culturales que transmiten las religiones protestantes; entre otros, una vocación por el trabajo, considerado como el único medio por el cual se realizan en la vida terrena los seres humanos, la búsqueda del bienestar económico mediante la adopción de iniciativas e innovaciones, costumbres austeras que impulsan el ahorro y la inversión, un sentido del deber y del cumplimiento de la ley en sus obligaciones privadas y públicas, y un orden sistemático en la vida diaria que favorecen la responsabilidad y la organización.

Comienzan a advertirse manifestaciones de que la prédica evangélica ha comenzado a producir cambios culturales en América Latina, tema que debería merecer la atención de los investigadores si fueran ciertas mis reflexiones. Mencionaré, de modo tentativo, únicamente dos, por cierto relevantes.

En los alrededores de los lagos Titicaca, en Bolivia y Colta, en Ecuador, las casas más confortables pertenecen a indígenas que han adoptado religiones evangélicas. La razón es simple. Las prédicas en favor de una vida ordenada y de costumbres sanas han llevado a los indios protestantes, por ejemplo, a abandonar el consumo de alcohol, lo que les ha permitido ahorrar recursos monetarios, que antes desperdiciaban en la bebida, para destinarlos a la atención de sus necesidades básicas y a la inversión en empresas productivas, gracias a lo cual han logrado elevar los ingresos familiares y mejorar sus condiciones de vida.

La obligación de leer diariamente la Biblia obliga a quienes adoptan las religiones evangélicas a alfabetizarse y a practicar de por vida la lectura, ejercicio que no suelen hacer, una vez que han concluido sus estudios, quienes aprenden a leer en escuelas y en programas de alfabetización. La necesidad de realizar un diario ejercicio de comprensión de las enseñanzas contenidas en los textos religiosos les ayuda a entender el

lenguaje verbal y escrito y a expresar correctamente su pensamiento. Todo ello permite a los evangélicos adquirir habilidades que son indispensables para intervenir eficientemente en las actividades económicas, lo que les coloca en una situación de ventaja a quienes carecen de un buen dominio de los idiomas español y portugués. Es lo que sucedió en los países europeos en los que se propagó el protestantismo.

La creencia de que el buen funcionamiento del sistema democrático y de la eficiente operación de las actividades económicas requieren, entre otros elementos, de que la sociedad inspire su conducta en determinados valores culturales, llevaron a la Asamblea Constituyente del Ecuador (1998) a incluir, en la Constitución que expidió, un novedoso articulado sobre los *Deberes de los ecuatorianos*, que no constaba en cartas políticas anteriores, en las que únicamente se prescribieron los derechos de los ciudadanos, como creo sucede en todos los países de América Latina. Se planea colocar un cartel conteniendo aquellos deberes en todas las aulas escolares, para que los maestros los inculquen entre los niños y jóvenes, con la ayuda de una guía que los desarrolla y relaciona con la vida diaria de las personas, en la que he trabajado. Los veinte deberes que, según la Constitución deben cumplir los ecuatorianos concluyen con el mandamiento quechua *ama quilla, ama llulla, ama shua*, que quiere decir no ser ocioso, no mentir, no robar.

Esto implica creer que los valores culturales de una sociedad no son estáticos ni están determinados por los genes, y expresa más bien la convicción de que pueden cambiar mediante procesos educativos realizados por la familia, la escuela, las iglesias, líderes políticos y medios de comunicación. Cambio de comportamientos al que también contribuyen adecuadas instituciones políticas y modificaciones estructurales de la economía y de la sociedad. El mejor ejemplo de que los valores culturales de los pueblos pueden modificarse es el de los propios españoles, que en las últimas décadas han edificado una democracia ejemplar y han desarrollado económicamente su país, al que han convertido en una moderna sociedad, radicalmente distinta de lo que fue en el siglo XIX y buena parte del XX, años en los que por largos periodos vivió sumida en el analfabetismo, la pobreza, el sectarismo, el atraso, la inestabilidad, el autoritarismo, el caudillismo y el caos.

Unas palabras finales: la necesidad de responder a los justos apremios del editor y mi deseo de participar en el homenaje a la memoria de Aldo

Solari contenido en el presente libro, no me han permitido profundizar el análisis de un tema tan complejo y polémico, al que habría deseado dedicarle mayor tiempo.

FORMACIÓN DE LA LEY

Dr. Rafael Oyarte Martínez¹

I.- INTRODUCCIÓN: la ley.

En este estudio se analizarán los procedimientos de formación de la ley previstos en la Constitución y, finalmente, las diferencias existentes entre la derogación de la ley y su declaratoria de inconstitucionalidad. Hago presente que, en este ensayo, no se tocará lo relativo a las objeciones presidenciales, que fueron objeto de otro estudio.²

1.- Características formales.

La ley es el acto normativo aprobado por el órgano legislativo competente, mediante el procedimiento de creación previsto en el texto constitucional. Nótese que se ha preferido hablar de “órgano legislativo competente” y no de Congreso o Parlamento, para efecto de identificar el cuerpo del que emana la ley, pues, ciertamente, las leyes emanan de los denominados congresos o parlamentos, pero no todo acto con valor y jerarquía de ley, necesariamente, emana de esos órganos.

Constitucionalmente, en algunos sistemas jurídicos se prevé la posibilidad de que la Legislaturas deleguen la potestad legislativa a otros órganos, generalmente al Presidente de la República, como ocurre, por ejemplo, en Chile, Perú y Venezuela.

De otra parte, se debe considerar que, dentro del ordenamiento se pueden encontrar cuerpos normativos con valor y rango de ley que no han sido dictados por órganos constitucionales sino durante regimenes de facto,

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Magister en Derecho Público y postítulo en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de la U. San Francisco de Quito. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Asesor del Tribunal Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección ecuatoriana.

² Vid. Rafael Oyarte Martínez, *Objeciones Presidenciales*, en *Iuris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ, Año III, N° 6, Agosto 2002, p. 80-87.

como ocurre en nuestro sistema jurídico positivo. Estos actos, en nuestro Derecho, se han denominado, tradicionalmente, como *decretos supremos*, aunque en sistemas comparados se suelen denominar *decretos leyes*, nombre que, en el Ecuador, se ha reservado para otra clase de actos dictados por órganos constitucionales y que, también, tienen valor y rango de ley.³

Sobre la validez formal de los decretos supremos, se debe considerar que éstos no encuentran su fundamento en una Constitución en virtud de que, como se sabe, en un régimen de facto no rige ninguna, en el estricto sentido constitucional del término,⁴ lo que no excluye la inconstitucionalidad de contenido, pues, por seguridad jurídica, ha existido una convalidación tácita de los mismos, desde la misma constatación del hecho de que estos decretos supremos han sido objeto de modificaciones por parte de la Legislatura, a través de leyes reformativas.⁵

2.- Características materiales.

Para conceptualizar a la ley, se suele hacer referencia al artículo 1 del Código Civil que señala que "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda prohíbe o permite". Si por voluntad soberana entendemos el ejercicio de este poder por parte de los órganos del poder público,⁶ tenemos que ésta es ejercida por todas las instituciones políticas a través de las cuales, básicamente, se manifiesta el principio de representación popular (Presidente de la República y Congreso Nacional, y del primero, en estricto sentido, no emana la ley).

³ Constitución Política del Ecuador de 1946, art. 80, que preveía la facultad del Presidente de la República de dictar el denominado *decreto ley de emergencia* en el orden económico, previa consulta al Consejo Nacional de Economía. Constitución Política del Ecuador, art. 156, el decreto ley que dicta el Presidente de la República en caso de omisión legislativa de aprobar, modificar o negar los proyectos de ley en materia económica calificados de urgente por parte del Jefe del Estado.

⁴ De este modo, en regímenes de facto se han puesto en vigencia textos constitucionales, tal como aconteció durante el Gobierno encabezado por el general Guillermo Rodríguez Lara, en que se señaló la vigencia de 1945, en todo lo que no se oponga a la filosofía nacionalista revolucionaria del Gobierno. En todo caso, a pesar de esa referencia, al no existir un Congreso, los decretos supremos que se dictaban, evidentemente, no seguían el procedimiento constitucional de formación.

⁵ Como ha ocurrido, por ejemplo, con la Ley Orgánica de la Función Judicial.

⁶ Constitución Política del Ecuador, art. 1, inciso segundo.

Si se va al asunto netamente material, por tanto excluyendo lo relativo a la “forma prescrita por la Constitución” y a la manifestación de voluntad soberana (que es un asunto orgánico ya revisado en el concepto formal de ley), el artículo 1 del Código Civil no nos trae un concepto de ley, pues, la misma Constitución, al igual que los reglamentos (en especial los delegados) y las ordenanzas, contienen preceptos mandatorios, permisivos y prohibitivos, es decir, no es un concepto sólo de ley, pues en éste se pueden incluir otra clase de actos normativos.

La Constitución ecuatoriana tampoco contiene un concepto de ley, pues su artículo 140 se limita a señalar que: “El Congreso Nacional, de conformidad con las disposiciones de esta sección, aprobará como leyes las normas generalmente obligatorias de interés común”. Asimismo, excluyendo los asuntos formales (órgano y procedimiento), no sólo la ley contiene normas generalmente obligatorias de interés común, pues esta clase de preceptos también son previstos en la Constitución, los reglamentos y las ordenanzas.

La Constitución chilena contiene una aproximación al concepto material de ley, en la determinación de su dominio mínimo legal, al señalar que es toda norma “de carácter general y obligatoria que estatuye las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.⁷ Lo que no es básico debe ser desarrollado mediante reglamento (fundamentalmente por reglamentos de ejecución), aunque también podría señalarse que la Constitución contiene preceptos básicos y esenciales, pero, a pesar de la denominada *constitucionalización del Derecho*, en un Código Político se regula, como señala Hernán Salgado, los aspectos básicos y esenciales de la organización y funcionamiento del poder del Estado mediante sus instituciones políticas, además del reconocimiento de derechos fundamentales y el establecimiento de garantías para la protección de esos derechos.⁸ En definitiva, no todo lo básico y esencial se encuentra en la Constitución, pero sí en las leyes.

Entre otras, las características que permiten identificar a una ley material respecto de otros actos normativos, tenemos las siguientes: es **general**, es decir, se aplica a todos los sujetos cuya conducta se acopla a los presupuestos de hecho previstos en la norma, es decir, no se dicta, por lo

⁷ *Constitución Política de Chile*, art. 60, número 20.

⁸ Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Quito, 2003, p. 21.

menos no frontalmente, para que se aplique a determinada persona,⁹ lo que también tiene relación con la **universalidad** de la ley, es decir, que no se realicen distinciones arbitrarias que tiendan a que los presupuestos de hecho y las consecuencias jurídicas previstas en la norma no se apliquen a determinadas personas. La **abstracción** es otra de las características de la ley, pues, a diferencia de los actos administrativos, por ejemplo, no regula situaciones jurídicas concretas. La ley es **obligatoria**, su cumplimiento no depende de la voluntad o de la convicción de los destinatarios de la norma (por su carácter unilateral y por la heteronomía del Derecho, a diferencia de la bilateralidad y autonomía de las normas éticas y religiosas, por ejemplo), y, en caso contrario, se aplica **coactivamente**, es decir, por la fuerza.¹⁰ La ley es **permanente**, es decir, no se agota con su cumplimiento, a diferencia de un acto administrativo, ni declina en su vigencia por su no cumplimiento, pues, como lo señala Kelsen, en ese evento se aplicarán las sanciones correspondientes. Si bien el desuso de la norma, que ocasiona su falta de eficacia, puede determinar su eventual derogatoria, ello no implica que ley no sea válida. Por último, la ley **carece de ejecutoriedad**, es decir, si se cumplen los presupuestos de hecho previstos en la norma, las consecuencias jurídicas sólo se harán efectivas si existen actos de ejecución que la apliquen.¹¹

Realizados estos señalamientos previos, se estudiará el procedimiento de formación de la ley.

⁹ Digo que por lo menos no frontalmente, porque si se han dictado las denominadas *normas con dedicatoria*, mediante las que, sin mencionar "nombres y apellidos" es fácilmente identificable que el deseo del legislador es aplicarla a una persona, por ejemplo la reforma que el Consejo Supremo de Gobierno realizó a la Ley de Elecciones prescribiendo que, para ser candidato a la Presidencia de la República se requería ser hijo de padre y madre ecuatorianos, asunto no previsto en la Constitución, pero que se dirigía a impedir la candidatura de Assad Bucarám. Lo mismo ocurrió con la incorporación a la Constitución del artículo 74-A en su cuarta codificación (Registro Oficial Suplemento N° 73 de 23 de mayo de 1997), inhabilitando para ser candidato a cargos de elección popular a quienes hayan sido declarados cesantes por incapacidad física o mental, aunque esta disposición ad-hoc se encubría con el establecimiento de otras causales, la que tenía la evidente finalidad de evitar la posible candidatura de Abdalá Bucarám.

¹⁰ Claro que una norma que se aplique de modo coactivo de forma permanente, hace dudar de su legitimidad. En un orden legítimo, los destinatarios de la norma la cumplen por convicción, haciendo de la fuerza un mecanismo residual, como lo señala Rodrigo Borja.

¹¹ Si una persona comete asesinato, no se le aplicarán las penas previstas en la ley de pleno derecho, sino que se requerirá de un acto posterior al hecho que aplique la norma (la sentencia).

II.- INICIATIVA

La iniciativa es, de modo general, la potestad de formular y presentar proyectos de ley a la Legislatura, lo que conforma el primer paso dentro de su trámite de formación. Esta facultad se entrega a determinados órganos del poder público, mas, en nuestro Derecho, también se reconoce como un derecho político de los ciudadanos,¹² lo que se denomina iniciativa popular.

La iniciativa se encuentra regulada en nuestro sistema jurídico tanto en la Constitución como en el Reglamento Interno de la Función Legislativa, debiéndose hacer presente que la Ley Orgánica de la Función Legislativa nada señala al respecto, como no lo hace del procedimiento de formación de la ley, situación difícilmente repetible en el Derecho comparado.

Ahora bien, la iniciativa no sólo implica la facultad o el derecho de presentar proyectos de ley, sino el derecho de que éstos sean tratados por la legislatura, aunque no necesariamente aprobados, aunque se debe señalar que ninguna consecuencia jurídica se prevé en caso de omisión.

Para efectos de estudio, se ha dividido a la iniciativa legislativa en dos clases: absoluta y restringida.

1.- Iniciativa absoluta.

La iniciativa legislativa absoluta implica la facultad de presentar proyectos de ley en cualquier materia, sean éstas las previstas para leyes orgánicas (dominio máximo legal)¹³ como para las leyes ordinarias (dominio legal mínimo).¹⁴ La Constitución determina, de forma expresa, a los órganos del poder público facultados para presentar proyectos de ley en cualquier materia, señalando a los siguientes:¹⁵

¹² Constitución Política del Ecuador, art. 27, inciso primero.

¹³ Constitución Política del Ecuador, art. 142

¹⁴ Constitución Política del Ecuador, art. 141

¹⁵ Constitución Política del Ecuador, art. 144

a.- Diputados.- La codificación constitucional vigente prevé sólo la existencia de diputados provinciales, a diferencia del texto original del Código Político que preveía a legisladores elegidos tanto a escala nacional como en sede provincial. Otra novedad que diferencia a esta codificación constitucional con el texto original de la Constitución de 1978-79 radica en el condicionamiento numérico de diputados que pueden presentar proyectos de ley: antiguamente bastaba que un congresista presente el proyecto para que éste se tramite, mas en la actualidad se exige que la iniciativa formulada por un diputado obtenga el apoyo de diez legisladores ò de un bloque legislativo.

Respecto del primer caso, ni la Constitución ni el Reglamento Interno de la Función Legislativa regulan la forma de realizar el apoyo (ya se sabe que la Ley Orgánica de la Función Legislativa en nada desarrolla el trámite de formación de la ley). Lo dicho ha originado que, de modo general, los legisladores que apoyan la iniciativa suscriban el proyecto, en determinados casos sin que aparezcan pies de firma, con lo que se dificulta, al común de la ciudadanía, identificarlos, más aún si se considera la existencia de firmas ilegibles. En todo caso, lo dicho en nada excluye que el proyecto sea suscrito sólo por el iniciante primigenio y que el apoyo se realice mediante oficio separado, siempre y cuando se identifique, de manera plena, la intención de los legisladores de apoyar la presentación del proyecto de ley específico. Naturalmente, el proyecto de ley podrá ser apoyado por legisladores de diversos bloques, partidos políticos y movimientos, además de congresistas independientes.

Como se señaló, la iniciativa puede ser apoyada por un bloque legislativo. El bloque legislativo se conforma por los partidos o movimientos políticos con un número de legisladores que representen, por lo menos, el diez por ciento del Congreso Nacional. Los partidos o movimientos que no alcanzan dicho porcentaje, se encuentran facultados para unirse con otros para formarlo.¹⁶

Con lo expuesto, queda clara la intención del constituyente reformador de 1998 de limitar la presentación de proyectos de ley al interior de la propia legislatura con la intención de no recargar en exceso la actividad del Congreso de tramitar excesivas propuestas de

¹⁶ *Constitución Política del Ecuador*, art. 128

ley. En el Derecho comparado, en cambio, se puede identificar la intención contraria, limitándose el número máximo de diputados que pueden presentar proyectos de ley, con el objeto que éstos sean efectivamente debatidos al interior del parlamento y no que, como puede suceder, todo el procedimiento de formación se constituya en un mero trámite para aprobar una propuesta excesivamente consensuada de modo previo y no a través de las discusiones parlamentarias formales.¹⁷

b.- Presidente de la República. El Jefe del Estado puede presentar proyectos de ley sobre cualquier materia, más nuestra Constitución, al igual que ocurre con otras en sistemas comparados, otorga iniciativa exclusiva en determinadas materias.¹⁸

1º Proyectos de ley que creen, modifiquen o supriman impuestos. La Constitución ecuatoriana consagra el principio de legalidad de los tributos, por lo que éstos sólo pueden ser creados, modificados o derogados mediante ley,¹⁹ aunque también se prevé la facultad de crear, modificar y suprimir, mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras a los organismos del régimen seccional autónomo.²⁰

Como se observa, la iniciativa exclusiva del Primer Mandatario se limita a proyectos de ley que se refieren a impuestos y no a la generalidad de tributos, lo que no excluye, en todo caso, a que proponga la creación, modificación o supresión de tasas y contribuciones, en el ejercicio de su potestad general de iniciativa legislativa.

2º Proyectos de ley mediante los que se aumenta el gasto público. El Presidente de la República es, en nuestro sistema de gobierno, jefe de Estado y de gobierno, titular único de la Función Ejecutiva a quien se le encarga el manejo de la administración pública.²¹

¹⁷ Vgr. *Constitución Política de Chile*, art. 62, inciso primero: "Las leyes pueden tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el Presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros. Las mociones no pueden ser firmadas por más de diez diputados ni por más de cinco senadores".

¹⁸ *Constitución Política del Ecuador*, art. 147

¹⁹ *Constitución Política del Ecuador*, arts. 130, número 6, 141, número 3, y 257.

²⁰ *Constitución Política del Ecuador*, art. 228, inciso segundo.

²¹ *Constitución Política del Ecuador*, art. 164.

En este sentido, la Constitución atribuye al Presidente de la República el establecimiento de las políticas generales del Estado, aprobando los planes de desarrollo de la nación,²² siendo su responsabilidad formular y ejecutar la política fiscal, además de determinar los mecanismos y procedimientos para la administración de las finanzas públicas, por lo cual el Primer Mandatario es el encargado de presentar la proforma presupuestaria.²³

El Tribunal Constitucional, en la acción de inconstitucionalidad planteada contra la Ley N° 2002-88 Interpretativa del artículo 113 del Código del Trabajo, estimó que el aumento en el bono educacional o décimo cuarto sueldo, implicaba aumento del gasto público, por lo que se consideró que su iniciativa correspondía al Presidente de la República, exclusivamente.²⁴ Como se señaló en el voto salvado emitido en el caso del décimo cuarto sueldo por parte del Tribunal Constitucional, la noción de gasto público “no se agota en el simple criterio de erogación de dinero que realizarían las instituciones del Estado para financiar su aparato administrativo. Trasciende, por el contrario, a la idea de los fines y funciones que en la actualidad se asignan al Estado, de tal manera que tiene un marcado sentido económico social-social y de redistribución de la riqueza, conceptos estos que han sido recogidos por la Constitución para definir el funcionamiento de nuestro sistema económico (artículos 242, 243 y 244). Estas reflexiones tienen asidero en la autoridad doctrinaria de Carlos Giuliani Fonrouge, quien enseña que ‘En concordancia con la misión del Estado moderno, la función del gasto público, de neutra que era en las finanzas clásicas ha pasado a ser activa en las modernas, esto es, con finalidad extrafiscal. El intervencionismo social que deriva en intervención económica, se orienta hacia fines políticos (propaganda directa o indirecta, propósitos electorales), sociales (ayuda familiar, subsidios por desocupación) o económicas (control de precios, nacionalizaciones) y asigna al gasto público no solamente la finalidad niveladora de riquezas como en ciertos escritores alemanes del siglo XIX, sino propósitos de regulación económica o de estímulo de las actividades privadas (...)’ (Carlos Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, I, 7ª. Ed., Buenos Aires, Depalma, 2001, Pg. 234)”²⁵

²² *Constitución Política del Ecuador*, arts. 171, número 3, 254 y 255.

²³ *Constitución Política del Ecuador*, arts. 260 y 258.

²⁴ Tribunal Constitucional, Resolución N° 004-2003-TC de 29 de abril de 2003.

²⁵ Voto Salvado a la Resolución N° 004-2003-TC de 29 de abril de 2003, considerando sexto.

La finalidad del constituyente no es necesariamente, como se puede creer, que el manejo de las finanzas públicas y la ejecución de la política fiscal se vea estorbada o afectada por la aprobación de leyes que, aumentando el gasto público, tienda a desfinanciar los planes de desarrollo delineados por el Ejecutivo, pues, en ese evento, el Presidente de la República puede vetar esa clase de proyecto de ley. La entrega de la iniciativa exclusiva en esta materia deriva de que quien más conoce sobre esta materia, y ejercerla como mecanismo de política fiscal, es, precisamente, el Jefe del Estado.

3º Modificación de la división político administrativa del Estado. El Estado, para efecto de su administración y representación política, se encuentra dividido en provincias, cantones y parroquias.²⁶

La modificación de la división político administrativa es, según nuestra Constitución, materia de ley, en lo que se refiere a provincias y cantones (creación, supresión, fusión), mas, en lo relativo a parroquias, la Ley de Régimen Municipal, reserva la materia a las ordenanzas.²⁷

La finalidad del constituyente al establecer esta materia a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República es la de evitar la atomización del Estado, recurrente en años pasados en los que la creación de una parroquia en cantón o la de un cantón en provincia se tomaba en una más de las ofertas de campaña, en muchos casos realizada en forma demagógica, antitécnica o, inclusive, con fines caudillistas.

c.- **Corte Suprema de Justicia.** El más alto tribunal en materia de jurisdicción ordinaria tiene atribuciones en materia legislativa, como es la posibilidad de normar de modo supletorio situaciones de carácter general, a través de la norma dirimente y de la resolución interpretativa que se dicta en caso de duda sobre el alcance de preceptos legales, hasta que el Congreso Nacional, mediante ley, señale lo contrario, sin tomar en cuenta el tema del triple fallo reiterado que tiene, a diferencia de los dos que se han reseñado, naturaleza netamente jurisprudencial.²⁸

²⁶ Constitución Política del Ecuador, art. 224.

²⁷ Constitución Política del Ecuador, art. 141, número 5. Ley de Régimen Municipal, arts. 11 y 12.

²⁸ Constitución Política del Ecuador, art. 197. Ley Orgánica de la Función Judicial, arts. 14 y 15. Ley de Casación, art. 19.

La Constitución ecuatoriana ha asignado a la Corte Suprema de Justicia la facultad de presentar proyectos de ley, asunto que no es común en ordenamientos jurídicos comparados. En este caso, la Corte Suprema de Justicia deberá aprobar el proyecto de ley, en fase prelegislativa, mediante resolución adoptada por la mayoría absoluta, requiriendo la Ley Orgánica de la Función Judicial el quórum de reunión de las dos terceras partes del total de magistrados.²⁹

d.- Comisión de Legislación y Codificación. La Comisión de Legislación y Codificación es el órgano técnico jurídico de la Función Legislativa, el que se crea en la codificación constitucional de 1998.

Este órgano no tiene carácter político, tanto en lo relativo a su integración: siete vocales que deben reunir los mismos requisitos que se exige para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia,³⁰ como respecto de sus funciones, en las que si bien aparece la de tramitar proyectos de ley, no llega a su aprobación final, la que queda en manos de la Legislatura,³¹ como se verá en este estudio.

En definitiva, tal como su asigna a los legisladores, al Presidente de la República y a la Corte Suprema de Justicia, la Comisión de Legislación y Codificación goza de iniciativa legislativa absoluta, debiéndose tener presente que el Congreso Nacional puede encargar a este órgano la elaboración de proyectos de ley,³² aunque, *strictu sensu*, este no es un caso de iniciativa, pues ésta debe nacer de la voluntad del órgano y no de una decisión ajena.

2.- Iniciativa restringida.

La Constitución ecuatoriana otorga iniciativa a determinados órganos del poder público y a la ciudadanía. Se la denomina iniciativa restringida pues, en el primer caso, sólo se podrá referir a ciertas materias y, en el caso de la ciudadanía, se le imponen limitaciones al excluir materias que pueden ser propuestas mediante proyectos de ley.

²⁹ Ley Orgánica de la Función Judicial, art. 19.

³⁰ Constitución Política del Ecuador, art. 138.

³¹ Constitución Política del Ecuador, arts. 139, número 1, y 157 y siguientes.

³² Constitución Política del Ecuador, art. 157.

a.- Iniciativa de los órganos del poder público. La Constitución señala que el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo Electoral, el Contralor General del Estado, el Procurador General del Estado, el Ministro Fiscal General, el Defensor del Pueblo, y los Superintendentes (que en la actualidad son: de Bancos y Seguros, de Compañías, y de Telecomunicaciones), están facultados a presentar proyectos de ley “en las materias que correspondan a sus atribuciones específicas”.³³

Se debe tener presente que, para efecto de determinar esta limitación, las potestades se deben interpretar de manera restringida, es decir, en este caso, si se duda sobre si la materia que versa un proyecto de ley corresponde a las atribuciones específicas del órgano, se debe decidir en el sentido que éste no se encuentra facultado para presentar el proyecto respectivo.³⁴

Lo que resulta llamativo de esta restricción es que, en el caso del Tribunal Constitucional, éste tiene iniciativa para presentar proyectos de reforma constitucional, al igual que los legisladores, el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia,³⁵ sin que en ese caso se impongan restricciones. Es decir, el Tribunal Constitucional puede presentar proyectos de reforma al Código Político en cualquiera de sus partes, mas cuando se refiere a la presentación de proyectos de ley, el constituyente le impuso una importante restricción material.

b.- Iniciativa popular. El reconocimiento de este derecho político aparece ya en el texto original de la Constitución de 1978-79, aunque señalaba que su ejercicio “lo regulará la ley”.³⁶ Como no se expidió la ley que regule ese derecho, se entendió que no podía ser ejercido, a pesar de la existencia del principio de aplicación directa de la Constitución que en la actualidad se consagra en el mismo Código Político, que prescribe el impedimento de alegar falta de ley para no reconocer el ejercicio de derechos.³⁷

Como la ley reguladora de este derecho político no se expidió en diecinueve años de vigencia de la Constitución de 1978-79, el constituyente, en la codificación constitucional de 1998, decidió

³³ Constitución Política del Ecuador, art. 145.

³⁴ Constitución Política del Ecuador, art. 119.

³⁵ Constitución Política del Ecuador, art. 281.

³⁶ Constitución Política del Ecuador de 1978-79, texto original, art. 65, inciso segundo.

³⁷ Constitución Política del Ecuador, art. 18, inciso tercero.

establecer su desarrollo básico, determinando que los proyectos de ley pueden ser iniciados por un número de ciudadanos en goce de derechos políticos equivalentes a la cuarta parte del uno por ciento del padrón electoral.³⁸ Téngase presente que la Constitución no exige empadronamiento para el ejercicio de este derecho político, sino que la mención que realiza al padrón electoral es con carácter de mera referencia para efectos numéricos, pues un ciudadano ecuatoriano puede encontrarse en goce de derechos políticos y no necesariamente estará empadronado, básicamente porque en los padrones electorales deben constar los ciudadanos cedulados hasta sesenta días antes de cada votación y, los que lo hacen con posterioridad, deben constar en los que se elaboren para las elecciones futuras,³⁹ es decir, el padrón se elabora antes de cada elección y si un ciudadano cumple los dieciocho años que le habilitan para el sufragio después de su elaboración, no sólo que no podrá sufragar sino que no podrá ejercer su derecho político de presentar proyectos de ley por un asunto técnico que le es ajeno.

El Reglamento Interno de la Función Legislativa, al efecto, condiciona el ejercicio de la iniciativa popular a la calidad de elector y al empadronamiento,⁴⁰ aunque se hace presente que esta norma es preconstitucional y, al existir contradicción material con el texto de la Constitución se torna inaplicable.

Dentro de la iniciativa popular se puede incluir al derecho que la Constitución reconoce a los **movimientos sociales de carácter nacional** para presentar proyectos de ley. Al efecto, se podría señalar que este derecho debe ser regulado por la ley⁴¹ y, al no existir esa ley, no se lo puede ejercer. En este sentido, debo insistir en el señalamiento que la Constitución impide alegar falta de ley para desconocer un derecho subjetivo constitucional, sin dejar de hacer presente que la expedición de esa ley es sumamente necesaria, desde que se hace indispensable señalar lo que se entiende por movimiento social de carácter nacional. En todo caso, estimo que, mientras no se expida la ley reguladora, cualquier movimiento que reúna, de modo general, las características reseñadas en el texto constitucional (es decir, el carácter social y el carácter nacional del movimiento), se encuentra facultado para presentar proyectos de ley,

³⁸ Constitución Política del Ecuador, art. 146.

³⁹ Ley de Elecciones, art. 37.

⁴⁰ Reglamento Interno de la Función Legislativa, arts. 103 y 104.

⁴¹ Constitución Política del Ecuador, art. 147, inciso segundo.

teniendo en cuenta que los derechos deben ser interpretados de manera amplia, jamás restringida, como lo establecen los cánones de interpretación constitucional y el mismo Código Político.⁴²

La iniciativa popular se incluye dentro de las iniciativas restringidas pues la Constitución señala, expresamente, que mediante estos procedimientos no se pueden presentar proyectos de ley en materia penal ni en las materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.⁴³

Respecto de la segunda limitante, se puede decir que está demás, pues si la misma Constitución establece que solamente el Presidente de la República puede presentar proyectos de ley en las materias señaladas en su artículo 147, es evidente que nadie más puede hacerlo respecto de ellas. Tal vez el señalamiento expreso de esta limitación se debe a que en nuestra cultura jurídica y política existe la tendencia a fundamentar interpretaciones contra el mismo texto constitucional basadas en que el pueblo es el soberano y que, por tanto, la prohibición no se extendería a éste.⁴⁴

3.- Participación en los debates.

La Constitución reconoce una facultad a quienes inician proyectos de ley durante su trámite y es el de participar en los debates, con voz pero sin voto, por sí mismos o mediante delegado que se acredite para el efecto.⁴⁵

De este modo, el Presidente de la República, el Contralor General del Estado, el Procurador General del Estado, los superintendentes, el Defensor del Pueblo y el Ministro Fiscal General son titulares de sus respectivos órganos y, como tales, pueden participar en los debates o señalar un delegado. En el caso de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Electoral, al ser órganos

⁴² *Constitución Política del Ecuador*, art. 18, inciso segundo.

⁴³ *Constitución Política del Ecuador*, art. 146, inciso final.

⁴⁴ Basta recordar que, incluso, golpes de Estado se han intentado fundamentar en que la ciudadanía lo ha exigido, a pesar de que el inciso segundo del artículo 1 de la Constitución señala: "La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los **medios democráticos previstos en esta Constitución**". Nada democrático resulta, entonces, fundamentar actuaciones en la voluntad popular si ésta se aparta del régimen constitucional.

⁴⁵ *Constitución Política del Ecuador*, art. 149.

colegiados, sus miembros tienen la misma calidad, no existiendo jerarquía entre ellos, mas en los debates pueden actuar a través de los presidentes de cada uno de esos órganos, o éstos podrán señalar a sus delegados. En todo caso, no existe regulación legal al respecto, por lo que se podría alegar que cada miembro de esos órganos podría participar en el debate, a pesar de que es el Presidente de cada uno de ellos el que lo representa, y que, en el evento de señalarse un delegado, debe ser el pleno del organismo el facultado a designarlo.

Del mismo modo, se hace presente que, respecto de las intervenciones, el Reglamento Interno de la Función Legislativa regula las formas de participación y los tiempos respectivos, mas todas esas referencias son aplicables a los legisladores, sin que existan reglas para los iniciantes.⁴⁶

A diferencia de la iniciativa de los órganos del poder público, en el caso de iniciativa popular la Constitución señala, expresamente, la obligación de señalar dos personas para participar en los debates, sin que se prevea la posibilidad de delegación.⁴⁷ Ello se debe a que, en primer lugar, no es técnicamente posible permitir que todos los ciudadanos que suscriben la iniciativa participen en los debates, por lo que, al momento de presentarse el proyecto, se debe establecer las personas que podrán debatirlo al interior de la Legislatura y, la no posibilidad de delegación se debe a que quien delega debe ser quien tiene la facultad de actuación y, en este caso, la tienen todos y cada uno de los ciudadanos que suscriben el proyecto y no los señalados para intervenir en los debates, que son meros representantes de todos y cada uno de los iniciantes, además del hecho que ni la Constitución ni la Ley Orgánica de la Función Legislativa establecen la posibilidad de delegación en este caso.

4.- Requisitos para la presentación del proyecto.

Las condiciones formales que debe reunir un proyecto de ley son señaladas en el artículo 148 de la Constitución:

a.- Una sola materia. Los proyectos de ley deben referirse a una sola materia en cuanto deben ser cuerpos proyectados de normas sistemáticamente ordenadas. Por ello, en principio, se proscribe la

⁴⁶ *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, arts. 97 y los dos agregados mediante reforma de 19 de agosto de 1998.

⁴⁷ *Constitución Política del Ecuador*, art. 149, inciso segundo.

presentación de *leyes omnibus* o, como las hemos preferido denominar en el Ecuador, *leyes trole*. Se debe tener presente que si mediante un proyecto de ley se reforman algunos cuerpos legales vigentes, ello no implica, necesariamente, que nos encontremos frente a una *ley omnibus*, pues puede existir más de un cuerpo normativo que regule una misma materia, asunto nada extraño en sistemas en los que, como el nuestro, ha proliferado la llamada *marea legislativa*.

Lo que si proscribire nuestro texto constitucional es que se presenten proyectos de ley en los que se modifiquen, indiscriminadamente, una gama de preceptos vigentes sin ninguna conexión, con el único afán de que no se tramiten proyectos específicos por separado. Lo dicho, a primera vista, no tendría ninguna importancia, pues se podría argumentar que, por ejemplo, en el caso de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, al ser un texto que contenía múltiples reformas a diversos cuerpos legales (desde la Ley de Modernización del Estado hasta el Código de la Salud), daba lo mismo presentar el proyecto unificado que presentar veinte y tantos proyectos de leyes reformativas. Pero ello no es así, desde que se debe considerar que dicho proyecto (el de la denominada Trole II), fue iniciado por el Presidente de la República con el carácter de económico urgente, y, como se sabe y se verá más adelante, sólo es posible calificar de urgente un solo proyecto de ley en materia económica a la vez.

Entonces, en las denominadas Trole I y Trole II, no sólo que se violó el artículo 148 de la Constitución sino también el artículo 115, inciso final, del Código Político.

El Tribunal Constitucional, al respecto, señaló, en la Resolución relativa a la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, que, "si bien de manera puntual, no todas las reformas que contiene tal proyecto hacen referencia de manera expresa a un aspecto económico, sin embargo tienen invariablemente repercusiones y son relativos a tópicos que tienen que ver con el desarrollo del país dentro del esquema de modernización en el que se encuentra involucrado el Estado, y, habida cuenta que si bien de manera directa se trata de varias materias, no es menos cierto que todas aquellas se encuentran inter-relacionadas precisamente por la modernización del Estado".⁴⁸

⁴⁸ Tribunal Constitucional, Resolución N° 193-2002-TP, adoptada en los casos N° 029 y 033-2000-TC, acumulados.

Lo que hace el Tribunal Constitucional es reiterar la finalidad de la ley, pero señala, expresamente, que en ese cuerpo, de manera directa, “se trata de varias materias”, a pesar de lo cual no declaró su inconstitucionalidad formal al contravenir el artículo 148 de la Constitución.

Frente a dicho señalamiento, vale la pena hacer presente el voto salvado de los magistrados Marco Morales, Hernán Salgado, Hernán Rivadeneira y Guillermo Castro: “Que, al contener la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana la reforma directa a varias materias desarrolladas en treinta y un cuerpos normativos, la vicia de inconstitucionalidad respecto de la forma, pues la reforma de todos y cada uno de los cuerpos legales debió ser iniciada en proyectos de ley reformatoria separados y no obtener su trámite en conjunto, razón por la cual se ha violentado el ya mencionado Art. 148 de la Carta Fundamental”.

En este voto salvado se señala la finalidad del artículo 148 de la Constitución: no es un mero formalismo, sino una exigencia para que los proyectos de ley que deban ser tratados y discutidos de forma distinta no se mezclen en un mismo trámite de formación.

En el mismo vicio de constitucionalidad incurrió la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, respecto del cual, el magistrado Marco Morales, en su voto salvado, señaló que: “el hecho de que un mismo cuerpo legal contenga más de una sola materia, reformando tanto normas de Derecho Público, como las leyes de Régimen Monetario, Régimen Tributario Interno, de Presupuestos, etcétera, como normas de Derecho Privado, como el Código de Comercio y la Ley de Compañías, entre otras. Estos cuerpos normativos no guardan más relación entre sí que la derivada del principio de unidad del ordenamiento jurídico”, agregando que “Al contener la Ley para la Transformación Económica del Ecuador la reforma directa a diversas materias desarrolladas en más de catorce cuerpos normativos, la vicia de inconstitucionalidad respecto de la forma, pues la reforma a todos y cada uno de dichos cuerpos legales debió ser iniciada en proyectos de ley reformatoria separadas y no obtener su trámite en conjunto, razón por la cual se ha violentado el artículo 148 de la Constitución”.⁴⁹

⁴⁹ Voto Salvado en el caso N° 021-2000-TC.

Sin entrar en las consecuencias de una eventual declaratoria de inconstitucionalidad formal de las denominadas Trole I y II, se debe tener presente que la exigencia de presentar proyectos de ley sobre una sola materia coadyuva a la uniformidad de la legislación y la sistematización del ordenamiento jurídico positivo, asunto que, como se ha visto, no es tomado con la seriedad del caso en nuestro país, en que lo coyuntural está por sobre la institucionalidad democrática y constitucional del Estado.

b.- Exposición de motivos. Cuando se elabora un proyecto de ley se debe considerar la necesidad de su aprobación. Eso es lo que exige la Constitución ecuatoriana, que quien inicia un proyecto de ley exponga la necesidad o la conveniencia de la aprobación del proyecto y los fines que se desea lograr con dicho texto.

Lamentablemente, de modo general, en el Ecuador la exposición de motivos es tomada como un mero requisito formal para la presentación del proyecto, ocurriendo que, en sistemas comparados, la importancia de esta exposición radica no sólo en lo indicado en el párrafo precedente, sino en que ésta servirá durante el debate legislativo del proyecto y también para la interpretación de la ley cuando ésta entre en vigencia.

c.- La forma del proyecto. De modo general, existen dos formas de presentación de un proyecto de ley, o bien la exposición de una idea de legislar o la formulación de un proyecto articulado.

La idea de legislar implica el mero establecimiento de las líneas matrices de una propuesta que debe ser convertida en texto articulado por parte del legislador. En cambio, el proyecto articulado es aquel que se presenta en la forma como el presentante desea que se apruebe el cuerpo normativo iniciado.

Si bien ni la Constitución ni la Ley Orgánica de la Función Legislativa determinan cómo se debe presentar un proyecto de ley, el Reglamento Interno de la Función Legislativa deja abierta la posibilidad de realizarlo de ambas maneras, aunque de modo exclusivo para la iniciativa popular, al señalar que ésta puede ser simple o formulada, entendiéndose la primera “aquella por la cual el pueblo presenta determinado pedido para que se adopten las medidas legislativas” y la formulada, “aquella por la cual el pueblo entrega un proyecto articulado”.⁵⁰

⁵⁰ *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, art. 101.

En todo caso, la generalidad de proyectos de ley se presentan de manera formulada, pues, en caso contrario, se tendería a dilatar su tramitación al interior de la Legislatura.

Una vez determinada la iniciativa para presentar proyectos de ley, se deben analizar los tres trámites legislativos que prevé la Constitución que se prevén para la formación de la ley: el ordinario, el de urgencia económica y el especial ante la Comisión de Legislación y Codificación.

III.- TRÁMITE ORDINARIO.

Este procedimiento de formación de la ley se determina en el artículo 150 y siguientes de la Constitución y, como en todo trámite, comienza con la presentación del proyecto respectivo ante el Presidente del Congreso Nacional.

Presentado el proyecto de ley, dentro de los ocho días subsiguientes, el Titular de la Legislatura ordena distribuir el proyecto a los diputados y difundir el extracto. La **distribución del proyecto** tiene por finalidad que los legisladores conozcan su texto antes de que se inicie el primer debate y puedan observar tanto su contenido como el informe de la Comisión. Por su parte, la **difusión del extracto** se realiza en el Registro Oficial, y en éste se debe contener, fundamentalmente, los motivos y el objeto del proyecto iniciado,⁵¹ de este modo, la ciudadanía puede conocer tanto el hecho de la presentación del proyecto de ley como su contenido básico.

Dentro de esos mismos ocho días, el Presidente del Congreso Nacional envía el proyecto de ley a la comisión especializada que corresponda, en razón de la materia, para que ésta inicie el trámite requerido luego de transcurridos veinte días de su recepción. Estos veinte días de vacancia, por decirlo de algún modo, hace relación con el tiempo que los legisladores tienen para observar el contenido del extracto, así como la presentación de alguna observación, impugnación o enmienda al proyecto de ley, las que deben ser analizadas por la comisión respectiva.⁵²

De conformidad con la Constitución, las comisiones legislativas son sólo las especializadas permanentes que señale la Ley Orgánica de la Función

⁵¹ *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, art. 97, inciso primero.

⁵² *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, art. 97, inciso segundo.

Legislativa, prohibiéndose la creación de comisiones ocasionales.⁵³ La Ley Orgánica señala dieciocho comisiones especializadas permanentes, las que se integran por siete miembros principales y siete suplentes, todos ellos diputados principales, determinándose que las comisiones en las que participan el Presidente y los Vicepresidentes se conforman de ocho miembros, en las que los dignatarios señalados tienen voto dirimente.⁵⁴ Se insiste en que el señalamiento de la comisión legislativa que tramitará el proyecto lo realiza el Presidente de la Legislatura, a base no sólo de la materia general que trata la iniciativa sino de su contenido.⁵⁵

Como se señaló, uno de los objetivos de la publicación del extracto en el Registro Oficial es que la presentación de un proyecto de ley y su contenido esencial sea conocido por la ciudadanía, pues, quienes tienen interés en la aprobación de la iniciativa o estimen que sus derechos pueden ser afectados con la eventual expedición de ley, pueden acudir a la comisión que lo tramita para hacer presentes sus puntos de vista, de modo individual u organizado.⁵⁶ De modo general, estos puntos de vista se exponen por escrito, aunque no se excluye que la comisión reciba a los ciudadanos o a los representantes de las organizaciones interesadas de modo personal y directo.

La tarea fundamental de la comisión consiste en elaborar el **informe correspondiente para el primer debate**. En su elaboración se consideran los señalamientos de la ciudadanía y los realizados por los legisladores, debiendo acogerlos o desecharlos motivadamente, en este último caso.⁵⁷

⁵³ *Constitución Política del Ecuador*, art. 134

⁵⁴ *Ley Orgánica de la Función Legislativa*, arts. 30 y 31. El artículo 30 de esta Ley Orgánica señala que las comisiones especializadas permanentes son: la de lo Civil y Penal; de lo Laboral y Social; de lo Tributario, Fiscal y Bancario; de lo Económico, Agrario, Industrial y Comercial; de Gestión Pública y Universalización de la Seguridad Social; de Descentralización, Desconcentración y de Régimen Seccional; de Asuntos Constitucionales; de Fiscalización y Control Político; de Asuntos Internacionales y de Defensa Nacional; de Asuntos Amazónicos, Desarrollo Fronterizo y de Galápagos; de Defensa del Consumidor, del Usuario, del Productor y el Contribuyente; de la Mujer, el Niño, la Juventud y la Familia; de Salud, Medio Ambiente y Protección Ecológica; de Educación, Cultura y Deportes; de Derechos Humanos; la de Asuntos Indígenas y otras Etnias; de Asuntos Manabitas y, la de Desarrollo Urbano y Vivienda de Interés Social.

⁵⁵ De este modo, por ejemplo, el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no se remitió, como se puede creer en un principio, a la Comisión de Asuntos Constitucionales sino a la de lo Civil y Penal, pues gran parte de su contenido es de carácter procesal.

⁵⁶ *Constitución Política del Ecuador*, art. 150, inciso segundo.

⁵⁷ *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, art. 97, inciso tercero.

El informe de la comisión, obligatoriamente, debe referirse tanto a la constitucionalidad como a la conveniencia del proyecto de ley, expresando las observaciones que se juzgan necesario introducir y la síntesis de los criterios y las impugnaciones o enmiendas planteadas por los legisladores.⁵⁸ Como parte del informe, la comisión elabora el texto del proyecto, incluyendo modificaciones al proyecto original, si es del caso, para el primer debate.

Elaborado el informe para primer debate por parte de la comisión, éste debe ser distribuido a los legisladores, los que pueden presentar observaciones por escrito, las que se adicionan al mencionado informe.⁵⁹

Para el **primer debate**, y con por lo menos veinticuatro horas de anticipación a la sesión, el Presidente del Congreso Nacional ordena que se entregue el informe de la comisión a los diputados y las observaciones que, por escrito, se hayan formulado con posterioridad a la elaboración del mencionado informe.⁶⁰

Los congresistas que han expresado por escrito sus observaciones en relación con el informe de la comisión, tienen preferencia para intervenir en el debate, en el cual los demás legisladores pueden manifestar su criterio de forma concreta, mas el derecho a réplica se limita a los primeros, es decir, a los que de forma previa realizaron las observaciones por escrito.⁶¹

En este debate, las observaciones pueden ser al informe o al texto del proyecto de ley o bien, simplemente consistir en impugnaciones específicas a artículos determinados.⁶² En el primer debate pueden votarse los criterios referenciales del proyecto (la idea de legislar), a pedido de un número de legisladores que represente por lo menos el diez por ciento del total de congresistas, para que la comisión elabore el texto del proyecto con arreglo a los criterios aprobados, sin perjuicio que en el

⁵⁸ *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, art. 92.

⁵⁹ *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, art. 97, inciso cuarto.

⁶⁰ *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, art. 93.

⁶¹ *Constitución Política del Ecuador*, art. 151, primera parte. *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, art. 97, incisos cuarto, quinto y sexto.

⁶² *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, inciso primero del primer artículo innumerado agregado luego del artículo 97, mediante reforma de 19 de agosto de 1998.

segundo debate los criterios se modifiquen con el planteamiento de textos alternativos del o de los artículos presentados por escrito.⁶³

Concluido el primer debate, el proyecto vuelve a la comisión respectiva, para que se elabore un nuevo informe para el segundo debate,⁶⁴ con las observaciones recogidas en el primer debate y el texto legal respectivo.⁶⁵ En este **informe para el segundo debate**, nuevamente y al igual que en el informe para primer debate, de forma obligatoria, se debe hacer referencia tanto a la constitucionalidad como a la conveniencia del proyecto de ley, expresando las observaciones que se juzgan necesario introducir y la síntesis de los criterios y las impugnaciones o enmiendas planteadas por los legisladores, al igual que ocurrió con el informe para el primer debate, el que debe entregarse por parte del Presidente de la Legislatura con de las mismas veinticuatro horas de anticipación al segundo debate, por lo menos.⁶⁶

Para el **segundo debate**, la Constitución exige el quórum de reunión de la mitad de los integrantes del Congreso Nacional, y en el que existen las mismas condiciones de participación en la discusión por parte de los congresistas que las señaladas para el primer debate.⁶⁷

En este segundo debate, la Legislatura debe aprobar, modificar o negar el proyecto de ley correspondiente, con el quórum de la mayoría simple, para los preceptos de rango ordinario, y con mayoría absoluta para los de rango orgánico.⁶⁸ La mayoría simple consiste en el voto conforme de la mitad más uno de los legisladores presentes en la sesión y la mayoría absoluta el voto conforme de la mitad más uno del total de congresistas. La mayoría absoluta, al igual que los dos tercios que se exige para la reforma constitucional y para la ratificación o insistencia legislativa en caso de objeción presidencial, son mayorías calificadas, por tanto, cuando

⁶³ *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, tercer artículo innumerado agregado luego del artículo 97, mediante reforma de 19 de agosto de 1998.

⁶⁴ *Constitución Política del Ecuador*, art. 151, segunda parte.

⁶⁵ *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, inciso primero del primer artículo innumerado agregado luego del artículo 97, mediante reforma de 19 de agosto de 1998.

⁶⁶ *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, arts. 92, 93 y el inciso primero del primer artículo innumerado agregado luego del artículo 97, mediante reforma de 19 de agosto de 1998.

⁶⁷ *Constitución Política del Ecuador*, art. 153, inciso final. *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, inciso segundo del primer artículo innumerado agregado luego del artículo 97, mediante reforma de 19 de agosto de 1998.

⁶⁸ *Constitución Política del Ecuador*, arts. 152 y 143, inciso primero.

la Constitución o la ley no establecen una mayoría calificada, los asuntos sometidos se aprueban con simple mayoría, precisamente, por no hacer calificación expresa del quórum de aprobación.⁶⁹

Para efecto de determinar la *mitad más uno* en el caso de que el Congreso Nacional se integre por un número impar de diputados, para el caso de la mayoría absoluta, o que a la sesión respectiva asista un número impar de congresistas, para efecto de la mayoría simple, el Reglamento Interno de la Función Legislativa establece que: "Cuando de este cálculo resultara un número con fracción, la mayoría absoluta será el número entero, correspondiente a la indicada fracción."⁷⁰

De este modo, aprobada la ley, sea el texto originalmente iniciado, cosa que casi nunca ocurre -menos aún con proyectos de trascendencia-, o con modificaciones, éste se remite al Presidente de la República para su sanción u objeción, de modo inmediato, según el texto constitucional, aunque sin establecer un plazo perentorio para hacerlo, ni una consecuencia jurídica en caso de omisión.⁷¹ Sobre el tema relativo a la sanción y a las objeciones presidenciales, y sus clases, se ha dedicado un trabajo separado, como ya se indicó.

⁶⁹ *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, art. 74, inciso primero. En este artículo, en sus incisos primero y segundo, existe una lamentable confusión terminológica, al señalar que: "Para la aprobación de todo asunto en el Congreso Nacional, se requiere de la mayoría absoluta de los legisladores votantes, a menos que la Constitución o este Reglamento establezca otra mayoría", agregándose que, "Se entiende por mayoría absoluta, el voto conforme de más de la mitad del número de votantes." En realidad se refiere a la mayoría simple.

⁷⁰ *Reglamento Interno de la Función Legislativa*, art. 74, inciso final. El ejemplo que se señala en este mismo artículo para el caso de que "resultare un número con fracción" es pésimo: "Por ejemplo, en ochenta y dos votantes (82) la mayoría absoluta será cuarenta y dos (42)." El lector podrá seguir buscando la fracción de la mitad de ochenta y dos el resto de su vida. Un ejemplo de resultado de la mitad con fracción, para efecto de determinar el "más uno", se presentaba en el anterior Congreso Nacional conformado por ciento veintitres (123) diputados. La mitad de esa cifra es sesenta y uno y medio (61,5), con el estricto "más uno" la cifra crece a sesenta y dos y medio (62,5), por tanto se podría pensar en que se requiere de sesenta y tres (63) votos conformes, pero en virtud de la disposición reglamentaria en comento sólo se requería de sesenta y dos votos de ciento veintitres diputados (62/123) para conformar la mayoría absoluta.

⁷¹ *Constitución Política del Ecuador*, art. 153, inciso primero.

IV.- TRÁMITE DE URGENCIA ECONÓMICA

Este procedimiento de formación de la ley se regula en los artículos 155 y 156 de la Constitución, y se encuentra reservado, exclusivamente pero con condiciones, a proyectos iniciados por el Presidente de la República. Este procedimiento se establece en la primera codificación de la Constitución de 1978-79, publicada en 1984, pues en su texto original no aparece, respecto del cual se han presentado una serie de dificultades y, por qué no decirlo, de abusos, por lo que ha sido objeto de diversas modificaciones con miras a perfeccionar el sistema.

De este modo, el Jefe del Estado puede presentar proyectos de ley en materia económica para que se tramite por cualquiera de las vías siguientes: por el trámite ordinario o por el trámite de urgencia. Lo dicho no quiere decir que los demás órganos del poder público que tienen iniciativa o que la ciudadanía no puedan presentar proyectos de ley en materia económica; lo que ocurre es que, en esos eventos, en principio, deberán seguir el trámite ordinario, jamás el trámite de urgencia económica. Del mismo modo, el único capacitado para calificar de urgente un proyecto de ley, es el Presidente de la República, y sólo respecto de proyectos iniciados por él y que se refieran a materia económica.

En definitiva, para que un proyecto de ley sea tramitado por la vía de la urgencia, se deben presentar, de manera simultánea y unívoca, las siguientes condiciones: 1) que el proyecto sea iniciado por el Presidente de la República; 2) que verse sobre materia económica; y, 3) que sea calificado de urgente por parte del Primer Mandatario.

La calificación de urgencia debe ser realizada por parte del Presidente de la República al momento de presentarlo ante la Legislatura. En los hechos se ha dado la irregular práctica de retirar proyectos de ley presentados al Congreso Nacional para, de forma posterior, volverlos a formular con el carácter de urgente, asunto no establecido en nuestro Derecho positivo, por lo que no debería ser admisible, por el principio constitucional de legalidad de las actuaciones de los órganos del poder público.⁷²

⁷² *Constitución Política del Ecuador*, art. 119.

Otra dificultad que se presenta, y que es más difícil de calificar de modo general y abstracto, es el carácter económico del proyecto de ley. En nuestra historia constitucional ha llegado a ocurrir el caso de proyectos de ley estimados de materia económica por el simple hecho que en el texto proyectado se incluían multas y, como ésta implica una sanción económica, se remitió el proyecto por la vía de la urgencia. En otros casos, se enviaron proyectos de ley por esta vía al regular un derecho económico, social y cultural.⁷³ De este modo, en muchos casos se ha evidenciado la arbitrariedad al momento de estimar que un proyecto es de *materia económica* con el simple afán de remitirlo por la vía de la urgencia.

Sin justificar esta irregularidad, el motivo por el cual se han realizado interpretaciones extensivas al término *materia económica*, es que en el Ecuador, a diferencia de otros sistemas constitucionales comparados, la calificación de *urgencia* para la tramitación de proyectos de ley se restringe a esta materia, determinación del constituyente que se origina en la creencia que los problemas más acuciantes del Ecuador son, precisamente, los económicos.

Así, por ejemplo, en el caso chileno, la calificación de urgencia corresponde al Presidente de la República, sin limitaciones respecto de la materia del proyecto,⁷⁴ el que lo puede realizar en el correspondiente mensaje (iniciativa) o mediante oficio al Presidente de la Cámara en que se encuentre el proyecto, pudiendo darle el carácter de simple urgencia, suma urgencia o de discusión inmediata, en los que la discusión debe quedar terminada en treinta, diez u tres días plazo, respectivamente.⁷⁵ Del mismo modo, en el caso español la declaración de urgencia no se toma en consideración a la materia del asunto que se está tramitando, reduciéndose los plazos a la mitad de los establecidos con carácter ordinario en el Congreso de los Diputados y a veinte días en el Senado.⁷⁶ Asimismo, la Constitución colombiana prevé que el Presidente de la República solicite el trámite de urgencia "para cualquier proyecto de ley", aunque la calificación debe ser resuelta por la cámara correspondiente, pudiendo el Jefe del Estado insistir en la urgencia.⁷⁷

⁷³ Este fue el caso de la Ley de Educación Superior.

⁷⁴ *Constitución Política de Chile*, art. 71.

⁷⁵ *Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional*, arts. 26 al 29.

⁷⁶ *Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982*, arts. 93 y 94. *Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994*, arts. 133 y 134.

⁷⁷ *Constitución Política de Colombia*, art. 163.

Volviendo a nuestro sistema constitucional, el trámite de los proyectos de ley en materia económica calificados de urgente es el ordinario, con la salvedad del **plazo** para su aprobación, modificación o negación, el que se determina en treinta días plazo contados a partir de su recepción por parte de la Legislatura, y la publicación del texto en el Registro Oficial bajo la figura del decreto ley.

Este lapso para tramitar el proyecto ha sufrido modificaciones durante la vigencia de la Constitución de 1978-79. Así, en la primera codificación se señalaba el plazo de quince días, más este lapso originó dificultades a la hora de tramitar proyectos que se estimaban complejos y que, incluso, llegó a producir *advertencias* por parte de los legisladores en el sentido que, si no se concluía su tratamiento en el Congreso y el Presidente de la República lo promulgaba como decreto ley éste sería derogado.

Por ello, en el segundo bloque de reformas constitucionales de 1996,⁷⁸ se cambió el plazo por término, con la intención de que sólo cuenten días hábiles y no los días naturales. En la codificación de 1998, este lapso vuelve a la figura del plazo, pero extendido a treinta días.

En el segundo bloque de reformas constitucionales de 1996, se incorporó una **limitación** a la facultad presidencial de presentar proyectos de ley por la vía de la urgencia, al señalar que: “No se podrá presentar más de un proyecto urgente mientras esté tratándose otro, sin perjuicio de las facultades determinadas en el literal m) del artículo 79”,⁷⁹ que se refiere al Estado de Emergencia, referencia que se repite en la tercera y cuarta codificaciones.⁸⁰ La codificación constitucional vigente, al respecto, es más clara, al señalar que la limitación de presentar un proyecto urgente a la vez se exige “salvo que se haya declarado el estado de emergencia”.⁸¹

El objetivo de limitar la presentación de proyectos de ley calificados de urgente, tiene relación con el plazo fatal que se impone para su tramitación legislativa. Si se presenta un sinnúmero de proyectos calificados de urgente, el Congreso Nacional difícilmente los podrá discutir, por lo que ese mecanismo podía ser utilizado como una fórmula

⁷⁸ Segundo Bloque de Reformas. Publicado en el Registro Oficial N° 863 de 16 de enero de 1996, art. 16

⁷⁹ Segundo Bloque de Reformas de 16 de enero de 1996, art. 16.

⁸⁰ Constitución Política del Ecuador, cuarta codificación de 1997, art. 88, inciso quinto.

⁸¹ Constitución Política del Ecuador, art. 155, inciso final.

para evitar el conocimiento parlamentario de los proyectos y que entren en vigencia bajo la forma del decreto ley promulgado por el Presidente de la República. En todo caso, el constituyente siempre tuvo en cuenta, desde que se estableció esta restricción, que circunstancias de emergencia podían exigir la presentación de proyectos de ley para solventar la contingencia y, en este caso, no se podía aplicar la limitación.

Debe tenerse en cuenta que el constituyente no limita el número de proyectos de ley en materia económica que puede iniciar, a la vez, el Presidente de la República, sino que restringe la calificación de urgencia a uno por trámite. Por tanto, si presenta varios proyectos de ley a la vez, sólo uno podrá seguir el trámite de urgencia, debiendo los demás seguir el trámite ordinario de formación.

En caso de **omisión legislativa** respecto del plazo máximo de tramitación, el Código Político prevé una consecuencia jurídica: la publicación del cuerpo normativo bajo la figura del **decreto ley**. Ahora bien, desde la primera hasta la cuarta codificaciones, el texto constitucional señalaba que, si la Legislatura no aprobaba, negaba o modificaba el proyecto, el Presidente de la República *podía* promulgarlo como decreto ley en el Registro Oficial,⁶² mas, en la codificación constitucional vigente se señala que, en el evento señalado, el Jefe del Estado “lo promulgará como decreto-ley”.⁶³ Como se observa, en el estricto sentido literal existe una variante, pues lo que antiguamente se señalaba en términos facultativos, en la actualidad se lo hace en forma imperativa, con lo cual, en principio, siempre que la Legislatura omita el trámite dentro del plazo indicado, el Presidente de la República deberá dictar el decreto ley, y digo que en principio, pues no existe ninguna consecuencia jurídica en caso que el Primer Mandatario, en efecto, no promulgue el texto como decreto ley en el Registro Oficial, ni tampoco existen acciones constitucionales directas para que el Presidente de la República actúe en la especie.⁶⁴

El decreto ley que se dicta en estos eventos es un acto normativo de rango legal, teniendo su misma jerarquía dispositiva, se orgánico o sea

⁶² *Constitución Política del Ecuador, primera codificación*, art. 65, inciso final; *segunda codificación*, art. 66, inciso final; *tercera y cuarta codificaciones*, art. 88, inciso cuarto.

⁶³ *Constitución Política del Ecuador*, art. 156.

⁶⁴ La única acción constitucional prevista para impugnar omisiones, con las condiciones de que sean ilegítimas, que vulneren derechos subjetivos constitucionales y que cauce o amenace causar un daño grave es la acción de amparo.

ordinario, según cómo se inició el proyecto de ley, aunque hago presente que difícilmente un proyecto de ley en materia económica puede ser orgánico, en virtud de la reserva legal correspondiente.⁸⁵ Al tener el rango y la jerarquía de una ley, para la reforma o derogatoria del decreto ley se requiere de una ley reformativa o derogatoria, según corresponda, las, como es natural, se aprueban siguiendo el trámite constitucional.

En este sentido, la Constitución señala que el Congreso Nacional puede modificar o derogar el decreto ley, en cualquier tiempo, siguiendo el trámite ordinario,⁸⁶ por lo que, como se revisó, se requiere el procedimiento ante el Presidente de la República, el que puede sancionar u objetar el correspondiente proyecto de ley aprobado por la Legislatura. Lo expresado es una novedad de la codificación constitucional de 1998, pues, con anterioridad la Constitución preveía que la modificación legislativa del decreto ley requería el trámite constitucional completo, mas, para su derogatoria, el Presidente de la República no podía ejercer la facultad de objeción.⁸⁷

La no posibilidad de objeción presidencial para la derogatoria del decreto ley era vista como natural: si el Presidente de la República había promulgado dicho decreto ley, era obvio que objetaría su derogatoria, con lo que la facultad legislativa se vería restringida, por no decir, prácticamente anulada. En la reforma de 1998 se estimó lo contrario, la publicación del texto iniciado como urgente no se promulga como decreto ley por voluntad del Primer Mandatario, sino por omisión del Congreso Nacional, es decir, por responsabilidad exclusiva de la Legislatura. Lo dicho se refuerza desde que, de modo general, sólo se puede iniciar un proyecto por la vía de la urgencia a la vez, por lo que no existen mayores excusas o justificaciones para su no tramitación dentro del plazo constitucional.

Además, lo dicho refuerza la idea que la promulgación del decreto ley ya no es potestativo por parte del Presidente de la República, lo que podía justificar antiguamente la exclusión constitucional de la objeción a su derogatoria.

⁸⁵ *Constitución Política del Ecuador*, art. 142.

⁸⁶ *Constitución Política del Ecuador*, art. 156.

⁸⁷ *Constitución Política del Ecuador*, primera codificación, art. 65, inciso final; segunda codificación, art. 66, inciso final; tercera y cuarta codificaciones, art. 88, inciso cuarto.

V.- TRÁMITE ESPECIAL ANTE LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y CODIFICACIÓN.

Este trámite es una novedad incorporada en la codificación constitucional de 1998, no sólo como la creación de un procedimiento especial sino, como se dijo, por el establecimiento de este órgano técnico jurídico de la Función Legislativa denominado Comisión de Legislación y Codificación. Este procedimiento se regula en los artículos 157 a 159 del Código Político. Por lo señalado se debe a que ni el Reglamento Interno de la Función Legislativa, que fue publicado en 1983 y reformado en 1990, ni la Ley Orgánica de la Función Legislativa, publicada en 1992, prevean normas respecto de este trámite.

A este trámite corresponden los proyectos de ley que son elaborados por la Comisión de Legislación y Codificación por encargo del Congreso Nacional y los presentados por otros iniciantes para su tramitación en la Legislatura, incluyéndose, obviamente, los presentados por la misma Comisión de Legislación y Codificación.⁸⁸

La Constitución **excluye que se tramiten** por este procedimiento los proyectos de ley en materia tributaria y los calificados de urgencia en materia económica.⁸⁹ Este último señalamiento es, en principio, una repetición innecesaria: si un proyecto de ley en materia económica presentado por el Presidente de la República es calificado por éste con el carácter de urgente, obviamente no podrá seguir el trámite especial ante la Comisión de Legislación y Codificación, pues, para esa clase de proyectos, la Constitución reserva el trámite de urgencia económica, no encontrándose facultado el legislador para tramitarlos por la vía ordinaria o la vía que se revisa en esta sección. Sobre la elaboración de proyectos de ley en materia tributaria, la limitación se refiere exclusivamente respecto de este trámite, mas no de la iniciativa legislativa absoluta de la Comisión de Legislación y Codificación.⁹⁰ Si éste órgano de la Función Legislativa inicia un proyecto de ley en materia tributaria, como cualquier otro con potestad de iniciativa,⁹¹ sólo podrá ser tramitado por la vía ordinaria.

⁸⁸ Constitución Política del Ecuador, arts. 157, inciso primero, y 159.

⁸⁹ Constitución Política del Ecuador, art. 157, inciso segundo.

⁹⁰ Constitución Política del Ecuador, art. 144, número 4.

⁹¹ Salvo en materia de impuestos, la que corresponde exclusivamente al Presidente de la República (Art. 147), limitación que, como se señaló, no sólo afecta a la Comisión de

Para efecto de estudio, esta sección se dividirá respecto de los proyectos de ley cuya elaboración es delegada por el Congreso Nacional frente a los que, habiendo sido presentado por otros proponentes a la Legislatura, son derivados por el Parlamento a la Comisión de Legislación y Codificación para que sean estudiados y conocidos por este órgano.

1.- Elaboración de proyectos de ley por delegación del Congreso Nacional.

Este no es el caso de los proyectos que presenta la Comisión de Legislación y Codificación por iniciativa propia,⁹² sino los que cuya elaboración el Congreso Nacional delega a este órgano. De este modo, si el Congreso Nacional va a delegar a la Comisión de Legislación y Codificación la elaboración de un proyecto de ley, la Legislatura deberá tener presente que la idea de legislar se debe referir a una sola materia.⁹³ Ahora bien, la Constitución no señala la forma como el Congreso Nacional toma la determinación de encargarle a la Comisión de Legislación y Codificación la elaboración de un proyecto de ley, por lo que se debe acudir a la regla general de hacerlo mediante resolución legislativa adoptada con el requisito de la mayoría simple para su aprobación.

Cuando la Comisión de Legislación y Codificación **elabora el proyecto de ley** que la legislatura le ha encargado, debe tener presente que éste tiene que reunir todos los requisitos constitucionales para su presentación, como se exige para cualquier proyecto de ley, por lo que la Constitución exige que éste debe ser remitido, luego de su conclusión, al Congreso Nacional con la respectiva exposición de motivos.⁹⁴ Se hace presente que no se señala un plazo para que la Comisión de Legislación y Codificación elabore el proyecto de ley en comento, desde que la Legislatura realizó la delegación o el encargo correspondiente.⁹⁵

Legislación y Codificación sino a todos los órganos facultados para presentar proyectos de ley (Arts. 144 y 145) y a la ciudadanía (Art. 146).

⁹² Constitución Política del Ecuador, art. 144, número 4.

⁹³ Constitución Política del Ecuador, art. 148.

⁹⁴ Constitución Política del Ecuador, art. 158, inciso primero, en concordancia con el artículo 148 del Código Político.

⁹⁵ En todo caso, difícilmente se puede hablar de una *delegación*, desde que no es facultad del Congreso Nacional la elaboración de un proyecto de ley. La iniciativa legislativa no corresponde al Congreso Nacional sino, en este ámbito, a sus miembros. La facultad del

Este proyecto, como cualquier otro, puede ser **tramitado** por la vía ordinaria o por el procedimiento especial que se revisa, pero para **tomar esta decisión** en el Congreso Nacional se requiere de mayoría absoluta.⁹⁶ A diferencia de los demás proyectos de ley, si el Congreso Nacional no toma la decisión que corresponda con mayoría absoluta, el proyecto de ley no se tramita. En este aspecto, se debe insistir en que el proyecto de ley no ha sido elaborado por voluntad de la Comisión de Legislación y Codificación, por lo que no ha ejercido su potestad de iniciativa.

Si el Congreso Nacional resuelve que el proyecto de ley siga el **trámite especial**, los legisladores tienen treinta días plazo desde que éste fue puesto en su conocimiento para realizar **observaciones** por escrito. Concluido el plazo el Presidente del Congreso Nacional **devuelve el proyecto** de ley elaborado a la Comisión de Legislación y Codificación, con las observaciones formuladas.

La Comisión de Legislación y Codificación examina las observaciones formuladas y elabora el **proyecto definitivo**, el que se remite al Congreso Nacional con un **informe** en el que se da cuenta tanto de las modificaciones introducidas –que en principio se realizan con base en las observaciones formuladas– como de las razones para no acoger las demás observaciones.⁹⁷ En este caso, tampoco se prevé un plazo para que la Comisión de Legislación y Codificación elabore el proyecto definitivo.⁹⁸

Ese proyecto de ley definitivo y el informe correspondiente se ponen a **consideración del Congreso Nacional**, el que tiene las siguientes **opciones** respecto del proyecto de ley:

1º Aprobarlo o negarlo en su totalidad.

2º Conocer y resolver sobre aquellas observaciones que no han sido acogidas por la Comisión de Legislación y Codificación.

Congreso Nacional es la de tramitar los proyectos de ley iniciados, para luego aprobarlos, modificarlos o negarlos, mas no, se insiste, para iniciarlos.

⁹⁶ *Constitución Política del Ecuador*, art. 158, inciso primero.

⁹⁷ *Constitución Política del Ecuador*, art. 158, inciso segundo.

⁹⁸ Aunque, como se ha sostenido, lo importante no es imponer plazos, simplemente, sino establecer las consecuencias jurídicas en caso de omisión, lo que, en este caso, es, por decir lo menos, complicado, pues se podría desnaturalizar el trámite: ¿de qué sirve que se tramite un proyecto *definitivo* que no haya sido concluido por este órgano?

3° Conocer, aprobar o improbar, uno por uno, los artículos del proyecto definitivo.

Como se observa, el Congreso Nacional tiene limitadas sus facultades de para modificar el proyecto de ley definitivo: las únicas modificaciones pueden derivar de las observaciones formuladas y no recogidas por la Comisión de Legislación y Codificación en la elaboración del proyecto definitivo, con lo que podrá agregar, retirar o modificar, propiamente, disposiciones contenidas en éste. La otra opción de modificar el proyecto es improbando uno o algunos de los artículos contenidos en el proyecto de ley definitivo.

Este trámite tiene una ventaja evidente sobre el trámite ordinario: la **decisión** que corresponda respecto del proyecto de ley definitivo de la Comisión de Legislación y Codificación es adoptada por el Congreso Nacional en un solo debate, aunque el quórum de aprobación aumenta respecto de los preceptos de carácter ordinario, al requerirse de mayoría absoluta.⁹⁹ Además se debe considerar que el proyecto que se debate en este único debate ha sido elaborado por un órgano integrado exclusivamente por juristas.¹⁰⁰

Aprobado el proyecto, éste se remite al Presidente de la República para su sanción u objeción.¹⁰¹

2.- Estudio y conocimiento de proyectos de ley presentados al Congreso Nacional.

De conformidad con la Constitución, "El **mismo trámite** especial se seguirá cuando la Comisión presente sus **informes** sobre proyectos que le hayan sido remitidos por el Congreso para su estudio y conocimiento".¹⁰² Entonces el trámite no comienza con la elaboración de un proyecto de ley por parte de la Comisión de Legislación y Codificación, pues éste ya ha sido formulado y presentado con las condiciones constitucionales que se exige para ello: una sola materia y motivación del proyecto, sino desde que el Congreso Nacional resuelve

⁹⁹ Constitución Política del Ecuador, art. 158, inciso cuarto.

¹⁰⁰ Constitución Política del Ecuador, art. 138, inciso final.

¹⁰¹ Constitución Política del Ecuador, art. 158, inciso cuarto.

¹⁰² Constitución Política del Ecuador, art. 158, inciso final.

remitir el proyecto de ley a la Comisión de Legislación y Codificación para la elaboración del proyecto definitivo.

De este modo, el Congreso Nacional puede **encargar** a la Comisión de Legislación y Codificación el estudio y conocimiento de cualquier clase de proyecto de ley presentado para su trámite constitucional, salvo los que se refieren a materia tributaria y los que deben seguir la vía de la urgencia, incluso los formulados por la misma Comisión de Legislación y Codificación, por iniciativa propia.

La **decisión** legislativa para que el respectivo proyecto de ley siga este trámite especial se toma con mayoría absoluta, pero, a diferencia de lo que sucede con los proyectos elaborados por la Comisión de Legislación y Codificación por delegación del Congreso Nacional, en este caso, si la Legislatura no toma la resolución de que sigan este trámite especial, deberán seguir el trámite ordinario. Curiosamente, esta previsión sólo se realiza respecto de los proyectos de ley iniciados por la Comisión de Legislación y Codificación,¹⁰³ cuando ésta situación es aplicable para todos los casos: el Congreso Nacional no puede dejar de tramitar un proyecto de ley con la simple excusa que, habiéndose mocionado que siga el trámite especial, no se ha logrado el quórum de aprobación de la propuesta. Por ello, insisto, si el Congreso Nacional no alcanza la votación requerida para que el proyecto de ley sea tramitado por este procedimiento especial, deberá ser tramitado por la vía ordinaria.

Entonces, tomada la decisión de que el proyecto de ley **se tramite** por esta vía, los legisladores tienen treinta días para formular sus observaciones para, posteriormente, remitirlo a la Comisión de Legislación y Codificación para que elabore el **proyecto de ley definitivo**, lo remita al Congreso Nacional con el correspondiente informe, respecto de los cuales se sigue el mismo procedimiento señalado en la sección anterior.¹⁰⁴

VI.- LA LEY Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: declaratoria de inconstitucionalidad y derogatoria.

El Tribunal Constitucional tiene la potestad de conocer y resolver demandas de inconstitucionalidad que, por vicios de fondo y forma, se

¹⁰³ Constitución Política del Ecuador, art. 159.

¹⁰⁴ A partir del inciso tercero del artículo 158 de la Constitución, en adelante.

formulen respecto de leyes orgánicas, leyes ordinarias y decretos leyes,¹⁰⁵ cuyo trámite de formación ha sido revisado en este estudio.

Si el Tribunal Constitucional estima que un precepto normativo ha violado la Constitución, sea por su contenido o en su trámite de formación, declara la inconstitucionalidad del acto. Las consecuencias jurídicas de la declaratoria de inconstitucionalidad se señalan en la Constitución: deja sin efecto el acto o disposición declarado inconstitucional, resolución que entra en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial y que no tiene efecto retroactivo.

En virtud de que la declaratoria de inconstitucionalidad invalida el acto y, por tanto, lo expulsa del ordenamiento jurídico positivo, se ha señalado que el Tribunal Constitucional obra como un legislador negativo y que la declaratoria de inconstitucionalidad opera como una derogatoria.

La declaratoria de inconstitucionalidad se asimila a la derogatoria desde que, ambas, entran en vigencia desde que se publican en el Registro Oficial, expulsan a la norma del ordenamiento jurídico y ninguna tiene efecto retroactivo. Pero no son asimilables ni formal ni materialmente.

Formalmente, la declaratoria de inconstitucionalidad se diferencia de la derogatoria desde que la primera se decide mediante resolución de un órgano jurisdiccional (el Tribunal Constitucional), mientras que la derogatoria es aprobada por el Congreso Nacional y que es adoptada mediante ley.¹⁰⁶

Materialmente se diferencian desde que la ley derogatoria puede fundamentarse en motivos de conveniencia o, jurídicamente, en razones de sistematización del ordenamiento jurídico, para evitar contradicciones, o en la inconstitucionalidad de la ley derogada, mientras que la declaratoria de inconstitucionalidad sólo se puede basar en la inconstitucionalidad de los preceptos anulados, mas no en su inconveniencia o en su contradicción con normas inferiores al Código Político.

Respecto de la **irretroactividad**, cuando se deroga una ley, mediante ley, el precepto anterior no entra nuevamente en vigencia, pues para ello debe

¹⁰⁵ Constitución Política del Ecuador, art. 276, número 1.

¹⁰⁶ Constitución Política del Ecuador, arts. 276, número 1, 130, número 5, y 141, número 7.

seguirse, nuevamente, el trámite constitucional para su aprobación, salvo que la ley derogatoria señale, expresamente, lo contrario, con lo que la ley derogatoria, a pesar de denominarse así, en estricto Derecho, no lo sería.¹⁰⁷ El Tribunal Constitucional ha seguido esa misma línea, al señalar que con la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley no entra en vigencia, nuevamente, la anterior que fue derogada o reformada por la declarada inconstitucional.¹⁰⁸ Es evidente que el Tribunal Constitucional, a diferencia del legislador, no puede señalar en su resolución de inconstitucionalidad que entra en vigencia nuevamente la anterior, pues, en primer lugar, esa una atribución privativa del Congreso Nacional que la ejerce mediante ley y, por otra parte, porque el Tribunal Constitucional sólo está facultado para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, mas no para legislar.

En todo caso, esta interpretación, que ha sido recurrente al interior de esa Magistratura, conlleva una inconsistencia: si la ley impugnada es una ley derogatoria, por que, *verbi gratia*, no cumplió con el procedimiento de formación, y el Tribunal Constitucional señala que, en virtud de la irretroactividad de su fallo, no entra nuevamente en vigencia la ley inconstitucionalmente derogada, se le estaría dando efecto a un acto irregular que, como sea, tendrá la consecuencia deseada: que la norma derogada no se aplique.

En razón del criterio expuesto, el Tribunal Constitucional ha señalado que no puede pronunciarse respecto de derogatorias – pues, con ese criterio, daría igual declarar o no la inconstitucionalidad de la ley derogatoria – consagrando una inconsistencia y limitando sus propias facultades, pues la Constitución no distingue si la ley objeto de impugnación mediante acción de inconstitucionalidad es creadora de situaciones jurídicas, o modificadora o derogadora de las mismas.

¹⁰⁷ De este modo, si mediante ley se deroga la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, ello no implica que los capítulos de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que fueron derogados, precisamente, por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado vuelvan a entrar en vigencia, salvo que, naturalmente, se señale lo contrario de forma expresa en la ley derogatoria.

¹⁰⁸ Vgr., cuando el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales determinados artículos de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana que reformaban el Código del Trabajo dejó un vacío en la legislación: los presupuestos de hecho regulados por el Código del Trabajo y que fueron reformados inconstitucionalmente por la denominada Trole II, no se encontraban normados luego de la anulación de la segunda.

Estimo que la irretroactividad de la declaratoria de inconstitucionalidad se refiere, exclusivamente, a las situaciones jurídicas firmes creadas al amparo de la norma declarada inconstitucional, y que el acto anulado no puede ser invocado o aplicado a futuro, lo que no hace relación, en lo absoluto, a las normas derogadas o reformadas irregularmente.

VII.- COLOFÓN.

De lo revisado se evidencia que, si bien los procedimientos de formación de la ley no revisten mayor complejidad, a partir del mismo carácter unicameral del Congreso ecuatoriano, las dificultades se ponen de manifiesto no por obra del constituyente, sino por la falta de desarrollo legislativo del tema, haciéndose indispensable la aprobación de una nueva Ley Orgánica de la Función Legislativa que haga lo que la vigente omite: desarrollar las normas constitucionales en la materia. La remisión al Reglamento Interno de la Función Legislativa no solo que resulta dudosa, desde que este reglamento, que no es delegado ni autónomo, regula aspectos reservados a precepto legal orgánico, sino que, al haber sido publicado en 1983 y actualizada en 1990, además de las reformas de 1998, no regula situaciones que aparecen en la codificación constitucional de 1998. Más dudosa es la legitimidad de este Reglamento, desde que se basa en el proyecto de Ley Orgánica de la Función Legislativa que fue objetado totalmente por el Presidente de la República en 1979.

APLICACION DE LAS NORMAS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL A LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Dra. Sabá Guzmán¹

Para comenzar con el presente estudio es de rigor contrastar la noción de proceso civil con la de proceso constitucional. Así, tenemos que el “proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria.”² A éste “le caracteriza un claro interés individualista, que se debate en una contienda entre partes”.³ “Es parte aquel que pide en propio nombre (o en cuyo nombre se pide) la actuación de una voluntad de la ley, y aquel frente al cual es pedida.”⁴

Por otro lado, el proceso constitucional “se concibe como un conjunto de actos procesales unidos por la relación procesal y que, normados por un procedimiento tiene por objeto la solución de un conflicto de intereses ... constitucionales, con efecto de cosa juzgada”⁵. Estos procesos “se ocupan sustancialmente de precautelar el principio de supremacía constitucional (meta principal) y de proteger los derechos públicos subjetivos”, según definición de Néstor Pedro Sagüés.⁶

¹ Doctora en Jurisprudencia. Secretaria del Tribunal Constitucional.

² Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen II. Traducción de E. Gómez Orbaneja, Cárdenas Editor y distribuidor. Primera Edición, México, 1989, p. 41.

³ Rey Cantor, Ernesto, *Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Procesal, Derechos Humanos Procesales*. Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 2001, pp. 48-49.

⁴ Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen II, Traducción de E. Gómez Orbaneja, Cárdenas Editor y distribuidor. Primera Edición, México, 1989, p. 283.

⁵ Colombo Campbell, Juan, *Funciones del Derecho Procesal Constitucional*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2002, Konrad -Adenauer- Stiftung, p. 178-179.

⁶ Rey Cantor, Ernesto, *Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Procesal, Derechos Humanos Procesales*. Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 2001, p. 52.

Cabe agregar que de acuerdo a la doctrina existe una disciplina propia denominada Derecho Procesal Constitucional, cuyos fines se concretan en: velar por la aplicación del principio de la supremacía constitucional y por la eficacia de las garantías personales; solucionar los conflictos constitucionales; realizar la función integradora de la justicia constitucional; defender la Constitución mediante la labor de intérprete de ésta y colocar a disposición del estado los elementos técnicos adecuados para que opere la Carta Fundamental⁷.

Como puede advertirse, si bien hay notas comunes, no hay similitud en los fines de los dos tipos de proceso. En el primero la finalidad es precautelar intereses privados y en el segundo, principalmente intereses públicos.

1.- Naturaleza de los procesos de competencia del Tribunal Constitucional

Partiendo de la definición general de los procesos constitucionales, cabe referirse por separado a la naturaleza jurídica de los procesos de competencia del Tribunal Constitucional, la cual, fuera de lo ya anotado, no puede ser definida de manera general para todos, por cuanto estos son de diversa índole y persiguen finalidades distintas. A continuación se analizan por separado los distintos trámites, clasificados en grupos, de acuerdo al asunto que es objeto de conocimiento del Tribunal, así:

1. Control de constitucionalidad de actos normativos:

- Acción de inconstitucionalidad de actos normativos (Art. 276 número 1 CPE)
- Pronunciamiento sobre declaratorias de inaplicabilidad de preceptos jurídicos contrarios a la constitución (Art. 274 CPE)
- Pronunciamiento sobre objeciones fundamentadas en la inconstitucionalidad total o parcial de proyectos de ley, formuladas por el Presidente de la República (Art. 154 CPE)
- Dictamen de conformidad con la Constitución, de Tratados o Convenios Internacionales, previo a su aprobación por el Congreso Nacional (Art. 276, número 5 CPE)

⁷ Colombo Campbell, Juan, *Funciones del Derecho Procesal Constitucional*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2002, Konrad -Adenauer- Stiftung.

La naturaleza jurídica de estos procesos, no es un punto que haya merecido criterios uniformes en la doctrina, de hecho se puede identificar dos posturas, la que les da un carácter de verdadero litigio y otra que menciona que es un proceso en el que no hay partes.

Para la primera posición doctrinaria, en la que se ubican María Mercedes Serra Rad, Enrique Véscovi, Alfonso Pérez Gordo, Ernesto Rey Cantor, con el conflicto entre la norma y la Constitución, subsiste por debajo una auténtica litis que hace de éste un verdadero proceso contencioso y hay verdaderas partes procesales con distinta intensidad. Para Nicolás González Deleito, en estos procesos preexiste un status litigioso, el entrecruzamiento de intereses subjetivos contradictorios entre aquellos a quienes conviene la declaratoria y aquellos a quienes perjudica. Para Ernesto Rey Cantor, en los procesos de inconstitucionalidad de normas jurídicas existe un conflicto de intereses jurídicos entre verdaderas partes que asumen distintos papeles durante el proceso, dando al mismo una categoría litigiosa, que permite al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre los extremos de la litis, es decir, declarar o no declarar la inconstitucionalidad. Si no hubieran verdaderas partes, no se podría justificar la necesidad de hacer conocer de la demanda al órgano que expidió el acto impugnado, a fin de que defienda la constitucionalidad del mismo⁸.

Para la otra línea doctrinaria la acción no se propone contra el órgano del estado sino contra un acto de éste como es una ley, por lo cual no hay partes propiamente dichas. Se atribuye a los procesalistas italianos Carnelutti y Cappelletti la teoría del proceso constitucional como "proceso voluntario" en el cual no hay partes. Posición similar ha mantenido la Corte Constitucional Colombiana, para la cual en estos procesos no se enfrentan intereses particulares y, por tanto, no hay partes en el sentido procesal del término, estando más bien de por medio el interés público consistente en la integridad y supremacía del orden constitucional.⁹

⁸ Rey Cantor, Ernesto, *Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Procesal, Derechos Humanos Procesales*, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 2001, pp. 45-57.

⁹ Rey Cantor, Ernesto, *Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Procesal, Derechos Humanos Procesales*, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 2001, pp. 57-59.

Este Tribunal se ha pronunciado del lado de la doctrina que entiende que en estos casos el control es “de carácter abstracto” por lo cual su análisis debe limitarse a la confrontación del precepto con el texto constitucional, con la única finalidad de identificar la regularidad o irregularidad constitucional de la norma, caso en el cual se produce su expulsión del mundo jurídico.¹⁰ Lo mismo sería aplicable para el caso de los proyectos de ley objetados por razones de inconstitucionalidad y para el dictamen previo de Tratados y Convenios Internacionales.

2. Control de constitucionalidad de actos administrativos:

- Acción de inconstitucionalidad de actos administrativos (Art. 276 número 2 CPE)

Esta acción, “conforme la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ... se limita a revisar, en abstracto, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto administrativo de efectos particulares o concretos, contradicción que debe ser directa y no indirecta producto de la ilegalidad del acto.”¹¹

3. Garantías de los derechos

- Acción de amparo (Art. 276 número 3 CPE)
- Acción de Hábeas Corpus (Art. 276 número 3 CPE)
- Acción de Hábeas Data (Art. 276 número 3 CPE)

En materia de garantías de los derechos el análisis es concreto, configurándose un verdadero litigio. Al estar las acciones de hábeas corpus y hábeas data dirigidas a revisar un acto u omisión ilegítimos, es el afectado quien está legitimado. Tratándose del Hábeas Corpus, en que se revisa un acto ilegal que atenta contra la libertad personal, por su naturaleza cualquier persona puede proponer la acción pero en estricto beneficio del afectado.¹²

¹⁰ Tribunal Constitucional, *Informe al H. Congreso Nacional 2001*, Ed. Registro Oficial Editora Nacional, p. 85.

¹¹ Tribunal Constitucional, *Informe al H. Congreso Nacional 2001*, Ed. Registro Oficial Editora Nacional, p. 92.

¹² Tribunal Constitucional, *Informe al H. Congreso Nacional 2001*, Ed. Registro Oficial Editora Nacional, p. 93.

4. Conflictos de Competencia (Art. 276 número 6)

En estos casos el Tribunal Constitucional determina definitivamente a qué órgano le corresponde ejercer en abstracto una potestad¹³.

5. Atribuciones otorgadas por otros cuerpos normativos

- Casos del Régimen Seccional Autónomo¹⁴
- Impugnación prevista en el Código de Ética de la Legislatura¹⁵
- Casos previstos en la Ley de Elecciones¹⁶

¹³ Tribunal Constitucional, *Informe al H. Congreso Nacional 2001*, Ed. Registro Oficial Editora Nacional, pp. 95-96.

¹⁴ *Ley de Régimen Municipal*: Reclamaciones de municipalidades respecto de leyes que contravengan su autonomía (Art. 18 LRM); Apelación de resoluciones del Consejo Provincial respecto de resoluciones del Concejo Municipal descalificando o separando concejales (Art. 60 de la LRM); Queja si la corporación provincial no dicta la resolución respectiva dentro del término legal, para que el Tribunal Constitucional, disponga que el Consejo Provincial adopte la resolución respectiva, dentro de los diez días siguientes a la notificación (Art. 62 LRM); Apelación de la Resolución del Consejo Provincial respecto de la decisión del Concejo Municipal, por parte del Alcalde dentro del proceso de su remoción. (Art. 80 LRM); Apelación por violación de preceptos constitucionales en ordenanzas o resoluciones de la Municipalidad por parte de toda persona natural o jurídica que se creyere perjudicada (Art. 138 LRM). *Ley de Régimen Provincial*: Reclamos de los Consejos Provinciales por violaciones a su autonomía administrativa y económica (Art. 11 LRP); Comprobación de inhabilidades, incapacidades, inhabilidades o prohibiciones para el cargo de prefecto o consejeros e imposición de sanción de pérdida de los derechos políticos por un año (Art.13 LRP); Declaratoria de nulidad de actos y resoluciones en que intervinieren prefectos o consejeros después de la declaración de pérdida de su cargo, a petición de parte (Art.14 LRP); Sanción a los miembros del Comité de excusas y calificaciones por no emitir su informe o no resolver en los términos respectivos (Art. 15 LRP); Apelación de las resoluciones de los Concejos Provinciales sobre incapacidades, inhabilidades, prohibiciones, incompatibilidades o excusas (Art. 15 LRP); Suspensión de derechos políticos por un año a prefectos o consejeros que injustificadamente no tomen posesión de sus cargos o no asistan a la sesión inaugural del Consejo a pesar de haber sido notificados en legal forma (Art. 17 LRP); Reclamos de consejeros suplentes que no fueren llamados conforme a la ley a integrar el consejo (Art. 19 LRP); Apelación de la resolución del Consejo Provincial cuando un prefecto o consejero no concurra por más de tres sesiones ordinarias consecutivas (Art. 20 LRP); Apelación de la resolución del Consejo Provincial respecto de las materias señaladas en el Art. 22 de la LRP; Apelación de la resolución del Consejo Provincial sobre reclamaciones respecto a la instalación de los consejos cantonales de su jurisdicción (Art. 29 letra q LRP); Conocer sobre ordenanzas que el Ministro de Gobierno o el Gobernador considere inconstitucionales o ilegales (Art. 58 LRP).

¹⁵ Impugnación de la resolución del Congreso Nacional en materia de descalificación de legisladores (Art. 32 Código de Ética de la Legislatura).

En la mayoría de estos casos, el Tribunal Constitucional actúa como instancia superior a la que compete revisar resoluciones tomadas por los Consejos Provinciales, por el Tribunal Supremo Electoral o el Congreso Nacional sobre casos de pérdida de la calidad de diputado. En estos casos, al igual que en los casos de garantías de los derechos, mencionados en el número 3 de este punto, puede decirse que el análisis también es concreto y que se configura un litigio entre partes.

En los demás casos previstos en las leyes del régimen seccional se otorga al Tribunal Constitucional competencia para revisar temas relacionados con violaciones a la autonomía municipal o de los consejos provinciales y con apelaciones por razones de inconstitucionalidad contra ordenanzas o resoluciones de la municipalidad, temas últimos que deben ser analizados a la luz de las normas constitucionales vigentes, dado que la Ley de Régimen Municipal y Ley de Régimen Provincial son anteriores a la norma suprema que nos rige.

Finalmente, estos cuerpos normativos prevén quejas que suben a conocimiento del Tribunal por falta de despacho oportuno para que éste establezca plazos perentorios para que se adopten las resoluciones respectivas, los que no implican una instancia de revisión de decisiones y en las que no se podría hablar de un litigio propiamente dicho.

También se da al Tribunal la especialísima atribución de realizar la convocatoria a elecciones ante la omisión del Tribunal Supremo Electoral, tema que tampoco configura un litigio.

¹⁶ Conocer de quejas cuando el Tribunal Supremo Electoral no resuelva dentro del plazo legal una apelación, y establecer un plazo perentorio para la resolución o en caso contrario sancionar a sus vocales con la suspensión de derechos políticos por un año (Art. 96 LE); Establecimiento de plazos perentorios para que el Tribunal Supremo Electoral y los tribunales provinciales electorales resuelvan las reclamaciones presentadas a estos (Art. 164 LE); Requerimiento al Tribunal Supremo Electoral para que realice la convocatoria a elecciones y de no hacerlo en 48 horas, destitución a sus vocales y llamamiento a sus suplentes por el resto del período (Art. 45 LE); Quejas contra el Tribunal Supremo Electoral o sus vocales en los casos previstos en el Art. 97 (LE). Recursos contra resoluciones del Tribunal Supremo Electoral que nieguen la inscripción de candidaturas a la Presidencia y Vicepresidencia de la República o para representantes en el Parlamento Andino (Art. 64 LE). Sanción a vocales del Tribunal Supremo Electoral en caso de negativa sin causa justa a ejercer sus funciones, con la suspensión de los derechos políticos por un año (Art. 15 LE).

2.- Posibilidad de aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil a los procesos de competencia del Tribunal Constitucional.

De la revisión que antecede, cabe hacer una primera precisión: no todos los trámites de competencia del Tribunal Constitucional tienen la naturaleza de procesos constitucionales al tenor de la definición constante al inicio. Hay casos que se limitan a un mero análisis de legalidad como algunos de los previstos en las leyes del régimen seccional o en ley de elecciones; y otros casos en los que no se puede hablar de un proceso propiamente dicho. Respecto de estos últimos casos en los que no estamos ante la presencia de un proceso, los eliminamos del presente análisis, reparando en que debería establecerse para ellos algún procedimiento sumarísimo.

Una vez que hemos restringido este estudio a la revisión de aquellos casos en que hay un proceso entendido como "...un conjunto de actos procesales unidos por la relación procesal, los cuales, normados por un procedimiento, tienen por objeto la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada"¹⁷, cabe realizar una segunda precisión: los distintos trámites de competencia del Tribunal Constitucional son de naturaleza tan diversa que no permiten arribar a una solución unívoca respecto del tema en análisis.

Un tercer tema a considerar es el hecho de que no existe norma expresa en la Ley del Control Constitucional ni en la demás normativa que rige al Tribunal Constitucional que establezca la supletoriedad de las normas del Código de Procedimiento Civil. El Art.11 de la Ley del Control Constitucional dispone que el trámite de los despachos del Tribunal Constitucional se regulará por los Reglamentos Administrativos Internos que éste dicte para el efecto. Por otro lado, el Art. 3 del Reglamento Orgánico Funcional dispone que el Tribunal Constitucional rige su actividad y funcionamiento por las normas establecidas en la Constitución Política de la República, la Ley del Control Constitucional y más normas aplicables, sin que por esta última frase pueda sostenerse que se permite aplicar el Código de Procedimiento Civil de manera supletoria. Tratándose de derecho público como es el caso de las normas

¹⁷ Colombo Campbell, Juan, *Funciones del Derecho Procesal Constitucional*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2002, Konrad -Adenauer- Stiftung, p. 159.

procesales, únicamente se puede atender a lo expresamente previsto por la Ley, por lo cual no se puede hablar de "supletoriedad" en un sentido estricto.

Sin perjuicio de lo mencionado se debe considerar el hecho cierto de que las normas que regulan los asuntos de competencia del Tribunal Constitucional no abarcan todas las vicisitudes que pueden presentarse en la sustanciación de un proceso. De ahí que procede la llamada "integración del derecho", por lo cual cabe aceptar como válido, en los casos en los que su naturaleza lo permita, el hecho de acudir a las normas del derecho procesal civil, en tanto en cuanto desarrollan los principios generales aplicables a todo proceso de naturaleza jurisdiccional¹⁸, pero siempre teniendo presente que éstos regulan conflictos en los que priman los intereses privados.

Se puede hablar entonces de que estas normas pueden servir de orientación para que el Tribunal Constitucional adopte un criterio, pero luego de adaptarlas al caso particular sujeto a su conocimiento, en función de la naturaleza propia del asunto respectivo. En este sentido no cabe hablar tampoco, desde un punto de vista estricto, de aplicación de la analogía para llenar los vacíos normativos, por cuanto "La analogía consiste en la aplicación de una norma destinada a regular una materia similar. Se funda en un doble proceso lógico de inducción y deducción: de una norma particular se procura ascender al principio en que se funda o en que se inspira, y de tal principio se desciende por deducción al nuevo caso no legislado"¹⁹. Como ya se ha dicho, no se puede hablar de casos similares tratándose de los que regula el procedimiento civil y los que son de competencia del Tribunal Constitucional, aunque en algunos casos haya cierta cercanía. Para Monroy Cabra, para que opere la analogía "entre el caso no previsto y el previsto, debe existir una identidad esencial"²⁰. Los razonamientos expresados obligan a ir siempre más allá, con la finalidad de hacer un proceso de adaptación de las

¹⁸ A nivel doctrinario hay consenso en que la función que desarrollan los Tribunales Constitucionales es de naturaleza netamente jurisdiccional, partiendo de la existencia de un conflicto constitucional que se resuelve a través de un proceso constitucional, de lo contrario la decisión no podría tener efecto de cosa juzgada.

¹⁹ Larrea Holguín, Juan, *Derecho Civil del Ecuador*, Tomo I, Quinta Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1991, p. 256.

²⁰ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho*, Séptima Edición, Editorial Temis Bogotá-Colombia, 1986, p. 276.

normas respectivas al caso concreto considerando su especial naturaleza, de la que se ha hablado en el punto uno del presente trabajo.

No se debe olvidar tampoco que nuestra Constitución Política y la Ley del Control Constitucional contienen normas especialísimas en materia de procedimiento, que obligan a tener aún más cuidado en el análisis de la posible aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil.

Así, en materia de Hábeas Corpus el Art. 93 la Constitución prevé que se plantee por el afectado o por interpuesta persona sin necesidad de mandato escrito. En materia de Amparo, el Art. 95 de la Constitución dispone que tendrá un trámite preferente y sumario, que no habrá inhibición del juez que deba conocerlo, que no serán aplicables las normas procesales que se opongan al amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho. El Art. 50 de la Ley del Control Constitucional da el efecto del desistimiento a la no comparecencia del actor a la audiencia, salvo fuerza mayor, impidiéndole volver a plantear nuevo amparo sobre los mismos hechos. El Art. 59 de la Ley del Control Constitucional dispone que “no se admitirán incidentes de ninguna clase durante los trámites ante el Tribunal Constitucional y de los recursos para las garantías constitucionales, los mismos que deben atenerse a los principios de celeridad procesal e inmediatez, en consecuencia no proceden ni la excusa ni la recusación de las causas”.

De lo dicho se concluye que no tienen la misma significación el criterio de “aplicación supletoria” y el criterio ya mencionado en este acápite, que supone servirse de las normas del Procedimiento Civil como “reglas orientadoras”, siendo este segundo criterio el pertinente para el caso en análisis.

3.- Principios de la Teoría General del Proceso

Los autores Quintero y Prieto citan la definición de Adolfo Alvarado Velloso en torno a esta materia, del siguiente modo: “la doctrina generalizada acepta que se entiende por principios procesales las grandes directrices que expresa o implícitamente enrután al legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de

acuerdo con la orientación filosófico política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado”.²¹

A nivel normativo, estos principios están desarrollados fundamentalmente en la Constitución Política, a modo de garantías fundamentales del debido proceso, los que vienen a ser el marco referencial de la “política procesal” en el cual deben guiarse tanto el legislador como el juzgador en el cumplimiento de sus funciones. Adicionalmente, como se ha manifestado, de modo general las normas del derecho procesal civil, desarrollan los principios aplicables a todo proceso de naturaleza jurisdiccional, por lo cual cabe referirse en este punto a dichos principios plasmados de modo más extenso en determinadas normas del Código de Procedimiento Civil, que podrían ser aplicados a los asuntos de competencia del Tribunal Constitucional.

- **Principio de la bilateralidad de la audiencia o del contradictorio** que supone que el juez no puede decidir una pretensión o reclamo del actor si la persona en contra de quien ha sido propuesto no ha tenido oportunidad de ser oída.

- **Principio del formalismo:** implica la regulación de las formas procesales para garantizar un debido proceso y seguridad jurídica para todos quienes son parte del proceso.

- **Principio de autoridad:** define los límites del poder del juzgador en la conducción y dirección del proceso y en la finalidad de esclarecer la verdad de los hechos.

- **Principio de economía procesal:** tiene dos dimensiones, por un lado la reducción de los costos procesales y por otro la simplificación de la actividad procesal y la reducción de esfuerzos que no guarden relación con la necesidad que se pretende satisfacer.

- **Principio de moralidad:** comprende las reglas de conducta ética que deben observar todos los sujetos del proceso, de modo que se proscriba la malicia, la mala fe y la deshonestidad.

²¹ Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio, *Teoría General del Proceso*, Tomo I, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 90.

EL DEBIDO PROCESO COMO OBJETO DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Dr. Freddy Carrión Intriago¹

1.- EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1.1.- Antecedentes:

En el actual escenario político en el que nadie discute la íntima relación que existe entre el Estado y los derechos fundamentales, el debido proceso o las garantías de un debido proceso se erige en la máxima expresión del Estado Democrático de Derecho.

Como instituto procesal que busca asegurar una decisión justa a través de un procedimiento previamente establecido, el debido proceso se constituye en un conjunto de garantías procesales a través del cual los derechos fundamentales encuentran aplicación y protección concreta. Se trata de un derecho humano fundamental como lo sostiene Ticona Postigo que *“envuelve el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjunto de garantías de los derechos de goce...”*².

El Debido proceso o *“due process of law”* como se lo conoce en la tradición anglosajona, tiene su antecedente más inmediato en la Carta Magna Inglesa o en los charters concedidos a favor de quienes asumían labores de colonización bajo el amparo de la monarquía británica.³ Nació como una necesidad de protección ante los actos arbitrarios y las violaciones a la libertad personal y los derechos de propiedad que cometía el rey *“Juan Sin Tierra”*.

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ex presidente de la Asociación Escuela de Derecho.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, Sala Constitucional, Sentencia No. 1739-92, 1/julio/1992, redactada por el Magistrado Piza Escalante. 1992 San José, en <http://comunidad.derecho.org/aulavirtual/1739.htm>.

³ Los Charters eran acuerdos por escrito por los que los gobernantes británicos reconocían ciertos derechos o garantías a quienes iban a colonizar tierras en nombre de la Corona.

Su origen se ubica en el siglo XIII, concretamente con la Carta Magna inglesa de 1215 y la consagración de los derechos a la vida, libertad o propiedad como límites ante la facultad casi omnimoda del rey que disponía arbitrariamente de la vida y de los bienes de sus súbditos, (Law of the Land).⁴ Conjuntamente con el habeas corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1689, constituyen los antecedentes más próximos del principio de reserva legal o debido proceso.

De un acto de protesta que no pretendía establecer una determinada forma de juicio, sino que buscaba frenar los abusos que el Rey Juan Sin Tierra había cometido, el debido proceso legal se constituyó paulatinamente en un derecho en sí mismo, en cuanto derecho de toda persona a contar con un proceso legal, y en una reserva legal en materia procesal, en virtud del cual las normas rituales o formalistas debían ser prefijadas por la ley emanada del Parlamento.

Posteriormente en los siglos XVIII y XIX se conceptualizarían los derechos humanos como límites del poder del Estado. Montesquieu (1689–1755) criticaría severamente los abusos de la iglesia y del Estado y daría formas precisas a la teoría del gobierno democrático parlamentario con la separación de los tres poderes como una forma de contrapeso y control recíproco para evitar abusos y arbitrariedades. Teóricamente acabaría con la concentración del poder en una misma persona y los abusos y atropellos que se cometían.

Sería más tarde Rousseau (1712–1778) quien denunciaría las injusticias y miserias de la desigualdad social de su época y propugnaría la idea de una sociedad basada en la igualdad entre los hombres, con lo cual se fortalece el concepto de derechos humanos como límite y a la vez razón del Estado.

En 1776 con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, se consagrarían ciertos derechos individuales a la igualdad y a la libertad, los que serían consolidados con la Revolución Francesa en 1789 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en donde se

⁴ El capítulo 39 de la Carta Magna Inglesa establecía que: "*Nadie será detenido, preso, despojado o privado de su propiedad, inmunidades o privilegios, puesto fuera de la protección del derecho, exilado o privado de su vida, libertad o patrimonio, excepto por juicio de sus pares o por derecho habitual local.*"

expresó el carácter universal de los derechos humanos y su pertenencia al hombre como tal.

Su primera formulación a nivel constitucional se encuentra en las Enmiendas Quinta (1791) y Decimocuarta (1868) de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norte América, en las cuales se configura el derecho de todo ciudadano a tener un proceso judicial y al debido proceso como la oportunidad que tiene toda persona para que su pretensión sea resuelta en apego estricto a los principios de igualdad y equidad.

En un comienzo el debido proceso se limitó a un aspecto meramente formal, es decir, a que existiera el procedimiento en cuanto tal y que sus reglas estuvieran prefijadas por la ley, pero no definió el contenido de aquellas. Con el desarrollo doctrinal y especialmente la jurisprudencia norteamericana, el debido proceso legal se transformó en el debido proceso constitucional, según el cual el proceso fijado y reservado a la ley debía ser en su contenido garantía de respeto de los derechos de las personas y dique de contención del poder público y de sus manifestaciones de ilegalidad y arbitrariedad.

El debido proceso constitucional llegaría a experimentar una nueva evolución hasta constituirse en el principio de razonabilidad de las leyes o debido proceso sustantivo o "*substantive due process of law*", en el sentido de que el proceso para ser debido no debe restringirse a lo prescrito en las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino que como límite del poder público debe reflejar el principio de justicia contenido en ella, lo que implica, "*el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución.*"⁵

1.2.- Definición:

En un Estado de Derecho, la actividad represiva de éste se encuentra vinculada al ordenamiento jurídico de forma tal que toda autoridad o institución pública puede actuar únicamente en la medida en que se

⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Magistrado ponente: Piza Escalante, Sentencia No. 1739-92, en <http://comunidad.dercho.org/aulavirtual/1739.htm>.

encuentra autorizada para hacerlo por el ordenamiento jurídico que le sirve de sustento.

El debido proceso se constituye en un estatuto de garantías que limita y regula el ejercicio del poder del Estado, función preventiva que evita el exceso de dichas facultades en resguardo de la seguridad jurídica.

La concepción del debido proceso se enmarca dentro del principio de legalidad pero no se agota en él; es cierto que bajo este principio se exige del Estado la determinación de la estructura jurisdiccional y el establecimiento previo del procedimiento al cual han de someterse las partes para la determinación y resolución de sus controversias; sin embargo, también se sustenta en el principio de razonabilidad que permite la expedición de decisiones justas.

Es obvio que todo proceso legal para que sea válido exige como condición de validez su conformidad formal con la ley, pero más allá de la reserva legal, las normas procedimentales deben guardar armonía con los principios y valores supremos de la Constitución, a tal punto que las disposiciones de aquel se encuentren razonablemente fundadas en los principios de justicia y equidad contenidos en el texto constitucional.

Para Aníbal Quiroga León, el debido proceso se identifica con *“los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado.”*

No existe una posición doctrinaria única en cuanto a la naturaleza del debido proceso. Se le considera un derecho fundamental, conjunto de garantías constitucionales o instituto procesal.

Nuestra Constitución le da una categoría de derecho fundamental al establecer en su Art. 23, No. 27, que el Estado garantizará a toda persona el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones; pero a artículo seguido (Art. 24), le da un carácter de estatuto de garantías procesales en cuanto exige que el proceso cumpla ciertos requisitos de forma y trámite para asegurar la legitimidad de la resolución judicial.

Una definición del debido proceso, así como la conceptualización de sus elementos, parte de lo consagrado en los tratados y convenios

internacionales de protección y defensa de los derechos humanos. El Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos lo define a través de los elementos que integran el debido proceso legal⁶ o "*derecho de defensa procesal*"⁷, como aquel que "*abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos derechos u obligaciones que están bajo consideración judicial.*"⁸ El texto en mención dice lo siguiente:

Art. 8.1.: "*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*"

La presente descripción resulta útil para destacar que "*el procedimiento para la toma de la decisión y para su aplicación es tan importante como los principios o derechos que están en juego*"⁹, lo que de por sí lo define al debido proceso como aquel derecho fundamental que permite garantizar la legitimidad de la resolución judicial sobre los derechos u obligaciones sometidos a consideración judicial, bajo un procedimiento legal previamente establecido en el cual, se hace efectivo el derecho a la defensa como derecho a la justicia.

El proceso, que en sí mismo es sólo un medio para la realización de la justicia, siendo debido se constituye en un derecho fundamental de rango similar o idéntico a la justicia según comentario de Couture.

1.3.- Debido Proceso Sustantivo o Principio de Razonabilidad de las Leyes (Substantive Due Process of Law)

⁶ En idénticos términos lo consignan los Arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1948); El Art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); El Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos (1966); y, el Art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁷ CIDH, Caso Genie Lacayo, Sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 74.

⁸ CIDH, Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987: Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, párrafo 28.

⁹ SOLA, Juan Vicente, "Control Judicial de Constitucionalidad", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, Pág. 498.

La concepción del debido proceso como principio de razonabilidad de las leyes ha sido recogida desde la premonitoria decisión del Juez Coke en Inglaterra en 1610 en el *Bonhan-Case*:

"...Resulta de nuestros textos que en muchos casos, que el common law controlará las leyes del Parlamento, y algunas veces las declarará totalmente nulas; porque cuando una ley del parlamento es contraria al derecho, la razón y la equidad, o incompatible, o imposible de ejecutar, el common law, la controlará y procederá a declarar su nulidad".¹⁰

En la actualidad y de acuerdo a la jurisprudencia y desarrollo doctrinal al respecto, el concepto de debido proceso no se limita exclusivamente al conjunto de reglas o mecanismos legales previamente establecidos por la ley, alcanza un valor mayor de *"Ley razonable, o procedimiento razonable."*¹¹

No basta que los actos del poder público hayan sido promulgados por órganos competentes y se encuentren sujetos a procedimientos prescritos previamente por la ley, sino que dicho acto o proceso sea en sí mismo justo, es decir se encuentre fundado y guarde absoluta conformidad con los principios y valores supremos que informan a la constitución como la justicia, equidad, seguridad o libertad.

Como expresa Juan F. Linares, *"No basta que una ley sea dictada con las formas procesales constitucionales y dentro de la competencia o arbitrio del órgano legislativo para que sea válida (aspecto objetivo del debido proceso), sino que es necesario que respete ciertos juicios de valor a los que se liga intimamente el orden, la seguridad, la paz y la justicia del país, de los que resulta un campo de libertad del individuo, amplio y oponible al Estado mismo"*¹², (aspecto sustantivo del debido proceso).

¹⁰ VALDEZ Blanco, "El valor de la Constitución", Madrid, 1994, Pág. 229, citado por Calle Calderón, Armando Luis, "Bases para una fundamentación político-constitucional del debido proceso", en http://derecho.udea.edu.co/artdoc/indice/armando_luis_calle/procesal_penal/bases_fundamentacion.doc.

¹¹ "CORWIN, Edward, "La Constitución norteamericana y su actual significado" IV.- Inseguridad Jurídica o Gravedad Institucional, en <http://www.geocities.com/aadachary/inseguridad.htm>.

¹² LINARES, Juan Francisco, "El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina", IV.- Inseguridad Jurídica o Gravedad Institucional citado por <http://www.geocities.com/aadachary/inseguridad.htm>.

Es decir, más allá del procedimiento formal están los principios y valores que asume el juez para llegar a una definición mediante sentencia, lo que Riquert Marcelo describe como sentencia emitida en un proceso jurisdiccional razonable.¹³

Riquert Marcelo Alfredo le da un carácter de garantía constitucional innominada al debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, en razón de que el debido proceso en toda constitución política es visto en su dimensión adjetiva como una garantía formal que precautela el cumplimiento de ciertos derechos fundamentales para las personas a través de mecanismos o reglas procedimentales,¹⁴ pero no se lo visualiza como un derecho en sí mismo que exige al juzgador de razonabilidad entendida ésta como una operación reflexiva del juzgador de valores e interpretación de normas y principios constitucionales.

1.4.- Contenido del debido proceso:

*“El debido proceso incluye la protección de todos los derechos establecidos en la Constitución aun cuando no estén nombrados”.*¹⁵

Toda lista que detalle los derechos que integran el derecho al debido proceso, por su propia naturaleza siempre será ejemplificativa y no taxativa,¹⁶ en virtud de que el debido proceso presenta como uno de sus elementos constitutivos la generalidad o “*numerus apertus*”, que implica un conjunto abierto de preceptos y derechos que serán determinados casuísticamente por la jurisprudencia y que no se agotan en el texto constitucional ni legal.

Sin el ánimo de agotar o clasificar al conjunto de derechos que integran el debido proceso, éstos pueden ser agrupados en dos supuestos que

¹³ RIQUERT, Marcelo Alfredo, “El debido proceso y algunas cuestiones conexas en el denominado juicio abreviado. Ley 24.825”, en <http://www.derecho.org/comunidad/lexetiure/eldevido.htm>.

¹⁴ El Art. 24 de la Constitución Política del Ecuador define al debido proceso en función del cumplimiento de 17 reglas o garantías básicas.

¹⁵ SOLA, Juan Vicente, “Control Judicial de Constitucionalidad”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, Pág. 500.

¹⁶ Van desde la competencia, la procedencia de la acción, el emplazamiento en materia civil o la noticia de la acusación en materia penal, la oportunidad de aportar pruebas, la sentencia congruente, motivada y fundada; hasta la posibilidad de interponer los recursos, etc.

forzosamente deben concurrir para que el proceso sea debido a tal punto que su ausencia o violación significa la inexistencia del proceso mismo.

Se trata de supuestos procesales que determinan la existencia, suficiencia y eficacia de un sistema procesal que aseguran el derecho a la defensa, así como la decisión en justicia. Son:

- a) La preexistencia de los órganos jurisdiccionales con sus competencias legalmente señaladas con anterioridad al proceso en revisión; y
- b) Determinación del procedimiento a seguirse a fin de precautelar las garantías de los justiciables y alcanzar una decisión legítima.

a) Preexistencia de los órganos jurisdiccionales:

La determinación del órgano jurisdiccional o juez natural o regular, resulta aquel que es predeterminado por la Constitución o la ley de acuerdo a factores de orden material, territorial y funcional. Su determinación es anterior al caso en mención para evitar la manipulación en el conocimiento de la causa a un juez distinto de aquel determinado por la ley y de esta forma garantizar su imparcialidad frente al procedimiento que va a llevar y ante los litigantes en sí.

Sostiene Ferrajoli que el principio del juez natural *“impone que sea la ley la que predetermine tales criterios de forma rígida y vinculante, de modo que resulte excluida cualquier elección ex post factum del juez o tribunal a quien le sean confiadas las causas”*.¹⁷

El Art. 24 de la Constitución Política del Ecuador que desarrolla los derechos del debido proceso, en su No. 11 señala que: *“Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto.”*

Se garantiza por lo tanto, que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por la ley y que ninguna persona pueda ser procesada ante una autoridad pública sea administrativa, legislativa o judicial que con facultades jurisdiccionales no sea competente para conocer y resolver el caso sometido a su jurisdicción.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón; teoría del garantismo penal”, Tr. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros. 2da. Madrid: Trotta, 1997. p. 589-593.

La designación previa del juez es tan fundamental que de quién juzga depende la existencia del debido proceso a tal punto que su ausencia deslegitima el "ius puniendi" del Estado.

La finalidad de este derecho fundamental por lo tanto, es garantizar al justiciable una correcta y justa resolución sobre un caso sometido a decisión judicial a través de la previa determinación del juzgador quien, además se reviste de la independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional, proscribiendo cualquier intento de crear una competencia especial posterior o una jurisdicción convenida en función del hecho cometido o puesto a consideración judicial.

b) Derecho al procedimiento o principio de isonomía:

Se trata de condiciones legales o parámetros mínimos de índole formal que permiten a las partes procesales disponer de idénticas oportunidades de defensa para debatir aquellas afirmaciones o negaciones sostenidas e impugnar las pruebas presentadas en el proceso o durante él, con la finalidad de asegurar la certeza de la decisión judicial.

Toda relación jurídico procesal se desenvuelve bajo el principio de isonomía o derecho de audiencia que no es otra cosa que el derecho a la defensa. A través de él toda persona tiene derecho a que el juez desarrolle el proceso bajo los principios de bilateralidad y contradicción, garantice la defensa técnica o asistencia de letrado, la publicidad, el derecho de impugnación, el derecho de aportar pruebas lícitas y legítimamente obtenidas en atención a los límites que impone el respeto de los derechos fundamentales, el derecho de controvertir pruebas, derecho a la motivación de las decisiones emitidas, derecho a la prohibición de reformar en perjuicio del apelante, derecho a impugnar, en fin, el derecho a la justicia, entendida ésta como el equilibrio de las desigualdades procesales para igualar sus posiciones frente a la litis del proceso.

Este principio se resume mejor en el apotegma: "Adiatur altera pars", que significa que: "...el juez debe oír a las partes; que hay que dar a cada parte la ocasión de tomar posición respecto de todas las manifestaciones de la parte contraria, de alegar todo lo que según su opinión sea

pertinente en el asunto y de explicar el juicio jurídico que en su opinión hay que formular... ”¹⁸.

2.- LA ACCION DE AMPARO CONTRA SENTENCIAS JUDICIALES

3.1.- El Art. 95 de la Constitución y la prohibición constitucional

a. ¿Sistema paralelo de justicia o tercera instancia?

El segundo inciso del Art. 95 de la Constitución Política del Ecuador en concordancia con el último inciso del Art. 276, señalan que:

Art. 95 2do. Inciso: “No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.”

Art. 276, inciso último: “Las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional.”

Es una preocupación constante la predecible sobrecarga y colapso inminente del Tribunal Constitucional con el conocimiento actual de las acciones de amparo que no versan todavía sobre ningún tipo de decisión o sentencia judicial. La experiencia que al respecto ha tenido nuestro sistema constitucional así lo confirma; abogados y jueces han abusado de este instituto procesal constitucional, planteando amparos que han versado sobre todo tipo de reclamaciones judiciales, cual nueva instancia judicial.

La falta de especialización, preparación y destreza técnica de los jueces constitucionales, unida a la ineficiente formación académica de los abogados más la exigencia de un mayor desarrollo doctrinal y experiencia jurídica en el tema, de por sí relativamente nuevo, han sido entre otras las causas que han obrado en contra del amparo y su verdadero propósito constitucional, y que han justificado la decisión de los legisladores constituyentes de prohibir el amparo de las decisiones judiciales, prevista en el Art. 95 de la Constitución.

¹⁸ LARENZ, Karl. “Derecho Justo; Fundamentos de Ética Jurídica”, Tr. de Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1985. p. 186.

El mayor temor que ha suscitado la acción de amparo contra las decisiones judiciales, ha sido justamente la creación de la tercera instancia a través de un recurso residual y subsidiario como el amparo, que reemplace a los recursos de impugnación ordinarios y extraordinarios de la jurisdicción natural que permiten corregir los errores de procedimiento de los jueces de primera instancia.

En un sistema de administración de justicia como el nuestro, la posible interferencia y desvanecimiento de la autonomía jurisdiccional con la facultad del Tribunal Constitucional de revisar vía amparo, decisiones judiciales, podría ser una realidad que justifica el temor de muchos. Sin embargo, si bien el temor es grave, mayor también es la preocupación respecto de la ilegitimidad y hasta ilegalidad que acompaña a las decisiones judiciales que han sido consideradas consecuencias de intereses políticos o económicos antes que resultados de verdades procesales demostradas en juicio. La *crisis de la administración de justicia* se ha profundizado hasta alcanzar peligrosas dimensiones de inestabilidad política para el Estado Democrático de Derecho. Inseguridad jurídica, lentitud judicial e indefensión han sido las características de un sistema judicial politizado y con graves denuncias de corrupción que minan su credibilidad.

Un recurso constitucional, por más expedito y sumario que sea, teóricamente hablando, no resuelve una situación estructural producto de la deformación de los operadores judiciales; sin embargo, la necesidad de dotar de mayores garantías de protección a los derechos humanos que constituyen el fundamento del Estado Democrático de Derecho, obliga pensar en un recurso efectivo que deje sin efecto la ilegitimidad de las decisiones judiciales, cuando éstas carezcan de un fundamento objetivo y sean producto de la arbitrariedad manifiesta del juez.

La acción de amparo como proceso constitucional no judicial o litigioso, no tiene por misión revisar el contenido de las litis o derechos en discusión judicial, sino las omisiones o violaciones al procedimiento cometidas por el juez con ocasión de su facultad de administrar justicia, y sólo cuando el afectado no disponga de otro mecanismo judicial de revisión o impugnación del acto violatorio o cuando se lo utilice como medio rápido que evite un daño mayor.

En un principio la Corte Constitucional Colombiana mantuvo el mismo criterio que hoy es defendido por quienes apelan a la prohibición constitucional. Consideró que el amparo (acción de tutela) no podía ser entendida como un sistema paralelo de justicia so pena de vulnerar el principio de independencia y autonomía judicial consagrado en la misma Constitución, pero lo admitió al sostener que el amparo era improcedente cuando existían otras vías judiciales para hacer valer el derecho fundamental que se estimaba violado, salvo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable hasta cuando la jurisdicción natural decidiera lo pertinente.

Esta postura inicial de la Corte Constitucional cambió para admitir la procedencia de la tutela contra providencias judiciales con fundamento en la teoría de la “*vía de hecho*”, que estableció que: “*Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales de una persona*”.¹⁹

El desarrollo doctrinal y jurisprudencial alcanzado por Colombia, pone en evidencia el principio rector que debe encaminar toda discusión seria sobre la admisibilidad del amparo de las decisiones judiciales como vía excepcional, cuando la decisión judicial se aparta del procedimiento legal que lo legitima y obedece a la simple voluntad del juzgador con grave perjuicio para los derechos fundamentales de las partes litigantes.

b) Autonomía jurisdiccional o choque de trenes:

Para que proceda la acción de amparo el Tribunal Constitucional en fiel aplicación del Art. 95 de la Constitución ha señalado que es necesario: “*a) Que exista un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública, b) Que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y, c) Que cause o amenace causar un daño grave, y de modo inminente.*”²⁰

Con el concurso de estos tres requisitos, a criterio del Tribunal Constitucional y a exigencia de la propia Constitución, se concede el

¹⁹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia, T-057 de 1999.

²⁰ Segunda Sala del Tribunal Constitucional del Ecuador, caso No. 259-2002-RA.

amparo; pero que sucede cuando el acto de autoridad pública ilegítimo que se impugna es una sentencia o providencia judicial que ha vulnerado un derecho consagrado en la Constitución y ha causado un daño grave e irreparable.

El Tribunal Constitucional ha señalado que las atribuciones de la Función Judicial son las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado dentro de lo establecido en la Constitución y en la ley, de tal forma que cuando no se sujetan a los parámetros legales y el debido proceso, sus actos pueden y deben ser juzgados por otros órganos del Estado, sin que eso entrañe interferencia en los asuntos propios de la Función Judicial.

Por concepto, la jurisdicción constitucional no puede interferir en la competencia exclusiva de la Función Judicial, peor sustituir a los órganos o poderes del Estado en la tarea de administrar justicia. Su misión es preservar el ejercicio legítimo de los poderes constituidos garantizando su autonomía, por ende no puede intervenir a través del amparo en las decisiones judiciales,²¹ a no ser que para detener aquellos actos que no han observado el debido proceso y han violentado derechos constitucionales.

Al parecer, esta es la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que justifica su intervención, única y exclusivamente cuando la Función Judicial se aparta de los parámetros establecidos en la Constitución y en el debido proceso en su facultad de administrar justicia; así lo ha sostenido al afirmar que: *"... el Tribunal Constitucional es competente para conocer, juzgar y resolver cualquier acto u omisión ilegítimos realizado en la Función Judicial siempre que viole garantías y derechos constitucionales, actos que no son propios y exclusivos de esa Función, que específicamente debe juzgar y hacer ejecutar lo juzgado."*²²

Pero contradictoriamente a lo sostenido por el propio tribunal y su tesis de la legitimación constitucional, en Resolución del 29 de octubre de 1998 (caso 462-98-RA), la Segunda Sala del Tribunal Constitucional desestimó la acción de amparo interpuesta de una sentencia judicial por

²¹ La Corte Constitucional Colombiana ha señalado en la sentencia Su-111, que: "El remedio constitucional del amparo no se edifica sobre la anulación del esquema constitucional de las funciones y poderes del Estado".

²² Segunda Sala del Tribunal Constitucional del Ecuador, caso No. 462-98-RA, Resolución del 29 de octubre de 1998. P. 5.

carecer de competencia para su conocimiento por expresa disposición constitucional.

En toda la parte considerativa de dicha resolución, el Tribunal Constitucional justifica la intervención de la jurisdicción constitucional cuando la Función Judicial no garantice los derechos fundamentales, inclusive señala que: "...el Pleno del Tribunal debe pronunciarse en el sentido de que no son aplicables los incisos segundo del Art. 95 y final del Art. 276 de la actual Constitución codificada, por contravenir normas sustanciales de la Carta Política, no aplicar correctamente resoluciones e instrumentos internacionales y desconocer principios del derecho constitucional moderno",²³ pero en la parte resolutive rechaza la acción de amparo por expresa prohibición constitucional, lo que ha originado en el Ecuador una situación bastante curiosa, o sui generis por decir lo menos: "el amparo es procedente pero inadmisibile."

Mientras las resoluciones de la Función Judicial sean tomadas en estricto cumplimiento de los principios del debido proceso, gozan de la intangibilidad y firmeza de la cosa juzgada. Intervenir en su revisión, constituiría un atentado contra la seguridad jurídica pues se dejaría a la voluntad de las partes el resultado final de los procesos judiciales.

Sin embargo, cuando aquellas no observan el debido proceso y atentan contra los derechos humanos, situación ajena a su competencia de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado dentro de lo establecido en la Constitución y la Ley, el Tribunal Constitucional se encuentra en la obligación de admitir los amparos interpuestos sobre ellas en ejercicio legítimo de su facultad constitucional de precautelar los derechos fundamentales, sin que aquello entrañe intromisión indebida de facultades que pueda vulnerar la autonomía jurisdiccional o producir un choque de trenes.

c) Respeto al principio de cosa juzgada y seguridad jurídica:

El Tribunal Constitucional Español ha afirmado que la cosa juzgada o intangibilidad de la decisión judicial es un instrumento que garantiza la tutela judicial efectiva de las partes que han intervenido en un proceso, al

²³ Ibidem, P. 11.

garantizar que las resoluciones adoptadas dentro del procedimiento debido no sean alteradas ni modificadas.²⁴

La seguridad jurídica entendida como adecuado ejercicio del derecho a la defensa, es sinónimo de regularidad procesal y ésta de intangibilidad. La persona que interviene en un proceso judicial con todas las garantías que determina la ley en cuanto igualdad procesal, tanto en la presentación de la demanda como en su contestación, en la presentación y valoración de las pruebas y la contradicción, en la motivación de la sentencia y en su impugnación; torna en innecesario la acción de amparo sobre una resolución judicial.

La autoridad de la cosa juzgada cuando la sentencia o decisión judicial es adoptada bajo un procedimiento regular, en el cual se han cumplido con todas las formalidades y solemnidades sustanciales previstas en la ley, no exige de mayores argumentos pues, la inmutabilidad de la decisión judicial proviene de su legitimidad o coherencia con la Constitución. El problema se genera de la ilegitimidad de la decisión judicial frente a la prohibición constitucional de plantear el amparo.

García Belaunde se pregunta: ¿Qué pasa con la cosa juzgada cuando admitimos el amparo contra ella? ¿Si no existe un debido proceso que legitime la inmutabilidad de la cosa juzgada, puede hablarse de su firmeza? Y sentencia diciendo: *“La intangibilidad de la cosa juzgada está condicionada por la regularidad del proceso (entendido por regularidad el debido proceso legal).”*²⁵

No disminuye su rigor la cosa juzgada, ni merma su valor el principio de la seguridad jurídica con la revisión de las decisiones o sentencias judiciales a través del amparo, sin consideramos que la jurisdicción constitucional no está para interferir en la competencia de la Función Judicial ni vaciar de contenido a la cosa juzgada corrigiendo errores u omisiones in procedendo, para cuya rectificación el propio proceso prevé en su lógica interna, recursos procesales de impugnación o apelación. La jurisdicción constitucional está para velar y corregir aquellos errores o violaciones *“que resultan esenciales en el derecho a la jurisdicción y al*

²⁴ Tribunal Constitucional Español. Sentencia 55/2002, de 11 de marzo (BOE núm. 91, de 16-4-2002). Recurso de amparo 3502/97. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar, en <http://criminet.ugr.es/rccpg>.

²⁵ GARCÍA Belaunde, Domingo, “Derecho Procesal Constitucional”, Editorial TEMIS, Bogotá, 2001, Pág. 169.

proceso debido, y que, por esa condición, el constituyente ha incorporado a los derechos fundamentales..."²⁶

3.2.- A modo de conclusión: Legitimidad de la acción de amparo de las sentencias judiciales

En el Estado Democrático de Derecho, el juez se encuentra legitimado por la incorporación plena de los valores y principios constitucionales a su práctica jurisdiccional, en la cual, ha dejado de ser simplemente la boca que pronuncia la ley para convertirse en garante de la prevalencia y eficacia de los derechos fundamentales.

Tradicionalmente el proceso fue considerado un instrumento o medio legal de resolución de conflictos de intereses subjetivos. Sin que haya perdido la calidad de mecanismo técnico de aplicación del derecho, el proceso ha pasado a constituirse en una garantía de protección de los derechos fundamentales, cuya violación u omisión ilegítima (afectación de los derechos y garantías mínimas que integran el proceso y dan contenido al principio del debido proceso), deja de ser una simple cuestión de tipo legal, subsanable a través de los recursos judiciales de impugnación, para convertirse en una violación de carácter constitucional, susceptible de la protección del amparo en cuanto recurso constitucional de tutela y defensa de los derechos fundamentales.

La Constitución del Ecuador en su Art. 95 y 276, segundo y último inciso respectivamente, prohíben el amparo de las decisiones judiciales.

Contradictoriamente a lo prescrito por dichas disposiciones constitucionales, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos consagrados en la Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales de protección y defensa de los derechos humanos.

El Art. 23, No. 27 de la Constitución del Ecuador; el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el Art. 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; el Art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

²⁶ Tribunal Constitucional español, sentencia del 30-3-81 y 50/82 del 15-7-82, citadas por Gozaini, Osvaldo Alfredo, "Derecho Procesal Constitucional, Amparo", Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, Pág. 145.

Hombre; el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, el Art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, reconocen el derecho al debido proceso como derecho fundamental que *"se desenvuelve necesariamente dentro de la actividad procesal enmarcada por las leyes reguladoras de los procesos jurisdiccionales."*²⁷

El amparo como *"procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención"*,²⁸ tutela la vigencia de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra, el debido proceso. Por ende, resulta absurda la disposición constitucional que prohíbe el amparo de las decisiones adoptadas en el proceso judicial, en el cual, el derecho fundamental al debido proceso se manifiesta.

Es necesario considerar que la constitución está concebida de tal forma que todas las instituciones que forman parte de ella y que estructuran al Estado como tal, tienen sentido y adquieren legitimidad, cuando son interpretados de acuerdo a los contenidos y principios de los derechos y garantías fundamentales.

La evidente contradicción constitucional debe ser resuelta a favor de la vigencia de los derechos humanos, en razón de que el respeto y vigencia de los derechos fundamentales constituyen normas anteriores al propio Estado y una limitación al ejercicio de la soberanía, que prevalecen necesariamente sobre todo tipo de disposición legal, inclusive constitucional que se le oponga.

El Tribunal Constitucional ha confirmado esta teoría al señalar que *"no son aplicables los incisos segundo del Art. 95 y final del Art. 276 de la actual Constitución codificada, por contravenir normas sustanciales de la Carta Política, no aplicar correctamente resoluciones e instrumentos internacionales y desconocer principios del derecho constitucional moderno"*.²⁹

²⁷ BANDRES, SÁNCHEZ – CRUZAT, José Manuel, Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional, Aranzadi, Pamplona, 1992, citado por GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "Derecho Procesal Constitucional, Amparo". Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, Pág. 159.

²⁸ CIDH, Opinión Consultiva, OC--9/87 del 6 de octubre de 1987, Pág. 18.

²⁹ Segunda Sala del Tribunal Constitucional del Ecuador, caso No. 462-98-RA, Resolución del 29 de octubre de 1998. P. 5.

Como apunta Rubio Llorente, citado por Antonio Cánova González: *"...la vigencia plena de los derechos exige no sólo el control de constitucionalidad de las leyes, sino también, directamente, el de las decisiones judiciales que las aplican. Sobre la forma de organizar este control cabe la discusión; sobre su necesidad, no."*

Negar la acción de amparo de una providencia o decisión judicial, pese a la prohibición constitucional, equivale a negar la esencia misma del Estado Democrático de Derecho que consagra como uno de sus principios constitutivos, el respeto y vigencia de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el debido proceso como derecho fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

1. **CIDH**, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva, OC-9/87 del 6 de octubre de 1987.
2. **CIDH**, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva de la OC-8/87 del 30 de enero de 1987.
3. **CIDH**, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo, Sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 74.
4. **Corte Constitucional Colombiana**, Sentencia, T-057 de 1999.
5. **FERRAJOLI**, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta. Madrid. 2001.
6. **FERRAJOLI**, Luigi. Derecho y razón; teoría del garantismo penal. Tr. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros. 2da. Madrid: Trotta, 1997. p. 589-593.
7. **FIX-ZAMUDIO**, Héctor y otros. La Justicia Constitucional en la actualidad. Corporación Editora Nacional. Quito. 2002.
8. **GARCIA**, Belaunde Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Temis S. A. Bogotá. 2001.

9. **GOZAÍNI**, Osvaldo Alfredo. Derecho Procesal Constitucional, Amparo, doctrina y jurisprudencia. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. 2002.
10. **GOZAÍNI**, Osvaldo Alfredo. El Derecho de Amparo. Ediciones Depalma. 2da. Edición. Buenos Aires. 1998.
11. **LARENZ**, Karl. Derecho Justo; Fundamentos de Ética Jurídica. Tr. de Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1985. p. 186.
12. **POLIT**, Berenice. El amparo constitucional su aplicación y límites. Corporación Editora Nacional. Quito. 2002.
13. **SOLA**, Juan Vicente. Control Judicial de Constitucionalidad. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001.
14. **SUAREZ** Sánchez, Alberto. El Debido Proceso Penal. 2da. Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.
15. **Tribunal Constitucional del Ecuador**, Segunda Sala. caso No. 259-2002-RA. Caso No. 462-98-RA.
16. **ZAMBRANO**, Pasquel Alfonso, y otros. Debido Proceso y Razonamiento Judicial. Projusticia. Quito. 1998
17. **ZAVALA**, Baquerizo, Jorge. El Debido Proceso Penal. Edino. Quito. 2002.

PAGINAS WEB:

1. <http://www.geocities.com/aadachary/inseguridad.htm>. IV.- Inseguridad Jurídica o Gravedad Institucional. **CORWIN** Edward. La Constitución norteamericana y su actual significado ; y, **LINARES**, Juan Francisco, "El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina". Visitado el 23 de julio del 2003.
2. <http://www.derecho.org/comunidad/lexetiure/eldebido.htm>. **RIQUERT**, Marcelo Alfredo, El debido proceso y algunas

cuestiones conexas en el denominado juicio abreviado. Ley 24.825. Visitado 24 de septiembre del 2002.

3. http://derecho.udea.edu.co/artdoc/indice/armando_luis_calle/procesal_penal/bases_fundamentacion.doc. CALLE Calderón, Armando Luis. Bases para una fundamentación político-constitucional del debido proceso. Visitado el 24 de septiembre del 2002.
4. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2008/gonzl08.htm>, GONZÁLEZ, Daniel Álvarez, "Justicia Constitucional y Debido Proceso". Visitado el 10 de enero del 2003.
5. <http://jurídica.ucr.ac.cr/public/garantía.html>. La Garantía Constitucional del Debido Proceso en los Procedimientos Universitarios. Visitado el 24 de septiembre del 2002.
6. <http://cajpe.org.pe/guia/debi.htm>, Red de información jurídica. El Debido Proceso en las decisiones de los órganos de control constitucional de Colombia, Perú y Bolivia. Visitado el 10 de enero del 2003.
7. <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/00-portada.htm>, CÁNOVA González, Antonio. Justicia Constitucional en Iberoamérica. ¿Es necesaria la revisión por el Tribunal Constitucional de las decisiones judiciales? (un tema pendiente de discusión entre los juristas iberoamericanos). Visitado el 11 de julio del 2003.
8. <http://comunidad.derecho.org/aulavirtual/1739.htm>, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia No. 1739-92 del 1/julio/1992, redactada por el Magistrado Piza Escalante. Visitada el 24 de septiembre del 2002.
9. <http://criminet.ugr.es/recpc>. Tribunal Constitucional Español. Sentencia 55/2002, de 11 de marzo (BOE núm. 91, de 16-4-2002). Recurso de amparo 3502/97. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar. Visitado el 24 de septiembre del 2002.

LA SEGURIDAD JURÍDICA FRENTE A LA DECLARATORIA DE INAPLICABILIDAD

Juan Francisco Guerrero del Pozo¹

Conforme lo señala Marco Morales, *“El telos del constitucionalismo consiste en la limitación del poder del Estado”*². Esta limitación al poder estatal se plasma en el denominado “Control Constitucional” que ejercen los distintos organismos que, de acuerdo a cada sistema, son los encargados de velar porque toda la normativa jurídica vigente de un Estado y los actos jurídicos que emanen producto de la aplicación de estas normas, estén sometidos y sean coherentes con la Constitución Política, que es la condición de validez y unidad de todo el ordenamiento jurídico.

De acuerdo al órgano que lo ejerce, el control constitucional se clasifica en concentrado y difuso o judicial, dependiendo de si el órgano encargado del control constitucional es un ente único y especializado creado para el efecto o, por el contrario, son todos los órganos quienes ejercen jurisdicción, los que en cada caso en concreto deben velar por la constitucionalidad de las normas jurídicas que pretenden aplicar para la resolución de las causas que conocen. El artículo 274³ de nuestra Constitución Política precisamente recoge esta segunda forma de control constitucional.

¹ Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Artículo revisado por el Dr. Rafael Oyarce Martínez, profesor titular de la Facultad.

² Marco Morales Tobar, *“Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador”*, La Justicia Constitucional en el Ecuador, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p.77.

³ *“Art. 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.*

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

En el presente artículo trataremos de dilucidar si la declaratoria de inaplicabilidad prevista en el artículo 274 de nuestra Constitución es un instrumento que aporta a la seguridad jurídica dentro del ordenamiento ecuatoriano, o por el contrario se trata de un factor que incrementa la inseguridad y ahonda la falta de certeza jurídica.

Empecemos, entonces, por definir lo que es seguridad jurídica.

Seguridad Jurídica: La estabilidad de las Instituciones y la vigencia auténtica de la Ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho⁴.

Detengámonos a analizar la definición citada. En primer lugar se habla de vigencia auténtica de la Ley, para que una norma jurídica se pueda considerar como auténticamente vigente, necesariamente debe estar acorde con las disposiciones constitucionales, ya que la Constitución es el fundamento de validez de las demás normas jurídicas. Por lo tanto, la declaratoria de inaplicabilidad ayuda a separar entre aquellas normas que son de vigencia auténtica, y aquellas que no lo son, por contravenir las disposiciones constitucionales o de la normativa internacional vigente en el país.

En segundo lugar se mencionan a los “derechos proclamados”, a los cuales nosotros los asimilamos a lo que se conoce como “derechos adquiridos”. Es precisamente aquí donde consideramos se encuentra el principal tropiezo por superar para considerar a la declaratoria de inaplicabilidad, como positiva para la seguridad jurídica, ya que precisamente a través de la declaración de inaplicabilidad de un precepto jurídico, puede llegarse a alterar derechos adquiridos de particulares, haciendo que al menos en la causa donde se la declara, la posible inconstitucionalidad del precepto inaplicado tenga efectos retroactivos.

Tratemos de aclarar lo dicho mediante un ejemplo: Supongamos que se expide una Ley de Redistribución de la Riqueza, cuyo artículo primero establece que “los indígenas que han trabajado durante más de quince años consecutivos en una propiedad privada destinada a la agricultura

⁴ “Seguridad Jurídica”, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1979, IV, p. 67.

que tenga una extensión mayor a 10 000 m² tienen derecho a exigir a su patrono que se les transfiera a su nombre un pedazo de terreno de 200 m² o su equivalente en moneda de curso legal, al precio que fije el avalúo realizado por el Municipio del respectivo Cantón donde se halle registrada la propiedad". Al momento de expedirse la Ley, aquellos indígenas que cumplan con las condiciones que establece el artículo primero han adquirido un derecho, el cual se ha incorporado a su patrimonio. Supongamos, además, que el patrono se niega a cumplir con esta disposición y el indígena a quien se le ha negado este derecho, inicia una acción judicial, tendiente a que se haga cumplir al patrono con lo dispuesto en la Ley. Si al momento de resolverse el caso, el órgano jurisdiccional considera que el artículo primero de la Ley de Redistribución de la Riqueza es inconstitucional por violar el artículo 30 de la Constitución que reconoce el derecho de propiedad, y en consecuencia se lo declara inaplicable, es indudable que se está afectando un derecho adquirido del indígena y que esa declaratoria de inaplicabilidad está produciendo efectos retroactivos particulares dentro del caso en donde se la declara, ya que se está afectando derechos adquiridos que nacieron al momento de la expedición de la Ley a través de una inaplicabilidad que es declarada posteriormente.

Como podemos apreciar, el problema de la seguridad jurídica frente a la declaratoria de inaplicabilidad es un problema de ponderación entre la seguridad que ocasiona que solamente sean aplicables normas jurídicas constitucionales y acordes con la normativa internacional, y la inseguridad que se produce entre los ciudadanos, al saber que normas que se encuentran vigentes y que les generan derechos, en caso de controversias judiciales, pueden ser inaplicadas, afectando a sus derechos.

Aportes de la declaratoria de inaplicabilidad a la seguridad jurídica

Analicemos lo que aporta la declaratoria de inaplicabilidad a la seguridad jurídica:

Incrementa la "Conciencia Constitucional", que según manifiesta José Luis Cea Egaña es el "grado de aceptación de una Constitución en la sociedad que rige". Si los ciudadanos están seguros que se respetará la jerarquía normativa de la Constitución, y que en caso que por las fallas del sistema se llegue a expedir una norma inconstitucional, esta no se

aplicará, indudablemente que incrementa ese grado de confianza y aceptación en las normas constitucionales, haciendo que el ciudadano común tome conciencia de la invulnerabilidad de la Constitución, ya que

... si en un sistema normativo se encuentran normas inconstitucionales, ello no solo que creará confusión en los destinatarios de la norma, pues no tendrá el grado mínimo de certeza requerido sobre las consecuencias jurídicas que acarrearán sus actos, sino que pondrá en evidente peligro la conservación de la institucionalidad básica y fundamental del Estado que emana, precisamente de la Constitución⁵.

Es un mecanismo protector de los derechos fundamentales. A través de la declaratoria de inaplicabilidad se está garantizando lo que establece el artículo tercero de la Constitución como deber primordial del Estado, asegurar la vigencia de los derechos humanos. Como sabemos, las principales normas jurídicas en donde están enumerados los derechos fundamentales son la Constitución y las normas internacionales. Al asegurar a través de la declaratoria de inaplicabilidad que no se puedan aplicar preceptos jurídicos contrarios a estas normas, el ordenamiento se está resguardando en gran parte de las vulneraciones que pueden sufrir los derechos fundamentales, asegurando su vigencia e invocación, incluso contra norma vigente que los vulnera. Es por esta razón que se dice que "... la acción de la justicia constitucional debe ir encaminada a ello, no a proteger los derechos fundamentales solo si el afectado lo solicita, sino cuando competentemente, lo puede y lo debe hacer"⁶. Es decir que aquí encontramos el fundamento del por qué la declaratoria de inaplicabilidad, conforme al mandato constitucional, puede declararse de oficio sin necesidad de petición de la parte interesada, ya que es obligación del juez no solamente mirar el caso en concreto, sino que a través de la apreciación en abstracto de las posibles violaciones a los derechos fundamentales, se declara inaplicable una disposición en el caso concreto, por ser precisamente la causa en que se plasma una materialización de esa vulneración.

Protege los intereses de las minorías. En los apuntes de la cátedra de Control Constitucional dictada por Luis Fernando Torres, se define a la

⁵ Morales T., art. cit., p. 98.

⁶ *Ibid.*, p. 104.

democracia como “el gobierno de la mayoría sin afectar a la minoría”, y se complementa esta idea diciendo que “sin control constitucional la minoría no puede recurrir a las decisiones de la mayoría” lo cual indudablemente causaría inseguridad jurídica, ya que la normativa vigente variaría según la mayoría que gobernase, mayorías que en nuestro país son característicamente coyunturales y transitorias. Como dice Marco Morales,

En una democracia auténtica, entonces, se requieren garantías frente a las mayorías coyunturales que pretendan desvirtuar el pacto encarnado en la Constitución, como fórmula de protección de las minorías respecto de las mayorías; esa mayoría que puede ser tiránica, en términos de Alexis de Tocqueville, pues los textos constitucionales no solo establecen la estructura del poder del Estado a través de sus instituciones Políticas, sino que consagran en su contenido el reconocimiento de derechos fundamentales y todo un sistema de protección de esos derechos⁷.

Por lo tanto, a través de la declaratoria de inaplicabilidad se puede controlar los “caprichos” de la mayoría, que sin reparar en normas constitucionales e internacionales, pueden, aprovechando una coyuntura, expedir normas que vulneren los intereses y derechos de los grupos minoritarios, debilitando al sistema democrático en sí mismo; y es que

... una de las funciones centrales de la Constitución es establecer derechos, y los derechos son –por definición- límites o barreras a las decisiones de la mayoría en protección de intereses de individuos. Si no hubiera control judicial de constitucionalidad no se reconocerían, entonces, derechos, ya que no habría límite alguno a las decisiones de la mayoría expresadas a través de órganos políticos como el Parlamento⁸.

Aparentes “aportes” de la declaratoria de inaplicabilidad a la inseguridad jurídica.

⁷ *Ibid.*, p. 96.

⁸ Carlos Santiago Nino, Fundamentos de derecho constitucional, Buenos Aires, ASTREA, 2002, p. 679.

Analicemos ahora los aspectos que podrían ser considerados como “aportes” a la inseguridad jurídica, por parte de la declaratoria de inaplicabilidad.

Provoca vacíos normativos. La declaratoria de inaplicabilidad, al derivar en una demanda de inconstitucionalidad que de ser aceptada expulsa del ordenamiento jurídico a los preceptos que fueron originalmente declarados inaplicables, provoca vacíos normativos que a criterio de algunas personas pueden ocasionar inseguridad jurídica.

Así por ejemplo, en el caso nro. 002-2001-DI, en el voto salvado de Carlos Helou Cevallos se dice que “para concluir, la declaratoria de inaplicabilidad del artículo 153 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero provocaría un vacío legal, razón por la cual resulta improcedente la acción deducida”. Es decir, que en este voto salvado, se llega incluso a manifestar la posición radical de que no se puede aplicar el artículo 274 de la Constitución alegando que su aplicación ocasionaría un vacío legal. Esta afirmación realmente sorprende, en virtud de que de acoger este criterio, entonces nunca se podría declarar inconstitucional una norma jurídica, ya que como sabemos al producir la inconstitucionalidad la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, siempre se crearía vacíos legales, en la materia que regulaba la norma inconstitucional. Sin embargo de lo señalado, cabe reconocer que este razonamiento ha ocasionado varios cuestionamientos que se han resuelto de maneras distintas. Así, por ejemplo, “en Austria, el Tribunal, al anular una Ley, además de hacerla desaparecer del ordenamiento jurídico, suponía la automática entrada en vigor de la anterior que había sido derogada”⁹. Sin embargo, creemos que en el Ecuador, ese no puede ser un argumento valedero para no aplicar la disposición contenida en el artículo 274 de la Constitución, en virtud de que existen los mecanismos jurídicos para llenar cualquier tipo de vacío o laguna legal, es así que el artículo 18, regla séptima del Código Civil, establece que “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se recurrirá a los principios del derecho universal”.

Otorgamiento de excesivo poder a la función judicial. Se puede decir que la declaratoria de inaplicabilidad otorga un excesivo poder a la función judicial, incluso en perjuicio del órgano legislativo, que como sabemos es

⁹ Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional*, II, Guayaquil, Edino, 2002.

de conformación preponderantemente democrática, lo cual se dice rompe el equilibrio de poderes. Por ejemplo, en España, a través de la llamada "cuestión de inconstitucionalidad", los jueces no tienen la facultad de inaplicar directamente la norma, sino simplemente de plantear una cuestión de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad o no de un precepto jurídico. El Tribunal Constitucional español justifica esta forma de control difuso de la constitucionalidad, ya que dice que

La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la Ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución. La estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al Juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la Ley con la simple inaplicación de ésta, pero ello hubiere implicado someter la obra del Legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de órganos judiciales, de donde podría resultar, entre otras cosas, un alto grado de inseguridad jurídica¹⁰.

A través de esta sentencia, el Tribunal Constitucional español, por supuesto que sin quererlo, está sintetizando los argumentos por los cuales la declaratoria de inaplicabilidad en el Ecuador, causaría inseguridad jurídica, basado principalmente en la aparente superioridad del poder judicial sobre el poder legislativo ejercido en nuestro caso por el Congreso Nacional. Sin embargo, esa es nada más que una forma de entender a la declaratoria de inaplicabilidad, que no es necesariamente correcta, ni unánimemente aceptada, pues

... cuando los jueces descalifican una Ley o un decreto aplicando la Constitución, lejos de oponerse a la voluntad mayoritaria, dan efecto a la voluntad mayoritaria de nivel superior que expresa la Constitución. La Constitución tiene aún mayor legitimidad democrática que la Ley, y los jueces que la hacen prevalecer sobre esta última no están interponiendo su propia

¹⁰ Tribunal Constitucional Español, sentencia nro. 17/81 de 1 de junio de 1981.

autoridad y capacidad epistémica, sino la que la Constitución refleja¹¹.

Es decir que cuando el juez declara inaplicable un precepto, no es que está por sobre el legislador, sino que en ejercicio de las funciones que le fueron encomendadas, hace prevalecer la Constitución, máxima representación de la voluntad mayoritaria en una sociedad democrática, por sobre cualquier otro tipo de norma jurídica.

Inaplicación de normas vigentes. Uno de los mayores problemas que existen respecto a la seguridad jurídica frente a la declaratoria de inaplicabilidad, es que se dejan de aplicar normas vigentes, que obligan a los ciudadanos mientras no se declare su inconstitucionalidad o su falta de adecuación a la normativa internacional. Frente a este problema, un conflicto que va de la mano es el de las normas que fueron dictadas antes de esta Constitución, ya que si bien hay que descartar la posibilidad de declararlas inaplicables por no haber seguido el procedimiento de formación establecido en la actual Constitución¹², se las puede declarar inaplicables y posteriormente inconstitucionales por cuestiones de fondo. Muchos ordenamientos jurídicos, resuelven la cuestión a través de una derogación tácita de las normas contrarias a la nueva Constitución, sistema que dada la inestabilidad constitucional en que se ha desenvuelto nuestro país, es un verdadero atentado contra la seguridad jurídica.

Los sistemas que no adoptamos la “derogación tácita” de las normas anteriores a la expedición de una nueva Constitución, han considerado que el sistema normativo anterior, o al menos sus bases fundamentales constituyen una verdadera limitación del poder constituyente derivado, puesto que la sociedad en donde se va a cambiar o reformar una Constitución, ha convivido ya con un determinado ordenamiento jurídico que no puede ser cambiado de manera inmediata, ya que no podemos olvidarnos que las normas son reglas de conducta social y las conductas sociales son fenómenos sociológicos que se forman con el paso del tiempo y no pueden ser modificadas de un día para otro. Es en estas circunstancias que la declaratoria de inaplicabilidad constituye un buen

¹¹ Nino., op. cit., p. 668.

¹² Cualquier tipo de vicio formal que pudo haber existido en el proceso de formación de una norma jurídica, debe confrontárselo con el procedimiento que estaba vigente al momento de su expedición, y no con el procedimiento que está vigente cuando la norma es cuestionada o impugnada.

instrumento para depurar al ordenamiento jurídico de manera progresiva de aquellas normas inconstitucionales o contrarias a la normativa internacional, sin causar el impacto y la consecuente inseguridad jurídica que tiene una derogatoria tácita.

Finalmente, cabe señalar respecto de este punto que, como vimos, seguridad jurídica es la vigencia auténtica de la ley; sin embargo, no podrá haber seguridad jurídica si con la bandera de que se debe proteger a la "ley", entendida ésta como representante de las normas secundarias, se vulnera la Constitución y ésta se queda como un simple manual del "deber ser" que nunca se cumplirá.

Contradicciones en el Tribunal Constitucional. La amplitud del texto constitucional que le faculta al Tribunal Constitucional para que pueda declarar inaplicable un precepto por ser contrario a la Constitución o a los tratados y convenios internacionales, podría ocasionar que este órgano incurra en contradicciones al momento de declarar la inaplicabilidad. Supongamos que dentro de un recurso de amparo, la Sala a la que le correspondió conocer, de manera unánime, declara la inaplicabilidad de un precepto y emite su fallo, el cual es inapelable. Cuando realiza su informe sobre la inaplicabilidad, y lo remite al Pleno del Tribunal Constitucional, éste podría muy bien resolver de manera definitiva que el precepto no es inconstitucional, encontrándonos entonces con dos fallos definitivos y contradictorios del mismo Tribunal Constitucional, causando evidentemente inseguridad jurídica. Este problema se trata de resolver en el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a través de una disposición que establece que "cuando se declare la inaplicabilidad en una causa de amparo, el caso será resuelto por el Pleno del Tribunal Constitucional"¹³. Sin entrar a analizar el contenido mismo de esta disposición que parece limitar la declaratoria de inaplicabilidad solamente a los amparos constitucionales, revisemos la solución que propone al problema que planteamos. Del proyecto de norma que citamos, se desprende que cuando exista declaratoria de inaplicabilidad, al igual que hubiera un voto salvado, el amparo constitucional debe subir para resolución del Pleno del Tribunal. Cabe entonces pensar que el Pleno del Tribunal debería resolver ambos procesos, el amparo y la inconstitucionalidad en un mismo acto, sin embargo de que se sustanciarían procedimientos paralelos, ya que no nos olvidemos que la

¹³ Artículo 34 inciso tercero del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

declaratoria de inaplicabilidad debe sustanciarse en su “etapa de consulta”¹⁴ como una demanda de inconstitucionalidad. Se dirá, entonces, que este procedimiento al menos evitaría que en un mismo caso se den dos resoluciones contradictorias, respecto de la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad. Sin embargo, no podemos aceptarlo precisamente por inconstitucional, puesto que a través de un procedimiento de amparo se estaría demandando una inconstitucionalidad, se violentaría el procedimiento establecido en el artículo 274 de la Constitución y la resolución tendría efectos generales y obligatorios directamente. Definitivamente no se puede aceptar un procedimiento de esta naturaleza, por el solo hecho de evitar contradicciones, a pesar de que vulnera el texto constitucional. El problema de que un Tribunal no sea coherente en sus fallos, no se soluciona modificando procedimientos, sino a través de que sus integrantes mantengan criterios lógicos y jurídicos sustentables. En ocasiones, el Tribunal Constitucional en casos idénticos de amparo constitucional ha fallado de manera absolutamente contradictoria sin que por eso se piense en alterar el procedimiento de la acción de amparo constitucional¹⁵.

Conclusión

En conclusión debemos afirmar que la declaratoria de inaplicabilidad aporta a la seguridad jurídica ya que le permite al litigante, inmerso en un proceso, estructurar su acción de manera normativamente jerarquizada, es decir, observando la estructura piramidal que debe tener el ordenamiento jurídico, y en caso de detectar que una norma no guarda esa coherencia, tener la posibilidad de suspender sus efectos en el litigio, a través de una declaratoria de inaplicabilidad. Es indudable la existencia de ciertos inconvenientes, especialmente por la inestabilidad constitucional que ha caracterizado a la vida republicana del Ecuador, lo cual ha ocasionado

¹⁴ Hemos denominado con fines explicativos “etapa de consulta”, al momento procesal, en que conforme lo dispone la Constitución, le corresponde al Tribunal Constitucional determinar con efectos generales y obligatorios, si una norma que fue declarada inaplicable es o no inconstitucional.

¹⁵ En los amparos constitucionales nro. 261-2001-RA y nro. 473-2001-RA propuestos por el consorcio COLL Y ASOCIADOS en contra de los actos de terminación unilateral de los contratos de obra por parte de la EMAAP-Q, pese a que se trataron de contratos idénticos (solamente se diferenciaban por el sector), que se suscribieron la misma fecha, entre las mismas partes y se declararon terminados el mismo día, con resoluciones que solamente diferían en su número, el Tribunal Constitucional se pronunció en la una acción negando el amparo y en la otra aceptándolo.

que la mayoría de normas jurídicas sean anteriores a la fecha de promulgación de nuestra Constitución vigente, pero no es menos cierto que esta figura, a la vez que constituye un aporte para lograr el fortalecimiento de la "Conciencia Constitucional" permite que jueces y litigantes logren entender lo que en la práctica significa que la Constitución es la "condición de validez y unidad" de todo el ordenamiento jurídico. Hay que agregar a este razonamiento, la ventaja que representa al resto de personas que no estudian Derecho, el saber que los fundamentos de sus derechos se encuentran contemplados en un único cuerpo legal y que son la base de todo el ordenamiento jurídico y que no pueden ni siquiera ser vulnerados por normas de otro tipo que aunque sean vigentes, son inconstitucionales y, por tanto, eventualmente susceptibles de una declaratoria de inaplicabilidad dentro del proceso en que sean invocadas.

Adicionalmente, a través de la declaratoria de inaplicabilidad es posible realizar una depuración constitucional progresiva en nuestro ordenamiento jurídico, que no cause los estragos e inseguridad que produciría una "derogación tácita" de toda la normativa contraria a la Constitución.

SOBRE LA TÉCNICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y DE CÓMO LA ADMINISTRACIÓN RESISTE LA APLICACIÓN DE SUS EFECTOS

Dr. Edgar Neira Orellana¹

1.- Introducción

El presente análisis responde a una preocupación creciente por conocer el instituto del silencio administrativo y la figura de la aceptación tácita que, a partir de diciembre de 1993, introdujo en el ordenamiento ecuatoriano la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada –en adelante *LME*–.

Tres causas explican esa preocupación: la primera está relacionada con las insuficiencias del texto legal y las interrogantes que de su sola lectura quedan sin contestar; la segunda, la colisión que constantemente se produce entre el texto de la ley y la práctica administrativa, casi siempre refractaria al cumplimiento de sus obligaciones; y la tercera que deriva de la anterior: la necesidad de conocer qué herramientas jurídicas pueden ser utilizadas para solucionar los conflictos que esa colisión plantea.

Para satisfacer tal interés, examinaré en este trabajo las características y los contenidos del silencio administrativo, su naturaleza y efectos; la vinculación indisoluble de esta institución y el derecho constitucional de petición. Aspectos todos ellos estudiados a la luz –o media luz– del derecho positivo ecuatoriano, y complementados con una selección de precedentes jurisprudenciales que, en mi opinión, constituyen los pronunciamientos más importantes que la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional han expedido en esta materia.

El análisis no agota el tema, ni siquiera integra unitariamente las distintas perspectivas en que el silencio administrativo puede ser enfocado.

¹ 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.

Cumple un propósito más modesto al destacar los elementos teóricos que trascienden en la discusión, bajo una doble perspectiva: la de los derechos de petición y tutela de los administrados, por un lado, y por otro, la de la inexcusable obligación de resolver que tienen los funcionarios del Estado.

Más allá de aquella concepción unidimensional en que el positivismo jurídico reduce el fenómeno jurídico a los contenidos normativos, subyace en este trabajo el planteamiento de que el mayor reto para el ascenso del Derecho Administrativo ecuatoriano es no sólo expedir la Ley de Procedimientos Administrativos que la dispersión jurídica reclama, sino principalmente enfrentar la idiosincrasia del funcionario cuya práctica se aparta de las nuevas exigencias del Derecho Público y de los valores que deben inspirar a un Estado debidamente estructurado y moderno.

Mi deseo es romper algunas de las deformaciones conceptuales en el tema, para lograr que la institución del silencio administrativo alcance con resultados satisfactorios la función garantizadora que le corresponde en el sistema legal ecuatoriano.

2.- Dificultades para definir el silencio administrativo

Para definir el silencio administrativo es necesario considerar que las distintas legislaciones han regulado de manera diferente tan importante institución: unas conciben el silencio administrativo como una ficción de la ley, otras como la expresión de un incumplimiento de la administración de su obligación de resolver dentro de plazo, y otras que simultáneamente tratan el silencio administrativo con las dos perspectivas antes indicadas: ficción legal e incumplimiento formal.

El profesor Ernesto García-Trevijano formula una definición en que destaca los efectos del silencio según la legislación española: “podría definirse al silencio administrativo en sentido estricto como una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la Administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá (o podrá entenderse) denegada u otorgada la petición del recurso formulado por los particulares u otras Administraciones”.⁽¹⁾

Como alternativa a esta definición que, según lo dicho, pone énfasis en los efectos jurídicos del silencio, encuentro mayor correspondencia con los propósitos de este análisis y el sistema adoptado por la ley ecuatoriana, definir el silencio bajo la consideración prevalente del derecho de petición de los administrados y la forzosa obligación de resolver que tiene la Administración, como fundamentos insustituibles de la institución. La propuesta deja en un segundo plano los efectos jurídicos del silencio porque constituyen un aspecto aleatorio de la regulación positiva de cada legislación.

Bajo esa perspectiva, entiendo el silencio administrativo como la omisión del deber de resolver en que incurre un determinado órgano de la administración, que consiste en la falta de pronunciamiento expreso sobre las peticiones de los administrados dentro de los plazos de ley, y que por disposición de ésta puede provocar la aceptación tácita de la Administración (silencio positivo) o a la adopción de un remedio procesal para evitar que el administrado quede en indefensión (silencio negativo).

En esta propuesta de definición hay varios elementos que merecen ser precisados:

- *Omisión de un deber.* Todo sistema legal se conforma de normas imperativas que imponen deberes de acción o deberes de omisión⁽²⁾. El incumplimiento de los deberes de acción consiste en un “no hacer” y la falta de pronunciamiento expreso de la Administración cuando le ha sido formulada una solicitud o petición, constituye la violación de un deber jurídico por un no hacer del administrador obligado positivamente a dictar resolución.

- *Incumplimiento formal.* El no hacer en que incurre la administración tiene carácter formal, pues la presentación de un pedido o de una solicitud activa un procedimiento reglado que exige un pronunciamiento expreso sobre el fondo de la pretensión del peticionario. La ausencia de pronunciamiento constituye inactividad formal que da lugar al nacimiento del silencio administrativo.

- *Peticiones de los administrados.* En el género “petición” está incluido cualquier solicitud o pedido que plantee un administrado, incluidos los reclamos, los recursos y las consultas que se sustancian en vía

administrativa. Todos estos generan la obligación de resolver. En la amplia casuística del silencio administrativo también ocurre la inactividad administrativa frente a las peticiones que formulan otras entidades sujetas al derecho público como la petición de un informe previo para la formación de la voluntad administrativa.

- *Falta de pronunciamiento dentro de los plazos de ley.* Para la eficacia del derecho de petición, la respuesta de la administración deberá ser oportuna y así prevé la Constitución Política del Ecuador. Corresponderá a la ley establecer los términos o plazos en los que ese pronunciamiento deba ocurrir. Fenecido el término de ley caducará la facultad de la administración para resolver y operará el silencio administrativo.

- *Manifestación tácita de voluntad o adopción de un remedio procesal.* El silencio administrativo puede ser positivo o negativo. Esto significa que ante la falta de respuesta administrativa, la ley confiere un efecto, estimatorio o desestimatorio de la petición planteada. El efecto estimatorio o positivo del silencio comporta una manifestación tácita de voluntad administrativa a través del cual la ley considera aceptada la pretensión jurídica del particular y sustituye la falta de pronunciamiento mediante un verdadero acto administrativo que tendrá el carácter de presunto.

El silencio negativo o desestimatorio no se considera una manifestación tácita de voluntad, pues en estos casos no existe acto administrativo, ni siquiera presunto, sino un mero instrumento procesal que franquea al peticionario su derecho a la defensa en vía administrativa o en vía contenciosa a fin de evitar que éste quede inerte ante la falta de respuesta.

3.- Clases de silencio administrativo

La enunciación de los elementos hecha en el acápite anterior, resulta insuficiente para aproximarnos a la naturaleza jurídica del silencio administrativo. Para el objetivo ensayaré previamente algunos criterios de clasificación con el único fin de precisar los contenidos de esta institución. Un primer criterio se relaciona con las consecuencias que produce la inactividad formal de la administración, al que he designado como criterio de los efectos legales; y un segundo tiene que ver con el

carácter de la petición que formulan los administrados, o criterio que atiende la forma de la petición.

3.1. Criterio de los efectos legales

Según los efectos que la ley asigna al silencio administrativo, éste puede ser negativo o positivo.

- *Silencio administrativo negativo*: Si la ley prevé que la inactividad de la administración tiene efectos denegatorios de la petición, se trata del silencio desestimatorio o negativo. Según analizo en el acápite siguiente, el silencio negativo no da lugar a un acto administrativo pues está concebido para impedir la indefensión del peticionario y facilitarle la continuación de su impugnación ya fuere en vía administrativa o judicial.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (R.O. 338 de 18 de marzo de 1968), señala que la negativa tácita de un reclamo administrativo opera luego de transcurridos treinta días desde la presentación del reclamo, sin que la autoridad hubiere expedido resolución (Art. 31 letra c. inciso 2.). Esta disposición de la ley fue tácitamente derogada a partir del 31 de diciembre de 1993 en que se expidió la Ley de Modernización del Estado.

Igual principio reconoció la norma de la también derogada Ley Orgánica del Ministerio Público (R.O. 871 de 10 de julio de 1979) que disponía que, cuando la resolución administrativa demorare más de sesenta días después de iniciado un reclamo, el interesado podía deducir su acción ante los jueces y tribunales competentes (Art. 13).

Aparte de normas históricas que en la legislación ecuatoriana recogieron la institución de la denegación tácita, existe un ejemplo más reciente de silencio administrativo negativo y que a la luz del derecho de petición pudiera plantear dudas respecto de su constitucionalidad. Se trata del Art. 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Según esta norma, la falta de resolución sobre impugnaciones relacionadas con responsabilidades civiles culposas, causa el efecto de la denegación tácita y deja expedita la vía para que el interesado ejercite las acciones previstas en la ley.

El Código Contencioso Administrativo vigente en la República de Colombia,⁽³⁾ adopta el silencio administrativo negativo como regla general y prevé como excepción el silencio positivo para aquellos casos “expresamente previstos en disposiciones especiales” (Art. 41). Prescribe que transcurridos tres meses desde “la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que resuelva, se entenderá que ésta es negativa” (Art. 40).

La Ley 19.549 de procedimientos administrativos aplicable en la República Argentina, dispone que “el silencio o ambigüedad de la administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Solo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo”. La norma legal mantiene un idéntico principio al de la legislación colombiana.

Los ejemplos mencionados muestran cómo las legislaciones de esos países han creado el efecto negativo del silencio administrativo para facilitar al administrado la continuación del procedimiento administrativo o la iniciación del recurso contencioso.

- *Silencio administrativo positivo*: Si la ley hubiere dispuesto que ante la falta de respuesta de la administración se tenga por aceptada la petición propuesta, estaremos ante el denominado silencio positivo o estimatorio. El silencio positivo comporta un verdadero acto administrativo.

A partir de la LME expedida en diciembre de 1993, la legislación ecuatoriana adoptó el silencio positivo como regla generalmente aplicable a los procedimientos administrativos. Inserto en esta corriente, en materia administrativa tributaria, el Decreto Ley 05 expedido en marzo de 1994 acogió el silencio positivo para las peticiones planteadas por los contribuyentes y no resueltas por la autoridad tributaria en el plazo de ciento veinte días hábiles.

Más allá de esta clasificación y para mostrar sus limitaciones, el silencio administrativo en España no pudiera ser categorizado como positivo o negativo en términos generales. El Art. 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁽⁴⁾ dispone los casos en que se entenderán estimadas y los casos en que se presumirán desestimadas las solicitudes de los interesados que

no hubieren sido resueltas en un plazo determinado. En este particular sistema de actos presuntos, la ley autoriza a cada administración a publicar, “una relación de los procedimientos en que la falta de resolución expresa produce efectos estimatorios y de aquellos en que los produce desestimatorios”.

3.2. Criterio de la forma de la petición administrativa

Un segundo criterio de clasificación está dado por el cauce procedimental que deberá seguir la pretensión formulada por el administrado, lo que determinará la existencia de un silencio administrativo sustantivo o de un silencio adjetivo.

- *Silencio administrativo sustantivo.* Conocido como “silencio en vía de petición”. Si el particular o administrado plantea un pedido, una solicitud o simple reclamación administrativa, la falta de pronunciamiento dará lugar a un silencio administrativo sustantivo, independientemente de que sus efectos fueren positivos o negativos.

- *Silencio administrativo adjetivo.* Designado como silencio en vía de recurso. Si el administrado ha planteado un recurso administrativo, la falta de resolución determinará el nacimiento de un silencio administrativo adjetivo el mismo que podrá ser de efectos estimatorios o desestimatorios.

La redacción empleada en el Art. 28 de la LME vigente en el Ecuador daría lugar a más de una interpretación al momento de determinar si el silencio administrativo que regula esa norma tiene carácter sustantivo o adjetivo, o si comprende las dos categorías. El título del artículo expresa “derecho de petición” y en la petición, que se analiza más adelante, están comprendidos reclamos y recursos administrativos por igual. Sin embargo en el texto que desarrolla ese artículo de la Ley hay referencia expresa a las reclamaciones y solicitudes pero no hay mención alguna a los “recursos” administrativos.

En mi opinión, la norma de la LME prevé un plazo de 15 días para resolver reclamaciones o solicitudes. Del tenor literal del artículo se constata que dicha norma no se refiere a los recursos. Sin embargo, respecto de los recursos administrativos considerados como una especie

del género "petición" sería un contrasentido sostener que no sean beneficiarios del silencio positivo.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva –en adelante ERJAFE– resuelve parcialmente esta situación al establecer el plazo de dos meses para que la autoridad resuelva los recursos de reposición y de apelación, transcurrido el cual y sin que haya resolución operará el silencio positivo (Art. 177.2). El ámbito de aplicación del ERJAFE circunscrito a la Función Ejecutiva, deja sin resolver aquellos casos en que un recurso administrativo ha sido planteado ante un órgano administrativo que no pertenece a esta Función del Estado. En mi opinión debería aplicarse el método analógico para colmar el vacío de la LME y extender la norma del Art. 28 de esa Ley a los recursos administrativos.

En todo caso, la disposición del ERJAFE prevé un silencio adjetivo positivo que opera en plazo distinto al silencio, que según este criterio clasificador, he denominado silencio sustantivo. Queda por dilucidar si el ERJAFE puede establecer plazos distintos a los de la LME, si se considera la delegación que el Art. 28-A de la LME estableció a favor de ese Estatuto para la formación, extinción y reforma de los actos administrativos (Ley s/n R.O. 144-S, 18-VIII-2000).

4.- Naturaleza jurídica del silencio administrativo

El tratadista colombiano Gustavo Penagos identifica el origen del silencio administrativo en la sumisión de la Administración a la Ley. En criterio del autor, no es admisible que en un Estado de Derecho, los administrados queden subordinados al capricho del administrador cada vez que éste incumpla su obligación de resolver las peticiones que se le presentan⁽⁵⁾. De ahí nace el deber de resolver las peticiones que formulan los administrados.

Sin objetar esas premisas que apuntan a los antecedentes de la institución, los tratadistas del Derecho Administrativo han discutido ampliamente la naturaleza del silencio, habiendo alcanzado ciertas coincidencias que procuraré resumir en este acápite. Visto un importante sector de la doctrina, comparto la opinión de que el silencio administrativo con efectos positivos tiene una naturaleza distinta del silencio negativo, por lo que no sería admisible un tratamiento unitario de la institución⁽⁶⁾. El letrado del Consejo de Estado Español Ernesto García-Trevijano reclama

el distanciamiento entre ambos tipos de silencio y señala que la clave para encontrar la naturaleza diferente está en la respuesta que se dé a la pregunta de si ambos silencios administrativos dan lugar al surgimiento de verdaderos actos. Esta es la lógica que sigue el sistema ecuatoriano.

Otro sector de la doctrina, minoritario éste, insiste en que el silencio administrativo positivo o negativo participa de una misma naturaleza y que corresponderá a la norma legal establecer, en cada caso, distintos efectos⁶⁹. En este sentido, el profesor Gustavo Penagos afirma que el silencio comporta inexistencia de voluntad administrativa por lo que no puede haber acto administrativo, ni presunto ni tácito.

En mi opinión, los efectos y la naturaleza del silencio administrativo son aspectos indisolublemente vinculados ya que aquellos determinan a ésta. La naturaleza jurídica responderá a los efectos que la ley positiva determine para esa institución. Por esto si se admite que corresponde al legislador asignar las propiedades que identificarán el silencio administrativo y establecer sus efectos, será entonces el derecho positivo de cada país el elemento que definirá la naturaleza del silencio administrativo como ex aequo a continuación.

4.1. Naturaleza jurídica del silencio de efectos positivos

En aquellos casos en que un particular, en ejercicio de su derecho de petición hubiere planteado reclamo, recurso o cualquier solicitud sin haber obtenido la respuesta de la Administración en un plazo adecuado, se presume por el silencio la tácita aceptación del pedido formulado. En concordancia con esta premisa, la aceptación tácita deberá estar prevista como tal en una ley y deberán haber concurrido todas las circunstancias previstas en la norma legal para que operen los efectos positivos del silencio. De este modo, es la ley la que sustituye la voluntad de la Administración que omitió expresarla dentro de plazo.

La construcción teórica del silencio administrativo guarda lógica con el principio de legalidad, pues la voluntad administrativa real o presunta será siempre la expresión de la ley y en el caso del silencio positivo, es la ley la que expresa su voluntad luego de cumplidas las condiciones previstas para el nacimiento del silencio positivo. En otras palabras, el silencio de efectos estimatorios da lugar al nacimiento de un verdadero acto, con carácter de presunto, al que le será aplicable la teoría general de

los actos administrativos. Ocurre entonces la paradoja, advertida por un amplio sector de la doctrina, de que el acto nace de la *omisión* y no de la *acción*.

Como efecto del nacimiento de un *acto presunto*, el órgano administrativo de que se trate ya no podrá expedir válidamente un acto administrativo de contenido contrario, sino a través de las acciones o recursos que la ley prevé para retirar aquel acto presunto de la vida jurídica, como lo es la acción de lesividad al interés público. Así ha ratificado la jurisprudencia en el fallo de casación del juicio RAAD ANTÓN-IESS (R.O. 49 de 3 de abril del 2000) en el que la Sala de lo Administrativo desestimó por ilegal un sumario iniciado por el Consejo Superior del IESS en contra de un funcionario cuya cesación en el cargo ya había operado por el silencio administrativo. Por tanto, los actos administrativos expedidos fuera del término legal estarían viciados de una nulidad de pleno derecho porque habría caducado la facultad para expedirlo y el órgano que lo suscribe habría perdido ya competencia en razón del tiempo (ERJAFE, Arts. 94 letra a) y 129.1 letra a)).

En este punto la pregunta que cabe es si la Administración Pública puede probar contra la aceptación tácita, esto es, expresar en juicio que su voluntad *real* fue distinta de la voluntad presunta que nació por el silencio.

Sobre el tema, encuentro que tal como la institución está regulada en la Ley de Modernización del Estado, el silencio administrativo de efectos positivos opera *ex lege* pues comporta una verdadera presunción de derecho luego de que hayan concurrido las circunstancias previstas en esa ley para su nacimiento, por lo que el efecto del silencio estimatorio, más que una presunción de voluntad de la administración, es una sustitución de esa voluntad por el ministerio de la ley, a través de un acto que contiene la tácita aceptación de lo pedido.

Nuestra legislación adopta esta posición doctrinal con la categórica disposición del Art. 77 de la Ley Orgánica de Aduanas (Ley 99 R.O. 359, 13-VII-1998), que con acertado criterio dispone que la aceptación tácita de la reclamación “tendrá el carácter de acto firme que ha causado estado” (Art. 77). Fuera del ámbito aduanero y para los procedimientos administrativos en general, la Sala de lo Administrativo también acoge ese criterio al señalar que el silencio administrativo previsto en la Ley de

Modernización constituye un derecho autónomo al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del ente al que se formuló la correspondiente petición, si tal contestación fuere extemporánea; y que en estos supuestos, la acción contenciosa que deriva del silencio estimatorio no estará enderezada a obtener la declaratoria del derecho que por el silencio ya “se encuentra firme” sino a la ejecución inmediata. (Resolución 331/97 del recurso de casación AGIP DEL ECUADOR-PETROCOMERCIAL R.O. 287, 31-III-1998)

En sentencias posteriores, la Sala establece que en el juicio contencioso no es admisible discurrir sobre el derecho materia de aprobación por el ministerio de la ley, sino tan solo efectuar el cumplimiento del mismo, y que el acto tácito una vez que nace a la vida jurídica por el silencio, alcanza firmeza, ejecutividad, goza de la presunción de legitimidad y está llamado a cumplirse. (Ver Resolución 17/99 del recurso de casación MORTENSEN-EMETEL, R.O. 214-S de 17 de junio de 1999; y Resolución 341/99 ZAPATA-MINISTRO DE FINANZAS R.O. 10 de 4 de febrero del 2000). De manera que en este punto existe una triple reiteración de un precedente vinculante para la interpretación y aplicación de la Ley de Modernización de conformidad con el Art. 19 de la Ley de Casación.

En conclusión, la LME ha diseñado la naturaleza del silencio administrativo positivo como un verdadero acto administrativo y esta posición está ratificada por disposición expresa de la Ley Orgánica de Aduanas y por precedente jurisprudencial obligatorio de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

4.2. Naturaleza jurídica del silencio negativo

El silencio administrativo negativo, a diferencia del silencio positivo, no da lugar al nacimiento de un acto administrativo, ni siquiera de uno que pudiera calificarse de presunto. En este caso, los efectos desestimatorios señalados en las leyes positivas, no sustituyen la voluntad de la Administración. Se trata de un arbitrio de carácter procesal que la ley establece por la inactividad de la administración, y que permite al peticionario acudir ante los propios órganos de la administración o ante los órganos de la función judicial para reclamar la reparación del derecho.

La concepción hoy desactualizada de una jurisdicción contencioso administrativa como simple revisora de actos, exigió la técnica del silencio administrativo de efectos negativos, cuando la ley no había previsto el silencio positivo, puesto que el administrado quedaba en indefensión ante la falta de respuesta de la administración pública. Por esto, transcurrido el plazo sin que la Administración hubiere resuelto lo pedido, la ley previó la ficción de la negativa tácita para que el administrado continúe el procedimiento o lo impugne en sede contenciosa, sin menoscabo de su derecho de la defensa.

En esa línea de razonamiento, Ernesto García-Trevijano señala que el silencio administrativo de efectos negativos es "simple ficción legal que permite a los interesados el acceso a la instancia siguiente y, finalmente, a la vía jurisdiccional, ante la ausencia de resolución expresa sobre sus peticiones y recursos"⁽⁷⁾.

El derecho de petición previsto en el Art. 23 numeral 15 de la Constitución como un derecho inherente a las personas, impone a todos los funcionarios y órganos del Estado que recibieren una determinada solicitud o reclamación, la obligación de resolver. En esta perspectiva, la denegación tácita parecería contradecir el precepto constitucional que imperativamente establece la obligación de resolver. En un pronunciamiento muy importante para el presente análisis, al resolver el recurso de amparo COBEÑA-JEFE DEL DISTRITO FORESTAL DE MANABÍ, el Tribunal Constitucional dejó sentado el criterio de que los efectos positivos del silencio administrativo regulados en el Art. 28 de la Ley de Modernización, han sido previstos para tutelar el derecho constitucional de petición regulado en la Carta Política. De ahí la discutible constitucionalidad del Art. 85 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que prevé un silencio administrativo de efectos negativos.

5.- El derecho de petición y la obligación de resolver

Toda la teoría sobre el silencio administrativo y sus contenidos, tiene como antecedente el derecho de petición pues solo a partir del ejercicio de este derecho se configura el instituto del silencio. El derecho de pedir, solicitar o impugnar ante una autoridad pública vincula a ésta en su obligación de responder al peticionario en un período razonable. La falta

de respuesta al derecho de petición da lugar al silencio de la administración.

El análisis de las técnicas del silencio exige un examen sobre el derecho de petición y cómo sus elementos se integran ante los casos de inactividad formal de la administración.

5.1. Antecedentes

El derecho de petición ante la autoridad pública es inseparable de la condición de toda persona, y constituye el producto de un largo batallar de la humanidad para resistir las tiranías que bajo diferentes signos ideológicos, han privilegiado la autoridad del Estado en perjuicio de la libertad y la dignidad individuales.

La violencia contra el ser humano que revela mayores expresiones de barbarie y crueldad, es aquella que ha procedido de las esferas del poder público. En la conquista histórica de las libertades individuales, la posición significativa que ocupa el derecho de petición exige del Derecho Administrativo la máxima técnica para convertir a aquel en el fundamento articulador de la relación formal que vincula a los ciudadanos con el Estado que han creado.

Desde ese punto de vista, la petición dirigida a la autoridad debe ser entendida como un conducto de comunicación formal entre el administrado y la administración que somete a esta última al cumplimiento de determinados procedimientos reglados, para dar satisfacción al derecho de los particulares. La Administración subordinada a la ley y al señorío ciudadano no podrá desatender las peticiones que le planteen los particulares, y deberá en todos los casos resolverlas fundamentadamente, aceptando o negando lo pedido. Y si de hecho guarda silencio, corresponderá a la ley prever los efectos que impidan la paralización de las actividades particulares y corrijan el incumplimiento del deber de resolver a través de un eficaz sistema de responsabilidades. Por esto, el derecho de petición preocupa por igual a los administrativistas y a los politólogos, y ha sido recogido en los textos constitucionales que se han expedido a lo largo de nuestra vida republicana.

En el Ecuador, en la etapa del denominado "constitucionalismo clásico", que corresponde al período que va desde la expedición de la Constitución de Riobamba de 1830 hasta la Carta Política de 1906, encontré que las diferentes Constituciones consagraron el derecho de petición, con la simultánea limitación de que no podía ser ejercido a nombre del pueblo. Así fue el tenor de la Carta Política de 1835 que a cinco años de habernos constituido como República independiente introdujo por primera vez ese derecho. Idéntico precepto adoptaron las Cartas Políticas expedidas con posterioridad a 1835.⁽⁹⁾

En el denominado período del constitucionalismo social, que en la República del Ecuador comprende las cartas políticas de 1929, 1945, 1946, 1967, 1979 y 1998, continuará el afianzamiento del derecho de petición iniciado por la Carta de 1835. De las Constituciones Políticas de 1945 y de 1967 destaca el establecimiento del plazo de treinta días para resolver y una regulación explícita que prohibía al funcionario o autoridad dejar sin resolución la solicitud administrativa que le hubiere sido presentada⁽¹⁰⁾.

5.2. El derecho de petición en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

La Constitución Política que rige desde 1998, entre los derechos de las personas, consagra el de petición en términos que guardan correspondencia con nuestra tradición constitucional. Según la norma del Art. 23 numeral 15, el Estado garantiza y reconoce a toda persona, el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir de éstas la atención o la respuesta pertinente, en un plazo adecuado. Al igual que en la Carta Política de 1835, las peticiones a la autoridad, en ningún caso podrán plantearse en nombre del pueblo.

Con sustento en la mencionada norma constitucional pudiera afirmar que la petición es el derecho de toda persona, natural o jurídica, de solicitar, reclamar, recurrir, consultar o quejarse ante autoridad administrativa competente y obtener de ésta la correspondiente respuesta, en un plazo razonable de conformidad con la ley. La respuesta de la administración no siempre será favorable a la pretensión del administrado, pero en todos los casos deberá estar fundamentada en Derecho en cumplimiento a su deber de motivación.

La autora María Eugenia Guillén Pérez sostiene que los tratadistas del derecho administrativo consideran que el término petición es una “expresión genérica que incluye cualquier pretensión, petición, reclamación o recurso, formuladas por el propio interesado y fundadas en Derecho Administrativo, en las cuales la Administración,... tuviera la obligación inexcusable de resolver”.⁽¹¹⁾

Para el tratadista Jesús González Pérez, el derecho de petición a que se refiere el Art. 29 de la Constitución española, -norma equivalente al Art. 23 No. 15 de la Constitución Ecuatoriana-, “es el derecho fundamental que comprende tanto la petición o pretensión fundada en el Ordenamiento jurídico ante el órgano de una Entidad pública, como las peticiones simples, no fundadas en Derecho, solicitud de decisiones discrecionales y graciabiles”.⁽¹²⁾

Por otro lado, la eficacia del derecho de petición está indisolublemente vinculada a dos obligaciones de ineludible cumplimiento por parte de la administración: la primera que impone a los órganos administrativos la recepción de todas las solicitudes o pedidos que se le presenten, aun en los casos en que éstas no cumplan los requisitos legales (ERJAFE, Art. 114.1); y la segunda, la de expedir resolución expresa dentro de los plazos legales (ERJAFE Art.115.1), sin que sea motivo de excusa la oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al pedido de que se trate(Art. 156.4).

Varias normas del ordenamiento legal ecuatoriano desarrollan el precepto constitucional de petición. El Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado que lleva por título “Derecho de Petición” manda que todo reclamo, solicitud o pedido deberá ser resuelto por la correspondiente autoridad pública en un término no mayor a quince días, salvo que la ley señale otro distinto. En materia administrativo tributaria también existen normas que imponen a la Administración la obligación de resolver. El Código Tributario establece, entre los deberes sustanciales de la Administración Tributaria, la obligación de “expedir resolución motivada en el tiempo que corresponda” de las “peticiones, reclamos, recursos o consultas que presenten los sujetos pasivos de tributos” (Art. 101 No. 5).

Aunque la norma de la LME no utilice la palabra “recurso” y haga referencia expresa al “reclamo, solicitud o pedido”, en mi opinión, la obligación constitucional de resolver en plazo que regula la LME,

también comprende a los recursos administrativos, pues según la doctrina citada anteriormente, el derecho de "petición" comporta una expresión genérica que va más allá de las simples solicitudes y reclamaciones e incluye los recursos administrativos.

Más aún, la presentación de un recurso da lugar al inicio o a la continuación de un procedimiento administrativo, y los incisos segundo y tercero del Art. 28 de la LME que prohíben a los funcionarios del Estado, bajo amenaza de sanción suspender los procedimientos administrativos, no han sido excluidos de esa prohibición –pues si lo hiciera la norma sería inconstitucional- los procedimientos que sustancian recursos administrativos.

5.3. El derecho de petición y la obligación jurídica de resolver en plazo

No puede entenderse el derecho de petición que consagra la Constitución Política, sin la obligación correlativa que tiene el Estado de resolver dentro de un plazo razonable, aceptando o desestimando los pedidos que se le formulan.

Según lo analizado, el ERJAFE prevé que la administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, y a notificarla bajo cualquier forma (Art. 115.1) y que en ningún caso podrá abstenerse de resolver, ni siquiera con el argumento de falta o insuficiencia de preceptos legales aplicables al caso (Art. 156.4).

Para que esa obligación de resolver haga efectivo el derecho de petición, la Administración habrá de someterse a un plazo en que la resolución sea oportuna. En consecuencia, no se trata del simple derecho de acudir ante la autoridad y formular un pedido, pues a ese derecho está indisolublemente vinculada la obligación jurídica correlativa de resolver ese pedido por parte de la Administración, la que no podrá hacerlo en cualquier tiempo, pues la inseguridad en que quedaría el administrado lo dejaría en indefensión y burlaría el derecho de petición tornándolo ineficaz.

El Art. 23 No. 15 de la Constitución ha previsto que la respuesta o atención deba hacerse en "plazo adecuado" entendiéndose por tal aquel que hubiere establecido la ley, y que razonablemente deberá ponderar la

necesidad del peticionario y el orden de la administración para atender el pedido, sin menoscabo del derecho de otros peticionarios. Transcurrido ese plazo sin que la administración hubiere cumplido su obligación de dictar resolución, se entenderá por el silencio que la pretensión jurídica del administrado fue aceptada tácitamente. Esta es la regla general que prevé la LME (Art. 28).

Ahora bien, no bastará a la eficacia del derecho de petición que la Administración Pública expida una resolución dentro de un plazo adecuado. El contenido de la resolución expresa que llegare a expedir el órgano administrativo, deberá decidir el fondo de la pretensión jurídica que hubiere sido planteada por el particular y todos aquellos aspectos que hubieren derivado del trámite del expediente (ERJAFE Art. 156.1), siempre que no se hubiere privado al peticionario del derecho a la defensa ⁽¹³⁾.

En este análisis debemos responder las siguientes preguntas: ¿Cuál es el plazo adecuado de que trata la Constitución para que la administración pública cumpla en tiempo oportuno su obligación de resolver? ¿Transcurrido qué plazo la ley ha considerado que la administración incumplió su deber de resolver y que ha operado el efecto positivo del silencio administrativo?

Según lo analizado, el Art. 28 de la LME al regular el derecho constitucional de petición prevé que toda solicitud, reclamo o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, salvo que una norma legal señale otro distinto. Vencido ese término se entenderá por el silencio administrativo que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante.

Ejemplos de nuestra legislación con términos distintos a la regla general de los quince días de la LME, lo constituyen el Art. 77 de la Ley Orgánica de Aduanas que prevé veinte días para que opere la aceptación tácita; el Decreto Ley 05 que es aplicable a las reclamaciones tributarias, prevé la aceptación tácita transcurridos ciento veinte días hábiles sin resolver.

Por su parte, el ERJAFE señala que el plazo máximo para resolver y notificar los recursos de reposición y de apelación será de dos meses.

Para el caso del recurso de apelación, prevé en forma expresa que transcurrido ese plazo sin que recaiga resolución, "se entenderá favorable el recurso" (Art. 177.2).

Las resoluciones tardías contienen un vicio insubsanable y están afectadas por una nulidad de pleno derecho dado que la autoridad administrativa que expide la resolución fuera del término de ley habrá perdido competencia en razón del tiempo. Así lo prevén los Arts. 94 letra a) y 129.1 del ERJAFE.

5.4. Obligaciones de la Administración que nacen del derecho constitucional de petición

5.4.1. La recepción de escritos y peticiones presentados por los administrados

La práctica administrativa ecuatoriana al igual que la de otros países, está sustentada en la cultura escrita. En consecuencia, las quejas, solicitudes, reclamos, recursos y en general cualquier pedido que se presente ante autoridad pública, vendrá expresado en un documento contentivo de la pretensión del administrado.

Resultaría ineficaz el derecho de petición a la autoridad pública, si a ésta no le vinculara la obligación imperativa de recibir la correspondiente petición. No de otra manera debe entenderse el mandato del Art. 23 numeral 15 de la Constitución Política, desarrollado por el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado.

Los órganos de la administración que tienen el deber constitucional y legal de resolver las peticiones que se les formulan, deberán cumplir previamente con otra obligación: recibir el pedido que entrega el administrado, aun cuando la autoridad ante quien se presenta no fuere competente para resolverlo (ERJAFE Arts. 87 y 114). Este mandato imperativo de la recepción de peticiones administrativas también se extiende a aquellos casos en que la solicitud fuere deficiente o no estuviere acompañada de las pruebas exigidas por la ley. Ningún funcionario del Estado puede negarse a la recepción de un documento contentivo de una petición, pues en caso de hacerlo atentaría contra el derecho constitucional de petición e incurriría en la infracción tipificada en el Art. 212 del Código Penal.

El Estatuto de la Función Ejecutiva establece que los titulares de las diferentes unidades que conforman la Administración y el personal al servicio del Estado están obligados a “recibir todas las peticiones o solicitudes que se dirijan a la Administración Pública Central”, independientemente a que éstas satisfagan o no los requisitos establecidos en las normas aplicables. (Art. 114.1). El numeral siguiente reitera este mandato. Aun si fuere incompetente la autoridad a quien se dirija la petición, ésta no puede negarse a recibirla, pues las razones de su incompetencia deberá fundamentarla a través de un acto motivado que será notificado al peticionario. En este caso no opera el silencio administrativo (ERJAFE Art. 87).

Es de lamentar que el Art. 114 haya restringido su mandato a los órganos de la Administración Pública Central ⁽¹⁴⁾ y que haya omitido de su prescripción a los órganos de la Administración Pública Institucional. En contradicción con esta norma, el Art. 2 del ERJAFE incluye a la Administración Pública Institucional dentro de la Función Ejecutiva y la somete a su ámbito regulador.

Mas allá de la contradicción del Estatuto, la obligación de recibir los escritos y peticiones que presentan los administrados y que deriva de una norma constitucional, vincula a todos los órganos de la Administración Pública y a cualquier entidad de derecho público incluidos los Municipios, Consejos Provinciales, y a las entidades autónomas que de conformidad con el Art. 118 de la Constitución forman parte del Estado ecuatoriano, pues el derecho de petición consagrado en el Art. 23 de la Carta Política no excluye de su aplicación a ninguna entidad pública en particular.

5.4.2. La remoción de obstáculos que impidan la prosecución de los expedientes administrativos

La obligación de resolver que tienen los órganos de la Administración debe ser cumplida dentro de los plazos que señala la ley. El Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado contiene una disposición categórica que prohíbe la suspensión de cualquier procedimiento administrativo. En consecuencia, los hechos que obstan el trámite de un expediente o que retardaren la resolución deberán ser eliminados dado que estarían limitando el derecho constitucional de petición.

Para el efecto, el Estatuto ha dispuesto que los órganos de la Administración Pública Central tendrán la responsabilidad de tramitar los expedientes administrativos y que adoptarán las medidas que fueren necesarias para levantar los obstáculos que “impidan, dificulten o retrasen” el ejercicio de los derechos de los administrados o afecten el respeto de sus intereses legítimos (Art. 114.1). Esta norma reproduce el Art. 41.1 de la Ley 30 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común vigente en España desde 1992.

La obligación de resolver impone al administrador no solamente el deber de recibir las peticiones que se le formulan, sino también el de dar las facilidades para la prosecución del procedimiento desde su iniciación hasta que el expediente respectivo culmine a través del acto resolutorio que ese órgano, por mandato constitucional, está obligado a expedir. El mandato de la norma estatutaria desarrolla apropiadamente el derecho constitucional de petición al imponer un deber de eliminar obstáculos que impidan o simplemente que retrasen el ejercicio de los derechos de los administrados.

Constituye una quiebra del sistema aquella norma del ERJAFE que permite la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar las resoluciones administrativas (Art. 115.5). Esta norma cuyo contenido es aconsejado por una sana técnica procedimental, lamentablemente es contraria a la ley, pues contraviene la norma del Art. 28 de la LME que prohíbe la suspensión de los procedimientos administrativos y petitorios. En consecuencia, en virtud del principio de jerarquía, prevalece el mandato de la Ley de Modernización por sobre el Decreto Ejecutivo que contiene al ERJAFE.

Por su parte, la misma Ley establece que los órganos de la administración en el trámite de los expedientes, no podrán exigir a los particulares la presentación de pruebas o la realización de procedimientos no dispuestos en una ley (Art. 18). En contradicción con esta norma legal, el Estatuto dispone que los requisitos exigibles por la Administración pueden estar previstos en una “norma reglamentaria” (Art. 114.2).

La mencionada disposición del Estatuto viola la Ley y por tanto puede ser declarada inconstitucional porque las normas del Decreto Ejecutivo

no pueden modificar las de la ley en virtud del principio de jerarquía normativa. Como consecuencia de lo anterior, la falta de presentación de cualquier requisito previsto en reglamentos u otros actos normativos, resoluciones administrativas, oficios o simples anuncios de ventanilla que con frecuencia se constituyen en fuente de derecho en el Ecuador, no pueden impedir el trámite de un expediente, mucho menos suspenderlo. Si de hecho la administración suspende el procedimiento por falta de algún requerimiento no previsto en la ley, se producirá la aceptación tácita de la petición del administrado, a cuyos efectos no podrá oponerse el administrador.

5.4.3. La expedición de resolución dentro en un plazo adecuado

El “plazo adecuado” que prevé la Constitución Política para establecer un límite temporal a la obligación de resolver (Art. 23 numeral 15), tiende a hacer efectivo el derecho de petición. Si los órganos administrativos estuvieren autorizados a expedir resolución en cualquier tiempo, el derecho de petición quedaría vaciado y su realización supeditada a la contingencia de una decisión administrativa expedida en cualquier tiempo, con el quebranto consiguiente de la seguridad que debe caracterizar a toda relación jurídica.

La indicada norma constitucional no señala cual es el “plazo adecuado” en que la autoridad debe responder las reclamaciones de los particulares, como hicieron las Cartas Políticas de 1945 y 1967 que, a falta de señalamiento en la ley, previeron un término de 30 días. Con mejor criterio, el legislador constituyente omitió establecer plazos en la Constitución de 1998, por lo que corresponderá a la ley determinar el alcance temporal de un “plazo adecuado” que no podrá ser otro que aquel que pondere equilibradamente el requerimiento planteado por el administrado y las disponibilidades técnicas de la administración para atender tales peticiones sin menoscabo del derecho de terceros .

La Ley de Modernización del Estado dispone que las solicitudes, reclamos o pedidos de los administrados deberán resolverse en un término de quince días contados a partir de la presentación de la solicitud o reclamación. Esta norma general es aplicable en aquellos casos en que una ley no hubiere previsto un plazo distinto.

Por su parte, el ERJAFE manda que la Administración Pública Central informe a los interesados dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la petición, el plazo máximo "normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos" (Art. 115 No. 4).

En materia administrativo tributaria, el término para resolver reclamaciones es de ciento veinte días que también se cuentan a partir de la presentación de la solicitud, reclamo o recurso (Decreto Ley 05: Art. 21 reformado, R.O. 396 de 10-III-1994); mientras que en materia aduanera ese término es de veinte días. (Ley Orgánica de Aduanas: Art. 77 R.O. 359 de 13-VII-1998).

Si transcurridos los períodos previstos en las leyes antes mencionadas, la administración no hubiere expedido y notificado la correspondiente resolución, la petición se entenderá tácitamente aceptada por el silencio y generará responsabilidad del funcionario por cuya omisión operó el silencio.

5.4.4. El pronunciamiento expreso sobre el fondo de la pretensión jurídica

Expedir una resolución administrativa y hacerlo dentro de los plazos establecidos en la ley no basta para que el derecho constitucional de petición tenga cumplida realización. Es necesario que en la resolución expedida haya un pronunciamiento expreso sobre el fondo de la pretensión jurídica formulada por el particular.

El deber de tutela que la Constitución Política consagra como un deber de los órganos de la función judicial (Art. 24 numeral 17), se extiende a los órganos del Estado encargados de conocer y resolver expedientes administrativos. En cumplimiento de ese deber, los órganos de la Administración están llamados a aceptar las peticiones que se le presentan; a facilitar a los peticionarios el ejercicio de su derecho de defensa y a dictar una resolución motivada, dentro de los plazos legales, mediante un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones jurídicas que les hubieren sido planteadas. La resolución que ponga fin al procedimiento iniciado mediante una solicitud, reclamo, recurso o consulta, deberá decidir sobre todos los fundamentos expuestos por el administrado y aquellas cuestiones que no hubieren sido planteadas en la

petición inicial, siempre que hubieren derivado del respectivo procedimiento (ERJAFE Art. 156.1).

Al criticar la Ley 30 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas vigente en España, Ernesto García-Trevijano advierte inexactitud, porque el texto de esa ley confunde resolución expresa con resolución de fondo. El autor afirma que en atención al deber de resolver que tiene la Administración Pública, la resolución expresa deberá producirse siempre, aunque su contenido no se refiera al fondo de la pretensión jurídica. Estos casos son aquellos en que hubieren ocurrido determinadas circunstancias que jurídicamente impidan tal resolución sobre el fondo de lo planteado por el particular⁽¹⁵⁾.

Esas circunstancias señaladas por García-Trevijano constan en el Art. 154.1 del ERJAFE y son el desistimiento, la renuncia de derechos, la caducidad del trámite o situaciones sobrevinientes que vuelvan imposible la expedición de una resolución. En estos casos el órgano competente deberá dictar resolución motivada en que explique tales circunstancias.

En función del silencio administrativo la pregunta que debemos plantearnos es la siguiente: ¿Qué ocurre cuando el órgano de la administración ha expedido una resolución dentro del término de ley pero ha omitido considerar uno o varios aspectos de los que le fueron planteados en la petición inicial? Una respuesta ajustada a los principios del Derecho Administrativo y a la lógica de sus instituciones, sugiere que el silencio administrativo ocurrirá respecto de aquel punto o puntos que planteados en la petición inicial, hubieren sido omitidos en la resolución administrativa. De manera tal que la resolución expresa expedida y notificada en los plazos de ley y que se refiera a algunos aspectos de la pretensión del particular surtirá efectos respecto de esos aspectos, y sobre los no resueltos operará el silencio administrativo con todos sus efectos, siempre que lo aceptado o negado por el silencio fuere concordante con lo resuelto expresamente por la administración.

Los efectos del silencio administrativo en las resoluciones incompletas, serán aquellos que señala la ley: positivos, es decir que los aspectos no resueltos por la resolución administrativa son aceptados tácitamente, o negativos, esto es cuando los aspectos no resueltos son desestimados tácitamente. En el sistema jurídico ecuatoriano, los efectos del silencio administrativo por regla general son de carácter estimatorio por lo que la

omisión en la resolución de ciertos puntos planteados por el particular, se considerarán tácitamente aceptados, en la medida que esta aceptación sea compatible con los aspectos que fueren materia de la resolución expresa.

6.- De las condiciones jurídicas para que opere el silencio administrativo positivo

Según he señalado anteriormente, a partir de diciembre de 1993 en que fue publicada la Ley de Modernización del Estado, nuestro país adoptó el silencio administrativo con efectos positivos como regla generalmente aplicable a los procedimientos administrativos. Por esto interesa a los propósitos del presente estudio profundizar aquellas condiciones necesarias para que la institución de la aceptación tácita nace a la vida jurídica y surta plenos efectos.

6.1. Que exista previsión legal

La aceptación tácita como tal debe estar establecida en la ley y partirá de la existencia de una petición administrativa fundamentada en Derecho. De ahí que la condición esencial para que exista aceptación tácita es la previsión legal que en nuestro ordenamiento está dada por la norma del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado de cuyo texto derivan los requisitos analizados en este acápite.

6.2. Que se haya planteado petición en forma

Otra condición para obtener por silencio el reconocimiento de un derecho, la realización de un determinado acto o un dejar hacer por parte de la Administración Pública, es que ésta haya recibido una petición debidamente fundamentada a fin de que se active la obligación de resolver, actuar o dejar de hacer en plazo.

La petición debe contener la indicación de la persona o personas que comparecen, el derecho por el que lo hacen, el señalamiento de la autoridad ante quien se la plantea, una expresión clara de los fundamentos de hecho y de derecho y, tratándose de recursos, deberá contener una relación del acto administrativo impugnado.

La pretensión jurídica expresada con claridad es la que fijará el alcance del derecho aceptado por silencio administrativo si no hubiere respuesta en el término fijado en la ley.

6.3. Que la petición haya sido planteada ante autoridad competente

La petición administrativa planteada ante autoridad manifiestamente incompetente impide los efectos del silencio administrativo positivo. La Ley de Modernización nada ha previsto al respecto, pero en el texto de la norma subyace un sentido inequívoco de que la obligación de resolver corresponde exclusivamente al funcionario administrativo que tenga competencia para resolver las peticiones de los particulares.

El Estatuto prevé que “no operará el silencio administrativo si el funcionario a quien va dirigido el escrito correspondiente es incompetente para resolver el asunto” (Art. 87). Ahora bien, la incompetencia para conocer y resolver una determinada petición no releva al funcionario incompetente de su obligación de recibir la petición (Art. 114.1) y de dictar una providencia en que declare su incompetencia. En tal supuesto, la providencia dispondrá el archivo del expediente y deberá ser notificada al peticionario.

El Código Tributario regula de mejor manera esta situación, pues prevé que en aquellos casos en que el órgano que reciba una petición, reclamo o recurso se considere incompetente para resolverlo, deberá declararlo en tres días y remitir el expediente a la autoridad que estime sea competente. Si el órgano competente perteneciere a otra administración tributaria, el que hubiere recibido la petición la devolverá en igual plazo junto a la providencia que expedirá para el efecto (Art. 78).

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de España trae una norma similar a la prevista en el Código Tributario Ecuatoriano en el sentido de que el órgano que se estime incompetente tiene la obligación de remitir el expediente al órgano que considera competente, si pertenece a la misma Administración. Ésta debió ser la disposición del Estatuto, por lo que considero necesaria una reforma al texto del Art. 87 en la forma como el Código Tributario ecuatoriano ha regulado esta situación.

6.4. Que lo pedido no contravenga al orden jurídico

Según el principio del automatismo del silencio positivo, transcurrido un determinado plazo sin que el órgano administrativo haya resuelto la petición del particular, surge automáticamente un acto presunto, en forma independiente a si el contenido de la petición estuvo o no arreglado a Derecho.

La redacción empleada en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, parecería acoger ese principio, al establecer que el silencio positivo opere sin otro condicionamiento que no fuera el del transcurso de un tiempo determinado. En todo caso, la mencionada norma no ha previsto si los efectos positivos del silencio administrativo ocurren ante una solicitud que contiene pretensiones que violan el orden jurídico.

Para los casos del silencio negativo, la situación no plantea inconvenientes dado que una solicitud cuya pretensión sea violatoria de la norma jurídica, se entendería denegada por el silencio. Sin embargo, cuando el sistema como el adoptado por el ordenamiento ecuatoriano, prevé como regla general el efecto positivo del silencio administrativo, hay que dilucidar si la aceptación tácita comprende también a aquellas solicitudes que plantean el reconocimiento de situaciones antijurídicas. Corresponderá a la doctrina y la jurisprudencia suplir la omisión de la ley y dar solución al problema.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, sentó la doctrina acogida posteriormente por la legislación de ese país, de que a través de los efectos positivos del silencio, el peticionario no puede obtener más de lo que la administración hubiere podido conceder de manera expresa, pues la técnica del silencio administrativo no ha sido adoptada para convalidar una pretensión violatoria de la legalidad.

Al respecto, Ernesto García-Trevijano Garnica al analizar el principio del automatismo señala que "tal principio del automatismo fue progresivamente cediendo merced a una tendencia jurisprudencial clara que tuvo su posterior reflejo en normas legales, concretamente en la legislación urbanística. Esta jurisprudencia estableció que en ningún caso podía obtenerse mediante la técnica del silencio aquello que de manera expresa no hubiera podido otorgarse por la Administración, porque -señala la jurisprudencia- el silencio positivo no constituye un

medio de sanar aquello que nace viciado, ni es, por tanto, un medio de convalidar vicios de origen”⁽¹⁶⁾.

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al resolver el recurso de amparo *ENCALADA* contra *COLEGIO AMERICANO*, en lo sustancial razonó que “los efectos del silencio administrativo previstos en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, ..., tienen su límite en que dicha petición o pretensión sea legal y posible, sin que pueda adquirirse por el silencio administrado² más de lo que el ordenamiento jurídico expresamente pudo otorgar”⁽¹⁷⁾.

6.5. Que la petición no afecte el derecho de otro administrado

Tampoco ésta es una situación reglada por la ley. Sin embargo, la lógica aplicación de las garantías del debido proceso determina que en ningún caso la aceptación tácita de una petición puede afectar al derecho de un tercero bien sea que ese derecho se discuta en el respectivo procedimiento administrativo –al que deberá notificarse para que haga valer sus derechos- bien sea que hubiere sido previamente declarado por un acto administrativo anterior.

El primer caso es aquel en que un particular plantea una petición administrativa cuya pretensión tenga directa relación con el derecho o interés de un tercero, de manera tal que la resolución administrativa indefectiblemente llegará a afectarlo. La falta de resolución no podrá bajo ninguna circunstancia afectar a terceros involucrados ni producir el efecto de una aceptación tácita.

Un ejemplo en nuestra legislación lo constituye el procedimiento administrativo reglado en el Art. 42 de la Ley General de Seguros, relativo a los reclamos de seguros. Una compañía aseguradora niega el reclamo por un determinado siniestro y desestima el pago de la correspondiente indemnización. El asegurado eleva su reclamación a conocimiento y resolución del Superintendente de Bancos y de Seguros. Si el Superintendente no resolviere el reclamo del asegurado en los plazos de ley, éste no podrá alegar que fue tácitamente aceptada la indemnización que pretende, puesto que la omisión de la administración no puede lesionar el derecho de la compañía de seguros.

Un segundo supuesto en este análisis está dado por los derechos de terceros que han sido previamente reconocidos a través de otro acto administrativo discutido dentro del procedimiento. Para estos casos, si el particular plantea una solicitud que supone afectar o negar el derecho declarado en ese acto administrativo previo y el tercero interviene en ese procedimiento ejerciendo su derecho a la oposición, la falta de resolución a este pedido no puede dar lugar al nacimiento del silencio administrativo. Los actos declarativos de derechos no pueden ser dejados sin efecto mediante otro acto administrativo, sino a través de una acción que exige la declaratoria previa de lesividad y la posterior demanda ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. Así lo establece el Art. 97 del Estatuto de la Función Ejecutiva.

Esta situación resulta evidente en los procedimientos administrativos de solicitud de registro de una determinada marca o nombre comercial que ya ha sido registrada por un tercero quien ejercerá oposición al registro solicitado. La falta de resolución administrativa en el procedimiento que enfrenta el solicitante contra el titular de la marca, no puede dar lugar a una aceptación tácita de la solicitud de registro, puesto que el silencio de la administración, esto es, su incumplimiento de resolver expresamente la petición dentro del plazo, no puede beneficiar a un particular en perjuicio de otro, en este caso aquel que contaba con registro previo.

En consecuencia, una sana lógica del instituto del silencio administrativo nos lleva a pensar que ningún administrado que pretenda de otro el dar, hacer o no hacer a través de una resolución administrativa, podrá obtener lo pedido a través del silencio administrativo; tampoco podrá alcanzar la aceptación tácita que contradiga al derecho que ya fue concedido mediante otro acto administrativo tácito o expreso que benefició a un tercero, pues se requerirá para ello una acción de lesividad.

6.6. Que haya transcurrido el tiempo de ley sin resolución administrativa

La Ley de Modernización del Estado establece como requisito esencial para la aplicación del silencio de efectos positivos, el transcurso de quince días hábiles contados a partir de que la solicitud o reclamo del particular hubiere sido presentado. La regla general para que opere la aceptación tácita es el transcurso de dicho período. Las excepciones a

esta regla, es decir los periodos distintos a los quince días, deberán constar en una ley.

En otras palabras, desde el día siguiente al de la presentación del reclamo, solicitud o pedido a la autoridad, correrá el tiempo para que el órgano administrativo llamado a conocer de la petición, cumpla su obligación de resolver. Dicha obligación expira en quince días hábiles. La falta de respuesta dentro de ese término fijará la aceptación tácita de la solicitud o pedido y la simultánea pérdida de competencia del órgano para emitir un pronunciamiento sobre dicha petición.

Ejemplo de período distinto es el del Art. 4 de la Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos de Uso Humano, que ha previsto un plazo de quince días calendario, esto es días hábiles y no hábiles para que opere el silencio positivo. Otro ejemplo es el del Art 77 de la Ley Orgánica de Aduanas que establece un término de veinte días para la respuesta a las reclamaciones de los particulares.

7.- De la Certificación del silencio administrativo

La reforma al Art. 28 de la Ley de Régimen de Modernización introducida por la Ley s/n de 18 de agosto del 2000, creó el requisito de la certificación del plazo. La norma de la Ley no ha establecido un nuevo requerimiento para la operatividad del silencio administrativo, pues el instituto de la aceptación tácita ocurre por el mero paso del tiempo según los requisitos antes señalados: petición arreglada a Derecho y presentada ante autoridad competente.

En consecuencia, la certificación del silencio administrativo no es un requisito para que opere el silencio, se trata de un simple recaudo formal que le permite al peticionario usar el derecho que ya ganó por el silencio administrativo.

La certificación es una formalidad exigida para aquellos casos en que el particular deba hacer valer su derecho ganado por silencio, ante otros órganos de la administración o en registros públicos que requieran de un acto administrativo para desplegar las actuaciones que requiera el

petionario. En estos supuestos, esos otros órganos o registros no podrán exigir al particular la entrega del acto administrativo expreso, pues cuando se trata de actos presuntos como los de aceptación tácita, bastará que tales órganos o registros reciban la certificación a que se refiere la ley.

Para la certificación bastará el pedido verbal o escrito del interesado, la presentación de la respectiva petición con la fe de presentación correspondiente y, desde luego, el transcurso del término que la ley hubiere establecido para el procedimiento de que se trate.

El Art. 28 prevé que la entrega de la certificación del vencimiento del plazo para resolver no se lo hace de oficio, sino a solicitud del interesado. Solo a instancia del administrado nace la obligación de entregar la certificación del silencio. La norma no especifica si el pedido debe ser escrito o verbal, por lo que hemos de entender que la petición de certificación del silencio puede formularse no solo por escrito sino también verbalmente. Sin embargo, si el funcionario se resistiera a extender la certificación ante el pedido verbal, el administrado podría tener dificultades probatorias para demostrar que la entrega del certificado le fue negada. Por esto, es recomendable, aunque no exigible, que el pedido de certificación conste por escrito.

8.- De los efectos del silencio administrativo positivo

De acuerdo con lo señalado, las condiciones jurídicas para que opere el silencio administrativo de efectos positivos son la existencia de una petición debidamente fundamentada, que no contravenga el orden jurídico y que dentro del plazo legal la administración no haya expedido resolución expresa. Si concurren estas circunstancias se producirá una aceptación tácita de la pretensión formulada por el administrado con los siguientes efectos:

8.1. Nacimiento de un verdadero acto administrativo

Según quedó señalado al analizar la naturaleza del silencio administrativo de efectos positivos, éste determinará el nacimiento de un acto con carácter presunto que goza de legitimidad, ejecutoriedad y está llamado a cumplirse.

Un importante fallo pronunciado por los conueces de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, cita a este respecto a los autores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández quienes señalan que el “silencio administrativo positivo es un verdadero acto administrativo, equivalente a una autorización o aprobación a la que sustituye. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, según la cual no cabe aceptar, en principio,... que la administración resuelva de forma expresa de modo contrario al otorgamiento positivo que se ha producido a favor del particular por el transcurso del plazo del silencio. Ese acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por silencio positivo se considera entonces como una revocación de oficio de un acto declarativo de derechos realizada al margen del procedimiento establecido y, en consecuencia nulo de pleno derecho”⁽¹⁸⁾.

En materia tributaria, el Art. 21 del Decreto Ley 05, que ratificó la aplicabilidad de la aceptación tácita a las reclamaciones tributarias, tiene un vacío al no haber establecido en forma expresa cuáles son los efectos del silencio administrativo positivo. La Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Fiscal, estimó que dicho vacío podía colmarse a través del procedimiento analógico previsto en el Art. 13 del Código Tributario, mediante la norma de la Ley Orgánica de Aduanas que prevé que la aceptación tácita tiene carácter de acto ejecutoriado. Con base en dicho razonamiento, la indicada Sala resolvió que la aceptación tácita de las reclamaciones tributarias constituye acto administrativo ejecutoriado. (Resolución 38/96, caso FLOPEC-DIRECTOR GENERAL DE RENTAS, R.O. 39 de 8-IV-1997).

8.2. Surgimiento de un derecho autónomo

En varios pronunciamientos de la Suprema Corte se ha sentado el criterio de que el silencio administrativo regulado en el Art. 28 de la LME, da lugar al nacimiento de un derecho subjetivo autónomo, tal como ha reconocido el Consejo de Estado francés.

El derecho autónomo significa que el acto presunto de aceptación tácita es independiente de las circunstancias administrativas anteriores a su origen, al que no le afecta una resolución administrativa expresa dictada fuera del término legal para resolver la petición de que se trate. Este criterio consta de las ya comentadas Resoluciones 331/97 R.O. 287 de 31

de marzo de 1998; 17/99 R.O. 214-S de 17 de junio de 1999; y 341/99 R.O. 10 de 4 de febrero del 2000.

8.3. Caducidad de la competencia del funcionario administrativo

La falta de resolución administrativa dentro del término de quince días que prevé el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado o, tratándose de un reclamo tributario, dentro de los ciento veinte días señalados por el Art. 21 del Decreto Ley 05, provoca la caducidad de la facultad resolutoria de la autoridad que conocía de la petición y por tanto, la pérdida de su competencia en razón del tiempo.

Si es que después del nacimiento de la aceptación tácita por el silencio, el órgano administrativo llegare a expedir decisión administrativa (fuera del tiempo que la ley prevé), dicha resolución será nula de pleno derecho, pues habrá sido dictada en contravención del acto presunto que ya nació a la vida jurídica y que generó un derecho subjetivo autónomo. Las resoluciones tardías llamadas así por haberse expedido fuera del término que señala la LME, están viciadas de una nulidad de pleno derecho de conformidad con el Art. 94 del ERJAFE y no serán susceptibles de convalidación de conformidad con la mencionada norma. Idéntica disposición trae el Art. 129 del ERJAFE.

La Sala de lo Fiscal de la Suprema Corte en acertada resolución redactada por ese gran jurista que en vida fue el doctor Julio Navarrete Córdova, desechó el recurso de casación interpuesto por el Director General de Rentas por considerar que la Resolución expedida por la autoridad tributaria fue extemporánea, dado que había transcurrido el plazo de ciento veinte días previsto en el Decreto Ley 05, luego de que había operado el silencio administrativo a favor de la contribuyente (Resolución 58/96 del recurso de casación DAN QUÍMICA-DIRECTOR GENERAL DE RENTAS, R.O. 55 de 27 de octubre de 1998).

En un fallo más reciente, la misma Sala aceptó el recurso de casación interpuesto por CONFITECA y resolvió que “la resolución que (*se*) dicta con posterioridad a ese plazo (*ciento veinte días*) y notifica después, no reúne las características de acto administrativo y no causa efecto jurídico alguno debido a que el resolutor perdió definitivamente competencia para

hacerlo". (Resolución 80/99 del recurso de casación CONFITECA-DIRECTOR GENERAL DEL SRI, R.O. 13-VI-2001).

El Estatuto de la Función Ejecutiva prevé un caso que es muy frecuente en la práctica administrativa, en que las resoluciones son expedidas dentro del término de ley, pero notificadas al administrado luego de fenecido ese término. El asunto reviste particular interés si consideramos que sólo a través de la notificación los actos administrativos alcanzan eficacia (Art. 66 ERJAFE). La respuesta la trae el Art. 115.2 del mismo cuerpo normativo que prevé que el plazo máximo para notificar una resolución será el del silencio administrativo, es decir que el acto de notificación deberá efectuarse dentro de los quince días para las reclamaciones administrativas. Para el caso de las reclamaciones tributarias ese plazo será de ciento veinte días.

8.4. Derecho de accionar en vía de ejecución

La Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado el criterio de que luego de haber operado el silencio administrativo de efectos positivos, el administrado beneficiario del derecho autónomo que emerge con la aceptación tácita podrá accionar en la vía contencioso administrativa para exigir la ejecución del derecho que nació por el silencio administrativo.

En un caso, la Sala desestimó la pretensión de ANDINATEL S.A. de declarar desierto un concurso público y que el concursante afectado estaba obligado a agotar la vía administrativa. Al resolver dicho caso dispuso que la resolución favorable por el silencio dio lugar al nacimiento de un derecho autónomo a favor del administrado "cuyo cumplimiento bien podía perseguirse ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no en juicio de conocimiento como el presente, sino de ejecución" (Resolución 124-99 caso PROYCONS Cía. LTDA-ANDINATEL S.A., R.O. 237 20-VII-1999).

Idéntico criterio han sentado las comentadas Resoluciones 17/99 del caso MORTENSEN-EMETEL, R.O. 214-S 17-VI-1999; y el 331/97 del caso AGIP DEL ECUADOR-PETROCOMERCIAL R.O. 287 de 31-III-1998.

9.- De la resistencia de la burocracia a la aplicación del silencio administrativo positivo

La promulgación de la Ley de Modernización del Estado en diciembre de 1993, transformó radicalmente la concepción del silencio administrativo en el Ecuador, que había mantenido una posición categóricamente favorable al silencio de efecto negativo o desestimatorio.

El incumplimiento del deber de resolver por parte de los órganos administrativos sumado al silencio administrativo negativo, consolidó la posición prevaeciente del Estado frente a los particulares. La ruptura que comportó el instituto de la aceptación tácita no ha redefinido sin embargo, una relación jurídica entre administración pública y administrados, en la forma como habría sido deseable que lo haga. La situación anterior ha ocurrido, en buena medida, por la poca técnica empleada en la redacción del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, que se ha constituido en la vertiente por la que corre una riada de inmoralidad burocrática y los más concupiscentes formulismos para resistir la aplicación de la Ley.

En este acápite pretendo identificar algunas de las infracciones administrativas que con mayor frecuencia acometen contra el derecho de los administrados y que van desde la negativa a la recepción de solicitudes o peticiones, hasta la expedición de resoluciones tardías con antedatación o alteración de fecha, pasando por la suspensión arbitraria de procedimientos administrativos o la negativa a la certificación de que ha transcurrido el plazo de ley. La jurisprudencia por su parte no ha sido suficiente para encauzar a la Administración a una recta aplicación de la institución innovadora traída por la Ley de Modernización.

9.1. De la negativa a la recepción de peticiones

Negar la recepción de una solicitud es, en propiedad, violar el derecho constitucional de petición antes que resistir la institución de la aceptación tácita. Sin embargo, la negativa tan frecuente de los órganos de la administración a recibir las peticiones administrativas afecta de forma mediata la institución del silencio administrativo, pues sin dicha recepción no se activa la obligación de resolver, ni corren los plazos para que opere el silencio administrativo.

En la práctica, funcionarios del Estado niegan la recepción de solicitudes o peticiones bajo el quebradizo argumento de que no se adjuntan documentos o pruebas, muchas de éstas ni siquiera exigidas por ley, sino

mediante reglamentos, oficios, circulares administrativas o algo peor: los ofensivos “rótulos de ventanilla”.

Estas actitudes que han implantado las rutinas administrativas en el Ecuador, configuran el delito tipificado en el Art. 212 del Código Penal y, desde luego, constituyen causal para iniciar un procedimiento de sanciones disciplinarias de conformidad con el Art. 62 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Aparte del enjuiciamiento penal, un remedio eficaz para enfrentar la violación trae la Ley Notarial en su Art. 18 numeral 7. Según esta norma legal, los Notarios tienen atribución para realizar diligencias y dejar constancia mediante un acta notarial que tiene la fuerza vinculante de un instrumento público. El Notario acude ante el órgano administrativo de que se trate y deja constancia en acta de la negativa a recibir una determinada solicitud con el argumento que expone el funcionario público.

El Notario deja constancia de que ha sido presentada la solicitud administrativa, de la fecha de presentación, de que ha declarado de viva voz su contenido, de la negativa del administrador a recibirla, de que incorporará a su protocolo público la petición no admitida a trámite y de que hace conocer al funcionario público de este particular. El plazo para resolver lo que fuere pertinente correrá a partir de esa fecha y el administrado puede alegar silencio administrativo si el órgano no expide resolución en el plazo de ley.

9.2. De la suspensión de procedimientos administrativos

Otro atentado recurrente es el de la suspensión arbitraria de los procedimientos administrativos, no obstante que el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado prevé que los procedimientos administrativos no se suspenden bajo ninguna circunstancia. Esta situación que con diafanidad se desprende del tenor de la ley, ha sido lamentablemente contradicha por el ERJAFE que admite la suspensión del procedimiento para las solicitudes defectuosas.

En ciertos procedimientos administrativos, algunas entidades públicas con frecuencia expiden actos de trámite en que disponen “la suspensión del trámite y la consecuente no aplicación del Art. 28 de la Ley de

Modernización". Este género de disposiciones son violatorias de la LME porque los procedimientos administrativos no se suspenden y los órganos de la Administración están obligados a cumplir con su deber de resolver y de hacerlo en un plazo adecuado como ordena la Constitución Política.

Los actos administrativos que suspenden el término para resolver son ilegales y violatorios del derecho constitucional de petición y una muestra de que la norma de la LME no se aplica. Esa Ley obliga al órgano administrador a resolver en todos los casos, aun cuando el administrado no haya practicado pruebas. Sin embargo, por razones de economía en el procedimiento administrativo, conviene al interés del administrado que haya omitido la aportación de pruebas, que el procedimiento de que se trate quede suspendido en lugar de que se produzca una resolución negativa que le obligue a recurrir de la decisión y a iniciar un nuevo procedimiento administrativo.

Al expedir un acto de trámite con efectos suspensivos, las entidades públicas esquivan una resolución negativa, pues advierten que la suspensión en determinadas circunstancias conviene al interés del peticionario como efectivamente ocurre, no obstante que esa práctica dista de aplicar el sistema de la Ley de Modernización del Estado.

El ERJAFE tiene al respecto una regulación más ajustada a la técnica, aunque sus normas han creado confusión sobre el tema. El Art. 115 prevé que las solicitudes deficientes, la falta de presentación de documentos esenciales a la pretensión formulada o la necesidad de contar con informes, suspende el plazo para resolver.

La norma del Estatuto es contraria a la disposición de la Ley de Modernización que expresa inequívocamente la prohibición de suspender los procedimientos administrativos y manda que las resoluciones sean expedidas en el término de quince días. Para la Ley de Modernización, la solicitud deficiente o la prueba insuficiente no exime al órgano administrativo de su obligación de resolver, pues en tales supuestos éste deberá expedir resolución desestimatoria debidamente motivada. Para el Estatuto tales circunstancias determinan la suspensión del expediente, y si transcurridos dos meses desde que el administrado conoció de tal suspensión no hubiere impulsado el expediente, ocurrirá la caducidad del procedimiento y así deberá ser declarado.

En otras palabras, el ERJAFE prevé la suspensión del procedimiento administrativo aunque no exime al funcionario de su obligación de resolver. La falta de pruebas y de impulso al procedimiento hará que la resolución declare su caducidad. Este sistema es violatorio del Art. 28 de Ley de Modernización y plantea la necesidad emergente de una Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que con tal categoría normativa desarrolle ampliamente los inacabados e imperfectos propósitos de la Ley de Modernización.

9.3. De la expedición de resoluciones tardías

En muchos casos la obligación de resolver no se cumple dentro de los plazos que manda la LME. Ese incumplimiento provoca dos efectos simultáneos, el primero, que la solicitud o pedido se entenderá aceptada tácitamente por silencio administrativo; y el segundo, la caducidad de la facultad resolutoria de la autoridad que conocía del procedimiento. En razón del tiempo, se producirá la pérdida de la competencia para decidir sobre la petición formulada.

Diversas instancias administrativas acostumbran expedir resoluciones tardías y, ordinariamente, de contenido contrario al derecho que el administrado ganó por silencio administrativo. Las resoluciones que se llegaren a expedir fuera del término que la LME prevé, son nulas de pleno derecho según los Arts. 94 y 129 del Estatuto.

Una situación muy particular ocurre cuando las resoluciones administrativas son expedidas dentro del término de ley, pero notificadas al administrado luego de transcurrido ese término. Al respecto es categórica la norma del Art. 115.2 del ERJAFE que prevé que el plazo máximo para notificar una resolución será el del silencio administrativo.

Por ejemplo, si un particular ha presentado el día viernes 10 de octubre del 2003 un reclamo administrativo ante la Dirección Nacional de Hidrocarburos, el término que ese órgano administrativo tiene para resolver el reclamo fenecerá el día viernes 31 de octubre del 2003. En esta hipótesis damos por supuesto que el Director de Hidrocarburos ha resuelto el reclamo mediante acto administrativo dentro de plazo, pues la resolución lleva fecha miércoles 28 de octubre del 2003 y que no obstante haber cumplido su obligación de resolver dentro de plazo, el

acto de notificación se produjo en fecha posterior a su vencimiento, es decir después del 31 de octubre.

El del ejemplo, es caso frecuente en la relación jurídica que traban personas de derecho privado y entidades públicas: una resolución administrativa expedida dentro del término para resolver, pero con notificación posterior a ese término. Este hecho no suspende ni enerva la operatividad del silencio administrativo, porque la eficacia de la aceptación tácita anticipó sus efectos a la notificación del acto expreso. Si en virtud de la notificación el acto administrativo surte efectos legales, dichos efectos no ocurren cuando por ministerio de la ley nació el acto presunto contentivo de una aceptación tácita.

9.4. De la negativa a la certificación

La certificación del plazo no es condición para que el silencio administrativo opere. Se trata de un recaudo del procedimiento administrativo que puede o no ser utilizado por el administrado para probar ante la misma administración u otra distinta, que su solicitud no ha recibido respuesta de la administración dentro del plazo. Por tanto el reclamo o pedido habrá sido tácitamente aceptado por el silencio.

Esa disposición legal impone al administrador la obligación de entregar dicha certificación, bajo pena de destitución. Desconozco si en la práctica hubiere ocurrido la negativa a un determinado pedido de certificación. Sin embargo, la sanción categórica que ha previsto la ley para estos casos, me hace suponer que no será la negativa de certificación el problema que habrán de enfrentar los administrados. El conflicto jurídico pudiera surgir cuando en el acto de certificación, el funcionario público, preocupado por desembarazarse del silencio que su negligencia provocó más que en la recta aplicación del Derecho, pretendiera incluir argumentos impertinentes al pedido que le formula el administrado, como por ejemplo señalar que han transcurrido quince días sin resolución, pero que el procedimiento administrativo se suspendió por algún motivo en particular.

Al respecto es de señalar que la ley no le concede al funcionario público ninguna atribución para incluir en su certificación argumentos impertinentes al pedido que haga el administrado, pues la certificación indicará exclusivamente que venció el término de quince días para

resolver. No puede el funcionario del Estado argumentar la suspensión del procedimiento, puesto que la suspensión de los procedimientos está prohibida por el Art. 28 de la LME y tipificada como un acto contrario al derecho constitucional de petición, de conformidad con el Art. 212 del Código Penal. Si en la certificación el funcionario público deja constancia de que suspendió el procedimiento, obraría una prueba fehaciente del cometimiento de un delito.

9.5. Del archivo del expediente sin pronunciarse sobre el fondo de la pretensión

En varias ocasiones, órganos del Estado disponen el archivo de los expedientes sin tramitarlos de conformidad con la ley. Diversas razones motivan esta práctica ilegal y atentatoria del derecho de petición, del principio de tutela efectiva y de las normas del proceso debido. Entre tales razones destaca aquella en que la autoridad administrativa se estima incompetente para el conocimiento de la petición.

En esos casos, el irrespeto al derecho de petición se manifestará en el archivo del expediente y la consiguiente falta de resolución. En ese caso, a la pretensión jurídica del particular se habría agregado un elemento procesal trascendente, que incidirá en la definición del derecho subjetivo. La situación puede convertirse en laberíntica si imaginamos que el funcionario que se estimaba incompetente y que en tal virtud indebidamente archivó el expediente, jurídicamente tenía plena competencia para conocer la petición que se le planteó.

Una posible solución podría estar en el análisis anterior: si el funcionario era competente para conocer la petición, la aceptación tácita operó sin más, sin importar cual fue en su momento su convicción respecto de su eventual incompetencia. Y si el funcionario administrativo no era competente y no ha emitido pronunciamiento fundamentado sobre su incompetencia, la aceptación tácita no operó.

Varias preguntas quedan sin respuesta si a esa hipótesis añadimos el supuesto en que el peticionario pida al funcionario incompetente la certificación del transcurso de período de quince días sin resolución. ¿Qué resulta si el funcionario incompetente certifica el transcurso del plazo sin resolución? ¿Tal certificación podrá ser considerada nula de pleno derecho? ¿Procede la sanción de destitución del funcionario que se

negó a extender la certificación del silencio porque se consideró incompetente para conocer de la petición? Nuevamente, estas preguntas sin solución en el texto de la ley exigen la expedición de una Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Hasta tanto, corresponderá a la jurisprudencia establecer las pautas para la debida aplicación del instituto del silencio administrativo.

9.6. De la negativa de otros funcionarios a acoger el derecho ganado por el silencio

La Ley de Modernización del Estado precautela la institución del silencio administrativo a través de un régimen de responsabilidades administrativas y penales de funcionarios administrativos que atenten contra el derecho de petición. Estas responsabilidades alcanzan a aquellos que sin haber intervenido en el procedimiento administrativo que dio lugar a la aceptación tácita, por razón de su cargo, deban atender el derecho del particular para hacer efectiva la vigencia de dicha aceptación tácita.

Por ejemplo, si un particular solicita la constitución de una sociedad mercantil a la Superintendencia de Compañías y ésta no resuelve tal petición en el término de quince días, la solicitud se entenderá aceptada por el silencio administrativo. Sin embargo, para que la compañía nazca a la vida jurídica será necesario que la escritura pública de constitución sea inscrita en el Registro Mercantil. El Registrador Mercantil no podrá negarse al acto de inscripción de una sociedad cuya aprobación fue tácitamente aceptada en virtud del silencio de la entidad de control societario. Bastará que el interesado presente la certificación de haber transcurrido el plazo del silencio, o el acta notarial en la que conste ese particular.

Otro ejemplo: si un particular gestiona la importación de productos que requieren la autorización previa del Ministerio de Salud Pública y éste no confiere tal autorización en un término de quince días, tal autorización se entenderá tácitamente otorgada sin que los funcionarios de la Corporación Aduanera Ecuatoriana puedan negarse a atender el pedido que el importador le formule, con base en dicha aceptación tácita operada por el silencio del Ministerio de Salud.

Pero, ¿Qué ocurre si de hecho el órgano del Estado distinto al que permitió la aceptación tácita, se niega a aceptar que el particular ejerza su derecho nacido por el silencio administrativo?. El funcionario administrativo que en razón de sus atribuciones esté llamado a hacer efectivo el silencio ganado ante otra instancia de la Administración, y que niegue el derecho o impida su ejercicio efectivo, deberá responder administrativa y penalmente por su negativa. Además, tendrá responsabilidad civil por el perjuicio económico que su negativa llegare a provocar.

La responsabilidad administrativa se produce porque tal funcionario habrá incurrido en causal de destitución. El Art. 33 de la LME establece que la violación de cualquiera de las disposiciones previstas en su Capítulo III, entre los que se cuenta el Art. 28, serán sancionados con la destitución del cargo.

En lo que se refiere a la responsabilidad penal, tal conducta constituirá un acto contrario al derecho constitucional de petición y por tanto, dará lugar al correspondiente enjuiciamiento penal y prisión que puede llegar hasta los seis meses, de conformidad con el Art. 212 del Código Penal.

10.- De la cronología de las corruptelas legislativas respecto del silencio administrativo en los procedimientos tributarios

Desde hace varios años, una corrompida práctica ha constituido al recaudador de impuestos en el colegislador de las normas tributarias. A partir de 1997, los anteproyectos de ley en esta materia tienen origen en la administración tributaria, los que sin modificación llegan en calidad de proyectos de ley al Congreso Nacional, a través de la Presidencia de la República. Con frecuencia, el texto definitivo de las leyes tributarias aprobadas por el Congreso recibe modificaciones cosméticas que nunca alcanzan al fondo de los complejos y graves aspectos que involucra la relación tributaria.

Esta situación se agravó a partir de agosto de 1998 en que la actual Constitución Política sustrajo de la Función Legislativa la iniciativa para crear, modificar o extinguir impuestos, reservando privativamente esa atribución al Presidente de la República (Art. 147).

Aunque la disposición constitucional haga referencia exclusiva a la creación, modificación o supresión de impuestos, todo el espectro de relaciones administrativo tributarias no comprendidas en el acápite de la creación o extinción de impuestos, ha correspondido a la iniciativa del Presidente que, en la práctica, la ha ejercido previa elaboración de los anteproyectos preparados por empleados del Servicio de Rentas Internas. Esta situación ha provocado que las leyes se hayan convertido en un eficaz instrumento de manipulación para perfeccionar los métodos de recaudación. Basta con examinar que desde 1997 se ha reformado la Ley de Régimen Tributario Interno en 17 ocasiones, (una reforma cada cinco meses aproximadamente), para advertir que la orientación legislativa no responde a una directriz razonada de implantar un sistema coherente de tributación, sino al apetito inquisitorial del recaudador de tributos.

La regulación del silencio en materia tributaria es la expresión de este sistema en que las sucesivas reformas legales originadas en el Servicio de Rentas han menoscabado, paulatinamente, el derecho de los administrados contra todo sentido de justicia tributaria. Para ello hago una cronología de las reformas relacionadas con el silencio administrativo en lo tributario, a fin de evidenciar la confusión que ha provocado el sinnúmero de leyes y decretos leyes que se superponen en esta materia.

10.1. El sistema del Código Tributario: la negación tácita y la denegación presunta (1975-1993)

El Código Tributario vigente desde 1975 (R.O. 958-S, 23-XII-1975) instituye el silencio administrativo con efectos negativos. El Art. 102 de dicho Código contempló –y resalto el pretérito perfecto del modo indicativo- la figura de la denegación tácita. Según esa norma, la falta de resolución en los plazos fijados en los Arts. 125, 136 y 137, fue considerada como negativa tácita de la petición, reclamación o recurso y facilitaba al peticionario iniciar las acciones que correspondían a su derecho.

El Art. 125 a que se refirió esa denegación tácita, estaba relacionada con reclamos administrativos, mientras que los Arts. 136 y 137 trataban del recurso de reposición que, sin justificación alguna, fue derogado mediante Ley 99-24 de 30 abril de 1999, también elaborada en las oficinas del Servicio de Rentas.

Por su parte, el Art. 127 estableció la denegación presunta: cuando las resoluciones administrativas expedidas por la autoridad tributaria, no decidían todas las cuestiones planteadas por los interesados o derivadas del expediente, o si tales resoluciones no estaban motivadas, se entendía configurada una negativa tácita, como en el comentado Art. 102. La norma preveía que la denegación presunta no eximía a la Administración Tributaria de la obligación de resolver, aun en los supuestos en que el interesado deducía acción contencioso tributaria.

10.2. Las reformas de la Ley de Modernización del Estado de diciembre de 1993

La vigencia de los Arts. 102 y 127 del Código Tributario, quedó en entredicho después de la expedición de la Ley de Modernización del Estado, en cuyo Art. 66 consta que las disposiciones del Código Tributario se entenderán modificadas en cuanto se opusieren a esa Ley.

En otros términos, el instituto de la aceptación tácita por el silencio administrativo establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, modificó el sistema de denegación presunta y la negativa tácita de los Arts. 102 y 127 del Código Tributario. Esa fue la voluntad legislativa cuando aprobó el señalado Art. 28 de la LME, que por primera vez contempló la aceptación tácita de peticiones como regla general aplicable a todo género de pedidos o reclamaciones planteadas ante cualquier órgano o instancia administrativa, sin excluir a la administración tributaria según el tenor literal del Art. 66 de la LME.

10.3. La Ley 51 de diciembre de 1993 y la confusión que generó

Resulta curioso que a través de la Ley 51 (R.O. 349 de 31 de diciembre de 1993) reformativa de la de Régimen Tributario Interno, aprobada por el Congreso Nacional en los días en que también fue aprobada la Ley de Modernización del Estado, se haya establecido un régimen contradictorio al sistema innovador de la LME.

La Disposición Final de la mencionada Ley 51 unificó en noventa días los plazos para resolver que no estuvieren previstos en el Código Tributario y demás leyes relacionadas con dicha materia; dispuso como

regla general, la denegación tácita de peticiones, reclamos o recursos tributarios no resueltos en el señalado plazo y para tales supuestos franqueó al interesado el ejercicio de la acción que corresponda.

En consecuencia, la transformación que supuso el instituto de la aceptación tácita introducido por la LME quedó, al menos en la materia tributaria, neutralizado por la disposición final de la Ley 51. Dos normas jurídicas contradictorias. El nudo jurídico que surgía al preguntarnos qué norma era aplicable para los procedimientos administrativos incoados ante la administración tributaria, quedó sin desatar, pues, paradójicamente, la Ley 51 apareció publicada en el mismo Registro Oficial en que fue publicada la Ley de Modernización.

En todo caso, tres meses tardó el legislador para enmendar el gazapo cometido en la Ley 51 y adaptar el silencio administrativo tributario a la regla general de la aceptación tácita prevista en la Ley de Modernización. Mediante Decreto Ley 05, expedido en marzo de 1994 (R.O. 396, 10-III-1994) fue sustituida la Disposición Final de la Ley 51, y se unificó en ciento veinte días todos los plazos para resolver, previstos o no en el Código Tributario y leyes afines (Art. 21). Con esto, fueron reformados en forma expresa los institutos de la denegación presunta y negativa tácita del Código Tributario y reemplazados por la aceptación tácita de las peticiones, reclamaciones o recursos no resueltos en el plazo de ciento veinte días.

10.4. El Decreto Ley 05 de marzo de 1994

Según lo indicado, el Art. 21 del Decreto Ley 05 sustituyó la Disposición Final de la antes comentada Ley 51 y entró en vigencia a partir del 1 de enero de 1995. Este Decreto Ley fue más allá de la LME pues contempló el efecto positivo del silencio no únicamente respecto de las peticiones o reclamos, sino de los recursos que, a esa fecha, eran dos: el de reposición y el extraordinario de revisión. En consecuencia, el derecho administrativo en materia tributaria había registrado un notable progreso en función de los derechos y garantías de los contribuyentes.

10.5. Retrocesos del derecho de petición en materia tributaria y achicamiento de la técnica silencio administrativo

- **Decreto Ley 04**

En el mismo Registro Oficial en que aparecía publicado el Decreto Ley 05 se promulgó el Decreto Ley 04 de marzo de 1994 (R.O. 396, 10-III-1994) que contenía la Ley Orgánica de Aduanas. Este Decreto Ley fue derogado mediante Ley 99 expedida en julio de 1998 en que se expidió la nueva Ley Orgánica de Aduanas en vigencia (R.O. 359 13-VII-1998).

No obstante la derogatoria, es necesario destacar que el Decreto Ley 04 durante el cuatrienio de su vigencia, pretendió reanimar el vigor jurídico de la denegación tácita y la denegación presunta que traía el Código Tributario mediante una frase introductoria insertada en el texto de los Arts. 102 y 127 del Código Tributario, cuyo tenor fue: "salvo lo que dispongan leyes especiales..." con lo cual pretendió establecer como regla general de los procedimientos tributarios el silencio de efectos negativos y dejaba al silencio positivo como excepción para los casos en que una ley especial así lo previere.

Esas reformas eran contradictorias con el sistema creado en la Ley de Modernización del Estado y en el Decreto Ley 05. De la aplicación de los Arts. 102 y 127 del Código Tributario resultaba un contrasentido, pues en materia tributaria la institución del silencio administrativo está reglada por el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado y por el Art. 21 del Decreto Ley 05, normas jurídicas que habían previsto como principio de general aplicación en los procedimientos tributarios, la aceptación tácita de las peticiones administrativas relacionadas con esta materia. Por ventura, la expedición de una nueva Ley Orgánica de Aduanas en julio de 1998 (Ley 99, R.O. 359 13-VII-1998) derogó el Decreto Ley 04, por lo que las reformas al Art. 102 y 127 del Código Tributario también quedaron derogadas.

- **Ley No. 24 de abril de 1999 y Ley 41 de mayo de 2001**

El derecho de los contribuyentes sufre retrocesos mediante reformas legales preparadas al interior del Servicio de Rentas Internas para satisfacer su acomodo burocrático. Estas reformas son la Ley No. 24 (R.O. 181-S de 30 de abril de 1999) y la Ley No. 41 (R.O. 325-S de 14 de mayo del 2001).

La Ley 24-99 suprimió la palabra “peticiones” que constaba en el Art. 21 del Decreto Ley 05, de manera tal que el efecto del silencio positivo quedó restringido a las reclamaciones y a los recursos tributarios sin resolver en el plazo de ciento veinte días. Con esta reforma poco meditada, el Servicio de Rentas Internas pretendió eximirse de responder en el plazo de ciento veinte días, las consultas tributarias planteadas por los contribuyentes. Pero ¿Por qué el Servicio de Rentas tendría interés en eliminar a las consultas del efecto estimatorio del silencio administrativo?

De conformidad con el Art. 129 numeral 3 del Código Tributario, el contribuyente que formula una consulta a la Administración, está obligado a exponer en el escrito de consulta su opinión fundamentada en las normas jurídicas que estimare aplicables. La falta de respuesta de la administración tributaria en el plazo que el Decreto Ley 05 establecía (ciento veinte días) provocaba la aceptación tácita de la opinión del consultante. Entonces el propósito del SRI era esquivar, al menos para las consultas, su obligación de resolver dentro plazo, como si no existiera el mandato constitucional que impone a las autoridades públicas la atención de las solicitudes o peticiones en un “plazo adecuado”.

El propósito inconfesado de la administración tributaria, no podía ser alcanzado, pues al no aplicarse a las peticiones y consultas tributarias la norma del Art. 21 del Decreto Ley 05 que preveía el silencio positivo, necesariamente a aquellas les será aplicable la regla general del Art. 28 de la LME, que prevé un término menor, de quince días, para resolver esas consultas. En consecuencia, las peticiones o consultas tributarias deben ser absueltas en quince días por la autoridad, en atención al término que prevé la LME, especialmente aplicable a los procedimientos tributarios por lo dispuesto en el Art. 66. La administración tributaria fue por lana con la aprobación de la Ley 24-99 y salió trasquilada por la aplicación de la regla general prevista en el Art. 28 de la Ley de Modernización.

Esa disminución del derecho de los contribuyentes a beneficiarse del silencio positivo, continuará con la expedición de la Ley 41 de mayo del 2001 en que fue eliminada la palabra “recursos”. Como consecuencia de esta modificación, el silencio administrativo se aplicará solamente a los reclamos administrativos con posibilidad de ser tácitamente aceptados por el silencio administrativo.

Conclusiones:

De la cronología antes expuesta y demostrativa de la irresponsabilidad del legislador en la delicada tarea de regular un instituto sustancial al ejercicio de los derechos de los contribuyentes, planteo las siguientes conclusiones:

1.- En los procedimientos tributarios rige la institución del silencio administrativo de efectos positivos como regla general. El fundamento de esta afirmación está constituida por el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado y el Art. 21 del Decreto Ley 05 que reformó todos los plazos previstos en el Código Tributario.

2.- El plazo para que opere el silencio administrativo en materia tributaria es de ciento veinte días. Debo recordar que de conformidad con el Art. 11 del Código Tributario, los plazos o términos establecidos por días se entienden siempre referidos a días hábiles.

3.- Las consultas tributarias fueron expresamente excluidas del ámbito regulador del Decreto Ley 05, por lo que a esta especie de peticiones no le es aplicable el término de ciento veinte días, sino el de quince días previstos en la Ley de Modernización del Estado en razón de lo dispuesto en el Art. 66 de esta Ley.

4.- Luego de la derogatoria de las normas que regulaban el recurso de reposición, queda el de revisión como único recurso aplicable en materia tributaria. En varios fallos, la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido el criterio de que el silencio administrativo de efectos positivos no es aplicable a los recursos de revisión. Esta posición de la Sala fue reforzada con la reforma legal que suprimió la aplicación del silencio a los recursos tributarios.

(1) Ernesto García Trevijano, "El Silencio Administrativo en el Derecho Español", Ed. Civitas, Madrid, 1990, 1ª ed., p. 79. El autor reconoce la dificultad de dar una definición unitaria del silencio administrativo dado que la institución comprende aspectos sensiblemente diversos como la aceptación y la denegación tácitas.

- (2) Al analizar el carácter y contenido de las normas jurídicas, Norberto Bobbio distingue los imperativos positivos de los imperativos negativos, es decir los mandatos de hacer de los mandatos de no hacer. (Norberto Bobbio, "Teoría General del Derecho", Ed. TEMIS S.A., Bogotá, 1ª ed., 1994). El incumplimiento de la obligación de resolver en que incurre frecuentemente la administración comporta la violación de un mandato de hacer, es decir del imperativo positivo contenido en el derecho constitucional de petición que compele a los órganos del Estado a atender dentro de un plazo determinado, las peticiones que planteen los particulares.
- (3) El Código está contenido en el Decreto 01, 1-1-1984 expedido por el Presidente Belisario Betancourt, publicado en el Diario Oficial 36439 de 10 de enero de 1984 que entró en vigencia a partir del 1 de marzo de ese mismo año. Edición actualizada año 2000, Ed. Unión Limitada, Santa Fe de Bogotá.
- (4) Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, publicada en el Boletín Oficial del Estado 285 de 27 de noviembre, Biblioteca de Legislación SERIE MENOR, 3ª. ed. Editorial Civitas, Madrid, 1997. Cito la Ley por su importancia para los conceptos e instituciones reguladas por el embrionario y casuístico derecho administrativo ecuatoriano, puesto que el tenor literal de esta Ley fue transcrito en el Libro II del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva expedido el 27 de diciembre del 2002. No es materia de esta observación, y no podría serlo, la aplicabilidad universal de determinados conceptos jurídicos que soberanamente puede adoptar la legislación de cada país, sino el poco recato de aprovecharse de la propiedad intelectual ajena y la ninguna autoestima intelectual que semejante hecho supone para la República del Ecuador. La vergonzante reproducción que se ha hecho de una ley extranjera, nos trasladó en el tiempo ciento sesenta años atrás, cuando en los inicios de la República, el Congreso de 1830 adoptó para nuestro país el Código de Comercio Español de 1828.
- (5) Gustavo Penagos, "El Silencio Administrativo", Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 3
- (6) García de Enterría Eduardo, Revista de Administración Pública, número 47, Madrid 1968, página 226; y principalmente Ernesto García-Trevijano Garnica, "El Silencio Administrativo en el Derecho Español", Ed. Civitas, Madrid 1990, 1ª. ed.

- (8) Ernesto García-Trevijano, "El Silencio Administrativo en el Derecho español", op.cit., pp.87-89.
- (9) En confirmación de la tesis sostenida por estudiosos del Derecho Constitucional ecuatoriano, encuentro que no obstante la expedición de varias constituciones a lo largo de nuestra azarosa vida republicana, se mantienen invariables unos mismos principios. Más aún, en cuanto a la regulación del derecho de petición se refiere, la redacción empleada para regularlo es idéntica, no obstante la ruptura institucional que antecedia a la expedición de cada carta política. Así, la Constitución de 1843 en el Art. 95, la de 1845 en el Art. 125, la de 1852 en el Art. 124, la de 1861 en el Art. 118, y la de 1869 en el Art. 103 todas utilizan el siguiente texto: *"el derecho de petición será ejercido por uno o más individuos a su nombre; pero jamás en el del pueblo"*. La Constitución de 1851 contenía una redacción distinta pero similar en cuanto a su contenido: *"En virtud del derecho de petición, todo ciudadano podrá presentar por escrito a la Asamblea Nacional, al Poder Ejecutivo y demás autoridades constituidas, cuando considere conveniente al bien general del Estado; pero ningún individuo o asociación particular podrá hacer peticiones a nombre del pueblo, ni menos arrogarse la calificación de tal"*. No será sino la Constitución de 1878 la que extienda el derecho de petición al de obtener una resolución respectiva y, posteriormente, la Constitución liberal de 1897 establecerá que la resolución deberá expedirse *"dentro de los términos fijados por las leyes"*.
- (10) El Art. 141 numeral 17 de la Constitución Política de 1945 formula de mejor manera la obligación de resolver: "El Estado garantiza: ...17. El derecho de petición. El funcionario o autoridad que reciba alguna solicitud no puede dejarla sin la resolución correspondiente, que será dictada dentro del plazo máximo de treinta días, salvo los casos en que la ley determina plazos diferentes".
- (11) María Eugenia Guillén Pérez, "El Silencio Administrativo. El Control Judicial de la inactividad Administrativa", Ed. COLEX, Madrid, 1996, pp. 68 y 69
- (12) Jesús González Pérez, "Manual de Procedimiento Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 2a. ed., 2002, p. 350.

- (13) El ERJAFE dispone que, excepcionalmente, la resolución administrativa no resolverá sobre el fondo de la pretensión, en los casos de prescripción, desistimiento, renuncia y declaración de caducidad (Art. 154). Sin embargo debo destacar que estos supuestos tampoco eximen a la autoridad de su deber de dictar resolución expresa, pues el Estatuto prevé que al concurrir estas circunstancias será necesaria la expedición de un acto administrativo que explique motivadamente la anómala situación presentada durante el trámite del procedimiento (Art. 115.1).
- (14) La razón de esta aplicación restrictiva está en que el Estatuto, al ser simple Decreto Ejecutivo no puede afectar a entidades públicas que están fuera del ámbito de la Función Ejecutiva, cuyos procedimientos se rigen por leyes especiales. El mandato de esa norma ni siquiera alcanza a los entes que integran el régimen seccional autónomo que organizan sus procedimientos a través de leyes orgánicas o de ordenanzas
- (15) Ernesto García-Trevijano Garnica, "El Silencio Administrativo en la Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Ed. Civitas, Madrid, 1º. ed, 1996, p. 40.
- (16) Ernesto García-Trevijano, "El Silencio Administrativo en el Derecho español", op.cit. pp.294
- (17) Resolución 408-RA-01-IS publicada en el R. O. 493 de 14-I-2002. Idénticos pronunciamientos constan en las Resoluciones 528-RA-01-IS; y 363-RA-01-IS también publicadas en el Registro Oficial indicado en esta nota.
- (18) Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo Español", tomo I, edición IV, p. 556, citado en el fallo de casación 341/99 de ZAPATA-MINISTRO DE FINANZAS, R.O. 10 de 4 de febrero del 2000.

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA: UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón¹

DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO Y REQUISITOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

1) La comprensión del fenómeno del silencio administrativo exige una previa calificación de su aspecto de valor jurídico.² Al respecto, es categórico determinar que la abstención de pronunciamiento en que puede incurrir la Administración Pública cuando le ha sido formulada una petición o pretensión, implica la violación de un deber de acción, y como tal, una infracción a la ley. La circunstancia de que el ordenamiento jurídico haya previsto unos efectos para el silencio administrativo, no debe llevarnos a pensar que el mutismo es una alternativa a la decisión expresa, ni que se trata de un modo regular o admitido de concluir los procedimientos administrativos. Nos encontramos ante una patología, ante una situación incompatible con el derecho y con la eficacia y la eficiencia.

La Administración Pública tiene el deber jurídico de resolver expresamente y conforme a derecho, lo cual no se exime, ni por la calidad jurídica de lo que se pretende, ni por la oscuridad o falta de ley. La autoridad puede aceptar o rechazar las peticiones o pretensiones que se le formulen, pero siempre debe dictar una resolución para impedir que

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Especialista Superior en Tributación y Magíster (c) en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Diploma Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad San Francisco de Quito, ex profesor de Introducción al Fenómeno Jurídico y Derecho Administrativo de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

² Sin embargo, el aspecto de valor jurídico no es el único parámetro de evaluación del fenómeno. A él se suma la apreciación correspondiente a la técnica administrativa, pues la situación pugna con el criterio de la eficacia y la eficiencia, naturales, por lo demás, a lo que debe calificarse como una buena y recta administración. Sobre los principios de eficacia y eficiencia, ver Vincenç Aguado i Cudolà, *Silencio administrativo e inactividad*, Madrid, Marcial Pons, 2001, Pg. 35 y ss.

las instancias administrativas queden indefinidamente pendientes, ya que ello produciría un grave perjuicio para la regularidad de la actividad administrativa y para el derecho legítimo de los administrados.³ Por otra parte, y como nos dice Juan Carlos Cassagne, “La naturaleza eminentemente práctica del derecho y su adecuación a la vida se revelan por el hecho de que ‘no hay controversia posible, por muy complicada e imprevista que sea, que no admita y exija una solución jurídica cierta’ ”.⁴ Ello no acontece por una suerte de megalomanía jurídica, sino fundamentalmente, y en palabras de Giorgio del Vecchio, “[...] por la necesidad práctica que cada uno siente de coordinar en cierto modo su actuación propia con la de los demás. En esto consiste esencialmente el Derecho; y un Derecho que resolviendo algunos casos de la vida, se mostrara incapaz de resolver los demás, se anularía ipso facto a sí mismo, puesto que resultaría inferior a su función, que consiste precisamente en establecer un orden entre los seres que viven juntos (*hominis ad hominem proportio*)”.⁵

La obligación de resolver se considera como un principio general aplicable a todas las ramas del derecho, y extensible, no sólo a los jueces, sino también a los funcionarios administrativos frente a las peticiones, reclamaciones o recursos.⁶ La oscuridad o falta de ley no excusa a la Administración de dictar un pronunciamiento debidamente motivado y fundamentado, ni de velar por la presencia de la justicia en sus relaciones jurídicas. El procedimiento administrativo y el sistema de recursos y reclamaciones constituyen una garantía para los administrados y un mecanismo de control jurídico, que no debe convertirse en quimera por la falta de claridad legislativa o por la no previsión de una determinada situación.⁷

³ Gustavo Penagos, *El acto administrativo*, I, 5ta. Ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1992, Pg. 175. Horacio Creo Bay, *Amparo por mora de la Administración Pública*, 2da. Ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, Pgs. 1 y 2.

⁴ Juan Carlos Cassagne, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1988, Pg. 55-56.

⁵ Giorgio del Vecchio, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, 1979, Pg. 41, citado por Juan Carlos Cassagne, Op. Cit., Pg. 56, Nt. 42.

⁶ Juan Carlos Cassagne, Op. Cit., Pgs. 56-57.

⁷ Así lo reconoce el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante ERJAFE), cuando dispone en el artículo 156 numeral 4 que “En ningún caso podrá la administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso [...]”.

La obligación referida, con los caracteres destacados, tiene rango constitucional por ser correlativa al derecho fundamental de petición. Así resulta de la lectura del artículo 23 numeral 15 de la Constitución de la República que garantiza “El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o respuestas pertinentes, en el plazo adecuado”. Por consiguiente, al administrado debe contestársele, no sólo oportuna y expresamente, sino también de forma pertinente, y lo pertinente, en el ámbito de lo jurídico, es específicamente lo conforme a derecho. Estas reflexiones, además, atienden a la esencia misma del derecho de petición, que es cimiento de los mecanismos de garantía jurídica y de realización de la justicia, pues permite al administrado instar a la actividad administrativa, reclamar por sus derechos y por los actos que le perjudican, cuestionar el comportamiento de la autoridad y corregir los errores en los que ésta pueda incurrir. En virtud de ello, y conforme observa Helio Juan Zarini, “El silencio o la mora prolongada constituyen un acto arbitrario que lesiona el derecho de peticionar, que no puede ni debe tomarse ilusorio por falta de efectividad”.⁸

Por otra parte, la mora en el pronunciamiento expreso o el silencio constituyen una desviación de lo que exige una recta y buena administración. El ejercicio de las atribuciones, competencias y funciones públicas, al tenor del artículo 120 de la Constitución de la República, es un servicio a la colectividad, de manera que su desempeño no es una facultad, sino una obligación. Como indica Vincenç Aguado i Cudolà, “La Administración al permanecer inactiva cuando tiene la obligación de resolver no está ejercitando ningún poder o función, sino que se está situando fuera de la legalidad. Esta ilegalidad cometida comporta que se produzcan unos determinados efectos, que en el caso del silencio administrativo comportan precisamente una limitación del poder que tenía que ejercitarse”.⁹ La transgresión al deber de resolver, por el trasfondo ilegítimo que le es propio, acarrea responsabilidad, tanto para el funcionario como para el Estado o entidad pública a la que se pertenece, según los artículos 20 y 120 de la Constitución de la República.

2) El fenómeno del silencio administrativo se ha estudiado en el marco de la teoría del acto administrativo, perspectiva esta que implica, por una

⁸ Helio Juan Zarini, *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Editorial Ástrica, 1992, P g. 401.

⁹ Vincenç Aguado i Cudolà, *Op. Cit.*, Pg. 73.

parte, el análisis de las disponibilidades de control jurisdiccional, y por otra parte, la confrontación de dicho fenómeno con la naturaleza del acto jurídico. En efecto, el acto administrativo ha sido considerado, bien como presupuesto procesal, bien como objeto de un proceso que se particulariza por su carácter revisor e impugnatorio, y del cual la Administración podía escapar con el fácil expediente de no pronunciarse.¹⁰ Esta posibilidad determinó que, inicialmente, al silencio administrativo se le dé un significado denegatorio, previsto por la ley con el fin de que el administrado pudiera acudir a la jurisdicción. Por otra parte, desde una visión sustancial, el acto administrativo se estudia como un acto jurídico, en el cual es elemento esencial una declaración de voluntad dirigida a producir determinados efectos jurídicos. Así, habrá silencio administrativo cuando la Administración se abstiene de expresar su voluntad, de tal modo que demuestre ante el administrado un comportamiento ambiguo, vago y equivoco del cual no puede inferirse ni interpretarse expresión volitiva alguna.¹¹ Como tal, el silencio administrativo no constituye un acto administrativo, sino que se trata de “[...] un hecho jurídico, un hecho al cual el derecho puede otorgar consecuencias jurídicas”.¹²

Los efectos del silencio administrativo provienen directamente de la ley. No se trata de deducir una decisión a partir de la conducta silenciosa, ni de interpretar el comportamiento silente de la Administración, sino de sustituir la declaración de voluntad que ésta no produjo por el criterio de resolución que para tal hipótesis expresamente preestablece la ley.¹³ Con estas premisas, la doctrina distingue al silencio administrativo de las sutiles figuras del acto tácito e implícito, las cuales responden a formas

¹⁰ Importante es tener en cuenta, además, que al exigirse el previo agotamiento de la vía administrativa, procedimiento concebido como conciliatorio, podía producir una situación de indefensión si la Administración no resolvía sobre la pretensión, ante lo cual era menester que la ley diera un efecto al silencio.

¹¹ Cfr. Vincenç Aguado i Cudolà, *Op. Cit.*, Pgs. 53 y ss. Advertimos de antemano que no hablamos categóricamente de ausencia absoluta de voluntad, sino de una abstención de expresarla y de un comportamiento vago, equivoco y confuso frente al administrado. Como tendremos la oportunidad de expresar más adelante, bien es posible tal carencia absoluta, pero también puede haber silencio cuando la voluntad existe y no se expresa, de modo que, frente al administrado, se considera que no existe.

¹² Manuel María Díez, *Derecho Administrativo*, II, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1965, P. g. 245.

¹³ Pedro Guillermo Altamira, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1971, P. gs. 922 y 923. Cita de Gustavo Peragos, *Op. Cit.*, P. g. 176.

de manifestación volitiva que, pese a no ser expresas, sí permiten conocer el querer de la Administración por medios indirectos.

El acto tácito es aquel que deriva de hechos, comportamientos o circunstancias (*facta concludentia*), cuya interpretación y análisis permite deducir de manera unívoca la existencia de una voluntad. Por ejemplo, si en un contrato administrativo de obras se ha pactado la entrega en una determinada fecha, pero la recepción se realiza en otra distinta y nada dice la Administración sobre la mora, se podría entender una prórroga tácita.¹⁴ Por su parte, el acto implícito es aquel que se infiere de otros actos expresas. Cuando éstos últimos presuponen necesariamente la existencia de otra decisión, es decir, son incompatibles con la inexistencia de ella, cabe considerar que ha quedado configurado un acto implícito que incorpora tal decisión.¹⁵ Por ejemplo, la convocatoria para ocupar un cargo de libre remoción, lleva implícita la remoción del funcionario.

El fenómeno jurídico del silencio administrativo, contrariamente a lo que ocurre con el acto tácito y el implícito, se explica, no en virtud de una interpretación o deducción, sino como la sustitución legal de una voluntad no expresada, de modo que su significado tiene origen *ex lege* y no *ex voluntate*. De ahí que no sea correcto equiparar el silencio administrativo a los actos administrativos y afirmar que existe una “denegación tácita” o una “denegación presunta”. A lo sumo, y en referencia al silencio positivo, podría hablarse, de modo analógico, de un efecto legal con valor de acto o equivalente a un acto, en atención a que el administrado tendrá garantías de estabilidad respecto de lo que adquirió en virtud de la ley, como si se hubiese expedido un acto expreso favorable. La afirmación de que el silencio administrativo no puede equipararse al acto administrativo, tiene más asidero en la constatación de que este último, propiamente, se produce por el ejercicio de la función, lo cual no sucede en caso del silencio administrativo.¹⁶

Por otra parte, tampoco es absolutamente exacto, como observa Vincenç Aguado i Cudolà, que el silencio administrativo signifique inexistencia

¹⁴ José Antonio García-Trevijano Garnica, *El silencio administrativo en el derecho español*, Madrid, Civitas, 1990, Pg. 75, Nt. 54.

¹⁵ Héctor A. Mairal, *Control judicial de la Administración Pública*, I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, Pg. 272.

¹⁶ Vincenç Aguado i Cudolà, Op. Cit., Pg. 73.

de voluntad. Puede suceder que el acto administrativo se haya dictado dentro del plazo legal previsto, pero la falta de notificación oportuna implica, frente al administrado, un hecho objetivo de silencio.¹⁷

3) La notificación, como puede verse, juega un papel decisivo a efectos del silencio administrativo, pues al momento de equilibrar la garantía del administrado frente a la producción efectiva de la voluntad administrativa, serán elementales principios de seguridad jurídica que inclinarán la balanza a favor del primero, a lo cual se suma la posibilidad de fraudes cometidos por quien tiene, propiamente en sus manos y no en las del administrado, la facilidad de hacer conocer sus decisiones. La notificación es requisito de eficacia del acto, independientemente de su validez, por cuanto permite que despliegue toda su potencia interna. El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) así lo prevé en el artículo 125 numeral 2, y determina, en el artículo 115 numeral 2, que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución será el correspondiente al silencio administrativo. Por su parte, el inciso segundo del artículo 85 del Código Tributario establece que la notificación es requisito de eficacia, y en el artículo 103 se la define, en la parte que nos interesa, como el “[...] acto por el cual se hace saber a una persona natural o jurídica el contenido de un acto o Resolución Administrativa [...]”. Evidentemente, de no practicarse la notificación oportunamente, no se podrá conocer el acto administrativo correspondiente, por lo cual habrá silencio respecto del contribuyente. Por lo demás, el artículo 29 de la Ley de Modernización del Estado (LME) también impone el deber de notificar, y aunque esta ley no lo diga expresamente, hay que entender que la notificación debe efectuarse dentro de los quince días de que habla el artículo 28.¹⁸

La notificación, como queda dicho, permite conocer el acto administrativo que dicta la administración respecto de las peticiones, reclamaciones o recursos que formule o interponga el administrado (o contribuyente en su caso). En lo que concierne al silencio administrativo,

¹⁷ *Ibidem*, Pgs. 73-74. El autor citado, sin duda refiriéndose a la legislación española, indica, además, que “[...] la legislación toma especialmente en cuenta la existencia de una voluntad reflejada en el procedimiento en relación a los efectos que genera el silencio administrativo. Así, la normativa puede llegar a prever que los efectos estimatorios o desestimatorios dependan de la existencia de un informe favorable”. Verdaderamente, en el caso planteado existe una voluntad, pero la ley puede darle el tratamiento de silencio.

¹⁸ La notificación extemporánea, a efectos del silencio administrativo, comporta una resolución expresa tardía, a cuyo régimen nos referiremos más adelante.

como criterio general, puede afirmarse que la Administración descargará su responsabilidad cuando, razonablemente y de buena fe, la decisión pueda ser sabida por el interesado, en virtud de una notificación oportuna. Este acto pudo haber fallado por diversas circunstancias, no siempre imputables a la Administración, o incluso, la notificación puede ser defectuosa en algún aspecto formal, pero en estos casos no siempre podrá decirse que hubo silencio administrativo. En efecto, si se tiene presente la naturaleza de las cosas, y el silencio administrativo es por naturaleza una abstención de pronunciamiento y de oportuna expresión de voluntad frente al administrado, no cabe hablar jurídicamente de tal fenómeno cuando la Administración procuró pronunciarse y hacer conocer su voluntad, pero tal propósito fracasó por las circunstancias o la deficiencia del mecanismo de notificación. En este caso hay verdadera voluntad, y aun más, el intento efectivo de expresarla, pero el medio o la vicisitudes lo impidieron.

Lo dicho tiene el propósito de salirle al paso a las sutilezas y puntillismos del ordenamiento que, a nuestro juicio, complican las situaciones frente al fenómeno del silencio administrativo, más aun, cuando tales sutilezas y puntillismos no se conjugan con la previsión de las circunstancias prácticas que pueden influir en la expresión efectiva de la voluntad de la Administración.

El artículo 115 numeral 2 del ERJAFE, como se sabe, dispone que el plazo de notificación será el del silencio administrativo. En el artículo 126 se indican los requisitos y contenido de la notificación; y, luego, en el artículo 127 se señala cómo se practica la notificación. En cuanto a los requisitos, el numeral 2 del artículo 126 señala que la notificación debe contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si ésta pone fin a la vía administrativa, los mecanismos de defensa que tiene el administrado, etc. Sin embargo, según el numeral 3 del mismo artículo, las notificaciones que incurran en la omisión de algún requisito que no sea el texto íntegro del acto, “[...] surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda”. En atención a esta norma, en la cual se alude incluso al “conocimiento del contenido y alcance” de la resolución, habrá una notificación defectuosa, y los efectos

de esta a lo sumo serán los que deriven de tal actuación en sí misma,¹⁹ pero en ningún caso habrá silencio administrativo, porque precisamente lo que se ha hecho conocer es el texto íntegro del acto administrativo dictado y se supone que el administrado puede conocerlo. Este criterio se refuerza con la disposición del numeral 4 del artículo citado, que dispone: "Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, siempre que el interesado hubiere señalado domicilio para notificaciones". El texto, al aludir a la obligación de notificar oportunamente, permite deducir que no habrá silencio administrativo cuando se hace conocer al administrado del contenido de la resolución.

En cuanto a la práctica de la notificación, el numeral 1 del artículo 127 del ERJAFE dispone que "Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado". Cuando el procedimiento se inicia a solicitud del interesado, la notificación debe practicarse en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud, de conformidad con el numeral 2 del artículo citado. Sentadas estas premisas, a nuestro juicio lo suficientemente claras, el ERJAFE continúa con una serie de detalles y de previsiones que podrían implicar riesgos prácticos en relación al silencio administrativo, toda vez que tales detalles y previsiones, son en algunos casos un tanto tolerantes para el administrado. Bien vale la pena recordar el consejo del Fuero Juzgo: "*el fazedor de las leyes de hablar poco e bien..., llano e abierto*".²⁰

¹⁹ A nuestro juicio, al haber una notificación defectuosa por omitir los requisitos exigidos, el efecto será, respecto del administrado, la dispensa o atenuación de ciertos requerimientos. Por ejemplo, si no se ha señalado el plazo en el que debe interponerse un recurso, debería entenderse que el administrado recurrente lo puede interponer desde que conoció del plazo, y no desde la fecha de la notificación. De igual manera, si la notificación defectuosa se refiere al pago de un crédito, no podrá alegarse mora sino desde que el administrado tuvo conocimiento de los pormenores que se omitieron indicar.

²⁰ Ver Sebastián Martín-Retortillo Baquer, "Acotaciones escépticas sobre la nueva regulación del procedimiento administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 078, Abril -Junio de 1993, versión en CD ROM. El autor realiza algunas observaciones a la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, la cual regula, en España, el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. El texto que es por demás interesante para nuestro país porque el ERJAFE le tiene una especial "devoción" a dicha ley, hasta tal punto que en algunas disposiciones parece que solo falta hablar de

Es por demás obvio que el administrado tendrá que determinar su domicilio y lugar de notificación, sin que quepa alegar silencio cuando, bien por causa imputable a aquél, bien por fraude, la notificación y el conocimiento, no sea posible en cabal forma. En la materia que nos ocupa, el criterio gira entorno a que el administrado pueda, razonablemente y de buena fe, acceder al contenido del acto, y lo contrario, la ignorancia del mismo atribuible a la Administración como incumplimiento de un deber o elusión del mismo, es lo propio del silencio administrativo. Hay que acotar también, que el saber del acto puede ser parcial por una deficiente notificación, o que la Administración no se haya pronunciado sobre todas las peticiones o pretensiones, casos en los cuales habrá silencio respecto de lo no se comunicó o no se resolvió.

4) Los efectos jurídicos del silencio administrativo se producirán luego de transcurrido el tiempo legal previsto para que se produzca un acto administrativo, tema en el cual está implicada la notificación como queda explicado. En el procedimiento que regula el ERJAFE, el plazo para que la Administración se pronuncie es, por regla general, de dos meses contados a partir de la recepción de la petición o reclamo, como dispone el artículo 206. En materia tributaria, el plazo es de ciento veinte días hábiles, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 05 (Registro Oficial No. 396 de 10 de marzo de 1994). Por lo demás, el plazo es de quince días, conforme dispone el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.

comunidades autónomas. No es este el lugar para hacer un comentario sobre los aciertos o desaciertos del EJAFE, pero por lo pronto cabe recordar las enseñanzas de Jean Rivero, quien advirtió los riesgos y posibilidades de éxito y fracaso que tiene el trasplante de las normas jurídicas de derecho público, el cual frecuentemente está condicionado a circunstancias políticas y sociales particulares. No se trata de criticar a ultranza, toda vez que al menos el ERJAFE vino a llenar el gran vacío legislativo que existe en el derecho administrativo ecuatoriano. Lo reprochable es el criterio imitador absolutamente nada crítico que tenemos respecto de las soluciones extranjeras, con una falta alarmante de creatividad nacional y con una ingenua perplejidad ante tales soluciones, como si no pudiéramos ser concientes de las necesidades propias y de afrontarlas con soluciones acordes a nuestra realidad. Ver Jean Rivero, *Páginas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis, 2002, Pgs. 135 y ss.

El principio que puede observarse en el numeral 5 del artículo 115 del ERJAFE²¹ consiste en favorecer una resolución adecuada, con los elementos de juicio necesarios. Verdaderamente, ese es el propósito del procedimiento administrativo, sin que pueda acusarse a la Administración de incurrir en silencio cuando lo que falta es el elemento básico de un pronunciamiento. En tal virtud, la deficiencia sustancial en el petitorio, la ausencia de documentación esencial o de informes indispensables, o la carencia de pruebas, no permiten cumplir el fin del procedimiento y, por consiguiente, no será posible dictar un acto conforme a derecho. Se detecta, además, la previsión de la "imposibilidad material" de continuar el procedimiento y de situaciones imputables al administrado, de modo que puede declararse el desistimiento de la petición o archivarse el expediente, con el fin de evitar que la conducta del interesado produzca resultados no apetecidos (ver artículos 138, 142 numeral 2, 154 y 159). Sin embargo, es menester tener presente que la caducidad se produce luego de los dos meses que se advierten al administrado, de tal forma que no cabe alguna práctica viciosa que consiste en reclamar documentación (muchas veces no esencial), con concesión de plazo menor para el cumplimiento, y luego disponer el "archivo" para sorprender al peticionario.

En materia tributaria, el principio que se destaca en el ERJAFE es perfectamente aplicable, así como también lo es para los casos en que se aplicaría la deficiente Ley de Modernización del Estado. En la normativa del Código Tributario, el artículo 115 se refiere al caso de la reclamación oscura o que no reúne los requisitos legales, y dispone que de no

²¹ El numeral 5 del artículo 115 del ERJAFE dispone: "El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

a. Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido;

b. Cuando deban solicitarse informes o actos de simple administración que sean obligatorios y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de 30 días; y,

c. Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis dirimentes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente".

aclarársela o completársela, se tendrá por no presentado el reclamo.²² Además, se ha previsto situaciones de interrupción del plazo para resolver cuando el contribuyente requiere informes o datos o cuando éstos sean necesarios para resolver (artículos 119, 120 y 125).

EFFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Se ha advertido que los efectos legales del silencio administrativo tienen una diferencia sustancial, de manera que no pueden ser considerados unitariamente.²³ Es menester tratar cada caso por separado, destacando su funcionalidad, significación y efectos particulares, a efectos de apreciar el notable distanciamiento que existe entre cada categoría.

1) El silencio administrativo negativo. Para estudiar este tipo de silencio administrativo, debe tenerse presente que el proceso contencioso administrativo se lo ha configurado con un carácter impugnatorio de actos previos, lo cual se ve reflejado en los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) y 234 del Código Tributario;²⁴ y que nuestra legislación, hasta antes de las reformas del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, exigía la proposición de una reclamación administrativa como requisito previo al acceso a la jurisdicción.

²² Esta disposición se remite salva los casos de los artículos 78 y 79, que versan sobre la incompetencia total o parcial. Para objeto de nuestro estudio, se resalta que en caso de que el reclamo debió ser presentado ante el órgano competente que pertenece a otra Administración Tributaria, lo cual determina la devolución de la reclamación dentro de tres días contados desde su recepción. Evidentemente, no podrá alegarse silencio de una autoridad que no puede pronunciarse válidamente por ser incompetente.

²³ José Antonio García-Trevijano Gamica (Op. Cit., Pg. 79) advierte el distanciamiento entre los tipos de efectos del silencio administrativo, al cual lo define de la siguiente manera: "[...] como una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la Administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá (o podrá entenderse) denegada u otorgada la petición o recurso formulado por los particulares u otras Administraciones".

²⁴ La mecánica de la LJCA, que también tiene su "inspiración" en la ley española de 1956, gira alrededor del acto previo. El llamado "recurso" contencioso administrativo procede "contra los reglamentos, actos y resoluciones" de la Administración; se ampara un derecho con ocasión de un acto que lo viola, o se impugna a éste con el fin de tutelar el cumplimiento de la norma jurídica objetiva. En lo tributario, solamente las llamadas "acciones de impugnación" contenidas en el artículo 234 del Código Tributario configuran un auténtico proceso contencioso-administrativo. Las "acciones directas" y los demás asuntos que son de competencia del Tribunal Fiscal, se distinguen de aquéllas por no tener carácter impugnatorio de la actividad administrativa y por guardar analogía con otros tipos de proceso, aun cuando tengan las particularidades que impone la materia tributaria.

La Administración Pública tiene una particular posición frente a los jueces, distinta de la que pueden tener los particulares. El juez no puede interferir en todo momento del desenvolvimiento de la labor de la Administración, o en toda oportunidad del desarrollo y preparación de sus manifestaciones de voluntad; hay un ámbito de independencia entre las funciones públicas que debe ser respetado y asegurado. Por otra parte, la Administración desenvuelve poder público, y sus decisiones son, por sí mismas, imperativas y susceptibles de ejecución, sin que se requiera la intervención del juez para dotarlas de obligatoriedad. La Administración está capacitada para innovar ejecutoriamente las relaciones jurídicas en las que interviene, y para imponer sus decisiones frente a las pretensiones o resistencias contrarias.

Todos estos privilegios, que en su conjunto se denominan autotutela administrativa, definen un ámbito que está libre de la ingerencia directa de los demás órganos que ejercen las restantes funciones públicas.²⁵ Ahora bien, la exigencia de una previa manifestación de voluntad o acto previo, y la definición del carácter impugnatorio del proceso contencioso administrativo, observan un ámbito de autonomía en la labor de la Administración, pero también se tiene en cuenta que las decisiones que ella toma son revisables. Como indican Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, "[...] la autotutela de la Administración no es definitiva: es inicial, previa, de primer efecto, pero reserva íntegra la posibilidad de que el juez enjuicie *a posteriori* el problema de fondo que la autotutela ha resuelto mediante la declaración o ejecución". Los citados autores también explican que "La articulación entre autotutela administrativa y tutela jurisdiccional es simple: la primera actúa inicialmente, la segunda revisa la legalidad de lo cumplido por la primera. Ello quiere decir que la jurisdicción contencioso-administrativa respeta íntegro el ámbito autónomo de producción jurídica en que la autotutela administrativa consiste y que no puede intervenir sino *a*

²⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 5ta. Ed., Madrid, Editorial Civitas, 1989, Pgs. 479-482. Queda sin embargo en pie la duda de que la autotutela no sea sino el magnífico dogma que impide nuevos y mejores mecanismos de control jurisdiccional de la actividad administrativa. Piénsese si no es efectivamente un dogma, cuando los relativamente veloces procesos constitucionales, específicamente el amparo, centran su atención en el derecho fundamental violado, más que en el acto previo. No se piense que el término "acto de autoridad" que emplea el artículo 95 de la Constitución significa, a raja tabla, acto administrativo previo, pues puede haber una situación de vía de hecho o comportamiento material que perfectamente justifica un proceso de amparo.

posteriori, para verificar si las decisiones o ejecuciones administrativas, una vez declaradas y eventualmente cumplidas, se han ajustado (pasado, pues) o no a la legalidad. De ese modo, este tipo de jurisdicción, por diferencia notable con la civil, no verifica pretensiones preventivamente a su paso al terreno de los hechos, sino que enjuicia hechos pasados para discernir *a posteriori* su regularidad.- Para actuar de esa manera la acción contencioso-administrativa está concebida como una acción impugnatoria: se ataca la validez de un acto administrativo (o de un reglamento) [...].²⁶

Conforme a la explicación que antecede, es fácil observar que, abusando de los privilegios que le concede la autotutela, la Administración podría eludir fácilmente el control jurisdiccional con el cómodo expediente de no manifestar su voluntad (emitir un acto administrativo) ante una petición que se le formula sobre algo que es de interés del administrado. De esta manera, al no haber acto previo, el juez no podría actuar, y los derechos del administrado quedarían seriamente afectados. Por otra parte, aun cuando haya un acto que impugnar, si se impone la carga de la reclamación administrativa previa, la ausencia de resolución impediría, bien acceder a las siguientes instancias administrativas que pudieren estar previstas, bien acudir al juez para impugnar el acto que se considera lesivo para el administrado.

Esta fisura del sistema de tutela jurídica es, precisamente, la causa y origen de la técnica del silencio administrativo de efectos negativos: pasado cierto tiempo sin resolver la Administración, el administrado o contribuyente podrá entender denegadas sus peticiones o pretensiones, para acceder a la instancia siguiente en la misma vía administrativa, o a la vía jurisdiccional,²⁷ no obstante lo cual, la Administración no está eximida del deber de resolver y se puede dictar una resolución expresa tardía.²⁸ Visto este panorama, se pueden hacer las siguientes reflexiones:

²⁶ Ibid., Pg. 514-515. Lo que va entre paréntesis al final nos pertenece.

²⁷ Cfr. Ibid., Pg. 577.

²⁸ "El silencio negativo no es un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio, sino, precisamente, lo contrario, es decir, la ausencia de toda actividad volitiva de la Administración, ante lo cual no son admisibles procesos interpretativos destinados a averiguar el sentido de una voluntad que no existe. No siendo propiamente un acto, sino la ausencia de acto, no es posible ligar a él ningún tipo de efectos jurídico-materiales, ni cabe añadirse los adjetivos que se aplican a los actos propiamente tales para decir que ha quedado firme o consentido o que ha sido posteriormente confirmado". Ibid., Pg. 577. Interesante es, por otra parte, el tratamiento de silencio que el artículo 127 del Código Tributario daba a la falta de motivación. Parecería que el legislador, sin duda en atención a

a) El silencio administrativo de efectos negativos constituye una ficción legal de efectos puramente procesales, que suple el requerimiento del acto o resolución administrativa previa con el concreto fin de no obstaculizar el ejercicio de la acción procesal, y de permitir la fiscalización judicial. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no traduce novedad alguna en la situación jurídico-sustancial del administrado; no agrega ni quita nada, pues solamente confirma en derecho una situación de hecho: el interesado no adquiere lo que solicita o pretende.²⁹

b) Al silencio administrativo negativo se lo ha instituido en beneficio del administrado o contribuyente, como uno más de los medios de garantía jurídica que le otorga el derecho positivo. Es un contrapeso necesario a los privilegios de autotutela y de reclamación previa de que goza la Administración. Con él se pretende evitar la indefensión del contribuyente, que vería seriamente limitadas sus posibilidades de defensa si la norma no instituyese la técnica de los efectos denegatorios ante el hecho del silencio.³⁰

c) El silencio administrativo negativo no exime a la Administración de su deber de resolver expresamente, como ya lo hemos advertido. Esto da

la trascendencia de dicho elemento, concibió al acto inmotivado como inexistente, para de ahí deducir silencio administrativo. Sin embargo, es más exacto concebir a tal acto como nulo absolutamente, caso en el cual sí hay voluntad expresada, pero de modo inválido.

²⁹ Ernesto García-Trevijano Garnica. Op. Cit., Pg. 88. El texto del artículo 127 del Código Tributario, que se debería entender como reformado, plasmaba muchos aspectos doctrinarios del silencio administrativo negativo. No se eximia a la Administración del deber de resolver, aun cuando se hubiese iniciado un proceso por el silencio administrativo, lo cual implicaba, como consecuencia lógica, la posibilidad dictar una resolución expresa tardía que podía ser estimatoria o denegatoria de la reclamación. Acorde con todo ello, también puede decirse que el silencio no era un modo de terminar el procedimiento administrativo-tributario (como sí lo es la resolución expresa que es acto administrativo), por el mismo hecho de que subsiste el deber de resolver y la posibilidad de la resolución expresa tardía. La escueta LJCA también tenía una previsión al respecto en el artículo 56.

³⁰ En materia tributaria, el contribuyente no estaba constreñido a la única solución del silencio negativo, en cuanto técnica que deja expedita la acción procesal. Concebido el silencio en su beneficio, se sigue también que considerar desestimadas por silencio sus peticiones o pretensiones era una opción a la cual el contribuyente accedía si lo considera conveniente. Esto resulta, tanto del tenor literal del artículo 102 del Código Tributario, que emplea los potenciales "podrá" y "facultará", como de la previsión del remedio del recurso de queja ante el superior jerárquico (artículo 318). Por consiguiente, el contribuyente podía también esperar, y aún exigir, el cumplimiento del deber legal que recae sobre la Administración, y que de ninguna manera le exime el silencio administrativo.

lugar a la posibilidad de resoluciones expresas tardías, es decir, a aquellas que se producen luego de cumplido el plazo dentro del cual se debió decidir, y que tienen un cierto valor jurídico, aun cuando se haya iniciado un proceso ante los órganos jurisdiccionales. Según el inciso segundo del artículo 127 del Código Tributario, si la resolución expresa tardía admite en su totalidad la petición o pretensión, termina la controversia; si lo hace en parte, sirven como elemento de juicio para sentencia; y, si la resolución es integramente negativa, no surte efecto alguno. La escueta LJCA también había previsto en el artículo 56 el caso de la resolución expresa tardía en los siguientes términos: "Si propuesta la demanda en lo contencioso administrativo, la Administración reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del Tribunal.- El Tribunal, previa comprobación de lo alegado, declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del proceso".

Por lo demás, en la actualidad únicamente existen en nuestro país casos excepcionales de silencio administrativo, a saber, el previsto en el artículo 212 del ERJAFE y el que contempla el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

II) El silencio administrativo positivo: comparación con el régimen anterior y valoración crítica.

Con la expedición de la Ley de Modernización del Estado, a la cual se sumarían otras normas de carácter tributario, se transforma radicalmente el sistema imperante, pues con pretensiones de generalización, se introducen en la legislación ecuatoriana los efectos positivos para el silencio de la Administración.³¹

El silencio administrativo positivo, a diferencia de la categoría que anteriormente hemos analizado, presenta una radical diferencia sustancial y de régimen jurídico. Los efectos previstos por la ley sustituyen a la voluntad de la Administración, tienen el valor de una decisión administrativa o equivalen a ella, y comportan un cambio jurídico-material en la situación del administrado. Aquel efecto legal, con valor

³¹ En el sistema anterior, el silencio administrativo era excepcional y destacaba su aplicación en el ámbito de la fiscalización y control entre administraciones públicas. A título de ejemplo, ver los artículos 57 de la Ley de Régimen Provincial y 8 del Decreto Supremo 1383 (R.O. 197 de 4 de diciembre de 1972) sobre la exigencia del dictamen del CONADE en relación al presupuesto municipal.

análogo al de un acto administrativo, en principio, no podrá ser atacado por una resolución expresa tardía de signo contrario,³² y sólo podría ser retirado válidamente del mundo jurídico por medio de ciertos cauces de procedimiento, una vez cumplidos los requisitos previstos legalmente para la revocación de los actos administrativos, salvo caso de lo que nuestro ordenamiento califica como "acto presunto" nulo.³³

El propósito del legislador al instituir el silencio administrativo positivo, claramente manifestado en el artículo 28 de la Ley de Modernización, es fortalecer el derecho de petición. Sin embargo, en dicha norma, y en otros cuerpos legales, se hace sentir la conciencia de lo ilegítimo de la figura, pues se habla de la responsabilidad de los funcionarios y se instituyen sanciones. Sin embargo, el mismo propósito, loable e ineludible en sus principios, invita a ser críticos con el medio; a valorarlo en su función e idoneidad respecto al fin, que debe traducirse en la efectiva garantía que pretende lograr.

a) En primer término, lo acorde y respetuoso, tanto con los principios de eficacia y eficiencia, como con el derecho fundamental de petición, es el pronunciamiento expreso, oportuno y pertinente. Lo que atenta contra esos principios y derecho es el silencio e inactividad de la Administración, por lo que el medio idóneo en relación con el fin debe diseñarse con miras a curar el mal directamente y lograr el propósito buscado que, en suma, traduce la garantía conjunta del interés general y del derecho del particular.³⁴ La previsión de efectos legales para el silencio administrativo, positivo o negativo, es un paliativo modesto que no cura la enfermedad, que no sana en sí misma la infracción jurídica en

³² El caso estaría previsto en el artículo 130 numeral 3 del ERJAFE, que sanciona al acto tardío con la nulidad absoluta.

³³ Cfr. Ernesto García-Trevijano Garnica, Op. Cit., Pgs. 81 y ss; José Antonio García-Trevijano Fos, Op. Cit., Pgs. 168-169; Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Op. Cit., Pgs. 582 y ss. El ERJAFE, como se tendrá oportunidad de poner de manifiesto, ajusta al régimen de la validez a lo ganado por silencio administrativo.

³⁴ No cabe aislar el interés general del derecho del administrado, sino que deben apreciarse de modo conjunto. La historia demuestra que es tan aberrante la consagración del autoritarismo, a título de actitud servil hacia una noción difusa e inconmensurable de interés general, como la consagración del individualismo egoísta y exacerbado. Hemos llegado a un momento en que la noción de bien común, que no es un mero juego de palabras que sustituye a la idea autoritaria de "interés general", consiste, precisamente, en que en el interés general están involucrados todos los derechos fundamentales, de modo que la actividad del Estado tiene un marcado carácter humanista, y se explica en función del hombre y de su bienestar integral.

que consiste la abstención de pronunciamiento. A ello se suma que la técnica legislativa alienta a la consolidación de situaciones ilegítimas, porque prescinde del ejercicio debido de las funciones y del cúmulo de garantías que encierra el procedimiento administrativo.³⁵ La previsión de efectos legales para el silencio siempre será una exigencia de la seguridad jurídica, pero no debe llegarse a la convicción de que encierra solución.

Por otra parte, la respuesta jurídica al fenómeno del silencio e inactividad debe acompañarse de las soluciones de la técnica administrativa. Para solucionar el problema, que se enmarca en las deficientes y caducas estructuras de la organización burocrática (y aun política), la ley no basta. Es en este específico tema en el que se recuerda la expresión de viejo cuño que afirma que la realidad no se cambia por decreto, y al respecto, aunque el ordenamiento postule la celeridad y diversos preceptos para conseguirla, será la técnica la que tendrá el papel de la puesta en práctica.³⁶

b) El sistema imperante es reprochable por la indiscriminada generalización de los efectos positivos del silencio. El Derecho Administrativo y Tributario son ricos en instituciones y figuras jurídicas que tienen caracteres y fines muy particulares, lo cual exigen una regulación adecuada a los mismos. Piénsese, por ejemplo, en el recurso extraordinario de revisión que, ataca, nada menos, que a actos firmes o ejecutoriados, los cuales contienen la fuerza de la cosa decidida, que están llamados a cumplirse, y que sólo pueden ser revocados por causas especialísimas. ¿Cabe preguntarse si cabe que el silencio positivo, sin limitación alguna, pueda suplir aquéllas causas? ¿Basta con la interposición del recurso y el transcurso del plazo previsto para resolver, para que la sola abstención de pronunciamiento, en detrimento de la seguridad jurídica, pueda traer como consecuencia la revocación de unos actos obligatorios que, indefectiblemente, están llamados a cumplirse? Considérense también los casos en que la Administración está dotada de facultades discrecionales, las cuales le permiten un ámbito de estimación subjetiva, y que incluso pueden estar pensadas para acudir a la tutela de

³⁵ Vincenç Aguado i Cudolà, *Op. Cit.*, Pgs. 153 y ss.

³⁶ Al menos tres mecanismos técnicos podrían señalarse: a) La dotación de medios materiales, en donde la informática juega un papel crucial; b) la reingeniería de procesos; y, c) la capacitación de los funcionarios y la adecuada selección. La solución del problema, por lo demás y como siempre, requiere de una buena dosis de decisión política que no se quede en el imperante expediente del diagnóstico.

terceros. ¿Acaso con el silencio positivo se puede pasar por encima del criterio del gobernante, para aceptar, sin más, el criterio del gobernado?

Verdaderamente, en algunos casos, los derechos pueden salir favorecidos por un silencio positivo. Nadie niega que la Administración pueda cometer excesos plausibles y manifiestos, e irrogar perjuicios al particular. Pero ello no justifica la conclusión de que la actividad administrativa sea, a ultranza, el obstáculo insalvable que entorpece y fastidia el ejercicio de los derechos. Es un dato de la más elemental apreciación el que constata que no siempre el particular piensa y obra en función del bien común; que, incluso, muchas veces quiere obtener un provecho que puede tildarse de inicuo, inmoral e ilegal.³⁷ Si el silencio

³⁷ La posibilidad de una generalización de efectos positivos del silencio fue planteada con ocasión del Curso Internacional de Derecho Procesal Administrativo, que se realizó en Bogotá en el año de 1980. En la mesa de discusión denominada "El silencio de la Administración y el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas", se observó que dicha generalización podría ser un aliciente para la corrupción. Al respecto, la catedrática colombiana Dra. Susana Montes de Echeverri sostuvo:

"Me parece que una regulación por vía general podría ser muy perjudicial; además entraña muy serios peligros para la vida Institucional. Un ejemplo podría ilustrar este punto de vista: las solicitudes de autorización para la Aeronavegación, elevadas ante la Aeronáutica Civil. Ustedes comprenden que estamos en un momento crucial en materia de narcotráfico, donde se exige un control muy estricto sobre las líneas aéreas y las autorizaciones de aeronavegación, los aeropuertos, en fin todos estos campos. Si se llegara a establecer por vía general un Silencio Administrativo Sustantivo, sería peligrosísimo para la organización del país, pues simplemente la demora en la investigación que debe efectuar la aeronáutica, pudiera traer como consecuencia la respectiva autorización. De otra parte, pienso que dentro del ámbito mundial (no solamente el caso colombiano), de desmoralización, de pérdida de los valores, se podría caer en un momento dado, auspiciado por la propia Ley, en la corrupción administrativa, porque sería muy fácil simplemente dejar de actuar por parte de un funcionario público y con ello se conseguirían grandes beneficios a favor de los particulares; además se trataría de una omisión en la actuación, en el cumplimiento de los deberes de parte de los funcionarios que fácilmente sería justificable, dado el exceso de trabajo, la atención de diferentes frentes dentro de la normal actividad de la Administración Pública".

Este mismo criterio lo ratificó el catedrático chileno Dr. Enrique Silva Cimma, quien consideró que el fenómeno de la corrupción no es sólo imputable al funcionario, sino también al particular:

"La corrupción es consecuencia de un fenómeno colectivo, en el cual tanto o más relevancia y responsabilidad tienen los particulares que se enfrentan a la administración que el propio funcionario. Pero esto no quiere decir que no haya de remediarse o buscarse una solución al problema, porque el problema realmente existe y es indubitable que la demora y el silencio es fuente de corrupción, tal vez una de las más importantes; de allí porqué hoy en día no podamos dejar de reconocer la necesidad de ir permanentemente a la racionalización de la Administración Pública, a la búsqueda de soluciones; que enfrentemos tanto lo que se denomina una macroreforma administrativa como microreforma; que en cada caso específico se tienda justamente a buscar remedios para estos males que nos están inquietando y que nos

administrativo es, generalizadamente, de efectos positivos, junto a las pretensiones justas pueden admitirse las más absurdas e contrarias a lo jurídico, aquellas que atentan contra el interés general, o las que pueden menoscabar los derechos de los demás. Al respecto, la normativa legal, si se quiere mantener el sistema, debe ser por demás precisa y detallada de las situaciones, pero se observa poco discrimen, regulación y reflexión sobre las diversas circunstancias que pueden presentarse en la vida real. Cabe preguntarse si con esta situación ¿puede haber siempre, en la práctica, equilibrio entre el poder público y el derecho individual; entre éste y el bien común o el derecho ajeno?

No obstante, puede decirse que es un principio doctrinario el que postula que no procede el silencio administrativo positivo *contra legem*, y que sólo se puede adquirir una cosa mediante dicha figura, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos necesarios para que la Administración pueda pronunciarse (documentación esencial exigida para cada caso, prueba suficiente, etc.).³⁸ Sin embargo, las reflexiones que quedan hechas no dejan de ser una advertencia, sobre todo para el juez. Y esto, atenta la insuficiencia de las disposiciones, las cuales no expresan suficientemente dichos límites, ni los regulan para las diversas instituciones.³⁹ Esto, a no dudarlo, inmersos como estamos en una cultura

enfrentan ahora al problema de los hipotéticos o eventuales efectos de los silencios administrativos. La verdad es que las Leyes de procedimientos administrativos tienden precisamente a eso y, cosa curiosa, en América Latina las últimas leyes que se han dictado en materia de procedimientos administrativos no contenciosos, por ejemplo, aquel Decreto Ley 19459 Argentino, del año 72, la Ley de Administración Pública del año 78, un muy reciente Proyecto de Ley sobre Procedimientos Administrativos que en este momento se está debatiendo en el Congreso de Venezuela, etc., plantean o asignan al silencio el efecto jurídico de la negatividad. Por qué? porque en principio, y en ello estoy plenamente de acuerdo con lo que aquí se ha dicho, es extremadamente grave el pretender asignar con virtud de generalidad un efecto jurídico positivo al silencio (sic)".

Varios autores, Derecho Procesal Administrativo, recopilación de las conferencias dictadas y el relato de las mesas de discusión en el Curso Internacional de Derecho Procesal Administrativo realizado por el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y la Academia Colombiana de Jurisprudencia (12 a 16 de mayo de 1980), publicación del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980, Pg. 228 y 239-240.

³⁸ El silencio positivo no puede suplir los requisitos que condicionan una resolución expresa, y que la Ley exige cumplir para que la Administración pueda pronunciarse. No basta con una petición, es necesario fundamentarla. Si no se han aportado los suficientes elementos de juicio, la Administración no podrá resolver expresamente, y, en consecuencia, mal podrá acusársele de callar.

³⁹ Ernesto García-Trevijano Garnica (Op. Cit., Pg. 173, Nt. 177) cita las siguientes normas jurídicas relativas al derecho urbanístico, campo en el cual se aplica el silencio positivo en la legislación española:

jurídica tan pobre como la ecuatoriana, encierra el peligro manifiesto de que se pueda considerar que el silencio positivo no tiene barrera alguna. Para comprobar que esta constatación no es exagerada, conviene poner como ejemplo la experiencia de la primera actitud de la jurisprudencia española, a la cual se refiere Ernesto García-Trevijano Garnica: "Un ejemplo de la postura favorable a la operatividad del silencio positivo independientemente de que lo pedido esté o no acorde con la legalidad, lo constituye la Sentencia de 20 de marzo de 1965 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de La Coruña, confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo en 20 de mayo de 1966 (Ar. 2826). Junto a otras afirmaciones de interés, señala la sentencia que 'el silencio positivo -aun reconociéndose los perjuicios que puede irrogar a la Administración- opera *ope legis* y tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza, independientemente de si lo pedido es o no viable, pues si no lo es, la Corporación pudo y debió resolver expresamente antes del cumplimiento del plazo que lo configura, pues, transcurrido éste, sólo le queda a la Corporación el instituto de la lesividad, pero lo que en modo alguno puede hacer es dictar otro acto con olvido del anterior que engendró derechos subjetivos, pues de admitirse así, se conculcaría el principio de que la Administración autora de algún acto engendrador de derechos no podrá revocarlos de oficio, sino a través del cauce de la lesividad...' "40

b) A lo ya dicho sobre la insuficiente regulación respecto de los límites del silencio positivo, y la falta de atención sobre las particularidades de

"La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, dispone en su artículo 178.3 que el procedimiento de otorgamiento de las licencias se ajustará a lo prevenido en la legislación de régimen local, sin que en ningún caso se entiendan adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de la propia Ley del Suelo, de los Planes, Proyectos, Programas, y en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento.-

"En este mismo sentido se expresa en su artículo 5 el Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio.-

"Por su parte, el Reglamento de Planeamiento, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, dispone que la aprobación definitiva obtenida por silencio administrativo será nula si el Plan contuviese determinaciones contrarias a la Ley o a los Planes de superior jerarquía, o cuando la aprobación del Plan esté sometido a requisitos especiales legal o reglamentariamente establecidos. Este precepto está en conexión con lo previsto en el artículo 41 de la Ley del Suelo, en cuanto a la aprobación definitiva por silencio administrativo de Planes Urbanísticos".

⁴⁰Ibid., Pg. 174. Por su parte, García de Enterría y Fernández, también denotan esta primera actitud en las sentencias de 24 de febrero de 1961, 3 y 31 de octubre de 1963, 2 de julio y 3 de noviembre de 1964. ●p. Cit., Pg. 585.

los diversos institutos y figuras, hay que sumar la falta de previsión de unos mecanismos para traducir en la práctica lo ganado por silencio. En palabras de Díez: "Es indudable que el silencio positivo resultaría más cómodo para el particular, pero ello no significa que le proporcione una mayor garantía. Además debe presumirse que esta institución no tendría la eficacia práctica que parece atribuírsele, ya que una vez producido el silencio positivo, es decir, con valor estimatorio ¿cómo es posible obligar a la administración a que ejecute este acto administrativo tácito? Si la administración se ha resistido a resolver la petición del particular, más se resistirá a ejecutar un acuerdo que no ha adoptado".⁴¹ Piénsese, por ejemplo, en el funcionario de carrera destituido y que ha presentado reclamación o recurso sin que la autoridad nominadora se pronuncie, ¿cómo puede obligarle a que se lo admita nuevamente en el cargo, si se requiere de la expedición de una acción de personal (acto administrativo) para el efecto?, ¿cómo haría efectivas las indemnizaciones a que tiene derecho?

En relación a éste último ejemplo, cabe destacar que de ninguna manera se logra el objetivo de fortalecer el derecho de petición, como ilusoriamente se propone la legislación actual. Además, para traducir en la realidad lo conseguido por silencio, se precisaría una especie de trámite de ejecución que podría suponer para el administrado o contribuyente tantos inconvenientes como la solución misma del silencio negativo. En efecto, para que la Administración reconozca el derecho del administrado o contribuyente, éste deberá dirigir una pretensión de cumplimiento, y si la Administración persiste en no contestar, de hecho habría negativa, contra la cual no habría más solución que la que brinda la jurisdicción.⁴²

⁴¹ Op. Cit., Pg. 251.

⁴² Este paso previo se explica por cuanto el juez no podría dictar un acto administrativo en sustitución de la Administración. Es ella misma quien, en desempeño de sus propias competencias, debe hacerlo.

Explica el Dr. Alejandro Ponce Martínez:

"La independencia del poder judicial tiene un doble aspecto: a) positivo: en cuanto el poder judicial es libre e independiente de los demás poderes públicos, y b) negativo: en cuanto el poder judicial no puede intervenir ni tener ingerencia en las atribuciones o funciones propias de los demás poderes públicos [...]"

Alejandro Ponce Martínez, Derecho Procesal Orgánico, Quito, Fundación Antonio Quevedo, 1991, Pg. 229.

Hemos dicho también que "de hecho habría negativa", ante la nueva actitud silente de la administración, la cual permanecería inactiva ante la pretensión de cumplir conforme a lo obtenido. No sería lógico considerar que hay aceptación cuando de hecho no se cumple con lo que se está constreñido a hacer; la inactividad de la Administración ante una pretensión de cumplimiento, no puede tener otro sentido que el negativo: de hecho no se cumple. Este

Sólo el juez tendría la autoridad suficiente para constreñir a la Administración a cumplir, y de esta manera el particular no tendrá otra opción que acudir a la vía jurisdiccional. En esta situación, el proceso contencioso-administrativo no tendrá por qué dirigirse contra el acto que el silencio supone -puesto que éste es favorable, por presunción legal, al administrado o contribuyente-, por lo cual la demanda se limitaría a pretender una sentencia declarativa de la obligación de ejecutar en que la Administración se encuentra. Pero esta solución tiene el inconveniente de lo técnico, porque el contencioso administrativo ha sido concebido como impugnatorio de actos previos, mas no de ejecución o de declaración.

La situación descrita, sin duda, ha querido paliarse con el expediente del "certificado del silencio", con "inspiración" en la legislación española. Sin embargo, muy poco realista es la solución. Como indica Garrido Falla, "Desde el punto de vista práctico, el gran obstáculo para la admisión del silencio 'positivo' estaba en la inexistencia de un documento que acreditase tales efectos. Si, previa solicitud no contestada, realizo obras de ampliación de una industria y el modesto agente municipal que tiene la misión de vigilar obras ilegales me requiere para que le enseñe la licencia municipal, posiblemente no quedará satisfecho si le enseño la copia sellada de mi petición y le invito a que compruebe el plazo transcurrido. Se limitará a tomar nota de las obras que ha visitado y a cursar la correspondiente denuncia (a lo más recogerá en el 'acta' mis protestas sobre el 'silencio positivo'). Otro ejemplo más significativo: si alguien solicita de un banco un crédito para realizar unas edificaciones ¿se conformará la entidad bancaria con la petición no contestada?". El mismo autor, más adelante, detecta la dificultad evidente de pretender que la Administración otorgue el certificado, por lo que estamos nuevamente en una variante al problema descrito por Díez: si la Administración no ha querido resolver, más difícil será exigirle que lo certifique, peor aun cuando del silencio puede derivarse responsabilidad.⁴³

comportamiento, por otra parte, se traduciría en una violación de derechos, los cuales no tendrían satisfacción alguna por haber inacción por parte de quien tiene la obligación de observarlos. En esta situación, el administrado o contribuyente tendrían expedita la vía jurisdiccional para reclamar por tal negativa e infracción de derechos.

⁴³ Fernando Garrido Falla, "La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 082, Abril-Junio de 1994, versión en CD ROM.

c) El silencio administrativo positivo genera inseguridad e incertidumbre para el administrado o contribuyente, quien, aparentemente, resulta beneficiado por la figura. Como hemos dicho más arriba, la doctrina considera que el silencio administrativo positivo sólo podría operar cuando la petición o pretensión es conforme a derecho, dentro de los límites del ordenamiento jurídico, y cuando se han cumplido los requisitos esenciales que condicionan una resolución expresa. De no observarse estos postulados, simplemente no se generará ningún efecto legal, ante lo cual surgiría un problema, especialmente en aquellos casos en que el administrado o contribuyente tiene la posibilidad de ejecutar por sí mismo lo obtenido por silencio, pues deberá apreciar y decidir unilateralmente -evidentemente sin ayuda de una Administración silente e incumplidora- si verdaderamente obtuvo lo solicitado y los límites de su actuación.⁴⁴ Si no acierta en sus apreciaciones, se verá sometido al riesgo de las correcciones que en Derecho correspondan, por no tener el soporte legal lo supuestamente ganado por silencio, o por haberse excedido de la medida legal. "Pues bien, desde la perspectiva del interesado, la efectividad del silencio positivo es más que dudosa. Cuando sea discutible u opinable si la petición se acomoda o no a la legalidad, el interesado -si opta por actuar- se verá sumido en un indudable riesgo; como ha señalado Santamaría Pastor, el interesado se encontrará en el dilema de hacer o no hacer uso del silencio, sin que ni siquiera pueda en principio acudir a los Tribunales para que se clarifique su situación, ya que no puede actuar como demandante para que se confirme un acto presunto (por silencio positivo)".⁴⁵

⁴⁴En los casos en que se requiere que el administrado o contribuyente dirijan una pretensión de cumplimiento a la Administración, ésta podría negarse expresamente a ejecutar lo ganado por silencio con el argumento de que es contrario a la legalidad, o que no se han cumplido los requisitos legales. También podría aceptar la pretensión, pero señalar unos límites. En todo caso, las discrepancias relacionadas con todo ello serían resueltas por el órgano jurisdiccional.

⁴⁵Ernesto García-Trevijano Garnica, *Op. Cit.*, Pg. 179. Hay una cita de Juan Alfonso Santamaría Pástor, "Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada", *Documentación Administrativa* (Madrid), 208 (1986): 112.

En sentido similar, y advirtiendo la situación de incertidumbre que se produce por aplicación del principio de que no cabe silencio positivo contra *legem*, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, sostienen (*Op. Cit.* Pg. 586):

"Producido el silencio, se entiende obtenido un acto autorizatorio o aprobatorio en los límites de la legalidad aplicable, pero, si en curso de ejecución se produce el conflicto, ¿cómo determinar esos límites?, ¿qué interpretación deberá prevalecer?, pues con toda frecuencia la aplicación de la Ley exige optar por una interpretación de las varias posibles, en principio".

d) El silencio administrativo debe tener, por regla general, o por lo menos supletoria, un efecto negativo; y consideramos un craso error en nuestra legislación la consagración generalizada de un efecto positivo para el mismo. Lo prudente es establecer la solución del silencio positivo en forma casuista, en atención a las extraordinarias consecuencias que esta figura produce. Esto podría darse, por ejemplo, en ciertos casos en que se requieren autorizaciones o aprobaciones por parte de la Administración, y que versen sobre actos o actividades perfectamente lícitas, que se verían conculcadas en su ejercicio por la mora en el pronunciamiento, y siempre que ésta pueda causar un perjuicio caracterizado por tres requisitos: a) certeza en su inminente realización; b) gravedad; c) dificultad o imposibilidad manifiesta de repararlo. Además, es justificable el silencio positivo cuando se trate de actividades de control y fiscalización que puedan entorpecer la actividad particular o las de otras administraciones. En el caso del régimen seccional autónomo, hay un bien común local que realizar, y no cabe que el servicio a la colectividad que prestan se vea obstaculizado por las demoras en que puede incurrir el órgano fiscalizador o contralor.

Es el legislador quien debe establecer los casos en que el silencio positivo se justificaría, según los rectos dictámenes de la prudencia legislativa y de la justicia. Al respecto, consideramos que se deberían tener en cuenta los siguientes criterios: a) debe buscarse equilibrio entre el daño que puede irrogarse al particular por la mora en el pronunciamiento, y el eventual perjuicio que puede sufrir el interés general que representa la Administración, o los intereses de terceros, lo cual se podría determinar sopesando dichas situaciones, según lo que concretamente se pretende normar; b) es menester que se considere la posibilidad de que, en caso de producirse el silencio de efectos positivos, haya forma de restaurar las cosas a su estado original, para que dichos efectos no produzcan un perjuicio irreparable para los intereses de la Administración, o para los de terceros; c) el silencio positivo se justificaría únicamente en caso de facultades regladas (siempre y cuando la prudencia y la justicia así lo dictaminen), pero jamás en relación a las discrecionales, o en aquellos casos en que las resoluciones administrativas tengan repercusiones en los intereses colectivos; d) se debe, por último, atender a las posibilidades prácticas de ejecutar lo ganado por silencio administrativo, y establecer unas limitaciones precisas.

LIMITES DE LOS EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO Y CASOS DE INAPLICABILIDAD

1) Ya nos hemos referido a un primer límite que la doctrina plantea respecto de los efectos del silencio positivo, y que postula que no cabe la operatividad de esta figura contra lo que dispone el ordenamiento jurídico. Como expresan García de Enterría y Fernández: “[...] el silencio positivo es, en definitiva, una creación de la Ley y difícilmente puede decirse que la Ley haya querido que, a través de un mecanismo establecido para evitar perjuicios a los particulares a resultas de la falta de diligencia de la Administración, puedan éstos obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce, en mengua, además, del interés general. La Ley no puede querer, en definitiva, que el silencio positivo se aplique para conculcarla”.⁴⁶

2) Un segundo límite del silencio positivo, al cual también ya hemos hecho alusión, se relaciona con la necesidad de que se haya aportado la documentación esencial⁴⁷ o prueba suficiente de lo que solicita. En torno a ello, cabe sentar un postulado: si la Administración no tiene la oportunidad de expresarse, mal podría acusársele de callar, de incurrir en silencio.⁴⁸ En efecto, si la lógica de los requisitos o de las instituciones exige del administrado o contribuyente, expresa o implícitamente, prueba o documentación que respalde una petición o recurso, los efectos estimatorios del silencio no pueden operar sin ella. “Este tipo de silencio no constituye una técnica para permitir a los administrados obviar la obtención y aportación de la documentación precisa mediante la simple presentación de una instancia o petición. Por el contrario, el silencio positivo es concebido como una técnica para agilizar la actuación administrativa, aunque sea a través de un acto presunto, permitiendo una relativamente rápida respuesta al interesado, pero siempre sobre la base de que éste haya cumplido previamente con todos los requisitos exigidos en el caso concreto de que se trate. En otras palabras, el silencio positivo no constituye un instrumento para liberar al administrado del

⁴⁶ Op. Cit., Pgs. 585-596. En el mismo sentido, José Antonio García-Trevijano Fos, Op. Cit., Pgs. 168-169; Ernesto García-Trevijano Gamica, Op. Cit. Pgs. 173 y ss.

⁴⁷ Decimos “esencial” porque tampoco es justificable que se alegue la no operatividad del silencio, si lo que falta es una fotocopia o documentos prescindibles.

⁴⁸ Ernesto García-Trevijano Gamica, Op. Cit., Pgs. 170.

cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico si quiere llevar a cabo una determinada actividad”.⁴⁹

3) Por último, el silencio administrativo positivo no podrá suplir, atenta la naturaleza de los trámites, los actos previos o los requisitos de procedimiento que la ley exige cumplir para adoptar válidamente una resolución final. Si dichos actos y requisitos tienen la especial virtualidad de permitir una resolución expresa, o se integran a ella para determinar un cierto contenido, mientras no sean cumplidos no podrá surgir ningún efecto legal, ni siquiera de forma expresa. La Administración debe tener la posibilidad, no sólo de expresarse -como ya lo hemos dicho arriba-, sino también la de emitir una resolución válida, que está condicionada al cumplimiento de los actos de trámite previos y de los requisitos de procedimiento.

A partir de la expedición de las normas de procedimiento administrativo común (Decreto Ejecutivo No. 3389, publicado en el Registro Oficial No. 733 de 27 de diciembre de 2002), ha habido un avance, aunque técnicamente insuficiente, en las regulaciones del silencio. En efecto, el artículo 129 literal f) del ERJAFE castiga con la nulidad de pleno derecho a “Los actos expresos o *presuntos* contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición [...]” (la cursiva nos pertenece). Sin embargo, la norma puede traer algunas complicaciones prácticas. El acto nulo de pleno derecho puede ser revocado por la misma Administración, de oficio o a petición de parte y en cualquier tiempo, de conformidad con el artículo 167 del ERJAFE. Esto permite pensar, que la Administración no habrá perdido la oportunidad de revocar lo que llama “acto presunto” nulo, lo cual implica, además, que producido el silencio administrativo, podrá examinar si se ha incurrido en un vicio de nulidad absoluta. Por lo demás, que para la acción de lesividad los casos de “actos presuntos” anulables. El problema consiste en la libertad que tendrá la Administración para decidir, de oficio, si el acto es nulo o anulable, lo cual puede generar inseguridad jurídica para el administrado.

4) En cuanto a la inaplicabilidad del silencio administrativo positivo, somos de la opinión de que éste no opera en los siguientes casos:

⁴⁹ *Ibid.*, 138- 139.

a) Cuando para determinadas consecuencias jurídicas se exige Resolución de la Administración, como lo dispone el inciso segundo del artículo 102 del Código Tributario.⁵⁰ Se trataría de actos administrativos que configura el supuesto de hecho de una norma jurídica tributaria, que condicionan la producción de unos efectos jurídicos. El acto administrativo presunto no puede, en estos casos, suplir a la resolución expresa, pues, por disponerlo así la ley, ésta se halla ligada a las consecuencias de derecho que deben producirse.

b) **Las consultas.**- Consideramos que el silencio administrativo no sería admisible respecto de las consultas tributarias, cuya naturaleza y finalidad, a no dudarlo, estaría en pugna con dicha figura. Ante todo, tiene que tenerse presente que la consulta no es un instrumento de defensa del contribuyente -como si lo son las reclamaciones y recursos administrativos-, ni un medio que esté previsto para proponer alguna petición (por ejemplo, la reducción o exoneración del pago del anticipo del impuesto a la renta, de conformidad al Art. 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno). En palabras del Dr. José Vicente Troya Jaramillo: "[...] quien consulta procura conocer anticipadamente cuál será el tratamiento tributario a que deberá someterse, tiene interés en ese conocimiento y pretende legítimamente que la Administración respete, cuando se produzca el caso concreto, el criterio de interpretación y aplicación de las normas emitido por ella misma".⁵¹ Como puede verse de esta definición, y de las normas pertinentes del Código Tributario y de la Ley Orgánica de Aduanas, la consulta es un mecanismo a través del cual se pretende una toma de criterio por parte de la Administración sobre la inteligencia y aplicación de las normas tributarias a un supuesto de hecho concreto. El acto administrativo de absolución de la consulta es vinculante para la Administración -siempre que los datos proporcionados por el interesado sean exactos-, y la autoridad tendrá que respetar sus propios criterios respecto de quien planteó la consulta.

Conforme a lo que hemos expuesto, consideramos que lo natural, lógico y acorde con la finalidad de la institución es que se de un acto administrativo expreso de contestación, el cual permita al interesado

⁵⁰ No debería entenderse derogada esta norma por el mero hecho de ser anterior al régimen del silencio positivo. Si se la estudia detenidamente, puede observarse que es independiente de cualquier valor legal que se de a la abstención de pronunciamiento, porque su función es requerir decisión expresa para ciertos casos.

⁵¹ Dr. José Vicente Troya Jaramillo, "La consulta tributaria en el Ecuador", Revista Latinoamericana de Derecho Tributario, 0, (1996): 184.

actuar conforme al criterio de la autoridad tributaria, en la seguridad jurídica de que habrá estricta observancia de las interpretaciones legales que se hagan. La aplicación de la técnica del silencio administrativo, sea en su versión positiva o negativa, desnaturaría absolutamente la institución, pues quien consulta obviamente espera una respuesta que le ilustre y a la cual pueda atenerse, pero no una abstención de pronunciamiento, aun cuando la ley le dote de ciertos efectos jurídicos. Por otra parte, un argumento en el sentido de que la técnica del silencio administrativo sería aplicable a las consultas, también terminaría desnaturando a dicha técnica, que está pensada como un mecanismo de garantía jurídica que evite que la mora de la Administración irroque perjuicios ciertos al administrado o contribuyente, sea por impedir que éstos puedan acudir a la jurisdicción, sea por obstaculizar el ejercicio de legítimos derechos o por mantener indefinidamente pendientes las resoluciones que afecten a éstos. Consideramos que la técnica del silencio administrativo es más acorde con los mecanismos de defensa (reclamaciones y recursos) o con las peticiones, pero no con el régimen y fines de la consulta que no tienen que ver con la impugnación de actos administrativos, o con las instancias que pretenden la realización o concesión de algo por parte de la autoridad.

La explicación de que no cabe silencio administrativo en las consultas, requiere de un análisis que tenga en cuenta la clasificación de la figura en su versión positiva y negativa.

a) De admitirse que el silencio positivo opera en las consultas, lo que se consideraría aceptado sería el criterio del consultante, que debe ser expresado en el respectivo escrito. La consecuencia jurídica principal, acorde con los efectos que produce este tipo de silencio, es que la Administración no podría dictar posteriormente un acto administrativo de absolución en sentido contrario a la opinión del consultante, la cual prevalecería sobre la que pudiere tener la Administración y le vincularía (siempre y cuando los datos proporcionados sean exactos, y el criterio resulte conforme a derecho).

Pero aparte de que la solución, como queda ya advertido, desdibuja los caracteres y finalidades de la institución, también nos parece contraria a la propia regulación del Código Tributario y de la Ley Orgánica de Aduanas. En efecto, el criterio del consultante no pasa de ser una opinión, y sólo la absolución expresa termina siendo productora de consecuencias jurídicas. La absolución puede confirmar el criterio del consultante o

corregirlo, y esto es lo natural, pues la consulta no es un instrumento de defensa ni un medio idóneo para proponer una petición, sino un mecanismo que busca una toma de criterio por parte de la autoridad. La Administración no pierde la posibilidad de dictar una absolución, aun cuando sea fuera de plazo, pues dicho acto administrativo esta ligado a efectos de derecho que el ordenamiento determina, entre ellos, el de vincular a la autoridad. Por último, la regulación del Código y los efectos que establece, se mueven alrededor de la resolución expresa, pero nunca entorno a las posibilidades del silencio administrativo, así como tampoco el artículo 21 de la Ley 05 se refiere expresamente a las consultas. En tal virtud, sería aplicable la excepción del inciso segundo del artículo 102 del Código Tributario: "Cuando para determinadas consecuencias jurídicas se exija Resolución de la Administración, el silencio de la Autoridad no puede suplirla".

En virtud de la norma transcrita, tampoco podría haber el silencio negativo en las consultas. Como se sabe, aquél constituye una ficción legal de efectos puramente procesales, y en este caso, de aceptar que la técnica del silencio negativo se aplica a la consulta, se seguiría que el juez está llamado a absolverla en sustitución de la Administración, por haber esta incurrido en abstención de pronunciamiento. Sin embargo, esta postura llega a contradecir las competencias propias que el Código Tributario determina para el juez, y resulta en oposición, bien a la naturaleza de la jurisdicción contencioso-tributaria, bien a la del proceso contencioso-administrativo, a más de que no se encuadra en los demás asuntos que puede conocer el órgano jurisdiccional. En efecto, el artículo 218 del Código Tributario determina el concepto y límites de dicha Jurisdicción: "La Jurisdicción contencioso-tributaria consiste en la potestad pública de conocer y resolver las *controversias* que se susciten entre las Administraciones Tributarias y los contribuyentes, responsables y terceros, *por actos que determinen obligaciones tributarias o establezcan responsabilidades en las mismas o por las consecuencias que se deriven de relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de leyes, reglamentos o resoluciones de carácter tributario*" (la cursiva nos pertenece)".

Nótese que se habla de controversias, pero la proposición de una consulta y la no absolución oportuna de la misma de ninguna manera da lugar a dicha situación, pues lo que se pretende simplemente es una toma de criterio y no la resolución de un conflicto. Y esto aún más, si se tiene en cuenta que la consulta no es medio de impugnación ni de defensa. Las

únicas controversias posibles podrían derivarse, no de falta de pronunciamiento oportuno, sino sólo en relación al acto expreso de absolución, sea en caso de que la Administración no respete sus criterios -ya que la absolución es vinculante-; sea en los actos de determinación subsiguientes, practicados conforme a opiniones vertidas en la respuesta y que sean erróneas

Por último, si se tiene en cuenta que la competencia sólo nace de la ley, la misma que permite ejercerla sólo dentro de los parámetros y límites que determina, al juez le estaría vedado absolver consultas ante la abstención de la Administración, pues los artículos 234, 235 y 236 del Código Tributario no contemplan dicha atribución.

c) El recurso de revisión.⁵² La cuestión de la aplicabilidad del silencio administrativo positivo al recurso de revisión, podría presentar diversas opiniones, pues existen elementos como para proponer tanto tesis favorables como desfavorables. "Configurado con carácter extraordinario, en la medida en que sólo procede en los concretos supuestos previstos por la Ley y en base a motivos igualmente tasados por ella [...], constituye, en principio, más que un recurso propiamente dicho, un remedio excepcional frente a ciertos actos que han ganado firmeza, pero de cuya legalidad se duda en base a datos o acaecimientos sobrevenidos con posterioridad al momento en que fueron dictados".⁵³

El recurso de revisión no está incluido dentro de la misma vía administrativa y se lo interpone ante las máximas autoridades tributarias y procede contra actos o resoluciones, en principio, inimpugnables en sede gubernativa (o también en la jurisdiccional, como ocurre con los actos firmes), que están llamados indefectiblemente a cumplirse, y que son ejecutivos. Las causales de revisión están determinadas en los artículos 178 del ERJAFE y 139 del Código Tributario, y no procede en las circunstancias tasadas en el artículo 141 de este último.

Anteriormente, en materia tributaria, el trámite del recurso tenía prevista una duración de 128 días, sin contar con el tiempo que hubiese requerido

⁵² La revisión tiene dos "facetas": como actividad de oficio o como mecanismo de impugnación. En este apartado nos referimos a ésta última, pues la primera, obviamente al no existir el requisito de petición o pretensión formulada por el administrado o contribuyente, no cumple con los presupuestos para que se pueda hablar de silencio administrativo.

⁵³ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, II, 3ra. Ed., Madrid, Editorial Civitas, 1991, Pg. 517-518.

el informe previo del Departamento Jurídico o de un abogado designado para el efecto, el mismo que no tiene fijado un plazo determinado para su expedición, pero que necesariamente tiene que dictarse para calificar el recurso y proseguir con su tramitación.⁵⁴ Aquella situación, determinaba, de entrada, la inaplicabilidad del silencio administrativo al recurso de revisión en materia tributaria. Actualmente, el sumario dura máximo 20 días y la resolución tiene que dictarse en 90 días, pero tampoco se ha previsto un tiempo para la presentación del informe previo. Sin embargo, es natural que el procedimiento no pueda durar más de 120 días, porque los tiempos máximos indicados permiten que dentro de dicho tiempo se pueda emitir el dictamen.

Recordemos, sin embargo, que para hablar de silencio administrativo positivo la Administración debe estar posibilitada de pronunciarse, y que la figura no tiene la virtualidad de suplir el cumplimiento de los actos necesario de procedimiento o de los requisitos que son necesarios para dictar una resolución expresa. Como se ha dicho, si la Administración no cuenta con los suficientes elementos para poder manifestarse, mal puede acusársele de callar, de incurrir en silencio. En virtud de ello, en caso de que no haya el informe que califique el recurso y la autoridad no se pronuncie en tiempo, no operará el silencio administrativo positivo, y el contribuyente, a quien supuestamente se pretende beneficiar con esa figura, no tendrá más opción que esperar a que se cumpla con aquél requisito. Pero en el caso de que el dictamen se presente luego de considerable tiempo, hay igual una importante quiebra, pues se estaría reduciendo el plazo que tiene la autoridad para resolver.

Un segundo aspecto a tenerse en cuenta, se refiere al régimen de la prueba y de la procedencia del recurso de revisión, tanto en materia administrativa, como en los casos en que se aplica el ERJAFE. Las causales por las cuales éste procede, aluden a documentos claves que las respaldan (por ejemplo, sentencias ejecutoriadas), los cuales necesariamente deben constar en el expediente para que la autoridad pueda formarse juicio sobre la admisibilidad del recurso. De no haber estos instrumentos, la Administración no podrá resolver, y tampoco el

⁵⁴ La exposición de motivos del Código Tributario advierte que la interposición del recurso de revisión:

"[...] se realiza únicamente en cierto tiempo y ante la Máxima Autoridad de la Administración Tributaria correspondiente, y previo un dictamen jurídico que lo califique y un sumario que lo amerite, de modo que se garantice su corrección y procedencia absolutas" (énfasis agregado).

silencio positivo operaría, de lo contrario, se estaría admitiendo que un acto administrativo presunto logre, nada menos, que la revocatoria arbitraria e injustificada de actos firmes o ejecutoriados, en perjuicio, no sólo de la Administración, sino incluso de terceros beneficiarios de dichos actos. Tampoco es lógico admitir los efectos del silencio positivo cuando la Administración no se expresa, pero existen los casos de improcedencia del artículo 141 del Código Tributario. En los casos de aplicación del ERJAFE, hay que tener presente que el llamado "acto presunto" no tendría validez, de conformidad con el artículo 129 literal f).

A nuestro juicio, en consideración a la especial tramitación que debe seguirse para resolver el recurso de revisión, y por las causales especialísimas que lo motivan, es más sensato propugnar la inaplicabilidad del silencio positivo para este medio de impugnación de actos firmes o ejecutoriados, especialmente, porque estaría en juego la seguridad jurídica que dichos actos proporcionan. En lo que se refiere a la materia tributaria, el tiempo de tramitación no puede ser determinado por la inexistencia de un tiempo fijo en el que se deba presentar el informe previo del Departamento Jurídico • del abogado designado para el efecto, y que es requisito esencial del procedimiento. Además, el pensamiento del legislador, al instituir todos los pasos de procedimiento, tal como se lee de la exposición de motivos del Código Tributario, era la de contar con suficientes criterios como para asegurar la corrección y procedencia absolutas del recurso de revisión, en consideración a los actos que se impugnan. Juega, de todos modos, la seguridad jurídica, que se vería seriamente lesionada si se admitiese de modo inconsulto la revocación de actos que tienen el valor de la cosa decidida.

INTRODUCCIÓN A LA ACCION COACTIVA

Dr. Francisco Guerrero C.¹

¿Qué es la jurisdicción coactiva o coacción administrativa según la doctrina?

Dentro del ámbito del que se ocupa el Derecho Administrativo y específicamente en las relaciones que se generan entre la Administración y la Justicia, surge el denominado principio de autotutela, que podríamos resumirlo como la potestad de la Administración Pública (lato sensu) de exigir por sí misma la ejecución forzosa de los actos de ella emanados (actos administrativos), sin recurrir a los órganos de la Función Judicial.

En efecto, como lo explican Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, "...La Administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad..., de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad. Pero tampoco si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados al mismo necesita la Administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento (juicio ejecutivo), sino que ella misma puede imponer con sus propios medios coactivos la ejecución forzosa... En otros términos: la Administración está exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo, que alcanza a los demás sujetos del ordenamiento sin excepción"²

Nos encontramos frente a una consecuencia del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, "...consustancial al ejercicio de la función administrativa..., que consiste en la facultad de los órganos estatales que ejercen dicha función administrativa para disponer la

¹ Doctor en Jurisprudencia y Abogado (PUCE); Coordinador General de la Contraloría General del Estado, Ex- Director de Coactivas de la Contraloría General del Estado, Ex Director Jurídico de la H. Junta de Defensa Nacional.

² Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo I, Madrid, Civitas Ediciones S.L., Undécima Edición, 2002, pág. 493.

realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico”.³

Para precisar estos conceptos y ubicarlos en el entorno del Derecho positivo ecuatoriano, es necesario remitirnos al Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (Estatuto), el cual establece cómo se conforma la Administración Pública, reglamenta sus actuaciones y desarrolla lo relativo a la ejecutoriedad de los actos administrativos.

El Art. 2 del mencionado Estatuto clasifica a la Administración Pública de la siguiente manera:

- a) La Administración Pública Central, constituida por la Presidencia de la República, la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas; los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos; y,
- b) La Administración Pública Institucional, conformada por las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República y a los Ministerios de Estado; y, las personas jurídicas del sector público autónomas, “cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central”.

El Art. 161 del Estatuto determina que “Los actos de la Administración Pública serán inmediatamente ejecutivos salvo los casos de suspensión y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior”.

Esta norma reconoce el principio general de que los actos administrativos deben ser ejecutados inmediatamente y los Arts. 162 y 163 del Estatuto, consagran el derecho de la Administración Pública a la “ejecución forzosa de los actos administrativos”. Complementariamente, el Art. 164, al referirse al apremio sobre el patrimonio, en el numeral 1 prevé que “Si en virtud de acto administrativo hubiera de satisfacerse cantidad

³ Juan Carlos Cassagne, El Acto Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Segunda Edición actualizada, 1981, pág. 131.

de dinero, se seguirá el procedimiento coactivo previsto en el Código Tributario, salvo lo previsto en leyes especiales”.

Esta última norma concreta la facultad de la Administración Pública de ejercer el procedimiento coactivo para la recaudación de obligaciones, con sujeción al Código Tributario, facultad que en nuestra legislación está asignada en general al Estado (lato sensu).

Las normas del Estatuto, por disposición del Art. 2, son aplicables “...principalmente a la Función Ejecutiva...”, no obstante que, el inciso final de dicho artículo establece que “...En cualquier caso en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales, las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva, podrán aplicar, de forma supletoria las disposiciones del presente Estatuto”.

Con estos elementos podemos señalar que la jurisdicción coactiva o coacción administrativa, es la potestad del Estado (lato sensu) “para recaudar directa y compulsivamente sus créditos fiscales”⁴ y de modo general, aquellos que contienen obligaciones líquidas, determinadas y de plazo vencido (Arts. 993, 1000 y 425 del C.P.C; 150 del C. Trib.).

En este marco, la jurisdicción coactiva constituye una excepción al principio fundamental de que “la coacción de los administrados supone necesariamente la intervención o el auxilio judicial”⁵.

Criterios subjetivistas y objetivistas que justifican la existencia de la coacción administrativa.

La coacción administrativa en general y específicamente la jurisdicción coactiva, se han conferido en las legislaciones, a base de dos criterios: subjetivistas y objetivistas.

Para las tendencias objetivistas, esta potestad exorbitante o excepcional deriva directamente del acto administrativo, y específicamente de su

⁴ Gabriel Jaime Velásquez Restrepo, La Jurisdicción coactiva y los servicios públicos domiciliarios, www.derecho.org Doctrinal, 1999.

⁵ Gabriel Velásquez, art. cit..

principio de ejecutoriedad (Arts. 68, 161, 162, 163, 164, 124 del Estatuto).

Las tesis subjetivistas consideran que la autotutela ejecutiva es una condición aplicable sólo respecto de determinados órganos administrativos públicos y que, concomitantemente, la jurisdicción coactiva es conferida específicamente a ciertos órganos.

En nuestro Derecho positivo se funden ambas tendencias y para conferir la facultad de ejercer la jurisdicción coactiva⁶, el legislador ha considerado objetivamente a los sujetos públicos que van a ejercerla, en función de la necesidad que tienen de hacerlo para el recaudo de determinados créditos; pero además, predominantemente, en lo subjetivo, el otorgamiento de esa atribución se ha basado en una de las características esenciales de los actos administrativos, su ejecutoriedad, que lleva implícitos, como hemos visto, dos elementos: por una parte, la obligación de los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo (Art. 124 del Estatuto) -ejecutividad-; y, por otra, la facultad de la Administración Pública de exigir su cumplimiento y de proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa del acto administrativo (Art. 162 del Estatuto).

Cassagne distingue los conceptos "ejecutoriedad" y "ejecutividad", con respecto a los actos administrativos y considera que "...actúan en dos planos distintos: la primera hace a las facultades que tiene la Administración para el cumplimiento del acto administrativo, sin intervención judicial, utilizando excepcionalmente la coacción; la ejecutividad en cambio se refiere al título del acto en el plano procesal, siendo ejecutivo... aquel acto que, dictado con todos los recaudos que prescriben las normas legales, otorgue el derecho procesal de utilizar el proceso de ejecución... Por otra parte, a diferencia del derecho privado, donde la creación del título ejecutivo proviene del obligado, la Administración Pública (cuando la norma legal la autoriza) es quien crea unilateralmente el título ejecutivo⁷, siendo este el rasgo fundamental que caracteriza la ejecutividad del acto administrativo".⁸

⁶ Debemos distinguir los conceptos "jurisdicción coactiva" y "acción coactiva"; lo haremos más adelante y estableceremos que la denominación apropiada es la segunda.

⁷ En nuestra legislación denominado "título de crédito".

⁸ Juan Cassagne, op. Cit. pág. 357-358.

Objeto de la jurisdicción coactiva: recaudación de obligaciones.

Veamos a continuación el distinto alcance u objeto de los procesos coactivos matrices consagrados en nuestra legislación:

a) De conformidad con el Art. 993 Código de Procedimiento Civil (C.P.C.), “La jurisdicción coactiva tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a las demás instituciones del Sector Público que por Ley tienen esta jurisdicción...”.

Esta norma es muy amplia en cuanto al objeto sobre el cual puede recaer esta facultad -lo adeudado por cualquier concepto-, y también respecto a los sujetos investidos de esta potestad -no se limita a la Administración Pública sino que se extiende en general al Estado (lato sensu) y a las instituciones del sector público-. Pero esta disposición, más que conferir jurisdicción coactiva a determinadas personas jurídicas públicas, lo que hace es conceptuarla. Y en base al principio de que la jurisdicción nace de la ley, es obvio que no toda institución del sector público, por ser tal, está investida de jurisdicción coactiva, sino que expresamente, una norma jurídica con jerarquía de ley, debe conferir esta potestad a determinada persona jurídica -que en nuestra legislación siempre había sido de derecho público hasta que, como lo veremos más adelante, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en su Art. 155, otorgó la facultad de ejercer la “acción coactiva” a los liquidadores de las instituciones del sistema financiero privado en proceso de liquidación forzosa, para el cobro de las deudas vencidas y, posteriormente, la Ley No. 2002-60, publicada en el Registro Oficial No. 503 de 28 de enero de 2002, en su Art. 4, a través del cual reformó, entre otros, el Art. 27 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario Financiera, confirió “jurisdicción coactiva para la recuperación y cobro de sus acreencias, a las instituciones financieras privadas cuyo único accionista sea una institución del Estado...”, a cuyo representante legal le atribuyó la condición de “juez de coactiva”-.

b) Por su parte, el Art. 158 del Código Tributario (C. Trib.) dispone que “Para el cobro de créditos tributarios, comprendiéndose en ellos los intereses, multas y otros recargos accesorios, como costas de ejecución, las administraciones tributarias central y seccional... y... la Administración Tributaria de excepción..., gozarán de la acción coactiva, que se fundamentará en título de crédito emitido legalmente, conforme a

los artículos 150 y 151 o en las liquidaciones o determinaciones ejecutoriadas o firmes de obligación tributaria...”.

Clases de procedimientos relativos a la jurisdicción coactiva, según se trate de obligaciones tributarias, no tributarias, fiscales o bancarias.

Como se desprende de lo señalado, en nuestra legislación existen básicamente dos mecanismos o procedimientos coactivos matrices para la recaudación de créditos a favor de las entidades y organismos del sector público: el primero contenido en el Código de Procedimiento Civil y el segundo establecido en el Código Tributario.

Además, existe un mecanismo especial y mixto derivado de los dos anteriores, previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Y debemos anotar que existen diversas leyes que otorgan la facultad de ejercer jurisdicción coactiva o acción coactiva, a determinados organismos (como la Agencia de Garantía de Depósitos AGD, la Corporación Aduanera Ecuatoriana CAE, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la Dirección de Movilización del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, la Superintendencia de Telecomunicaciones, la Superintendencia de Bancos, la Superintendencia de Compañía, algunos Ministerios para aspectos específicos en sus esferas de competencia, Petroecuador y sus empresas filiales, algunas Universidades, los Municipios y los Consejos Provinciales, entre otros), en las cuales se especifica cuál ha de ser el procedimiento matriz al que ha de sujetarse el accionar coactivo: el previsto en el Código de Procedimiento Civil, o el desarrollado en el Código Tributario.

A continuación describiremos, brevemente, estos procedimientos:

a) El procedimiento general y más antiguo previsto en la legislación ecuatoriana para el ejercicio de la jurisdicción coactiva, es el contemplado en los Arts. 993 y siguientes (Sección 31ª. del Título II -De la Sustanciación de los Juicios-, del Libro II del Código de Procedimiento Civil).

En este procedimiento no se hace distinción respecto a la naturaleza de las obligaciones que pueden ser cobradas por esta vía y, por el contrario,

se generaliza y expresa que podrá tener por objeto las obligaciones que "por cualquier concepto" se adeuden al Estado (lato sensu).

Dentro de este mecanismo distinguimos dos fases muy claras y diferenciadas:

Fase administrativa:

Esta fase es desarrollada por los "empleados recaudadores" de las instituciones del sector público (Art. 994 del C.P.C.), que no son jueces de lo civil - únicos competentes para sustanciar todos los juicios a los que se refiere el Código de Procedimiento Civil -, sino funcionarios administrativos. Esta circunstancia constituye una muestra palpable de las características de excepción total que tiene este procedimiento.

Para ejercer esta facultad el empleado recaudador requiere contar con el título de crédito (Art. 997 del C.P.C.) y estar fundado en la orden de cobro (Art. 998 del C.P.C.).

En cuanto a la deuda, esta debe ser líquida, determinada y de plazo vencido (Art. 1000 C.P.C.).

Cumplidos estos presupuestos, el empleado recaudador dictará el auto de pago (Art. 1003 del C.P.C.), en el que se ordena que el deudor pague la deuda o dimita bienes en el término de tres días. Como simple elemento comparativo recordemos que en los juicios ejecutivos, a través del auto de pago al que se refiere el Art. 431 del C.P.C., el juez de lo civil dispone que el deudor cumpla la obligación o proponga excepciones.

El auto de pago dictado por el empleado recaudador de acuerdo al Art. 1003 del C.P.C., debe ser citado al deudor.

Si el deudor no paga ni dimite bienes en el término de tres días, el empleado recaudador ordenará el embargo de bienes (Art. 1003 del C.P.C.).

Si el deudor carece de bienes, los tiene en litigio o están embargados por créditos de mejor derecho, el empleado recaudador puede pedir la declaración de insolvencia del deudor (Art. 1010 C.P.C.).

De conformidad con el Art. 1007 del C.P.C., “El procedimiento para el embargo, avalúo y remate de bienes, será el establecido para el juicio ejecutivo”.

Efectuado el embargo, se procede al avalúo, con intervención del depositario (Art. 465 del C.P.C.).

El empleado recaudador señalará día para el remate y se publicará el aviso por tres veces (Art. 466 del C.P.C.).

Las posturas se presentarán por escrito ante el secretario del empleado recaudador, entre las 14h00 y las 18h00 (Arts. 467 y 468 C.P.C.). A las posturas se debe acompañar al menos el 10% del valor total de la oferta (Art. 476 C.P.C.).

Antes del cierre del remate, el deudor puede pagar la deuda, intereses y costas y librar sus bienes (Art. 471 C.P.C.).

El empleado recaudador expedirá el auto de admisión y calificación de posturas (Art. 472 C.P.C.), que puede ser apelado por el ejecutante, por el ejecutado y por los terceristas coayudavantes (Art. 479 C.P.C.).

Ejecutoriado el auto anterior, se adjudicarán los bienes rematados al mejor postor (Art. 473 C.P.C.), con descripción plena del bien adjudicado; una copia del auto de adjudicación se protocolizará y servirá como título de propiedad.

Ejecutoriado el auto de adjudicación, el empleado recaudador ordenará que el postor preferente consigne el resto del valor ofertado, en el término de diez días (Art. 484 C.P.C.).

De la cantidad consignada como precio del bien rematado se pagará al acreedor su crédito, intereses y costas y el sobrante se entregará al deudor (Art. 488 C.P.C.).

Fase judicial propiamente dicha:

Se inicia con la interposición de excepciones por parte del deudor, ante el juez de lo civil (Art. 1023 del C.P.C.), previa consignación del monto al que asciende la obligación, más los intereses y las costas (Art. 1020 y 1023 C.P.C.). Esta consignación previa deriva del principio contenido en

el aforismo latino “solve et repete”, que en palabras de Guillermo Cabanellas “...Rige también, por privilegios abusivos en tantos casos, en la esfera fiscal; porque, no obstante la improcedencia flagrante o la notoria exageración de multas, impuestos, exacciones y otras cargas, primeramente se impone el pago; y después únicamente se admite el planteamiento de la reclamación”.⁹

Las excepciones sólo podrán ser presentadas antes de verificado el remate de los bienes embargados (Art. 1021 C.P.C.).

El Código de Procedimiento Civil no especifica ni limita las excepciones que pueden ser deducidas por los coactivados, a diferencia de lo que ocurre, como veremos, en el Código Tributario y en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa - esta última respecto del “procedimiento de ejecución de créditos fiscales, locales o seccionales o de las instituciones públicas que proceden de resoluciones firmes de la Contraloría General...”-.

No se exigirá la consignación cuando las excepciones se refieran a: falsificación de documentos con que se apareja la coactiva, o prescripción de la acción (Art. 1020, inc. 3º. C.P.C.).

Las excepciones deducidas tienen que ser citadas al empleado recaudador en el término de seis días desde que se efectuó el depósito (Art. 1022 del C.P.C.), quien tiene la oportunidad para contestarlas.

Además, el juez ordinario correrá traslado con la excepciones al empleado recaudador por el término de dos días (Art. 1024 C.P.C.).

Luego, el juez abrirá la causa a prueba por diez días (Art. 1026 del C.P.C.).

Posteriormente se concederá dos días para alegar y se pronunciará sentencia (Art. 1027 del C.P.C.).

La sentencia es susceptible de recurso de apelación (Art. 1029 del C.P.C.), dentro del cual se puede conceder un nuevo término de seis días de prueba.

⁹ Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo VI, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 12ª Edición, 1979, pág. 244.

De la resolución que se dicte en apelación, se puede interponer recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia (Art. 2 de la Ley de Casación). Con relación a este aspecto existe jurisprudencia que consagra que “el juicio de excepciones originado en el procedimiento o jurisdicción coactiva, por su naturaleza declarativo, es un proceso de conocimiento, respecto del cual, sí procede el recurso extraordinario de casación...”¹⁰.

De conformidad con el Art. 1018 del Código de Procedimiento Civil, son solemnidades sustanciales en el juicio coactivo, las siguientes:

- “1. La calidad de empleado recaudador en el que ejercita la coactiva;
2. La legitimidad de personería del deudor o fiador;
3. Aparejar la coactiva con el título de crédito y la orden de cobro;
4. Que la obligación sea líquida, determinada y de plazo vencido;
- y,
5. Citación al deudor o al garante, del auto de pago o del que ordena la liquidación, en su caso”.

b) El otro procedimiento contemplado en nuestra legislación es el denominado Procedimiento Administrativo de Ejecución, constante en el Capítulo V del Título II del Libro II del Código Tributario. En él se distinguen también dos fases: una administrativa y otra judicial.

Fase administrativa:

Este procedimiento tiene como objeto el cobro de obligaciones tributarias determinadas y líquidas, así como de multas o sanciones cuyas resoluciones o sentencias se encuentren ejecutoriadas y se inicia con la emisión de un título de crédito (Art. 150 C. Trib.).

Los requisitos que deben contener los títulos de crédito están puntualizados en el Art. 151 del C. Trib. y son:

¹⁰ Gaceta Judicial, año XCIX, serie XVI, No. 15, pág. 4221.

- “1. Designación de la Administración Tributaria y Departamento que lo emita;¹¹
2. Nombres y apellidos o razón social y número de registro, en su caso, que identifiquen al deudor tributario y su dirección, de ser conocida;
3. Lugar y fecha de la emisión y número que le corresponda;
4. Concepto por el que se emita con expresión de su antecedente;¹²
5. Valor de la obligación que represente o de la diferencia exigible;
6. La fecha desde la cual se cobrarán intereses, si estos se causaren; y,
7. Firma autógrafa o en facsímil del funcionario o funcionarios que lo autoricen o emitan”.

Es muy importante considerar que, de conformidad con el inciso final del Art. 151 del C. Trib., “La falta de alguno de los requisitos establecidos en este artículo, excepto el señalado en el numeral 6, causará la nulidad del Título de Crédito”.

El título emitido debe ser notificado al deudor o sujeto de responsabilidad, a quien se le concederá el plazo de ocho días para el pago (Art. 152 C. Trib.).

Dentro de este plazo el deudor puede presentar una reclamación y formular observaciones respecto del título o del derecho para su emisión, en cuyo caso, se suspende el procedimiento hasta su resolución.

¹¹ En los casos en que el ejercicio de la acción coactiva ha de sujetarse al Código Tributario, la entidad u organismo ejecutor deberá hacer constar, en el título de crédito, respecto a este primer requisito, su denominación (por ejemplo, Contraloría General del Estado) y a continuación especificará la unidad administrativa emisora del título.

¹² En cuanto al concepto por el que se emite el título y sus antecedentes, es conveniente detallarlos suficientemente, a fin de evitar que sea impugnado alegando falta de motivación, con sustento en los Arts. 24, numeral 13 de la Constitución Política, 31 de la Ley de Modernización del Estado y 20 del Reglamento a esta Ley, a pesar de que, en el caso de que el deudor impugne el título por ese motivo, podría refutar la entidad pública que lo ha emitido, que tal impugnación carece de validez y sustento, por cuanto el título de crédito no constituye una resolución por sí mismo, sino que es un acto derivado de una resolución anterior que ya ha causado estado y en virtud de la cual se estableció la existencia de una obligación, resolución que debe contener la motivación completa y los antecedentes para su expedición.

El deudor puede también pedir que se le concedan facilidades para el pago de la obligación (Art. 153 C. Trib.). El pedido tendrá los efectos señalados en el Art. 155 del C. Trib.: suspensión del procedimiento de ejecución o impedimento para su iniciación.

La concesión de facilidades de pago se sujetará al Art. 154 del C. Trib.

Si el funcionario ejecutor niega la solicitud de concesión de facilidades de pago, el deudor puede interponer acción contenciosa ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal.

La ejecución de la resolución de concesión de facilidades de pago se sujetará al Art. 157 C. Trib.

El Código Tributario, a diferencia del Código de Procedimiento Civil, no habla de *jurisdicción coactiva*, sino de *acción coactiva* (Art. 158), a cargo de la Administración Tributaria Central y Seccional, así como de la Administración Tributaria de Excepción, cuyo objeto es el cobro de créditos tributarios, incluidos intereses, multas, y otros recargos accesorios como costas de ejecución; el fundamento para la acción coactiva será el título de crédito.

Son competentes para ejercer esta acción los denominados funcionarios recaudadores o funcionarios ejecutores (Arts. 159 y 165 C. Trib.).

La acción coactiva inicia con el auto de pago (Art. 162 C. Trib.) que lo dicta el funcionario recaudador, si vencidos los ocho días de plazo contados desde la notificación del título de crédito, el deudor no ha pagado la obligación ni ha solicitado facilidades de pago.

En el auto de pago se ordenará que el deudor pague la deuda o dimita bienes dentro del término de tres días.

El auto de pago deberá ser citado al coactivado (Art. 164 C. Trib.).

Si el funcionario recaudador considera que existe el peligro de que el deudor se ausente o enajene sus bienes, en el auto de pago o posteriormente, puede dictar *medidas precautelatorias*: arraigo, secuestro, retención o prohibición de enajenar bienes. Esta potestad de los funcionarios recaudadores es absolutamente excepcional, pues normalmente compete exclusivamente a los jueces y tribunales

pertenecientes a la Función Judicial, al punto que existen varios criterios que consideran inconstitucionales las facultades extraordinarias otorgadas en esta materia a los empleados o funcionarios recaudadores, también denominados en algunas leyes “jueces de coactiva”.

El deudor puede hacer cesar las medidas cautelares, previo afianzamiento de las obligaciones que cubra el principal, intereses hasta la fecha del afianzamiento y un diez por ciento adicional por intereses a devengarse y costas (Art. 263 C. Trib.).

Si no se paga ni dimite bienes, si la dimisión fuere maliciosa o si los bienes no alcanzaren para cubrir el crédito, el funcionario ejecutor ordenará el embargo de los bienes del deudor, especificándolos (Art. 167 C. Trib.).

Los bienes embargados serán valuados pericialmente, con la concurrencia del depositario (Art. 181 C. Trib.).

El ejecutor designará un perito para el avalúo; el coactivado puede nominar otro perito (Art. 182 C. Trib.). El ejecutor nombrará un perito dirimente si no hay conformidad entre los dos informes (Art. 183 C. Trib.).

Una vez definido el valor de los bienes, el ejecutor señalará día y hora para el remate, la subasta o la venta directa; para el efecto, se publicarán por la prensa tres avisos (Art. 185 C. Trib.).

La base para las posturas serán las dos terceras partes del avalúo de los bienes, en el primer señalamiento; y, la mitad, en el segundo (Art. 186 C. Trib.).

El Código Tributario distingue entre el remate de inmuebles (Arts. 187 a 195) que se efectúa mediante posturas escritas; remate de bienes muebles (Arts. 196 a 200) a través de subasta al mejor postor, con la intervención de pregón; venta fuera de subasta o venta directa (semovientes, fungibles y luego de dos subastas sin posturas) (Arts. 201 a 203); y, transferencia gratuita (si no existen interesados en la compra directa (Art. 204).

La entrega material de los bienes rematados o subastados la efectuará el depositario (Art. 210 del C. Trib.).

Fase judicial propiamente dicha:

Al procedimiento de ejecución se pueden oponer las excepciones previstas en el Art. 213 del C. Trib., es decir las siguientes:

- “1. Incompetencia del funcionario ejecutor;
2. Ilegitimidad de personería del coactivado o de quien hubiere sido citado como su representante;
3. Inexistencia de la obligación por falta de ley que establezca el tributo o por exención legal;
4. El hecho de no ser deudor directo ni responsable de la obligación exigida;
5. Extinción total o parcial de la obligación por alguno de los modos previstos en el artículo 36...;
6. Encontrarse en trámite, pendiente de resolución, un reclamo o recurso administrativo u observaciones formuladas respecto al título o al derecho para su emisión;
7. Hallarse en trámite la petición de facilidades para el pago o no estar vencido ninguno de los plazos concedidos, ni en mora de alguno de los dividendos correspondientes;
8. Haberse presentado para ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal demanda contencioso tributaria, por impugnación de resolución administrativa, antecedente del título o títulos que se ejecutan;
9. Duplicación de títulos respecto de una misma obligación tributaria y de una misma persona; y,
10. Nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución por falsificación del título de crédito; por quebrantamiento de las normas que rigen su emisión o por falta de requisitos legales que afecten la validez del título o del procedimiento”.

Las excepciones se deben proponer ante el ejecutor, dentro de veinte días contados desde la citación con el auto de pago (Art. 215 C.Trib.).

Si el ejecutor se niega a recibir el escrito de excepciones, podrá ser presentado por medio de una autoridad administrativa o judicial, la que notificará al ejecutor en veinticuatro horas (Art. 216 C.Trib.).

También puede presentarse el escrito directamente ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, el cual, por medio de Secretaría, notificará al ejecutor (Art. 216, inc. 2º. C.Trib.).

Presentadas las excepciones o notificada su recepción, el funcionario ejecutor debe remitir al Tribunal Distrital de lo Fiscal, en el plazo de cinco días, copia del proceso coactivo y de las excepciones con sus observaciones (Art. 295 C.Trib.).

Al escrito de excepciones son aplicables las normas de los Arts. 244, 245 y 246 del C.Trib., que son las disposiciones referentes a la presentación de demandas de impugnaciones de resoluciones de única o de última instancia; requisitos que deben contener las demandas; y, aclaración y complementación de demandas (Art. 296 C.Trib.).

El Magistrado de Sustanciación dispondrá se notifique al excepcionante y al funcionario ejecutor, con la recepción de la copia del expediente coactivo. Y notificará con las excepciones a la autoridad de la que provenga la orden de emisión del título de crédito, a quien le concederá cinco días para que las conteste (Art. 297 C.Trib.).

Vencido este plazo, se concederá cinco días a las partes para que presenten pruebas (Art. 297, inc. 2º. C.Trib.).

Practicadas las pruebas, se dictará sentencia (Arts. 298; 288, 289,291, 294 C.Trib.).

El Magistrado de Sustanciación, podrá ordenar, en cualquier estado del juicio, antes de sentencia, “la continuación del procedimiento de ejecución o el afianzamiento de la obligación exigida, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 263 y siguientes de este Código -Tributario-, a menos que se hubiere propuesto y se encontrare en trámite demanda de impugnación”.

De la sentencia expedida habrá lugar al recurso de casación.

c) Un tercer procedimiento, que podríamos denominarlo especial o mixto, es el asignado a la Contraloría General del Estado, resultante de la fundición de normas del Código Tributario, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y del Código de Procedimiento Civil. Este procedimiento está previsto en el Art. 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que dispone, en su parte esencial, lo siguiente:

“Art. 57.- Ejecución coactiva de las resoluciones confirmatorias ejecutoriadas.- Para la ejecución de las resoluciones ejecutoriadas de la Contraloría General del Estado, que confirmen responsabilidades civiles culposas, se procederá de la siguiente manera:

1. La Contraloría General del Estado tendrá competencia para emitir títulos de crédito y recaudar, incluso mediante la jurisdicción coactiva, las obligaciones provenientes de las resoluciones ejecutoriadas expedidas por la Contraloría General, por efecto de la determinación de responsabilidad civil culpable, multas y órdenes de reintegro de pagos indebidos con recursos públicos que establezcan obligaciones a favor del Gobierno Central, así como de las instituciones y empresas que no tengan capacidad legal para ejercer coactiva...;

[...]3. La recaudación de las obligaciones a favor de las instituciones del Estado sujetos a esta Ley, que no sean del Gobierno Central y que no tuvieren capacidad legal para ejercer la coactiva, se hará en la forma determinada en el numeral 1 de este artículo.

[...]El ejercicio de la acción coactiva por parte de la Contraloría General del Estado, se sujetará al Código Tributario y subsidiariamente, al Código de Procedimiento Civil...

El trámite de las excepciones que interpongan los deudores, sus herederos o fiadores, se sustanciará de conformidad con las normas pertinentes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previa la consignación a la que se refiere el artículo 1020 del Código de Procedimiento Civil, cuando la resolución se haya ejecutoriado en la Función Judicial...”

Para el ejercicio de la acción coactiva por parte de la Contraloría General del Estado, se debe aplicar además el Acuerdo No. 014 CG de 18 de junio de 2003, publicado en el Registro Oficial No. 117 de 3 de julio de 2003, expedido por el Contralor General, el cual se ha basado en las disposiciones del Código Tributario.

Este procedimiento especial o mixto, tiene como objetivo básico el recaudo de obligaciones derivadas del establecimiento de

responsabilidades civiles culposas, multas y órdenes de reintegro, determinadas o impuestas por la Contraloría General del Estado en el ejercicio de sus atribuciones y potestades conferidas por los Arts. 211 y 212 de la Constitución Política de la República.

Y además de este objetivo básico, de conformidad con el numeral 3 del mencionado Art. 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, a ésta le corresponde también la facultad de recaudar “las obligaciones a favor de las instituciones del Estado sujetas a esta Ley, que no sean del Gobierno Central y que no tuvieren capacidad legal para ejercer la coactiva...”; y, de acuerdo a los literales a) y d) del Art. 1 del referido Acuerdo No. 014 CG, le compete asimismo al Organismo Superior de Control, “la recaudación de su propios créditos” y de “los daños y perjuicios establecidos en las sentencias condenatorias, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría...”.

Es decir, el ámbito de acción de la Contraloría se ha extendido considerablemente y, en virtud de estas disposiciones, tiene actualmente competencia para el cobro de: las multas impuestas por los Distritos Forestales del Ministerio del Ambiente, derivadas de infracciones (explotación ilegal de bosques) a la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre y a la Ley de Gestión Ambiental; las multas impuestas por la Dirección del Parque Nacional Galápagos y por la Dirección Forestal -esta última instancia superior-, por infracciones (pesca ilícita de especies protegidas en la Reserva Marina de Galápagos) al Reglamento de la Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos; las multas impuestas por los Tribunales Provinciales Electorales, por infracciones a la Ley de Elecciones (no concurrencia de los miembros de las juntas receptoras del voto a los procesos electorales); las multas impuestas por los jueces y tribunales a los abogados que sean declarados falsos procuradores, en virtud del artículo 47, inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, así como a los abogados que no concurren a las audiencias, entre otras.

Como lo dispone el antepenúltimo inciso del Art. 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el ejercicio de la “acción coactiva” por parte del Organismo Superior de Control, “...se sujetará al Código Tributario y subsidiariamente, al Código de Procedimiento Civil”. Es decir que para tal ejercicio, en la fase administrativa, la Contraloría

General del Estado deberá utilizar los mecanismos contenidos en el Código Tributario (desde el Art. 150 hasta el Art. 212), descritos ya brevemente.

Y de acuerdo con el inciso penúltimo del referido Art. 57, las excepciones que se interpongan a la acción coactiva desplegada por la Contraloría General, se sustanciarán de acuerdo a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Tales excepciones, de conformidad con el primer artículo innumerado agregado a continuación del Art. 58 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pueden ser las siguientes:

- “1) Incompetencia del funcionario ejecutor;
- 2) Ilegitimidad de personería del coactivado;
- 3) Inexistencia de la obligación;
- 4) Extinción total o parcial de la obligación por alguno de los modos previstos en la Ley;
- 5) Encontrarse en trámite o pendiente de resolución en la Contraloría General de la Nación un reclamo administrativo, petición de reapertura de cuentas u observaciones formuladas respecto al título o al derecho para su emisión;
- 6) Duplicación de títulos respecto de una misma obligación y de una misma persona; y,
- 7) Nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución por falsificación del título de crédito; por quebrantamiento de normas que rigen su emisión o por falta de requisitos legales que afecten la validez del título o del procedimiento”.

Agrega el inciso final de esta norma que “No podrán oponerse las excepciones 2 y 3 de este artículo, cuando los hechos en que se fundamenten hubieren sido discutidos y resueltos en la etapa administrativa o en la contencioso en su caso”.

d) Como lo expresamos anteriormente, existen varias disposiciones que otorgan jurisdicción coactiva a favor de determinados organismos, de las cuales, por su actualidad e importancia, debemos referirnos a la contenida en el Art. 4 de la Ley No. 2002-60, publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 503 de 18 de enero de 2002, denominada Ley reformatoria a la Ley No. 98-17 de Reordenamiento en Materia Económica en el Area Tributario-Financiera, de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado y de la Ley General de Instituciones del

Sistema Financiero. Dicho artículo 4 reformó, entre otros, el artículo 27 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Area Tributario-Financiera y en lo esencial, dispone lo siguiente:

“Art. 27.- Confiérese a la AGD la jurisdicción coactiva para la recuperación y cobro de las obligaciones a su favor, o a favor de las instituciones financieras sometidas a su control y administración. El Gerente General de la AGD será el juez de coactiva y ejercerá esta facultad de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de reglamento alguno, pudiendo delegarla a los administradores temporales de las instituciones financieras que estén bajo control y administración de la AGD”.

[...]Confiérese jurisdicción coactiva para la recuperación y cobro de sus acreencias, a las instituciones financieras privadas cuyo único accionista sea una institución del Estado. El representante legal de estas instituciones será el juez de coactiva y ejercerá esta facultad de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, pudiendo delegarla al Director de Asesoría Jurídica de la institución”.

Para el ejercicio de la jurisdicción coactiva serán títulos suficientes los establecidos en el artículo 997 del Código de Procedimiento Civil, respecto de las personas naturales o jurídicas que estén registradas como deudores”.

Como lo dispone el inciso primero del Art. 27 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Area Tributario-Financiera, reformado por el Art. 4 de la Ley No. 2002-60, el ejercicio de la jurisdicción coactiva por parte de la AGD, debe sujetarse al Código de Procedimiento Civil, es decir, al primer mecanismo matriz descrito ya anteriormente.

En cuanto a la AGD, debemos recordar que es una entidad de derecho público, autónoma, y por tanto sus actuaciones constituyen actos administrativos, lo cual tiene importancia, como lo veremos más adelante, en cuanto a las excepciones a la coactiva y específicamente en torno al órgano judicial competente para sustanciarlas.

En este mismo ámbito y con respecto al inciso tercero del citado Art. 27, debemos señalar que a diferencia de lo que ocurre con la AGD, las actuaciones de las instituciones financieras privadas cuyo único accionista es una institución estatal, no constituyen actos administrativos en el sentido y alcance dados por la Ley de Modernización del Estado y el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, sino actos eminentemente privados. En tal virtud, la sustanciación de las excepciones que se formulen dentro de los procesos coactivos que instauren dichas instituciones financieras privadas, será distinta a la que se derive de los actos administrativos de la AGD.

Debemos destacar asimismo, la disposición contenida en el Art. 155 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, reformado por el Art. 13 de la ya mencionada Ley 2002-60, que dice:

“Los créditos concedidos por una institución financiera en proceso de liquidación forzosa, mantendrán los plazos y condiciones pactados originalmente. Sin embargo, los créditos que tengan la calidad de vinculados, se entenderán de plazo vencido.

El liquidador está autorizado al asumir la liquidación de una institución del sistema financiero privado, a ejecutar los actos y a realizar los gastos que, a su juicio, sean necesarios para conservar el activo. Procederá a cobrar las deudas vencidas, mediante el uso... de la acción coactiva...”.

En este caso, la disposición legal no especifica con sujeción a qué cuerpo normativo ha de ejercerse la coactiva por parte de los liquidadores de las instituciones del sistema financiero privado; sin embargo, por la referencia que se hace al final del inciso segundo a la “acción coactiva”, podría entenderse que tal ejercicio debe ceñirse al Código Tributario, que específicamente trata de la “acción coactiva”, a diferencia del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la “jurisdicción coactiva”. Mas, considerando que los liquidadores de tales instituciones actúan en virtud de un contrato de prestación de servicios profesionales celebrado con el Superintendente de Bancos, pero no como delegados de este funcionario, resultaría más ajustado a la lógica que sus actuaciones, que son evidentemente privadas y no constituyen actos administrativos, sean resueltas cuando se interpongan excepciones a ellas, por los jueces de lo civil, al igual que en los casos de las instituciones financieras privadas

cuyo único accionista es una institución estatal, y no por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Naturaleza jurídica de la coactiva: ¿jurisdiccional o administrativa?

El Art. 1 del C.P.C. define a la jurisdicción como “el poder de administrar justicia” y señala que “consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos en la leyes”.

El jurista colombiano Velásquez Restrepo ya citado anteriormente, sostiene que la jurisdicción “se ha definido como la potestad jurídica mediante la cual un tercero imparcial, llamado juez, al que el propio Estado lo ha dotado de tal poder, decide un conflicto individual, imponiendo coactiva o coercitivamente el derecho”¹³.

Esta definición, nos permite identificar los elementos esenciales de la jurisdicción, según el mismo autor:

“Terceridad: Es decir, la necesaria imparcialidad que se predica del juzgador frente al litigio que se pone en su conocimiento. El juzgador siempre será un tercero al conflicto o litigio”.

“Exclusividad: La jurisdicción corresponde, salvo excepciones de orden constitucional, única y exclusivamente a los jueces, bien como potestad, bien como función. El Estado tiene el monopolio de la jurisdicción...”.

“La actividad que desempeña: Es decisoria de conflictos, por ello cuando no se decida un conflicto no podría advertirse una función jurisdiccional. O lo que es lo mismo, declara derechos en discusión”.

“El instrumento que utiliza: Es precisamente el proceso jurisdiccional. Es un proceso interpartes; si no existen los dos polos, activo y pasivo, no podríamos hablar de proceso, pero además las partes deben estar en igualdad, y tener recíprocas oportunidades de ataque y de defensa”.

“El acto en el cual se materializa la jurisdicción: Es también peculiar, es la sentencia. La sentencia jurisdiccional es un acto que sólo puede producir quien tenga jurisdicción, y otra de sus cualidades es el de

¹³ Gabriel Velásquez, art. cit.

producir el efecto de caso juzgado con el efecto de la cosa juzgada, es decir la inmutabilidad”.

Como expresa Velásquez Restrepo, “El hecho de que el procedimiento coactivo se rija en mayor o menor grado por normas del Código de Procedimiento Civil, no significa -como lo han mal entendido algunos autores- que tales actos son actos jurisdiccionales...”¹⁴.

En general, a nivel doctrinario existen dos tendencias conceptuales:

La que considera que la jurisdicción coactiva es una actividad jurisdiccional, sustenta su posición en que “...no solo el órgano jurisdiccional propiamente dicho ejerce tal función, sino que otras instancias... hacen lo propio...”, como “los llamados por la doctrina “Equivalentes Jurisdiccionales”, que son aquellos órganos que sin pertenecer a la rama jurisdiccional del poder público, pueden cumplir tal función en virtud de la propia Constitución”¹⁵.

Contrariamente, otros sectores de la doctrina asignan a la jurisdicción coactiva una naturaleza netamente administrativa, y consideran a aquella “...como la autotutela que el estado mismo en desarrollo de sus actos realiza en aras de recuperar sus créditos”¹⁶.

En Colombia, según lo recoge Velásquez Restrepo¹⁷, la Corte Constitucional en sentencia T-445 de 1994 sentó el siguiente criterio:

“...el proceso de jurisdicción coactiva es de naturaleza administrativa, por cuanto su objetivo es hacer efectiva la orden dictada por la administración de cobro de una obligación tributaria. En otras palabras esta jurisdicción es el uso de la coacción frente a terceros y la expresión de una autotutela ejecutiva...”.

“La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena ya había expresado su tesis en sentencia fechada el 5 de octubre de 1989 advirtiendo, como se anota más adelante, que la jurisdicción coactiva no implica el ejercicio de la

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Gabriel Velásquez, art. cit.

¹⁷ Ibidem.

función jurisdiccional, sino que es un procedimiento administrativo encaminado a producir y hacer efectivo un título ejecutivo”.

“La tesis tanto de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional es que se trata simplemente de un procedimiento administrativo que ‘por naturaleza no entraña el ejercicio de la función jurisdiccional como que en ella no se discuten derechos sino que se busca poder hacer efectivo el cobro de las obligaciones tributarias o deudas fiscales surgidas de la potestad impositiva del Estado y se pretende exigir su cumplimiento compulsivo cuando el sujeto pasivo de dicha obligación lo ha incumplido parcial o totalmente...’”¹⁸

En la legislación ecuatoriana, la denominada jurisdicción coactiva, según nuestro criterio, no se ajusta al concepto de actividad jurisdiccional. En efecto, en la jurisdicción coactiva el mismo Estado (lato sensu) asume la calidad de “juez” y es además parte. Él mismo por sus propios medios ejecuta sus actos.

Además, el proceso se reduce a hacer efectiva una obligación ya existente y declarada.

Los actos por medio de los cuales se materializa el procedimiento coactivo son de índole administrativa, ejecutados por funcionarios recaudadores, quienes no dictan sentencia.

Por estas consideraciones estimamos que la concepción de “jurisdicción coactiva” del Código de Procedimiento Civil, fue superada hace muchos años y que la potestad asignada por ley a determinados funcionarios recaudadores o ejecutores para el cobro de obligaciones a favor del Estado (lato sensu), constituye una facultad administrativa, no jurisdiccional. Por ello, sostenemos que la denominación de “jurisdicción coactiva” es totalmente impropia y debe ser sustituida por la de “acción coactiva”, como lo hace el Código Tributario.

Inclusive existen fallos generados hace más de setenta años y un voto salvado emitido el 5 de noviembre de 1930¹⁹, que refuerza la tesis expuesta, en el que se expresa en cuanto a la coactiva, que “Tal procedimiento no es un juicio propiamente, porque no reúne las

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Gaceta Judicial, año XXIX, serie V, No. 40, pág. 952.

características de una controversia judicial, desde que no hay partes contendientes, ni contienda misma, ni juez que la dirima, ya que no cabe que el empleado sea, a la vez, juez y parte...”.

Marco constitucional relacionado con el ejercicio de la jurisdicción coactiva.

El Art. 191 de la Constitución Política dispone que “El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial...”. Y esta misma norma consagra la “unidad jurisdiccional”. Esta disposición prevé además que “...habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales”, categorías dentro de las cuales no se encuentran los funcionarios recaudadores o ejecutores que ejercen la coactiva.

El concepto de “unidad jurisdiccional” se desarrolla en la vigésima sexta disposición transitoria de la Constitución Política, que determina que “Todos los magistrados y jueces que dependan de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial...”. Esta disposición incluye a los jueces militares, de policía y de menores. Agrega la disposición que “Si otros funcionarios públicos tuvieran entre sus facultades la de administrar justicia en determinada materia, la perderán, y se la trasladará a los órganos correspondientes de la Función Judicial. El Consejo Nacional de la Judicatura presentará al Congreso Nacional los proyectos que modifiquen las leyes pertinentes, para que estas disposiciones puedan cumplirse”.

Consideramos que los denominados empleados o funcionarios recaudadores o ejecutores y los impropriamente llamados “jueces de coactiva”, no se encuentran encasillados dentro de los referidos “otros funcionarios públicos” de la vigésima sexta disposición transitoria de la Constitución, simplemente porque aquellos no administran justicia; únicamente desarrollan la que hemos denominado “fase administrativa” dentro de los procedimientos coactivos -con ciertas facultades extraordinarias como aquella que les permite, con sustento en el Código Tributario, dictar medidas precautelatorias-, pero no tienen competencia para sustanciar la “fase judicial”, la cual compete a los jueces de lo civil, a los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o a los tribunales distritales de lo fiscal, según la materia.

Análisis de fallos y resoluciones del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en materia de coactiva.

a) El Tribunal Constitucional ha desechado en varias resoluciones, acciones de amparo constitucional formuladas en contra de “jueces de coactiva”, básicamente por las siguientes consideraciones:

“Que el legislador ecuatoriano ha concebido a la coactiva como una especie de jurisdicción -la jurisdicción coactiva- que la ejercen jueces especiales...”;

Que “fundamentándose en lo que dispone el inciso segundo del artículo 95 de la Constitución de la República, esta Sala en varias ocasiones se ha pronunciado en el sentido de que *no cabe acción de amparo en contra de las actuaciones que devienen de la jurisdicción coactiva*, pues éstas, de acuerdo con nuestra legislación positiva, constituyen *actuaciones judiciales que no son susceptibles del control por parte del Tribunal Constitucional*, al tenor del artículo 276 inciso final de la Constitución de la República”.

Que la disposición transitoria vigésima sexta de la Constitución asigna al Consejo Nacional de la Judicatura, el deber de enviar al Congreso Nacional “los proyectos de ley que modifiquen las leyes pertinentes sobre las competencias jurisdiccionales que actualmente tienen órganos que no pertenecen a la Función Judicial”; pero que “hasta la presente fecha el Consejo Nacional de la Judicatura no ha remitido al Congreso Nacional proyecto de ley alguno que reste potestades al juez de coactivas, y por tanto éste no ha perdido su jurisdicción”²⁰.

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional sigue la tendencia según la cual los actos de los “jueces de coactiva” son de índole judicial y no administrativa, aspecto que no lo compartimos.

b) Por su parte, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en su ámbito, al resolver recientemente un recurso de casación, derivado de un juicio de excepciones a la coactiva, propuesto por Miguel Angel González en contra de la Directora

²⁰ Tribunal Constitucional, Primera Sala, Resolución No. 411-RA-01-1S (caso No. 386-2001-RA), Registro Oficial No. 493 de 14 de enero de 2002.

Financiera y de la Tesorera del I. Municipio del Chaco, ha sostenido lo siguiente:

Que “La competencia para juzgar los actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado que se encontraba vigente a la fecha de presentación de esta demanda es la contemplada en la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, también llamada Trole II, expedida mediante Decreto Ley No. 2000-1 (Suplemento del Registro Oficial 144, 18-VIII-2000), que al reformar la Ley de Modernización del Estado, dice en su artículo 16: “Sustitúyese el artículo 38 por el siguiente: Los tribunales distritales de lo Contencioso - Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado, salvo los derivados de controversias sometidas a mediación y arbitraje de conformidad con la ley...”.

Considera la Sala que “Esta norma, para ajustar la materia contencioso – administrativa a lo que dispone el artículo 196 de la Constitución Política de la República, hizo una reforma estructural del sistema procesal y estableció la competencia exclusiva y excluyente de los tribunales de lo Contencioso Administrativo o de lo Fiscal, según el caso, en todo lo atinente a la impugnación de los actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado, por lo que todas las disposiciones legales ordinarias, generales o especiales, vigentes a la fecha de expedición de esta ley, deben interpretarse ajustada a esta reforma estructural del sistema, y por lo tanto también el juicio de excepciones a la coactiva por créditos no tributarios, por constituir impugnación a un acto administrativo, debe sustanciarse ante los tribunales de lo Contencioso – Administrativo del domicilio del administrado y con arreglo a lo que disponen los artículos 1020 a 1030 inclusive del Código de Procedimiento Civil, como procedimiento especial para estas causas ya que no se dispuso expresamente que se sometan las mismas al procedimiento general para las acciones contencioso - administrativas contemplado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa, ni se derogó o reformó la Sección 31ª. del Título II, del Libro II del Código de Procedimiento Civil, salvo cuando se trata de glosas emitidas por la Contraloría General del Estado...”.

Sostiene la Sala, finalmente, que “al haberse iniciado la presente causa con posterioridad al 18 de agosto de 2000 en que se promulgó la reforma al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, el Juez de lo Civil y la Corte Superior de Justicia eran incompetentes para conocer de esta causa, por lo que SE DECLARA LA NULIDAD DEL PRESENTE JUICIO, por falta de competencia del Juez...”²¹

Estamos de acuerdo con este pronunciamiento de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. El texto actual del Art. 38 de la Ley de Modernización, prácticamente eliminó la competencia que tenían los jueces de lo civil para sustanciar las excepciones que se interpongan a los procesos coactivos instaurados por los organismos del sector público; pues, los actos que estos organismos dictan son administrativos y por tanto, se encuentran comprendidos dentro de las categorías previstas en la Ley de Modernización; consecuentemente, las excepciones que se deduzcan a las acciones coactivas de los entes de derecho público, deberían ser sustanciadas y resueltas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, salvo el caso de las excepciones planteadas en contra de las acciones iniciadas por los órganos tributarios, que serán sustanciadas y resueltas por los Tribunales Distritales de lo Fiscal y, de las excepciones que se deduzcan por las actuaciones provenientes de las instituciones financieras privadas cuyo único accionista es una institución del Estado y de las instituciones financieras que se encuentren en proceso de liquidación forzosa, que deben ser sustanciadas por los jueces de lo civil.

c) Sin embargo, la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, mediante auto dictado el 9 de septiembre de 2003, a las 08h33, dentro de la causa No. 10.335, iniciada en virtud de las excepciones propuestas por Dygoil Consultoría y Servicios Petroleros Cia. Ltda. en contra del Juez especial de Coactivas de la Empresa Estatal de Exploraciones de Petróleos del Ecuador (PETROPRODUCCION) y otros, ha considerado y resuelto lo siguiente:

Que según el Art. 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no corresponden a esa jurisdicción: “b) Las cuestiones

²¹ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, (fallo No. 105-2003, juicio de excepciones a la coactiva No. 93-2002, propuesto por Miguel Angel González en contra de la Directora Financiera y la Tesorera del I. Municipio del Chaco), Registro Oficial No. 99 de 9 de junio de 2003.

de carácter civil o penal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y las que por su naturaleza, sean de competencia de otras jurisdicciones"; que "si bien el vigente artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado otorga competencia a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo para el conocimiento y resolución de aquellos actos o resoluciones expedidas por la administración pública, como de las demandas que versen sobre contratos suscritos por los entes del sector público y, derivadas de hechos producidos por esas entidades, no es menos cierto que la norma se refiere a la esfera competencial de la jurisdicción contencioso administrativa y somete los casos al procedimiento previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; que de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, la jurisdicción ordinaria corresponde a los tribunales y juzgados comunes esto es, fundamentalmente, juzgados de lo civil y cortes superiores, tanto más que la Ley Orgánica de la Función Judicial establece como competencia de los jueces civiles el conocimiento y resolución de aquellos asuntos que no estén atribuidos a otra autoridad judicial. Abona al concepto, las disposiciones del Código Adjetivo Civil (Arts. 1023 y 1029), que establecen de modo expreso que el procedimiento de excepciones a la coactiva son de competencia privativa de los jueces ordinarios, esto es los de lo civil, en primera instancia y, en segunda, de la correspondiente Corte Superior. El precitado Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado no ha variado esa competencia específica de los jueces de lo civil, como tampoco ha modificado o reformado la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que, de modo expreso, establece más bien una excepción al procedimiento de excepciones ordinario, cuando atribuye a los tribunales distritales de lo contencioso administrativo competencia privativa para las excepciones que se deriven únicamente de créditos fiscales o seccionales, provenientes de resoluciones firmes de la Contraloría General del Estado... Por tanto, si la coactiva proviene de un ámbito diferente al de las decisiones firmes de la Contraloría General del Estado, sus excepciones solo pueden ser promovidas ante un juez de lo civil, por así disponerlo expresamente las disposiciones jurídicas señaladas... Por otro lado, el Art. 38 de la ley de Modernización, como tampoco otra disposición legal ha eliminado la segunda instancia, atribuida como un derecho procesal a las personas o entes que están en desacuerdo con las sentencias de primer instancia; y cuya competencia legal corresponde a las Cortes Superiores. Si, se estimase que no se eliminó esa segunda instancia, pero que la competencia en el primer nicho procedimental se radica en los tribunales distritales, se produciría un contra sentido, por el cual las Cortes

Superiores, tribunales ordinarios, tendrían competencia par conocer en segunda los recursos de apelación de los tribunales distritales, cuando la apelación sigue una secuencia jerarquizada ante el superior y no ante órganos del mismo nivel o inferiores... El Art. 38 que se invoca, ha de entenderse en sentido restrictivo, relativo al ámbito de competencia de los tribunales distritales, las que están determinadas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme la misma disposición señala...". Por estas consideraciones, ha resuelto que el Tribunal "carece de jurisdicción y la Sala de competencia para conocer, tramitar y resolver el presente asunto, la cual compete, como queda dicho a la jurisdicción ordinaria...". Mas, como consta al inicio del auto en referencia, una demanda de excepciones similar ha sido deducida inicialmente ante el Juez Segundo de lo Civil de Pichincha, "quien en providencia de 23 de julio de 2003 se inhibió de conocerla fundado en el Art. 16 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana...", a través del cual se reformó el varias veces citado Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado.

Estos planteamientos y consideraciones formulados por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, contradicen en lo esencial al fallo comentado anteriormente, emanado de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, que ha sostenido que el nuevo Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado "hizo una reforma estructural del sistema procesal y estableció la competencia exclusiva y excluyente de los tribunales de lo Contencioso Administrativo o de lo Fiscal, según el caso, en todo lo atinente a la impugnación de los actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado, por lo que todas las disposiciones legales ordinarias, generales o especiales, vigentes a la fecha de expedición de esta ley, deben interpretarse ajustada a esta reforma estructural del sistema -ajuste que implicaría también, necesariamente, la eliminación del recurso de apelación de las resoluciones de los tribunales distritales-, y por lo tanto también el juicio de excepciones a la coactiva por créditos no tributarios, por constituir impugnación a un acto administrativo, debe sustanciarse ante los tribunales de lo Contencioso - Administrativo del domicilio del administrado...".

Este es un caso que ejemplifica muy objetivamente la denominada inseguridad jurídica existente en nuestro país, al punto que, debido a una reforma legal que pretendió clarificar y definir cuál es el órgano judicial

competente para el conocimiento de determinadas acciones, lo que se ha obtenido es precisamente lo contrario, y actualmente, se inhiben de conocerlas los jueces de lo civil y los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, por lo que, quienes se sientan afectados con las acciones coactivas que emanen de determinados órganos administrativos, no tienen a quién recurrir para deducir las excepciones que les asistan legalmente.

Esta situación sólo podrá ser solucionada definitivamente por tres vías: a través de una nueva reforma legal que clarifique los aspectos señalados; mediante una interpretación del Congreso que defina las competencias; o, si la Corte Suprema reitera el pronunciamiento comentado, en cuyo caso se ratificaría además que de las sentencias que dicten los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, sólo podrá interponerse recurso de casación como ocurre actualmente, y no de apelación, en virtud del Art. 1029 del Código de Procedimiento Civil, con lo que se clarificaría el complejo panorama descrito en la resolución de la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, comentada en el líneas anteriores.

Conclusiones

Del análisis de los tres pronunciamientos recientemente emitidos por los más altos tribunales del país, que hemos comentado, se desprende que el tema de la acción coactiva, lejos de estar resuelto en cuanto a su estructura formal y alcance, presenta aun en la actualidad varios ámbitos totalmente controversiales, que requieren pronta solución, especialmente en vista de que la acción coactiva -indebidamente denominada "juicio coactivo"-, ha adquirido renovada importancia y actualidad, fundamentalmente por el hecho de que la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), tiene la responsabilidad y atribución para recaudar por la vía coactiva las obligaciones existentes a su favor y aquellas que existan a favor de las instituciones financieras que se encuentren sometidas a su control y administración. De no definirse los aspectos controversiales, se corre el riesgo de que las actuaciones de la AGD puedan resultar menoscabadas, cuando se deduzcan excepciones a las acciones coactivas y éstas sean sustanciadas y resueltas por los órganos judiciales.

Como corolario podemos señalar que la ventaja de aplicar del Código de Procedimiento Civil en el ámbito coactivo, radica básicamente en que, el

empleado recaudador puede citar directamente al coactivado con el auto de pago; en tanto que, conforme lo dispone el Código Tributario, en las acciones coactivas sujetas a él, el funcionario ejecutor primeramente debe notificar con el título de crédito al deudor y luego citarle con el auto de pago. Pero en el intervalo entre estos dos actos, el deudor puede ocultar sus bienes o enajenarlos en perjuicio del acreedor. Una ventaja sustancial del Código Tributario es que la resolución que expida el Tribunal de primera instancia, únicamente es susceptible de recurso de casación, mientras que las sentencias expedidas por los jueces de lo civil con sujeción al Código de Procedimiento Civil, son susceptibles de recurso de apelación a la Corte Superior de Justicia y los fallos que dicten estas últimas, de recurso de casación. Otra ventaja que conlleva la aplicación del Código Tributario, es la posibilidad que tiene el funcionario ejecutor de dictar medidas precautelatorias (arraigo o prohibición de ausentarse, secuestro, retención o prohibición de enajenar bienes) en el auto de pago o posteriormente; en tanto que, los empleados recaudadores que ejercen "jurisdicción coactiva" en el marco dado por el Código de Procedimiento Civil, no están facultados para dictar tales medidas.

Definitivamente el Código Tributario es más moderno y mejor estructurado que el Código de Procedimiento Civil, al menos en lo que al ejercicio de la acción coactiva se refiere. Sin embargo, el hecho de que se requiera de la emisión y notificación del título de crédito y luego de la citación con el auto de pago, implica pérdida de eficacia del proceso coactivo, por la posibilidad cierta de que en el intervalo entre estos actos, el deudor oculte o enajene sus bienes.

Por ello, consideramos que hace falta en nuestra legislación, una ley moderna, general y única para el ejercicio de la acción coactiva, aplicable a todos los organismos y entidades dotados de esa potestad, en la que se encuentren normados los distintos ámbitos vinculados con tal ejercicio, sin atentar contra los derechos de los sujetos pasivos, ni restar eficacia a los procedimientos.

Bibliografía

Cabanellas, Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo VI, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 12ª Edición, 1979.

Cassagne, Juan Carlos; El Acto Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Segunda Edición actualizada, 1981.

García de Enterría, Eduardo y otro; *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas Ediciones S.L., Undécima Edición, 2002.

Velásquez Restrepo, Gabriel; *La Jurisdicción coactiva y los servicios públicos domiciliarios*, www.derecho.org Doctrinal, 1999.

Constitución Política de la República, Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968.

Código Tributario, suplemento al Registro Oficial No. 958 de 23 de diciembre de 1975.

Codificación del Código de Procedimiento Civil, suplemento al Registro Oficial No. 687 de 18 de mayo de 1987.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios públicos por parte de la Iniciativa Privada, Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Area Tributario – Financiera, Registro Oficial No. 83 de 8 de diciembre de 1998.

Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, también llamada Trole II, expedida mediante Decreto Ley No. 2000-1 (Suplemento del Registro Oficial 144, 18-VIII-2000)

Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Registro Oficial No. 250 de 23 de enero de 2001.

Ley reformativa a la Ley No. 98-17 de Reordenamiento en Materia Económica en el Area Tributario-Financiera, de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado y de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, publicada en el suplemento al Registro Oficial No. 503 de 18 de enero de 2002.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, suplemento al Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, suplemento al Registro Oficial No. 581 de 2 de diciembre de 1994.

Acuerdo No. 014 CG de 18 de junio de 2003, publicado en el Registro Oficial No. 117 de 3 de julio de 2003.

Gaceta Judicial, año XCIX, serie XVI, No. 15, pág. 4221.

Gaceta Judicial, año XXIX, serie V, No. 40, pág. 952.

Registro Oficial No. 493 de 14 de enero de 2002.

Registro Oficial No. 99 de 9 de junio de 2003.

LA EXPROPIACIÓN DE INMUEBLES URBANOS EN EL ECUADOR Y SUS DESVÍOS COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA

Dr. Leonardo Sempértegui O.¹

1. Expropiación: Constitución, Ley y Doctrina.

La legislación ecuatoriana no contiene la definición exacta de lo que es expropiación, de la misma manera que carece de definiciones para muchas instituciones jurídicas, aunque siendo ésta una figura de tan delicada aplicación, considero debería tenerla. Sin embargo, de lo prescrito por la Constitución así como en el ordenamiento legal secundario se puede obtener una definición ajustada a derecho, basada también en la práctica administrativa.

El Art. 32 inciso primero de la Constitución Política, manifiesta que para hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de conformidad con la ley. Por su lado el Art. 33 de la Constitución se refiere a la expropiación, señalando que las instituciones del Estado, siguiendo el procedimiento y acogiéndose a los plazos señalados en la ley, para fines de orden social podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. De esta norma se pueden extraer varios elementos claves para definir la expropiación, que son: **a)** es un procedimiento que permite al Estado tomar el dominio de un bien, arrebatándoselo a un particular, **b)** para que esto tenga lugar, debe precederle la valoración, pago e indemnización justos, **c)** debe atenerse a lo establecido por las normas procesales vigentes, y **d)** deberá ser utilizado solamente para fines de orden social consagrados en la ley.

En concordancia, el Art. 792 del Código de Procedimiento Civil establece que nadie puede ser privado de su propiedad raíz, en virtud de

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador, 1984. Abogado en libre ejercicio profesional, ha sido y es asesor de diversas instituciones públicas y privadas en temas relacionados con el derecho administrativo y el manejo de bienes inmuebles. Fundador del estudio jurídico Sempértegui Ontaneda Abogados.

expropiación, sino en conformidad con lo establecido en la sección 19ª del Título II del Libro Segundo, *ibídem*. En esta norma, se logra destacar otro elemento de la expropiación, que es el referente a que solo procede respecto a bienes inmuebles. Este punto también se recoge en el Art. 36 de la Ley de Contratación Pública, el cual distorsiona el objetivo de la expropiación, como veremos más adelante (busca acuerdo, negociación, cuando la **expropiación** es un procedimiento administrativo unilateral). Por último el Art. 794 del CPC añade que debe preceder la declaratoria de utilidad pública, para fines de expropiación.

Luego de estas consideraciones, podemos ensayar un concepto de expropiación que sería: “El acto jurídico administrativo emanado de una institución del Estado, por el cual priva de la propiedad de un bien inmueble a un particular, siempre con un fin social (declaratoria), previo justa valoración, pago e indemnización, siguiendo el procedimiento establecido en la ley”.

La legislación vigente basa el trato a la expropiación en la doctrina internacional.

Dromi dice que “es el instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo un determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única”.²

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, dice que la expropiación es “Desposeimiento y privación de la propiedad, por causa de utilidad pública o interés preferente, y a cambio de una indemnización previa”, y que la expropiación forzosa es “Apoderamiento de la propiedad ajena que el Estado, u otra corporación o entidad pública, y a veces algunos particulares, llevan a cabo por motivos de utilidad general o interés social, y abonando justa y previa indemnización. De faltar la misma, se está lisa y llanamente ante la confiscación”.

² Roberto Dromi. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001; p. 817.

De todos modos, y a pesar de la falta de definición legislativa, las definiciones acotadas son suficientes para proceder al estudio de la práctica administrativa en este tema, motivo del presente artículo.

2. Elementos y requisitos de la expropiación. Evolución histórica

A pesar de haber sido ya citados en el numeral primero de este artículo, cabe mencionar los elementos y requisitos, más detenidamente, a fin de que se entienda bien la importancia de estos, que deben ser considerados por la institución pública a cargo del procedimiento, al momento de proceder, teniendo en cuenta en primer lugar los derechos del administrado.

a) Una institución del Estado debe ser la entidad expropiadora: Este elemento no requiere análisis profundo, siempre y cuando se tenga muy claramente determinado cuales son las instituciones del Estado. Por fortuna, esta discusión tampoco admite dudas, ya que el Art. 118 de la Constitución determina cuáles son esas entidades. Consideramos que esa enumeración es taxativa, por lo que cualquier otra entidad con carácter que podría confundirse con el público (p.e. entidades con finalidad social, etc.) no podrían ser sujetos activos de la expropiación. Esto en aplicación del principio de que en el derecho público no se puede hacer más allá de lo que la ley permite u ordena.³

b) Valoración, pago e indemnización justos, previamente a la expropiación: Dos teorías parten de este postulado y sobre todo de la práctica que ha tenido la expropiación en el Ecuador. La primera que esta valoración, pago e indemnización deben darse previamente al acto jurídico administrativo de expropiación, y la segunda que deben darse previamente a la ocupación del bien inmueble por parte de la entidad expropiante, luego de que se haya dictado el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública. Ninguna norma secundaria aclara esta disquisición, que igual carece de importancia práctica, ya que las instituciones no acogen ninguna de las dos posibilidades descritas anteriormente, sino que el proceder común de éstas es la emisión de un acto de declaratoria de utilidad pública, luego proceder a la ocupación

³ A pesar de que el valor de este principio doctrinario ha disminuido en el último periodo, definitivamente es rescatable cuando se trata de defender los derechos del administrado, evitando que las potestades o competencias de las entidades del estado se extiendan al punto de violar dichos derechos. Este axioma se lo considera a lo largo del artículo.

física del inmueble y por último negociar un precio o, en el mediano, largo plazo o nunca, iniciar un juicio de expropiación. En otras ocasiones, luego de dictado el acto de expropiación, se inicia el juicio correspondiente y se fija luego el precio por parte del juez, quien por mandato de la ley (Art. 808 CPC) está obligado en su primera providencia a permitir que el actor de la causa ocupe el inmueble, siempre y cuando la entidad expropiadora consigne ante el juzgado el monto que considera cuesta el predio expropiado.⁴ Pero la última posibilidad (la más inconstitucional de todas), que por cierto es utilizada por las autoridades administrativas, es ocupar el predio en primer lugar, luego dictar la declaratoria de utilidad pública e iniciar el juicio de expropiación y por último se paga el precio, cuando lo fija el Juez⁵.

Sin embargo, el hecho de que en la práctica no se aplique el Derecho no impide que señalemos cual es el camino que consideramos jurídicamente correcto para que se concrete tanto el principio de ejecutoriedad y legitimidad de los actos administrativos⁶ así como el respeto a los derechos de los ciudadanos consagrado especialmente en el Art. 18 de la Constitución Política de la República⁷, que sería: en primer lugar, la emisión del acto administrativo por el órgano correspondiente y competente, luego la fijación y pago de precio; y por último la ocupación del inmueble.

c) Debe atenerse a lo establecido por las normas procesales vigentes:
Como no puede ser de otra manera, dentro del principio de

⁴ Esta opción actualmente sería inconstitucional, por cuanto la nueva Carta Magna exige que el pago sea previo a la concreción de la expropiación (léase ocupación).

⁵ Esta última posibilidad se materializó en el caso que actualmente es conocido en el Juzgado Décimo de lo Civil de Pichincha (620-00), en el que el Municipio de Quito ocupó el bien inmueble de propiedad del IESS, luego inició el juicio de expropiación, levanta una acta ficticia de ocupación y en el mejor de los casos, algún día se pagará al "particular" expropiado una suma que carezca ya de utilidad alguna, ya que el monto a ser pagado se fija en relación a la fecha de ocupación del predio (Art. 254 Ley Orgánica de Régimen Municipal)

⁶ « Los actos administrativos gozan por su simple existencia de la presunción de legitimidad (se los considera apegados a derecho) y esta llamado a ser ejecutado sin necesidad de disposición de otra autoridad »

⁷ "Art. 18.- Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos."

irretroactividad de la ley, con la salvedad del lo tipificado en el Art. 254 de la Ley de Régimen Municipal que dice: “ Los avalúos... se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiados **al tiempo de iniciarse el expediente de ocupación...** . (lo resaltado me corresponde). Las mejoras iniciadas con posterioridad..., no serán objeto de expropiación”. Esto por cuanto en los procesos judiciales de expropiación y como casi en todos, las sentencias se dictan mucho tiempo después de presentada la demanda, no se diga de iniciado el expediente de ocupación o expropiación.

d) Deberá ser utilizado para fines de orden social consagrados en la ley: Esto con el fin de evitar, que por diversas razones, bienes raíces tanto de particulares como de entidades del propio sector público sean destinadas a satisfacer necesidades o cumplir requisitos de terceras personas (p.e. Declaratoria de utilidad pública, resolución de expropiación y acuerdo de ocupación dictado por el Municipio de Quito el 5 de marzo de 1.985, de una área de 7029 m² de terreno de propiedad privada, **para destinarlo a áreas verdes de la lotización privada Monjas Alto**). Este tipo de manejos de la expropiación ha cesado en los últimos años, entre otras razones, por la vigilancia establecida por los órganos de control del Estado.

En el Ecuador, la normativa sobre la expropiación es una institución antigua dentro del ordenamiento jurídico. Tanto así que la Constitución de 1.830 en su Art. 62 ya habla de la privación de la propiedad de los particulares “aplicada a uso público” por parte del Estado, que no se lo podrá hacer sin el consentimiento del propietario “y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón”. Con el tiempo, esta práctica se ha venido moderando y adecuando a la ley, a pesar de lo cual algunas instituciones siguen actuando como lo hacia el Estado a inicios del siglo XIX.

El Código de Procedimiento Civil codificado y editado por la Comisión Legislativa en el año de 1.953, incluye a la expropiación en el Libro II, Título II, Sección 22^a, cuyo Art. 847 dice que “La declaratoria de utilidad pública, para fines de expropiación, solo puede ser hecha por el Fisco, las Municipalidades y las demás instituciones de Derecho Público, de acuerdo con las funciones que le son propias y siempre que tal declaración sea aprobada cuando fuere del caso, por el Ministerio respectivo. La declaratoria de utilidad pública o social hecha por las entidades..., no podrá ser materia de discusión judicial, pero sí en la vía

administrativa". Esto último por cuanto, tanto en el CPC de 1.953, como en el actual, recogen que la tramitación del juicio de expropiación solo tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada.

3. Características que deben reunirse para que proceda la expropiación.

De hecho: Que se trate de un bien raíz, que el bien a expropiarse pertenezca al sector privado, que se halle dentro de las zonas urbanas de promoción inmediata y que se exprese el fin a que haya de aplicarse.

De derecho: Que la expropiación la haga una institución del Estado, para fines de orden social o para hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente, que se exprese si es total o parcial y que sea a través de los procedimientos y plazos establecidos en las normas procesales, en pocas palabras cumpliendo los requisitos señalados previamente.

4. Aplicación de la expropiación: a) A propiedad privada; b) Entre Entidades del Estado.

a) En realidad creo que ni siquiera debería hacerse esta distinción, ya que por su naturaleza la expropiación debe ser aplicada a personas privadas. Lamentablemente, la práctica administrativa ecuatoriana no ha sido realizada apegada a derecho y por eso en varias oportunidades la institución expropiatoria no se ha dirigido hacia los verdaderos sujetos pasivos de ella, sino contra el mismo sector público, lo cual es inaudito, porque cómo se puede declarar de utilidad pública lo que ya es público? Refiriéndome a la expropiación hacia las personas reguladas por el derecho privado, no hay elementos adicionales, sino los comprendidos a lo largo de este artículo.

b) En la práctica, erróneamente se pretende aplicar la potestad expropiatoria entre entidades del Estado, no obstante que el inciso séptimo del Art. 36 de la Ley de Contratación Pública (Título IV Capítulo I) textualmente prescribe que: "Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público no se requerirá la declaratoria de utilidad pública o interés social ni, en el caso de donación, de insinuación judicial. Se la podrá realizar por compraventa, permuta, donación,

compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos”. Sin embargo de esto en la realidad se encuentran variados casos en los que entidades del sector público erróneamente aplican esta figura, tal por ejemplo la declaratoria de utilidad pública, resolución de expropiación total y acuerdo de ocupación urgente realizado por el I. Concejo Metropolitano de Quito en sesión de 28 de enero del 2000, de una área de 16.885 m2 de terreno de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ubicados en la calle Amor, para destinarlo a actividades relacionadas con el funcionamiento de la flota de Trolebuses del Municipio de Quito; declaratoria efectuada con poco criterio jurídico, y más bien utilizada como una forma expedita para utilizar bienes inmuebles y “diferir” su pago en el tiempo, con ayuda del sistema judicial, encargado de fijar el precio justo.

5. Expropiación por hechos administrativos, no por acto administrativo.- Principal distorsión de la expropiación

Así mismo como se presentan un sinnúmero de distorsiones respecto de declaratoria de utilidad pública y expropiación aplicadas entre entidades del sector público, de la misma manera se da esta figura en la práctica, derivada y/o concretada en hechos administrativos, sin que medie resolución expresa de un ente competente, lo que vuelve a la expropiación una institución irregular, con muchas consecuencias que no se halla reguladas en la legislación y no han sido tratadas aun por la jurisprudencia nacional.⁸

Para una mejor comprensión de este punto nos remitiremos a lo que el tratadista Roberto Dromi conceptúa como hecho administrativo, a “toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos. Objetivamente, el hecho administrativo exterioriza función administrativa...”, prosigue

⁸ La expropiación es un tema escasamente tratado por la jurisprudencia nacional, ya que las disposiciones que regulan el juicio de expropiación contenidas dentro del Código de Procedimiento Civil (específicamente el Art. 803 de dicho código procedimental) establece que la sentencia de segunda instancia dentro de este tipo de juicios causa ejecutoria. Sin embargo, en los últimos años la Corte Suprema de Justicia, a través de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, ha conocido y resuelto varios recursos de casación dentro de distintos juicios de expropiación, considerando la Corte Suprema de Justicia, a mi criterio, que los juicios de expropiación son procesos de conocimiento y no solamente de ejecución, remitiéndose al Art. 2 de la Ley de Casación.

manifestando que se “diferencia del acto administrativo puesto que es un acontecer que importa un hacer material, operación técnica o actuación física de un ente público en ejercicio de la función administrativa, mientras que el acto administrativo significa siempre una declaración intelectual de voluntad de decisión , de cognición u opinión”.⁹ El Estatuto Jurídico del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva contiene en su Art. 78 otra definición de lo que es un hecho administrativo, la única definición de carácter positivo con la que cuenta el Ecuador, limitada lamentablemente por el carácter de decreto ejecutivo del Estatuto, que tiene un ámbito de aplicación restringido.

En nuestra legislación, desde la Constitución Política hasta las disposiciones secundarias contenidas tanto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Código de Procedimiento Civil y Ley de Contratación Pública, salvo lo que dispusieren leyes especiales, cuando se remiten a la declaratoria de utilidad pública con fines de expropiación, lo hacen como un acto administrativo, más no como un hecho, **puesto que significa una declaración intelectual de decisión de la entidad pública**. No obstante esto, disposiciones como las contenidas en la Ley de Régimen Municipal ponen el punto excepcional sobre este asunto, cuando manifiesta que “no se precisa declaratoria de utilidad pública, en cada caso, para adquirir o expropiar inmuebles que se hallen ubicados dentro de las zonas urbanas de promoción inmediata”, a las que en la práctica también se las conoce con el nombre de “afectaciones viales”. Al efecto se pueden citar múltiples casos de este tipo de afectaciones que en la realidad constituyen desviaciones de la figura de expropiación, de las que ha sido objeto el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a quien se le ha despojado *de hecho* de terrenos para la ampliación de distintas avenidas y calles en la ciudad de Quito tales como la Av. Occidental, calles Machala, Alamor , etc., sin siquiera haber precedido el acto de declaratoria de utilidad pública con fines de expropiación, menos iniciado el correspondiente juicio de expropiación a fin de determinar el precio a pagarse por los terrenos ocupados, sin desconocer la obligación que en esos casos tiene el IESS de contribuir gratuitamente con terminado porcentaje de terreno, de acuerdo con la misma Ley Orgánica de Régimen Municipal.

6. Medios de defensa del administrado.

⁹ Ibidem, nota 2.

Como medios de defensa que franquean nuestras leyes al administrado frente a los actos administrativos como a los hechos administrativos de expropiación, en caso de que estos fueran ilegales y/o atentaran contra derechos constitucionales de los ciudadanos, tenemos: a) Amparo Constitucional, b) Recurso Contencioso Administrativo, c) Juicio de expropiación y d) Juicio Ordinario de pago del precio del bien.

a) Amparo Constitucional. - Teniendo como premisa que la declaratoria de utilidad pública con fines de expropiación, es un acto administrativo como quedó anteriormente expuesto, el mismo puede ser impugnado por la vía del amparo constitucional si no se ha seguido el camino correcto, ya que de conformidad con el Art. 95 de la Constitución cabe el amparo en contra de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que vendrían a ser las decisiones por ejemplo del Concejo Municipal (típica entidad expropiadora), que viole derechos consagrados en la constitución y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. La forma y el procedimiento para adoptar esta acción son las contempladas en el Art. 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional. En aplicación de esta de esta acción, de manera ejemplificativa debo citar el caso No. 721-200-RA resuelto por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el 5 de abril del 2001, propuesto por el Doctor Diego Ordóñez Guerrero en contra del Distrito Metropolitano de Quito, que aceptó el amparo propuesto por la expropiación de un remanente de terreno de propiedad de los actores, habiéndose cumplido con el objetivo principal de la expropiación (prolongación de la Av. Eloy Alfaro), tanto más que el Municipio nunca contó con la autorización de los propietarios del terreno para que el remanente sea expropiado.

Otro caso es el planteado por la Cooperativa de Artesanos "El Batancito" y que fuera resuelto favorablemente a ésta en última instancia por el Pleno del Tribunal Constitucional, con Resolución No. 189-2000-TP, oponiéndose a la expropiación decretada por el Concejo Metropolitano de Quito en sesión de 28 de enero del 2000, de terrenos de propiedad del IESS ubicados en las calles Río Coca y Las Hiedras, terrenos que venían siendo ocupados por miembros de la Cooperativa como arrendatarios. Entre otras consideraciones por parte del Tribunal Constitucional para conceder el amparo, constan la cita del Art. 95 de la Constitución Política, por cuanto se trata de un trámite administrativo (la expropiación) y no judicial; así como estar facultados para velar por que no se violen las garantías consagradas en la Constitución, en especial las de libertad del trabajo y derecho al debido proceso.

b) Recurso Contencioso Administrativo.- De acuerdo con el Art. 794 del Código de Procedimiento Civil, la declaratoria de utilidad pública con fines de expropiación de inmuebles realizadas por el Estado y las entidades del Sector Público, no podrán ser materia de discusión judicial, pero sí en la vía administrativa. Tratándose de expropiaciones por parte de las Municipalidades, el Art. 253 de la Ley de Régimen Municipal manda que se notificará dentro del plazo de tres días a los interesados con la declaratoria de utilidad pública, quienes de no estar conformes con tal acto, presentarán al Concejo dentro del término de tres días las observaciones pertinentes y, si no se le contestare dentro del término de diez días o si la contestación fuere parcial o totalmente negativa, podrán presentar su reclamo al Ministro de Gobierno en el término de tres días. Dicho Ministerio, previo a su pronunciamiento escuchará a la Municipalidad y pronunciará el fallo que corresponda.

Por su parte el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo dice que son causas de nulidad de una Resolución o del Procedimiento Administrativo, cuando “ b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para adoptar una Resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la Ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influya en la decisión”.

Con relación a la defensa que se puede hacer ante el Tribunal Contencioso Administrativo, respecto a actos de declaratoria de utilidad pública con fines de expropiación, como caso práctico citaré la impugnación a la Resolución No. 129 de 1 de febrero de 2000, por la cual el Concejo Metropolitano de Quito declaró de utilidad pública y ocupación inmediata terrenos de propiedad del IESS para destinarlos a la construcción de la Terminal Troncal de la Ecovía. A este respecto, impugnada que fue la declaratoria de utilidad pública en la vía administrativa por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en última instancia la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en fallo expedido 17 de marzo del 2003 a las 17h30, casa la sentencia del inferior y declara ilegal el acto administrativo del Concejo Metropolitano de Quito por el que declaró de utilidad pública los terrenos del IESS anteriormente mencionados, acto administrativo impugnado por el Instituto, dejando a salvo cualquier derecho que tuviese la Municipalidad de Quito para ejercerlo por la vía legalmente idónea, para cumplir sus objetivos en beneficio de la comunidad.

c) Juicio de Expropiación.- De conformidad con el Art. 793 del Código de Procedimiento Civil el juicio de expropiación solo tiene por objeto determinar el precio o cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada, con el requisito que se trate de expropiación por causa de utilidad pública. En concordancia con esta disposición, el Art. 255 de la Ley de Régimen Municipal manda que para determinar el precio que corresponde a los bienes objeto de expropiación, se seguirán las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil y en otras leyes. Por su parte la Ley de Contratación Pública manifiesta en el inciso quinto del Art. 36 que, de no darse un acuerdo directo entre la entidad y el expropiado, se procederá al juicio de expropiación conforme al trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil. Por demás esta decir que el trámite de los juicios de expropiación es especial, pero aun así también sufren retardo en su despacho y, de las sentencias que se dictan solo hay recurso de apelación en el efecto devolutivo. Para la fijación de la indemnización por parte del Juez, por lo regular y de acuerdo con la práctica, se cuenta con el dictamen de perito o peritos, y no es obligación del Juez sujetarse al avalúo establecido por la DINAC.

Finalmente, se puede declarar sin lugar la expropiación si transcurrieren tres meses desde la última notificación de la sentencia y no se consigna el precio determinado en la misma. El Juez a solicitud de parte, declarará sin lugar la expropiación y serán de cargo del demandante el pago de costas, dando paso a un efecto resolutorio por incumplimiento, que será declarado por el Juez de la causa en el mismo proceso. De acuerdo con la experiencia procesal esta solicitud para dejar sin efecto la expropiación, puede llegar incluso hasta la Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia, como consta del fallo de casación expedido dentro del expediente No. 298 publicado en el Registro Oficial 15-S, 31-VIII-98.

Otra de las distorsiones que se encuentra en la práctica de esta institución administrativa es el hecho de que la entidad estatal expropiadora no inicie el juicio de expropiación. Ante esos casos, la alternativa sería, a mi criterio, que el administrado lo inicie, ya que de esta forma se evitaría que por la ineficiencia de la Administración (o su eventual mala fe) se vulnerara el derecho subjetivo de los administrados afectados, teniendo que ser reconocido este proceso como válido por los jueces, al amparo del

principio procesal que permite la omisión de formalidades¹⁰ para que se de una eficiente administración de justicia.¹¹

d) Juicio ordinario de pago del precio.- Por último y en el caso de que no sea posible accionar ninguno de los medios de defensa arriba señalados, por distintas causas, queda como alternativa la demanda de pago del precio del bien expropiado, como obligación natural en juicio ordinario, aunque se haya extinguido la acción civil por efectos de la prescripción (diez años), de conformidad con las disposiciones del Código Civil constantes en el Art. 1513, en concordancia con el Art. 404 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en relación al trámite.

7. Conclusiones

Como se ha visto a lo largo de todo este breve resumen sobre esta institución del Derecho, la expropiación es una potestad de las llamadas exorbitantes con las que todavía cuenta la Administración Pública, pero que en su decisión, utilización y ejecución cada vez se debe volver más considerada con el individuo administrado, ya que la propiedad es sin duda el derecho económico más importante del ser humano, y todos los funcionarios públicos (con mayor énfasis en los miembros de la Función Judicial) deben empeñarse en que los derechos sean respetados.

No deben ponerse ataduras procesales al ejercicio de derechos constitucionales (el acceso a la tutela judicial es un derecho constitucional del debido proceso), ya que la función de la administración de justicia es vigilar el cumplimiento de la ley, y no lo contrario.

Es importante que los miembros de la sociedad civil ejerzan su derecho en caso de verse afectados por actos (o hechos) administrativos que afecten sus derechos, a fin de crear conciencia en la misma ciudadanía y

¹⁰ En este punto, varios lectores podrán considerar que el requerimiento contenido en el número 1 del Art. 797 del CPC es más que una mera formalidad, criterio del que discrepo por cuanto el fin de la intervención de la Función Judicial dentro del proceso de fijación de precio por un inmueble expropiado se da con el fin de poner a las partes en igualdad de condiciones y establecer un precio justo. Estos dos objetivos no se estarían cumpliendo si se deja al arbitrio de una de las partes (evidentemente la Administración Pública) el inicio de un proceso para que se reconozca el derecho evidentemente legítimo y legal del administrado afectado.

¹¹ Art. 192 de la Carta Política.

en la autoridad pública sobre los límites de actuación de la Administración Pública.



**Calidad en Productos de
Acero para la Construcción**

Nuestros Productos

LAMINADOS AL CALIENTE

HIERRO DE CONSTRUCCIÓN

Barra Antisísmica AS

Malla Antisísmica AS

PERFILES

Ángulos

Barra Redonda Lisa

Cuadrados

Platinas

Tees

TREFILADOS

Clavos

Galvanizados

Grapas

Malla Cerramiento

Malla Electrosoldada

Malla Tumbado

Púas

Recocidos

Rollo Trefilado

Vanilla Trefilada

Vigas

Viguetas

QUITO

Amazons 1014 y Av. Naciones Unidas (E-10) y Primavera
de A. Piso 11 Oficina 1102
T: 593 21 226 0500 - Fax: 593 21 246 0509 - 246 7514
T: 17 01 2209

JAYAKUIL

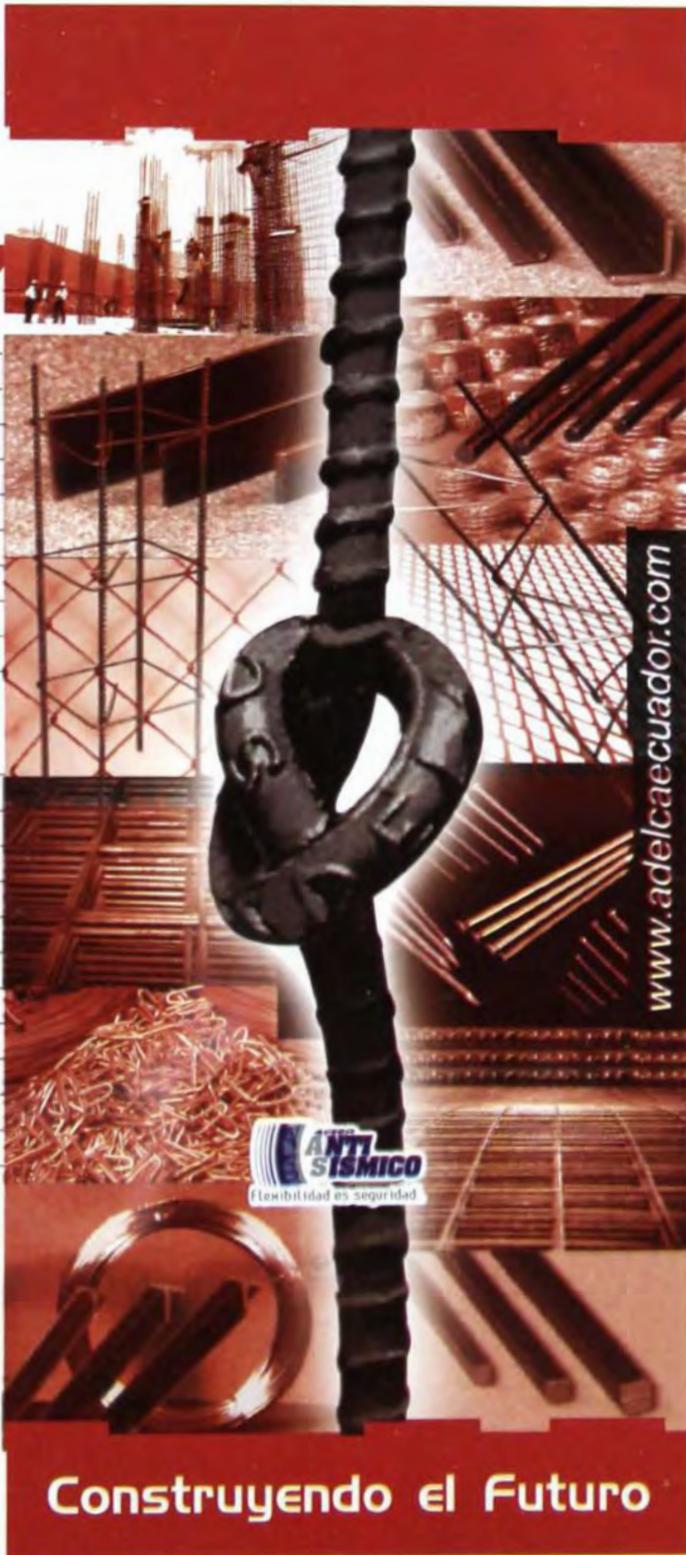
1011 2 Via Daule - Telefax: 593 4 211 0952 - 211 0982
T: 0414 / 211 0465
T: 09-04 1299

LENCA

Dr. Carlos Tosi Sra. 292 - Parque Industrial
T: 1593 71 2800 189 - 2808 927 - 2862 315 - 2863 136

ANTA (ALOAGI)

29 Km. 1 1/2 vía Santa Dominga de los Colorados
T: 593 21 238 9151 - 238 9196 - 238 9209
T: 593 21 238 9164 - 238 9271



www.adelcaecuador.com



Construyendo el Futuro



Compartir sin límites



www.dinersclub.com.ec



VISITENOS EN:

Quito: Tamayo N21-258 y Carrion,
Telefax: 252 33 92

Tamayo 1321 y Av. Colón
Telefono: 223 08 69

Clemente Ponce 229 y Piedrahita
Telefono: 250 15 32

Azogue: Serrano 5-22 y Emilio Abad.
Telefax: 224 83 66

Cuenca Cordero 723 y Presidente Córdova,
Telefonos: 284 60 47

e-mail: jc@libreriascevallos.com

www.libreriascevallos.com

Estudio Jurídico Sánchez Coronel

Amazonas N39-82 y Pereira - Edificio Casa Vivanco. Quinto Piso. Oficina 501
telefax: 226 6281 - 226 6282



BSA

BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE

NEWS

VENTAJAS DE UTILIZAR SOFTWARE LEGAL

Garantiza que todas las herramientas del software adquirido funcionen en perfectas condiciones.

Evita el riesgo de caídas en los sistemas de computación por fallas en el software.

Brinda mayor seguridad al proveer soporte técnico y capacitación en mecanismos para combatir los virus.

Otorga respaldo técnico y de investigación de los equipos profesionales que conforman las firmas productoras de tecnología.

Cuenta con las garantías del producto y puede obtener actualizaciones a precios más bajos.

Las empresas tecnológicas siempre buscan brindar productos y servicios con mayor valor agregado.

Utilice solamente software legal

Business Software Alliance (BSA) es una organización sin fines de lucro que busca crear los mecanismos que garanticen los derechos de propiedad intelectual de la industria del software.

Cuenta con 23 firmas asociadas que son las principales empresas de productos y servicios tecnológicos del mundo.

En el Ecuador, al igual que en el resto de países donde se encuentra, el énfasis de sus actividades está en desarrollar procesos de difusión y educación con los diferentes públicos involucrados en los temas de manejo de software, propiedad intelectual, ciber-seguridad, comercio electrónico y todas las actividades relacionadas al Internet.

Información y asesoría

1 800 BSA BSA

Representantes en el Ecuador
Peña, Larrea, Torres & Paredes Abogados S.A.
Dr. Mario Larrea y Dra. Verónica Sánchez
Teléfonos: (593 2) 2261817/18/19
vsanchez@legalecuador.com

EL GOBIERNO DIGITAL COMO PARTE DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Ab. Santiago Reyes Mena¹

“Cada nuevo método que conduzca por un camino mas corto a la prosperidad, cada maquina que ahorre trabajo, cada instrumento que reduzca el costo de la producción, cada descubrimiento que facilite la satisfacción o la intensifique, es el fruto mayor del intelecto humano. Es principalmente por esas razones que un pueblo democrático se dedica a la búsqueda científica, que la entiende y la respeta”

Alexis de Tocqueville

1.- Antecedentes

Las tecnologías de la información y comunicación² (TIC) esta cambiando la estructura de la sociedad y con ello, existe un temor a lo desconocido, a la incertidumbre por parte del hombre de perder su actual status. Las TIC tiene elementos positivos y negativos; establece diferencias entre los países, regiones y clases sociales; por lo que, se plantean varias interrogantes sobre ellas a nivel económico, social, político. Esta Sociedad basada en TIC se la ha denominado la Sociedad de la Información (SI).

Se evidenciaba que la sociedad industrial y post industrial derivaban en una sociedad distinta, en la cual el control y optimización de los procesos industriales empezaban a ser sustituido, en cuanto a clave económica, por

¹ Master en Informática y Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Representante de la Comisión para el estudio y difusión del Derecho en América Latina (CEDDAL). Socio de Insigne Asesores en Derecho de las Nuevas Tecnologías. Miembro del Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico.

² Según la UNESCO las tecnologías de la información es el conjunto de disciplinas, científicas, tecnológicas y de ingeniería empleadas en la manipulación y elaboración de información, su aplicación, los ordenadores y su interacción con los hombres, maquinas y cuestiones sociales, económicas y culturales relacionadas.

el control y manejo de la información. Paulatinamente se evidenció que la emergente SI ponía mayor énfasis en el tratamiento de la información y del uso de TIC relacionadas con la misma, sea como factores de producción o como productos finales. Mientras en la sociedad industrial la característica más evidente era el acceso a los bienes propios, a los de su entorno y de terceros; y en la sociedad post - industrial había un énfasis en el crecimiento de la oferta del sector terciario (servicios); en la SI conlleva las características antes mencionadas y que cada ciudadano, empresas y administración pública tiene la capacidad de poseer y controlar su propia información y, al mismo tiempo, obtener un acceso casi ilimitado a la información generada por los demás gracias al accionar de las TIC³.

La SI hace referencia a una nueva economía que es una cuestión de mente, no de músculo o de dinero⁴. Existe una capacidad de acceso sin precedente a un vasto volumen de información, cuya explotación esta transformando el funcionamiento de los mercados, las empresas y es un escenario con nuevas oportunidades de creación de riqueza⁵. Se evidencia en la SI un desarrollo tecnológico, económico y social, donde la adquisición, almacenamiento, procesamiento, evaluación, transmisión, distribución y aprovechamiento de la información con miras a la creación de conocimiento y la satisfacción de las necesidades humanas, con miras a una calidad de vida⁶ y de las organizaciones. Cabe decir que no solo requiere la capacidad de utilizar TIC y procesar la información, sino también la capacidad de aprender a aprender: la fuente de la productividad y la competitividad es la mano de obra capaz de programarse a si misma⁷.

³ Masuda, Yoneji, fundador y presidente del Instituto para la Sociedad de la Información y profesor de la Universidad Japonesa de Aomori, fue director del JACUDI (*Japan Computer Usage Development Institute*). publicó en 1980 su libro *The information Society as a Post-Industrial Society*. Libro que popularizó la expresión Sociedad de la Información.

⁴ Toffler, Alvin, *Powershift: Knowledge, Wealth, and Violence at the edge of the 21st century*. Bantam Books, N.Y., 1990.

⁵ Coronil, Alicia; Pampillon, Rafael, *La iniciativa e-Europa: una sociedad de la información para todos en Régimen Jurídico de Internet*, La Ley, Madrid, España, 2002, Pág. 129.

⁶ Libro Verde sobre la sociedad de la información en Portugal, 1997.

⁷ Castells, Manuel y Himanen, Pekka, *El Estado del bienestar y la sociedad de la información - El modelo Finandés*, Alianza Editorial, Madrid, España, 2002, Pág., 18.

El Internet⁸, al ser un medio universal de comunicación de datos, nos ha llevado hacia la SI, existiendo otros medios que no han conducido a una comunicación global, sin embargo, la SI se fortalecerá con el lanzamiento del proyecto “Internet 2”⁹ ya que existirá una incidencia e influencia más abierta y masiva hacia la información. Cabe señalar que la SI se encuentra en una etapa inicial, en la cual se está desarrollando la infraestructura y sus efectos se están percibiendo. El impacto final en la sociedad es impredecible y ciertamente no será producto de un proceso determinado. Por el momento se tiene claro que el conocimiento y manejo de las TIC nos pueden conducir a donde nos propongamos pero el destino aun es una incógnita.

La SI esta gestándose en diversos países de América Latina (AL) para lo cual el Gobierno y la sociedad civil deben cooperar conjuntamente para garantizar la perspectiva de que sus beneficios alcancen efectivamente a todos los ciudadanos. En la era de la Internet, el Gobierno debe establecer objetivos sobre la SI; proporcionar la universalización del acceso y el uso creciente de los medios electrónicos de información; generar una administración eficiente y transparente en todos los niveles; ser responsable del sistema político en la SI, al promocionar políticas de inclusión social para que el salto tecnológico tenga un paralelo cuantitativo y cualitativo en las dimensiones humanas, ética y económica. La “alfabetización digital” es clave en este cuadro¹⁰.

Los Gobiernos al preparar una política hacia la SI han desarrollado mecanismos de incorporación a la SI en diferentes áreas. Estas áreas son: infraestructura, universalización de servicios, investigación y desarrollo (I+D) de TIC, educación, contenidos e identidad cultural, gobierno digital (GD), mercado, trabajo, medicina, etc. Siendo el GD un elemento de la SI, del cual trataremos a continuación en el presente trabajo.

2.- Concepto de Gobierno Digital

El GD, también llamado gobierno electrónico o e-Government se ha definido de diversas maneras. Se ha concebido su concepto que incluye varios elementos como: coste-efectivo, democrático, eficiente, inteligente

⁸ Internet es una red global de datos específica, basada en la familia de protocolos TCP/IP.

⁹ <http://www.internet2.edu>

¹⁰ Libro Verde sobre la Sociedad de la Información en Brasil. 2001.

e interactivo. Para lo cual, cada gobierno debe elaborar su propia definición a fin de adecuarlo a sus propias realidades y propósitos¹¹. Consideramos que es responsabilidad del Estado implementar un GD con una visión y una misión clara; mantener la información y los servicios todo el tiempo; presentar los avances a la ciudadanía, y aceptar comentarios o sugerencias; y revisar y actualizar el programa; etc. Así daremos a continuación algunas definiciones sobre GD.

La División de Economía y Administración Pública de las Naciones Unidas, lo define como un compromiso permanente del gobierno para mejorar la relación entre los ciudadanos y la administración pública, mediante el intercambio eficaz y eficiente de servicios, información y conocimiento¹².

El Grupo Gartner considera que es una continua optimización de la prestación de servicios del Gobierno, de la participación del ciudadano y la gobernabilidad transformando las relaciones internas y externas a través de la tecnología, la red y la nueva media.

El GD es un gobierno inteligente. Esta organizado alrededor de la gestión y utilización de la información. El gobierno inteligente es esencial en una sociedad donde la información se ha convertido en una pieza esencial¹³.

El Proyecto Ibero Municipios, lo concibe como una representación en el mundo informático de un modelo de gobierno que existe en el mundo real. A través de la tecnología se permite a los ciudadanos de un Estado, Provincia o Municipio acercarse a la realidad de las diferentes políticas que se están llevando a cabo en la Nación, Provincia o la Ciudad. Permite realizar toda clase de trámites burocráticos, y ofrece gran variedad de servicios a disposición del usuario, además permite la participación ciudadana¹⁴.

¹¹ Dinsdale, Geoff; Chhabra, Samir; y Rath-Wilson, John, Guía Práctica para el Gobierno Electrónico: Cuestiones, Impactos y percepciones. Para el diálogo de Política del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2002.

¹² Verse: <http://www.unpan.org/egovment2.asp>

¹³ Alcock, R y D. Lenham, Changing Government Vol. 2: Result of the crossing Boundaries Cross – Country Tour, 2001.

¹⁴ Verse: <http://www.iberomunicipios.org/glosario>

Para la Oficina del Consejo Privado del Gobierno de Canadá el Gobierno es el precursor del Gobierno electrónico. El gobierno on-line que ya existía. El GD es el estado en que los gobiernos son interactivos, interjurisdiccionales, totalmente conectados a los ciudadanos, trabajando conjuntamente en los temas y encontrando soluciones a políticas y programas de manera coherente y democracia¹⁵.

3.- Principios del Gobierno Digital

1.- Transformador.- Se establecerá en la Administración del Estado una nueva forma de operar, creando y modificando sustantivamente los actuales procedimientos de funcionamiento y de relación con el ciudadano mediante la introducción de TIC. En lugar de meramente introducir tecnología a los actuales procedimientos.

2.- Al alcance de todos.- Se traduce en el acceso de todos los ciudadanos a los servicios provistos en forma electrónica por el Estado. Considerando una dimensión geográfica (donde se accede), una social (quien accede) y una horaria (cuando se accede), y asegurando que dichas dimensiones sean equitativas.

3.- Fácil de usar.- Tiene por propósito que los servicios provistos mediante el uso de TIC, por parte del Estado, sean simples y sencillos para los ciudadanos.

4.- Mayor Beneficio.- Implica que el beneficio que signifique para los ciudadanos el demandar un servicio a través de TIC, sea superior al que recibirán de obtenerlo en forma presencial en las dependencias del Órgano Público y que las TIC sean una herramienta hacia una nueva forma de organización social en redes interconectadas y horizontales; menos jerárquicas y verticales.

5.- Seguridad, Privacidad y registro.- Su finalidad es disponer de adecuados niveles de estándares y niveles de seguridad, respecto de la privacidad de las personas en el acceso a la información y de las transacciones que se efectúen. Además, mantener un registro de auditoría de las transacciones que se efectúen.

¹⁵ Towards a Government for the Knowledge Age: Regional Perspective Privy Council Office of Canada, 2002.

6.- Función del Sector Privado.- La implementación de servicios a través de TIC se apoyaran en el sector privado. Esto se hará mediante procesos competitivos, pero la propiedad y uso de la información estará reservado al Estado y al ciudadano al cual pertenece. Esta orientación será extensiva a la formación y capacitación de funcionarios públicos y ciudadanos.

7.- Desconcentración.- La administración, mantenimiento y actualizando las TIC será responsabilidad de cada servicio, salvo aquellas instituciones que involucre la participación de más servicios. En todo caso se debe asegurar la interoperabilidad al interior del sector público.

8.- Competencia electrónica.- Se proporcionará la posibilidad de efectuar las transacciones desde cualquier punto del territorio, por lo que las jurisdicciones de los servicios deberán adaptarse para contemplar esta posibilidad¹⁶.

4.- La evolución del GD

La mayoría de los países desarrollados han tenido una evolución común al momento de instaurar un proceso de Gobierno Digital¹⁷:

Informar: poniendo disponible información departamental en la Web.

Interactuar: permitiendo a los ciudadanos hacer comentarios y plantear cuestiones electrónicamente, así como recibir respuestas (comunicación bidireccional).

Transaccionar: permitiendo a los ciudadanos y a las empresas hacer transacciones con el gobierno

Integrar: integrando servicios de manera novedosa, por ejemplo los relativos a eventos de la vida como nacimientos, matrimonios, defunciones, de manera que estos servicios se presenten ordenados de una forma lógica para los ciudadanos. Esto ha dado como resultado muchos portales de única entrada a los servicios gubernamentales.

Innovar: utilizando el GD para posibilitar todas las operaciones de la administración y construir modelos de gobierno.

Los tres primeros pasos tienen que ver con proporcionar a los ciudadanos, mediante la utilización de las TIC, un nuevo canal de

¹⁶ Estrategia de Gobierno Electrónico en Chile, XIX Sesión Plenaria – CAIBI, Pag., 6

¹⁷ Dinsdale, Geoff; Chhabra, Samir; y Rath-Wilson, John, Op. cit. Pag. 12.

servicio que se incorpora a los ya existentes del mostrador, el teléfono y el correo. Las etapas 1 a 3 representan un movimiento desde la ausencia de las tecnologías a su utilización para fines de prestación de servicios u otros fines. Esto requiere un trabajo fundacional, como la adquisición de equipos y la construcción de infraestructura interna y externa.

En la medida en que los gobiernos se mueven de la etapa 4 a 5 no piensan en la tecnología para proyectos específicos. La tecnología es un instrumento integrado para facilitar todo lo que hace el gobierno, desde las consultas hasta el diseño de políticas y la prestación de servicios. En este sentido, el GD no es algo estático, como un portal del gobierno para todos los servicios, sino que es una manera de gobernar orgánica y adaptable que tiene como finalidad resolver las necesidades sociales en un entorno cambiante.

5.- Objetivos del Gobierno Digital

El gobierno electrónico tiene como objetivos: mayor eficacia de la Administración y mejor servicio al administrado; mayor transparencia; mayor participación ciudadana,¹⁸ democracia electrónica¹⁹. De los objetivos podemos determinar cual sería la tipología de servicios electrónicos o del Portal del Gobierno, así tenemos:

	Servicios de nivel de información	Servicios de nivel de comunicación	Servicios de nivel de transacción
Vida Cotidiana	Transparencia en información pública de la Agenda Nacional	Debates sobre la vida cotidiana, anuncios de tipo laboral o doméstico	Como reserva de pasajes, matriculación en cursos

¹⁸ Cotino Hueso, Lorenzo, La Administración y Gobierno electrónicos en los documentos institucionales básicos en la sociedad de la información, en el XVII Encuentro sobre Informática y Derecho, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España, 2003. Pág. 232.

¹⁹ Dícese de aquel modelo de Democracia que permite la participación cotidiana y directa de los ciudadanos en la toma de decisión de naturaleza pública a través de redes de información y comunicaciones automatizadas, ver: <http://www.iberomunicipios.org/glosario>

Administración a distancia	Direcciones de servicios públicos, guía de procedimientos administrativos	Direcciones e-servicios, guía de procedimientos administrativos, registros y bases de datos públicos, mejor relación con otros gobiernos	Drástica reducción de costos por las TIC, presentación electrónica de formularios para trámites
Participación política	Legislación, políticas y consultas. Información de procesos	Contacto por TIC con políticos, desarrollo de e-democracia	Referéndum Elecciones Sondeos, voto electrónico

6.- Beneficios del Gobierno Digital

La experiencia demuestra que el gobierno electrónico proporciona muchos beneficios²⁰:

- Fortalece la confianza en las instituciones públicas, permitiendo mayor apertura, transparencia y responsabilidad a la vez que protege al individuo;
- Mejora ampliamente la actuación de gobierno, su capacidad de respuesta a las necesidades y expectativas de los ciudadanos;
- Legitima políticas y programas de gobierno, creando, compartiendo a los ciudadanos como parte en la creación de las mismas;
- Ayuda a fortalecer la cohesión nacional, creando nuevos espacios públicos de encuentro, debate y estudio de la comunidad, su asociación dentro de la misma, sus intereses comunes, valores y diferencias;
- Mejora la capacidad del gobierno y de la sociedad de adaptarse a un entorno cambiante;
- Sirve de catalizador a una economía innovadora y competitiva mediante el apoyo a la creación de conocimiento y su expansión a través de las redes de trabajo.

Los beneficios del gobierno electrónico pueden segmentarse para grupos específicos de usuarios, tal y como se recoge a continuación²¹:

²⁰ Towards a Government for the Knowledge Age: Regional Perspective Privy Council Office of Canada, 2002.

Transacciones del sector público con:	Ejemplos	Beneficios
Ciudadanos	Información, Cultura, Salud, Educación, Prestaciones económicas, Impuestos	Mayor amplitud de canales, conveniencia, menores costes transaccionales, servicio mas personal, más proyección de servicios y políticas, mayor participación democrática y apertura
Empresa	Programa de apoyo, Asesoramiento y orientación, Regulación, Impuestos	Interacciones más rápidas, Reduciendo costes transaccionales, y carga normativa
Suministradores	Procedimiento electrónico	Costes transaccionales reducidos, mejor gestión del inventario, entornos de datos compartidos
Otras entidades del sector público	Comunicación entre departamentos y agencias y entre gobiernos centrales y locales	Mayor eficiencia y fluidez, reducción de costes transaccionales. Mejor utilización de la base del conocimiento. Mejora a la flexibilidad de los acuerdos de trabajo

7.- Modalidades de Gobierno Digital

Según la Estrategia de GD de los Estados Unidos se puede describir los proyectos sobre la materia de la siguiente manera:

1.- *Government to Citizen (G2C)*, Gobierno a Administrado cuyo objetivo es proveer eficiente y eficazmente la información y servicios de una sola fuente de acceso online a los ciudadanos. www.Govbenefits.gov permite acceso instantáneo a la información para los programas de beneficio del gobierno y los servicios en un mismo portal.

2.- *Government to Business (G2B)*, Gobierno a Empresa los objetivos son: reducir los obstáculos en los negocios, proveer de un solo acceso la información y permitir una comunicación mediante el lenguaje XML. Con esta iniciativa existe una participación ciudadana más activa en la preparación de legislación (www.regulation.gov).

²¹ Reproducido del: Modernizing Government Paper, E-Government: A Strategic framework for Public Services in The Information Age. UK Cabinet Office, 2002, en Dinsdale, Geoff; Chhabra, Samir; y Rath-Wilson, John, Guía Práctica para el Gobierno Electrónico: Cuestiones, Impactos y percepciones, Para el dialogo de Política del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2002.

3.- Government to Government (G2G), Gobierno a Gobierno permite al gobierno de todo nivel, interactuar permanentemente y trabajar para mejorar los servicios. Una iniciativa segura, es un portal que mejore el proceso de desastres, mediante la simplificación y la unificación de la interacción entre la seguridad de los distintos niveles de gobierno.

4.- Eficiencia y eficacia Interna (IEE), el Gobierno debe modernizar los procesos internos para reducir los costos. Se basa en la aplicación de prácticas industriales para mejorar las operaciones en áreas como la administración financiera y de conocimientos. Se busca mayor eficiencia y eficacia. Un modelo notable es el e-training que esta consolidando numerosas capacidades de entrenamiento gubernamental en línea (www.GovLern.gov)

Un esquema de interactividad entre los actores de un e-Government es el siguiente²²:

Hacia			
Desde	Organismos del Estado	Ciudadanos	Empresa
Otros Gobiernos	Políticas de integración: subregional, regional y mundial	Democratización de la información, Disponibilidad de información de diferentes culturas al alcance de todos	Exportaciones e Importaciones
Organismos del Estado	Intranet del Organismo	Trámites Información Servicios	Procura Gubernamental
Ciudadano	Impuestos Opinión	Comunidades de Interés y de Conocimiento	Compras
Empresa	Oferta de Producto/Servicio	Tiendas Virtuales	Compras al Mayor

²² Estrategia del Gobierno Electrónico en Venezuela, Caracas, Julio, 2001.

8.- Accesibilidad e infraestructura tecnológica

La accesibilidad implica no solo la oferta de GD sino de: las aptitudes y conveniencia del desarrollo de un proyecto de GD; la alfabetización electrónica de la sociedad y costes de acceso. Los dos primeros son iniciativas propias del Estado, la tercera, el coste de acceso implica tres gastos que son: la compra de un computador, el uso del teléfono, y la tarifa del proveedor del servicio de Internet.

Por otro lado el GD se basa en una infraestructura tecnológica, de la cual, destacamos brevemente algunos elementos de conexión y disponibilidad con respecto a la infraestructura.

1.- De la llamada a la banda ancha.- Es una infraestructura TIC rápida y fiable, elemento básico en cualquier estrategia electrónica. Banda ancha es sinónimo de acceder a Internet con “alta velocidad.

2.- Telefonía móvil.- Es un método potencial para proporcionar acceso a banda ancha. Por el momento es limitada por velocidades de conexión lentas pero la próxima generación proporcionaran conexiones móviles a banda ancha. Pero el desarrollo y penetración en AL de la telefonía móvil tiene porcentajes muy altos.

3.- Telefonía inalámbrica en casa.- Aunque todavía cara su utilización en AL. Microsoft piensa enviar satélites que proporcionen acceso a través de antenas individuales. También existe la posibilidad de conexión a una base fija con conexión inalámbrica en el radio de una milla.

4.- Televisión.- Ofrece otra forma de conexión en países de AL con alto porcentaje de penetración de la televisión por cable. Este método puede ser mas barato y ofrecer buenas velocidades de conexión.

5.- Red electrónica.- Puede proporcionar conexión a Internet. Es una tecnología apropiada para edificios, pero la capacidad de conexión a Internet esta todavía siendo explorada²³.

9.- Marco Legal y normativo para el Gobierno digital

²³ Dinsdale, Geoff; Chhabra, Samir; y Rath-Wilson, John, Op. cit. Pag. 24.

- La confidencialidad: un mensaje que solo será leído por el destinatario;
- La autenticación: el receptor de un mensaje puede verificar la autenticidad del origen del mensaje; y
- El no repudio en origen: el emisor de un mensaje no podrá argumentar que no lo es.

3. Así mismo, el GD debe garantizar: la unicidad de las claves privadas que impide la duplicación de claves; asignar las claves publica a los usuarios, mediante los certificados digitales²⁷; definir el conjunto de protocolos, servicios y estándares que soportan el uso de la encriptación de clave publica; promover y regular la prestación de servicios de certificación sobre el modelo de confianza de Entidades de Certificación²⁸; y diseñar una Entidad reguladora (gubernamental) a cargo de la autorización y cumplimiento de las disposiciones legales de las Entidades de certificación o de registro y verificación asegurando su idoneidad, capacidad y responsabilidad en la administración y distribución de certificados digitales.

Otro elemento a tener en cuenta en la seguridad es propiciar un marco legal contra los llamados cibercrimenes o delitos informáticos. Así algunos países de Al han tipificado: la falsificación de información on-line; la divulgación de información secreta; la modificación o alteración de un sistema informático; etc. También algunas legislaciones han permitido la interceptación de comunicaciones por Internet; revelación de comunicaciones y datos electrónicos; y examinar las direcciones electrónicas. Así mismo, en las legislaciones no se prevé los servicios electrónicos equivalentes a los servicios públicos tradicionales, derecho de acceso, derechos de autor, uso correcto de las TIC²⁹ que son necesarios al momento de un proceso de GD.

4. Accesibilidad asequible.- Presupone un marco normativo que promueva la competencia y la inversión. Un aspecto importante de esto

²⁷ Los Certificados digitales son documentos electrónicos que relacionan una clave pública con la identidad de su titular.

²⁸ Las Entidades de certificación • terceras partes, Entidades de registro o verificación son los responsables de la administración y distribución de certificados digitales (registro y selección de claves, revocación de claves y evaluación de la confianza, entre otros).

²⁹ Estudio Mundial sobre el ejercicio del Gobierno en Línea, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Fundación de la Red del Commonwealth de Tecnología de la Información para el Desarrollo (COMNET-IT), Paris, 2000, Pág. 23.

en AL es una regulación apropiada del sector de las telecomunicaciones. Una regulación que promueva la competencia, reduciendo barreras a la inversión en infraestructuras es una condición esencial para participar en un mundo en red.

10. - Inconvenientes para el desarrollo del Gobierno Digital

Consideramos que los inconvenientes para el desarrollo de un GD provienen de: los usuarios, la Administración, la tecnología, cultural, y legislativo.

Los Usuarios.- Al iniciar un proceso de GD no se recoge información sobre el impacto del mismo y por ende, no se evalúa las necesidades del eventual usuario. Un elemento importante a tener en cuenta es la capacidad, en base a indicadores como edad y educación, que determina el nivel de alfabetización electrónica entre los usuarios. La confianza en los usuarios sobre las TIC y la Administración son bajas. Los costos del computador, teléfono y el servicio de Internet deben tender a la baja; e incrementar y propiciar el funcionamiento de telecentros. El factor pobreza es fundamental a la hora de introducir Internet y cerca del 88% de los usuarios de Internet provienen de países industrializados³⁰ Por ultimo a nivel gubernamental se debe fomentar contenidos culturales nacionales en Internet para los eventuales usuarios.

La Administración.- Los inconvenientes de la Administración son la falta de infraestructura tecnológica y sistemas de acceso a Internet de alta velocidad. Existe carencia de tecnología, acceso a Internet y programas de capacitación para los funcionarios públicos. Falta de iniciativa de parte de los gobiernos de implantar programas gubernamentales para el desarrollo de GD. En muchos casos una falta de recursos, presupuestos y principalmente poco conocimiento de TIC, lo que se traduce en mantener sistemas tradicionales de gobierno y no reconocer ni dar prioridades a la inversión tecnológica y procesos de GD. Así mismo, una falta de apoyo a un marco legal que de viabilidad al desarrollo de GD es muy común en los gobiernos. Por ultimo una carencia de voluntad política, visión, misión y falta de planificación de GD conducen al fracaso del proceso.

³⁰ Informe sobre Desarrollo Humano 2000, de las Naciones Unidas.

La Tecnología.- Su dinámica y desarrollo constante provocan que mucha de la tecnología actual caiga en desuso en periodos cortos de tiempo y que en poco tiempo sea obsoleta³¹ y que sea costosa su actualización. Los Gobiernos debido a cortos presupuestos para inversión tecnológica no cumplen con estándares técnicos necesarios. Los procesos de GD afrontan retos constantes debido al avance de la inseguridad informática y cambios tecnológicos, lo que se puede traducir en la vulnerabilidad del sistema y las actividades ilícitas.

Cultural.- El desarrollo de la SI y de las TIC encontró países con economías débiles y países en vías de desarrollo poco preparados y con un bajo nivel de alfabetización digital. Las desigualdades generadas por la SI, la llamada brecha digital, establece una nueva división social mundial entre las personas que poseen tecnología y acceso a Internet y las personas que carecen de dichos elementos. La Brecha digital es un elemento que aumenta la distancia entre ricos y pobres. Al tener una persona acceso a Internet, se encuentra con una diversidad cultural como el idioma. En Internet existen varias lenguas lo cual limita y dificulta el acceso a la información, la comprensión y la comunicación. El inglés es el idioma que predomina en Internet, lo que obstaculiza a las personas que desconocen de dicha lengua. Falta de promoción y garantía por parte del Gobierno hacia incorporación de la sociedad en la SI o difusión y uso en un nivel social alto de la sociedad.

Conclusiones

- La SI es una realidad a la cual los gobiernos en AL se encuentran dando sus primeros paso para su incorporación. Las TIC no tiene que ver con tecnología y acceso a Internet, sino con la distribución democrática de la información y con la facilidad de acceso al conocimiento e igualdad de posibilidades. La SI no esta determinada por las TIC, sino que esta determinada por una nueva forma de organización económica, política, social motivada por el desarrollo e incorporación de las TIC para lo cual todos los actores de la sociedad deben empezar a invertir, capacitarse, en las mismas e interactuar constantemente.
- Un proceso de GD debe basarse en estudios de factibilidad y comunicación permanente entre los actores. Así mismo, debe

³¹ Verse: <http://www.books.nap.edu/books/0309084016/html/23.html#pagetop>

implementar procedimientos de identificación; control y aprendizaje; evaluación de la gestión y correcciones según su avance; y siempre buscar respuestas a necesidades de los usuarios. Además de un buen ambiente entre los componentes que configuran el GD que son: La Administración pública como tal; las necesidades del usuario; TIC; marco legal y contenidos culturales nacionales y servicios puestos a disposición.

- Al finalizar un proceso ordenado, coherente con la realidad nacional de GD obtendremos una sociedad mayor informada; reducir la gran distancia entre los políticos y los ciudadanos; generar una mayor participación ciudadana y por ende, una democracia mas participativa. La información democrática esta, más que nunca, al alcance directo de los ciudadanos en formato electrónico. El suministro de esta información y su distribución es señal de que los Gobiernos y el proceso han entrado en una nueva fase de su existencia siempre evolutiva. Consideramos que debe existir un ambiente de coordinación y comunicación entre los diferentes niveles de gobierno, y estos con gobiernos extranjeros.

- Al momento de tener un GD en funcionamiento concluimos que este debe ser para todos los segmentos de la población y no solo para determinados usuarios que tienen acceso a TIC, de lo contrario se ampliaría la brecha digital. Se debe orientar el programa en las siguientes premisas: Acceso para todos, acceso donde quiera y acceso todo el tiempo. Además debe garantizar satisfacciones de seguridad y confidencialidad por parte del Gobierno, para lo cual se requiere sistemas que permitan autenticar la identidad de un ciudadano por medio de secretos compartidos en recientes transacciones, los passwords (claves de números y/o palabras), o claves privadas con tecnología de criptografía. Así, mismo concluimos que el fracaso de un proceso de GD conlleva varios aspectos negativos como: la pérdida de recursos económicos y, principalmente, pérdida de reputación

- Así mismo, debe existir un punto de equilibrio entre centralización y descentralización, esto es equilibrio entre control y creatividad. Ya que demasiado control interrumpe la innovación, la iniciativa y la motivación. Por otro lado, demasiada creatividad sin control, puede llevar a problemas de inoperabilidad por descoordinación. Además se requiere una permanente comunicación entre el sector público y sector privado para un exitoso proceso de GD.

• Consideramos que un proceso de GD requiere de cinco elementos: 1.-Ingresar en un verídico proceso de reforma y modernización del Estado (transparencia y participación ciudadana) por medio de las TIC; 2.- emprender el proyecto bajo un autentico liderazgo, esto es que los gobernantes conozcan el uso de la tecnología y la política del programa con sus objetivos; 3.- el Gobierno debe priorizar algunos programas sobre otros, debido a la limitación de los recursos, por lo que se requiere necesariamente, objetivos y una agenda claros y transparente para alcanzar esos objetivos; 4.- Se requiere colaboración con todos los entes del sector publico, sector privado y ONG's para que aseguren la calidad de acceso, operaciones, transacciones, etc. dentro de un portal de e-Government; y 5.- un compromiso ciudadano por participar activamente en el desarrollo del GD y tener la confianza de involucrarse con el mismo.

CONFLICTO DE LAS MARCAS EN INTERNET¹

Dr. Marco Matías Alemán²

I. INTRODUCCIÓN

1. Los notables avances registrados en las tecnologías de la información en los últimos años están transformando de un lado la manera en que los particulares se comunican y de otro lado el ambiente y la práctica de los negocios. Las tecnologías subyacentes en Internet son la causa de la apertura de nuevas oportunidades empresariales y del rediseño de la forma de llevar a cabo negocios ya existentes.

2. Esta revolución digital se basa en la confluencia de tres grandes disciplinas diferentes: de un lado, la electrónica que ha aportado los equipos capaces de procesar grandes volúmenes de información a unas velocidades impresionantes; el soporte lógico que opera esas máquinas, y que si bien ha crecido en complejidad (desarrollos dirigidos a la compresión de datos, en comunicaciones, etc.), no es menos cierto los logros que se han obtenido en los intentos de hacerlos más amigables para los usuarios aun para los no expertos; y por último, las telecomunicaciones que han permitido la interconexión. La confluencia de la que venimos hablando ha permitido lo que se conoce como Tecnologías de la Información (TI).

3. No es difícil imaginar el importante papel que los derechos de propiedad intelectual juegan en un entorno como el que acabamos de mencionar, desde la figura del derecho de autor como mecanismo para brindar protección a todos los contenidos (obras que circulan en la red), ya sean obras literarias, musicales o cinematográficas o como mecanismo para brindar protección a los soportes lógicos de los que venimos hablando (en la mayoría de países el software obtiene protección por la vía del derecho de autor); o el importante papel que han jugado las

¹ Ponencia presentada en el Primer Congreso internacional "Transferencia de tecnología, un pasaje a la globalización". Quito, agosto de 2003.

² Administrador Principal de Programa, Oficina de Cooperación para el Desarrollo para América Latina y el Caribe, OMPI, Ginebra. Las ideas expresadas por el autor en éste escrito son personales y por lo tanto no comprometen a la organización para la cual trabaja.

patentes como mecanismo para estimular las investigaciones en sectores como el de las telecomunicaciones y no menos importante el papel que han jugado las marcas en la identificación de productos y servicios que se ofrecen en la red.

4. Tampoco resulta extraño que el nuevo entorno digital le plantee a los sistemas jurídicos existentes el reto de ajustarse a ese nuevo entorno, es decir, que se realicen las aclaraciones que sean del caso, como por ejemplo, que se considera igual la explotación de una obra que se hace en el entorno análogo (una reproducción física) como aquella que se lleva a cabo en el entorno digital³ o que simplemente el derecho evolucione en la búsqueda de soluciones a esas nuevas realidades.⁴ Algunos temas como el de la jurisdicción competente y el derecho aplicable para resolver los conflictos relativos a la propiedad intelectual que surgen en la red han motivado importantes discusiones sin que se haya podido lograr una solución de consenso y en algunos casos, la elaboración de mecanismos de solución especiales, como es el de la Política Uniforme de Solución de Disputas de la ICANN, se han visto como un logro significativo.

5. Como se desprende de los anteriores comentarios, el reto que le plantea el entorno digital al sistema de la propiedad intelectual se da tanto en las relaciones entre los particulares como en el ámbito mercantil. En relaciones con el último, es decir en el ámbito mercantil, merece especial atención el tema del comercio electrónico y su relación con la propiedad intelectual.

³ En este sentido se puede ver la declaración concertada al Artículo 1.4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor WCT (1996) en la que se deja expresa constancia que las disposiciones del Convenio de Berna (1971) en lo relativo al derecho de reproducción son totalmente aplicables en el entorno digital "*queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción.*" En igual sentido la declaración concertada a los artículos 7, 11 y 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), donde se deja constancia que el derecho de reproducción se aplicará a las interpretaciones, ejecuciones y fonogramas en formato digital.

⁴ Es el caso del conflicto entre las marcas y los nombres de dominio donde a pesar de la existencia de un marco normativo (Régimen de Marcas) para la solución de los conflictos que se han presentado, se considera éste como insuficiente, haciéndose indispensable el desarrollo de un nuevo marco legal para abordar el problema de manera eficiente.

II. COMERCIO ELECTRÓNICO Y PROPIEDAD INTELECTUAL

6. En los últimos años se ha generalizado el uso del término "comercio electrónico", pasando a formar parte integrante de la terminología contemporánea de las tecnologías de la información. La expresión "comercio electrónico" se utiliza con frecuencia en los medios informativos, en los negocios, y en el lenguaje corriente para referirse a una amplia gama de actividades que normalmente asociamos al uso de computadoras y de Internet, para el comercio de bienes y servicios de una manera nueva, directa y electrónica.

7. Los medios electrónicos descritos anteriormente han creado un medio mundial sin límites, de manera que ninguna empresa que ofrezca bienes o servicios en Internet tenga que dirigirse a un mercado geográfico concreto. La creación de un sitio Web comercial puede proporcionar, incluso a una empresa pequeña, acceso a mercados y a usuarios de Internet de todo el mundo. Tanto las empresas grandes como las pequeñas están comprobando que lo que diferenciaba hasta ahora a los sectores comerciales —en razón de las características físicas de los bienes o servicios y de los diversos medios empleados para su distribución (por ejemplo, libros, películas, discos compactos, televisión, radio y retransmisiones por la Web)— está perdiendo su razón de ser.

8. El crecimiento de Internet y el comercio electrónico en los últimos años ha sido de importantes proporciones. En un solo año, de 1998 a 1999, el número de usuarios aumentó en un 55% a escala mundial. Se calcula que la población mundial en línea sobrepasará los 250 millones de usuarios en 2002, y alcanzará los 300-500 millones antes de 2005.

9. El tráfico en Internet continúa duplicando su volumen cada 100 días. Hoy día, el número de nombres de dominio registrados sobrepasa los 15,5 millones. En diversas regiones, el uso de Internet ha alcanzado proporciones de tal envergadura que las empresas no pueden permitirse por más tiempo permanecer al margen de la Red, en particular si desean mantener su presencia en el mercado. Algunos expertos creen que este crecimiento continuará en la misma línea en los próximos 20 años, motivado en particular por los avances tecnológicos y la disminución de los costos de la informática y las telecomunicaciones.

10. El aumento de las operaciones ha sido igualmente impresionante, con previsiones constantemente revisadas al alza. Un examen de las principales estimaciones indica que, partiendo de cero prácticamente en 1995, el comercio electrónico mundial se cifró en 26.000 millones de dólares en 1997 y en 43.000 millones en 1998 y se prevé que llegue a la extraordinaria cifra de 805.100 millones en el 2002 (fuente e-marketer 2000).

11. Hasta el momento, los beneficios mundiales de este nuevo tipo de comercio han sufrido los efectos de la disparidad de acceso entre regiones geográficas, en la distribución de sistemas de alojamiento en Internet (*host*) – más del 94% se encuentran en países desarrollados, los cuales cuentan con el 16% de la población mundial y el 6% restante en naciones en desarrollo que reúnen el 84% de la población mundial, quedando en evidencia las diferencias en cuanto a la participación de las regiones.

12. El entorno internacional que caracteriza al Internet, pero particularmente la ausencia de fronteras en la red, plantea importantes cuestionamientos a los distintos regímenes jurídicos que guardan relación con las actividades que se desarrollan en la red y particularmente al sistema de propiedad intelectual, a pesar de que este último se soporta en un viejo proceso de internacionalización.⁵ Sin embargo, el sistema de propiedad intelectual descansa sobre dos importantes conceptos: de un lado, el de soberanía que consiste en que cada estado se reserva el derecho de decidir dentro de su territorio la concesión o negación de los derechos de propiedad industrial que se tramiten ante sus autoridades competentes y de otro lado, el principio de territorialidad que consiste en que los derechos de propiedad industrial que obtiene un particular son ejercitables exclusivamente dentro de los límites territoriales del estado en que se obtuvo el mencionado registro. Estos dos conceptos son la

⁵ Muestra de ello son el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, cuya primera acta data de 1883, y del que eran miembros a 15 de abril de 2002 163 estados y el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas cuya primera acta data de 1886 y del que eran miembros a 15 de abril de 2002 149 estados. Además de ello importantes pasos se han dado en el reconocimiento de la internacionalización de la propiedad intelectual con la adopción del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) del que eran parte 144 Estados a 1 de enero de 2002.

causa de tensiones en el ejercicio y la defensa de algunos derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, en atención a la naturaleza misma de la red que no conoce de fronteras.

III. LOS CONFLICTOS DE LAS MARCAS EN LA RED

13. En la red se utilizan diferentes elementos de identificación de personas (nombre civiles o comerciales), de productos o servicios (marcas), de ordenadores conectados a la red (a través de lo que se conoce como *fully qualified domain name* compuesto de un lado del nombre del ordenador –www– y del nombre del dominio –TLD y SLD–), de establecimientos comerciales (rótulos). Por lo cual las posibilidades de conflicto que existían en el entorno físico o real se ven aumentadas en el entorno digital, ya que la presencia que se logra en la red es naturalmente de una mayor cobertura, en principio mundial si se tiene en cuenta la posibilidad de acceder a esa información desde cualquier parte del mundo.

14. Así las cosas, entre otros problemas que se pueden plantear, entre dos o más partes, por el uso de una marca en la red, son los siguientes: i) conflictos entre marcas idénticas o similares que se utilizan por parte de titulares diferentes en la identificación de productos o servicios idénticos o similares; ii) el conflicto que surge por las posibilidades tecnológicas que ofrece Internet (*metatag, linking y framing*), en los que si bien se incluye la referencia o la utilización de una marca, estas se hacen a título que no constituye uso en los términos de la propiedad intelectual; y iii) el conflicto que surge con la adopción como nombre de dominio de un signo que corresponde a una marca de propiedad de un tercero.

A. Conflictos entre marcas que se utilizan en la identificación de productos o servicios similares por parte de titulares diferentes

15. En lo que respecta al mercado tradicional (real por oposición al virtual en la red) las marcas juegan un importante papel como elemento de organización de los mercados, por medio de la identificación del origen empresarial de los productos o servicios que identifican. Igualmente destacable es el papel que tienen como uno de los más valiosos activos con los que cuentan los empresarios gracias al valor

económico que ellas tienen para sus titulares.⁶ Ambos temas tienen igual o mayor importancia cuando hablamos de la protección de las marcas en Internet, máxime si tenemos presente la creciente presencia de los empresarios y de sus operaciones comerciales en la red (como se tuvo oportunidad de comentar en los párrafos 6 y ss).

16. Reconocido el hecho de la existencia de un número importante de posibilidades de conflicto entre marcas de propiedad de empresarios que utilizan la red como mecanismo de publicidad o de concreción de operaciones comerciales, nos preguntamos: ¿se pueden aplicar las disposiciones generales en materia de marcas para establecer una eventual violación de un derecho? ¿Qué temas requerirían un trato diferencial? ¿Se debe apuntar a un mecanismo legal diferente al régimen de marcas para solucionar estos conflictos?

17. En términos generales se puede afirmar que el régimen de marcas es suficiente para determinar la existencia de un derecho sobre un signo a título de marca y el alcance del mismo. Por ejemplo, si se trata de establecer la eventual violación a un derecho sobre una marca de propiedad de un empresario español, la cual utiliza en la identificación de productos o servicios, por parte de un tercero que anuncia en una página en Internet la disponibilidad de los mismos productos o servicios, y que identifica con un signo igual o semejante, se debe acudir a la legislación española sobre marcas (Artículo 31 de la ley anterior y 34 de la nueva ley de marcas, ley 17 del 7 de diciembre de 2001). Es decir, el titular deberá acreditar que el tercero que utiliza el signo en Internet se encuentra incurso en algunas de las prohibiciones previstas en el numeral 2 del Artículo 34, cuyo texto es el siguiente.

“Artículo 34. Derechos conferidos por la marca.

2. El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico:

a) Cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada.

⁶ Un estudio de Interbrand en el año 2001: las primeras tres marcas mundiales en términos de su valor son: Coca Cola con US\$ 68.9 billones; Microsoft con US\$ 65.1 billones; e IBM con US\$ 52.7 billones.

b) *Cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca.*

c) *Cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a aquellos para los que está registrada la marca, cuando está sea notoria o renombrada en España y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca.”*

18. Siguiendo con el ejemplo propuesto, la norma prevé un requisito adicional para que proceda la acción por violación de derecho como se desprende del encabezado de la norma, es decir, se requiere que el uso del tercero se dé *en el tráfico económico*. Se pueda dar un uso en Internet con fines que no son comerciales de un signo que se encuadra en los supuestos del numeral 2, sin que en principio prospere la acción.⁷

19. La ley española objeto de nuestro ejemplo además de definir claramente las prohibiciones, procede a agregar (en el numeral 3) a título meramente ilustrativo el tipo de conductas contra las que podrá actuar el titular de la marca (unas típicas de mercado real, otras dirigidas al entorno digital y otras que se pueden aplicar a ambos). Estas son entre otras: poner el signo en los productos o en su presentación (dirigida al mercado real); ofrecer o comercializar los productos (se puede aplicar en ambos entornos); importar o exportar (mercado real); y usar el signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio (entorno digital), etc.

20. Sobre el hecho de la protección de las marcas en los términos antes expuestos es decir, cumpliendo los presupuestos de la ley de marcas del país donde se invoque protección ha habido diversos

⁷ En sentido *Bally Total Fitness Vs Andrew Faber* y *Bihari Vs Gross* (119 F. Supp. 2d 309 S.D.N.Y.2000), ambos casos fallados en los Estados Unidos de América, en los que a pesar de reconocer la existencia de un uso de las marcas, el uso no fue con fines comerciales, en ambos casos se trataba de información puesta en la red para presentar quejas contra los titulares de las marcas, pero que no producía un riesgo de confusión frente a los consumidores, ya que los demandados no ofrecían producto o servicio alguno.

pronunciamientos de tribunales alrededor del mundo, en el sentido de reconocer de un lado, la violación del derecho y del otro, ordenar la cesación del uso.⁸

21. Sin embargo, se debe reconocer que hay otros problemas que ameritan un análisis más detallado. Por ejemplo, cuando se considera que alguien que usa un signo en una página en Internet tiene presencia en otro país que pueda ser calificada como un uso comercial a los efectos del régimen de marcas. Es claro que en razón a la vocación internacional de Internet, una interpretación amplia de este tema podría llevar a la conclusión de que, por el simple hecho de incluir un signo en una página y que a ésta se pueda acceder desde cualquier parte del mundo se está ante un efecto comercial en todos los países, lo cual puede generar incertidumbres respecto a los eventuales conflictos en los que se podría ver envuelto un empresario. Un criterio más restrictivo sería por ejemplo, requerir algún tipo de vínculo entre el uso del signo en Internet y el país en el que se reclame protección. Pero ¿qué tipo de vínculo? ¿Se podrá insistir en el uso en el comercio típico del régimen de marcas?

22. En la Recomendación Conjunta *sobre la protección de las marcas, y otros derechos de propiedad industrial sobre signos, en Internet*,⁹ se establece que se entiende "usado" en un territorio un signo que se usa en el Internet si la utilización tiene un efecto comercial en un estado miembro. La Recomendación Conjunta hace una relación de algunos criterios, no limitativos, que se deben tener presentes para determinar si un uso tiene un efecto comercial en un estado en particular, entre otros: i) circunstancias indicativas de que el usuario del signo ha iniciado operaciones en ese estado o tiene planes "de envergadura" para iniciar operaciones; ii) indicios de las operaciones comerciales que está llevando a cabo o que planea llevar a cabo el usuario del signo atendiendo al nivel y el tipo de la actividad comercial. Por ejemplo, si se prestan servicios de posventa u otros servicios a clientes; iii) la conexión

⁸ Playboy Enterprises, Inc v. Chuckleberry Pubicing Inc., 939 F. Supp.1032 N.S.N.Y 1996, Zippo Manufacturing Comp. V. Zippo Dot Com, Inc.,952 F.Supp.1119 W.D. Pa.1997.

⁹ Adoptada por la Asamblea General de la OMPI y la Asamblea de la Unión de París en la trigésima sexta serie de reuniones de la Asamblea de los estados miembros de la OMPI, de 24 de septiembre a 3 de octubre de 2001. La adopción de Recomendaciones Conjuntas constituye una nueva forma de acelerar la elaboración de principios internacionales armonizados y que complementa la labor basada en los tratados, que la OMPI viene llevando a cabo con arreglo a lo dispuesto en su programa y presupuesto de los años 98 y 99.

entre la oferta de los productos y servicios y el estado miembro. Por ejemplo, si se ofrece la entrega de ellos en el país o si los precios están en la moneda local; iv) la conexión entre la forma en que se usa la marca en Internet y el país. Por ejemplo, si se le puede contactar en ese país, ya sea un contacto interactivo, o una dirección en el país, o si el nombre se utiliza en relación con un nombre de dominio de nivel superior que está registrado como código de país (norma ISO 3166), o si está en el idioma local o ha sido efectivamente visitado por usuarios del estado miembro; y v) la relación entre el signo usado y algún derecho existente en el país miembro, ya sea que el uso este respaldado por el derecho o que constituya el aprovechamiento indebido de la distintividad o reputación, o que lo menoscabe injustificadamente, de un signo de propiedad de un tercero en el estado miembro.

23. Así las cosas, la Recomendación Conjunta contiene pautas para establecer cuándo el uso de un signo en la red puede entrar en conflicto con los derechos que sobre el mismo signo tenga un tercero en un estado miembro en particular; pero ¿qué pasa cuando existen derechos paralelos en diferentes estados sobre un signo a título de marca en la identificación de productos o servicios iguales o similares y cada uno de los titulares tiene presencia en la red? ¿Cuál de los derechos debe primar? ¿Cómo se determina el tema de las responsabilidades?

24. Sobre lo primero, en principio un derecho no debe primar sobre otro, es decir de darse el caso de dos titulares distintos sobre un mismo signo en dos países diferentes, en principio y de acuerdo a lo que sobre este tema dispone la mayoría de legislaciones, no puede considerarse que uno tenga un mejor derecho que otro (algunas excepciones se pueden dar en los casos de marca notoria y en casos de mala fe). De darse el caso que hemos planteado, se debe abordar el tema de las responsabilidades y las medidas correctivas que deben tomarse. Sobre estos se dedican los Artículos 9 al 15 de la Recomendación Conjunta que ya hemos citado.

25. Sobre el tema de las responsabilidades se establece en la mencionada Recomendación Conjunta, que no habrá responsabilidad por el uso de un signo en Internet a pesar de infringir un derecho en un estado miembros, si: i) el usuario es titular de un derecho sobre el signo en otro estado miembro o tiene una autorización válida para usarlo otorgada por un titular en ese estado miembro, o la ley de su país lo autoriza a usarlo de esa forma; ii) tanto la adquisición del derecho sobre el signo como el

uso se han hecho de buena fe; iii) el usuario proporciona información suficiente sobre donde contactarlo o sobre los derechos con que cuenta; y iv) una vez notificado de que su uso infringe un derecho, adopta rápidamente medidas razonables y eficaces para evitar un efecto comercial en el estado miembro objeto del reclamo, como por ejemplo, la inclusión de una advertencia de que el usuario no tiene relación con la persona que reclama la violación del derecho y que no está dispuesta a entregar los productos o prestar los servicios a los clientes domiciliados en el estado miembro objeto del reclamo.

26. En aquellos casos en los que ocurra una infracción de derechos, los estados adoptarán medidas correctivas proporcionales al efecto comercial en el estado, las que deben dirigirse a evitar un efecto comercial en el estado o evitar la infracción del derecho en el estado. Las medidas podrán ser: obligarlo a incluir una advertencia de que el usuario no tiene relación con la persona que reclama la violación del derecho y de que no está dispuesta de producto o prestar servicios a los clientes domiciliados en el estado miembro objeto del reclamo u obligarlo a investigar antes de la entrega de productos o la prestación de servicios que los clientes no estén domiciliados en el estado donde se produce la infracción.

27. Las anteriores medidas tienen un efecto al interior del país en el que se reclama la protección, lo cual corresponde a la aplicación del principio de territorialidad que inspira el régimen de marcas, pero ¿puede darse un fallo que vaya más allá de las fronteras territoriales del país donde se toma la decisión? En principio, la respuesta es que sí, ya que a luz de las disposiciones de la Recomendación Conjunta, si bien la autoridad competente de un estado donde se infrinja un derecho de marca debe evitar “en la medida de lo posible” imponer una medida correctiva que tenga el efecto de impedir cualquier uso futuro del signo en Internet, la norma deja abierta la posibilidad a que la autoridad competente imponga una medida correctiva que tiene como efecto el retiro del signo de Internet, es decir una medida de efecto global. En ningún caso la autoridad podrá adoptar una medida de efecto global cuando el usuario tenga un derecho en otro estado o una autorización para usar, siempre que tanto la adquisición del derecho como el uso se hagan de buena fe. Es claro entonces que en aquellos casos donde no concurren los dos requisitos mencionados y siempre que la autoridad *no lo pueda evitar* podría una autoridad ordenar el retiro de un signo de la red.

B. El conflicto que surge por las posibilidades tecnológicas que ofrece Internet (*metatag, linking y framing*), en los que si bien se incluye la referencia o la utilización de una marca, estas se hacen a título que no constituye uso en los términos de la propiedad intelectual

28. Dado el rápido y continuado desarrollo del comercio electrónico, es casi imposible ofrecer una lista exhaustiva de las distintas maneras de utilizar una marca en Internet y prever qué nuevas formas de uso podrían plantear interrogantes en el futuro. Actualmente, algunas de esas prácticas, como la “colocación de hiperenlaces” o la “colocación de metaetiquetas” son indispensables para un uso eficaz de la *World Wide Web*. No obstante, plantean amenazas potenciales para los titulares de marcas dado que facilitan la creación de asociaciones, aumentando de esta manera el peligro de confusión, dilución u otras formas de explotación deshonestas de marcas. En el Artículo 6 de la Recomendación Conjunta antes mencionada se establece qué se tomará en consideración para determinar una eventual infracción en Internet, el que éste haya sido usado en la red incluidas las formas de uso que hayan posibilitado los avances tecnológicos. A título de ejemplo señalaremos algunos de esos casos:

a) Uso de una marca como metaetiqueta

29. Una metaetiqueta es una palabra clave colocada en un sitio Web de código HTML como medio para que los motores de búsqueda de Internet (Yahoo, Altavista, Lycos etc.) clasifiquen los contenidos del sitio Web. Las metaetiquetas no son visibles en el mismo sitio Web (aunque pueden hacerse visibles junto con el código fuente de la página). Sin embargo, un motor de búsqueda que busque todos los sitios Web que contenga una palabra clave concreta encontrará y listará ese sitio concreto. Cuanto más aparece una palabra clave en el código oculto, más posibilidades tiene el buscador de encontrar el sitio en su búsqueda de resultados.

30. Para efectos de lograr la efectiva protección de una marca que es usada como metaetiqueta por un tercero en Internet, se debe acudir a la legislación del lugar en que se invoca protección, y de acuerdo a la misma establecer el ámbito de la protección –*ius prohibendi*– que reciben las marcas en ese estado. Así por ejemplo, en el caso de la legislación

española donde el *ius prohibendi* abarca cualquier uso de la marca en el tráfico económico (Art. 34), será viable que prospere una acción por violación de derechos,¹⁰ debiéndose claramente cumplir con otros requisitos de la legislación marcaria, como es de un lado que el uso sea para productos iguales o similares (principio de la especialidad) y que no se trate de “uso honesto” (por ejemplo, si un vendedor al por menor usa una marca como metaetiqueta para indicar a los posibles clientes que está ofreciendo productos de esa marca o si se trata simplemente del uso de expresiones genéricas).¹¹

31. En aquellos casos donde el *ius prohibendi* se limite a prohibiciones de uso a título de marca para identificar productos o servicios, las posibilidades de protección son menores, ya que la inclusión del signo en Internet como metatag no tiene el propósito de distinguir productos o servicios, sino el de permitir que el correspondiente recurso en Internet sea localizado por los buscadores cuando se introduzca la palabra correspondiente.¹²

b) “Venta” de marcas como palabras clave

32. Los motores de búsqueda de sitios Web de Internet están entre los sitios más visitados de Internet, por lo que son especialmente atractivos para los anunciantes. Algunos de estos motores de búsqueda “venden” palabras clave a los anunciantes que quieren dirigir sus productos o servicios hacia un grupo concreto de usuarios de Internet. El resultado es que siempre que la palabra clave entre en el motor de búsqueda, aparecerá un anuncio junto con los resultados de la búsqueda.

¹⁰ En los Estados Unidos de América, de los primeros casos de aplicación de la ley de marcas por el uso del mismo signo como metatag se dio un conflicto entre *Instituform Technologies Inc v National Envirotech*, en el que ambos eran empresarios competidores y cuando se utilizaba un motor de búsqueda para encontrar información sobre *Instituform* aparecía igualmente información sobre el demandado. El resultado fue que la Corte obligó al demandado a eliminar el metatag de su website y adicionalmente se debía pedir al motor de búsqueda que procediera a una reclasificación. En igual sentido *Playboy Enterprises Inc, v. Calvin Designer Label 44 USPQ 2d 1157 (1997)*, en la que el demandante obtuvo protección de su derecho de marcas por el uso de la misma como nombre de dominio y como metatag.

¹¹ En este sentido, *Playboy Ent. Inc. v. Terwillis 47 USPQ Sd, 1186 (D.C.L a 1998)*.

¹² La normativa andina Decisión 486 regula en el Artículo 155 lo relativo a las facultades que tiene el titular de una marca, siendo éstas, en principio, dirigidas a evitar el uso de una marca registrada por un tercero que no tiene autorización, en la identificación de productos y servicios iguales o similares.

Los vendedores al por menor, por ejemplo, han comprado palabras clave a fin de que sus anuncios sean visualizados siempre que se encuentre ese producto que lleva una marca concreta. Esto ha sido impugnado por los titulares de marca que están preocupados por el hecho de que esos anuncios puedan desviar a los clientes de su propio sitio Web, o de los sitios Web de sus vendedores al por menor en línea preferidos o autorizados.

c) El “linking”

33. Consiste en conectar dos partes de una misma página Web o dos páginas Web independientes por medio de una referencia de hipertexto, de forma que una vez hecho el link se accede directamente a la parte designada. Esta práctica tiene importantes implicaciones desde la perspectiva del derecho de autor en lo que hace referencia a las posibilidades legítimas que se tiene de acceder o no a esos contenidos y desde la óptica de la propiedad industrial en la medida en que se relacionen o vinculen marcas de titulares diversos. Sobre este último punto debemos reiterar que el uso del signo por parte del tercero no autorizado se debe hacer a título de marca y por ello cumplirse con ciertos principios del derecho de marcas, para efectos de que prospere una acción por infracción.

d) “El framing”

34. Una aplicación informática permite dividir la propia página Web en diversas ventanas que pueden operar las unas con independencia de las otras, siendo posible acceder a una página Web ajena a través de una de estas ventanas y, así, que el usuario de una página Web que tiene esta configuración acceda a través de ella a otras páginas Web, manteniéndose el resto de ventanas de la primera, lo que a su vez posibilita que el contenido de la página Web capturada sea rodeado por los contenidos propios de la página Web captora. El acceso se produce directamente a través de la página Web desde la que se establece la conexión, con la que el usuario no pierde en ningún momento la conexión (en el espacio de la pantalla en que se identifica la dirección visitada continúa la dirección de la primera página Web), y los contenidos procedentes de la página Web capturada aparecen en la pantalla del ordenador del usuario como contenidos propios de la página Web a la que se accedió en un principio.

35. En este caso es viable (sin lugar a dudas más viable que en el *linking*) la existencia de una infracción de marcas y las posibilidades de generar engaño y confusión son igualmente mayores.

C. El conflicto que surge con la adopción como nombre de dominio de un signo que corresponde a una marca de propiedad de un tercero

36. Los nombres de dominio son una forma simple de dirección de Internet diseñados para permitir a los usuarios localizar de una manera fácil sitios en Internet. Los nombres de dominio se pueden registrar en espacios denominados “dominios genéricos de nivel superior” (gTLD), por ejemplo: .com para actividades comerciales y personales; .org para organizaciones no lucrativas; .int para organizaciones internacionales; .mil instituciones y departamentos militares; .biz para negocios; .name para particulares; y .pro para profesionales, o en “dominio de nivel superior correspondiente a un código de país” (ccTLD), por ejemplo, .co (Colombia), .ch (Suiza), .fr (Francia) o .za (Sudáfrica).

37. Debido a que los nombres de dominio son fáciles de recordar y de utilizar, el sistema de nombres de dominio (DNS) –sistema central del itinerario de ruta en Internet– ha asumido un papel clave en el comercio electrónico. Por un lado, facilita la navegación de los consumidores en Internet para encontrar los sitios Web que están buscando y, por otro lado, facilita la capacidad empresarial para promover un nombre o palabra fácil de recordar y que sirva al mismo tiempo para identificar y distinguir a la empresa (o sus productos o servicios) y para especificar su correspondiente localización en Internet.

38. El diseño del DNS se debe a la *Internet Engineering Task Force* (IETF), y su gestión se explica y está dominada por su origen: los programas de investigación en tecnología de intercambio de paquetes de información y en redes de comunicación está financiada por la administración estadounidense y desarrollada por entidades públicas estadounidenses. Así, la supervisión y control de los aspectos técnicos concernientes a los llamados parámetros Internet, entre los cuales se encuentran tanto a las direcciones IP como al DNS, inicialmente estuvo en manos de la *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA), una entidad dependiente del Gobierno de los Estados Unidos de América y de la *Internet Society* (ISOC). Desde septiembre de 2000, las funciones relativas a la gestión técnica y la política central de los nombres de

dominio fueron traspasadas a la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), organización internacional sin fines de lucro domiciliada en los Estados Unidos de América y constituida según sus leyes. En particular, la ICANN tiene delegada la asignación de las direcciones IP a escala continental a los correspondientes registros regionales (RIPE NCC en Europa) y la gestión del DNS a *InterNIC*, que puede ser calificada como *joint-venture* establecida entre las siguientes entidades estadounidenses *U.S. National Science Foundation* (NSF), la *AT&T* y *Network Solutions Inc.* (NSI).

39. La asignación de SLDs bajo los gTLD libremente registrables y bajo los ccTLD se realiza a través de los Registros Internet o *Network Information Centers* (NICs). La gestión del NIC que corresponde a los gTLD “.com”, “.net”, “.edu” y “.org” fue concedida a NSI y de ella se encarga actualmente Verisign. Los nuevos gTLDs corresponden a distintos registros: *Société Internationale de Télécommunications Aéronautiques* SC (dominios “.aero”), NewLevel (antes, JVTeam LLC, para los dominios “.biz”), National Cooperative Business Association (dominios “.coop”), Afiliás, LLC (dominios “.info”), Museum Domain Management Association, (MuseDoma) (dominios “.museum”), Global Name Registry LTD (dominios “.name”), y RegistryPro, LTD (dominios “.pro”).

40. Por su parte, la gestión de los NICs correspondientes a los diferentes nTLD está concedida por la ICANN a distintas entidades nacionales, cada una de las cuales establece sus propias normas de registro tanto en los aspectos sustantivos como procedimentales.

41. El principio de universalidad que inspira el uso de signos como nombre de dominio, contrapuesto al de territorialidad que rige el derecho de marcas crea una tensión entre los sistemas, que llevó en buena medida a la extendida práctica de la piratería de los nombre de dominio por parte de personas a las que se les llamo *cybersquatters*. En distintas jurisdicciones donde aparecieron casos de este tipo, se dio una respuesta jurisdiccional de protección a los titulares de las marcas.¹³

¹³ En este sentido algunos casos relevantes son: en los Estados Unidos de América, *American Standar Inc. v. Toeppen*, 96 cv 02147 (CDIII.196); en el Reino Unido, *Marks and Spencer v. Million Limited*, Richard David, Julian Oliver, *Global Media*, High Court of Justice, Chancery Division, 28 of November 1997.

42. Sin embargo, las legislaciones de marcas mostraban que algunos extremos del conflicto no obtenían una adecuada solución, por ello algunos países buscaron la adopción de normativas dirigidas particularmente a solucionar estos conflictos, es el caso de los Estados Unidos de América, donde se adoptaron la *Antibersquatting Consumer Protection Act* (acción civil en los casos de mala fe en el aprovechamiento de una marca; o que se registre o use un nombre de dominio igual o confusamente similar a una marca distintiva; o que tenga por objeto una marca famosa) y la *Trademark Cyberpiracy Prevention Act* (concede al titular de la marca una acción *in rem* contra el registrador del nombre de dominio, cuando no se puede localizar al demandado).

43. En el plano internacional y particularmente al interior de la OMPI, se inició un proceso de estudio y debate de los temas planteados, dando entre resultados los dos siguiente: i) la protección de las marcas notorias contra el registro de ellas como nombre de dominio, por medio del Artículo 6 de la Recomendación Conjunta relativa a las disposiciones sobre la protección de las marcas notorias; y ii) un mecanismo de solución de controversias sobre estos conflictos entre marcas y nombres de dominio, los cuales pasamos a analizar.

a) La Recomendación Conjunta relativa a las disposiciones sobre la protección de las marcas notorias¹⁴

44. Por medio de la Recomendación Conjunta mencionada el titular de una marca notoria podrá actuar contra el uso o el registro de un nombre de dominio, cuando éste o una parte esencial del mismo constituyen una reproducción, una imitación, una traducción o una transliteración de la marca notoriamente conocida y sea registrado o utilizado de mala fe.

45. El titular de la marca notoria podrá acudir ante una autoridad competente a pedir que se invalide o transfiera ese registro del nombre de dominio. La mencionada norma ha inspirado a varias legislaturas

¹⁴ Aprobada por la Asamblea de la Unión de París y la Asamblea General de la OMPI en la trigésima cuarta serie de reuniones de las Asambleas de los Estados Miembros de la OMPI, del 20 al 29 de septiembre de 1999.

nacionales al momento de adoptar normas a nivel nacional o regional tendientes a la protección de las marcas notorias.¹⁵

b) La solución de controversias en materia de nombres de dominio

46. En julio de 1998 la OMPI emprendió un amplio proceso internacional de consultas: el “Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet”. El propósito del Proceso de la OMPI era formular recomendaciones a la *corporación* creada para administrar el sistema de nombres de dominio, la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN), en relación con ciertas cuestiones derivadas de la interfaz entre los nombres de dominio y los derechos de propiedad intelectual. Como parte del Proceso de la OMPI, en diciembre de 1998 se publicó un Informe provisional en el que figuran algunas recomendaciones: i) *Las mejores prácticas para los órganos de registro*. El Informe final recomendaba la adopción de una serie mínima de “mejoras prácticas” para los órganos de registro (“registradores”) con potestad para registrar nombres de dominio en los gTLD e intentaba reducir la tensión que existe entre los nombres de dominio y los derechos de la propiedad intelectual; ii) El Informe también recomienda procedimientos de “cancelación” que podrían usar los registradores si se probase que la dirección de contacto para un nombre de dominio es inexacta; y iii) se recomendaba el establecimiento de un *Procedimiento administrativo uniforme relativo al registro abusivo de los nombres de dominio*. El Informe recomendaba que la ICANN adoptara una política uniforme para la solución de controversias a fin de que se ofreciese un procedimiento administrativo de solución de controversias para los conflictos relativos a los nombres de dominio en todos los gTLD.

47. El Informe del Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet se presentó para su consideración a la Junta Provisional de la ICANN el 30 de abril de 1999 y el 24 de octubre de 1999. La Junta Provisional de la ICANN aprobó una Política Uniforme para la solución de controversias en materia de nombres de dominio, con normas de procedimiento adjuntas, y estableció un programa para su puesta en práctica indicando que, a partir del 1 de diciembre de 1999, se podrían presentar demandas ante los proveedores de servicios de solución

¹⁵ En este sentido ver el Artículo 35 literal h) de la Ley de Propiedad Industrial de Guatemala; los Artículos 84 y 85 de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos de Nicaragua y Artículo 233 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

de controversias para controversias relativas a nombres de dominio registrados por registradores acreditados.

48. La Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombre de dominio tiene como objetivo obligar a la persona que registra un nombre de dominio a someterse al mecanismo de solución de controversias que ella consagra, en relación con las diferencias que surjan entre esa persona y cualquier tercero relacionadas con el registro y utilización de un nombre de dominio. Consiste en un procedimiento administrativo obligatorio que se llevare a cabo ante uno de los proveedores de servicios de solución de controversias.¹⁶

49. Para que la controversia deba someterse al procedimiento mencionado se deben acreditar tres supuestos: i) el nombre de dominio registrado es idéntico o similar hasta el punto de crear confusión con respecto a una marca de productos o de servicios sobre la que el demandante tiene derechos; ii) el titular del nombre de dominio no tiene derechos o interés legítimos sobre el nombre de dominio;¹⁷ y iii) el nombre de dominio ha sido registrado o se utiliza de mala fe.¹⁸

50. Las medidas que puede pedir el demandante en el proceso de solución de controversia son dos. De una lado, la cancelación del nombre de dominio y del otro lado, cesión del registro a su favor, que es lo que normalmente ocurre.¹⁹

¹⁶ La OMPI es uno de los Organismos de Prestación de servicios de Solución de diferencias acreditados por la ICANN, existen otros como CPR en Nueva York; National Arbitration Forum en los Estados Unidos de América y E-Resolution en Canadá.

¹⁷ En el literal c) del Artículo 4 de la UDRP se describen algunos ejemplos de derechos que puede tener el titular del nombre de dominio, por ejemplo que haya utilizado un nombre correspondiente al nombre de dominio en relación con la oferta de buena fe de bienes o servicios; o que haya sido conocido con ese nombre en el comercio (aunque no haya adquirido derechos de marcas), entre otros.

¹⁸ En el literal b) del Artículo 4 de la UDRP se describen algunas circunstancias que pueden ser consideradas para calificar la mala fe en el registro o en el uso, entre otras, que se haya registrado el nombre con la intención de venderlo, alquilarlo o cederlo al titular de la marca por un valor superior a los costos de obtención del nombre de dominio; se ha registrado con el fin de impedir que el titular de la marca pueda obtener un nombre de dominio; se haya registrado con el fin de perturbar la actividad de un competidor o que al usarlo se haya intentado atraer con ánimo de lucro, usuarios creando la posibilidad de confusión con la marca o que se promoció el sitio Web o un producto que está en ese sitio.

¹⁹ La OMPI es uno de los cuatro proveedores de servicios de solución de diferencias, y del total de casos planteados (a marzo de 2002, 3.656), el 64% se han resuelto con la

51. En todo caso la UDRP reconoce el derecho de las partes de someter su disputa a conocimiento de un tribunal competente antes de que se inicie el procedimiento o aún después de su conclusión, ya que una vez el grupo de expertos decida que el nombre debe cancelarse o cederse, el demandando tiene diez días hábiles para iniciar una acción ante un tribunal competente, en cuyo caso el Registrador no ejecutará la resolución del grupo de expertos hasta tanto sea informado de los resultados del proceso que se cursa ante el tribunal.

IV. CONCLUSIONES

52. Vista la importancia creciente del uso de los signos en Internet, una política adecuada de gestión de derechos desde la óptica de la propiedad industrial, como es el registro y mantenimiento de los derechos de marca en todos aquellos mercados en los que existe un interés comercial, debería ser complementada con una adecuada gestión en la red, es decir, de un lado se deben analizar todas las implicaciones legales que significa el uso de un signo en el Internet a efectos de no ser sorprendido con las eventuales acciones por infracción, y al mismo tiempo aprovechar las ventajas que la red le ofrece a los titulares de derechos, ya que no podemos dudar que son muchas. Por ejemplo, si en un país existe la obligación de usar una marca y se entiende que el uso de una marca en Internet para identificar productos o servicios es un uso válido para mantener el derecho, pues ésta es una posibilidad que solamente existe en este entorno digital.

53. Igualmente, queda claro que si bien la normativa vigente en la gran mayoría de países en materia de marcas se puede aplicar a los conflictos surgidos en el Internet, son plausibles las medidas adoptadas a nivel nacional, regional e internacional para garantizar que los actos de defraudación que ocurren en la red sean sancionados de igual forma que si ocurrieran en el mercado real.

transferencia del dominio, el 20.5% con la cancelación, el 15.5% se ha negado la petición del demandado.

SEMINARIO “LA CONSULTA PREJUDICIAL”¹

Dr. Ricardo Vigil Toledo²

1. Antecedentes

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina fue creado por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela el 28 de mayo de 1979 en Cartagena de Indias. Se rige por su Tratado de Creación, por su Estatuto, por sus protocolos modificatorios y por el propio Acuerdo de Cartagena. Entró en vigencia el 19 de mayo de 1983, y el 2 de enero de 1984 inició sus actividades.

“El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros.

*“El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino”.*³

Su misión es controlar la legalidad de las normas comunitarias, dirimir las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Países Miembros e interpretar los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo. Ejerce jurisdicción en los cinco Países Miembros dentro del marco de competencias establecidas en el propio ordenamiento jurídico comunitario.

Su estructura es similar y fue inspirada en el Tratado de Creación del Tribunal de las Comunidades Europeas. Como aquél, sus atribuciones

¹ Disertación presentada con motivo del Seminario intitulado “La Consulta Prejudicial”, Corte Centroamericana de Justicia, Nicaragua; y, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, febrero del 2003.

² Ex Presidente y Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ex funcionario de la Organización de las Naciones Unidas; ex Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Marítimo; miembro del Consejo Editorial de la Revista European Transport Law.

³ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 4.

fueron originalmente la Acción de Nulidad, la Acción de Incumplimiento, y la Interpretación Prejudicial, a las que posteriormente se añadió, mediante un Protocolo Modificatorio, el recurso por Omisión o Inactividad, la Función Arbitral y la Jurisdicción Laboral.⁴

Con ocasión de la firma del Tratado los Presidentes manifestaron que con la creación de la función jurisdiccional, el Acuerdo de Cartagena alcanzaba su plenitud institucional, su propia autonomía y la permanencia de sus objetivos, órganos y mecanismos. Añadieron que la creación del Tribunal representaba la más clara manifestación de la voluntad indeclinable de respetar y cumplir las obligaciones y responsabilidades soberanamente asumidas así como de la irreversibilidad de la integración subregional.

2. La interpretación prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

La interpretación prejudicial es aquella atribución del Tribunal *"Por medio de la cual le corresponde interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en cada uno de los Países Miembros. Se cumple mediante consulta que deben formular al Tribunal los jueces nacionales cuando tengan que aplicar normas del ordenamiento comunitario en un proceso interno"*.⁵

Las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena son: el propio Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las Decisiones de la Comisión, las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Es así, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tiene facultades para interpretar tanto el derecho comunitario primario, constituido en este caso por el Tratado del Acuerdo de Integración Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena y el Tratado que crea al Tribunal, que son los tratados marcos u originarios, con todos sus Protocolos Modificatorios e

⁴ Estas atribuciones y sus procedimientos se encuentran desarrolladas tanto en el Tratado de Creación del Tribunal como en su Estatuto.

⁵ Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 32.
Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 121.

instrumentos adicionales, como el derecho comunitario derivado, es decir, los actos normativos emitidos por los distintos órganos comunitarios competentes en el marco del Acuerdo. Nos referimos entonces a las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y a las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Se trata de un mecanismo de cooperación judicial por el cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, en el orden de sus propias competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión. Se trata de asegurar una aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del derecho comunitario por parte de los jueces nacionales, en colaboración con los jueces comunitarios.

Mediante la consulta prejudicial se establece un mecanismo de cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los órganos jurisdiccionales de los Países Miembros, convirtiendo a éstos últimos, de manera automática, en jueces comunitarios.⁴

-Como anota el Magistrado W.E.Haak de la Corte Suprema de Holanda-El Derecho comunitario es “un derecho *interno* que los Estados miembros tienen en común mas que un derecho que se aplica *entre* los Estados miembros. En este sentido los ordenamientos jurídicos comunitario y nacional no se pueden distinguir ya que como lo ha señalado en más de una ocasión el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tanto dicho Tribunal como el Juez nacional actúan en un único y mismo sistema jurídico y ambos como jueces comunitarios”.⁵

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha descrito el procedimiento de la consulta prejudicial como una forma de “cooperación jurisdiccional (...) mediante el cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, dentro de los límites de sus propias competencias, han de colaborar directa y recíprocamente en la

⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Tomo III, Proceso 6-IP-1994, caso: Louis Vuiton.

⁵ Haak W.E. El Reparto de Funciones entre el Tribunal de Justicia y los Organos Jurisdiccionales. La Remisión Prejudicial en Coloquio sobre la Cooperación entre el Tribunal de Justicia y los Organos Jurisdiccionales, Luxemburgo, diciembre 3 de 2002.

elaboración de una resolución, para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembros”.⁶

Definida en estos parámetros, la interpretación prejudicial es una atribución privativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez nacional no puede realizarla porque aún cuando es una norma de derecho interno es una norma de Derecho comunitario. El Tribunal interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y al juez nacional le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno. En palabras del propio Tribunal: “la función del Tribunal comunitario en estos casos, es la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia”.⁷

Con la interpretación prejudicial no se pretende unificar las legislaciones internas de los Países Miembros, sino que éstos tengan un igual entendimiento de lo que quiso decir el legislador andino al crear la norma comunitaria, y ésta tenga una aplicación uniforme en los Países Miembros.

La importancia de este mecanismo radica en el hecho de que el ordenamiento comunitario es una normativa compleja, con implicaciones no sólo económicas, sino laborales y sociales en general, que trae implícita la necesidad de que sea interpretado y aplicado de manera uniforme para asegurar así su supranacionalidad y su unidad. De hecho, las características esenciales del derecho comunitario son: aplicación inmediata y directa, y supremacía, de allí la necesidad de que existan procedimientos que aseguren la uniformidad de su interpretación y por ende su eficacia.

Fernando Uribe Restrepo al referirse a la importancia de la interpretación prejudicial dice: *“El nuevo derecho comunitario o de la integración, el cual implica un orden normativo común para varios países distintos entre sí en idiosincrasia, cultura y tradición jurídica, y aún en el mismo manejo del idioma, y en cuanto a la propia organización jurisdiccional y a los diferentes procedimientos establecidos, no tendría ninguna*

⁶ TJCE. Sentencia de diciembre 1 de 1965, Caso: SCHWARSE 16/65, Rec. P. 1082.

⁷ TJCA. Sentencia de 3 de setiembre de 1999 en Proceso 30-IP-99. Caso: “DENIM”.

posibilidad de funcionar adecuadamente si no fuera por el mecanismo de la interpretación prejudicial".⁸ Es evidente que la interpretación prejudicial es un excelente mecanismo para unificar en la medida de lo posible el entendimiento y aplicación del derecho comunitario.

Asimilando la interpretación prejudicial del Tribunal de la Comunidad Andina con la cuestión prejudicial en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al referirse a la importancia y finalidad de ésta última el profesor Carlos Molina dice: "*La finalidad del procedimiento de reenvío prejudicial consiste, por un lado, en el control indirecto de la legalidad comunitaria, permitiendo la uniformidad de interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario por parte de todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y por otro en la colaboración entre los Tribunales nacionales y el órgano jurisdiccional comunitario europeo, con el objeto de asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados Miembros*".⁹

El propio Tribunal dentro del Proceso 1-IP-87 ha señalado "*Es función básica de este Tribunal, indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, la de interpretar sus normas "a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros"*".¹⁰

3. Efectos de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Respecto al efecto de la interpretación prejudicial dentro del ordenamiento interno de los Países Miembros debemos remitirnos al artículo 34 del Tratado del Tribunal, que señala: "*En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia*

⁸ Uribe Restrepo Ferando. La interpretación Prejudicial en el Derecho Andino. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Quito-Ecuador, 1993, pág. 19.

⁹ Molina del Pozo, Carlos. Procedimiento y Recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1987. pág. 110.

¹⁰ Proceso 1-IP-87. G.O.A.C. N° 28 de 15 de febrero de 1988. Marca: "Volvo".

del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ella sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada”¹¹

La interpretación del Tribunal rige para el caso sub judice, lo cual significa que los jueces deben solicitar la interpretación para cada caso, aún cuando tengan convencimiento que la norma es clara y pese a los precedentes jurisprudenciales sobre la misma materia.

En el caso de las interpretaciones prejudiciales el Tribunal no entra a analizar el contenido del derecho interno, sino únicamente se pronuncia sobre la inteligencia de la norma comunitaria y cómo ésta debe ser entendida en el caso concreto.

Este artículo impone los límites a la labor del juez comunitario en el ejercicio de la interpretación prejudicial, los cuales pueden resumirse de la manera siguiente: a) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no puede interpretar el derecho nacional, esta interpretación queda bajo la exclusiva competencia de los jueces nacionales; b) El Tribunal no puede aplicar el derecho comunitario, se limita a interpretarlo, pero la puesta en práctica de su interpretación es también de la exclusiva responsabilidad de los jueces nacionales; c) El Tribunal no puede pronunciarse sobre los hechos, comprobar su exactitud o decidir sobre su calificación, ya que esto también está dentro de las competencias del juez nacional en el caso concreto.

Estas limitaciones responden al hecho de que la interpretación prejudicial es una cooperación entre jueces nacionales y jueces comunitarios, que buscan trabajar en armonía en la resolución de un caso concreto, evitando interferencias entre sus respectivas áreas de competencia.

Es, en definitiva, un reparto de competencias, que articula el trabajo de los jueces involucrados (nacional y comunitario), para asegurar la uniformidad de los efectos jurídicos en todos los países miembros, y así lo ha señalado el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en varias oportunidades.

Es interesante e importante destacar que el Tribunal tiene amplia libertad para determinar cuáles normas del ordenamiento jurídico comunitario interpretará, es así, que el Tribunal no se encuentra constreñido a la

¹¹ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 34.

interpretación de las normas solicitadas por el juez nacional, puede muy bien interpretar las normas solicitadas u otras que considere pertinente para el caso en cuestión. Esta facultad nos parece indicadora de que el juez comunitario aplica realmente las normas del ordenamiento común que, de acuerdo con su interpretación, él estima relevantes para el caso concreto; y no se limita entonces a dar una consulta abstracta sólo sobre el derecho comunitario que el juez nacional consideró, en su solo arbitrio, aplicable al caso en cuestión. La jurisprudencia de este Órgano Comunitario así lo confirma: *"Requerida por un juez nacional al juez comunitario, la interpretación prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia de este Alto Tribunal el determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar, sugeridas o no por el requirente y todo con el fin de lograr una comprensión global del caso consultado; le corresponde también absolver la consulta en el orden de prelación que él mismo estime conducente"*.¹²

El Doctor Fernando Uribe sostiene sobre las sentencias del Tribunal: *"es una verdadera sentencia, aunque sui generis, que tiene la fuerza propia de la cosa juzgada, aunque con un efecto relativo, inter partes, circunscrito al proceso de que se trate y que habrá de ser tenida en cuenta por el a quo para la sentencia definitiva, junto con los elementos fácticos y de derecho nacional que vengan al caso"*.¹³

Es también importante señalar que la sentencia que dicte el Tribunal tiene carácter obligatorio para el juez nacional, así lo indica tanto el Tratado como el Estatuto: *"El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal"*¹⁴, lo que significa que la sentencia resuelve la cuestión referente al Derecho Comunitario, correspondiendo al juez nacional la responsabilidad de dictar el fallo final, es decir, que da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada, no se trata pues de una mera directiva o sugerencia, sino que vincula al juez nacional que hizo el reenvío y a los demás tribunales que deben conocerla por vía de recurso. Esto quiere decir que en la materia objeto de interpretación, la interpretación del juez comunitario es absolutamente vinculante para el juez nacional. Otro

¹² Proceso 1-IP-94. G.O.A.C. N° 164, de 2 de noviembre de 1994. Marca: MAC POLLO SU POLL● RICO.

¹³ Uribe Restrepo, Fernando. Ob. Cit. p. 127.

¹⁴ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 35. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 127.

aspecto interesante es que el juez nacional a su vez hará necesariamente una interpretación de la interpretación prejudicial que le presente el juez comunitario, y por lo tanto es posible que en esa nueva interpretación el juez nacional se aparte, o no acoja del todo la interpretación prejudicial.

La sentencia vincula al juez nacional que solicitó la interpretación y a los demás jueces que conozcan del proceso por cualquiera de los recursos que llegue a su conocimiento y decisión, en el sentido de que deberán dar a la normativa comunitaria, dentro del litigio nacional, el significado recogido y decidido por el Tribunal.

El principio de aplicabilidad directa es reiterado tanto por el Tratado de Creación del Tribunal como por el Protocolo Modificatorio.

4. Relación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los órganos jurisdiccionales nacionales

Lo importante e interesante de la interpretación prejudicial es que es el juez nacional el que actúa como juez comunitario. El procedimiento de interpretación prejudicial contribuye a afianzar los vínculos de colaboración entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros encargados de la aplicación y del Tribunal Andino encargado de la interpretación.

Según las palabras del Dr. Patricio Bueno, ex Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: *“La importancia de la colaboración del juez nacional en esta acción no sólo se refiere a la iniciativa de la consulta sino que a él le corresponde analizar y decidir o apreciar por su propio criterio si para la emisión de su fallo se requiere que el Tribunal se pronuncie sobre determinado punto de Derecho Comunitario, decisión en la que no pueden inmiscuirse ni las partes del litigio principal ni el propio Tribunal Andino”*.¹⁵

Al respecto, Luis Carlos SÁCHICA dice: *“No basta, para la vigencia plena de un orden jurídico, que los jueces comunitarios retiren del mismo y las hagan inaplicables declarando su invalidez las normas secundarias contrarias a su basamento normativo, ni que sancionen el incumplimiento de cualquiera de sus leyes. Es necesario, además, en un*

¹⁵ Exposición del Dr. Patricio Bueno en el Seminario Internacional, Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios. Editorial Judicial. Sucre, agosto 1996, pág. 106.

*ordenamiento comunitario, como el andino, que los jueces nacionales den aplicación directa y prevalente sobre los de su País a las normas del proceso de integración, y que esa aplicación sea uniforme en los cinco Países Miembros. Esto es, que el derecho andino sea realmente común, unívoco, general. De esta manera se produce, paralelamente a la integración económica, la necesaria integración jurídica” y dice posteriormente “que la interpretación prejudicial es una articulación entre el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y los jueces nacionales para fijar el sentido en que debe ser aplicado el derecho andino”.*¹⁶

Es evidente que entre nuestros países ha existido un poco de recelo para recurrir ante el Tribunal para solicitar la interpretación prejudicial por parte de los jueces nacionales, ha habido una resistencia, que podríamos calificar incluso de “natural”, en acudir a la interpretación prejudicial, por considerar que es una muestra de subordinación o de sometimiento a una jerarquía superior, inspirados en el principio de autonomía e independencia de los jueces, así como en principios nacionalistas y de soberanía. En líneas generales, se considera un exceso cualquier intromisión externa en la función jurisdiccional y más cuando en este caso pareciera que el juez comunitario pretende ordenar al juez nacional como debe interpretar el derecho comunitario.

Al respecto el Dr. Iván Gabaldón Marqués, ex Magistrado del Tribunal Andino, citado por Uribe Restrepo, al referirse a los Jueces Nacionales dice: *“La eventual resistencia del juez nacional en aceptar este sistema de cooperación judicial, fundamentando esta resistencia en razones de soberanía nacional o de pérdida de su autonomía, absolutamente discutibles en el plano conceptual, produce un definitivo efecto adverso a los intereses que se pretenden defender. La soberanía es el escudo que protege los intereses de la Nación. El no velar por la aplicación uniforme del derecho comunitario afectará precisamente los intereses que se pretenden defender”.*¹⁷

Tanto el Tratado de Creación del Tribunal, en su artículo 33, como el Estatuto, prevé dos casos para pedir la interpretación prejudicial, estas son: la consulta facultativa y la consulta obligatoria.

¹⁶ Sáchica, Luis Carlos. Introducción al Derecho Comunitario Andino. Colección de Estudios del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Quito 1985. pág. 150.

¹⁷ Uribe Restrepo Fernando, Ob. Cit. pág. 42.

La consulta facultativa está recogida en el artículo 121 del Estatuto, y dice *"Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recurso en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso"*,¹⁸ y norma similar la encontramos en el Tratado.¹⁹

En este caso la norma es muy elocuente y clara, en este sentido si existe ulterior recurso en el ordenamiento interno el juez puede o no consultar al Tribunal y está facultado para dictar la sentencia correspondiente con o sin una interpretación del Tribunal.

La consulta obligatoria, según el artículo 122 del Estatuto, consiste en que: *"De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal"*²⁰, norma que en el Tratado se encuentra en el artículo 33.²¹

Por el contrario, en este caso el juez nacional debe necesariamente consultar al Tribunal y detener el proceso interno hasta que el Tribunal se manifieste respecto a la interpretación prejudicial solicitada.²² Esto implica que incluso un juez de primera instancia, cuyas decisiones no tengan recurso, de acuerdo con la legislación nacional, estará obligado a hacer la solicitud, si se le presenta la aplicación de una norma comunitaria. Se trata entonces, más que de la jerarquía del juez nacional, de los efectos de su sentencia en el ordenamiento jurídico interno.

¹⁸ Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 121.

¹⁹ Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 33.

²⁰ Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 122.

²¹ Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 33.

²² Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 33. Estatuto del Tribunal. Artículo 124.

Como reza el artículo 128 del Estatuto del Tribunal: *“Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.*

“Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

*“En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de la interpretación prejudicial”.*²³

Este artículo abre dos posibilidades, la primera se refiere al hecho de que el juez nacional no realice una consulta prejudicial obligatoria y la segunda posibilidad se refiere a que el juez nacional no aplique la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En ambos casos los Países Miembros o los particulares pueden acudir al Tribunal solicitando una acción de incumplimiento.

Si bien este artículo es muy importante al abrir esta posibilidad y así revestir de fuerza a la interpretación prejudicial, todavía queda el vacío dentro de la legislación interna, respecto a cuál sería la suerte de la sentencia dictada en el proceso doméstico, ya que el hecho de no consultar al Tribunal o no aplicar la interpretación prejudicial no vicia de nulidad el proceso interno.

Es importante la última parte del artículo analizado, pues insta a los jueces nacionales que han solicitado y posteriormente aplicado una interpretación prejudicial emitida por el Tribunal, a comunicar a este Órgano Comunitario cuál ha sido el resultado de la sentencia dentro del proceso interno y de esta forma garantizar la correcta y uniforme aplicación del Derecho Comunitario Andino.

La interpretación prejudicial representa una vía de utilidad doctrinaria y jurisprudencial para el juez nacional, ya que la resolución comunitaria

²³ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 128.

recoge un criterio para el juez nacional que le servirá de fundamento para dictar su sentencia. La interpretación facilita al juez para dictar la sentencia en el proceso interno.

La interpretación prejudicial resulta ser esencial para que el juez resuelva la cuestión controvertida.

Quito, febrero del 2003

INSEGURIDAD EN NUESTRA NORMATIVA TRIBUTARIA

Dr. Edgar Acosta¹

La mayor parte del tiempo, en todos los foros y en los más variados tonos, escuchamos quejas amargas sobre la inseguridad jurídica que existe en el país, situación que trae como una de sus consecuencias más graves la falta de incentivo para la inversión, no sólo extranjera sino también nacional, pues muchos ecuatorianos con recursos prefieren colocarlos en el exterior, aún con rendimientos mínimos, antes que arriesgarlos en una inversión demasiado compleja e incierta.

El fenómeno, en términos generales, debe entenderse no sólo como una falta de respeto y aplicación de la ley, sino más allá de ello, una de las formas más perniciosas de la inseguridad jurídica de la que adolece la sociedad ecuatoriana es la falta de coherencia con la que se legisla en el país.

Cuando las entidades u organismos a quienes se ha confiado la administración de un segmento determinado de la actividad pública o privada, plantean reformas con el único afán de conseguir réditos mediáticos, coyunturales, que muchas veces son contrarios a las tradiciones e idiosincrasia de los administrados a quienes compete cumplirla, no estamos haciendo otra cosa que abonando el terreno en el que en un futuro próximo campeará la inseguridad.

La esfera tributaria, quizá como ninguna otra, es una muestra palpable de lo dicho. Basta mencionar que, a raíz del serio esfuerzo desplegado a fines de 1989, que dio a luz la reforma tributaria con la que se consiguió poner orden en la normativa tributaria, básicamente con la expedición de la Ley de Régimen Tributario Interno que aglutinó en su seno a leyes dispersas y caóticas vigentes a esa fecha, los administradores de la cosa tributaria del país —antes la Dirección General de Rentas, hoy el

¹ Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Abogado en libre ejercicio de la profesión, Pérez Bustamente & Ponce.

Servicio de Rentas Internas— se olvidaron de la ponderación con la que deben actuar cuando preparan y proponen reformas legales sobre la materia. Antes que responder a una doctrina moderna que ubique al país dentro de los más adelantados en las actuales corrientes de administración en tema impuestos, con pocas excepciones, podría sostenerse que las veintiocho modificaciones introducidas en la ley, junto con las correspondientes reformas reglamentarias, han tenido como finalidades exclusivas el poner obstáculos y controles a la evasión —situación loable en sí misma, siempre que no se sacrifiquen los postulados constitucionales de igualdad, generalidad, proporcionalidad, así como el universal de justicia tributaria— y, de otro lado, el aumentar significativamente las recaudaciones tributarias —cuestión que tampoco puede ser negativa per se, a menos que para lograrla se conculquen o, al menos, se perjudiquen los intereses de los contribuyentes.

Son muchos los ejemplos que podrían enunciarse para ejemplificar lo dicho. La creación de la figura del IVA tarifa “0”, con el pretexto de establecer los controles sobre todo tipo de operaciones de los sujetos pasivos del impuesto, pero desnaturalizando la institución vigente con anterioridad que diferenciaba a la materia gravada de aquella exenta de acuerdo con la ley; las idas y venidas del impuesto único a las operaciones de crédito y del impuesto único sobre rendimientos financieros; la creación del efímero impuesto a la circulación de capitales; la caza de brujas en contra de los llamados “escudos fiscales”; la pretendida implantación de esquema utópicos como los llamados “régimen de transferencia de precios”; las derogatorias “en masa” de leyes generales o especiales que se opongan a la “suprema norma tributaria”. Todos ellos —y muchos más— son ejemplos de que nuestros administradores tributarios no han considerado la posibilidad de que una legislación doctrinariamente sustentada, fácil de entender por el común de los contribuyentes y que respete los usos y costumbres básicos en los que tradicionalmente se han desenvuelto nuestras relaciones productivas y de servicios, puede ser más beneficiosa para el Fisco, antes que la imposición de fórmulas complejas que muchas veces, no cabe duda, ni siquiera son comprendidas por los mismos funcionarios encargados de aplicarlas.

Tomando como punto de partida la nueva propuesta de reformas tributarias que está en marcha, me parece interesante hacer relación al caso particular de la tributación de las indemnizaciones laborales, como

ejemplo de lo que ocurre cuando las modificaciones que se proponen no buscan otra cosa que satisfacer el apetito cada vez más voraz de las arcas fiscales.

En la nueva propuesta de reformas que el Ejecutivo está próximo a enviar a la Legislatura, entre otras muchas cuestiones que están preocupando seriamente a los contribuyentes, hay un aspecto positivo cuando se pretende corregir una distorsión creada en abril de 1999, época en la que se introdujo una reforma inconsulta que eliminó de la lista de ingresos exentos a las indemnizaciones laborales. En efecto, el proyecto actual contempla la inclusión de un numeral al artículo 9 de la Ley para consignar de modo expreso que las indemnizaciones laborales, según lo establezca el Código del Trabajo, se encuentran exentas del pago de impuesto a la renta; el exceso sobre estos valores estaría gravado con el tributo.

Al menos en este punto la reforma es apropiada. Pero el motivo de este artículo es otro, pues la corrección que ahora se pretende se hace necesaria, precisamente, por una falta de criterio al momento de reformar la ley en la ocasión pasada. En efecto, hasta el año 1999 las indemnizaciones fueron consideradas como ingresos exentos del impuesto a la renta; así expresamente lo manifestaba el numeral 11 del artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Las discrepancias surgen a raíz de la expedición de la Ley 99-24 para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181 de abril 30 de 1999. En esta Ley se contemplaban dos modificaciones que son el punto de partida de la controversia que nos ocupa: de una parte, se elimina a las indemnizaciones laborales como ingresos exentos (reforma al Art. 9) y, de otro lado, se incluye una tabla de cálculo de impuesto a la renta para gravar al exceso de las indemnizaciones que sobrepasen los límites establecidos en las normas pertinentes (reforma al Art. 36). El problema tomó forma posteriormente en vista de que el año 1999 fue particular, pues no hubo impuesto a la renta durante los primeros cuatro períodos (por la vigencia del Impuesto a la Circulación de Capitales ICC) y el resto del ejercicio se suprimió el esquema de retenciones en la fuente.

Con propiedad, la vigencia de esta reforma recién tuvo lugar a partir de enero del 2000. Cuando esto ocurrió, el malestar de los contribuyentes no se hizo esperar por lo que se propusieron acciones de

inconstitucionalidad ante el Tribunal de la materia. En efecto, teniendo como antecedente una de esas demandas, el Tribunal Constitucional dictó la Resolución No. 029-2000-TP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 67 de abril 28 de 2000, fallo en el que declaró la inconstitucionalidad de la segunda tabla establecida por la Ley 99-24. Una vez emitido este pronunciamiento, el Servicio de Rentas Internas, en su afán de incrementar las recaudaciones fiscales, dictó la Resolución No. 254, publicada en el Registro Oficial No. 98 de junio 14 de 2000, en la que ordenó que los empleadores retengan el impuesto causado por concepto de indemnizaciones laborales. El razonamiento para tal actitud se basaba en que, eliminada la segunda tabla y la referencia expresa a la exoneración del ingreso, todo el monto de indemnización debía gravarse con impuesto.

En vista de esta actitud, el Tribunal Constitucional volvió a emitir un pronunciamiento No. 130-2000-TP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 128 de julio 26 de 2000, en el que ratificó su criterio en el sentido de que las indemnizaciones laborales no estaban sometidas a la tributación del impuesto a la renta, por lo que llegó a conminar al SRI el acatamiento de sus decisiones.

Como se puede apreciar de todo lo manifestado, a pesar de no existir una exoneración expresa que beneficie a las indemnizaciones laborales, sin embargo, el SRI, único llamado a aplicar la Ley Tributaria, a regañadientes tuvo que aceptar diversas argumentaciones que van desde la inconstitucionalidad decretada en contra de la parte pertinente de la Ley 99-24, pasando por conceptos en el sentido de que las indemnizaciones no serían "renta", por lo que no pueden estar gravadas con impuesto alguno, y hacerse de la vista gorda frente a la no tributación de las indemnizaciones laborales, no obstante que con ello se contraría el principio básico de la tributación que ordena que toda exención debe constar en norma expresa.

Más allá de las reflexiones jurídicas que puede hacerse en torno a lo complejo que muchas veces resulta la interpretación de nuestro sistema tributario, no cabe duda que el concepto de indemnización laboral trasciende de lo que debería entenderse como un simple ingreso adicional a que tiene derecho una persona, pues su esencia va dirigida a proteger a su beneficiario de los efectos que le puede ocasionar la pérdida de la fuente de trabajo, así lo ha establecido nuestra legislación laboral. Esta

consideración lleva a justificar tanto las acciones propuestas para lograr el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, así como la aceptación de parte del SRI para la devolución de los valores cancelados indebidamente.

Lo extraño del caso es que desde que ocurrieron estos hechos, año 2000 hasta la época, la situación jurídica de la tributación de renta respecto a las indemnizaciones laborales ha permanecido a la deriva. Según el criterio más conservador, la no existencia de norma positiva expresa obliga a la retención del impuesto respecto de todo rubro que se pague por este concepto; la posición contrapuesta sostiene la inexistencia de tributo sobre cualquier monto que se cancele a este respecto; una posición más realista que quizá ha primado, considera la tributación sólo sobre los valores que excedan a aquellos que son producto de la aplicación de las normas del Código del Trabajo, esto último estaría en coincidencia con la reforma que ahora pretende introducir la Administración Tributaria.

El ordenamiento jurídico tributario debe ser lo más claro y transparente posible, para que el contribuyente no tenga dudas en su aplicación, situación que, muy lamentablemente, no ocurre en nuestro caso.

**OBSTÁCULOS A LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE
MARÍTIMO E INTERMODAL EN LA REGIÓN Y SU
INCIDENCIA EN EL DESARROLLO DEL COMERCIO
EXTERIOR DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN
LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI), CON
ESPECIAL ÉNFASIS A LA SITUACIÓN EN LA COMUNIDAD
ANDINA (CAN)**

Dr. José Antonio Pejovés Macedo¹

I. NOTA DE CAUCIÓN

Antes de abordar el tema, quiero agradecer la gentileza que ha tenido la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por haberme invitado a participar en esta nueva entrega de Ruptura.

Puede llamar la atención que en este número de Ruptura, dedicado principalmente al Derecho público, se trate sobre el transporte marítimo e intermodal, actividades que a primera vista parecerían estar “a la otra orilla”, por decir lo menos. Sin embargo es oportuno recordar que el transporte marítimo, visto desde una perspectiva jurídica, es estudiado por el Derecho marítimo, y el transporte terrestre, aéreo y multimodal, dependiendo del modo o modos de que se trate, corresponden al Derecho aeronáutico o al Derecho de los transportes. Pues bien, aunque no es el tópico principal de este trabajo, vamos a referirnos al “registro de buques”, instituto que es uno de los más importantes del llamado Derecho público marítimo.

La más antigua de las actividades de traslado o acarreo de mercaderías, es la marítima. Un dato histórico comprobable, lo constituye el hecho que el hombre primero aprendió a transportar cosas en embarcaciones rudimentarias, antes que en cualquier otro medio. Los seres humanos antes de descubrir la rueda ya se desplazaban en las aguas mediante

¹Abogado por la Universidad de Lima. Investigador del Instituto Riva Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Marítimo del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y de la Comisión que Elaboró el Proyecto de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo del Perú.

objetos flotantes, cuyas concavidades les permitían movilizar sus pertenencias. El transporte marítimo, como se menciona más adelante, continúa siendo el modo de transporte más usado por la humanidad, y ha alcanzado tras cientos de años de perfeccionamiento, una eficiencia insuperable.

Si bien este trabajo se publica en Quito, ciudad lejana del mar, no debe sorprender por qué se aborda el tema del transporte marítimo. La ciudad de Quito dista del océano, pero constituye un punto de salida y de destino en operaciones de transporte multimodal –cuyo componente es en gran parte marítimo–, como efecto de las transacciones mercantiles internacionales.

El Derecho marítimo² y el Derecho de transportes, son dos importantes partes del Derecho, cuyo estudio profundo es imprescindible en toda Facultad de Derecho.

II. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, tiene como fuente principal, un documento que fue publicado en la página web de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)³, en septiembre de 2002. Reviste importancia pues trata de un tema de singular trascendencia para el comercio exterior entre los países de la región.

Como es conocido cerca del 90% del comercio exterior de los países miembros de la ALADI, y claro los de la CAN, es movilizado a través de buques, esto es, usando el modo marítimo, el cual es intercalado con el modo terrestre al momento de trasladar la carga a los almacenes, lo que configura una operación de transporte intermodal⁴ en algunas

² Como bien dice el profesor Ignacio Arroyo: el Derecho marítimo es el conjunto de relaciones que nacen o se desarrollan con el mar.

³ Documento: ALADI/SEC/Estudio 151 de 24 de septiembre de 2002, elaborado por la Secretaria General de ALADI con la colaboración del Lic. Ricardo J. Sánchez, Director del proyecto, y la Lic. María Gabriela Aronín, investigadora.

⁴ El transporte intermodal, es el que consiste en emplear más de un modo de transporte. Por ejemplo, transbordar un contenedor de un buque a un camión para su posterior traslado al depósito de destino.

oportunidades o multimodal⁵ si el contrato se cierra con un solo operador y este último acarreo no es complementario del transporte marítimo.

El enfoque del estudio la ALADI, radica en que la implementación de los servicios de transporte intermodal en la región, enfrenta varios obstáculos de distinta naturaleza e intensidad.

Señala el citado estudio que uno de los obstáculos más significativos y de mayor impacto en la eficiencia de los servicios de transporte en la región, se presenta en el mercado de servicios de transporte marítimo y fluvial⁶, los cuales actualmente operan, en términos generales, condicionados por un fuerte conjunto de restricciones a la libre contratación de fletes⁷ para los transportes de cabotaje⁸ nacional y regional, por la presencia de regulaciones que exigen que dichas cargas sean transportadas por buques abanderados⁹ en dichos países, por la subsistencia de acuerdos bilaterales¹⁰ entre países que restringen¹¹ el transporte por agua a buques

⁵ El transporte multimodal, es el que se realiza empleando más de un modo de transporte. En el contrato de transporte multimodal interviene un solo operador llamado operador de transporte multimodal (OTM), el mismo que se hace responsable de todas las etapas del acarreo o traslado de las mercaderías.

⁶ Se acostumbra mencionar el transporte marítimo, haciendo extensiva la alusión al transporte fluvial. Si bien éste último se desarrolla en los ríos navegables, el marítimo se circunscribe a los mares y eventualmente ríos. De allí que en el mundo del Derecho se estudie Derecho marítimo o Derecho de la navegación, lo cual en puridad es lo mismo e incluye el transporte fluvial. Ello tiene que ver por el hecho que técnicamente equivalen al mismo modo de transporte, en el cual se emplea como medio el buque, y que se diferencia de los modos terrestre y aéreo.

⁷ Flete es la contraprestación que cobra el armador por trasladar la mercadería de un lugar a otro.

⁸ El transporte de cabotaje consiste en trasladar la mercadería de un puerto a otro puerto de una misma circunscripción. Es cabotaje nacional cuando se realiza entre puertos de un mismo país y es cabotaje regional cuando se realiza entre puertos de la misma región.

⁹ Un buque se entiende abanderado en determinado país, cuando cumpliendo las normas de dicho Estado, ha sido inscrito en su registro de buques.

¹⁰ Los acuerdos bilaterales consisten en tratados suscritos por países, para repartirse el transporte de la carga que se genera entre ellos.

¹¹ Restricción al transporte por agua por parte de un país, se entiende a la política marítima que pone impedimentos para que los buques que no enarbolan su bandera o que no estén amparados por acuerdos bilaterales, puedan prestar libremente servicios de transporte marítimo. Se entiende, claro, la prestación de trasladar carga generada desde y hacia sus puertos.

de uno de ambos signatarios, y por condicionamientos en las rutas internacionales¹².

Este trabajo se referirá especialmente a la situación que se presenta en la Comunidad Andina (CAN)¹³, proponiendo desde una perspectiva personal, algunas soluciones complementarias a las aportadas por la ALADI. La referencia se hará mencionando las normas supranacionales que rigen en los Países Miembros de la Comunidad Andina y señalando también la necesidad que se den normas complementarias que vuelvan viable el transporte marítimo en la subregión.

III. OBSTÁCULOS AL TRANSPORTE MARÍTIMO E INTERMODAL EN LA REGION

Estamos en presencia de un mercado fuertemente restringido para la oferta de fletes¹⁴, especialmente en las áreas del Mercado Común del Sur (MERCOSUR)¹⁵ y del Acuerdo de Libre Comercio de Norte América (NAFTA)¹⁶. Señala el informe de la ALADI, con total realidad, que si bien la CAN ha adoptado medidas liberalizadoras en los tráficos internacionales, el conjunto de países que generan la mayoría de los tráficos mantiene el mayor grado de impedimentos a la libertad de contratación.

En el estudio se sostiene que el mercado regional, fuertemente restringido, presenta un contexto general caracterizado de la siguiente forma:

- Su equilibrio competitivo está seriamente afectado. Casi todos los países no permiten la realización de tráficos de cabotaje a buques de otras banderas y varios otros no permiten tráficos bilaterales a otras banderas distintas de las del tratado bilateral. De esta forma, el mercado tiene un punto de equilibrio

¹² Rutas internacionales son aquellas establecidas por la práctica marítima. Comprenden el traslado de mercaderías por espacios acuáticos predeterminados, comprendidos entre dos o más Estados.

¹³ Acuerdo de integración celebrado por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

¹⁴ La oferta de fletes es la capacidad de bodega de los buques que está disponible en determina ruta marítima, está condicionada a factores como el libre mercado y las restricciones al mismo.

¹⁵ Acuerdo de integración celebrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

¹⁶ Acuerdo comercial celebrado por Canadá, Estados Unidos y México.

totalmente ineficiente, es decir, con una “cantidad productiva” menor y un “precio operativo” mayor que determina un punto de equilibrio de libre mercado (eficiente).

- Las restricciones que afectan este equilibrio competitivo se sustentan en fundamentos de diversos orígenes (de defensa y seguridad, económicas y estratégicas e industriales), que hasta el momento no han demostrado alcanzar los objetivos que enuncian.
- Estas restricciones, además, como lo demuestra la realidad actual, no aseguraron ni aseguran el desarrollo de las flotas nacionales¹⁷, ni que la propiedad sustancial y el control efectivo de las mismas estén en manos de ciudadanos nacionales. Por el contrario, han generado un mercado “complementario” al del transporte, un mercado de permisos (*waivers*)¹⁸, el cual funciona como elemento perturbador al distorsionar la formación de precios en los segmentos protegidos.
- Es así, que los precios de los tráficos bilaterales o regionales se ven aumentados en la proporción de esa distorsión, conformando un precio superior al del equilibrio competitivo, aunque el volumen del comercio de cabotaje marítimo o fluvial nacional sea menor que el regional o bilateral. Esta distorsión alcanza una media de 97 millones de dólares anuales en los tráficos regionales de cargas generales unitizables¹⁹, los cuales no son más que el monto de las pérdidas de eficiencia económica que causan las restricciones a la contratación de fletes.

IV. INCIDENCIA DEL TRANSPORTE MARÍTIMO E INTERMODAL EN EL COMERCIO EXTERIOR

¹⁷ Flota nacional es el parque naviero, concretamente el conjunto de buques abanderados en determinado país.

¹⁸ Los *waivers* son permisos de operación otorgados supuestamente de manera extraordinaria, ante la carencia de buques para prestar servicios en determinado tráfico.

¹⁹ Carga general unitizada, es aquel tipo de carga que se puede consolidar en un recipiente, ya sea un contenedor o una paleta, por ejemplo.

Cómo bien señala Rodolfo González-Lebrero²⁰, “Los fenómenos económicos en general no pueden ser considerados al margen del transporte, ya que el proceso de producción está precedido por él, en cuanto se refiere al movimiento de materias primas, y le sucede en la distribución de productos manufacturados o semimanufacturados. Los países producen bienes y servicios para si o para su intercambio con otros países, lo cual supone necesariamente su traslación en el espacio, y por ello resulta casi imposible establecer una distinción neta entre el transporte y la producción”.

El encarecimiento de los servicios de transporte –léase fletes-, eleva el costo de los bienes, al ser éstos más onerosos su colocación en los mercados internacionales los vuelve menos competitivos, y ello es perjudicial para el crecimiento del comercio exterior y consecuentemente para el desarrollo de los países.

Actualmente, los servicios de transporte son el 10% del valor de las mercancías en los países desarrollados y el 20% en los países en desarrollo. Una de las principales causas de esta importante diferencia radica en la suma de ineficiencias existentes en las interrelaciones de los modos de transporte que participan o intervienen en la cadena de distribución de las operaciones de comercio internacional, sean terminales de carga, aduanas, depósitos o puntos de transferencia²¹.

El transporte marítimo, que moviliza grandes cantidades de mercaderías, ha favorecido en el plano mundial la industrialización, sobre todo en lo que se refiere a la producción de bienes en masa en las zonas portuarias, zonas que en la medida que pudieron aprovechar costos marginales, se convirtieron en poderosos centros industriales. Otras zonas no portuarias, también se ven influidas por el transporte marítimo, en la medida en que este es parte de una operación de transporte multimodal.

²⁰ González Lebrero, Rodolfo. “Curso de Derecho de la Navegación”. Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Bilbao, 1998, p. 73.

²¹ Ver: De Ferranti y otros. *De los Recursos Naturales a la Economía del Conocimiento*. Publicación del Manco Mundial, 2001. Y Documento: ALADI/SEC/Estudio 144, de 5 de agosto de 2002. Elaborado por la Secretaría General de la ALADI, con la colaboración del Consultor Martín Sgut.

Políticas y legislaciones marítimas, anacrónicas, también confluyen en la ineficiencia de los servicios de transporte repercutiendo, como ya se dijo, en el desarrollo de los países.

V. SUGERENCIAS PARA ELIMINAR LOS OBSTÁCULOS

La ALADI sugiere que la línea básica de mejoramiento de la política de transporte marítimo²² –léase también fluvial- de la región, se concentre en un término medio, esto es, en una conducta en que los ejes principales de acción sean dos: por un lado, la derogación de los acuerdos bilaterales existentes; por otro lado la elaboración de un acuerdo multilateral de cabotaje regional, por el que todos los buques de la región puedan operar cargas en todos los puertos, correspondan o no a la bandera de su país.

El estudio estima que un acuerdo regional basado en la reciprocidad²³, constituye una herramienta idónea para optimizar los niveles de competitividad del comercio exterior de los países miembros de la ALADI y, estando en consonancia con las tendencias políticas mundiales en la materia, será un mecanismo eficiente para que la región pueda competir, eficientemente, en el mercado mundial de prestación de servicios de transporte.

VI. EL PANORAMA EN LA CAN²⁴

Mediante la dación de la Decisión²⁵ 288 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de 21 de marzo de 1991, se abrió el mercado de fletes en la

²² Según el profesor Arturo Ravina, la política naviera –o marítima-, que integra el marco más general de la política económica nacional, puede definirse como las acciones públicas y privadas que tienen por fin el desarrollo de la industria de marina mercante, que se traduce en normas jurídicas nacionales e internacionales, reglamentaciones y acuerdos privados, teniendo en mira la tutela del interés general, todo ello en concordancia con los intereses del comercio exterior.

²³ La reciprocidad consiste en “doy para que des”, se origina en el Derecho Romano, y está recogido en el aforismo latino: “do ut des”. Si un país permite que los buques de otro país puedan intervenir en su comercio marítimo, éste en señal de reciprocidad también debería permitirlo.

²⁴ Ver: Pejovés Macedo, José Antonio. “Reseña de la legislación, la jurisprudencia y la bibliografía sobre derecho marítimo peruano en 2000 y 2001”, en el Anuario de Derecho Marítimo, Vol. XVIII, Gobierno Vasco, Madrid, 2001 pp. 551 y ss.

²⁵ Las Decisiones son normas supranacionales, que de acuerdo con el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, gozan de aplicabilidad directa en los Países Miembros de la CAN, y tienen primacía sobre las normas domésticas.

Comunidad Andina. La liberalización unilateral²⁶ por parte de la CAN del acceso a las cargas originadas y destinadas a los Países Miembros, generó la salida del mercado de numerosas empresas navieras constituidas en dichos países, y provocó hasta nuestros días, la dramática situación que atraviesan las marinas mercantes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, como consecuencia de no haber podido soportar el violento cambio normativo de pasar de un sistema proteccionista²⁷ a uno de apertura. Ante el panorama desolador que produjo la Decisión 288, se aprobó el 6 de febrero de 1992, la Decisión 314, norma comunitaria que si bien continuó con el esquema de liberalización, cuidó de sentar en su artículo 9 un conjunto de acciones que los Países Miembros deberían encaminar, para fomentar sus marinas mercantes, es así que se estableció:

- La implantación de una política de flexibilización en materia de registro de buques²⁸;
- La implantación de una legislación que libere a las empresas de transporte marítimo de la subregión de las medidas que afectan su actividad e inciden en sus costos de operación y que se reflejan de modo particular en exigencias de carácter laboral, arancelario y tributario; y
- La flexibilización de los controles actuales para la facilitación del transporte marítimo.

²⁶ Liberalización unilateral, ya que se desreguló el mercado de fletes, antes que otros países lo hicieran. Dicha apertura hoy por hoy es irreversible como consecuencia de los acuerdos adoptados en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

²⁷ Medidas de política marítima de corte proteccionista como la "reserva de carga", que obligaba a que los operadores de comercio exterior transportaran su carga en buques abanderados en su país, solamente una vez agotada la capacidad de bodega nacional podían fletar buques de bandera extranjera.

²⁸ El sistema registral de buques en el mundo contempla tres clases: los primeros registros, también denominados ordinarios, que en algunos países son de carácter administrativo y de efectos jurídicos privados; los registros abiertos, también conocidos como banderas de conveniencia, en los cuales es prácticamente inexistente el control del Estado, y en los que los operadores de buques no tributan ni tienen exigencias laborales, es el caso de Bolivia, Chipre, Bahamas, Liberia, entre otros; y los llamados registros especiales o segundos registros, que fueron concebidos como un paliativo a la proliferación de las banderas de conveniencia y en los cuales si bien hay facilidades tributarias y laborales, hay un control efectivo del Estado que los administra (sobre el tema de los registros de buques se puede ver: Pejovés Macedo, José Antonio. "Una aproximación en torno a los registros de buques", en la Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial Folio Real, N° 3, Palestra Editores, Lima, 2000, pp. 87 y ss.).

En el IX Consejo Presidencial Andino, celebrado en la ciudad de Sucre (Bolivia) del 22 al 23 de abril de 1993, se aprobó una directriz presidencial, mediante la cual se encomendó a la Secretaría General de la Comunidad Andina que iniciara los estudios conducentes a fomentar la actividad de las marinas mercantes en los países de la subregión. Es así que este órgano comunitario elaboró tres proyectos de Decisión: uno sobre fletamento a casco desnudo y arrendamiento financiero de buques²⁹; otro sobre constitución de un registro andino de buques³⁰; y un tercero sobre garantías marítimas y embargo preventivo de buques³¹. Estos proyectos fueron sometidos a consideración del Comité Andino de Autoridades de Transporte Acuático (CAATA) para su revisión, y luego debieron pasar por el tamiz de las autoridades en materia económica y tributaria de los países de la subregión, siendo allí donde lamentablemente se frustró la posibilidad de que la CAN pudiese contar con un "registro especial o segundo registro de buques", como el que administran países de sólida tradición marítima como España, Francia, Inglaterra y los Países Escandinavos, por citar algunos. A ello hay que agregar que tampoco hubo acuerdo para sancionar la Decisión sobre fletamento de buques a casco desnudo y arrendamiento financiero de buques. El tercer proyecto, que sí cobró fuerza y es norma comunitaria con efectos jurídicos para los países de la subregión, es el relativo a las garantías marítimas y el embargo preventivo de buques, el cual se

²⁹ El arrendamiento de buque a casco desnudo, es uno de los denominados contratos de utilización de buques, entre los que figuran también el contrato de fletamento por viaje y el contrato de fletamento por tiempo. El arrendamiento de buque a casco desnudo significa, alquilar el buque sin tripulación, por un plazo determinado. El arrendamiento financiero de buques, es el "leasing", y es lo que se conoce como el alquiler con opción de compra de un buque (sobre este asunto, se puede ver: Vigil Toledo, Ricardo. "El Registro de Fletamientos a Casco Desnudo: Peligros y Ventajas", en la Revista de Derecho Marítimo y Comercial de la Asociación Peruana de Derecho Marítimo, N° 11, febrero de 1990, pp. 39 y ss.).

³⁰ Registro que se proyectó como uno especial o segundo registro, ver nota 22.

³¹ Las garantías marítimas son la hipoteca naval y los privilegios marítimos. La hipoteca naval junto con el arrendamiento financiero de buques son los mecanismos más eficaces para adquirir buques y renovar las flotas mercantes. El embargo preventivo de buques es una medida cautelar especial que permite embargar el buque como consecuencia de la concurrencia de determinados créditos marítimos. La Decisión 487 fue la adopción a nivel comunitario de los Convenios Internacionales sobre Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval (Ginebra, 1993) y sobre Embargo Preventivo de Buques (Ginebra, 1999), dichos instrumentos fueron elaborados por especialistas convocados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y por la Organización Marítima Internacional (OMI).

sancionó como Decisión 487³² de la Comisión de la Comunidad Andina de 7 de diciembre de 2000.

Con relación al transporte multimodal, en la CAN se sancionaron la Decisión 331 de 4 de marzo de 1993 sobre Transporte Multimodal y la Decisión 393 de 9 de julio de 1996, que modificó algunos aspectos de aquella. La normativa andina sobre la materia tiene como fuente inmediata el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal (Ginebra, 1980)³³.

VII. CONCLUSIONES

El estudio de la ALADI y las recomendaciones que se abordan, son acertadas desde la perspectiva de eliminar los obstáculos que inciden en una mejor prestación de los servicios de transporte marítimo e intermodal en la región. La propuesta de abrir el tráfico de cabotaje en la región, así como de eliminar los acuerdos bilaterales que distorsionan el mercado de fletes, constituyen sugerencias que deberían ser adoptadas como política marítima de los países de la región.

Como la negociación en el marco de la ALADI, es compleja, dada la asimetría aún existente entre los países firmantes del acuerdo, a nivel subregional se podría empezar por implementar el cabotaje andino, es decir que las cargas entre los puertos andinos puedan ser transportadas por buques abanderados en los Países Miembros. La Decisión 288 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, dispuso la denuncia de los acuerdos bilaterales celebrados entre los Países Miembros y terceros países, tal fue el caso de los acuerdos celebrados entre la República del Perú y las Repúblicas Federativa del Brasil y Argentina, por lo que ya no hay en vigor acuerdos de esa naturaleza en la subregión.

Debería reimpulsarse la dación de la Decisión sobre registro andino de buques. Los registros especiales han proliferado en Europa con mucho éxito. La constitución de un registro andino de buques significaría el renacimiento de empresas navieras en la subregión, las que con controles efectivos generarían un importante ahorro de divisas para los Países Miembros, así como puestos de empleo para su gente de mar.

³² La Decisión 487 ha sido modificada por la Decisión 532 de 2 de octubre de 2002.

³³ De los países miembros de la ALADI, solo Chile y México han ratificado el Convenio de 1980 sobre transporte multimodal.

La ineficiencia en los servicios de transportes, incide en la elevación del costo de los bienes, y ello se refleja en los mercados internacionales, perjudicando el crecimiento del comercio exterior y obviamente el desarrollo de los países.

EL DERECHO ECONÓMICO COMO EL DERECHO DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Dr. Guillermo Chahín Lizcano¹

En los tiempos que corren ya no es infrecuente oír que se menciona la expresión **DERECHO ECONOMICO** para calificar diversos aspectos del acontecer jurídico, académico y cultural. Utilizamos ya con alguna profusión y con cierto grado de propiedad la antedicha denominación para designar cátedras universitarias en las Facultades de Derecho, Economía, Administración Pública y de Empresas; nos servimos de ella para expresar un dominio, un campo del Derecho que tiene estrecha relación con el desenvolvimiento económico de la sociedad; la utilizamos también, para señalar la especialidad dentro del ámbito jurídico que se ocupa del estudio de las relaciones económicas que se surten entre los asociados, o entre éstos y el Estado y aún, entre los diversos Estados.

No obstante la utilización tan difundida, y tal vez por esa misma razón y por la vastedad y diversificación del objeto al que la denominación se aplica, el concepto de Derecho Económico carece de precisión y en ocasiones se hace de difícil aprehensión.

Esto, desde luego, es algo que se puede superar mediante la exposición doctrinaria y la acción creativa de los investigadores, tratadistas y divulgadores científicos, pero no deja, sin embargo, de causar ciertos inconvenientes que perjudican el intento de recomponer y definir un dominio especializado que abarque las relaciones económicas de todo tipo, objeto de regulación jurídica, es decir, derivadas, sometidas o relacionadas con una norma legal.

La amplitud y complejidad del objeto que se pretende abarcar con la expresión en comento, va en detrimento de una conceptualización precisa

¹ Profesor Titular de la Universidad Nacional de Colombia. Ex-presidente del Consejo de Estado de la República de Colombia. Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

cuya existencia es necesaria para conferirle al tema un cariz científico y para evitar que se califique el intento como algo caprichoso o como el simple resultado de la novedad o de la moda.

De otra parte, las interrelaciones que se dan entre los aspectos de que se ocupa el Derecho Económico y los que son objeto tradicional y secularmente aceptado de otras ramas del Derecho, contribuyen a dificultar la posibilidad de tener una noción clara de aquél y, de pronto, propician el planteamiento de conflictos, de cruces y traslajos entre tales especialidades tradicionales y el Derecho Económico que, conviene decirlo de una vez, es un Derecho nuevo; más aún si se le toma, como es considerado por el autor de estas notas, como el Derecho del Intervencionismo del Estado, en la medida en que su formación resulta contemporánea a la transformación del estado Liberal Burgués en Estado Intervencionista, que como se sabe, es un fenómeno de la primera mitad del Siglo XX.

Por estas razones y en procura, precisamente, de esa claridad conceptual se dedicará el presente trabajo al intento de llegar a una noción del Derecho Económico, definiendo el concepto, acotando su objeto, resaltando su realidad y necesidad en el ámbito jurídico-político moderno, ubicándolo como una rama especial del Derecho, clasificándolo, mostrando sus relaciones con otras especialidades del Derecho y de otras Ciencias Sociales y, sobre todo, analizando históricamente su formación y desarrollo para llegar a la conclusión que ya se esbozó de que el Derecho Económico es el Derecho de la Intervención del Estado en la Economía.

1. NOCIÓN Y DEFINICIÓN

1.1. Algunas definiciones doctrinarias del Derecho Económico

Indudablemente la cuestión económica ha sido un elemento de constante y permanente presencia en todas las sociedades políticamente organizadas y, por tanto, su regulación ha caído dentro de las preocupaciones de las diferentes formaciones estatales, mediante el instrumento propio y tradicional que la humanidad conoce, desde sus albores, para hacerlo: la regla jurídica, el Derecho.

A lo largo y ancho del devenir histórico han existido normas jurídicas expresamente destinadas a regular el fenómeno económico dentro de las diversas organizaciones sociales. No obstante, tales normas no llegan a constituir, en todo tiempo, un cuerpo orgánico ni un dominio especializado que permita hacer valer la afirmación de la existencia de un Derecho Económico, autónomo y diferenciado, vigente desde el momento mismo de la aparición del Derecho, que es, sin duda, concomitante con el de la conformación de la sociedad. Por el contrario, en diferentes regímenes sociales y políticos encontramos que no existen regulaciones estatales que le señalen injerencia mayor al aparato estatal en la orientación de la economía y que las normas jurídicas que se promulgan para regular las relaciones económicas entre los particulares, solo tienen, en el mejor de los casos, un carácter supletorio de la voluntad privada. Esto es lo que sucede, por ejemplo, dentro de la concepción del Estado Liberal Burgués en su orientación más tradicional, en donde lo que impera, en cuanto a las relaciones económicas se refiere, es un criterio de libertad absoluta de los asociados, de imperio de la autonomía de la voluntad, y de ninguna o mínima injerencia del Estado en la dirección u orientación de dichas relaciones. Aún más, el aparato estatal no es, ni puede ser, dentro de esta concepción, sujeto activo u operador de las relaciones económicas, a no ser que actúe como un particular mas, y eso en actividades limitadas a lo considerado esencial para su funcionamiento.

Resulta incontrovertible que en la medida en que se produce un cambio de orientación ideológica del Estado y éste deja de mantener un papel eminentemente pasivo para convertirse en un ente intervencionista, toda la normatividad que se genera, especialmente en el campo de la economía, cuya regulación imperativa por el Estado es el objeto de la intervención, cobra especial importancia y empieza a constituirse en un dominio particular del Derecho, cuya denominación es precisamente la de Derecho Económico, o para algunos, Derecho Público Económico².

Esta característica del Derecho Económico, importante también para la delimitación de su objeto, implica que se trata de un Derecho nuevo, en formación, y cuyos orígenes tenemos que buscar en el período reciente en

² De acuerdo con **SERRA ROJAS, Andrés**. Derecho Económico. Editorial Porrúa S.A. México 1981. Pág. 16.

que se produce el tránsito del Estado Liberal Burgués al Estado Intervencionista. A este respecto, consideramos acertada la postura de SANTOS BRIZ cuando expone que: "Una doctrina muy seguida, quizá la predominante, considera la dirección de la Economía por el Estado como el concepto central del Derecho Económico. Según la misma, este es el Derecho propio de la dirección de la economía por el Estado. Fue esta dirección el centro de gravedad de las investigaciones en la década 1940-1950. El Derecho Económico contiene, entre otras, las normas sobre clase y extensión de las medidas intervencionistas y las delimitadoras de las esferas individual y estatal en el sector económico. Pero absolutamente en primer término está el poder del Estado que intenta dominar la economía".³

La denominación misma, la expresión Derecho Económico, es un término que corresponde al período en que se produce la aludida transformación ideológica y política del Estado Liberal, puesto que al decir del profesor BELTRAN DE HEREDIA, "La idea nace en Alemania. Su precursor y creador del término es NUSSBAUM, que en 1920 publica su obra *Das Neu Deutsches Wirtschaftsrecht*, referida en esencia a las transformaciones sociales y económicas que se producen a consecuencia de la primera guerra mundial con directa repercusión especialmente para el derecho privado".⁴

Tenemos entonces que la expresión Derecho Económico corresponde a la traducción al Castellano de la palabra alemana *Wirtschaftsrecht* cuya acuñación se produjo en la segunda década del presente siglo, y cuyo uso se popularizó con posterioridad a la terminación de la segunda guerra mundial.

En este corto lapso, desde su aparición hasta nuestros días, han sido grandes y constantes los esfuerzos de los tratadistas, alemanes, franceses y españoles, en Europa y mexicanos y argentinos, en América, por estructurar una teoría del derecho de la economía y por ello, son ya abundantes las exposiciones doctrinarias al respecto con que podemos

³ SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho Económico y Derecho Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1963. Pág. 36.

⁴ BELTRAN DE HEREDIA, José. En el Prólogo de Derecho Económico y Derecho Civil de J. Santos Briz. Ob. cit. Pág. XIX.

contar en la actualidad. Algunos renglones de este trabajo están destinados, por ello, a presentar varias de las más importantes definiciones como un criterio de aproximación al tema, que desafortunadamente, en el ámbito andino, ha carecido, con excepciones dignas de encomio, de tratamiento doctrinal adecuado.

1.1.1. Definición de Huber

HUBER⁵ define el moderno derecho económico como “El conjunto de normas que se refieren a la regulación de las relaciones económicas, ya se hallen dichas normas en las leyes civiles generales o en las leyes económicas específicas.”

1.1.2. Definición de R. Savy

Para ROBERT SAVY⁶ el derecho económico es “el conjunto de las normas que tienden a asegurar, en un momento y en una sociedad dadas, un equilibrio entre los intereses particulares de los agentes económicos privados o públicos, y el interés económico general”.

1.1.3. Definición de Jacquemin y Scharans

Los tratadistas JACQUEMIN y SCHARANS⁷ piensan que “el derecho económico no es una nueva materia jurídica, sino una nueva óptica frente a frente de las materias tradicionales. Como en el caso del derecho comparado, el derecho económico es una calificación del derecho: es el derecho considerado en sus consecuencias económicas”.

1.1.4. Definición de Novoa Monreal

NOVOA MONREAL⁸ concibe el derecho económico en la línea del derecho del intervencionismo de estado, al exponer que: “Dentro de un mundo occidental donde diversas razones han impuesto alguna forma, a

⁵ Citado por SANTOS BRIZ, Jaime en ob.cit. Pág. 41.

⁶ Citado por SERRA ROJAS, Andrés en ob. cit. Pág. 107.

⁷ JACQUEMIN, Alexis y SCHRANS, Guy. *Le Droit Economique. Que sais-je?*. Presses Universitaires de France. Tercera Edición. Paris 1982. pág.90

⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Instrumentos Jurídicos para una Política Económica Avanzada*. Editorial Depalma. Buenos Aires 1987. Pág. 35.

veces reducida de intervención del Estado en la economía, ha debido surgir una normativa que regle esta intervención. Esto no será sino consecuencia del principio del estado de derecho, pues habrá sido necesario determinar los marcos conforme a los cuales puede darse esa intervención.”

“El conjunto sistemático de normas que establecen y regulan la intervención del estado en la economía nacional con miras al bienestar general de los ciudadanos, constituye una rama moderna del derecho que denominamos **derecho económico**.”

“Tengo por derecho económico, por consiguiente, a aquel cuya finalidad consiste en estructurar jurídicamente las atribuciones que se reconocen al Estado en la regulación de la vida económica de un país, considerada ésta desde el punto de vista del bienestar general. Se trata de una rama nueva, aparecida en el último medio siglo, que hasta ahora no logra darse lineamientos indiscutidos, y acerca de la cual abundan las discrepancias”.

1.1.5. Definición de De Camargo Vidigal

El tratadista brasileño Geraldo DE CAMARGO VIDIGAL⁹ considera que el derecho económico “es el conjunto de las instituciones y preceptos jurídicos que ordenan, ya la dirección de las actividades económicas por el Estado, ya la intervención estatal en la economía, ya el relacionamiento entre los agentes de los mercados, cuando se produce en un clima de dominación”.

“El derecho económico es la disciplina jurídica de actividades desarrolladas en los mercados, para organizarlos bajo la inspiración dominante del interés social”.

“Su objeto no agota las relaciones de mercado, que, en la medida que prevalentemente se inspiran en soluciones de la autonomía de la voluntad, se desarrollan en el plano del derecho comercial”.

1.1.6. Definición de De Laubadere

⁹ DE CAMARGO VIDIGAL, Geraldo. Teoría General del Derecho Económico. Biblioteca FELABAN. Editorial Excelsior. Bogotá 1986. Pág. 44.

El profesor André DE LAUBADERE asume el problema de la definición del derecho económico, partiendo de la posibilidad de considerarlo o nó como el derecho de la economía y de la determinación previa de si se trata de una nueva rama del derecho o nó, para concluir con una definición del Derecho Público Económico que lo asimila al derecho de la intervención pública en materia económica.

Dice al respecto el eximio tratadista francés: "La definición de derecho económico puede ser concebida de dos maneras diferentes, según que se le asimile o no al derecho de la economía. Ni una ni otra de las dos concepciones, está exenta de incertidumbre. Como tampoco está exenta la cuestión de saber si el derecho económico debe ser mirado como una nueva rama del derecho".¹⁰

Y a renglón seguido plantea que: "Se puede, en primer lugar, concebir el derecho económico como el derecho aplicable a todas las materias que entran en la noción de economía. El derecho económico reúne entonces todas las partes del derecho privado y del derecho público que tocan con la economía. Es el derecho de la economía".¹¹

Al presentar la otra posible concepción, la del derecho económico considerado como una noción distinta de la del derecho de la economía, expone: "Se considera frecuentemente hoy en día que derecho económico no es sinónimo de derecho de la economía como parece sugerirlo una dualidad terminológica que se encuentra en otros países (en italiano *diritto economico* y *diritto dell'economia*, en alemán *oekonomischesrecht* y *wirtschaftsrecht*), que el derecho económico es mas que una encrucijada, un derecho de reagrupamiento, que él no se reduce a la yuxtaposición descriptiva de los capítulos del derecho público y del derecho privado relativos a materias económicas, que él está caracterizado no por los objetos sobre los cuales recae, cuanto por su contenido, es decir por la originalidad, la especificidad de sus reglas".¹²

¹⁰ DE LAUBADERE, André y DELVOLVE, Pierre. *Droit Public Economique*. Editorial Dalloz. Paris. 1986. cinquième édition. Pág. 5.

¹¹ DE LAUBADERE, André y DELVOLVE Pierre. *Ob. cit.* Pág. 6.

¹² DE LAUBADERE, André y DELVOLVE, Pierre. *Ob. cit.* Pág. 8.

Posteriormente, y luego de tomar partido por una posición en la cual asimila el derecho público económico con el derecho público de la economía, llega a una definición de tal derecho público económico en los siguientes términos: “Recordando pues aquí la noción de derecho público de la economía, se puede observar que el objeto esencial de ese derecho está constituido por las intervenciones del estado (o de otras personas públicas) en la economía. El derecho público económico es así el derecho aplicable a las intervenciones de las personas públicas en la economía y a los órganos de esas intervenciones, o aún, para hacerlo más corto, el derecho de la intervención pública en materia económica”.¹³

1.1.7. Definición de G. Farjat

Gerard FARJAT¹⁴ estima en su *Droit Economique* que “el derecho económico es una realidad jurídica que se descubre en todas las sociedades industriales contemporáneas como en la mayor parte de aquellas que aspiran a llegar a serlo” y propone que se le defina como “el derecho de la concentración o de la colectivización de los bienes de producción y de la organización de la economía por los poderes privados o públicos”.¹⁵

1.1.8. Definición de Johnson

En la obra enciclopédica *Marxismo y Democracia*, Edward L. Johnson, nos presenta la siguiente definición: “Por derecho económico se entiende en occidente el conjunto de medidas de soberanía por las cuales el estado limita y controla la actividad económica; es el instrumento jurídico con cuya ayuda el estado dirige y fomenta la economía. Por lo tanto, al derecho económico corresponde determinar los principios reguladores de la administración pública aplicada a la economía, es decir, es aquella rama de la economía reservada al estado o a las empresas estatales o para-estatales, como por ejemplo, los ferrocarriles y las compañías aéreas del estado, pero también comprende, dentro de la esfera privada de la economía los preceptos relativos a monopolios y kartels, peso y

¹³ DE LAUBADERE, André y DELVOLVE, Pierre. Ob. cit. Pág. 20.

¹⁴ FARJAT, Gérard. *Droit Economique*. Themis. Presses Universitaires de France. Segunda Edición. París. 1971. Pág.13.

¹⁵ FARJAT, Gérard. Ob. cit. Pág. 18.

medidas, marcas y signos mercantiles, cantidades y precios mínimos, así como la propiedad de personas en el ejercicio de determinadas profesiones e industrias. El derecho económico determina además los presupuestos que permitan garantizar al estado el apoyo financiero a determinadas ramas de la economía cuyo fomento desee”.¹⁶

El mismo autor que ahora se cita, presenta una definición del derecho económico en la concepción del mundo socialista y particularmente de la extinta Unión Soviética, al decir que “por derecho económico (*chozjajstvennoe pravo*) se designa generalmente en la URSS el conjunto de preceptos legales sobre planificación económica, relaciones entre autoridades administrativas y organizaciones económicas y de estas organizaciones económicas entre si. Dicha determinación de su objeto es más de naturaleza funcional que conceptual; las correspondientes normas de derecho proceden principalmente, del derecho administrativo, del derecho tributario y del derecho civil. El derecho económico, en sentido técnico jurídico, no es una esfera independiente del derecho soviético”.¹⁷

1.1.9. Definición de Linotte y Mestre

Para Linotte y Mestre, “El derecho económico puede ser considerado globalmente. El se esfuerza entonces en reunir y sintetizar las reglas aplicables a una actividad económica, nacidas de diversas ramas del derecho. Al derecho civil tomará prestados los principios aplicables a los bienes, a los contratos, por ejemplo. El derecho de trabajo, aplicable en las empresas estará presente igualmente. El derecho administrativo dirá los textos y la jurisprudencia que forman la reglamentación de las actividades económicas. Sin omitir las disposiciones del derecho penal que vienen a sancionar las obligaciones de este modo definidas. El derecho económico se presenta entonces como un corte transversal en las diversas ramas del derecho”.¹⁸

1.2. Comentarios y crítica de las definiciones presentadas

¹⁶ JOHNSON, L. Edward. El derecho regulador de la economía. En *Marxismo y Democracia*. Enciclopedia de Conceptos Básicos. Derecho 2. Ediciones Rioduero. Madrid 1975. pág.47.

¹⁷ JOHNSON, L. Edward. Ob. cit. Pág. 51.

¹⁸ Cfr. LINOTTE, Didier y MESTRE, Achille. *Services Publics et Droit Public Economique*. Librairies Techniques. Paris 1982. Tomo I. Pág. 13.

Las definiciones y descripciones que hemos transcrito literalmente, y en general las que se han dado sobre el derecho económico en todos los tiempos y dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos, pueden ser analizadas agrupándolas en tres categorías, a saber:

- La de los autores y tratadistas que consideran con gran amplitud en cuanto al objeto de esta disciplina, que pertenece a la esfera del derecho económico toda norma jurídica que tenga por finalidad regular acciones humanas de carácter económico.¹⁹
- La de quienes estiman que el derecho económico no es otra cosa que el derecho del intervencionismo de estado en las actividades económicas; y
- La del derecho económico en la esfera de los países de economía planificada, en donde por estar el derecho referido a un concepto de propiedad diferente al que impera en los países capitalistas, ostenta unas características peculiares que lo asimilan particularmente al concepto de ser el derecho de la planificación económica.

Así mismo, las definiciones analizadas discrepan y se polarizan en dos grandes bandos cuando tratan de determinar si el derecho económico es una rama nueva y autónoma de un ordenamiento jurídico dado o si tan sólo, como lo afirman JACQUEMIN y SCHRANS se trata de “una calificación del derecho”, es decir, es el derecho “considerado en sus consecuencias económicas”.^{20 21}

Tomar partido, admitir una u otra posición, respecto de la extensión que abarca el derecho económico, o de su contenido, o de su ubicación dentro

¹⁹ De acuerdo con CHAMPAUD, citado por De Laubadère en Ob. cit. Pág. 11.

²⁰ JACQUEMIN, Alexis y SCHRANS, Guy. Ob. cit. Pág. 90.

²¹ En este mismo sentido CHAMPAUD afirma que “el error es querer definir el derecho económico como una disciplina jurídica, es decir, como un cuerpo de reglas particulares y homogéneas cuyo estudio y enseñanza constituirían una especialidad. En realidad, mas que una disciplina, el derecho económico es un orden jurídico que responde a las necesidades de una civilización que aún está en vía de formación”. Citado por DE LAUBADERE en ob. cit. Pág.11.

del ordenamiento jurídico general, tiene consecuencias e implicaciones no solamente en el orden teórico o especulativo, sino por sobre todo, en el campo práctico. En efecto, la sola determinación de si el derecho económico es una disciplina nueva, de reciente formación, resulta afectada por la posición que se adopte, puesto que sólo es posible admitir tal cosa, si se le considera en su concepción restrictiva, esto es, si se le identifica como el derecho de la intervención del estado en la economía. Lo anterior por la evidente razón de que el fenómeno del intervencionismo de estado es de muy reciente aparición en el discurrir histórico-político de nuestras sociedades, como que es un fenómeno del siglo recientemente fenecido. En cambio, si se adopta la concepción amplia, es decir la que considera al derecho económico como el derecho de la economía en general, habremos de concluir en que éste es tan antiguo como el derecho mismo, ya que es indudable, también, que en todo tiempo, desde que existe sociedad, han existido regulaciones jurídicas aplicables a las relaciones humanas con contenido económico.

Adicionalmente, una posición u otra en este sentido, hará mucho mas precisa o mas difusa e indeterminable la señalización del objeto propio del derecho económico, lo mismo que disminuirá o aumentará el nivel de conflicto entre éste y las demás ramas del derecho. Resulta en extremo difícil identificar y delimitar el objeto del derecho económico cuando partimos de la concepción amplia y, por supuesto, relativamente fácil lograrlo cuando asumimos la concepción restrictiva, esto es, la que lo asimila al derecho del intervencionismo de estado. Por lo demás, esta última postura elimina las criticas que se le formulan al derecho económico por su supuesta dispersión e imprecisión, que en nuestro sentir, sólo tienen validez cuando se refieren a las concepciones amplias.

Ahora bien, el hecho de asumir una posición frente al concepto de derecho económico, permite a la vez tomarla con respecto a la cuestión de si en verdad se trata de una nueva rama del derecho o nó. Nuestra opinión se inclina por considerar el derecho económico como el derecho de la intervención del estado en la economía y como consecuencia de ello, como una nueva rama del Derecho, con un contenido normativo específico, propio y, sobre todo, especializado, cuyas normas conforman un cuerpo legislativo con la autonomía que dentro de un ordenamiento jurídico particular tienen y pueden tener las diferentes ramas que lo integran.

La anterior postura llevará, incluso, a formular la posibilidad de tener, por que nó, un código de derecho económico, al igual que existen en los ordenamientos jurídicos nacionales, los códigos civiles, penales, comerciales, etc.

La posición contraria comporta la aceptación de la inexistencia, presente o futura, de un cuerpo orgánico de derecho positivo económico, puesto que su normatividad habrá que investigarla diseminada en las diferentes esferas del ordenamiento jurídico general, con la consiguiente dificultad para su identificación y posterior desagregación.

1.3. Definición por el autor. El derecho económico como derecho del intervencionismo de estado

Las consideraciones anteriormente expuestas y la posición que hemos adoptado al conceptualizar el derecho económico como el derecho de la intervención del estado en la economía, nos mueven a proponer para dicha disciplina jurídica la siguiente definición, no sin antes advertir que, como se evidencia, ella nada tiene de original y sólo persigue organizar la presentación del concepto con objetivos pedagógicos.

Diremos entonces, que: Derecho económico es el conjunto de normas jurídicas que el estado promulga con el fin de realizar el mandato constitucional de intervenir en el proceso económico en su condición de supremo director y orientador del mismo.

Cabe precisar con respecto a la definición propuesta, que cuando se habla de “conjunto de normas” se hace alusión a todo tipo de disposiciones normativas, con independencia de su valor jerárquico dentro del ordenamiento jurídico de que se trate. Esto es, que consideramos componentes de ese conjunto normativo, tanto a los preceptos constitucionales como a las leyes y a los actos administrativos, cuyo sustrato común sea el hecho de estar destinados a consagrar, instrumentalizar o realizar la función intervencionista del estado.

Así mismo, consideramos que el fenómeno de la intervención del estado en la economía es una característica esencial del estado capitalista actual y que para efectos de la validez conceptual de la definición, el mayor o

menor grado de profundidad con el que la desarrollen los estados, es irrelevante. Dicho mayor o menor grado de profundidad, de amplitud en la intervención al configurar una modificación proporcional de la capacidad de iniciativa privada, condicionada necesariamente por normas restrictivas, representa si, en términos cuantitativos, un mayor o menor crecimiento del derecho económico en frente del derecho privado.

En otras palabras, afirmamos que de una manera u otra, el estado liberal de los tiempos presentes es por definición intervencionista y que esa peculiar forma de ser genera un tipo de derecho específico, el derecho económico, cuya importancia, cualitativa y cuantitativamente hablando, será mayor o menor, en tanto sea más o menos amplia la actividad interventora del estado.

De esta manera, el conflicto que se plantea en el interior del ordenamiento jurídico respectivo no es el de saber si tal o cual norma es de derecho, económico o nó, sino el que resulta de considerar qué cantidad o volumen y qué tipo de actividades pasan de estar regidas por el derecho privado, a ser objeto de regulación por el derecho económico al convertirse en materia de la intervención estatal.

1.4. Necesidad y realidad del derecho económico

Las sociedades políticamente organizadas que hoy componen el mundo, de una u otra manera, en mayor o menor grado, funcionan mediante la organización de sus relaciones internas y externas, con base en sistemas jurídicos que parten del presupuesto esencial de la preeminencia de lo social sobre lo individual, de lo público sobre lo privado. Es indudable que esta preocupación por lo social, que se empieza a reflejar en los diferentes ordenamientos jurídicos de los estados a comienzos del pasado siglo, y que aún se mantiene, no obstante los intentos de las corrientes neoliberales que pretenden un retorno a concepciones influenciadas por una mayor dosis de individualismo y una menor presencia del estado como rector de las relaciones sociales, sobre todo las de carácter económico, determina que los diferentes órdenes de la vida en comunidad reflejen, de una parte, la iniciativa del estado como generador de las reglas en que se plasme esa preocupación, y de otra, que el aparato estatal aparezca dotado de los instrumentos indispensables para lograr el cometido de hacer prevalecer el interés público o social sobre el interés

meramente individual.

Las sociedades actuales, aún las más permisivas, las más liberales, se caracterizan por la necesaria participación del aparato estatal en la regulación de las diferentes relaciones que en su interior se cumplen, siendo desde luego, objeto de máximo interés, las relaciones de tipo económico, esto es, las que configuran el llamado orden económico de la sociedad.

Independientemente de las afiliaciones ideológicas que inspiran a los distintos estados, podemos decir que el orden económico está conformado hoy en día, más por un cúmulo de normas jurídicas de derecho positivo que por inspiraciones intuitivas o determinismos naturales, de donde resulta el rol protagónico que en la estructuración de dicho orden económico cumple el estado, con o sin la participación de los individuos.

En la medida en que la sociedad se desarrolla, se hace más compleja, avanza en su grado de socialización, se masifica, las relaciones interindividuales de todo orden son menos libres y aparecen en menor grado regidas por la voluntad de las personas que las realizan y mayormente reguladas por los ordenamientos jurídicos que el estado ha establecido como una medida de la convivencia y de la libertad colectivas.

Por ello, y en particular con las relaciones de carácter económico, es que se han ido conformando dominios normativos que trascienden los campos tradicionales integrantes de los ordenamientos jurídicos clásicos y que dan lugar, sin lugar a dudas, a la estructuración de nuevas ramas del derecho. Ello es lo que acontece con el derecho económico, el cual es resultado de esa realidad político social y refleja las transformaciones que en materia de relaciones económicas, ha sufrido tanto ideológica como materialmente el estado liberal burgués, especialmente en estas últimas etapas.

Por tanto, consideramos el derecho económico como una realidad y no como una entelequia, mucho menos como una pretensión académica o teórica. Es el producto incuestionable de la forma de ser de la sociedad y del estado actuales y consecuencia necesaria del tránsito de las concepciones burguesas de corte clásico, a las concepciones del

liberalismo intervencionista y en algunos casos, a las del socialismo.

Ahora bien, de lo anterior podemos colegir la necesidad de que esas relaciones de carácter económico, sean objeto de tratamiento y análisis por parte de una disciplina especializada como lo es la del derecho económico, la cual posee no sólo unos principios rectores que le son propios, sino los instrumentos adecuados para dicho tratamiento, entre los que sin duda, deberemos mencionar en lugar capital el del vocabulario, el cual integra un nuevo lenguaje con expresiones características del derecho y con terminología propia de la economía.

No se trata entonces, como se ha dicho tantas veces, de querer generar nuevas disciplinas artificialmente concebidas, sino de responder a una exigencia de la sociedad que en la medida de su desarrollo va determinando la aparición de nuevos instrumentos, formas y principios, que se van concretando en modificaciones a las estructuras jurídicas tradicionales.

1.5. El Derecho Económico como parte del Derecho Público

Evidentemente, conceptualizar el derecho económico como el derecho del intervencionismo de estado conduce a integrar esta rama jurídica dentro del ámbito del derecho público, razón por la cual, desde esta perspectiva, estimamos redundante la denominación “derecho público económico” que se utiliza por algunos autores.²²

Por lo demás, creemos que no existe un derecho “privado” económico que debiera diferenciarse nominalmente del “público” económico, toda vez que las relaciones jurídico-económicas de carácter privado se gobiernan por las diversas ramas o especialidades jurídicas tradicionales, como son principalmente, el derecho civil y el derecho comercial.

Pero sea como fuere, lo cierto es que la especialidad jurídica de la que nos ocupamos posee todas las notas típicas del derecho público y por ende se hace menester catalogarlo como una especie más de este género.

²² El profesor **DE LAUBADERE** utiliza como título de su obra la expresión *Droit Public Economique*.

2. CLASIFICACIONES Y DENOMINACIONES DEL DERECHO ECONOMICO

Frecuentemente nos encontramos con la expresión **Derecho Económico** calificada con adjetivaciones tales como "público", "privado", "internacional", "administrativo", "penal", "constitucional", etc., lo cual nos sugiere la idea de la existencia de *variadas* clases o tipos del derecho en cuestión. Por ello y porque hasta ahora solamente hemos trajinado la expresión **Derecho Económico**, consideramos que nuestro intento de lograr claridad y precisión conceptuales con relación a ella quedaría frustrada si no exploráramos, así sea someramente, el significado y la importancia de esas calificaciones.

Si partimos de la base de que todo el **Derecho** está impregnado de disposiciones jurídicas de carácter económico y de que las diferentes especialidades del **Derecho** contienen normas que, perteneciendo en esencia a la rama dominante de que se trate, civil, penal, comercial, administrativo, etc., poseen en la relación social que regulan un común denominador económico jurídico, habremos de concebir la existencia de tantas variedades del **Derecho Económico** cuantas ramas o especialidades jurídicas sea posible identificar.

Pero no se trata, no obstante, de justificar un **Derecho Económico** formado con el sustrato económico que exista en cada una de las especialidades tradicionales del **Derecho** sino, ante todo, de llamar la atención sobre el hecho de que dentro de ellas existe ese elemento común, que genera una íntima y necesaria relación entre **Derecho** y **Economía**.

Así, tendremos la posibilidad de establecer una o varias clasificaciones del **Derecho Económico**, para lo cual proponemos utilizar el criterio del origen de la norma referido a un ordenamiento jurídico determinado y el criterio material de su contenido específico y de su relación con las otras ramas del **Derecho**.

2.1. Clasificación del Derecho Económico en razón de su origen

El **Derecho Económico** para que tenga validez, al igual que cualquier rama del **Derecho**, y que todo el **Derecho**, debe estar necesariamente inscrito dentro de un Orden Jurídico determinado y pertenecer a él y sólo a él. En la

actualidad y teniendo en cuenta la evolución y desarrollo de la ciencia jurídica, es posible diferenciar tres tipos de ordenamientos jurídicos: Los nacionales, el internacional y el comunitario. Esta circunstancia da para pensar que, según su pertinencia a alguno de ellos, tendríamos un Derecho Económico Nacional, un Derecho Económico Internacional y un Derecho Económico Comunitario. Veámoslo:

2.1.1. Derecho Económico Nacional

Conformado por todas las normas y principios jurídicos que regulan relaciones económicas que, pertenecientes a un ordenamiento jurídico nacional determinado, tienen su ámbito de validez personal, territorial y político circunscrito a esa entidad nacional.

Este Derecho Económico Nacional o interno, como también podría denominarse, solo es vinculante para quienes están sometidos a la ley nacional y su creación, modificación y aplicación es competencia exclusiva de los órganos señalados dentro de ese Ordenamiento Jurídico para cumplir la función de creación, ejecución y aplicación del Derecho. Habrá, en consecuencia, tantos Derechos Económicos Nacionales cuantos Estados existan.

2.1.2. Derecho Económico Internacional

Comprende las diferentes disposiciones, primordialmente contenidas en los Tratados Públicos, que regulan las relaciones de carácter económico que se surten entre los Estados.

Las relaciones de intercambio, de cooperación técnica, tecnológica o económica, de ayuda, de asistencia financiera, etc., generalmente están determinadas por normas de carácter internacional que se inscriben en Tratados que se celebran en forma bilateral o multilateral por los diversos Estados que son sujetos del Derecho Internacional.

Linotte y Mestre destacan la importancia que tiene lo económico dentro del contenido de los diversos Tratados que se celebran a nivel internacional, cuando señalan que "En nuestros países europeos occidentales la actividad económica es generadora de por lo menos un cuarto o un quinto de las relaciones internacionales. Es el derecho de los Tratados internacionales el

que se aplica en primer lugar a esos intercambios. Se sabe que los Tratados de comercio representan una parte importante de los tratados celebrados. Se remarcará igualmente que ciertas técnicas del derecho de los tratados son directamente nacidas de preocupaciones económicas; ello se puede decir así, por ejemplo de la cláusula de la nación mas favorecida. Es bajo la presión de nuevas formas de intercambio, bajo la influencia de los enfrentamientos económicos entre las naciones desarrolladas y los países en vías de desarrollo que el derecho internacional general ha conocido, estos últimos años, las controversias propias de la renovación. De las organizaciones internacionales una parte importante está constituida por los organismos económicos internacionales".²³

El Derecho Económico Internacional sólo es vinculante para los Estados que, de común acuerdo, han establecido en el Tratado respectivo la regulación específica al tipo de relación económica de que se trate y su creación o modificación es producto del acuerdo de voluntades de los Estados que concurren a dicho acto.

2.1.3. Derecho Económico Comunitario

En los últimos tiempos, con la aparición de nuevas formas de cooperación económica entre los Estados, y particularmente después de la segunda guerra mundial, han surgido diversas estructuras socio políticas como las representadas por los acuerdos de integración económica, que a su vez han generado novedosos ordenamientos jurídicos que trascienden el campo de lo nacional y de lo internacional, capaces de originar un tipo de derecho supranacional, comunitario.

Tal derecho, cuya característica mas sobresaliente es la de ser supranacional y no producido por la voluntad directa de los estados (como sucede con el derecho nacional o con el internacional), sino por los organismos comunitarios, está esencialmente, aunque no exclusivamente, dirigido a regular aspectos económicos de las relaciones entre los estados que han dado origen a la correspondiente comunidad.

Actualmente existen varias comunidades económicas, las que poseen su propio ordenamiento jurídico que se genera mediante la actuación de los

²³ LINOTTE, Didier y MESTRE, Achille. Ob.cit. Pág.15.

órganos competentes de carácter supranacional. Entre ellos podemos referirnos por vía de ejemplo a las Comunidades Económicas Europeas, hoy conformando la Unión Europea y; en nuestro medio latinoamericano, al Acuerdo de Cartagena o Grupo Andino, originario de la Comunidad Andina. Cada una de estas comunidades tiene o pretende tener su fisonomía propia y está dotada de los órganos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales capacitados para la creación y la aplicación del derecho supranacional, con independencia de la voluntad de los estados que conforman el respectivo pacto de integración económica.

Sobre el origen del derecho comunitario y su importancia como nueva expresión jurídica con vocación económica, Linotte y Mestre dicen: "El derecho comunitario europeo, nacido de la Comunidad Económica Europea (C.E.E.) es más importante todavía por dos razones. En primer lugar, él resulta de una zona de solidaridad estrecha de un punto de vista a la vez político y económico. En seguida, como su nombre lo indica, la C.E.E. es una comunidad esencialmente económica. El objetivo de los signatarios de los Tratados de la C.E.C.A. y de Roma era el de acrecentar la colaboración y el entendimiento entre los estados sobre la base de una multiplicación y de una liberación de los intercambios económicos entre las naciones europeas. La organización de un mercado común suponía a la vez la puesta en marcha, necesariamente, de mecanismos de intervención sobre los mercados -como ejemplo, el Fondo Europeo de orientación y de garantía agrícola- y de un derecho comunitario de la competencia (Tratado C.E.E. art. 85 y 86)".

"Por ese conjunto de razones, que habrá la ocasión de avocar brevemente pero mas precisamente, el derecho comunitario europeo comprende las reglas que tocan de cerca y directamente numerosos sectores de nuestra vida económica".²⁴

Con respecto al derecho comunitario andino, también se puede decir que es marcada la preponderancia que dentro de él ha adquirido la problemática económica, hasta el punto de que bien puede hablarse ya de un Derecho Económico comunitario andino. Regulaciones que tienen por objeto, el establecimiento del arancel externo común, la constitución y el desarrollo del mercado común ampliado, el adelantamiento de programas sectoriales

²⁴ LINOTTE, Didier y MESTRE, Achille. Ob. cit. Pág.16.

de desarrollo industrial, la armonización de políticas cambiarias, financieras, fiscales, etc., la adopción de un régimen común de tratamiento al capital extranjero, la vigencia de un régimen común sobre propiedad industrial, en fin, son todas expresiones o manifestaciones de ese novísimo derecho económico.

2.2. Clasificación del Derecho Económico en razón de su contenido

Dijimos anteriormente que por ser la economía un elemento que penetra todo lo jurídico, lo cual determina que normas relativas a aspectos económicos se encuentren en todas las especialidades o ramas del derecho, se hace muy difícil tomar un criterio material para establecer si una norma es clasificable como de Derecho Económico o si debe inscribirse dentro de alguna de las otras ramas como la penal, la civil, la administrativa, etc. No obstante esta dificultad y sin pretender crear jerarquizaciones o dependencias entre las diferentes ramas del derecho y más porque el uso ha hecho comunes estas denominaciones, nos referiremos a ellas, tratando en lo posible de desentrañar su significado y la importancia de considerarlas como especialidades propias del Derecho Económico que utilizan los principios, las técnicas y las formulaciones de las otras ramas del derecho.

2.2.1. Derecho Público Económico y Derecho Privado Económico

No compartimos ni consideramos necesaria esta diferenciación y ya hemos expresado nuestro criterio conforme al cual, estimamos redundante la expresión Derecho Público Económico, toda vez que en nuestro sentir el Derecho Económico es siempre derecho público. Dicho en otras palabras, entendemos el Derecho Económico inscrito dentro de la gran categoría del Derecho Público. Sin embargo, es preciso que señalemos que importantes autores utilizan incluso, la denominación Derecho Público Económico como la más adecuada para esta especialidad jurídica y consideran imprecisa y vaga la de Derecho Económico.

Según Linotte y Mestre, en concepción que compartimos, la distinción entre derecho público económico y derecho privado económico resulta más pedagógica que científica; es, en todo caso, relativa y no debe ser considerada como un corte tajante entre los dos conceptos y mucho menos como una oposición. El derecho privado económico, según los referidos autores, "rige principalmente el aspecto microeconómico del derecho

económico. El se ocupa esencialmente del punto de vista del agente económico individual y de su decisión: el empresario que crea una empresa y contrata sus empleados, el comprador que se procura bienes, clientes y abastecedores que negocian, accionistas, asociados que se unen o se enfrentan, industriales que entran en competencia por la conquista de un mercado. Sus relaciones jurídicas se traban esencialmente alrededor de la fundación de personas jurídicas de derecho privado y de la participación en su funcionamiento así como en torno, claro, de sus contratos".²⁵

2.2.2. Derecho Económico Constitucional. Constitucionalismo y Derecho Económico

Hablar de un derecho económico constitucional resulta hoy bastante apropiado, toda vez que las diferentes Cartas Políticas muestran en la actualidad la tendencia a agrupar o a permitir la agrupación de los asuntos por ellas regulados, bajo la directriz de un aspecto o materia dominante: lo social, lo económico, la carta de derechos, lo administrativo, lo político, etc. Así, es posible identificar un conjunto de normas que dentro de la Constitución se refieren al tema económico para hablar, entonces, de una Constitución Económica, como podría hablarse también de una Constitución Cultural o Social o de la Carta de Derechos de la Constitución, con el propósito de significar que se hace alusión a ese aspecto dominante y, en nuestro caso, particularizando el contenido económico de un grupo de normas incluidas en la Carta Constitucional.

En consecuencia, no resulta impropio denominar con el calificativo de constitucional el Derecho Económico, cuando lo que se pretende es abarcar todas las normas que, haciendo parte de la Carta Política, regulan el desenvolvimiento de la actividad económica de un país. Disposiciones como las referentes a la posibilidad de intervenir en la economía, la regulación del derecho de propiedad y de la libertad de empresa, la planeación, el presupuesto, la hacienda pública, etc., quedan comprendidas dentro de esta denominación del Derecho Económico Constitucional que es en un todo equivalente a la de Constitución Económica.

2.2.3. Derecho Económico Penal

²⁵ LINOTTE, Didier y MESTRE, Achille. Ob. cit. Pág. 14.

Finalmente es del caso hacer referencia a esta otra expresión de frecuente uso, con la cual, fundamentalmente, se denomina el conjunto de normas y procedimientos tendientes a sancionar, tanto en el orden administrativo como en el judicial, las violaciones al régimen económico. La moderna criminología ha acuñado, inclusive, el término de delito económico para aludir a diferentes conductas típicas, realizadas por personas naturales o personas jurídicas, estimadas como contrarias a las previsiones legales del contenido económico. En el lenguaje común, incluso, se habla de los delitos de cuello blanco para calificar los delitos contra el orden económico.

¿HACIA UNA NUEVA PLANIFICACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO? COMENTARIOS A LA LEY DE RESPONSABILIDAD, ESTABILIZACIÓN Y TRANSFORMACIÓN FISCAL

Ec. Oswaldo Padilla¹

En Junio del año 2002 se promulgó la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transformación Fiscal (Ley 2002-72, R.O. No 589, de 4 de junio del 2002), de vastos alcances, principalmente dirigida: a bajar el endeudamiento público y garantizar su pago; repartir los ingresos estatales que se espera recibir por el petróleo transportado por el Oleoducto de Crudos Pesados (OCP); y, reducir el déficit presupuestario. La misma Ley dispuso que en un plazo de 90 días, que se venció el primero de septiembre de 2002, el Presidente de la República expida el reglamento para su aplicación.

Esta norma introduce varios cambios en diferentes instituciones fiscales.

- Mejora los aspectos presupuestarios al introducir la figura del Plan Plurianual para cuatro años, que el presidente de la República deberá presentar al inicio de su gestión y que los organismos del Estado deberán tener en cuenta en sus decisiones de gasto e inversión. En efecto, el artículo 1 fija hasta el 31 de enero del comienzo de cada período de gobierno el plazo de presentación al país, ante el Congreso Nacional, del plan plurianual con metas cuantitativas y cualitativas preparadas por la Oficina de Planificación (ODEPLAN).
- Introduce la figura de las directrices presupuestarias –planes operativos anuales, base para la programación presupuestaria-, que elaborará cada año el Ministerio de Economía y Finanzas y que serán de cumplimiento obligatorio para todas las instituciones que integran el Sector Público no Financiero, esto es las reparticiones del Gobierno que conforman el Presupuesto

¹ Profesor de varias universidades públicas y privadas del Ecuador; y de cursos internacionales de la CEPAL, ILPES, BID y la OEA. Ex funcionario de JUNAPLA, CONADE, IESS, SUPER CIAS., y ex Consultor de la ONU.

General del Estado, las empresas públicas y los gobiernos seccionales autónomos (Art. 2).

- Mejora la transparencia del presupuesto al obligar a incluir información sobre pasivos contingentes y riesgos fiscales que puedan afectar los recursos públicos de los gobiernos seccionales, al limitar al 100% la relación pasivos totales con ingresos totales anuales y hasta el 40% el peso del servicio de la deuda con respecto de los ingresos totales. En el servicio de la deuda se toma en cuenta: amortización, intereses y deuda flotante (Art. 7).
- Controla mejor el resultado fiscal al facultar al Ministerio de Economía y Finanzas a recortar los gastos si los ingresos corrientes no petroleros de un trimestre fueron inferiores a los presupuestados. Si esa situación se da durante los primeros tres trimestres del año el Ministerio podrá compensar el faltante con los recursos del fideicomiso que crea la propia Ley.
- Establece reglas macrofiscales en varias dimensiones. Por un lado, se limita el crecimiento del gasto público – excluido el monto destinado a pagar los intereses de la deuda pública interna y externa-, a 3.5% real por año. Por otro, se establece que el déficit fiscal no petrolero -en los ingresos no se toma en cuenta los ingresos por exportaciones petroleras-, debe reducirse anualmente en 0.2% del PIB hasta llegar a cero (Art. 3). Además, se fija un techo a la deuda pública de 40% del PIB, para lo cual cada año debe reducirse la relación saldo de la deuda pública total con el PIB en 16 puntos de por ciento (el período de 4 años para reducir el peso de la deuda se comienza a contar desde el 15 de enero de 2003); luego de alcanzado el techo, no puede ser superado (Art. 5).
- Se crea un Fondo de Estabilización, Inversión Social y Productiva y Reducción del Endeudamiento Público, administrado por un operador fiduciario de mercados internacionales (Art. 13). Los recursos básicamente son los ingresos estatales provenientes del petróleo crudo transportado por el Oleoducto de Crudos Pesados OCP; además, el superávit presupuestario, de haberlo, y el rendimiento financiero del propio fondo. Un 70% de los recursos de este fondo, se destinarán a recomprar deuda pública externa para lograr la

reducción exigida en el artículo 5; el 20% para estabilizar los ingresos petroleros, hasta alcanzar el 2.5% del PIB y atender catástrofes y emergencias; y, el 10% restante se pueda erogar en gasto en educación y salud, para promover el desarrollo humano (Art. 17).

- Se controla la contratación de deuda pública interna y externa, a través de un proceso de análisis técnico, financiero, económico y social del proyecto que se financiará, por medio de trámites de aprobación por varias instancias como ODEPLAN, el Ministerio de Economía y Finanzas, los Consejos Provinciales y los Concejos Cantonales y la Procuraduría (Art.10). Además, se obliga al registro dentro de los 15 días posteriores a la suscripción del contrato, en el Ministerio de Economía y Finanzas y en el Banco Central (Art. 11).
- Se garantiza el control ciudadano a través del libre acceso a documentos e información presupuestaria, contable y de las operaciones y contratos de las entidades del Sector Público (Art. 18); y, se concede acción pública para denuncias de violación o transgresión de esta Ley (Art. 19).
- Se fijan procedimientos para contratar créditos por parte de las entidades del Sector Público, así como plazos para presentar informes de cumplimiento de los planes, del presupuesto anual y de la contabilidad (Art. 21) . Las diferentes instancias de control explicitadas en la Ley, deben trimestralmente informar a la ciudadanía sobre la ejecución de los planes operativos y de los de reducción de la deuda.
- Se establecen prohibiciones y sanciones a funcionarios, autoridades o dignatarios en relación a los incumplimientos de los procedimientos, los plazos, y la no entrega de información, en todo lo que tiene relación con lo estipulado en esta Ley, desde los artículos 23 hasta el 32.

Esta ley despertó algunas críticas². Producto de ellas, se estableció que el incremento de los ingresos petroleros –que se deriven sin disminuir la utilización del SOTE y no la totalidad de la facturación del nuevo oleoducto OCP-, se destine al fondo de estabilización (esto lo reduciría

² Credit Suisse First Boston (2002), documento interno de críticas al proyecto de LEY.

de aproximadamente USD 400 millones a USD 150 millones anuales). Se flexibilizó la meta fiscal al permitir que el rescate de deuda que se debe hacer con el 70% de los ingresos petroleros se destine también a saldar deudas con el Instituto de Seguridad Social, y se autoriza el uso de los recursos del fondo de estabilización para hacer frente no sólo a contingencias originadas en la reducción de ingresos petroleros sino para atender gastos tanto de catástrofes y emergencias como gasto público en educación y salud.

Credibilidad de la norma. En muchos países de la región se plantea la duda de cuán creíbles son las restricciones para acotar efectivamente la tendencia a excesos fiscales que ha caracterizado a varios países. En este sentido la ley ecuatoriana tiene algunos elementos positivos, pero también despierta algunas dudas. Dentro de los primeros se destaca la incorporación al presupuesto de los aportes al fondo de estabilización. Ello tiende a reducir la visibilidad de los superávits presupuestarios y los protege del oportunismo político. Dentro de las segundas, las penalidades que prevé la ley establecen algunas discrecionalidades que efectivamente se aplicarán a los funcionarios que no la cumplan.

En este sentido, hubiera sido preferible que se establecieran más claramente los criterios que se deben seguir para graduar las penas (por ejemplo, en función del grado de incumplimiento o la reincidencia).

También sería importante prever, no solamente para la contratación de crédito interno y externo, sino también en los acuerdos con organismos multilaterales de crédito, qué límites no pueden sobrepasarse para mantener los desembolsos de los mismos. De esta manera, al condicionar el financiamiento futuro al cumplimiento de la Ley se aumentan las oportunidades para que el Ministerio de Economía y Finanzas pueda aplicar con rigor las sanciones previstas en casos de incumplimiento de esta Ley³.

³ Esta sugerencia es un ejemplo de las medidas que se utilizan para aumentar la credibilidad de las normas legales en países que tienen algunas dificultades para asegurar los derechos de propiedad y en los cuales el poder judicial no posee una alta reputación. Hasta que se observe la mejora en la calidad de las instituciones domésticas se trata de introducir incentivos especiales que eviten el incumplimiento de las restricciones que introduce la ley fiscal.

El monto del fondo de estabilización. La ley crea el Fondo de Estabilización, Inversión Social y Productiva y Reducción del Endeudamiento Público (FEIREP); y para estabilizar los ingresos petroleros asigna el 20% de los ingresos del Fondo hasta alcanzar el equivalente a 2.5% del PIB. Cabe mencionar que ese monto no es suficiente para lidiar con un *shock* severo. Los ingresos petroleros del Sector Público no Financiero del Ecuador se redujeron de 8.1% del PIB en el año 2000 a 4.5% en 2001 y a 4.0% en 2002. Aún cuando se hubiera contado con el ahorro del fondo de estabilización de los ingresos petroleros, se puede observar que los 2.5% del PIB se hubieran agotado prácticamente al cabo del primer año del problema. Parecería que el Fondo se ha diseñado mirando lo sucedido exclusivamente entre el 2001 y el 2002 –la relación apenas disminuyó en 0.5 de por ciento- y no considerando el promedio de ingresos petroleros en el mediano plazo. Los recursos para estabilizar los ingresos petroleros deberían poder hacer frente a una caída potencialmente mayor –como la baja de 8.1 a 4.5 por ciento entre los años 2000 y 2001-, ya que en los momentos de auge el proceso de acumulación se agota luego de alcanzada la cifra objetivo.

Este comentario sería menos importante si Ecuador tuviera fácil acceso a los mercados de capitales. Pero ello difícilmente ocurrirá hasta que se observe una reducción importante en la deuda pública. Si se alcanzara esa facilidad los eventuales faltantes del fondo podrían ser provistos con mayor deuda.

Operación y administración del FEIREP. Intervienen directamente en este aspecto el Banco Central, el Ministerio de Economía y Finanzas, el Fideicomiso contratado, y la Comisión ad-hoc. En esta última actúan a más del Ministro de Economía y Finanzas, un representante del presidente de la República y el Procurador General del Estado. Dispone de una Secretaría Técnica, adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas. La administración del Fondo con una trabazón semejante –posiblemente con exceso de participantes-, resulta sobredimensionada en relación con los recursos que llegaría a movilizar, ya que dependen de la producción y exportación de crudos pesados. Si el fideicomiso tendría que hacerlo el Banco Central –un operador apropiado de las inversiones de la Reserva Internacional de Libre Disponibilidad (RILD)-, la Comisión y las

autoridades que forman parte de la gestión del Fondo parecen superfluas; son suficientes las funciones que actualmente tienen el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría.

La meta de deuda pública. La meta de deuda pública de mediano plazo fijada en 40% del PIB parece algo elevada, en los tres últimos años el peso de la deuda interna y externa con relación al PIB si bien bajó de 88.9% en el 2000 al 58.2% en el 2002, hay que advertir que se ha privilegiado el pago de la deuda por sobre otro tipo de gasto, especialmente cuando los ingresos que logra el sector Público no Financiero son insuficientes. Hubiera sido preferible que el máximo se fijara en alrededor de 30% del PIB. Es importante tener en cuenta que si el techo se fija en 40% la deuda en momentos normales debe ser inferior a ese valor para que pueda aumentar en los momentos de crisis y así poder mantener los niveles de gasto público en sus valores de largo plazo. En este sentido, la ley pone un gran énfasis en el techo de 40% pero no obliga a buscar un valor más bajo para años “normales”.

Es bueno disminuir la deuda, lo importante es disponer de los recursos necesarios. La Ley se sustenta en las rentas públicas mayores aportadas por los hidrocarburos pesados, extraídos y transportados por el OCP. Pero, como éstos no serán tanto ni se obtendrán tan pronto como se ha supuesto, la rebaja de la deuda pública se efectuará sacrificando las más elementales políticas públicas del Presupuesto.

Esta Ley, evidentemente, dejó de mano el requisito esencial de la dolarización: **poseer dólares**. Se omitió considerar la condición, por demás obvia, que para bajar la deuda en los términos propuestos, es necesario pagar o amortizar, cada año, una suma mayor a la de los créditos usados o desembolsados. Esa operación anual de deuda y de pagos, con saldo en contra, se opone a mantener y elevar la liquidez dolarizada.

El ritmo de crecimiento del gasto público. La meta de 3.5% de crecimiento del gasto público primario no es suficientemente restrictiva. El nivel de gasto público real sin intereses creció entre el año 2000 y 2001 en 10.8 por ciento y la tasa anual para el siguiente año (2002) subió al 18.6%. Para el año 2003, el gasto público en dólares parece algo

excesivo, crece en términos reales al 4.4%, tasa anual más alta que la fijada en el artículo 3 de esta ley comentada. Para reducir su peso sobre las actividades transables operan en el mediano plazo dos mecanismos: la inflación internacional relevante para el comercio de Ecuador y el crecimiento en la productividad. Ambos mecanismos operan muy lentamente, sobretudo si se analiza el comportamiento de la productividad hasta comienzos de los 90 (cifras negativas según el Fondo Monetario Internacional). Es cierto que la ley no dice que el gasto debe crecer 3.5% real por año, sino que ése es el máximo permitido, pero hubiese sido prudente limitar el gasto a un incremento real inferior al menos por dos o tres años, hasta que se consolidaran los logros fiscales que Ecuador ha concretado en los últimos tres ejercicios.

Aunque la redacción parece correcta, sería prudente también aclarar que una expansión inferior a la máxima permitida no habilita para aumentos superiores en años siguientes, para evitar la posibilidad de un salto abrupto en el gasto. Además, también debe hacerse alguna salvedad para evitar una proyección muy "optimista" de los precios combinados que resulte en un aumento del gasto superior al previsto en la norma. Ello requiere de algún control realizado por organismos fuera del gobierno.

Régimen Seccional. Las disposiciones sobre restricciones y acondicionamientos en el manejo presupuestario, financiero y operativo que establece la Ley para los Gobiernos Seccionales Autónomos, tienden a excederse en lo relativo al control y limitaciones de la deuda y del crédito nuevo. Los detalles y estrictez de los procedimientos -por no conocerlos o no sopesar debidamente sus alcances-, si no son tomados en cuenta por los Consejos Provinciales y los Concejos Municipales, les traerá serias dificultades, ya que pueden ser sancionados con la suspensión transitoria de los recursos del Presupuesto del Gobierno Central. Conviene meditar que la Ley lesiona la autonomía de los gobiernos seccionales.⁴

Una nueva planificación y programación. El cuerpo legal en referencia es, de facto, un sistema conceptual y operativo, que somete al Gobierno Central, a los gobiernos seccionales y al resto del Sector Público, por un lado, a normas restrictivas en el manejo de los ingresos operativos propios y de los créditos, para lograr metas en la reducción de la deuda

⁴ Sierra Castro, Enrique; *Dolarización y Política*, Edarsi Primera edición, Serie Humanidad XXI, Septiembre 2002.

pública y del déficit presupuestario; y, por otro, a un proceso de planificación con directrices emanadas básicamente del Ministerio de Economía y Finanzas.

El estilo de planificación contemplado en esta ley es ostentosamente centralista. Sujeta a las autoridades del Sector Público al Ministerio de Economía y Finanzas. Operará sobre la base de un frondoso aparato de informes y procedimientos que llegan hasta el control ciudadano. Además, el estilo invierte los términos de la relación objetivo-instrumento tan importante en la planificación. Los macropropósitos económicos-sociales se transforman en instrumentos, ya que deben, según esta Ley, ajustarse para que se cumplan metas presupuestarias y de endeudamiento público. Un instrumento del desarrollo siempre ha sido el presupuesto y la deuda. Ahora, la planificación esta cabeza abajo.

Control ciudadano. La base es la difusión de información fiscal y la acción pública para denunciar violaciones y transgresiones a esta Ley. Para que funcione este control, hace falta que exista un sistema oficial de información y difusión que permita el libre acceso de los ciudadanos a la información pertinente a la gestión pública, sea a través de documentos, datos presupuestarios, contables y de contratos de crédito de las entidades públicas.

Posibilidades del Plan Plurianual Presidencial. Todo gobierno tiene que ajustar su accionar a las normas de esta ley, tales como las del artículo 1: "Al inicio de cada periodo de gobierno, hasta el 31 de enero, el presidente de la República presentará al país ante el Congreso Nacional, un plan plurianual para cuatro años, el mismo que contendrá los objetivos, metas lineamientos estratégicos y políticas de su gestión."

Un gobierno cuando recién asuma el poder, en el primer mes de su gestión, puede presentar de prisa un documento con generalizaciones inconsistentes, nominado Plan Plurianual; pero, sin los requisitos previstos en la Ley. Esta opción es factible, toda vez que el Congreso no tiene que aprobar ni pronunciarse sobre dicho Plan. En esta circunstancia, éste carecería de condiciones para satisfacer la función orientadora que se le atribuye. El actual gobierno no ha presentado el plan plurianual en los términos tipificados en la ley.

Otra opción puede ser la de no preparar el Plan Plurianual, y que el Congreso y el estamento político admitan esa omisión. En esta condición se desbarataría toda la concepción planificadora de la Ley. Pero, si el Congreso y los políticos optan por reclamar la omisión, y exigen la aplicación del artículo 29 de la Ley sobre infracciones y sanciones, el gobierno tiene un conflicto político y legal de envergadura, ya que dicho artículo dispone: "Si los responsables del incumplimiento de esta ley fueren autoridades o dignatarios, su conducta será causal para la revocatoria del mandato, de acuerdo con la Constitución Política de la República y la ley".

Conclusión. La Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transformación Fiscal, es emblemática; representa el radicalismo al que se puede llegar en un estado de inconciencia pública. Detrás de esta legislación están los criterios hegemónicos y financieros internacionales que utilizan como brazo negociador y operador al Fondo Monetario Internacional. En varias ocasiones en el país, la praxis ha demostrado que más leyes no hacen necesariamente más eficaz y honesta la administración pública a nivel del gobierno central y los Seccionales Autónomos. Por encima de normas jurídicas cambiantes, esta la actitud, comprensión y compromiso de los conductores públicos para actuar con rectitud y honradez; y, realizar con eficacia políticas adecuadas, apoyándose en las leyes conocidas.

LAS TASAS DE INTERÉS, EL DOLOR DE CABEZA DEL APARATO PRODUCTIVO ECUATORIANO EN UN CONTEXTO DE DOLARIZACIÓN

Dr. Patricio Peña R.¹

Uno de los grandes problemas que confronta el aparato productivo ecuatoriano y que conspira directa y significativamente con su competitividad interna y externa, es la alta tasa de interés activa. Ciertamente que también requiere mejorar los índices de apalancamiento, situación que el empresariado ecuatoriano debe atender con urgencia, incrementando aquellos relacionados con los niveles de patrimonio, pero se hace indispensable contar con disponibilidad de recursos a precios y plazos compatibles con la realidad nacional.

Desde que el país adoptó la decisión de incorporar el modelo monetario basado en el dólar norteamericano, los precios de los principales elementos que inciden en el comportamiento de la economía debían acercarse a los denominados "precios internacionales". Me refiero a la inflación cuya tendencia, habiendo arribado ya a un dígito, sigue convenientemente a la baja; a los salarios, que hoy por hoy se sitúan entre los más altos de la región; a los servicios públicos, particularmente a la energía eléctrica, que puede ser considerada como la más cara del continente; y, obviamente, a la tasa de interés que, comparada con la inflación, es 100% positiva, siendo su diferencial o "*spread*" equivalente a más del 150% de la tasa pasiva.

¹ Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Fue vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales en dos períodos; Subsecretario de Rentas del Ministerio de Finanzas; Miembro del Consejo Nacional de Valores; Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Modernización del Estado, CONAM; miembro del Consejo Superior del IESS; miembro de la Junta Bancaria. Presidente de la Cámara de Industriales de Pichincha y del Consejo de Cámaras de la Producción de Pichincha; Miembro del Directorio de la Federación Nacional de la Cámara de Industriales; Miembro del Directorio de la Cámara de Comercio de Quito; Presidente Ejecutivo de la Bolsa de Valores de Quito y actualmente es Presidente de su Directorio. Miembro fundador del Consejo Empresarial Andino y socio fundador del Estudio Jurídico Peña, Larrea, Torres & Paredes Abogados.

Al comparar el *spread* (estimado en base a la tasa activa referencial que es igual a la tasa nominal promedio ponderado semanal de las tasas de operaciones de crédito de entre 84 y 91 días, otorgadas por todos los bancos privados, al sector corporativo. El sector corporativo, según la opinión del Banco Central, no compartida por mí, se encuentra conformado por aquellas empresas que superan los 5 millones de dólares en ventas anuales y por lo tanto, está constituido solamente por empresas grandes) del sistema bancario ecuatoriano con el de otros países de la región, a marzo de 2003, se observa que Ecuador no tiene el *spread* de intermediación más alto, pero sin embargo presenta la tasa activa referencial más elevada tanto en términos nominales como reales en relación al resto de países. Esto significa que el sector de grandes empresas del sector real de la economía, no se diga las medianas y grandes empresas, enfrenta un costo de financiamiento más elevado, lo que ciertamente implica una desventaja competitiva de este sector frente a sus similares de otros países. Obviamente esto constituye un incentivo para que este tipo de empresas busquen financiamiento fuera del sistema bancario doméstico, y dado su tamaño, tendrán mayores posibilidades de acceso al mercado internacional de crédito. El grave problema es, insisto, para las medianas, micro y pequeñas empresas que concentran, en conjunto, el mayor volumen de mano de obra y de generación de bienes y servicios en el país.

Así las cosas, es indispensable que el gobierno central, en consenso con los sectores involucrados, arremeta con decisión a un inmediato programa que permita paliar la tasa de interés, a efectos de estimular la tan esperada reactivación del aparato productivo.

Habiendo investigado a profundidad este importante tema, me permito a continuación compilar algunas de las medidas que personas autorizadas sugieren deben ser adoptadas, en el corto y en el mediano plazo, para abatir la tasa de interés y con ello contribuir a mejorar el nivel de competitividad de las empresas, tema que no amerita ninguna discusión dado el modelo monetario que mantenemos:

- a) Acciones de ejecución inmediata:
 - **Reducción de los “costos ocultos”** a los cuales está sometido el sistema financiero del país, lo que implica decisiones que deben adoptar la Superintendencia de Bancos y la Junta Bancaria:

- Racionalización de la cantidad y frecuencia de información que es solicitada a las entidades del sistema y calidad de la información que estas deben proporcionar al público.
- Disminución de los aportes con los que contribuyen las instituciones financieras para el sostenimiento de la Superintendencia de Bancos;
- **Reducción de los costos operativos del sistema**, lo que comporta un grave compromiso de las instituciones que lo conforman, para reducir sus gastos generales. El compromiso, más que con los accionistas, es con la sociedad en su conjunto;
- **Revisión de la política de inversiones del IESS**, a efectos de canalizar parte del ahorro previsional hacia el aparato productivo, en consideración que la tasa ponderada de las inversiones del IESS (tasa pasiva para ellos) se sitúa por encima del 14%, bis a bis con la necesidad de que el **IESS invierta en cédulas hipotecarias** que emitan las entidades autorizadas, a efectos de estimular el desarrollo de vivienda a todo nivel.
- **Revisión de la política sobre encaje**. Actualmente el encaje equivale al 4% de los depósitos y no remunera. Debería permitirse que en la composición del encaje se considere además la caja que mantiene las instituciones para atender las necesidades de sus clientes en las operaciones regulares. Esto comporta una regulación del Directorio del Banco Central del Ecuador;
- Incorporar un **Código de Prácticas de buen Gobierno Corporativo**, a efectos de que las empresas se manejen con estándares adecuados (directorios profesionales, auditorías independientes, flujos de información oportunos). La adopción de prácticas de buen gobierno corporativo incluye necesariamente incorporar en la gestión empresarial niveles de capitalización adecuados. Esto es tarea de los gremios de la producción, conjuntamente con los órganos de control y las entidades financieras públicas).

b) Acciones de ejecución en el mediano plazo:

- **Simplificación de los procesos de emisión de obligaciones y de titularización**, para estimular una más dinámica y agresiva participación del sector real en el mercado de valores, lo cual demanda decisiones oportunas del Consejo Nacional de Valores;
 - **Creación de un fondo de contingencia de liquidez**, contratado o manejado por las propias entidades que conforman el sistema, para evitar mantener grandes sumas de dinero en el exterior, con remuneraciones ínfimas. El manejo de este fondo debe precautelar el riesgo de "reputación" de las entidades. Actualmente funciona un Fondo de Liquidez, por aproximadamente US\$120 MM, cuyo administrador es la CFN y la Secretaría Técnica la ejerce el Banco Central del Ecuador. Los bancos aportan con el 1% de los depósitos sujetos a encaje y cubre deficiencias de cámara de compensación y préstamos de liquidez de muy corto plazo. Esta medida depende de acuerdos entre la autoridad monetaria y las entidades del sistema;
 - **Gestionar líneas de crédito de largo plazo con la banca multilateral**, a favor del sistema financiero, para que puedan ser canalizadas al aparato productivo, lo cual depende de gestiones de las instituciones directamente con organismos multilaterales. De hecho instituciones como el Produbanco mantiene ya una línea de esta naturaleza;
- c) Acciones que requieren reformas legales:
- **Reducción o eliminación de los "costos ocultos"** a los cuales está sometido el sistema financiero del país, como por ejemplo lo constituye el aporte a la AGD, que se mantiene en los mismos niveles originales sin embargo que la garantía hacia el público fue limitada considerablemente. El aporte a la AGD, consecuentemente, debería replantearse en función del monto de la garantía a los depositantes;
 - **Reformas a la Ley de Cédulas Hipotecarias**, proyecto actualmente en tratamiento en el Congreso Nacional y cuya definición determinará el

- funcionamiento de un mecanismo idóneo que canalice el ahorro de largo plazo con el desarrollo de la vivienda;
- **Tratamiento tributario al ahorro e inversiones bursátiles,**
determinando una tarifa de **0% al ahorro a la vista y de más de un año** y reestableciendo el **impuesto único a los rendimientos financieros**. Este impuesto se eliminó cuando entró en vigencia el impuesto del 1% a la circulación de capitales y se eliminó el impuesto sobre la renta. Cuando se restituyó la vigencia del impuesto a la renta y se eliminó al del 1%, nunca se reestableció el impuesto único a los rendimientos financieros, lo cual comporta un estímulo negativo al ahorro, pues los rendimientos son considerados como parte de la renta global y hoy por hoy pueden llegar a tributar el 25%. Este impuesto único, en ningún caso debería situarse por encima del 2%;
 - **Modificación de las normas de concurso preventivo,** a efectos de acercarlas más a la figura del denominado Capítulo 11 (*Chapter 11th*) de la legislación norteamericana con el objeto de permitir mejores reordenamientos administrativos y patrimoniales de las empresas viables y devolverles la calidad de empresas que sean sujetos de crédito;
 - **Mejorar el derecho de los acreedores.** El Tribunal Constitucional inopinadamente declaró inconstitucional el Procedimiento Ejecutivo Especial que constaba en la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, con lo cual se encareció innecesariamente el costo de recuperación de la denominada “cartera mala” por parte de las instituciones financieras. La alternativa es mejorar la Ley de Arbitraje, permitiendo que los jueces árbitros puedan dictar medidas cautelares sin necesidad de tener que apoyarse para ello en funcionarios judiciales y que los laudos puedan ejecutarse directamente, sin que tenga que hacérselo a través de un juez de lo civil. Ello permitiría instaurar tribunales arbitrales especializados en materia financiera y con

ello abaratar significativamente el costo de la recuperación de créditos vencidos o malos.

- Propender a la **creación de un fondo de capital de riesgo** que invierta en el patrimonio de compañías viables, para restituir su condición de sujetos de crédito (de hecho la CAF adelanta la constitución de un fondo de capital de riesgo por aproximadamente US\$10MM).
- Si bien corresponde a un mercado de libre contratación, se considera indispensable **Desagiar las comisiones que cobran las compañías emisoras de tarjetas de crédito a los establecimientos**, en virtud de que continúan cobrando el mismo nivel de comisiones que cobraban en el contexto de un modelo monetario sustentado en el sucre.

La adopción de estas medidas, estoy seguro, incidirá en que uno de los precios más significativos en el desarrollo de las actividades productivas, como es el relativo a la tasa de interés, se sitúe en niveles compatibles con nuestra realidad. El supuesto no consentido de esta premisa, provocará un grave descalabro de la producción, de la economía y, en fin, de la sociedad.

¿CUÁNTO CUESTA EL DINERO?

Álvaro J. Pólit G.¹

El dinero, como todo, tiene un valor. Sabe usted cuál es este? Sabe cuanto cuesta su dinero? El que está depositado en el banco, el que prestó a su vecino?

Al precio del dinero se le conoce como la Tasa de Interés. En otras palabras, las personas deben pagar por la oportunidad de recibir dinero prestado. Así, cuando uno se acerca al banco a depositar el dinero, no es por seguridad (claro que no!) es por rentabilidad; es por el interés que recibirá por sus depósitos. Los economistas suelen decir que Interés es la cantidad de dinero pagado por un periodo de tiempo determinado.

Incluso los banqueros, a través de su Asociación, salen a los medios y expresan su “interés” en que bajen las tasas de interés; y es que es obvio, a ellos les beneficia el pagar poco, por el dinero, a los depositantes; para la consecución de este fin han presentado varios proyectos al Gobierno Nacional de turno. El sector empresarial, a través de sus Cámaras de la Producción también han tocado las puertas de los gobernantes y exclamado: “Los intereses nos están matando! No podemos acceder a líneas de crédito con esas tasas de interés y reactivar el aparato productivo!” Y es la misma historia para agricultores, artesanos e incluso consumidores. Esos proyectos se han quedado en eso, proyectos, no se ha hecho nada concreto al respecto.

Ahora que tenemos una primera aproximación a la tasa de interés analizaremos en este ensayo las distintas tasas de interés existentes, quien las fija, el como y el porque; además de sus implicaciones jurídicas más importantes.

ANTECEDENTES.-

¹ Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Artículo revisado por el Dr. Pablo Ortiz García, profesor titular de la Facultad.

Antes de la dolarización alguno de sus parientes, seguro, “vivía de los intereses”. Con grandes o no tan grandes sumas de dinero depositados en el Sistema Financiero Ecuatoriano a manera de libretas de ahorro, pólizas de acumulación, depósitos a plazo o repos, a intereses de 60% o hasta 80%. Era muy buen negocio depositar dinero en los bancos, tan buen negocio que a la final todos perdieron su dinero (por el congelamiento bancario) y si no lo perdieron, únicamente recuperaron el 20% de su valor (el dólar subió de S/. 5.000 a S/. 25.000 durante el lapso que el dinero estuvo congelado).

Entramos a la dolarización y con esta nueva moneda era algo ridículo, por decir lo menos, pagar intereses del 80%, mientras que en Estados Unidos por esos mismos dólares se pagaban intereses del 4%, en aquel entonces. Mediante Ley para la Transformación Económica del Ecuador o Ley Trole 1 se introdujo el sistema del desagio; este sistema modificaba las tasas de interés ya pactadas, la ley decía lo siguiente al respecto:

“Art. 6.- Las tasas de interés activas y pasivas pactadas en todas las obligaciones en sucres o en dólares, incluyendo títulos valores del gobierno nacional a largo plazo, que se encuentren pendientes de pago tendrán vigencia hasta el 10 de enero de 2000, y se reajustarán automáticamente, por una sola vez, a partir del 11 de enero de 2000, aplicando las siguientes tasas:

TASA ACTIVA:	16,82%
TASA PASIVA:	9,35%

Se respetarán las tasas activas y pasivas vigentes que sean inferiores a las tasas activas y pasivas señaladas en este artículo.”

Con una medida intervencionista, el Estado modificó el mercado del tipo de cambio, fijando un tipo de cambio fijo de S/. 25.000 por cada dólar y modificó también el mercado de la tasa de interés estableciendo las tasas indicadas. Estas medidas se justifican por el descontrol que existía en los mercados que no reaccionaban a las políticas monetarias ordinarias. Vemos, en el artículo transcrito, esta primera medida, mediante la cual el Estado fijó, a su arbitrio, aunque sobre parámetros técnicos, el valor del dinero, esta vez en dólares, a niveles internacionales más riesgo país.

Aparte de esa coyuntura histórica, las tasas de interés han sido fijadas por el Banco Central del Ecuador y en la actualidad se mantiene este sistema, facultad dada por la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado. En su momento la Junta Monetaria, ahora el Directorio del Banco Central, mediante Regulaciones establece el Sistema de Tasas de Interés (Título VI de la Codificación de Regulaciones del BCE).

No hay que dejarse engañar, aunque sea el Directorio del Banco Central el órgano técnico que determina las tasas de interés, es el sector financiero nacional el que en la práctica determina el precio del dinero, como lo veremos a continuación.

TASAS DE INTERÉS – REGULACIONES DEL BCE.-

Tanto es verdad lo dicho en el párrafo anterior, que las regulaciones del Directorio del BCE, se limitan a indicar qué tipos de interés hay para cada operación y cómo se lo calculará. Las regulaciones nos señalan las siguientes tasas de intereses: referenciales en dólares, de cumplimiento obligatorio, para operaciones activas y pasivas en dólares; para operaciones especiales en dólares; reajustables y de mora. El principal grupo de tasas son las referenciales en dólares, pues el resto de grupos de tasas se calculan en base a estas.

Referenciales en dólares:

Tasa Básica del Banco Central del Ecuador.- Será el rendimiento promedio ponderado nominal semanal de los títulos que subaste el Banco Central del Ecuador, a plazos de entre 84 y 91 días.

Tasa Pasiva Referencial.- Será igual a la tasa nominal promedio ponderada semanal de todos los depósitos a plazo de los bancos privados, captados a plazos de entre 84 y 91 días.

Tasa Activa Referencial.- Será igual al promedio ponderado semanal de las tasas de operaciones de crédito de entre 84 y 91 días, otorgadas por todos los bancos privados, al sector corporativo.

Analicemos la tasa pasiva referencial, en primer orden, para entender su forma de cálculo. Entonces, sabemos que se deben considerar todos los depósitos a plazo de todos los bancos privados, siempre que estos

depósitos sean de entre 84 y 91 días; estas características de los depósitos se explican porque la plata de los depósitos a plazo es la que el banquero puede utilizar para otorgar préstamos; prestar dinero a la vista (el depositado en cuentas corriente o cuentas de ahorros) va contra la prudencia bancaria, ya que ese dinero puede ser retirado de la institución financiera en cualquier momento y debe estar disponible para el cuenta correntista. De tal manera que es el depósito a plazo, que no puede ser retirado por el depositante antes del plazo señalado, el utilizado para la intermediación financiera y por lo tanto el que tiene un valor (interés) significativo.

Para entender el interés nominal es necesario contrastarlo al interés real o efectivo. *“Debido a la inflación los precios varían en un tiempo determinado, por eso, lo que se podía adquirir con cierta cantidad de dinero, luego de un tiempo ya no basta para adquirir lo mismo. Por eso, es necesario un indicador que exprese el retorno de la inversión realizada al prestar dinero en términos de bienes que se pueden adquirir y no en términos de dinero. Mientras el interés nominal nos indica el costo del dinero en términos de dinero, el interés real es corregido por los índices de inflación y se lo define como el interés nominal menos la inflación.”*²

Luego, nos damos cuenta que el BCE técnicamente no fija la tasa de interés pasiva sino que se limita a calcular el promedio ponderado de las tasas de interés que pagan los bancos a sus depositantes. Un promedio ponderado significa que cada operación (depósito) tiene el peso correspondiente dentro del promedio, de acuerdo al monto y demás condiciones de la operación.

La tasa activa referencial se merece el mismo análisis de la tasa pasiva en cuanto al promedio ponderado; de entre 84 y 91 días -pero en vez de ser de los depósitos es de los préstamos otorgados con ese plazo-; créditos otorgados por todos los bancos privados, pero, estos créditos deben ser otorgados al sector corporativo, entendiéndose como sinónimo de sector real de la economía.

² Samuelson, Paul & Nordhaus, William, MICROECONOMICS, Fourth Edition, pg. 277.

El hecho de que se utilice para el cálculo únicamente los créditos otorgados al sector corporativo incide notablemente en el resultado³.

Estas tasas tienen una vigencia semanal y deben ser publicadas los días lunes en los diarios de mayor circulación del país.

Las tasas de cumplimiento obligatorio se dividen en tasa de interés legal que se usa cuando las partes no han fijado interés (verbigracia.- el juez en las sentencias en las que debe liquidar una obligación de pagar una suma de dinero y el contrato no estipula intereses), es igual a la tasa activa referencial de la última semana completa del mes anterior a su vigencia; y tasa máxima convencional que es la máxima que las partes pueden pactar en sus convenios y por encima de la cual se considerará que existe el delito de usura⁴, será igual a la tasa de interés legal, más un recargo del 50%.

Tasa reajutable es aquella cuya tasa de interés cambia de acuerdo a las variaciones del mercado de las tasas referenciales que se habló más arriba o de las tasas PRIME o LIBOR más un porcentaje constante, esta tasa no podrá ser mayor a la máxima convencional, y los reajustes deben hacerse en periodos iguales y sucesivos no inferiores a 90 días. Para fines didácticos definiremos las tasas Prime y Libor:

TASA LIBOR (London InterBank Offering Rate)

Es la base de la tasa de interés que se paga sobre depósitos a plazo en dólares de Estados Unidos de América entre bancos. La tasa Libor es fijada en el Wall Street Journal y es el promedio de las tasas fijadas por los cinco mayores bancos (Bank of America, Barclays, Bank of Tokyo, Deutsche Bank y Swiss Bank).

TASA PRIME

³ Los clientes corporativos, son clientes triple A para el banco, los montos de sus créditos son mayores que los otorgados para la microempresa, por ejemplo; eso reduce costos, además otorgan mejores colaterales que aseguran el crédito y su flujo de efectivo es alto; todo lo cual incide para que baje la tasa de interés.

⁴ Código Penal, artículo 583.- Es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por la ley, u otras ventajás usurarias.

Es la fijada por los bancos para sus clientes preferenciales (los de mejores índices de solvencia). Esta tasa es usualmente la misma entre los bancos más importantes, y ajustes a la misma se realizan en el mismo periodo, aunque estos ajustes no se realizan en base a un criterio regular.

Finalmente definiremos la tasa de mora como la que resulte de aplicar un recargo de hasta el 10% (0.1 veces) a la tasa que se halle vigente para la obligación de que se trate, a la fecha de vencimiento

Como se desprende de las regulaciones del Banco Central y tal como se lo dijo antes, este órgano regulador se limita a hacer los cálculos de las distintas tasas de interés en base a la información proporcionada por los mismos bancos y como sus nombres lo indican sólo son referenciales y únicamente dos son de cumplimiento obligatorio, la de interés legal y la máxima convencional.

TASA ACTIVA Y TASA PASIVA, EL NEGOCIO FINANCIERO.-

Les invito a centrar nuestra atención en la tasa activa y pasiva referencial. La tasa pasiva referencial no se paga en los depósitos a la vista realizados en cuentas de ahorros⁵, en estos, por su volatilidad para el banco, se reconoce un interés menor, que fluctúa entre el 1% y 3.5% dependiendo del banco, mientras que la tasa pasiva referencial, en esa misma semana, se ubica en el 5.4%. Las regulaciones del BCE reconocen el valor que tienen estos depósitos a la vista y autorizan a los bancos a pagar intereses sobre ellos; pero no obligan a hacerlo. En tasas de interés pasivas rige una regla: a mayor plazo, mayor interés. Es pasiva, la tasa, porque desde el punto de vista del banquero, los depósitos del público son obligaciones que debe satisfacer, son un pasivo en su contabilidad.

Japón nos brinda un ejemplo excelente sobre este tema que vale la pena traer a colación. Actualmente, los bancos japoneses pagan 0% de interés por los depósitos en cuentas de ahorros, existe tal sobreoferta de dinero dentro de ese país asiático que los banqueros no pagan por la oportunidad de usar el dinero de otros; y es tan mal negocio ser banquero en Japón que quienes lo son piden permiso a su Superintendencia de Bancos para dedicarse a otros negocios y compensar las pérdidas sufridas por el negocio de la intermediación financiera.

⁵ Como anotamos antes esta tasa es la fijada para depósitos de 84 a 91 días.

Ahora, en el negocio de la intermediación financiera los banqueros tratan de ser competitivos y ganar lo más posible. Atraen depositantes con rifas, premios, novelerías, pero siempre buscan pagar lo menos por el dinero de terceros, es decir, tratan de reducir costos financieros. Es por eso que, si tenemos una tasa de interés media y un banco en particular ofrece una tasa significativamente mayor, no crea que el banco quiere su cósmica felicidad y por eso le está regalando dinero; debe entenderse, usualmente, que el banco está desesperado por captar más dinero para cubrir sus deficiencias económicas. Esta lección tuvieron que aprender de la manera dura muchas personas en los años de la crisis financiera que prefirieron altas tasas de interés (rentabilidad) por sobre seguridad. He aquí otra regla de oro del negocio financiero, a mayor riesgo, mayor rentabilidad.

La tasa activa referencial, aquella que los prestatarios pagan a los prestamistas (bancos) por los créditos concedidos, viene a representar el ingreso financiero del banco. A esto debe propender un buen banquero, a captar dinero de unos para prestar a otros, pagando una tasa pasiva pequeña a los primeros y cobrando una tasa activa grande (o al menos no tan pequeña) a los segundos. La diferencia entre tasa activa y pasiva se le conoce como GAP y representa el porcentaje de la utilidad que recibe el banquero por su intermediación en la economía. Es tasa activa para el punto de vista del banquero, porque los préstamos que realiza son una acreencia, un derecho exigible y en su contabilidad se registran en el activo.

Les pregunto ¿Cuál es el costo del dinero del que hablamos al principio? ¿La tasa activa o la tasa pasiva? Respondo y explico de la siguiente manera: El costo del dinero, per se, es la tasa pasiva, porque eso es lo que me pagan por usar mi dinero. La tasa activa, si bien es un valor que se paga por usar dinero de otros, también mide factores como el riesgo país, el riesgo del crédito, el riesgo del sector al que se presta, etc. Profundizo. En un país como el Ecuador, donde mañana puede cesar el Presidente, donde pendemos del precio del petróleo para sobrevivir como país, donde hay huelgas, donde explotan volcanes, donde experimentamos el fenómeno del Niño, donde hay corrupción; el banquero toma el riesgo de que su cliente no le pague porque el Niño acabó con sus cosechas o porque el Reventador arruinó su producción o porque no pudo sacar sus flores por las huelgas que cerraban las carreteras o porque nuestra moneda de pronto no va a ser el dólar sino el Rumiñahui y la inflación se

dispara o por cualquier motivo. Entonces el banquero debe recuperar su dinero prestado. ¿Cómo? Acudiendo ante un juez para que le ordene que pague o le ejecute las garantías, lo que significa embargar un bien y pagarse con el producto de la venta.

Todos conocemos los altos costos que representan un litigio y el tiempo que se toma (3 años?) en alcanzar un resultado. Este es el panorama con un cliente, multipliquen ahora esta situación por 50 o más clientes que no pudieron honrar sus obligaciones y sumen unos 10 nombres más que aunque pueden, no les interesa cumplir sus obligaciones. Aún hay más, antes de conceder un crédito el banco realiza todo un examen del sujeto, sus antecedentes, ¿es buen pagador? ¿tiene garantías? ¿su industria es viable?, etc. Esto representa un significativo gasto administrativo para el banco, el personal que evalúe, el sistema informático que procese, comunicaciones, inscripciones, etc. Mientras todo esto sucede por un lado, por el otro lado los depositantes no pueden quedar impagos, cuando se acerquen a la ventanilla a efectivizar su póliza o su depósito a plazo, la plata debe estar ahí. Los banqueros deben hacer un gran ejercicio para calzar flujos, de modo que cuando un cliente se acerque a pedir un crédito, un depositante debió haber ya depositado su plata para prestarla y siempre que un depositante se acerque a retirar su capital e intereses, el prestatario ya debió haber cancelado su crédito.

Volviendo, la tasa activa a más de representar el costo del dinero representa otros gastos operativos necesarios, envuelve los riesgos del mercado, los costos que representan recuperar el crédito en caso de que no se pague y la utilidad para el banquero. "La tasa de interés varía dependiendo del plazo de vencimiento, riesgo, liquidez y costos administrativos". Estas condiciones no son siempre las mismas y varían dependiendo del tipo de crédito que se otorga. Así, el Catalogo Unico de Cuentas de la Superintendencia de Bancos que sigue los principios de Basilea⁶ ordena que la contabilidad divida los créditos en: comercial, para

⁶ El Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria es un Comité de autoridades supervisoras bancarias que fue establecido por los Gobernadores de los bancos centrales del Grupo de los Diez Países en 1975. Está compuesto por representantes a nivel ejecutivo de autoridades supervisoras bancarias y bancos centrales de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, Suecia, Suiza, Reino Unido y los Estados Unidos. Generalmente se reúne en el Banco de Pagos Internacionales en Basilea, donde está localizada su Secretaría permanente. Los Principios Básicos de Basilea comprenden veinticinco principios que deben establecerse para que un sistema de supervisión sea efectivo. Los Principios se relacionan con:

la vivienda, de consumo y microempresa. Entonces, cada tipo de crédito tendrá un tipo de interés. Y cada banco suele especializarse en uno de estos tipos de créditos.

Podemos anotar como características generales que los créditos corporativos no tienen vencimientos prefijados o uniformes, el monto del crédito no tiene un límite (el límite intrínseco es la capacidad del banco) y no hay normas establecidas respecto a garantías. Los créditos de consumo son inferiores a veinte mil dólares y se los realiza en pagos iguales y uniformes. Los créditos para la vivienda o hipotecarios tampoco tienen un límite para el monto de la operación, la garantía siempre es hipotecaria y se los otorga a largo plazo. Finalmente los créditos de microempresa se los destina a unidades productivas con menos de diez trabajadores y por montos inferiores a cuarenta mil dólares.

BANCOS COMERCIALES... BANCOS DE CONSUMO...

Tenemos los Bancos Corporativos o Comerciales, es decir, los que se especializan en créditos comerciales, estos bancos son los que influyen en la tasa activa referencial, si recordamos su concepto, es la tasa a la que los bancos otorgan créditos al sector corporativo. Son bancos corporativos, de entre los bancos grandes y medianos: el Bolivariano, Citibank N.A., Guayaquil, General Rumiñahui, Internacional, Lloyds TSB Bank, Machala, Pacífico, Pichincha, Produbanco. Dentro de su cartera, el equivalente a créditos corporativos representa entre el 45 y 97% y el resto se divide entre los otros tipos de créditos (para la vivienda, de consumo y microempresa).

No existen bancos que tengan un volumen significativo de créditos para la vivienda (40% de su cartera o más) para catalogarlo como “banco hipotecario” y la Superintendencia de Bancos, para fines estadísticos agrupa los bancos que tienen un volumen relativamente alto de créditos para la vivienda y los bancos que otorgan crédito para la microempresa

Precondiciones para una supervisión bancaria efectiva- Principio 1
Otorgamiento de licencias y estructura- Principios 2 al 5
Normativa y requerimientos prudenciales- Principios 6 al 15
Métodos para la supervisión bancaria en la marcha- Principios 16 al 20
Requerimientos de información- Principio 21
Poderes formales de los supervisores- Principio 22, y
Banca transfronteriza- Principios 23 al 25.

en "Bancos de Microfinanzas y Vivienda". El caso de los bancos de microfinanzas vale analizar más a fondo. En los balances de los bancos cortados a julio de 2003 tenemos que un banco comercial (Pichincha) concentra el 25% del total de los créditos que otorgan los bancos para la microempresa y el restante 75% de los créditos lo otorga el Banco Solidario, así que podríamos establecer que existe un solo banco especializado o enfocado en este sector de la economía y además esa cartera equivale al 46% del total de su cartera de créditos.

Así tenemos, por eliminación, bancos especializados en créditos para el consumo, tales como: Austro, Unibanco, Amazonas, Centromundo, MM Jaramillo Arteaga y Sudamericano. El Unibanco concentra el 87% de su cartera en estos créditos y el Centromundo el 90%.

Es importante conocer, también, que el 62% de todos los créditos que otorgan los bancos está dirigido al sector comercial y de ese universo, que a agosto de 2003 representa 1.754 miles de millones de dólares, el 95% es prestado por los Bancos Comerciales, propiamente dichos, así que podemos concluir que todos los bancos, y de todos los tamaños, otorgan créditos comerciales. El pastel de los créditos de consumo se divide de la siguiente manera: el 69% se lo llevan los bancos comerciales y apenas el 27%, un poco más de la cuarta parte de los créditos de consumo, los otorgan los bancos especializados en créditos de consumo. De igual manera, el 89% de los créditos para la vivienda son otorgados por los bancos comerciales. Y en los créditos para la microempresa es el único segmento de créditos en donde no priman los bancos comerciales, aquí prima el Banco Solidario como se expuso más arriba.

Existen diferencias en la tasa que cobra cada banco para cada clase de crédito que otorga. Esta variación depende de los costos internos de cada banco y del riesgo de cada préstamo, por eso, estos valores promedios sólo son referenciales y un banco únicamente establecerá la tasa a pagar una vez analizada la operación de crédito. Sin embargo, se puede anotar ciertas tendencias, como por ejemplo, la tasa activa para créditos de consumo es superior a la tasa activa para créditos corporativos en cada banco; aunque, la tasa activa para créditos de consumo de un banco puede ser inferior a la tasa activa para crédito corporativo de otro banco. Así, mientras el Banco Bolivariano puede otorgar un crédito para consumo al 17% de interés, el banco Amazonas presta dinero al sector corporativo a un costo de 18.2%.

Queda un punto difícil que comentar, y son las comisiones por servicios que cobran los bancos. Estas comisiones son puntos porcentuales, calculados sobre el monto del crédito que el banco descuenta al inicio de la operación del monto a recibir por el prestatario. Si se aprueba una operación por US\$ 1.000 y el banco cobra una comisión del 3%, el cliente recibirá en total US\$ 970 y esos US\$ 30 (3%) sirven para cubrir todos los gastos administrativos del manejo del crédito. Luego, el dinero que el cliente pague por concepto de tasa activa será únicamente ganancia para el banco y de esa ganancia sólo se descontará la tasa pasiva que el banco pague a los depositantes por la oportunidad de usar su dinero. Esta comisión se encuentra amparada en el artículo 201 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y desarrollado en la Codificación de Regulaciones del Directorio del Banco Central del Ecuador, Título VII, Libro I y en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Junta Bancaria, Capítulo I, Subtítulo III, Título V. Estas comisiones deben ser libremente pactadas por las partes y deben ser aceptadas de manera expresa. Podrán ser fijadas en montos fijos o de manera porcentual.

CONCLUSIONES

Este ensayo no ha pretendido, sino, ser una primera píldora de información para quienes no conocen acerca de las tasas de interés; hemos repasado los puntos más destacados como quien las fija y en base a que parámetros, las diversas clases de tasas que hay y la duración de cada tipo de tasa. Como consumidor, se debe informar bien antes de acceder a un servicio para luego no llevarse contrariedades; no hay que dejarse engañar por publicidades que muchas veces dicen la verdad a medias. No se deje seducir cuando le piden una cuota mensual bastante módica por un auto, puede ser que le estén cobrando un montón de dinero por su auto, poco a poco. Siempre es conveniente, como en todo servicio, comparar y decidirse luego por el que ofrece el mejor producto. Recuerde que no siempre el mejor producto es el más barato.

Tampoco se debe satanizar a los banqueros, no son perros hambrientos, son empresarios manejando su negocio lo mejor que pueden, aunque algunos de ellos no puedan. Evidentemente buscan la mayor utilidad por sus productos y frente a eso, como consumidores, debemos poner en práctica los postulados de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y

exigir un servicio de calidad por un precio razonable, recuerde que existen 22 bancos, 12 financieras, 33 cooperativas de ahorro y crédito y 11 mutualistas para quien le interese un préstamo hipotecario. El mercado es amplio, aunque las condiciones para acceder a un crédito no son las óptimas.

LA INTEGRACIÓN REGIONAL: PROPUESTA PARA AFRONTAR LA GLOBALIZACIÓN

Dr. Daniel Salazar Loggiodice¹

El mundo se encuentra en un proceso de globalización. Se están formando bloques económicos muy fuertes con tendencia a aglutinar mercados y acaparar clientes, de modo que sería difícil competir en forma individual con las grandes economías. En este sentido, el gran espacio de integración suramericana, conformada por la Comunidad Andina (CAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), conformarían un Área de Libre Comercio. Este potencial espacio representa 17 millones de Kilómetros cuadrados, 1 millón de millones de producto bruto. Un mercado de más de 400 millones de personas. Tiene casi un tercio de la biodiversidad del planeta. Casi un cuarto del agua dulce del mundo, convirtiéndose en una de las grandes plataformas continentales.

Estamos en un mundo unipolar representado por los EE.UU. en algunos aspectos como el militar o político, esto por no existir contrapartes en el concierto mundial. Empero, en el plano económico la situación es diferente. En ese ámbito, EE.UU. comparte el escenario con tres grandes bloques: a) El bloque europeo, que tiene su norte en una unión económica con políticas uniformes en áreas socioeconómicas y un signo monetario único para toda la región. b) El bloque asiático, liderizado por Japón y sus aliados del sudeste asiático incluyendo a China e India, que si bien no está constituido como bloque, su comercio intraregional es fluido y sumamente fuerte con el resto del mundo. c) El tercer bloque, integrado por Canadá, México y EE.UU. los cuales conforman el North American Free Trade Area (NAFTA), que es un Acuerdo de Libre Comercio, que establece la eliminación progresiva de aranceles, normas sobre inversión y propiedad intelectual entre otras. (Sonntag y Arenas 1994).

¹ Abogado por la Universidad Central de Venezuela y Especialista en Propiedad Intelectual por la Universidad de los Andes, Mérida -Venezuela; con estudios de post grado en Derecho de Integración. Coordinador del Área de Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos y Diversidad Biológica de la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales, Caracas -Venezuela.

En nuestro criterio, pudiese estar gestándose de manera incipiente un cuarto bloque, el sudamericano, liderizado por Brasil, conformado por el bloque de la Comunidad Andina y el MERCOSUR. Brasil necesita un espacio económico y político en el escenario mundial, lo cual viene planteando desde hace tiempo. Un hecho en este sentido lo encontramos en la firme posición brasileña de mantener la fecha de 2005 para la entrada del ALCA, -sin pretender analizar consideraciones de fondo- en oposición al intento de los EE.UU. en adelantar el proceso de negociación con un desenlace al 2003. Esta postura podría considerarse una demostración del poder como segunda economía del hemisferio, así como la manera de intensificar sus negociaciones comerciales con países en desarrollo, en ejercicios negociadores en la OMC, con la Unión Europea, países del Asia -Pacífico como China y con la Comunidad Andina, para la conformación del Área de Libre Comercio Sudamericana (ALCSA). Todo esto con miras a futuros escenarios que puedan darse (Salazar 2002).

El gran desafío que enfrentan los países es diseñar una estrategia de desarrollo autónoma dentro de los parámetros que impone la necesaria inserción en el mundo globalizado. Es decir, una estrategia que permita a los gobiernos incrementar el grado de administración de los efectos creados por el proceso de globalización, en especial, aquellos que influyen sobre la profundización de las injusticias económicas y sociales tradicionales de la región.

En este contexto juega un papel importante la integración latinoamericana. Ésta ha sido un sueño desde el Precursor de la Independencia Hispanoamericana, Francisco de Miranda con su Colombeia, pasando por Sandino, Martí, O'Higgins y nuestro Libertador Simón Bolívar con el sueño de la Gran Colombia.

Hoy podemos hablar de la Comunidad Andina; estructura jurídica, política e institucional, que ha sido el resultado de 34 años de esfuerzos, la cual fue impulsada por los entonces presidentes Carlos Lleras Restrepo (Colombia) y Eduardo Frei Montalva (Chile). A lo largo de tres décadas, el proceso de integración andino ha atravesado por distintas etapas. De una concepción básicamente cerrada de integración hacia adentro, acorde

con el modelo de sustitución de importaciones, se reorientó hacia un esquema de regionalismo abierto².

En este proyecto integracionista están hoy comprometidos y empeñados cinco países: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, y Venezuela. Sin embargo, en los últimos tiempos ha sido cuestionada la viabilidad de la Comunidad Andina, incluso, sugiriendo la eliminación de ésta, sustituyéndola por acuerdos bilaterales entre los países andinos, desconociendo de esta manera la razón de ser de este proceso de integración y los beneficios para sus países miembros.

La intervención directa de los presidentes en la conducción del proceso dentro del nuevo modelo, impulsó la integración y permitió alcanzar los principales objetivos fijados por el Acuerdo de Cartagena³, como la liberación del comercio de bienes en la Subregión, la adopción de un arancel externo común, la armonización de instrumentos y políticas de comercio exterior y de política económica, entre otros.

El grado de avance alcanzado por la integración y los nuevos retos derivados de los cambios registrados en la economía mundial, plantearon la necesidad de introducir reformas en el Acuerdo de Cartagena, Tratado Constitutivo del proceso integracionista, tanto de carácter institucional como programático, lo que se hizo por medio del Protocolo de Trujillo⁴ y el Protocolo de Sucre⁵, respectivamente, dándole al proceso una dirección

² "El proceso que surge de conciliar la interdependencia nacida de los acuerdos especiales de carácter preferencial, y aquella impulsada básicamente por las señales del mercado resultantes de la liberación en general" (CEPAL, 1994).

³ Acuerdo de Cartagena. "Artículo I.- El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.

Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión."

⁴ Protocolo de Trujillo. Incorporado al Acuerdo de Cartagena mediante codificación efectuada a través de la Decisión 406 de la Comisión.

⁵ Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Cartagena que incorpora tres nuevos capítulos: el de las relaciones externas, el comercio de servicios y el de los miembros asociados. Además se desarrolla el tema de los asuntos sociales.

política y ampliación en el campo de la integración más allá de lo puramente comercial y económico.

En marzo de 1996, reforma institucional, los Países Andinos suscribieron el Protocolo de Trujillo que modificó el Acuerdo de Cartagena, creando un sistema compuesto por diversos órganos e instituciones encargados de la formulación de políticas, evaluación, dirección, control y la administración general de la integración subregional.

A partir del 1 de agosto de 1997 inició sus funciones la Comunidad Andina (CAN), mediante el Sistema Andino de Integración (SAI)⁶ que es la estructura que articula y permite coordinar al conjunto de órganos, instituciones y convenios que forman parte de la Comunidad Andina.

No se puede negar que los retos del proceso de integración andina son considerables. El compromiso de construir un mercado común andino para el año 2005 requerirá de grandes esfuerzos de todos los actores. Esto supone una Unión Aduanera⁷, a la que se le agregan las cuatro libertades (bienes, servicios, capital y personas) entre los Estados partes, y la adopción de una política comercial común. Asimismo, contempla una coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, y requiere la armonización de las legislaciones nacionales.

Por otra parte, el otro gran proceso de integración regional de América es el MERCOSUR, el cual involucra a cuatro países: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. En 1980 Argentina, Brasil y Uruguay fundaron, junto con otros países de América latina, una asociación de preferencias comerciales para estimular el comercio entre ellos, la Asociación

⁶ Acuerdo de Cartagena, artículo 6: "El sistema Andino de integración está conformado por los siguientes órganos e instituciones:-El Consejo Presidencial Andino;- El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;- La Comisión de la Comunidad Andina;- La Secretaría de la Comunidad Andina;- El Tribunal de la Comunidad Andina;- El Parlamento Andino;- El Consejo Consultivo Empresarial;- El Consejo Consultivo Laboral;- La Corporación Andina de Fomento;- El Fondo Latinoamericano de Reservas;- El Convenio Simón Rodríguez;- los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración;- y los demás que se creen en el marco del mismo;-La Universidad Andina Simón Bolívar;- Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y, -Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina".

⁷ Etapa del proceso de integración que supone la eliminación de los aranceles nacionales y restricciones no arancelarias para la constitución de un territorio aduanero entre varios países y la adopción de un Arancel Externo Común para terceros países.

Latinoamericana de Integración (ALADI)⁸. Con el objetivo de mejorar el comercio y la producción industrial de algunos sectores, en 1985, Argentina y Brasil firmaron el Programa de Cooperación Económica y, en 1988, el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo. Estos acuerdos fueron los pasos previos a la conformación del Mercosur.

El 26 de marzo de 1991, representantes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay se reunieron en Asunción (Paraguay) para crear una unión aduanera a la que denominaron Mercado Común del Sur (Mercosur). A partir de 1996, se integran al MERCOSUR en calidad de Estados asociados Bolivia y Chile para constituir una Zona de Libre Comercio⁹.

El Tratado de Asunción tiene como objetivos y características principales:

- Establecer mecanismos destinados a la formación de una zona de libre comercio y de una Unión Aduanera.
- Crear medios para ampliar las actuales dimensiones de los mercados nacionales, condición fundamental para acelerar el proceso de desarrollo económico con justicia social. Este objetivo debe ser alcanzado, mediante el aprovechamiento más eficaz de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente y el mejoramiento de las intercomunicaciones físicas.

En una primera instancia, se decidió el libre comercio dentro del territorio de los países miembro y en diciembre de 1994, con el Tratado de Ouro Preto, se definió un arancel externo común. Desde entonces y hasta ahora, el Mercosur quedó conformado como unión aduanera.

Principales hechos de las negociaciones de la Comunidad Andina con el MERCOSUR

⁸ Creada por el Tratado de Montevideo de 1980, cuyo objetivo es el de establecer a largo plazo y en forma gradual y progresiva un mercado común latinoamericano. Esta conformada por: Bolivia, Ecuador, Paraguay, Colombia, Cuba, Chile, Uruguay, Venezuela, Argentina, Brasil y México.

⁹ Acuerdo mediante el cual se conviene en eliminar gravámenes y restricciones que interfieren en el comercio entre los países o grupos signatarios. El proceso de liberalización abarca lo sustancial del comercio y contempla la eliminación total de los gravámenes y restricciones en un plazo determinado.

Las negociaciones entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR datan desde febrero de 1995, cuando ambas partes celebraron su primera reunión en la sede de la Secretaría General de la ALADI, en Montevideo, con el objetivo de explorar la posibilidad de crear la formación de una zona de libre comercio entre ambos bloques. El tema siguió siendo tratado en reuniones efectuadas entre octubre y diciembre de 1996 y encuentros técnicos en 1997, Bolivia participó activamente en ese primer encuentro, sin haber iniciado las negociaciones de un Acuerdo en forma individual.

El 17 de diciembre de 1996 se suscribe el Acuerdo de Complementación Económica¹⁰ para la creación de una Zona de Libre Comercio entre Bolivia y Mercosur.

Luego de un largo proceso de negociaciones, se firmó en Buenos Aires el primer paso concreto hacia la formación de una zona de libre comercio entre la CAN y el MERCOSUR. El 16 de abril de 1998, se suscribió un Acuerdo Marco¹¹ que establece las bases sobre las cuales se conformará el Área de Libre Comercio Sudamericana (ALCSA). Se establecen las negociaciones en dos etapas: en la primera, hasta el 30 de septiembre de 1998 se negociará un Acuerdo de Preferencias Arancelarias Fijas¹² sobre la base del Patrimonio Histórico¹³, y en la segunda, entre el 1 de octubre de 1998 y el 31 de diciembre de 1999 se negociará el Acuerdo de Libre Comercio propiamente dicho, que entrará en vigencia el 1 de enero del 2000.

En agosto de 1999, la CAN concluyó acuerdos de preferencias arancelarias con Brasil y en junio de 2000 culminó un proceso similar con Argentina. Estos acuerdos de preferencias arancelarias despejaron la

¹⁰ Acuerdo que tiene por objeto, entre otros promover el máximo aprovechamiento de los factores de producción y estimular la complementación económica.

¹¹ Son denominados tratados o acuerdos "marcos", los instrumentos constitutivos de esquemas de integración que en lugar de establecer detalladamente las reglas comunes y los compromisos asumidos por las partes, crean una base jurídica para la provisión de aquellas normas.

¹² Acuerdo que establece márgenes de preferencias que se concederán mutuamente las partes. No implica necesariamente la eliminación de gravámenes ni comprende la totalidad del universo arancelario.

¹³ Con el nombre de "patrimonio histórico" se conocen las concesiones de los acuerdos comerciales negociados bilateralmente por los países de la Comunidad Andina y del MERCOSUR, en el marco de la ALADI. En las negociaciones entre bloques y de los andinos con Brasil, dichas concesiones son la base para la negociación del Acuerdo de Preferencias.

via para abordar directamente las negociaciones de la zona de libre comercio.

El 1 de septiembre de 2000 en reunión de presidentes de América del Sur en Brasilia, los jefes de Estado del MERCOSUR y de la Comunidad Andina (CAN) decidieron iniciar negociaciones para establecer, en el plazo mas breve posible y antes de enero de 2002, una zona de libre comercio entre ambos bloques.

El 27 de abril de 2001, los representantes del MERCOSUR y de la Comunidad Andina (CAN) se reunieron en Asunción (Paraguay), con el objetivo de retomar las negociaciones tendientes a la concreción de una Zona de Libre Comercio entre ambos bloques.

En mayo de 2002, la Comunidad Andina y el Mercosur reanudan las negociaciones tendientes a la creación de una Zona de Libre Comercio entre ambos bloques.

En septiembre de 2002, en un comunicado de prensa emitido en Nueva York, los ministros de Relaciones Exteriores y encargados de Política Comercial de la Comunidad Andina y el Mercosur, acordaron realizar en diciembre la segunda Reunión del Acuerdo de Diálogo Político, y continuar las negociaciones CAN- MERCOSUR con el fin de concluir las antes de finalizar el año 2002.

El 4 de agosto de 2003, se reunieron en la ciudad de Montevideo (Uruguay), los Cancilleres del MERCOSUR y de la Comunidad Andina para evaluar el estado de las negociaciones entre ambas agrupaciones con el fin de alcanzar un Acuerdo de Libre Comercio en los términos del Acuerdo de Complementación Económica N° 56, suscrito en diciembre de 2002 (Secretaría General de la Comunidad Andina 2003). Los cancilleres acordaron que se realizaran reuniones mensuales en la sede de la Secretaría de la ALADI, con el fin de concluir las negociaciones antes del 31 de diciembre de 2003. La primera reunión tendrá lugar en la semana del 25 de agosto de 2003- a nivel de Viceministerio- Asimismo, acordaron realizar una reunión a nivel Ministerial, en el mes de octubre, en la sede de la Secretaría General de la CAN, en Lima, para evaluar la marcha de las negociaciones y hacer realidad el anhelo común de un espacio sudamericano.

Esto lleva a una reflexión de carácter estratégico como lo señala el ex Secretario de la CAN, Dr. Sebastián Allegrett, cuando indica: “Una de las pocas cosas que aparece claro en las actuales circunstancias es la importancia de la integración regional. Sólo aquellos países que participan de un sólido proceso de integración podrán afrontar la globalización y aprovechar los beneficios de una economía que tiene características nuevas” (Allegrett 2001).

Igualmente, los beneficios que la integración pueda aportar a los actores dependerá de su grado de compromiso y participación en dicho proceso. (Behar 2001).

No obstante el profundizar y consolidar el interior de cada bloque, es una tarea que no se debe descuidar, pues ésta es la garantía hacia la construcción del concepto de Área de Libre Comercio Sudamericano (ALCSA).

Los problemas de los países no se pueden resolver dentro de estrechos marcos nacionales, por esto debemos buscar mecanismos que nos haga más grandes y menos vulnerables a los ciclos internacionales. Sería difícil concebir que nuestros países obtendrían mejores resultados negociando individualmente con las grandes economías del hemisferio.

Asimismo, no es posible “para ningún país elaborar políticas de desarrollo sin tomar en cuenta la compleja trama de la economía internacional y los acelerados cambios que están teniendo lugar en ella. El modo como los países o grupos de ellos enfrenten su inserción en aquella trama, marcará sus posibilidades económicas, sociales y culturales en los próximos tiempos” (Sonntag y Arena 1994, 107).

Los resultados de las negociaciones entre los dos bloques subregionales, la CAN y el MERCOSUR es, en magnitud de comercio, la principal negociación viable pendiente por completar en la red de acuerdos en la región y el efectivo mecanismo para obtener mejores condiciones de acceso en terceros mercados, y como lo señala el Secretario General de la Comunidad Andina “de esta manera, se abre paso a la conformación de un espacio sudamericano que está llamado a cumplir un papel protagónico en las negociaciones comerciales hemisféricas” (Fernández de Soto 2003). Y agregaríamos nosotros, el paso coherente para la soñada integración latinoamericana.

La integración regional cobra especial relevancia como elemento trascendente de la inserción en la economía internacional. La integración como instrumento de promoción del desarrollo integral se basa, esencialmente, en las fuerzas internas de transformación de cada nación, en la movilidad de su potencial y en la afirmación de una identidad cultural latinoamericana respetuosa de las particularidades de cada país. En este sentido, la Integración Regional es la propuesta para afrontar la Globalización.

Bibliografía Referida

Allegrett, S.(2001). Secretario General de la CAN propone aunar esfuerzos con el Mercosur para enfrentar crisis mundial [Transcripción en línea]. Disponible : <http://www.comunidadandina.org/prensa/notas/ np2-10-01.htm> [consulta: 2003, agosto 19].

Behar J, Giacalone R y Mellado N.(Eds) (2001). Integración Regional de América Latina Procesos y Actores. Instituto de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Estocolmo. Grupo de Integración Regional, Universidad de los Andes, Mérida. Instituto de Integración Latinoamericana, Universidad Nacional de la Plata.

CEPAL (1994). El regionalismo abierto en América Latina. La integración económica al servicio de la transformación productiva con equidad. Santiago de Chile.

Fernández de Soto, G. (2003). CAN y MERCOSUR, con libre comercio a finales de año. Entrevista con el Secretario General de la CAN, Guillermo Fernández de Soto. Por Gustavo León Ramírez Ospina. El Colombiano de Medellín. [Transcripción en línea]. Disponible: <http://www.comunidadandina.org/prensa/notas/ np28-6-03.htm> [consulta: 2003, agosto 19].

Salazar, D (2002). Seminario Internacional: Los Desafíos de Sud América y su incidencia geopolítica en el Ecuador. La CAN y el ALCA (pp 42-74). Escuela Politécnica del Ejército. Facultad de Ciencias Militares. Sangolquí- Ecuador.

Secretaría General de la Comunidad Andina, CAN-MERCOSUR. Principales hechos de las negociaciones de la Comunidad Andina con el Mercosur [Transcripción en línea]. Disponible: <http://www.comunidadandina.org/exterior/CAN-Mercosur4.htm> [consulta: 2003, agosto 19].

Sonntag H y Arenas N. (1994). La Globalización: Una Mirada desde América Latina. Centro de Estudios del Desarrollo, Universidad Central de Venezuela, Cuadernos del CENDES, Año 11, N° 27, Segunda Época.

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ¹

Dr. José Vicente Troya Jaramillo²

I. Introducción

El servicio de administración de justicia ha sido objeto de preponderante preocupación en los últimos tiempos, posiblemente la mayor de que se tenga noticia. No sólo los juristas, según antes era habitual, se han ocupado del tema, sino que se han detenido en su examen y análisis los hombres de Estado, los hacedores de las políticas públicas, los gremios empresariales y diferentes tipos de profesionales como economistas, administradores, sociólogos, antropólogos. Se han producido numerosos trabajos sobre la administración de justicia muy dispares entre sí en virtud de la disciplina desde la cual se han prospectado. Ello ha enriquecido la problemática, mas, en casos, ha ocasionado confusión. Hace falta una labor de criba y al propio tiempo de síntesis que sirva para colocar en debida forma el problema y para proyectar las soluciones más adecuadas.³ Es indudable que la visión multidisciplinaria e interdisciplinaria sobre la justicia se ha afianzado.

Se ha sostenido que a los jueces corresponde aplicar la ley, en casos con una concepción más amplia, aplicar el derecho. A este efecto se encuentran imbuidos de una potestad pública, la denominada *potestad jurisdiccional*. En busca de una mayor precisión se ha diferenciado entre la potestad jurisdiccional de la de carácter judicial que es propia de los jueces y tribunales que componen el poder o función judicial y a quienes les corresponde dirimir conflictos a cuyo propósito gozan de competencia, cuyas normas sirven para conocer lo que ellos pueden hacer

¹ Ponencia presentada en el Congreso FLDM 2000 - La Administración de Justicia en el México Contemporáneo.

² Magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala de lo Fiscal.

³ Jarquín Edmundo, Carrillo Fernando, Editores, "La economía política de la reforma judicial", Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 1997. Esta obra es un ejemplo de cómo se puede afrontar desde diferentes perspectivas el estudio de la administración de justicia.

y lo que les está vedado⁴. En un tenor amplio existe otro tipo de actividades que también resuelven o previenen conflictos, entre las cuales cabe señalar el arbitraje, la mediación, la conciliación. En estricto sentido la actividad del Estado para administrar justicia se ha contraído a la resolución de toda clase de litigios entre particulares, entre éstos y la Administración y al ejercicio de la facultad punitoria del Estado.

Dentro de la reforma del Estado, asunto que ha concitado gran atención, se encuentra el de la reforma del sistema de administración de justicia. Se asevera que sin servicio de justicia robustecido y eficaz no se tendrá una economía de mercado eficiente. Al propósito se estima que es necesario la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en especial del derecho de propiedad; se proclama el respeto a la libertad contractual, así como una eficiente asignación de recursos públicos; una prístina responsabilidad gubernamental y la transparencia en las actuaciones del Estado. En suma se propicia que por parte de la administración de justicia se arbitren las medidas idóneas para lograr lo que se ha denominado la *seguridad jurídico-económica*. Para ello a menester la independencia plena de la Función Judicial y el acceso a la justicia por todos los ciudadanos. Mas, no es suficiente la independencia, hace falta la eficacia del servicio de justicia, a la cual deben aplicarse modos de gestión gerenciales, inclusive el control de calidad que coadyuva su optimización⁵.

La reforma del Estado conlleva la redefinición de sus objetivos y modulación de su tamaño. Frecuentemente se sostiene que es necesario reducir su tamaño. El apotegma Estado moderno Estado modesto parecería ser una de las panaceas de los nuevos tiempos. Habría que recordar el antiguo y siempre nuevo enunciado que *niente e nuovo soto il sole*. La dimensión del Estado se ha modificado en el decurso del tiempo. En épocas pretéritas ha sido muy grande; luego ha sufrido notoria reducción. Sin embargo, es necesario reconocer que en el siglo XX el Estado creció en forma desmesurada como nunca antes había ocurrido; que asumió cometidos insospechados; que llegó a ser un verdadero *leviatán*. También es necesario señalar que la economía de mercado,

⁴ Díez-Picazo Luis María. "La Potestad Jurisdiccional: características constitucionales", seminario de Especialización, "Poder Judicial y Control de la Administración", Barcelona, 1998.

⁵ Jarquín, Edmundo y otro, *Ibidem*, Introducción, "La reforma del Estado y el Desarrollo", p. IX-XXI.

singularmente luego de la caída del Muro de Berlín y la virtual extinción de los sistemas de economía planificada, ha terminado por prevalecer en gran parte del orbe. Precisamente por ello, hoy como nunca a menester sentar los controles necesarios para el debido funcionamiento de este sistema, cometido que corresponde en gran parte a la justicia. La reducción del tamaño del Estado y la potenciación de la sociedad civil son hitos que se deben alcanzar. Al propósito las políticas públicas han de ser cautelosas. No cabe reducir por reducir; hay que hacerlo selectivamente. Dentro de este entorno, se debe reflexionar sobre la Función Judicial y en general sobre los sistemas de justicia. Si la evidencia de todos los países, al menos en forma rotunda de los de la región, nos dice que hacen falta jueces, que el número de causas y negocios sometidos a su conocimiento crece de modo incesante, que el servicio se ha tomado claramente deficitario, no parece que la panacea consista en reducir el tamaño de la Función Judicial. Hay que crear judicaturas, hay que modernizar y optimizar su funcionamiento, hay que votar productivamente mayores gastos para la justicia, hay que instaurar mecanismos alternativos que coadyuven a la solución de los conflictos⁶.

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos (SARC), también denominados como Resolución Alternativa de Disputas (RAD) o como Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) han logrado ser aceptados en los últimos años. No faltan, a pesar de ello, quienes los impugnan porque a su juicio riñen con la integridad judicial e inclusive con el debido proceso. La aceptación de estos sistemas ha adquirido rango constitucional. La Constitución Política del Ecuador reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, siempre con sujeción a la ley (art. 191, párrafo tercero). La Constitución de Colombia reconoce la mediación y el arbitraje. La Constitución del Perú reconoce la jurisdicción arbitral. La

⁶ Correa Sutil, Jorge, "Modernización, democratización y sistemas judiciales", en "La economía política de la reforma judicial", *Ibidem*. A pp. 179 y 180, el autor sostiene: "Por otra parte parece razonable pensar que la discusión acerca de la redefinición del papel y del tamaño del Estado producirá, tarde o temprano, un debate más o menos profundo acerca del papel y el tamaño de los sistemas judiciales. La respuesta clásica acerca de la función judicial, originada en los procesos de constitucionalismo y codificación, la que consistió en que los poderes judiciales debían resolver todo conflicto jurídicamente relevante, amparar todo derecho que se viera transgredido y sancionar todo acto lesivo del orden jurídico no resiste el menor análisis.

Los poderes judiciales del mundo y de la región han debido constatar que siendo inevitablemente escasos sus recursos, no les es posible cumplir con las funciones antes descritas".

Constitución de Venezuela reconoce los "medios alternativos de justicia". El principio de que los ciudadanos tienen el derecho a acceder a la justicia, recogido ampliamente por los textos constitucionales, supone la existencia de un aparato judicial suficiente y la existencia de sistemas alternativos o complementarios que viabilicen ese derecho. Se puede sostener por tanto que aunque los métodos alternativos para solucionar conflictos no tengan reconocimiento expreso en las constituciones, puede sostenerse que lo tienen tácito. De allí que se hayan expedido leyes de arbitraje, mediación, conciliación y otras en número notable, pese a que en muchos casos no exista dicho reconocimiento.

Uno de los temas de singular importancia atañe a la financiación del servicio de justicia. Por regla general los fondos asignados en los presupuestos estatales han sido exiguos en razón de lo cual se han intensificado las acciones tendientes al incremento de las asignaciones, lo que en algunos casos se ha obtenido. Se ha solicitado y en ocasiones logrado la fijación de determinados porcentuales de los presupuestos para financiar la justicia. Sin embargo de todo ello, no se ha conseguido la solución cabal del problema el cual tiene íntima relación con dos propuestas que se han formulado referentes a la financiación del servicio de justicia, una de las cuales sustenta la gratuidad para los usuarios, salvo excepciones de rigor, en tanto que la otra sostiene que el servicio debe ser pagado, generalmente por el sistema de aplicación de tasas, igualmente, salvo las excepciones de rigor. La gratuidad del servicio se presenta muy atractiva, pues, de ese modo se facilita el acceso a la administración de justicia, mas, al propio tiempo puede ser nociva por los abusos que los usuarios son proclives a cometer al proponer fácilmente demandas que carecen en absoluto de fundamento y así congestionar el sistema en desmedro de otros usuarios y de la bondad general del sistema. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en la generalidad de los casos, están en condiciones de operar bajo el supuesto de que quienes los utilizan han de asumir los costos correspondientes. Se facilita su aplicación en los sistemas de justicia pagada y se dificulta en aquéllos de justicia gratuita. Los mecanismos mencionados pueden ser ofrecidos por el Estado o por particulares, en el primer caso gratuita u onerosamente, de acuerdo a las políticas que se quiera imprimir. Lo que es indudable es que los mecanismos referidos pueden contribuir a la descongestión del sistema público de administración de justicia que se produce en los hechos no únicamente por razones de índole económica y que también

pueden ser beneficiosos por consideraciones de carácter financiero en la medida que alivianen los costes del servicio público de justicia.

2. Los mecanismos: la mediación, la conciliación, el arbitraje

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos presentan innegables ventajas en cuanto a costos, tiempo, efectividad y conveniencia respecto a la conducta de los interesados quienes no suelen incurrir fácilmente en la conflictividad. Obviamente estas ventajas están enmarcadas por la relatividad. No son aplicables a todos los casos ni se dan en todas las circunstancias. Sobre el punto son muy interesantes las apreciaciones de Gladys Stella Álvarez en su estudio sobre el caso argentino, las cuales sin mayor reparo pueden hacerse extensivas a la región.⁷ Los indicados mecanismos procuran la "desjudicialización del sistema", la instauración de la cultura del diálogo y el abandono de la cultura del litigio. No es fácil definir con absoluta precisión los mecanismos que deban calificarse como alternativos con relación a aquéllos que integran el servicio de justicia que brinda el Estado ordinariamente. Podría considerárselos son de carácter preventivo cuando procuran que el conflicto no surja y de carácter resolutivo cuando procuran darle solución. En estricto sentido los preventivos son instancias previas a las cuales acuden las partes en aras de un mejor entendimiento antes de que se configure cabalmente el conflicto. No pueden incluirse dentro de estos mecanismos a las medidas de carácter general, sobre todo en el campo educacional, que el Estado debe propiciar para que se implante la cultura del consenso y se abandone la de la controversia. El mecanismo alternativo de mayor raigambre es el arbitraje que ha servido para solucionar conflictos de carácter nacional e internacional. Al arbitraje se han sumado nuevos mecanismos que si bien pudieran habérselos conocido en la teoría, sólo en tiempos recientes han adquirido vigencia en la región, entre los cuales cabe destacar la

⁷ Álvarez, Gladys Stella, "Los métodos alternativos de solución de conflictos en los procesos judiciales: la experiencia argentina", en "Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa", Corporación Excelencia en la Justicia, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 333. Dice: "Ello significa que el deber que tiene el Estado de tutelar los derechos amenazados de sus ciudadanos no se satisface con la sola organización de un Poder Judicial eficiente, probo, transparente, sino que exige que se ofrezcan y se apoyen también otros mecanismos de solución de controversias que pueden resultar, de acuerdo con la naturaleza del conflicto, más efectivos y menos costosos en términos económicos, rápidos en relación con el tiempo empleado en su solución, convenientes en cuanto impidan la recurrencia del conflicto y socialmente más valiosos si posibilitan y mejoran la relación futura entre las partes".

conciliación, la mediación, los buenos oficios. Algunos de ellos no gozan de la aceptación general cual ocurre con el arbitraje, a pesar de lo cual se debe reconocer que han adquirido una importancia inusitada y que su aplicación se incrementa en forma constante. La consolidación de estos mecanismos que no comportan arbitraje se dará con el transcurso del tiempo. Por de pronto respecto de algunos de ellos es posible afirmar que su naturaleza es ambigua. A guisa de ejemplo cabe aludir a la desjudicialización que al decir de Herrera Mercado comporta un instrumental cuya finalidad principal es otorgar competencias jurisdiccionales a las instituciones administrativas⁸. Dicho otorgamiento no constituye una solución definitiva, pues, en todo caso podrá el administrado impugnar los actos de la administración por la vía contenciosa en ejercicio de uno de sus derechos más importantes para evitar la posible arbitrariedad de la administración. Ello no impide reconocer que este traspasamiento de facultades a la administración puede atenuar la litigiosidad. Respecto de la ubicación de los mecanismos dentro del sistema de justicia también existe dubitación. Al decir del propio Herrera Mercado, dentro de la caracterización del Modelo de MASC colombiano, se ha de considerar instrumentos de desjudicialización como los mencionados; herramientas de descongestión que persiguen disminuir la acumulación y que permiten la contratación de supernumerarios judiciales; técnicas de negociación que "son procesos informales de concertación de intereses de sujetos o individuos que se encuentran en posición asimétrica o de confrontación"; medios de solución pacífica de los conflictos que se caracterizan por la ausencia del uso de la fuerza; y métodos alternativos de solución de conflictos que tienen por objeto ampliar las vías tradicionales de resolución de los mismos⁹. Esta caracterización tiene un acento positivo en cuanto presenta un elenco de medidas encaminadas a la mejora del servicio de justicia. No logra definir cuales son las notas características de los mecanismos alternativos de la solución de conflictos.

Los antedichos mecanismos, de modo general, se encuentran al servicio de la justicia, pero tienen una índole propia que hace falta desentrañar. Tienen como supuesto fundamental para su obrar el que preexista un conflicto que debe solucionarse; constituyen instrumentos alternativos a

⁸ Herrera Mercado, Hernando, "Estado de los métodos alternativos de solución de conflictos en Colombia", *Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa*, obra citada, p. 350.

⁹ Herrera Mercado, Hernando, *Ibidem*, pp. 350 y 351.

los que brinda el Estado dentro de su sistema de administración de justicia; entran en operación por voluntad de los interesados a quienes no se les debería imponer su utilización; no comportan, cual ocurre con el sistema de justicia estatal, una solución total y absoluta a toda clase de controversias, pues, se los puede utilizar únicamente respecto de determinados tipos de conflictos; su validación está dada por el propio Estado en base de previsiones constitucionales y legales; generalmente son servidos por particulares, mas no repugna que el propio Estado los brinde.

Existen otros arbitrios en pro de la mejor administración de justicia que no se revisten de las características mencionadas en el párrafo que antecede y que en estricto sentido no se los puede calificar como mecanismos alternativos para solucionar conflictos. Estos son la justicia de paz que cuando es obligatoria constituye un requisito previo y al tiempo forzoso antes de acudir al servicio de justicia del Estado y los sistemas complementarios que coexisten con el estatal y que cumplen una función paralela. Para tener una visión completa de lo que está fuera del servicio de justicia del Estado hace falta referirse a estos arbitrios.

Los mecanismos de solución de conflictos considerados alternativos en el orden nacional, tienen gran importancia en el orden internacional. La Resolución de 1970 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con base al art. 2 (3) de la Carta en que se sustenta determinó que los Estados para solucionar sus disputas debían acudir a los siguientes mecanismos: negociación, indagación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglos judiciales, etc.¹⁰ La norma indicada contiene un mandato obligatorio para lo Estados lo que no acaece con los particulares. Pese a ello los mecanismos a los que nos referimos y que se aplican al orden nacional, tienen como antecedente e inspiración las normas y prácticas internacionales en cuyo ámbito se ha llegado a perfeccionar gracias a la voluntad de los propios Estados un sistema para arreglar los conflictos en forma pacífica que tiene importancia trascendente.

Una opción previa al funcionamiento de los mecanismos alternativos es la autocomposición gracias a la cual las propias partes en base a negociaciones llegan a solucionar sus diferendos en base a la renuncia a la pretensión (desistimiento), renuncia a la oposición (allanamiento),

¹⁰ Merrills, J.G., "International Dispute Settlement", Second Edition, Cambridge University Press, 1996, p. 2

renuncia simultánea y recíproca (transacción). Junto a la autocomposición aparece el acuerdo de las partes que libra a un tercero la actividad conciliadora, quién procura la conciliación sin proponer soluciones que gracias a su gestión pueden las propias partes convenir dentro de una genuina labor de autocomposición. Un paso adelante es facultar al tercero la proposición de soluciones que sirvan para finiquitar la discrepancia. Esta labor de mediación es más incisiva, mas, deja a salvo la voluntad de las partes para aceptar o no las soluciones del mediador. Otro estadio de mayor trascendencia ocurre cuando las partes acuerdan que el tercero emita una decisión que se comprometen a aceptar y que de antemano la consideran obligatoria lo que da lugar a la heterocomposición voluntaria o arbitraje que difiere de la necesaria o forzosa que es desempeñada por el servicio de justicia estatal¹¹. El arbitraje es el mecanismo alternativo más completo y complejo de solución de conflictos.

El arbitraje presenta dos modalidades conocidas desde antaño, la una que faculta al árbitro a desempeñarlo al tenor de las disposiciones que componen el sistema jurídico y la otra que le autoriza cumplir su función de acuerdo a su buen saber y entender dentro de la justicia y la equidad. Los primeros son los conocidos como árbitros de derecho, los segundos como árbitros arbitradores o amigables componedores. Para que opere el arbitraje hace falta una ley que lo imponga como medio de solución de eventuales conflictos o que las partes de común acuerdo para prevenir un pleito o para solucionarlo suscriban un acuerdo que debe contener necesariamente la cláusula compromisoria o voluntad de someter el diferendo a arbitraje. Las formalidades que deban cumplirse en cada caso dependen de la legislación del país. No todo litigio puede someterse a arbitraje. Por lo general están excluidas las causas penales y aquellas que conciernen al interés público. A criterio de Alvarado Velloso no pueden someterse a arbitraje toda pretensión penal, las cuestiones que versan sobre la validez o nulidad del matrimonio, las cosas que están fuera del comercio y los derechos que no son susceptibles de convención, lo referente a la patria potestad, al estado civil y a la filiación, los derechos eventuales a una sucesión ni la sucesión de una persona viva¹². Habría que matizar y anotar que por lo general no cabe arbitraje sobre los derechos personalísimos y sobre los que no pueden renunciarse. El

¹¹ Alvarado Velloso, Adolfo, en "Derecho Procesal Moderno", Eduardo Quiceno Alvarez, editor Universidad Pontificia Bolivariana, 1° edición 1988, pp. 34-36.

¹² Alvarado Velloso, *Ibidem*, p. 45.

arbitraje por lo general tiene mayor aplicación dentro del derecho patrimonial que del de familia. En los países de la Subregión Andina se ha dado una amplia cabida al arbitraje. Al propósito se ha expedido la correspondiente normativa. Así: en Bolivia la Ley de Organización Judicial (1993) y la Ley de Arbitraje y Conciliación. (No 1770 de 1997); en Chile el Código Orgánico de los Tribunales (1994); en Colombia el Decreto 779 (1989), la Ley 446 (1998), el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (Decreto 1818 de 1998); en Ecuador la Ley de Arbitraje y Mediación (Registro Oficial 145 de 1997), la Ley Orgánica de la Función Judicial de 1974; en Perú la Ley Orgánica del Poder Judicial (1993) y la Ley General de Arbitraje (No. 26572 de 1996) y, en Venezuela el Código de Procedimiento Civil (1987) y la Ley de Arbitraje Comercial (1998). Se constata que el arbitraje ha existido desde tiempos pretéritos en los Códigos de Procedimientos y en las Leyes Orgánicas de la Función Judicial y que en tiempos recientes se ha remozado el tema con la expedición de leyes particulares. Ello connota la importancia que se ha dado al arbitraje en la actualidad¹³.

Se ha sostenido que el arbitraje presenta ventajas respecto del sistema de justicia estatal. Posiblemente esa es la razón de que se haya difundido en los tiempos que corren. Suárez Hernández las precisa¹⁴. Se refiere a la celeridad que acaece principalmente porque el árbitro o tribunal arbitral no tienen ordinariamente otros asuntos a su cargo; la especialidad en cuanto los árbitros son designados por las partes gracias a sus conocimientos específicos sobre determinadas materias; la utilización más expeditiva de modernos medios de prueba como grabadoras, video cassette, computadoras, microfilms, etc.; la economía que se basa en la celeridad del procedimiento arbitral en comparación con el de la justicia estatal; sirve para descongestionar la administración de justicia ordinaria; aplica estrictamente el principio de inmediación; y, presenta un grado importante de confiabilidad.

En el fuero mercantil ha tenido especial aplicación el sistema de arbitraje tanto a nivel nacional cuanto en el ámbito internacional. Similar ocurre respecto de los procesos de contratación pública singularmente para

¹³ Comisión Andina de Juristas, Anuario 2000, Red de Información Judicial Andina. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Lima, 2000, p. 125.

¹⁴ Suárez Hernández, Daniel, El arbitramento civil y mercantil en Colombia, en derecho Procesal Moderno, *Ibidem*, pp. 79-80.

solventar las discrepancias de carácter técnico. Es uno de los casos en los cuales el arbitraje suele venir impuesto por el sistema jurídico. Últimamente se ha instaurado el sistema nacional de arbitraje de consumo, cual ocurre en la Argentina de acuerdo a la Ley de 13 de marzo de 1998 (Boletín Oficial, Decreto 276/98) que sirve para la mejor aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor¹⁵.

3. Justicia de paz

La conciliación previa y la resolución de asuntos considerados menores han asumido los jueces de paz, ordinariamente funcionarios públicos o al menos receptores de la función pública, sistema que si bien no constituye claramente un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, tiene características propias que lo diferencian del sistema ordinario de justicia estatal y ello aunque forme parte de él. La conciliación adquiere significación y trascendencia cuando es obligatoria y previa a la proposición de las acciones ante la justicia. La conciliación puede estar prevista dentro de los procedimientos ordinarios como un momento previo a fin de que las partes solucionen amigablemente sus diferencias. Esta modalidad fácilmente se vuelve rutinaria y en la mayor parte de los casos no cumple su finalidad.

La Constitución de Venezuela contempla la existencia de la justicia de paz en las comunidades y la elección por sufragio universal de los respectivos jueces (art. 258). La Constitución de Colombia prevé que mediante ley se podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios y que los mismos podrán ser elegidos por votación popular (art. 247). En el Perú la justicia de paz existe desde los orígenes de la República como un paso previo y obligatorio para interponer demanda judicial, debiendo los jueces de paz ser elegidos por sufragio popular en conformidad con la Constitución vigente¹⁶. Varias son las características de los jueces de paz. Entre ellas cabe destacar las siguientes: actúan singularmente en determinados ámbitos territoriales y al servicio de determinados grupos humanos que integran las comunidades; forman parte del sistema de justicia estatal, mas, su actuación es peculiar en cuanto se atienen por sobre todo a la equidad y pretenden antes que aplicar la ley, resolver los conflictos

¹⁵ Álvarez, Gladys Stella, *Ibidem*, p 341.

¹⁶ Revilla, Ana Teresa, "La administración de justicia informal en el Perú", *Reforma Judicial en América Latina, una tarea inconclusa*, *Ibidem*, pp. 328-331.

sometidos a su conocimiento; su actividad preponderante es la de ser conciliadores entre las partes; su designación surge de la propia comunidad por el sistema de elección popular. La justicia de paz sirve los intereses de determinados estratos de la sociedad, posiblemente los que más necesitan de un servicio de justicia económico, que comprenda su realidad social, que sea pronto y que se encuentre cercano a los usuarios. No comporta una solución de carácter general, pero coadyuva a la mejora de la justicia.

4. Sistemas complementarios

El art. 191 de la Constitución del Ecuador reconoce las funciones de justicia que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas. Por su importancia se transcribe el párrafo tercero. Dice:

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

El Convenio 169 de la OIT, en sus artículos contiene disposiciones atinentes a la administración de justicia indígena¹⁷. Los países que hayan adherido a este Convenio a pesar de que no conste en su legislación, se encuentran obligados a reconocer los sistemas de justicia indígena. Tal el caso de Argentina, cuya Constitución en el art. 75 atribuye al Congreso la facultad de reconocer a los pueblos indígenas y sus derechos, sin reconocer expresamente la justicia indígena. El art. 171 numeral II de la Constitución de Bolivia reconoce que las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos. En este caso la justicia indígena antes que un sistema complementario de la justicia del Estado, es un sistema que brinda una

¹⁷ Grijalva, Agustín y otros, La Jurisdicción Indígena : difusión y límites. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Quito, 2000.

solución alternativa. El art. 246 de la Constitución de Colombia prevé que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos. A diferencia de la disposición constitucional ecuatoriana que es mandatoria, la colombiana es únicamente potestativa. En Chile, la Ley Indígena de 1993, en el art. 54 acepta que la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia constituirá derecho siempre que no sea incompatible con la Constitución. Este es un reconocimiento residual del derecho y de la justicia indígena. El artículo 149 de la Constitución Política del Perú determina que las autoridades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. El Art. 260 de la Constitución Política de Venezuela estatuye que las autoridades de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución, a la ley y al orden público. Con una mayor amplitud de lo que ocurre en Chile se reconoce residualmente la justicia indígena.

El tema de la justicia indígena forma parte del fenómeno de la interculturalidad. En Ecuador y Perú, en razón de su composición étnica y seguramente por otras particulares circunstancias que topan singularmente aspectos organizativos, dicho tema ha adquirido gran relevancia y puede constituir un aporte importante al servicio de justicia. En el Perú coexisten con la justicia estatal otros sistemas de justicia, cuales son la administración de justicia de las comunidades campesinas, la de las comunidades nativas y las denominadas rondas campesinas, las que coexisten con la justicia de paz, constituyendo globalmente la jurisdicción especial. En las comunidades campesinas el encargado de resolver los conflictos de tierras es generalmente el presidente de la comunidad correspondiendo a la asamblea general el conocimiento de problemas más graves. Estas comunidades ostentan la facultad sancionadora que tiene como objeto principal el resarcimiento de perjuicios. La comunidad nativa constituye una forma de organización de los indígenas amazónicos. De acuerdo a la Ley 22175 de 1978 se confirió a estas comunidades competencia para resolver controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se originen dentro de sus miembros así como la facultad

sancionadora.¹⁸ Las rondas campesinas son organizaciones de la población rural surgidas para combatir ciertos ilícitos como robos, asaltos, abigeatos las que han venido actuando en los sectores rurales desde fines de los setenta. El Congreso les reconoció su existencia mediante la Ley 24571 de noviembre de 1987.

En Ecuador para la debida aplicación del art. 191 de la Constitución el mismo que se ha transcrito se encuentra en proceso de elaboración un proyecto de ley¹⁹. Este proyecto tiene como objetivo principal compatibilizar la justicia estatal con las funciones de justicia de las autoridades de los pueblos que se definen como nacionalidades indígenas. Se libra al derecho indígena, cuyo reconocimiento da por sentado el Proyecto, definir la autoridad indígena competente que puede ser una persona, grupo o asamblea. Se reconoce la obligatoriedad de las decisiones de la autoridad indígena que tendrán la misma fuerza que las emanadas de la justicia estatal. Se regula lo atinente a la jurisdicción y a la competencia de las autoridades indígenas para ejercer las funciones de justicia reconocidas por la Constitución. Se someterán a su conocimiento los litigios entre indígenas, entre colectividades indígenas e inclusive, previo acuerdo con campesinos no indígenas. Excepcionalmente estos últimos serán sometidos a la administración de justicia indígena cuando las faltas cometidas no estuvieren contempladas en la ley del Estado y se hayan cometido en territorio indígena en perjuicio de indígenas. En lo concerniente a los conflictos surgidos fuera de la comunidad se prevé la intervención de la autoridad indígena en guarda del debido proceso, se dispone que el juez estatal tendrá en cuenta las diferencias culturales de los indígenas e inclusive eximirá de responsabilidad al autor si de acuerdo a su derecho consuetudinario el hecho cometido no constituya un ilícito.

5. Conclusiones

Del análisis que antecede cabe inferir las siguientes conclusiones:

- Los mecanismos alternativos de solución de conflictos tienen enorme y creciente importancia y forman parte del sistema de administración de justicia de un país. Deberían ser objeto de reconocimiento

¹⁸ Revilla, Ana Teresa, *Ibidem*, pp. 318-327.

¹⁹ Borrador de Proyecto de Ley sobre las funciones de justicia de las autoridades indígenas. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador, Quito 2000.

constitucional y ser regulados en base en una ley que incluya todas sus modalidades.

- Las políticas estatales deberían propender a la difusión y aplicación de tales mecanismos, debiendo connotarse sus ventajas especialmente la de lograr que la cultura del consenso prevalezca sobre la cultura del litigio.
- La justicia de paz debe también integrarse a los sistemas de justicia en la medida que sirve para dos propósitos, resolver casos de cuantía modesta y prevenir la iniciación de litigios mediante arreglos producto de la conciliación.
- En los casos en que las diversas realidades y circunstancias de un país lo amerite, debería darse cabida y reconocimiento a los sistemas especiales de administración de justicia que, dentro del fenómeno de la interculturalidad, han tenido vigencia particularmente en los sectores rurales, campesinos y por sobre todo indígenas.

ARBITRAJE ADMINISTRADO O INDEPENDIENTE, ARBITRAJE DE DERECHO O DE EQUIDAD ¹

Dr. Armando Serrano Puig²

Para poder entrar al análisis del tema de la exposición: "Arbitraje Administrado o Independiente, Arbitraje de Derecho o de Equidad", debo necesariamente hacer alguna referencia sobre el arbitraje en general (no respecto del arbitraje forzoso, que no es materia de estudio, sino del convencional), para así poder ubicar este tema en el ámbito general del arbitraje.

I.- ARBITRAJE. DEFINICIÓN.-

Debemos comenzar por señalar, con Humberto Briceño Sierra, que, como su razón de ser, "... el arbitraje está ya justificado por su naturaleza de procedimiento jurídico para la pacífica resolución de las contiendas privadas"³. Pero, ¿qué es el arbitraje? En verdad, mucho se ha dicho y escrito sobre el tema, y si bien los autores coinciden en conceptualizar al arbitraje señalando en sus respectivas definiciones algunas de sus más sobresalientes características, no se han puesto de acuerdo en un concepto uniforme, y no lo han hecho porque, como es obvio suponer, el arbitraje tiene en cada país su propia peculiaridad que lo hace igual o similar pero a la vez distinto del de los demás países.

El insigne procesalista colombiano, Hernando Devis Echandía, define a esta institución manifestando que "El proceso arbitral se origina en una convención o en un contrato que celebran las partes libremente, para

¹ Ponencia presentada en la III CONFERENCIA INTERNACIONAL DE DERECHO ECONÓMICO, celebrada en la Universidad Andina Simón Bolívar, noviembre 2003.

² Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Conjuez permanente de la Corte Suprema de Justicia, ex Vocal del Tribunal Constitucional.

³ "EL ARBITRAJE COMERCIAL, Doctrina y legislación", Limusa Noriega Editores, Segunda Edición, México DF., México, ISBN 968-18-4694-X, P.11.

someter a esa vía cualquier litigio futuro entre ellas vinculado a ciertas actividades o el que concretamente se haya producido”⁴.

Por su parte, el publicista mexicano don Luis Miguel Díaz, nos dice que: “El arbitraje aparece como el mecanismo idóneo del futuro para privatizar la solución de las controversias legales, dentro de la tendencia universal de reducir el papel del Estado en la vida de los particulares”, y sostiene que: “En el arbitraje, la solución de una controversia legal es sometida a árbitros que las partes seleccionan, sin la participación del Estado. Los árbitros dejan de serlo cuando emiten el laudo respectivo. Por el contrario, los tribunales judiciales poseen jurisdicciones generales y son permanentes; sus jueces son nombrados sin importar ni los asuntos concretos ni los sujetos sobre los cuales deberán dictar sentencias”⁵.

Para el también colombiano Jorge Gil Echeverry, el arbitraje “Es un procedimiento jurisdiccional ‘sui generis’, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial”⁶.

De conformidad con la ley inglesa, “Arbitration is a mechanism for the resolution of disputes which take place, usually in private, pursuant to an agreement between two or more parties, under which the parties agree to be bound by the decision to be given by the arbitrator according to law or, if so agreed, other considerations, after a fair hearing, such decision being enforceable at law. Sometimes the submission instead of being

⁴ Hernando Devis Echandia, “COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL”, Tomo III, El Proceso Civil, Volumen Segundo, Cuarta Edición, Editorial ABC, Bogotá, Colombia, 1978, pp. 798 y 799.

⁵ Luis Miguel Díaz, “ARBITRAJE, PRIVATIZACIÓN DE LA JUSTICIA”, segunda edición, Editorial Themis, México D.F., México, 1998, p. XV.

⁶ Jorge Hernán Gil Echeverry, “CURSO PRÁCTICO DE ARBITRAJE”, primera edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1993, p. 11.

voluntary is imposed by statute”⁷, expresiones que traduciéndolas, para nosotros dicen que: “El arbitraje es un mecanismo para la resolución de disputas que tienen lugar, usualmente en privado, de acuerdo con un convenio celebrado entre dos o más partes, bajo el cual las partes acuerdan aceptar la decisión del árbitro ajustada a derecho o, si lo hubieran acordado, sujeta a otras consideraciones (equidad), después de una audiencia justa, decisión que puede ser legalmente ejecutada. Algunas veces, el sometimiento a arbitraje en lugar de ser voluntario es impuesto por la ley”.

Según otra definición: “El arbitramento comercial es un proceso por el que varias partes, no necesariamente comerciantes, encomiendan a uno o a tres árbitros la solución de determinadas controversias sobre asuntos comerciales susceptibles de ser transigidos, tarea que deben hacer en un período determinado, mediante sentencia -laudo- que puede ser dictada en derecho o en conciencia, y que hace tránsito a cosa juzgada, asumiendo las partes los gastos de funcionamiento del Tribunal Arbitral y los honorarios del árbitro o de los árbitros ”⁸.

Para la autora Irineu Strenger, “Se trata de modalidade jurisdiccional privada, implantada por força de legislações internas que consolidam sua existência e judicialidade. A arbitragem pode ser descrita como processo privado que começa com un acordo das partes, a respeito de existente, potencial, disputa para submetê-la a uma decisão por tribunal de um ou mais árbitros. O tribunal é escolhido pelas partes ou por seu manifestado interesse, as quais podem, também estabelecer os procedimentos que deven ser adotados. A decisão do tribunal é final e legalmente vinculante às partes, mas, deve ser prolatada à luz das evidências e argumentos submetidos ao tribunal. A sentença válida pode ser reconhecida e executada pelas cortes ”⁹.

⁷ Ronald Bernstein, John Tackaberry, Arthur L. Marriott y Derek Wood, “HANDBOOK OF ARBITRATION PRACTICE”, tercera edición, Sweet & Maxwell in conjunction with The Chartered Institute of Arbitrators, London, 1998, p 13.

⁸ Gilberto Peña Castrillón y Néstor H. Martínez Neira, “PACTO ARBITRAL Y ARBITRAMIENTO EN CONCIENCIA”, Colección Monografías Jurídicas, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1988, p. 7.

⁹ Adriana Neomi Pucci, Cordenadora, varios autores (Irineu Strenger, Raúl Anibal Etcheverry, Luis Olavo Baptista, Horacio Grigera Naón, Roque J. Caivano, William K. Siate II y Juliaan D M Lew), “ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL”, Editora LTR, Sao Paulo, Brasil, 1998, p. 21.

En la importante obra sobre arbitraje, *Russell on Arbitration*, se dice que el arbitraje ha sido empleado en Inglaterra y en todas partes por siglos, y que la necesidad de una definición ha sido suplida o reemplazada por el enunciado de sus propósitos, y que sin embargo se han intentado algunas definiciones, y nos proporciona la que dice que: "An arbitration is a reference to the decision of one or more persons, either with or without an umpire, of some matter in difference between the parties"^{10 11}, que según nuestra traducción, significa: "Un arbitraje es el referir a la decisión de una o más personas, con o sin imperio, un conflicto en algún campo en el que las partes discrepen".

Para nuestro respetado y distinguido amigo, Dr. Carlos Larreátegui M., a quien se reconoce el mérito de haber sido uno de los más fieles e incansables impulsores del arbitraje en nuestro Ecuador, "El arbitraje es un instituto creado para la resolución de las controversias de índole jurídica, mediante laudos que, en las condiciones determinadas por la ley, producen efecto de cosa juzgada".¹²

Apreciamos, en definitiva y según nuestra propia y personal interpretación y sin pretender dar una definición, que para la doctrina el arbitraje no es sino un procedimiento especial que las partes adoptan de mutuo acuerdo para someter una disputa eventual o un litigio existente, a la resolución de jueces especiales llamados árbitros, los que son escogidos por las partes directamente, por un tercero por cuenta de éstas o a través del mecanismo adoptado por las mismas partes para el efecto.

Por su parte la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante "LAM") dice, en su primer artículo, que:

Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o

¹⁰ David St. John Sutton, John Kendall and Judith Gill, "RUSSEL ON ARBITRATION", 21^a edition, Seewt & Maxwell, London, 1997, p. 3.

¹¹ Definición proporcionada por Romilly M.R., en *Collins v. Collin* (1958) 26 *Beav*, 306, 312, reportada en los casos ingleses 916 al 919.

¹² Contribución al Estudio del Arbitraje Privado, publicación de la Cámara de Comercio de Quito, Quito, Ecuador, 1982, p.15.

futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

En la definición transcrita, la LAM recoge si bien no la totalidad de las características del arbitraje y sus clases, sí las principales. En efecto, dice que es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, porque se presenta como una alternativa válida al sistema tradicional, normal y ordinario de la administración de justicia. Es bien conocido que no puede existir Estado sin un sistema establecido de administración de justicia que permita que imperen la paz social y el orden, sistema que es obligatorio, forzoso, general y coercitivo para todos los habitantes de un país. Pues bien, es como una alternativa a este sistema que se ha previsto y reconocido el arbitraje.

Pero dice también la definición legal transcrita, que para que exista arbitraje es preciso que exista un conflicto, pues es obvio que sin conflicto no cabe arbitraje, pues no habría nada que arbitrar ni resolver.

Luego se refiere esta misma norma a la fundamental característica de la convencionalidad del arbitraje. No puede haber arbitraje sin previo convenio o acuerdo de voluntades de las partes para recurrir a este método alterno que les permita resolverlo. Y la Ley exige que este acuerdo sea mutuo, esto es acuerdo de todas las partes en conflicto, pues si una sola de ellas no conviene en el arbitraje, este no es viable ni posible.

Se refiere luego la ley a la materia arbitrable, diciendo que las que pueden someterse a arbitraje son las controversias susceptibles de transacción, pues son las únicas que miran al interés privado de los contendientes sin afectar al interés público ni colectivo, y es por ello que pueden ser materia de transacción; esto implica, además, que todo aquello respecto de lo que no se puede transigir no puede ser susceptible de arbitraje.

A continuación dice la ley, que las controversias a arbitrarse son las presentes o futuras, esto es que sean controversias que actualmente existan o las que pudieran eventualmente existir en lo futuro en determinada relación.

En seguida se refiere la ley a los tribunales de arbitraje y a los árbitros independientes otorgándoles la facultad de resolver conflictos, esto es, concediéndoles de esta manera la calidad o el carácter de jueces, pues bien sabido es que “La jurisdicción ordinaria se ejerce por los juzgados y tribunales comunes que desempeñan la Función Jurisdiccional”¹³, y que “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados o jueces establecidos por las leyes”¹⁴; y cuando la ley faculta a estos tribunales y árbitros para que resuelvan conflictos, en verdad está reconociéndoles la calidad de jueces al otorgarles esta jurisdicción, que es la arbitral.

Dice también esta norma legal, que estas controversias pueden ser resueltas por tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes, lo que nos deja ya vislumbrar uno de los temas de esta ponencia, al que nos referiremos más adelante.

Por último, dice la ley que estos tribunales deberán conformarse para conocer dichas controversias, lo que significa que para conocer de cada controversia debe conformarse un tribunal que es distinto a los otros tribunales que se conformaren para conocer de otras controversias, y es distinto incluso cuando se halle integrado por los mismos árbitros. Y es así como nos dice la ley, además, que estas controversias son lo que en doctrina se identifica como procesos de conocimiento.

¹³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, artículo 5.

¹⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, artículo 1.

En nuestro criterio, a esta definición sólo le faltan tres menciones: 1) la de que pueden ser arbitrajes nacionales o internaciones; 2) la de que los árbitros pueden resolver en derecho o en equidad, según lo convengan las partes, las controversias sometidas a su conocimiento; y, 3) la de que la resolución de los árbitros es final e inapelable.

II.- SUSTENTO LEGAL:

En el Ecuador no existe ya discusión respecto del sustento legal del arbitraje, pues esta institución ha sido reconocida y recogida desde hace largo tiempo tanto por el Código de Procedimiento Civil¹⁵ cuanto por la Ley Orgánica de la Función Judicial¹⁶.

En 1963, octubre 23, la Junta Militar de Gobierno dictó la Ley de Arbitraje Comercial mediante decreto supremo No. 735, creándose el arbitraje institucional ante las cámaras de comercio, para la solución de controversias nacidas de relaciones comerciales entre comerciantes, arbitraje que estaba sometido a las normas en dicha ley previstas.

Desde el 10 de agosto de 1998 en que entró en vigencia en el Ecuador el nuevo texto constitucional como reforma integral del anterior, el arbitraje tiene incluso sustento constitucional, pues nuestra Carta Fundamental así lo ha establecido en su artículo 191 inciso tercero, diciendo que: "Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley".

No cabe, entonces, ya ninguna discusión al respecto, pues si alguien insistiera en poner en tela de duda el respaldo legal y constitucional del arbitraje, el texto arriba transcrito ha zanjado ya la cuestión. Pero en

¹⁵ Sección 30ª del Libro Segundo, artículos 956 al 992, inclusive, ya derogados por la Ley de Arbitraje y Mediación.

¹⁶ Sección XVI del Título I, artículos 87 al 93, inclusive, ya derogados por la Ley de Arbitraje y Mediación.

verdad el arbitraje tiene en el Ecuador muy amplio reconocimiento y respaldo legal, como veremos enseguida.

Además de la norma constitucional transcrita, tenemos que el Art. 18 del Código de Procedimiento Civil dice que "*Ejercen jurisdicción convencional los jueces árbitros*"; que según el numeral 2º del Art. 48 del mismo código adjetivo, el procurador judicial requiere de cláusula especial para comprometer el pleito en árbitros, lo que es un nuevo reconocimiento legal de esta institución del arbitraje; que el Art. 384 del mismo Código procesal, en su numeral 1º, dice que "*no pueden desistir del juicio los que no pueden comprometer la causa en árbitros*"; que en su Art. 499 esta misma ley de enjuiciamientos civiles permite que en la fase de ejecución del fallo se pueda alegar *compromiso en árbitros*, todo lo cual no hace sino ratificar el amplio respaldo legal que tiene esta institución.

Cabe aclarar que de conformidad con la actual Ley de Arbitraje y Mediación, ya no es necesaria en el Ecuador la cláusula compromisoria, pues ésta ha sido largamente superada por la legislación vigente que permite de una vez pactar directamente el arbitraje y no sólo el compromiso de convenir arbitraje cuando se presente una controversia nacida de un contrato mercantil. Y esta aclaración viene a cuento por las referencias que las citadas normas del Código de Procedimiento Civil hacen del compromiso arbitral, que es una institución diferente al convenio arbitral, y que no nos detenemos a su análisis por no ser materia de este estudio.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Función Judicial prescribe en el cuarto y último inciso de su artículo 3, que "*Son jueces de jurisdicción convencional los árbitros*", y en su Art. 198 permite también ejercer la profesión a los abogados que sean jueces árbitros.

También se reconoce el arbitraje en varias disposiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado¹⁷, debiendo hacer mención especial a su artículo 11, que trata, precisamente, del arbitraje y la mediación, y que contiene una norma que faculta expresamente a los organismos y entidades del sector público a someterse a procedimientos de arbitraje de derecho, nacional o internacional; y, a su artículo 18, inciso tercero, que dispone que debe estarse a la Ley de Arbitraje y Mediación en los casos en que se hubiere previsto el arbitraje como medio de solución de controversias.

El Código de Comercio reconoce también el arbitraje en su Art. 729, cuando refiriéndose al privilegio de los créditos sobre las naves, dice para que *“Las indemnizaciones debidas a los cargadores por falta de entrega, pérdida o avería de las mercaderías, ocasionada por culpa del capitán o de la tripulación”* (Art. 728) gocen de privilegio, se precisa que se comprueben por medio de *“sentencias judiciales o arbitrales”*.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos (Registro Oficial suplemento 557 de 17 de abril de 2002), prevé en su artículo 47, inciso tercero, la posibilidad de que las partes puedan someter sus controversias a un procedimiento arbitral, en la formalización de cuyo convenio autoriza a emplear medios telemáticos y electrónicos en tanto no sean incompatibles con las normas reguladoras del arbitraje; y en la segunda de sus disposiciones transitorias ha previsto que *“Para los casos sometidos a Mediación o Arbitraje por medios electrónicos, las notificaciones se efectuarán obligatoriamente en el domicilio judicial electrónico en un correo electrónico señalado por las partes”*.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero faculta en su Art. 51, a los bancos, a contratar arbitrajes sobre operaciones con divisas.

La Ley de Mercado de Valores dice en su Art. 7 No. 2, que no puede ser miembro del sector privado ante el Consejo Nacional de Valores, quien

¹⁷ Art. 5 literal a faculta al Procurador General del Estado a proponer o contestar demandas que se sometan a la resolución de tribunales arbitrales; en el literal b) se le faculta a intervenir como parte procesal en controversias que se sometan a conocimiento de tribunales arbitrales; en el literal c) se le faculta para supervisar el desenvolvimiento de los procedimientos arbitrales en los que participen las instituciones del Estado que tengan personería jurídica.

“hubiere incumplido un laudo dictado por un tribunal de arbitraje”, prohibición que se repite en el Art. 106 literal a), pero referida a ser administrador o miembro del comité de inversiones de una sociedad administradora de fondos y fideicomisos; en su Art. 124 faculta en forma expresa a las partes a “acogerse a los mecanismos alternativos de solución de conflictos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación”, para la solución de los conflictos y pretensiones entre el constituyente, los constituyentes adherentes, el fiduciario y el beneficiario de los contratos de fideicomiso mercantil regulados por esa ley, la misma que hace referencia al arbitraje también en sus artículos 127 literal f), 134 literal f), 164 literal l), y sobre todo en su artículo 231, en el cual expresamente prescribe que: “Cualquier controversia o reclamo que existiere entre los participantes en el mercado de valores, relacionados con los derechos y obligaciones derivados de la presente Ley, podrán ser sometidos a arbitraje de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación y reglamentos aplicables”.

La Ley General de Seguros¹⁸ contiene también referencias al arbitraje y a la Ley de Arbitraje y Mediación, debiendo destacarse que en su artículo 25, en que señala con carácter de imperio las condiciones mínimas que deberán contener las pólizas, y entre ellas y como literal g) consigna la de *“Incluir una cláusula en la conste la opción de las partes de someter a decisión arbitral o mediación las diferencias que se originen en el contrato o póliza de seguros”*; luego, en su Art. 42, que trata del reclamo administrativo, prevé la posibilidad de que el asegurado o beneficiario pueda someter su reclamo al arbitraje comercial (quiere decir al arbitraje de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues la Ley de Arbitraje Comercial fue derogada con anterioridad a que se dicte esta Ley General de Seguros).

De igual manera, la Ley de Propiedad Intelectual se manifiesta también favorable o proclive al arbitraje cuando en su Art. 374 dice que: *“Toda controversia en materia de propiedad intelectual, podrá someterse a arbitraje o mediación, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997. Para tal efecto el IEPI está autorizado a suscribir el respectivo*

¹⁸ Ley No. 74, Registro Oficial No. 290 del 3 de abril de 1998.

convenio arbitral sin necesidad de consultar al Procurador General del Estado”.

La Ley Especial de Telecomunicaciones contempla también la posibilidad de acudir al arbitraje como mecanismo para que los derechos de los usuarios sean garantizados y satisfechos, en su artículo 39. Este es el que en España, por ejemplo, se conoce como arbitraje de consumo.

La Ley Para la Transformación Económica del Ecuador (Ley Trole) introdujo como reforma al Art. 113 de la Ley de Contratación Pública, la posibilidad de que se puedan utilizar los procesos de arbitraje y mediación en la solución de diferencias entre el contratista y el contratante.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva prevé la posibilidad de sustituir los recursos de apelación y reposición en los convenios y tratados internacionales, por procedimientos como la conciliación, la mediación o el arbitraje, Art. 173 No. 2.

En fin, como hemos visto en el alistamiento no exhaustivo anterior, en la legislación ecuatoriana es muy amplio el reconocimiento del arbitraje como institución de solución alternativa de conflictos que está cada día arraigando más y más en nuestra realidad jurídica, pese incluso a la existencia de leyes anti-arbitraje como la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que, a contrario sensu de lo que hacen las otras leyes citadas que son permisivas y favorables para el arbitraje, y que por ello las llamaríamos *leyes de favor arbitri*, contiene normas que prohíben el arbitraje, como es la del ordinal 4 de su Art. 43, que prohíbe, insisto, sancionándolas con nulidad de pleno derecho y diciendo que no producirán efecto alguno, entre otras, las cláusulas que impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento.

III.- CLASES DE ARBITRAJE:

Habiendo visto ya lo que es el arbitraje y su sustento legal en el Ecuador en todas las disposiciones a las que hemos hecho referencia y en algunas otras ya no mencionadas así, expresamente por nosotros en esta oportunidad, podemos entonces pasar a tratar del tema de esta ponencia, y lo hacemos comenzando por expresar que hay muchas maneras y

criterios para clasificar al arbitraje, siendo este otro tema en que los autores no han llegado a una clasificación uniforme. Una de las clasificaciones más completas y claras que hemos encontrado, es la que propone Roca Martínez¹⁹, para quien el arbitraje, por sus formalidades, puede ser formal y libre; por el modo de resolver, puede ser de derecho o de equidad; por la función de los árbitros, puede ser propio e impropio; por su origen, puede ser contractual o testamentario; por su formación, puede ser voluntario y forzoso; y, por el modo de conducirlo, puede ser ad hoc o arbitraje institucional. En esta clasificación de Roca Martínez no se ha considerado el arbitraje interno y el internacional, que a mi manera de ver es una de las más importantes sobre todo por sus efectos, trascendencia y desarrollo. En todo caso y por parecerme muy didáctica, tomaré la clasificación que propone Gil Echeverry²⁰, quien expresa que de acuerdo con los principios en que se fundamenten los árbitros para dictar el laudo, el arbitraje puede ser en derecho, en conciencia o equidad, o técnico; que en razón de su origen, puede ser voluntario o forzoso; según la forma de funcionamiento del tribunal, puede ser independiente (ad-hoc) o administrado (institucional); en cuanto al ámbito territorial de sus efectos, el arbitraje puede ser nacional o internacional; y desde el punto de vista de las reglas procesales aplicables, puede ser formal o informal. Monroy Cabra coincide casi en su totalidad con esta clasificación con la diferencia de que reconoce también el arbitraje en derecho internacional público, y no menciona el arbitraje formal o informal; pero está de acuerdo entonces, como lo están casi todos los demás autores consultados, en las otras clasificaciones expuestas.

Nos vamos a referir solamente a aquellas que son materia de esta ponencia, no haciéndolo con las otras no por menos importantes, sino porque salen de la esfera de esta presentación.

A) Arbitraje Administrado

Llamado por la doctrina también como arbitraje "*institucional*", es, doctrinariamente hablando, aquel en que "*... las partes convienen dirimir sus diferencias ante instituciones especializadas, con profesionalidad.*"

¹⁹ José María Roca Martínez. "ARBITRAJE E INSTITUCIONES ARBITRALES", José María Bosch Editor S.A., Barcelona, España, 1992, pp. 90 a 111.

²⁰ Op. Cit., pp. 11 y 12.

experiencia y prestigio”, como con tanto acierto lo dicen las argentinas Sara L. Feldstein de Cárdenas y Hebe M. Leonardi De Herbón²¹.

Tomando como válida la definición anotada, debemos decir que entonces, arbitraje institucional es solamente aquel cuya administración ha sido confiada por las partes a un ente u órgano especializado que les permita conducir de mejor manera el desarrollo de la solución de sus discrepancias o conflictos.

En el Ecuador, con la expedición de la Ley de Arbitraje Comercial en 1963, se crearon al menos en las Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil, secciones o dependencias preocupadas de administrar los arbitrajes que les fueran presentados, los que subsisten hasta el día de hoy; pero obviamente ahora organizados como centros de arbitraje y mediación en la forma que determina la LAM, instituciones arbitrales estas que recién a partir de la vigencia de la nueva Ley de Arbitraje y Mediación han visto crecer enormemente la demanda de sus servicios para administrar arbitrajes, normalmente entre sus afiliados. Gracias a la vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación, los centros o instituciones de arbitraje se han multiplicado, existiendo al momento a más del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, nuevos centros y tan importantes como el Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito, CENAMACO, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana-Americana, con sede en Quito, Centros de Arbitraje en las Cámara de Comercio de Cuenca, Ambato, Riobamba y otros, debiendo destacar que se ha formado incluso un centro de arbitraje no relacionado con ninguna cámara de la producción, como es el Centro de Arbitraje y Mediación de la Fundación Antonio Quevedo.

La mayor ventaja del arbitraje administrado está, entonces, en que son centros especializados en arbitraje los que los conducen aportando su experiencia, su organización jurídica, su infraestructura humana y física, para con todo ello facilitar los arbitramentos que se llevan a cabo a través suyo.

²¹ Sara L. Feldstein de Cárdenas y Hebe M. Leonardi de Herbón, “EL ARBITRAJE”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 15.

Entre sus servicios están no sólo el de proveer las facilidades secretariales, de apoyo y físicas (personal de secretaría, notificadores, locales para audiencias, equipos de oficina, comunicación, informática, etc.), sino y fundamentalmente los árbitros y la experiencia, pues todo centro de arbitraje debe tener una lista de árbitros calificados que presten su concurso para la solución de las controversias sometidas a la administración de ese Centro, quienes han venido acumulando experiencias muy valiosas que les permiten atender con cada vez mayor conocimiento y versación los arbitrajes que les son puestos en su conocimiento.

En la Ley de Arbitraje y Mediación se regula con bastante detalle lo relacionado con la organización y funcionamiento de centros de arbitraje, y así tenemos que exige que *“Los centros de arbitraje cuenten con sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los juicios arbitrales y para dar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores que se designen de acuerdo a esta Ley”*, según lo manda el tercer inciso de su art. 39.

El arbitraje administrado se encuentra definido por nuestra ley de la siguiente manera:

“ARBITRAJE ADMINISTRADO O INDEPENDIENTE

Art. 2.- El Arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley”.

La definición transcrita no es, en nuestro criterio, la más feliz; y no lo es desde el momento en que afirma que *“el arbitraje es administrado si se desarrolla con sujeción a esta ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje”*, definición de la que deberíamos concluir, entonces, que dejaría de ser institucional el arbitraje desarrollado bajo el control de un Centro de Arbitraje en el cual las partes, aun cuando se lleve a cabo con sujeción a la ley (LAM) en sus aspectos fundamentales, han decidido por crear sus propias reglas de procedimiento para determinados aspectos, por ejemplo. Tampoco sería administrado, a la luz del texto que estamos analizando, el arbitraje que,

por convenio expreso de las partes se sujete no a la Ley de Arbitraje y Mediación, sino a las disposiciones de la Ley Modelo²² de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, más conocida por sus siglas en inglés, como UNCITRAL), por ejemplo, o a las de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, o a las de la Cámara de Comercio Internacional de París, etc. Obviamente, tampoco sería administrado el arbitraje que se la conduzca, por ejemplo, ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito con sujeción a las normas y procedimientos expedidos por la CENAMACO o por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

Debemos recordar y no perder de vista que el fundamento último y el más importante del arbitraje y del sistema arbitral todo, radica en la soberanía de la voluntad de las partes, quienes pueden, por ende, en ejercicio de esa soberanía de su voluntad, crear con absoluta libertad y no más limitaciones que la ley, el orden público y las buenas costumbres, sus propias normas y procedimientos para el arbitraje que les atañe, normas y procedimientos que pueden ser los tradicionales adoptando, por ejemplo, las constantes en el reglamento de algún centro establecido y conocido, o ya también creando sus propias reglas y procedimientos que por extrañas que fueren serían las que vayan a regir ese arbitraje.

Por eso, cuando dice nuestra ley que *"el arbitraje es administrado si se desarrolla con sujeción a esta ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje"*, creemos que está limitando erróneamente la calidad de administrados a una serie de arbitrajes que en verdad sí son institucionales, aun cuando las reglas a las que se sujeten sean especialmente creadas por las partes para el efecto.

²² Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo I, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el 21 de junio de 1985. La Asamblea General, en su resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985, recomendó "que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.

La verdad es que la mayoría de los arbitrajes que se presentan en nuestro medio son administrados, y que en casi su totalidad las partes se han sujetado íntegramente a los reglamentos internos del Centro al que han resuelto acudir; pero es también verdad que varios casos –no muy escasos– las partes han resuelto reformar los procedimientos y reglamento generales del Centro de que se trate, como por ejemplo, cuando fijan un período diferente al legalmente previsto para que el tribunal dicte su laudo, o cuando acuerdan que determinada prueba o pruebas se actúen en forma peculiar, etc., y no por ello estos arbitrajes han dejado de ser administrados o institucionales; y cuando hacemos mención a “*reglas*” nos referimos también a aquellas que las partes puedan convenir y que impliquen una modificación a las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación (plazo para dictar laudo, por ejemplo) y no sólo una modificación a los reglamentos internos del Centro de Arbitraje en cuestión. Por “*reglas generales*”, entendemos, entonces, no sólo al marco legal sino al marco jurídico todo que regula a un arbitraje cuando las partes no han celebrado pactos especiales sobre la materia para crear alguna norma específicamente aplicable a su arbitraje o para modificar alguna ya existente.

A nuestro entender, es administrado un arbitraje desde que se desarrolla ante un Centro de Arbitraje legalmente reconocido, y esto con prescindencia incluso de las reglas a las que se sujete por haber sido dictadas o acordadas por las partes.

En el arbitraje institucional o administrado, al Director del Centro de Arbitraje que lo administra le cumple ejercer una serie de facultades previstas en la propia LAM para ordenar e impulsar el proceso. Entre estas facultades, las principales son las siguientes:

- Recibir la demanda de arbitraje (art. 10);
- Calificar la demanda y mandar citar a la otra parte (art. 11);
- Recibir la contestación a la demanda (art. 11);

- En caso de formularse reconvencción, calificarla (implícita) y correr traslado con ella al actor, para que la conteste (art. 12);
- Correr traslado a las partes, para que las contesten, con la modificación a la demanda, su contestación, la reconvencción o a la contestación a esta última (art. 13);
- Convocar a las partes a audiencia de mediación (art. 15);
- Designar al mediador que tratará de procurar el avenimiento de las partes (art.15);
- Enviar a las partes la lista de árbitros, de no existir acuerdo entre ellas en la instancia de mediación, para que designen, de mutuo acuerdo, los árbitros principales y el suplente (art. 16);
- Señalar el día y hora en que se efectuará, por sorteo, de la lista de árbitros de ese Centro, la designación de árbitros en el evento de que las partes no efectuaren la designación o no se pusieren de acuerdo en la forma de hacerlo (art. 16);
- Convocar a los árbitros designados para que tomen posesión de sus cargos ante el Presidente del Centro de Arbitraje, quienes de inmediato deberán designar al Presidente y al secretario (17);
- Resolver sobre la recusación de un árbitro, cuando los no recusados del tribunal no se pusieren de acuerdo sobre la recusación planteada (art. 21, literal a);
- En caso de que la recusación recayere sobre todos los árbitros, resolver sobre ella (art. 21, literal b);

En el arbitraje administrado las etapas del proceso se encuentran claramente definidas, de suerte que no puede pasarse de una a otra mientras no haya precluido la anterior. Además, en todas estas etapas se tiene la asistencia del Centro para velar por el correcto desarrollo del proceso, para lo cual la Institución de Arbitramento, a través de sus funcionarios, brindan la asesoría necesaria a los árbitros, sobre todo en aquellos casos en que por tratarse de arbitrajes de equidad pueden actuar como árbitros quienes no sean abogados.

El arbitraje institucional lleva consigo, entonces, la garantía de seriedad del Centro que lo administra, lo que se refleja en un proceso ordenado y serio en beneficio de la seguridad jurídica que es el mejor aliciente para el desarrollo de la sociedad toda a través del desarrollo de sus negocios.

Obviamente, el arbitraje será administrado cuando las partes, en el convenio arbitral que han celebrado, no han pactado arbitraje ad hoc ni han fijado reglas particulares para su desarrollo. En este caso y por mandato del Art. 35 de la LAM, el arbitraje debe llevarse a cabo ante el Centro de Arbitraje del lugar de los efectos del acto o contrato materia del arbitraje o el del domicilio del demandante y siguiendo las reglas contenidas en la propia ley.

Por todo lo expuesto, los autores casi en su totalidad están de acuerdo en manifestar que el arbitraje administrado es el que más ventajas otorga a las partes, y en el campo de las desventajas la que más suele mencionarse, como se lo hace en la obra *Russell on Arbitration*²³, es la de sus costos, pues la institución (centro arbitral) involucrada debe ser pagada por sus esfuerzos, y que también puede demorar los procedimientos. Sin embargo, estas desventajas pueden desaparecer o resultar nimias frente a las ventajas que otorga.

B) Arbitraje Independiente

Se lo conoce también como arbitraje “*ad hoc*”, y está reconocido por la LAM en su artículo 2, que fue ya transcrito al tratar sobre el arbitraje administrado.

Del texto del artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación se infiere que nuestra ley llama también a este arbitraje como de “Tribunal de Árbitros Independientes”, por oposición a los tribunales de arbitraje administrado.

²³ David St. John Sutton, John Kendall, Judith Gill, “RUSSELL ON ARBITRATION”, Twenty-First Edition, Sweet & Maxwell, London, England, 1997, p 214, No. 5-123.

La peculiaridad de esta clase de arbitraje es la no participación en absoluto o la casi no participación de organismos creados con la finalidad de administrar arbitramentos.

Es su peculiaridad más importante, entonces, la de que se trata de un arbitraje libre, y tan libre que las partes son quienes dictan sus propias normas de procedimiento y organizan la totalidad de los aspectos y reglas que deben regirlo.²⁴ Es decir, son las partes las que deben señalar el tipo de conflicto o discrepancia que puede ser sometido a arbitraje (cuando se trata de convenio arbitral celebrado por ellas en forma previa a la existencia de tal discrepancia o conflicto), son las mismas partes quienes deberán seleccionar al o a los árbitros, o al menos deberán convenir en la forma de seleccionarlos; las partes deberán fijar el lugar del arbitraje, el idioma en que deberá llevarse a cabo, el derecho sustantivo que deberá regir el fondo del asunto, las reglas de proceso a las que se someterán, la forma como se realizará el arbitraje (si en audiencias con intervención personal de las partes, si por internet, si por correo certificado, etc.), las atribuciones de los árbitros (si pueden decretar medidas cautelares, por ejemplo), el plazo para que dicten el laudo, la forma de cumplirlo, los costos del arbitraje o la manera de fijarlo y su distribución entre las partes, la forma de fijar los honorarios de los árbitros, etc. A este respecto insisto en lo ya dicho anteriormente, de que no existe más limitación que la ley, el orden público y las buenas costumbres. Nada más, pues todo está librado a la autonomía de la voluntad y de la libertad de las partes, desde que se trata de asuntos que si bien pueden ser de interés de la colectividad, son de interés exclusivo de las partes, las que por ende son las más calificadas para resolver respecto de la manera como quieren ventilar sus disputas.

²⁴ Ulises Montoya Alberti dice, al respecto, en su obra: "EL ARBITRAJE COMERCIAL", Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, Perú, 1988, p. 39, que el arbitraje independiente "Se desarrolla según las reglas acordadas por las partes, o sometiendo el procedimiento a reglas específicas pre-establecidas. Todos los aspectos y etapas del proceso son determinados por las partes y los árbitros sin recurrir a ninguna institución o persona extraña".

Es también importante señalar que no pierde su calidad de independiente este arbitraje por el sólo hecho de que en algún momento y para superar alguna dificultad intervenga o pueda intervenir un Centro de Arbitraje, como puede suceder respecto de la designación de árbitro o árbitros cuando las partes no se han puesto de acuerdo en ello, como dice Gamboa Serrano: "Por exclusión con el institucional, es aquel que no se realiza en su totalidad a través de un Centro de arbitraje y se rige por las normas del Decreto (...) Como ya se dijo en la precisión inicial, por el hecho de adelantarse la integración del tribunal y el procedimiento previo a través de un centro de arbitraje, no se convierte en institucional sino que continúa su fisonomía propia"²⁵.

Respecto de este arbitraje ad hoc, dicen los autores que es aquel en que en realidad se han ido dictando las pautas seguidas luego por la legislación, pues los legisladores no han hecho otra cosa que incorporar a las leyes positivas todo aquello que las partes han venido usando eficientemente en sus convenciones de arbitraje independiente, en razón de que por no hallarse su arbitraje sometido a Centro arbitral alguno, han debido ser las mismas partes quienes con su ingenio han debido ir solucionando los problemas que la práctica les ha puesto.

Dice Montoya Alberti refiriéndose al arbitraje ad hoc, que "*la principal ventaja es que las partes retienen el control del procedimiento*", lo que si bien es cierto, no significa que sea una cualidad o característica exclusiva de este tipo de arbitraje, pues afirmo que salvo alguna excepción en que la ley de algún país lo impida o los reglamentos internos y normas que rigen algún centro de arbitraje lo prohíban, las partes están siempre en aptitud de crear su propio procedimiento en aplicación del principio aquel de que las partes son dueñas del procedimiento, y en silencio de las partes son los árbitros quienes deben suplir los vacíos dictando las normas de

²⁵ Op. Cit., p. 29.

procedimiento que se requieran para desarrollar el arbitraje sometido a su conocimiento y decisión.

Dice el artículo 2 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que *“El Arbitraje ... es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pactan con arreglo a esta Ley”*. La expresión *“con arreglo a esta ley”* debe entenderse como total amplitud para pactar lo que en ejercicio de la autonomía de su voluntad las partes tengan a bien, sobre todo en materia de procedimiento, como además y expresamente lo faculta el Art. 38 de la LAM cuando dice que *“El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables”*, disposición de la que se advierte que las partes tienen plena y entera libertad para pactar el procedimiento que tengan a bien, con solamente los límites de la prohibición legal (por efecto de la disposición del Art. 9 del Código Civil, en concordancia con el Art. 1505 del mismo Código), del orden público y de las buenas costumbres. Por ejemplo, no podrán las partes convenir en arbitraje para resolver un asunto del estado civil, o para resolver cuestiones de competencia entre autoridades o instituciones, porque nada de esto es materia respecto de la cual se pueda transigir. Pero normalmente todo lo que no exceda del ámbito del derecho interno de las personas, éstas pueden transigir y por consiguiente convenir respecto de estos asuntos como a bien tengan a efectos de lograr el arbitramento ad hoc que mejor convenga a sus intereses.

Para que proceda el arbitraje independiente exige la ley que se cumplan ciertas condiciones o requisitos, y entre ellos, por ejemplo, el que en el convenio arbitral se designen los árbitros, y yo añado: *“o que al menos se haya previsto la forma de designarlos”*. Dice la LAM en su artículo 16 inciso sexto: *“En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal”*; pero si no han hecho la designación de todos los árbitros, los designados deberán nombrar a los

que falten, y en el caso de que las partes no hubieren hecho designación alguna, creo yo que se deberá proceder como lo prevé el séptimo inciso del mismo artículo 16 para el caso en que los árbitros independientes no aceptaren la designación o no se posesionaren, esto es, que cualquiera de las partes acuda ante el Director del Centro de Arbitraje más cercano al domicilio del actor, solicitando la designación de él o los árbitros no designados, designación que deberá hacerse en la forma prevista anteriormente para el caso de arbitraje administrado.

En el arbitraje ad hoc o independiente, los árbitros deben tomar posesión de sus cargos ante notario público²⁶, hecho lo cual deben designar al Secretario y posesionarlo del cargo. Si en este arbitraje se recusare a un árbitro, la recusación deberá ser resuelta por los miembros del tribunal que no hubieren sido recusados, y si todos lo hubieren sido, deberá ser resuelta por el director del Centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor; y sin embargo, no por estas actuaciones del director de un centro arbitral, este arbitraje ha dejado de ser independiente.

C) Arbitraje de Derecho

Entre las principales clasificaciones del arbitraje se encuentra aquella que los divide entre arbitraje de equidad y arbitraje de derecho. Esta diferenciación se encuentra recogida en la propia Ley de Arbitraje y Mediación, en varias de sus disposiciones, pero fundamentalmente en la de su artículo 3, en el que refiriéndose al arbitraje en derecho la ley expresa lo siguiente:

“ARBITRAJE DE EQUIDAD O DERECHO

Art. 3.- Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad. (...) Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros

²⁶ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 17 inciso tercero.

deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados”.

Debemos señalar, a este respecto, que nuestra ley se aparta del principio general que se encuentra recogido en la mayoría de las leyes y reglamentos internacionales sobre arbitraje comercial, pues la norma general en ellas es que el arbitraje, salvo pacto en contrario, sea de derecho. Nuestra ley ha optado por el principio contrario, presumo que para no dar un salto muy grande a este respecto en relación con la Ley de Arbitraje Comercial que fue sustituida por la actual LAM. Y es que la derogada Ley de Arbitraje Comercial decía, en su artículo 15, que: *“Teniendo en cuenta la finalidad del arbitraje comercial, los árbitros están facultados para decidir los asuntos sometidos a su conocimiento de acuerdo con su conciencia, honrado criterio y sentido de equidad. No están obligados por tanto a someterse a otras normas que las que contiene la presente ley”*, lo que significa que en esta ley derogada por la actual de Arbitraje y Mediación, no era posible el arbitraje de derecho, como se permite en la hoy vigente, sino sólo el arbitraje en equidad.

El arbitraje de derecho es el más extendido a nivel internacional, pues es el sistema que se sigue, por ejemplo, en la arriba citada Ley Modelo²⁷, en cuyo Art. 28 numeral 3 se lee que *“El Tribunal decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así”*, ya que en caso contrario debe decidir en derecho de conformidad con las normas que se le señalan en este mismo artículo. Por su parte, el Reglamento de Arbitraje²⁸ de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, prescribe, en su artículo 17 numeral 3, que *“El Tribunal Arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá ex aequo et bono únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes”*, lo que necesariamente implica que a falta de estipulación

²⁷ La Ley Modelo de Arbitraje Comercial sugerida por las Naciones Unidas.

²⁸ Vigente a partir del 1° de enero de 1998.

expresa de las partes el arbitraje es en derecho, y que los árbitros deberán aplicar al fondo de la controversia las normas jurídicas (derecho sustantivo) que hayan sido convenidas por las partes, y a falta de acuerdo expreso de éstas el Tribunal Arbitral aplicará las que considere apropiadas. Podríamos continuar revisando las normas de otros organismos internacionales de arbitraje y encontraríamos la misma solución, como la encontramos en la legislación de Colombia²⁹, o en la de Venezuela³⁰, por ejemplo, y en muchas otras, ubicándose entonces la LAM entre las pocas leyes que prescriben, saliéndose del principio general de que todo arbitraje es en derecho salvo estipulación expresa de las partes, que en ausencia de pacto expreso de las partes el arbitraje es de equidad o de conciencia, como lo llama en su artículo 3 la Ley General de Arbitraje, del Perú, que sigue idéntica solución que la ley ecuatoriana.

La LAM exige, como lo hemos visto en la transcripción parcial hecha de su artículo 3, que en tratándose de arbitraje en derecho por así haberlo convenido las partes (convención obligatoria cuando se trata de arbitraje en el que interviene una institución del Estado, por mandato del Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado), los árbitros deben atenerse a la ley, evento en el cual es de aplicación forzosa aquel aforismo jurídico que dice que *la ley por dura que sea es ley* y por tanto debe ser aplicada, aun cuando parezca injusta o inequitativa.

Dice también este artículo 3, que si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros también deben atenerse además de a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. Esto significa que los árbitros deben necesariamente aplicar el derecho sustantivo pactado por las partes, en caso de arbitraje internacional, y en el caso de arbitraje interno o nacional necesariamente deberán aplicar el derecho interno de la República del Ecuador, salvo que las partes hubieren pactado otra cosa en su convenio arbitral. Y aplicar el derecho interno significa, entonces y en primer lugar, aplicar la ley que rija sobre los hechos o derechos motivo de la controversia, y a falta de aquella o por

²⁹ La legislación colombiana (Decreto No. 1818 de septiembre 7 de 1998) previene, en el *Parágrafo* que consta al final de su Art. 115, que en la cláusula compromisoria o en el compromiso las partes deben indicar el tipo de arbitraje, y que si nada se estipula, el fallo será en derecho.

³⁰ Dice el Art. 8 de la Ley de Arbitraje Comercial, promulgada el 7 de abril de 1998, que “*Los árbitros pueden ser de derecho o de equidad ... Si no hubiere indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de equidad*”.

su obscuridad, deberán aplicar, entonces y sólo entonces, los principios universales de derecho, a falta de éstos, la jurisprudencia y la doctrina, en su orden. Y digo que todo esto debe ser aplicado en su orden, pues si bien es lógico y normal que en un caso determinado al aplicar la ley se estén también aplicando los principios universales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina, también es posible que al aplicar la ley y por hacerlo se dejen de aplicar los principios universales del derecho, o la jurisprudencia cuando se trate de jurisprudencia no obligatoria (en cuyo caso viene a tener el carácter de ley hasta que la ley no disponga lo contrario), o ya también y por último se deje de aplicar la doctrina por contraria a la norma legal aplicada.

Debemos señalar que según el mismo Art. 3 de la LAM, en el caso de que las partes hubieren estipulado arbitraje en derecho, es requisito de forzoso y obligatorio cumplimiento el que los árbitros sean abogados. Así, con esa fuerza de imperio lo exige la ley, y así debe de cumplirse. Cabe aquí preguntarse: ¿si el requisito es solamente tener el título de abogado, aun cuando nunca se haya ejercido de ninguna manera la profesión de abogado, o lo que se requiere es ser realmente abogado entendiendo por tal a aquel que ejerce la profesión en cualesquiera de sus manifestaciones? A mi entender lo que la ley exige es ser abogado y no solamente ostentar el título de tal pero en realidad nunca haberlo sido, pues es la definición que de abogado nos entrega el Diccionario de la Lengua Española.

Los doctrinantes sostienen, además, que cuando el laudo debe expedirse fundado en derecho —como lo expresa nuestra ley—, debe ser debidamente motivado en las normas legales aplicadas al caso, como lo sostiene Roca Martínez³¹, entre muchos otros autores, al manifestar: “*La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, como garantía fundamental de las razones en virtud de las cuales el juez ha adoptado una determinada decisión, no sólo proporciona al ciudadano la respuesta que merece y que el TC ha considerado imprescindible, suponiendo su falta una vulneración del derecho a la tutela judicial, sino que, igualmente, posibilita la fundamentación de los recursos que frente a ella pudieran interponerse conforme a la ley (...) Respecto a los laudos arbitrales, es*

³¹ Op. Cit., p. 103.

habitual la exigencia de motivación, dando lugar su omisión a la nulidad del laudo”.

Es propicio el momento para recordar que nuestra Constitución Política ha previsto como una de las garantías básicas para asegurar el debido proceso, en el numeral 13 de su artículo 24, el que “*Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (...)*”, y por este motivo creo yo que toda resolución que se dicte en un proceso arbitral, sea que deba resolverse en derecho o en equidad, debe estar debidamente motivada. Si es un arbitraje en derecho, la motivación deberá, obviamente, ser en derecho y señalar las normas, principios jurídicos (universales del derecho), la jurisprudencia y la doctrina, según corresponda; si es en equidad, la motivación deberá ser en los hechos y en las razones que han movido a los árbitros a pronunciarse.

En su artículo 37 la LAM dispone:

“Art. 37.- En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho”.

Con la norma transcrita el legislador ha cometido el grave error, a mi entender, de disponer que deberán aplicarse como supletorias las normas de los Códigos Civil, Procesal Civil, Comercio y otras leyes conexas, pero solamente siempre que se trate de arbitraje en derecho. Y digo error, si pregunto: ¿y qué sucede con los arbitrajes de equidad? Esto implica que siendo un arbitraje en derecho estas normas mencionadas siempre deberán tenerse como supletorias para resolver sobre el fondo de las cuestiones sometidas al arbitraje, pues con excepción del Código de Procedimiento Civil, todas las que se citan son normas de derecho

sustantivo y no procesal; y en cuando al aspecto formal o procedimental, será de aplicación supletoria el Código de Procedimiento Civil. Aquí cabe mencionar nuevamente lo ya dicho con anterioridad, de que de conformidad con la misma ley y básicamente su Art. 38, siendo las partes las dueñas de su proceso y las que por tanto pueden crear sus propias normas de procedimiento, las del Código Procesal Civil se aplicarán como supletorias de las que hayan fijado las partes sólo cuando las reglas de procedimiento del Centro Arbitral que administre el arbitraje tenga también vacíos que deban ser llenados por las disposiciones del Código Adjetivo Civil.

D) Arbitraje de Equidad

Este tipo de arbitraje es también conocido por algunas leyes y autores como arbitraje en conciencia, o *ex æquo et bono*.

Para muchos estudiosos del Derecho Arbitral, arbitraje es igual a equidad y no sólo un procedimiento privado, rápido y menos costoso de obtener justicia, y entre ellos se encuentra nuestro entrañable y respetado amigo Carlos Larreátegui Mendieta, quien en su libro "Contribución al Estudio del Arbitraje Privado" consigna la siguiente cita de Aristóteles, aquel enorme filósofo griego: "*Es propio de los hombres recurrir a un árbitro, antes que a un juez, porque el primero no atiende sino a la justicia, mientras el juez mira solamente a la ley; el arbitraje ha sido inventado para hacer valer la equidad*"³². Obviamente esto no significa que estos autores no admitan el arbitraje en derecho, sino sólo que para ellos la lógica del arbitraje es la equidad.

El arbitraje en equidad no significa sino que el árbitro, para fallar, debe hacerlo en equidad más que en derecho estricto. No significa que por aplicar la equidad debe olvidarse del derecho, pues ello podría llevar a

³² Op. Cit., p. 13.

laudos, fallos y pronunciamientos abiertamente ilegales bajo el pretexto de tratarse de fallos en equidad. La equidad no es otra cosa que la facultad que se concede al árbitro o árbitros para “fallar con arreglo a su leal saber y entender. ‘Verdad sabida y buena fe guardada’”³³, nos dice el Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de San Marcos, de Lima, y Decano del Colegio de Abogados de Lima, Dr. Ulises Montoya Alberti, refiriéndose o citando el Código Civil español (Art. 1915).

Nuestra ley prescribe, al respecto, en su artículo 3, lo siguiente:

“ARBITRAJE DE EQUIDAD O DERECHO

Art. 3.- Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad. Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados (...).”

Mucho se ha dicho y escrito respecto de la equidad, y obviamente no pretendo ni puedo pretender yo en el corto espacio de este trabajo traer a colación las expresiones y pensamientos de los autores sobre un tema tan importante como este. Me limito a citar uno o dos, aquellos que en mi criterio explican de la mejor manera posible el sentido y alcance de esta expresión, y haciéndolo cito en primer lugar a Cabanellas, para quien la equidad es *“La fidelidad y paralelismo con que lo acompaña, llevaría a decir que la equidad es la sombra del Derecho, si cuanto de ella se ha pensado y escrito desde los albores de la organización humana no la presentarían como la luz y complemento de aquél, ante la obscuridad o desamparo de la norma legal o frente a los rigores y estragos de su*

³³ Ulises Montoya Alberti, “EL ARBITRAJE COMERCIAL”, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, Perú, 1988, p. 84.

*aplicación estricta. Ya por su etimología, del latín equitas, igualdad, la equidad implica la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza íntima (...) Lo que no puede ser la equidad es el enfoque jurídico personal por momentáneas conveniencias, parcialidad o favoritismo, fundado en aisladas interpretaciones retorcidas y en argumentaciones sofisticadas*³⁴. Y cito también a Luis Recaséns Siches, quien manifiesta que: *"La que solía llamarse 'equidad' no es un procedimiento para corregir leyes imperfectas. Es la manera correcta de interpretar todas las leyes, absolutamente todas. Es la manera correcta de entenderlas. Es la manera de tomarlas como base para elaborar las normas individualizadas. Sin excepción. La equidad no es un recurso 'extraordinario' para 'suavizar' la aplicación de ciertas leyes. Por contra, debemos reconocer que debe ser el 'procedimiento ordinario' para tratar con todas las leyes"*³⁵.

La Ley de Arbitraje y Mediación no se limita a decir que según lo indiquen las partes los árbitros deben fallar en derecho o en equidad, y que a falta de tal convenio el fallo será en equidad, sino que al desarrollar este último concepto exige que el fallo en equidad se forme según el leal saber y entender de los árbitros, pero *atendiendo a los principios de la sana crítica*, es decir que condiciona la entera libertad y discrecionalidad que a entender de muchos entraña la *equidad*, con la obligación de establecer los fundamentos de su decisión, lo que se encuadra perfectamente en la garantía arriba citada del debido proceso que previene el ordinal 13° del Art. 24 de la Constitución Política en vigencia, logrando con ello el equilibrio de armonía que menciona Cabanellas al definir lo que es y lo que debe entenderse por sana crítica:

³⁴ Guillermo Cabanellas, "DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL". Tomo III, E - I, 12° Edición revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 143.

³⁵ "ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA", Tomo X Empa - Esta, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 429.

“Fórmula de equilibrada armonía entre la libertad de criterio y la necesidad de fundarse en la experiencia y en la razón a que entrega el legislador español, ante los riesgos de la prueba tasada, la apreciación de las probanzas judiciales (...) 2. Apoyo doctrinal. Opina Osorio y Florit que, frente a la absoluta libertad del juzgador para apreciar y valorar las pruebas, y también frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge el sistema intermedio y más extendido de la sana crítica, que deja al juez formar libremente su convicción, pero obligándole a establecer los fundamentos de la misma. En la libre convicción entra en juego la conciencia en la apreciación de los hechos; en la sana crítica, el juicio razonado. A este respecto expresa Couture que el juicio de valor en la sana crítica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad”³⁶.

Además, permite la LAM para el caso de arbitraje en equidad, que los árbitros no sean abogados. Esto no entraña prohibición alguna para que los abogados puedan también ser árbitros en procesos que deben resolverse en equidad, sino que a contrario de lo que acontece con el arbitraje en derecho en cuyo caso se exige que los árbitros sean abogados, en los arbitrajes en equidad este no es un requisito esencial pudiendo, entonces, los árbitros tener la profesión de abogado o cualesquiera otra, con lo que se amplía considerablemente la frontera de quienes pueden arbitrar una causa en equidad.

Es oportuno señalar, o mejor dicho aclarar, la versión aquella de que en el arbitraje en equidad los árbitros pueden hacer cualquier cosa, que están facultados incluso para cambiar los procedimientos, y todo en nombre de la equidad. La equidad no significa ni puede significar esto. Arbitraje en equidad significa que los árbitros, al momento de resolver, no deben tener en cuenta solamente la ley aplicable, sino la justicia, la equidad, lo cual les permite apartarse de la ley cuando entre ésta y la justicia no exista congruencia. Soy de la opinión de que incluso en los arbitrajes en equidad los árbitros y las partes deben velar por la rectitud de procedimientos. La equidad no tiene que ver con el procedimiento que se

³⁶ Op. Cit., Tomo VI, S – Z, p. 31.

adopte, sino con la forma como los árbitros deben o pueden fallar o resolver las cuestiones sometidas a su conocimiento.

Es por estas consideraciones que a mi entender la norma del Art. 37 de la LAM es equivocada u obedece a un lamentable error en el que ha incurrido el legislador. Las normas supletorias: Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio y otras leyes conexas, dice la norma citada, que lo son siempre que se trate de arbitraje en derecho, lo que da a entender que no lo son cuando se trate de arbitraje en equidad; sin embargo, opino que sea de derecho o de equidad, estas normas siempre deben ser supletorias puesto que también en los arbitrajes de equidad se debe aplicar la ley sustantiva pertinente, salvo que, como lo hemos dejado expuesto, exista divorcio entre ella y la justicia o equidad, en cuyo caso y solamente en ese caso están los árbitros facultados para apartarse de la ley y resolver lo que en justicia (equidad) corresponda.

En este sentido se pronuncian con mucha claridad Feldstein de Cárdenas y Leonardo de Herbón, diciendo: *“El árbitro ‘arbitrador o amigable componedor’ resuelve ex æquo et bono, es decir según su leal saber y entender a verdad sabida y buena fe guardada, dándole la ley en este caso mayor margen de discrecionalidad en la búsqueda de solución de la controversia. (...) no debe confundirse ‘un mayor margen de discrecionalidad’, con el apartamiento liso y llano de la ley. Las reglas del debido proceso deben mantenerse firmemente”*³⁷.

También se pronuncia en términos similares el árbitro colombiano Rafael H. Gamboa Serrano³⁸, cuando nos dice, refiriéndose a este tema, que *“Queda librado al arbitrio de las partes la determinación de si el fallo ha de ser en derecho, en conciencia o fundado en principios técnicos”*; que *“Si las partes guardan silencio, el laudo será en derecho y los árbitros no pueden conciliar las pretensiones opuestas”*³⁹; que *“Si se establece el fallo en conciencia, se entiende, salvo estipulación en contrario, que los árbitros si pueden conciliar las pretensiones opuestas”*⁴⁰. Que *“... el*

³⁷ Op. Cit., p. 13.

³⁸ Rafael H. Gamboa Serrano, “EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA”, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Colección Profesores, Bogotá, 1992, p. 38.

³⁹ Op. Cit., p. 39.

⁴⁰ Op. Cit., p. 39.

*proceso arbitral con laudo en derecho, o en conciencia (...) debe adelantarse por los trámites y cauces previstos por la ley; no es válida la consideración de que por tratarse de asuntos técnicos, o porque debe ser en conciencia, pueda desatenderse el ritmo procesal; nó, el trámite es el mismo y ni las partes ni los árbitros pueden alterarlo, porque se trata de normas procesales y éstas son de orden público*⁴¹.

IV.- CUANDO USAR UNO U OTRO. EXPERIENCIAS.-

En mi experiencia, el arbitraje debe ser, de preferencia, administrado, salvo que por alguna circunstancia muy especial para el caso en cuestión sea mejor emplear el arbitraje independiente.

Igualmente, opino que el arbitraje debe ser siempre en derecho, salvo en dos casos especiales en que he pactado arbitraje en equidad, que son: En contratos de inquilinato, cuando he redactado el contrato para el arrendador y busco, entonces, defender de la mejor manera posible sus derechos frente a la intransigencia de la ley y a la iniquidad de sus disposiciones sobre esta materia de inquilinato, en relación con las normas tributarias que contiene la Ley de Régimen Municipal sobre el impuesto predial y sobre los impuestos de alcabalas y de registro, que son las normas que han hecho crear simulaciones en prácticamente la totalidad de los contratos de arrendamiento que se celebran en el Ecuador.

Pero también pactaría arbitraje en equidad en contratos de trabajo, para de esa manera proteger en algo al patrono frente a la rigidez y dureza de la legislación laboral.

Y debemos tener presente que estos casos (inquilinato y derecho laboral), cabe la transacción, y por ello es posible el arbitraje, por lo que siendo así debemos emplearlo para aminorar el peso tremendo de estas legislaciones tan inequitativas como las mencionadas, pues rigen para todo el mundo, incluso para aquellos casos de personas de muy escasos recursos cuya única fuente de ingreso, por ejemplo, sea la pensión arrendaticia que puede obtener de algún local que destina a vivienda, o vivienda y comercio o vivienda y taller. El Código del Trabajo rige también para

⁴¹ Op. Cit., p. 40.

aqueños casos de personas que pretendiendo crear empresas y con ellas fuentes de trabajo, se han visto obligadas incluso a cerrar y liquidar sus actividades por la dureza de las normas laborales que les impide o al menos dificulta gravemente ser competitivos a nivel internacional y, en muchos casos, incluso a nivel nacional.

EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL ADMINISTRADO POR LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CCI¹

Dr. Juan Manuel Marchán M.²

El objetivo del presente trabajo es hacer un acercamiento al marco internacional que regula el arbitramento internacional entre particulares y entre éstos y los diversos Gobiernos. En la actualidad existen diversas instituciones que auspician el desarrollo de procedimiento arbitrales internacionales, entre las más importante tenemos la Corte de Arbitraje Internacional, que funciona bajo el auspicio de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Existen también organismos especializados de arbitraje internacional para resolver disputas entre inversionistas privados y Estados, como lo es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que funciona bajo los auspicios del Banco Mundial.

En los últimos años en América Latina se han promovido economías de libre mercado y se ha impulsado la inversión extranjera como un mecanismo para promover el desarrollo económico en un mundo globalizado. Esto ha implicado cambios drásticos en las estructuras económicas y legales en diversos países de América Latina, ya que si queremos formar parte de la comunidad comercial internacional, tenemos que adaptarnos a las reglas y usos que ésta nos impone³.

¹ Ponencia presentada en Noviembre de 2003 durante la III Conferencia de Derecho Económico Internacional organizada por la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.

² Abogado y Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Master en Derecho, Columbia University, Estados Unidos; Abogado de la firma Peña, Larrea, Torres & Paredes Abogados.

³ Nigel Blackaby, David M. Lindsey y Alessandro Spinillo, INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA, Kluwer Law International, THE HAGUE/LONDON/NEW YORK, 2003, Pág. 2.

Todos sabemos que los inversionistas son animales suspicaces y que antes de invertir ingentes sumas de dinero en una región marcada por la inestabilidad política y económica, necesitan una salida clara y rápida para que en caso de una disputa haya un pronto retorno de sus inversiones. Como lo señalan los expertos en la materia, el litigio en las Cortes locales no da a los inversionistas la seguridad suficiente en caso de una controversia, por diversas razones, entre ellas:

- Poca familiaridad con los procedimientos locales.
- Riesgo de que los tribunales se inclinen hacia la parte local o nacional.
- Corrupción en las Cortes a todo nivel e instancia.
- Perjuicio en la administración de justicia hacia los inversionistas extranjeros.
- Retardos injustificados en la administración de justicia.
- Disponibilidad de recursos de apelación.

El acudir al arbitraje comercial internacional resuelve muchos de los problemas que se presentan al litigar en cortes locales, ya que se constituye en el medio más idóneo para dar esa vía de retorno segura a los capitales de los inversores, utilizando un método conocido por ellos.

En este orden de ideas nace el arbitraje como la alternativa más viable para la solución de disputas comerciales internacionales y es por esto que hemos escogido el procedimiento arbitral administrado por la Corte de Arbitraje de la CCI, al ser éste el procedimiento más utilizado para la resolución de disputas internacionales.

Nuestra intención es hacer un primer acercamiento hacia el procedimiento arbitral institucional más utilizado en la actualidad, destacar sus ventajas e introducir a los interesados al interesante mundo del arbitraje comercial internacional.

La Corte Internacional de Arbitraje es la institución arbitral más importante en la actualidad y someter a un arbitraje a las reglas de la CCI tiene las garantías de universalidad, adaptabilidad geográfica, accesibilidad y supervisión institucional.⁴

⁴ Se habla de universalidad ya que la naturaleza de las disputas que pueden ser sometidas a la CCI no se limitan a la nacionalidad de las partes, a las características de la disputa, o al hecho de que las partes sean públicas o privadas. Se menciona la adaptabilidad geográfica

En América Latina tradicionalmente ha existido cierta hostilidad hacia el arbitraje internacional, al considerarse este como una intromisión en las facultades jurisdiccionales de las cortes locales y debido también al desconocimiento del procedimiento y sus ventajas.

En la actualidad las cosas han cambiado y esta hostilidad ha disminuido, por lo que en el año 1987 únicamente el 3.8% de los casos conocidos por la CCI se originaban con partes latinoamericanas, a diferencia de en 1999 cuando el 9.8% de los casos involucraron a partes latinoamericanas. En el año 2002, este índice subió al 10.8% lo que demuestra un alza no muy alentadora en la utilización del sistema CCI en América Latina. De la misma manera y en escasas ocasiones, partes ecuatorianas se han visto envueltas en procedimientos de arbitramento CCI. En el año 1997, hubo 3 procesos arbitrales con partes ecuatorianas, en el año 2000 hubo 4 procesos arbitrales con partes ecuatorianas y en el año 2001, nada más 1 proceso arbitral.⁵ Asimismo el Ecuador hasta el año 2002, ha sido sede de procedimientos arbitrales bajo la CCI nada más en 1 oportunidad.

Primeramente el procedimiento arbitral comienza con la presentación de la demanda o petición de arbitraje de acuerdo al artículo 4 del Reglamento de Arbitraje de la CCI (en adelante el Reglamento), la cual deberá ser enviada a la Secretaría de la Corte para que se de inicio al procedimiento arbitral. Los requisitos que deberá contener la demanda están determinados en el artículo 4(3) del Reglamento y principalmente son: a) Una descripción clara y detallada de la controversia; b) las pretensiones del actor o demandante y de ser posible el monto en dinero a ser reclamado; c) una referencia al convenio arbitral existente; d) la manera en la cuál deberán ser nombrados los árbitros y el nombre que ellos sugieren como árbitro en representación del demandado; d) la

ya que los arbitrajes CCI pueden ser llevados a cabo en cualquier país que sea seleccionado por las partes sin que repercuta el hecho de que la sede la Corte se encuentra en París. La tercera garantía a mencionares es la accesibilidad ya que no se requiere tener un grupo de abogados "especiales" para patrocinar un caso o tener abogados en París, Francia. Finalmente, la supervisión institucional ya que la Corte realiza un control y supervisión sobre el desarrollo del proceso arbitral. W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE ARBITRATION, Third Edition, Oceana Publications, Inc, International Chamber of Commerce, Pág 1.

⁵ De acuerdo a las estadísticas proporcionadas en la Secretaría de la Corte en París, Francia, no se registra la intervención de partes ecuatorianas en procesos arbitrales CCI desde los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1998, 1999 y 2002.

posición del actor sobre el lugar sede del arbitraje; e) la ley aplicable a la resolución de la controversia y; f) el idioma en el cual el procedimiento se llevará a cabo.

Los requisitos exigidos en el Reglamento no difieren mayormente de los requerimientos exigidos en la legislación procesal de la mayoría de países, aunque debe prestarse especial atención a la existencia y validez del convenio arbitral sobre el cuál se demanda. A diferencia del artículo 10 de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, en la demanda arbitral bajo el procedimiento de la CCI no se deberán incluir todas las pruebas que se presentarán durante el procedimiento arbitral.

La demanda o petición de arbitraje no deberá contener un análisis demasiado detallado y exhaustivo sobre las pretensiones reclamadas por el actor, ya que el Reglamento prevé el intercambio de alegatos y memoriales a lo largo del proceso arbitral.

De igual manera no se deberán presentar todas las pruebas conjuntamente con la demanda, ya que el espíritu del Reglamento nos dirige a un pronto inicio del proceso arbitral.⁶

Una vez recibida la demanda por la Secretaría de la Corte, ésta es remitida al demandado para que de acuerdo al artículo 5(1) del Reglamento la conteste en un plazo de 30 días contados a partir de su recepción. Los requisitos exigidos para la presentación de la contestación son prácticamente los mismos que para la demanda, con excepción a que el Reglamento dispone que se haga una mención expresa a la forma sugerida por el actor para la conformación del tribunal arbitral y de ser posible la nominación del árbitro de la parte demandada.

El artículo 5(5) del Reglamento establece que en caso de haber reconvencción esta deberá presentarse conjuntamente con la contestación y el actor tendrá 30 días adicionales para contestarla en caso de que desee hacerlo. Las razones para presentar una contra-demanda, señala Paulsson, son esencialmente las mismas que en un juicio normal, con la importante

⁶ Ídem, Pág. 147. Jan Paulsson señala que en el Reglamento anterior se requería que el reclamante deberá presentar un expediente detallado de sus pretensiones, pero este requerimiento se suprimió ya que era exigir demasiado al demandante al inicio del procedimiento.

excepción de que los costos del arbitraje subirán considerablemente, de acuerdo a la cuantía que se reclame en la contra-demanda.

Una de las ventajas del arbitraje institucional CCI a diferencia del arbitraje independiente o ad-hoc es que en caso de no comparecencia del demandado o la utilización de tácticas dilatorias por las partes, la Corte podrá tomar medidas tendientes a que el procedimiento arbitral no se vea paralizado o detenido. El artículo 6(3) del Reglamento determina que si una de las partes se rehúsa a comparecer al procedimiento arbitral, el procedimiento deberá continuar sin importar la no comparecencia de la parte. Esto se aplica también en caso de que una de las partes se rehúsa a nombrar árbitros, la Corte podrá nombrarlos de *motu proprio* sin que por esto el procedimiento arbitral se vea perjudicado.

Una vez cumplida esta primera parte procesal entramos al análisis de arbitrabilidad, esto es a la determinación que realiza la Corte sobre la existencia y validez del convenio arbitral. El Reglamento en su artículo 6(2) establece que si una de las partes no ha contestado la demanda, o si en su contestación ha interpuesto excepciones que cuestionen a la validez, existencia o alcance del convenio arbitral, la Corte determinará si es que el procedimiento arbitral puede continuar.

En este caso si es que la Corte considera que el convenio arbitral no es válido le comunicará de este particular a las partes, las cuales podrán acudir a los tribunales domésticos competentes y cuestionar la existencia o no del convenio arbitral. Si es que la Corte esta convencida de la validez del convenio arbitral, ordenará que prosiga el arbitraje y el tribunal arbitral será el llamado a decidir sobre su propia competencia.⁷

En derecho internacional existe un principio denominado *competence-competence*, el cual quiere decir que los tribunales son maestros de su propia jurisdicción y que tienen la facultad de determinar el alcance de su jurisdicción. Es por esto que un arbitraje puede proceder, pese a que hayan cuestionamientos sobre la jurisdicción del tribunal, ya que el Reglamento de la CCI recoge este principio y establece en su artículo 6(2) que los árbitros tienen la facultad para determinar su propia

⁷ El Presidente de la Corte ha manifestado que en "...casos en los cuales claramente hay ausencia de un convenio arbitral válido bajo el Reglamento, la Corte deberá decidir que el arbitraje no puede proseguir". R. Briner, *The Implementation of the 1998 ICC Rules of Arbitration*, 8 ICC BULL. 7 (DECEMBER 1997).

jurisdicción y el artículo 6(4) establece que la cláusula arbitral es separable del contrato principal.

La separabilidad del convenio arbitral es un aspecto importante en materia de arbitraje internacional. Este principio establece que la cláusula arbitral deberá considerarse de manera independiente del contrato, y así deberá ser analizada por el tribunal, sin perjuicio de que el contrato pueda ser nulo.

En este sentido el Tribunal se reserva el derecho de determinar la validez del contrato ya que la cláusula arbitral y el Reglamento de la CCI le otorgan competencia para conocer el fondo del asunto. En este sentido la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Prima Paint* sostuvo que "...excepto cuando las partes lo hayan expresado de otra manera, las cláusulas arbitrales, por ser consideradas ley federal, son "separables" del contrato en el cual están incluidas..."⁸. La separabilidad del convenio arbitral, es probablemente, uno de los aspectos más importantes de la doctrina del arbitraje internacional ya que garantiza la jurisdicción del tribunal para escuchar el fondo del caso y determinar la validez del convenio.

Una vez concluida la etapa de evaluación de la existencia del convenio arbitral se inician dos de las más importantes fases dentro del procedimiento arbitral, estas son: a) el nombramiento de los árbitros y b) la determinación del lugar en donde se llevara a cabo el proceso arbitral; éste procedimiento se encuentra regulado en los artículos 8, 9 y 14 del Reglamento. Por regla general las partes deberían determinar la forma de integrar el tribunal y su sede en el convenio arbitral, pero es común que en las cláusulas o compromisos arbitrales redactados sin el cuidado debido las partes omitan hacer este tipo de determinaciones.

El escoger el lugar del arbitraje es fundamental ya que puede influir directamente en el éxito o el fracaso del proceso arbitral por varias razones:

- Es de gran importancia ya que si las partes omiten en su convenio arbitral determinar cual será la ley aplicable al procedimiento y al

⁸ 388 U.S. 395 (1967).

fondo de la controversia, el tribunal utilizará la ley del lugar sede del arbitraje.

- Es fundamental desde la perspectiva de la revisión judicial y de la posible intervención de las cortes locales en el procedimiento arbitral.
- De la misma manera es una decisión de trascendental importancia por la posterior ejecución del laudo arbitral, que muchas veces se lo hace en el país sede del proceso arbitral o donde la parte vencida tenga recursos.
- Es importante ya que se deberá escoger un país en donde no exista una abierta hostilidad hacia el arbitraje internacional y que de preferencia haya ratificado convenios internacionales que promuevan el arbitraje. Para efectos de la ejecución de medidas cautelares es importante contar con tribunales judiciales internos que ejecuten una orden de un tribunal arbitral internacional.

En muchas ocasiones la elección del lugar en donde se va a llevar a cabo el arbitraje es dejada para el final, ya que después de largas negociaciones las partes muchas veces se ven tentadas a cerrar un contrato pasando por alto esta importación determinación.

En caso de que las partes no hayan estipulado el lugar del arbitraje, de acuerdo al artículo 14 del Reglamento, la Corte determinará el país en donde el proceso se llevará a cabo. Para realizar esta determinación la Corte toma en cuenta la ubicación de las partes, el idioma del arbitraje, la ley aplicable para la resolución de la controversia entre otras. Es aconsejable en estos casos que, si es el interés de cualquiera de las partes es tener la sede del procedimiento arbitral en un determinado país, se fundamente por escrito a la Corte este pedido de designación de sede. Es común que audiencias se realicen fuera de la sede del arbitraje por conveniencia de las partes o de sus abogados.⁹

El nombramiento de los árbitros que integrarán el tribunal es otro de los aspectos importantes del procedimiento arbitral.¹⁰ El número de árbitros que integrarán el tribunal puede ser determinado en el convenio arbitral o por acuerdo subsiguiente; y de acuerdo al Reglamento el demandante

⁹ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials*, Second Edition, Transnational Publishers, Kluwer Law International, Pág. 458.

¹⁰ El Reglamento de la Corte establece en su artículo 9 que el Tribunal podrá estar constituido por 1 o 3 árbitros.

deberá nombrar en su demanda su árbitro y de la misma manera el demandado deberá hacerlo en su contestación.

Si es que las partes pasaren por alto el acordar sobre el número de árbitros que conformarán el Tribunal, de acuerdo al artículo 8(2) del Reglamento, la Corte nombrará a un único árbitro, salvo en casos en los que la naturaleza de la controversia amerita que el tribunal se integre por 3 árbitros. Es aconsejable establecer en el convenio arbitral que el tribunal estará conformado por un solo árbitro en casos en los que la cuantía de la controversia sea baja y no justifica tener un tribunal compuesto de 3 árbitros. Tradicionalmente los dos árbitros nombrados por las partes o por la Corte nombran al tercero que presidirá el Tribunal Arbitral.

Es importante anotar que el Reglamento en su artículo 7 exige que los árbitros sean independientes de las partes envueltas en el proceso arbitral, es por esto que la Corte exige a los árbitros que firmen una declaración de independencia y que revelen todo tipo de información que pudiera comprometer su independencia e imparcialidad.

Si es que una de las partes se abstiene de nombrar su árbitro o se rehúsa, la Corte procederá a la nominación del árbitro de una lista propuesta por el Comité Nacional de la CCI del país del que dicha parte es nacional. La Corte no estará obligada a nombrar el árbitro que sea sugerido por el Comité Nacional, si es que considera que no es apto para desempeñar el mandato arbitral. Todos los nombramientos de los árbitros deberán ser confirmados por la Corte.

El Reglamento de la Corte establece un procedimiento para cuestionar o descalificar a cualquiera de los árbitros que fueren nombrados por la CCI o sugerido por la parte contraria. Pausson determina tres etapas diferentes en las cuales se puede cuestionar o descalificar el nombramiento de un árbitro:

- Por petición de una de las partes cuando el árbitro ha sido nominado por la parte opuesta o esta siendo considerado para este cargo por la Corte. Este cuestionamiento deberá ser previo a que el árbitro sea nombrado;
- Por cuestionamiento en cualquier etapa del procedimiento arbitral después de que han sido confirmados o nombrados por la Corte;

- Por determinación de la Corte de que el árbitro no está cumpliendo con sus funciones, en cualquier parte del procedimiento.

El artículo 11 del Reglamento establece que todo cuestionamiento que se haga de los árbitros deberá hacérselo dentro de los 30 posteriores al nombramiento o confirmación del árbitro por parte de la Corte o dentro de los 30 días desde que una de las partes es informada de los hechos por los cuales se cuestiona la independencia o idoneidad del árbitro.

La Corte previo a conocer del cuestionamiento del árbitro que ha sido nombrado o confirmado, escuchará a las partes, al árbitro y al resto de miembros del tribunal si es que este estuviera conformado por más de un árbitro. En caso de que cualquier cuestionamiento fuere exitoso, la Corte estará obligada a reemplazar al árbitro descalificado y determinará que proceso deberá seguirse para su reemplazo.

Una vez constituido el Tribunal el expediente que conforma el proceso deberá ser enviado a los árbitros para que sobre la base de estos documentos, elaboren el Acta de Misión o por su traducción del inglés términos de referencia.¹¹

Consideramos que la elaboración del acta de misión previo a que el tribunal de inicio al procedimiento da claridad a los puntos a ser tratados por los árbitros y sobre las leyes a ser aplicadas durante el procedimiento.

De acuerdo al Reglamento, el Acta de Misión deberá ser firmada por las partes y el tribunal deberá remitirla a la Corte. En caso de que una de las partes se rehúse a firmar el acta, ésta deberá ser remitida a la Corte para su aprobación o reforma. El arbitraje comenzará tan pronto como el acta sea firmada o aprobada por la Corte.

¹¹ El artículo 18 del Reglamento establece que el Acta de Misión deberá contener: a) Nombre completo y calidad en la que intervienen las partes, b) dirección de las partes en donde se podrán efectuar las notificaciones validamente o comunicaciones durante el arbitraje, c) una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y de sus peticiones y de ser posible la determinación de las sumas que fueren reclamadas por las partes, d) a menos de que el tribunal lo considere inadecuado una determinación de los puntos litigiosos que el tribunal vaya a resolver, e) nombres completos y direcciones de los árbitros, f) la sede del tribunal arbitral, g) precisión con relación a las normas aplicables al procedimiento y si fuere del caso la mención de los poderes otorgados al tribunal para actuar como amigable componedor o *ex aequo et bono*.

Al ser el acta de misión el documento sobre el cual el tribunal basará el laudo arbitral a ser emitido es importante la activa intervención de las partes para su redacción. La práctica de la CCI es que el acta de misión es enviada por el tribunal a las partes para que éstas la puedan comentar y criticar, ya que posteriormente no estarán facultados a hacerlo y el tribunal no incluirá, sino excepcionalmente, hechos nuevos en el acta de misión.

La actuación de los abogados en este sentido es trascendental para que en el acta de misión consten los hechos importantes a ser resueltos por el tribunal arbitral, ya que su no participación puede resultar en un grave detrimento para la defensa de los intereses de su cliente. El reglamento establece en su artículo 19 que una vez firmada el acta de misión no se admitirán nuevas demandas o hechos nuevos a parte de los que estuvieren fijados en el acta, salvo que el tribunal autorice dicho aumento. En esta etapa el tribunal deberá elaborar un calendario del tiempo que le tomará instruir el proceso arbitral y deberá notificarlo a las partes y a la Corte.

Una vez firmada el acta de misión el Tribunal instruirá la causa y dará inicio al procedimiento arbitral por lo medios que éste considere adecuado. El tribunal podrá escuchar a las partes en audiencia, recibir declaraciones testimoniales o periciales y en sí supervisar el procedimiento tendiente a la emisión del laudo arbitral.

En este punto reviste vital importancia la ley que el Tribunal aplicará para la resolución de la disputa ante él presentada. Idealmente el convenio arbitral deberá establecer a que grupos de normas las partes se acogen para que el Tribunal adelante el procedimiento y resuelva el fondo de la controversia.

Uno de los aspectos más complejos en el arbitraje internacional esta relacionado con la determinación de la ley que el tribunal deberá aplicar al fondo de la controversia, la ley aplicable al convenio arbitral, la ley aplicable al procedimiento arbitral y que tipo de normas utilizará para resolver un eventual conflicto de leyes que pudiere presentarse al hacer estas determinaciones.¹²

¹² Ver, Gary B. Born, op. cit. Pág. 524 y siguientes.

Por una parte la práctica arbitral de la CCI nos muestra que los métodos más utilizados por los tribunales arbitrales para la determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia son: i) Aplicación de las normas de conflictos de leyes utilizadas en la sede del arbitraje, ii) Aplicación acumulativa de los sistemas de leyes aplicables de los países que tienen relación con la disputa, iii) Aplicación de los principios generales de conflictos de leyes, iv) Aplicación de las reglas utilizadas por los árbitros.¹³

Por otra parte el Reglamento de la CCI da total libertad a las partes y a los árbitros para la determinación de la ley aplicable tanto al procedimiento como al fondo. En el caso de la ley aplicable al procedimiento arbitral, el Reglamento determina en su artículo 15 que el Tribunal deberá acogerse al reglamento y en caso de silencio de éste a lo que las partes estipulen o el Tribunal determine bajo estándares de equidad y justicia. En el caso de la ley aplicable al fondo de la controversia el asunto se torna más complejo; ya que en un mismo caso se pueden presentar situaciones en las cuales converjan hechos que deberán analizarse bajo la luz de la legislación de varios países. Las nuevas tendencias del arbitraje internacional se orientan a que el Tribunal determine de manera directa, cual va a ser la ley aplicable tanto al fondo como al procedimiento sin hacer ningún tipo de análisis de la normativa que regula los conflictos de leyes. Consideramos que esta tendencia se compadece con los objetivos del arbitraje y de los poderes que debe tener el tribunal para fijar cual será la ley aplicable en el caso sin tener que pasar por complejos exámenes de la normatividad que rige los conflictos de leyes.

La determinación de la ley aplicable se constituye en uno de los problemas más difíciles y técnicos en el arbitraje comercial internacional cuya aplicación es materia de constantes estudios y discusiones. Nuestro objetivo ha sido brindar un primer acercamiento al esquema de aplicación y conflicto de leyes en el arbitraje internacional; para de esta manera sentar las bases para un estudio y discusión más profunda en una nueva oportunidad.

¹³ Ver, W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE ARBITRATION, Third Edition, Oceana Publications, Inc, International Chamber of Commerce, Pág 323.

Otro aspecto importante dentro del proceso arbitral es que el tribunal estará facultado para dictar las medidas cautelares que considere apropiadas. El artículo 23 del Reglamento establece que las partes previo a que el caso sea transmitido al Tribunal o en algunas circunstancias después podrán acudir a las autoridades judiciales internas para solicitarles la adopción de medidas cautelares. Esta solicitud no deberá entenderse como una renuncia al convenio arbitral ni afectará las atribuciones del tribunal.

Finalmente el Tribunal Arbitral deberá expedir el laudo con el cual se dará por terminado el arbitraje bajo el auspicio de la CCI; a estos efectos el artículo 24 del Reglamento establece que el tribunal tendrá un límite de 6 meses para expedir el laudo arbitral final. Este plazo deberá ser contado desde el último día en el cual el acta de misión fue firmada por las partes o por los árbitros o desde el día en el que el Tribunal Arbitral fue notificado con la aprobación del acta de misión por parte de la Corte.

En la práctica de la CCI lo más frecuente es que a petición de los árbitros la Corte extienda el límite de tiempo para la emisión del laudo arbitral. El Reglamento contempla en su artículo 24(2) esta posibilidad siempre y cuando los árbitros presenten una solicitud que sea fundamentada por escrito.

Por economía procesal es deseable que todos los aspectos controvertidos en el arbitraje sean decididos en un solo laudo arbitral, sin embargo, un Tribunal CCI tiene la facultad de dictar laudos interinos o parciales previo a dictar el laudo definitivo. Paulsson señala que los típicos laudos interinos tienen que ver con asuntos procesales como cuestionamientos sobre la competencia del tribunal, principios de responsabilidad civil, cumplimiento de términos entre otros. Tanto los laudos interinos como los laudos definitivos son sujetos al examen y control previo de la Corte, de acuerdo al artículo 27 del Reglamento.

Uno de los aspectos más trascendentales del procedimiento CCI, a diferencia de otros, es que el laudo dictado por los árbitros será examinado previamente por la Corte en aspectos de forma y en ciertos puntos de fondo, sin alterar la libertad de decisión de los árbitros.

En este sentido el rol de la Corte es de supervisión, ya que el laudo continúa siendo el resultado de las deliberaciones del tribunal, por que la

Corte no actúa como un tribunal de alzada, nada más podrá “llamar su atención” sobre puntos relativos al fondo.

Un aspecto importante es que el artículo 25 del Reglamento establece que cuando el tribunal esta compuesto por tres árbitros el laudo será dictado por mayoría, y en el caso de que no haya acuerdo, el presidente del Tribunal dictará el laudo él solo y los árbitros podrán adjuntar al laudo sus opiniones separadas.

Como señalamos anteriormente los laudos arbitrales de la CCI, a diferencia de otros organismos¹⁴, no son sujetos a ningún tipo de apelación o de revisión alguna. De acuerdo al artículo 29, un laudo podrá corregirse cuando este adolezca de errores de cálculo o tipográficos siempre que sean aprobados por la Corte dentro de los treinta días siguientes a la fecha de notificación. El Reglamento habla de un recurso de interpretación, pero lamentablemente no determina cuando puede ser interpuesto o bajo que condiciones, lo que dejaría en total libertad a las partes para interponer este recurso sin mayor análisis o requisitos de admisibilidad.

La fecha de otorgamiento del laudo arbitral de acuerdo al artículo 27 Reglamento, es la fecha cuando éste es firmado por los árbitros o por la mayoría del tribunal después de que éste ha sido aprobado por la Corte.

Finalmente, la Corte decidirá en el laudo arbitral cual de las partes deberá pagar los costos del arbitraje, o si es que estas deberán dividirse los mismos en partes iguales. Los costos comprenden los honorarios de los árbitros, los gastos administrativos de la Secretaría de la Corte por llevar adelante el proceso, los honorarios y gastos de los peritos nombrados por el Tribunal y un monto razonable en los que hubieran incurrido las partes en su defensa en el arbitraje.

¹⁴ En el arbitraje bajo el auspicio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, del Banco Mundial, se establece en la Regla 50, de sus Reglas de Arbitraje, que se podrán interponer recursos de aclaración, revisión y anulación de laudo arbitral. Los recursos de aclaración y revisión serán resueltos por los miembros del Tribunal, el recurso de nulidad será resuelto por parte de un Comité ad-hoc nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro. www.worldbank.org/icsid

A manera de conclusión, recapitulando las ventajas y desventajas del procedimiento arbitral administrado por la CCI, podemos decir lo siguiente:

- El proceso arbitral administrado por la CCI responde a las complejas exigencias que en la actualidad tienen los inversionistas para solucionar las disputas que se presenten en la ejecución de los diversos contratos. Este procedimiento otorga a las partes una garantía de rapidez, eficiencia e imparcialidad para la solución de todos los conflictos y como dijimos al inicio de este trabajo, es un mecanismo para garantizar el pronto y seguro retorno de las inversiones.
- El procedimiento administrado por la CCI cuenta con la garantía de que todos los laudos arbitrales serán revisados por la Corte Internacional de Arbitraje. Esta supervisión institucional brinda a las partes seguridad y lo más importante es que está orientada a corregir cualquier error que podría impedir o retardar la ejecución del laudo arbitral.

Un punto en contra del control previo que realiza la Corte es que éste muchas veces puede interferir con la libertad de decisión del tribunal ya que los “comentarios sobre el fondo” que hace la Corte, revisten un aire de obligatoriedad y así son asumidos por el Tribunal.

- El procedimiento administrado por la CCI prevé mecanismos para cuestionar la idoneidad o independencia de los árbitros y el reemplazo o sustitución de los mismos será resuelto por la Corte de manera rápida y sin dilaciones. En cualquier otro procedimiento las partes tendrían que acudir a los Tribunales locales para cuestionar la independencia de los árbitros.
- Consideramos importante notar que una de las más notables desventajas del procedimiento administrado por la CCI es que sus costos son extremadamente altos y en la práctica únicamente los casos de grandes cuantías ameritan ser llevados ante la CCI. Esta es una lamentable realidad, los costos de inicio del procedimiento y de honorarios de los árbitros hacen que solo cierto tipo de casos puedan ser sometidos a éste procedimiento arbitral.

- Los costos administrativos que deberán ser cubiertos para que la Secretaría de la Corte le de trámite al caso son altos y a estos costos se le deberá sumar los que deberán pagarse como honorarios de los árbitros que intervendrán en el procedimiento.

El objetivo de esta investigación ha sido dar una breve introducción al procedimiento arbitral más utilizado para la solución de disputas comerciales internacionales. Estamos conscientes de que hay muchos temas que merecen un tratamiento más extenso debido a su importancia y complejidad, pero esperamos haber sentado las bases de una nueva e enriquecedora discusión.

LOS PROCEDIMIENTOS EN EL NUEVO CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Dr. Farith Simon Campaña¹

Introducción.-

El Código de la Niñez y Adolescencia (Ley No. 100, publicada en Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003 y vigente desde el 3 de julio de ese mismo año) responde a una forma diferente de redactar las leyes, esto dejó de ser una actividad centrada en un grupo de "expertos" para pasar a ser un amplio ejercicio democrático en el que personas de diferentes ciudades, edades, profesiones, participaron en su proceso de redacción. El proceso descrito es inédito y marcó un hito sobre la forma de elaboración de las leyes, que únicamente registra un proceso previo, de menor importancia, tanto por la dimensión como por la calidad de la consulta, que fue la redacción del Código de Menores de 1992.

Esta ley debe ser entendida como parte de un significativo proceso de reconocimiento normativo de los derechos de la infancia y adolescencia en nuestro país, proceso que se inició con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en febrero de 1990, que fue desarrollándose con: la reglamentación de las adopciones internacionales en el mismo año, el Código de Menores de 1992, las reformas constitucionales de 1996 y 1997 y la Constitución de 1998².

¹ Doctor en Jurisprudencia, Abogado, Master (c) en Derechos de la Infancia y Adolescencia. Director del Fondo "Justicia y Sociedad" de la Fundación Esquel, profesor de la Universidad Católica y de la Universidad San Francisco en el Ecuador. Ha sido consultor de Unicef, de la OIT, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Profesor de la Maestría de Derechos Humanos del Instituto de Ciencias Internacionales de la Universidad Central.

² El contenido de los artículos 49, 50, 51, 52 es un verdadero resumen del contenido de la Convención de los derechos del niño. Sin embargo muchos autores consideran de mayor importancia el texto del artículo 6 de la Constitución el que para Emilio García Méndez es un ejemplo "...técnico jurídico el histórico artículo aprobado... por la Convención (sic) Constituyente del Ecuador, consagrado en la nueva Constitución Nacional (sic). Desvinculando el concepto de ciudadanía de la estrecha comprensión que lo reduce a un mero sinónimo de derecho a sufragio...". Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Temis y Depalma. Segunda Edición. 1999.

Muchas son las innovaciones que la nueva ley introduce, desde el uso de nuevos conceptos jurídicos (por ejemplo niño, niña y adolescente que asumen un contenido jurídico específico, declaratoria de adoptabilidad, acogimiento familiar e institucional, etc.), hasta el establecimiento de una institucionalidad encargada de promover y garantizar los derechos que desarrolla³ la ley (por que ya se encontraban plenamente reconocidos y declarados en la Convención sobre los Derechos de los Niños y en la Constitución), concretando principios como el de la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, pasando por el mejoramiento de algunas instituciones jurídicas específicas (patria potestad, alimentos, responsabilidad penal juvenil, etc.), pero en nuestra opinión, la contribución más importante de la nueva ley es el establecimiento de un conjunto de mecanismos de exigibilidad⁴ de todos los derechos declarados, tanto individuales⁵ como colectivos⁶.

Si bien el Código de la Niñez y Adolescencia clasifica los derechos por el objetivo que estos tienen en la vida de los niños, niñas y adolescentes⁷ - alejándose de esta manera de las formas tradicionales de clasificación-, se reconoce que los derechos son "interdependientes, indivisibles"⁸ y que estos (y las garantías) son "... potestades cuya observancia y protección son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia..."⁹.

La naturaleza de las obligaciones que el "Estado, la sociedad y la familia"¹⁰, dentro de su respectiva competencia, tienen para proteger y garantizar los

³ "Desarrollar "se usa en el sentido que los redactores del Código le otorgan "dotarle de contenido" a esos derechos estableciendo algunas de las implicaciones de los derechos declarados, ejemplo notable de esto son las normas sobre el derecho a la identidad.

⁴ En realidad desde la perspectiva técnica son "garantías" como las define Luigi Ferrajoli "técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales". Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta. Madrid. 2001.

⁵ Derechos civiles y políticos en la denominación más usual.

⁶ Derechos económicos, sociales y culturales.

⁷ Protección, participación, supervivencia y desarrollo.

⁸ Artículo 16 del Código de la Niñez y Adolescencia.

⁹ Artículo 18 del Código de la Niñez y Adolescencia.

¹⁰ Esto por el principio de corresponsabilidad establecido en el artículo 8 del Código de la Niñez y Adolescencia "Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y

derechos declarados son diversas, por tanto los mecanismos de exigibilidad establecidos por la ley son múltiples, producto de esa diversidad de los derechos declarados por el Código.

Algunos de los derechos declarados implican obligaciones “negativas” o de abstención¹¹, otros derechos contienen obligaciones “positivas” o de “hacer” y por tanto implican el desarrollo de acciones concretas.

Para aclarar el alcance de estas obligaciones vamos a utilizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que desarrollando las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que las obligaciones “negativas” corresponden al deber de “respetar”, y a las del segundo grupo (las “positivas”) al deber de “garantizar”.

En cuanto al deber de “respetar”¹² la Corte ha dicho “...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. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión, ‘... la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos... parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna”.

¹¹ Por ejemplo la libertad de expresión se violenta cuando existe una actuación que limite o impida el ejercicio de este derecho, aunque no siempre estos derechos se concretan solo por esta vía, ya que en algunos casos se requiere crear las “condiciones” para que el derecho sea efectivo, y en caso de que exista amenaza o violación del derecho, se debe contar con mecanismos para sancionar esas violaciones y hacer cesar la violación o amenaza al derecho.

¹² Artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos “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”.

Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr.21)'...es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención...".¹³

En cuanto al deber de "garantizar"¹⁴ la Corte Interamericana lo define como "...el deber de los Estados Partes de 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. Como consecuencia de esta obligación 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 humanos... La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos 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 humanos"¹⁵.

Para garantizar los derechos de la infancia y adolescencia el Código de la Niñez establece que se deben tomar medidas "políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas" para dar "efectividad" a los derechos declarados. Estas obligaciones se establecen de manera general en el "Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia"^{16 17} al que se lo define como "...un conjunto articulado y

¹³ Corte 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.

¹⁴ Artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos "Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

¹⁵ 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.

¹⁶ El sistema, sus objetivos y principios se encuentran establecidos en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política de la República.

¹⁷ El Código de la Niñez y Adolescencia establece tres niveles de organismos del sistema:

coordinado de organismos, entidades y servicios, públicos y privados, que definen, ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia; define medidas, procedimientos; sanciones y recursos, en todos los ámbitos, para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establecidos en este Código, la Constitución Política y los instrumentos jurídicos internacionales"¹⁸.

El Código de la Niñez y Adolescencia no deja duda alguna sobre la "justiciabilidad"¹⁹ directa de todas las clases de derechos declarados, inclusive de los económicos, sociales y culturales, para esto se puede identificar, entre otras medidas, tres procedimientos principales: el procedimiento contencioso general, la acción judicial de protección y el procedimiento administrativo de protección de derechos²⁰.

Principios que rigen la actuación de las autoridades administrativas y judiciales

Principios generales²¹

El Código de la Niñez y Adolescencia establece una serie de principios específicos (estos además de los contenidos en la Constitución y los

De definición, planificación, control y evaluación de políticas (Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia);

De protección, defensa y exigibilidad de derechos (Juntas Cantonales de Protección de Derechos, Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia y otros organismos); y,

Organismos de ejecución de políticas, planes, programas y proyectos (entidades públicas y privadas de atención).

¹⁸ Artículo 190.

¹⁹ La "justiciabilidad" en este trabajo se entiende como la facultad que tienen los jueces (o las juntas cantonales de protección de derechos) de declarar la violación (o amenaza de violación) de un derecho específico, tomar la medida (o medidas) de protección que se requieran, sancionar al responsable por la acción (u omisión) de sus obligaciones y ordenar la restitución y reparación del derecho violado.

²⁰ A estos se les debe sumar las normas especiales para la investigación de la Policía y de la Oficina Técnica y las normas sobre el otorgamiento de la autorización de salida del país.

²¹ Obviamente nos referimos a los principios específicos, no debe olvidarse que el Código de la Niñez y Adolescencia tiene otros procedimientos generales: Igualdad y no discriminación (art. 6); niños, niñas y adolescentes, indígenas y afroecuatorianos (art. 7); corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia (art. 8); función básica de la familia (art. 8); prioridad absoluta (art. 12); ejercicio progresivo (art. 13).

instrumentos internacionales) que rigen la actuación del sistema nacional descentralizado, por tanto de los jueces de la niñez y adolescencia y de las juntas cantonales de protección de derechos.

El artículo 191 establece los siguientes principios aplicables a las juntas y a los jueces: legalidad, economía procesal, motivación de todo acto administrativo y jurisdiccional, eficiencia y eficacia²².

En los artículos 256 y 257 se establecen los "principios rectores" específicos que rigen la actuación de la administración de justicia especializada: humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia, inviolabilidad de la defensa, contradicción, impugnación, inmediación, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 11 y 258, en todo procedimiento, judicial o administrativo, el Juez o la autoridad competente, debe velar porque se respete el interés superior del niño²³, niña o adolescente y se debe escuchar su opinión (artículo 60).

Supletoriedad general²⁴

El artículo 3 establece el principio de "supletoriedad general" formulado en los siguientes términos: "En lo no previsto expresamente por este Código se aplicarán las demás normas del ordenamiento jurídico interno, que no

²²Otros principios contenidos en el artículo 191 son: la participación social, la descentralización y desconcentración de sus acciones y la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad.

²³"El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla".

²⁴Como veremos más adelante existe una supletoriedad "específica" contenida en el artículo 283 para el procedimiento contencioso general, en cuanto al Código de Procedimiento Civil y a la Ley de Casación.

contradigan los principios que se reconocen en este Código y sean más favorables para la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia”.

El principio de interpretación y aplicación más favorable de los derechos

Este principio se encuentra establecido en el artículo 18 de la Constitución y 14 del Código de la Niñez y Adolescencia, por este los administradores de justicia y los miembros de las juntas locales no pueden alegar falta o insuficiencia de ley o procedimiento para violar o desconocer derechos o garantías reconocidos.

Este principio se encuentra formulado en los siguientes términos en la Constitución “No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos”, en el Código de la Niñez y Adolescencia el principio se encuentra formulado de la siguiente manera: “Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes...”.

Procedimiento administrativo de protección de derechos

Pese a su nombre este procedimiento no es exclusivo de los organismos administrativos de protección de derechos (las juntas cantonales de protección de derechos), como veremos más adelante, este es el procedimiento pertinente para que los jueces de la niñez y adolescencia²⁵ conozcan y resuelvan las medidas administrativas de protección, tanto las contenidas en el Libro Primero, como las del Libro Tercero.

¿Qué asuntos se sustancian con el procedimiento administrativo de protección de derechos?

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 235 del Código tres son los asuntos para los que este procedimiento es el adecuado: a) La aplicación

²⁵ De acuerdo al “Instructivo para el Funcionamiento de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia” el Consejo Nacional de la Judicatura estableció que los jueces de niñez y adolescencia tienen jurisdicción cantonal, y en aplicación de la transitoria segunda del Código, estableció que en los cantones en los que no existan, son competentes los jueces de lo civil para tratar los asuntos de la competencia de los jueces de la niñez y adolescencia. Resolución s/n. Registro Oficial 153, 22-VIII-2003.

de medidas de protección cuando se ha producido una amenaza o violación de los derechos individuales o colectivos de uno o más niños, niñas o adolescentes; b) el conocimiento y sanción de las infracciones sancionadas con amonestación; y, c) el conocimiento y sanción de las irregularidades cometidas por las entidades de atención.

a) Aplicación de medidas de protección

Este procedimiento se encuentra dirigido exclusivamente a la toma de medidas administrativas de protección contenidas en los artículos 79, 94 y 217 del Código, ya que las medidas judiciales de protección y todos los temas contenidos en el Libro Segundo de la Ley se tramitan con "procedimiento contencioso tipo" ante los jueces de la niñez y adolescencia de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 271²⁶.

De igual forma el procedimiento adecuado para la protección de derechos colectivos o difusos es la "acción judicial de protección", esto por lo determinado en el artículo 264²⁷.

b) El conocimiento y sanción de las infracciones sancionadas con amonestación

La única infracción sancionada con amonestación en la ley se encuentra contenida en el artículo 95 numeral 1²⁸ para el caso de violación a las disposiciones sobre trabajo, ya que la otra sanción de amonestación es para las entidades de atención, sin embargo la competencia específica para sancionar a las entidades de atención corresponde a los organismos que aprobaron su funcionamiento.

c) El conocimiento y sanción de las irregularidades cometidas por las entidades de atención

²⁶ "Las normas de la presente sección se aplicarán para la sustanciación de todos los asuntos relacionados con las materias de que trata el Libro Segundo, las del Libro Tercero cuya resolución es de competencia privativa del Juez de la Niñez y Adolescencia y en las cuales una persona legitimada activamente plantee una pretensión jurídica".

²⁷ "La acción judicial de protección tiene por objeto obtener un requerimiento judicial para la protección de los derechos colectivos y difusos de la niñez y adolescencia, y consiste en la imposición de una determinada conducta de acción u omisión, de posible cumplimiento, dirigido a la persona o entidad requerida, con las prevenciones contempladas en la ley".

²⁸ "Amonestación a los progenitores o a las personas encargadas del cuidado del niño, niña o adolescente; y a quienes los empleen o se beneficien directamente con su trabajo".

El artículo 213 contiene las sanciones aplicables a las entidades y a los programas de atención: amonestación escrita y plazo para superar la causa que motiva la sanción; multa de quinientos a cinco mil dólares, que se duplicará en caso de reincidencia; suspensión de funcionamiento, por un periodo de tres meses a dos años; cancelación de uno o más programas; y, cancelación de la autorización y registro.

Como veremos más adelante, la autoridad competente para tramitar las sanciones a las entidades es el organismo que aprobó su funcionamiento como lo determinan los artículos 212 y 235 del Código.

¿Quiénes son competentes para conocer los procedimientos administrativos?

Las medidas de protección administrativas pueden ser dispuestas indistintamente, por los Jueces de la Niñez y Adolescencia y las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, según quien haya prevenido en el conocimiento de los hechos que originen las medidas (artículo 218); las infracciones sancionadas con amonestación son tramitadas ante las juntas de cantonales de protección de derechos (artículo 235); y, como se señaló anteriormente las sanciones a las entidades de atención son tramitadas por los órganos que registraron y autorizaron a la entidad infractora (artículo 235).

¿Quién está legitimado para presentar la acción administrativa de protección de derechos?

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 236 se encuentran legitimados para proponer la acción administrativa de protección: el niño, niña o adolescente afectado. Debemos recordar que de acuerdo a lo dispuesto en la ley los niños y niñas pueden pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal (artículo 65); cualquier miembro de su familia, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; la Defensoría del Pueblo y las defensorías comunitarias, quienes son reconocidas como parte del sistema nacional de protección integral a la infancia (artículo 208); y, cualquier otra persona o entidad que tenga interés en ello.

Los jueces de la niñez y adolescencia y las juntas cantonales pueden iniciar la acción de protección de oficio.

El artículo 17 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que toda persona tiene el deber de denunciar ante la autoridad competente, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, las violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que hayan tenido conocimiento, por tanto tienen la posibilidad de promover la acción administrativa de protección.

De acuerdo al artículo 243 el procedimiento sustanciado ante el organismo administrativo no podrá durar más de treinta días hábiles.

Se debe recordar que de acuerdo al artículo 244 cuando el organismo administrativo competente se niegue indebidamente a dar trámite a una denuncia presentada de conformidad con las reglas del Código, los miembros que concurrieron con su voto a la denegación de justicia pueden recibir multas de 50 a 100 dólares, así mismo quien se exceda los plazos máximos contemplados para la duración del procedimiento es sancionado con la pena de multa prevista en el artículo 249 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Procedimiento

Contenido y citación

El procedimiento administrativo se puede iniciar de oficio o por denuncia. La denuncia puede ser verbal o escrita, y la misma debe contener: el organismo ante el cual se comparece; los nombres, apellidos, edad y domicilio del denunciante y la calidad en la que comparece; la identificación más detallada posible del niño, niña o adolescente afectado; la identificación más detallada posible de la persona o entidad denunciada; y, las circunstancias del hecho denunciado, con indicación del derecho afectado o de la irregularidad imputada (artículo 237).

La obligación del organismo sustanciador (hay un error en el texto porque aparece únicamente el órgano administrativo) es, dentro de las cuarenta y ocho horas de conocido el hecho o recibida la denuncia, avocar conocimiento y señalar día y hora para la audiencia de contestación. La forma de la citación es personalmente o mediante una boleta dejada en el domicilio del citado en día y hora hábiles. Al no contener norma expresa sobre el aplazamiento de la audiencia se entiende que esta se debe realizar a pesar de la no comparecencia de la persona a la que se dirige la queja (artículo 237).

Audiencia y conciliación

La audiencia se inicia con los alegatos verbales de las partes²⁹, comenzando por el denunciante. Una vez concluyan los alegatos se debe oír reservadamente, en todos los casos al adolescente; en el caso de los niños y niñas se les debe oír cuando estén en condiciones de expresar su opinión (artículo 238).

Las razones por las cuales no se oyó la opinión del niño o la niña deberían hacerse constar expresamente en la resolución final. Esto, el no escuchar la opinión del niño o niña, debería considerarse solamente en casos extremos, en los cuales por su edad (muy pequeños), su condición personal (retrasos graves, problemas muy graves de lenguaje, etc.), o por considerar que podría causarles un grave daño psicológico, justifiquen el que no se encuentran en "condiciones".

También debe considerarse que los niños, niñas y adolescentes no pueden ser obligados o presionados para que emitan su opinión (art. 60). En caso de negativa debería hacerse constar expresamente el particular.

Luego de oídas a las partes, el "organismo sustanciador"³⁰, debe procurar, si la naturaleza del asunto lo permite, la conciliación entre las partes, así mismo puede remitir el caso a un centro especializado de mediación.

De existir conciliación se determinará la medida correspondiente por parte del órgano de sustanciación, esta medida debe favorecer las relaciones entre los afectados y se determinarán los mecanismos de evaluación y seguimiento de la medida.

Nos parece que cuando el caso se remite a un Centro de Mediación el acuerdo, si se logra, debería ser remitido al órgano sustanciador para que se lo registre únicamente, como la ley no establece nada sobre esto y considerando que la Ley de Arbitraje y Mediación establece que los

²⁹ Esto en cumplimiento de las normas constitucionales sobre la oralidad contenidas en el artículo 194 "La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación".

³⁰ El uso de la ley del término "órgano sustanciador" nos reafirma en nuestra opinión que este es el procedimiento con el que se tramitan las medidas de protección tanto ante las juntas cantonales y a los jueces de los niños, niñas y adolescentes.

acuerdos de mediación ponen fin a los casos, este envío solamente tendría por finalidad poner en conocimiento el fin del asunto.

Si no se concilia (sea ante el órgano sustanciador o ante un centro de mediación), y si existen hechos que deban ser probados se debe convocar una nueva audiencia para la rendición de pruebas, la que deberá celebrarse a más tardar dentro de los siguientes cinco días hábiles a la primera audiencia o cuando se verifique que no existe acuerdo cuando el caso se haya remitido al Centro de Mediación.

Es evidente que en esta audiencia las partes tienen que anunciar los medios de prueba en los que se sustentan sus alegaciones y que es el órgano sustanciador quien deberá despachar los pedidos de prueba en ese momento, citando a testigos o solicitando documentos que las partes no puedan obtener, para contar con las pruebas en la audiencia de prueba. El órgano sustanciador tiene la facultad de disponer de oficio las pruebas e investigaciones que considere necesarias para aclarar plenamente el asunto puesto en su conocimiento.

Audiencia de prueba

En esta audiencia se debe practicar todas las pruebas pedidas por las partes, y solicitadas por el órgano sustanciador, en primer lugar las presenta el denunciante, cuando este existe, seguido por el denunciado.

Pese a que el Código no establece de manera directa la posibilidad de interrogar a los testigos de la parte contraria, esto es factible en función de los principios de igualdad de las partes y de defensa, así mismo tienen derecho a acceder a las pruebas solicitadas por el órgano sustanciador, esto por lo establecido en el artículo 24 numeral 15 de la Constitución "... las partes tendrán derecho de acceso a los documentos relacionados con tal procedimiento".

Una vez se finalice la presentación de pruebas las partes pueden presentar sus alegatos finales, en el mismo orden de la presentación de la prueba. Es posible establecer recesos de hasta tres días hábiles, cuando la extensión (no la falta) de prueba así lo exija (artículo 239).

Al no existir normas expresas sobre el manejo de audiencias, se podría utilizar de manera supletoria las disposiciones que a este respecto constan en el procedimiento contencioso general, sin embargo el órgano sustanciador

debería poder tomar las determinaciones necesarias para que la audiencia se desenvuelva de la mejor manera, siempre que esto no signifique una vulneración a las garantías del debido proceso.

Resolución

Una vez concluida la prueba, en los casos en que esta se requiera, el organismo sustanciador debe pronunciar su resolución definitiva en la misma audiencia o máximo en los dos días hábiles siguientes de terminada la misma (artículo 240).

Conviene recordar que la decisión debe ser motivada, por tanto para efectos de los recursos que haya lugar los plazos deberían contarse desde la entrega de la resolución escrita con la motivación respectiva, sin embargo al pronunciar oralmente la resolución se entiende que las partes presentes están notificadas para todos los fines, excepto los recursos.

Respecto de la motivación debemos recordar lo dispuesto en la parte pertinente del artículo 24 numeral 13 de la Constitución “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 normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”.

Los requerimientos que contenga la resolución cuando son urgentes deben cumplirse de inmediato, en caso contrario dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación de la resolución correspondiente, la misma que podrá hacerse en la misma audiencia, como vimos más arriba.

Incumplimiento de la resolución

Si la resolución emitida por la Junta Cantonal de Protección no se cumple, la propia Junta o el denunciante puede recurrir al Juez de la Niñez y Adolescencia para asegurar la aplicación de las sanciones por violación a los derechos, esto debido a que el incumplimiento de la resolución administrativa, una vez conocida y ratificada por el juez, podría generar las sanciones establecidas en la ley³¹.

³¹ Por ejemplo el artículo 207 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

El trámite para asegurar el cumplimiento de la resolución es el de la acción de amparo constitucional (artículo 240)

Recursos

De acuerdo al artículo 241 del Código de la Niñez y Adolescencia, es posible presentar los siguientes recursos contra la resolución pronunciada: de reposición y de apelación.

El recurso de *reposición*, que se debe proponer en el término de tres días desde que se recibe la notificación con la resolución, se tramita ante el mismo organismo que la pronunció, quien tiene un término de cuarenta y ocho horas para resolver.

El recurso se resuelve en una sola audiencia en la que las partes presentarán únicamente sus alegatos verbales.

El recurso de *apelación* debe ser presentado en el término de tres días contados desde que se dictó la resolución impugnada o se denegó la reconsideración, el organismo ante el que se apela es Juez de la Niñez y Adolescencia de la jurisdicción correspondiente al órgano que pronunció el fallo o denegó a trámite la petición.

De la redacción de la ley se puede concluir que se podría plantear la *reconsideración* a la resolución que no acepta a trámite la petición.

El expediente que contenga el recurso de apelación se remitirá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas al Juez de la Niñez y Adolescencia, el cual avocará conocimiento del proceso administrativo y convocará a una audiencia para resolver el recurso que deberá llevarse a cabo en el término máximo de setenta y dos horas desde que se recibe el expediente. En la audiencia de resolución las partes podrán presentar sus alegatos verbales y única y exclusivamente aquellas pruebas que se demuestren que por su naturaleza no se hubieren conocido en el proceso administrativo.

El Juez de la Niñez y Adolescencia, dentro del plazo de cinco días de realizada la audiencia, deberá dictar sentencia, la cual no podrá ser objeto de recurso alguno posterior y deberá ejecutarse inmediatamente.

Los recursos de reposición y apelación son exclusivamente en efecto devolutivo, por tanto no suspenden la ejecución de las medidas de protección adoptadas.

Lamentablemente el Código no contiene ninguna norma respecto a la forma en que se tramitaría la apelación de las decisiones tomadas por los jueces de la niñez y adolescencia cuando estos han actuado como sustanciadores del procedimiento administrativo, por tanto se podría considerar que en este caso es un trámite de instancia única y únicamente cabría solicitar ampliación y aclaración de acuerdo a las normas supletorias del Código de Procedimiento Civil.

Desestimio

El desestimiento de la acción administrativa por parte del denunciante no necesariamente extingue la acción, debido a que el artículo 242 le faculta al sustanciador a continuar con el procedimiento si considera que es necesario para la adecuada protección de los derechos del niño, niña o adolescente afectado.

Acción judicial de protección

¿Para qué sirve la acción judicial de protección?

Es una acción que tiene por objeto un requerimiento (orden) para la protección de los derechos colectivos y difusos de la niñez y adolescencia, y consiste en la imposición de una determinada conducta de acción u omisión, de posible cumplimiento, dirigido a la persona o entidad requerida, con las prevenciones contempladas en la ley (artículo 264).

¿Cuáles son los derechos colectivos y difusos?

Los derechos colectivos pueden ser entendidos "... en sentido objetivo como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales. En tanto que, en sentido subjetivo, podrían entenderse como facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o

indirectas, por parte de los poderes públicos”³², en palabras del mismo autor “La aparición de los derechos sociales ha supuesto una notable variante en el contenido de los derechos fundamentales. Principios, originariamente dirigidos a poner límite a la actuación del Estado se han convertido en normas que exigen su gestión en el orden económico y social; garantías pensadas para la defensa de la individualidad son ahora reglas en las que el interés colectivo ocupa el primer lugar, enunciados muy precisos sobre facultades que se consideran esenciales y perennes han dejado paso a normas que defienden bienes múltiples y circunstanciales... Existe, pues, una evidente diferencia entre la categoría de derechos tradicionales que especifican el principio de libertad, y estos nuevos derechos de signo económico, social y cultural que desarrollan las exigencias de la igualdad”.³³

Los derechos colectivos pueden ser entendidos en dos sentidos: aquellos que únicamente pueden ser gozados en “conjunto” con otras personas o por colectividades, o aquellos que requieren acciones del Estado para satisfacer derechos y prestaciones, entonces por un lado tenemos los “Derechos Colectivos” contenidos en la Constitución, es decir, derechos de los pueblos indígenas y de los afroecuatorianos, del medio ambiente y de los consumidores; y, los derechos económicos, sociales y culturales, ya que requieren de medidas que si bien benefician a personas en particular requiere del Estado de acciones dirigidas a grupos de la población.

En cuanto a los derechos “difusos” la titularidad de los mismos no puede ser claramente identificada, ya que a diferencia de los colectivos, en estos los titulares no forman parte de una colectividad identificable, se considera que se esta en “...presencia de un interés difuso cuando éste le pertenece a una serie indeterminada e indeterminable de personas ligadas por circunstancias de hecho. Se caracterizan, en cuanto a su titularidad, por ser situaciones transindividuales, al salir de la esfera individual de los sujetos afectados y suelen proyectarse a la colectividad”³⁴.

Con un ejemplo se pueden aclarar mejor las diferencias entre derechos colectivos y los difusos. Mientras que la falta de una partida presupuestaria para un maestro en una comunidad viola los derechos de todos los niños y niñas de esa comunidad a la educación (este es uno de los sentidos de los

³² Antonio Enrique Pérez Luño. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Editorial Tecnos. Madrid. 6ta. Edición. 1999.

³³ Ibid. Pág. 83.

³⁴ Gilbert Armijo. La tutela jurisdiccional del Interés Difuso. UNICEF-Costa Rica. 1998.

derechos colectivos, pero no podemos olvidar que al mismo tiempo se viola el derecho de personas que pueden ser individualizadas), la reducción sensible del presupuesto para la educación del país, sin justificación y sin aplicar el principio de prioridad en la asignación de recursos, deriva en una amenaza de violación a los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes en edad escolar.

¿A qué va dirigida la acción judicial de protección? (legitimación pasiva)

Lo que se busca con esta acción es la protección de derechos colectivos y difusos, mediante una orden judicial destinada a personas o entidades, orden en la que se establece una obligación de hacer o no hacer, de posible cumplimiento.

Debemos recordar que el Código de la Niñez establece que es obligación del Estado, la sociedad y la familia dar “efectividad” a los derechos declarados, y que estos pueden ser violados por acción o por omisión, por tanto lo que busca la acción es asegurar la exigibilidad de estos derechos y por tanto que exista un mecanismo para que quien viola o amenaza los derechos colectivos y difusos sea compelido a dar efectividad a los mismos.

La ley al establecer que la conducta debe ser de “posible cumplimiento”, nos parece, se refiere a dos aspectos, por un lado a quien va dirigida la acción, y por otro, si la institución o persona a la que va dirigida la acción puede cumplir con lo establecido por el juez.

El primer ámbito ¿a quién se dirige la acción? se conoce como “legitimación pasiva”.

En principio nos parece que fundamentalmente se encuentra dirigida al Estado y a la sociedad ya que estos son los responsables de acuerdo a la Ley de formular y aplicar políticas públicas sociales y económicas y de destinar recursos económicos “suficientes, en forma estable, permanente y oportuna” para garantizar la efectividad de todos los derechos, siendo este el medio adecuado para la protección de derechos colectivos.

Cuando hablamos del Estado incluimos a los gobiernos locales y a los organismos estatales de definición de políticas públicas, como el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y los Consejos cantonales, y a los particulares, que actúan por concesión o delegación del Estado. Nuestra opinión es que no incluye a los órganos de la administración de justicia, y al

Tribunal Constitucional, en cuanto a su facultad de resolver asuntos concretos (es decir a su capacidad de administrar justicia), pero si en el caso de las decisiones de carácter administrativo que estos toman, como por ejemplo la creación, o no, de judicaturas especializadas, el nombramiento, o no, de procuradores de adolescentes por parte del Ministerio Público, etc.

Los particulares además son sujetos pasivos de la acción judicial de protección cuando con sus acciones afectan derechos colectivos, por ejemplo en el caso de contaminación, daños ambientales o en la violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como consumidores, o cuando se violan derechos de los pueblos indígenas.

En el segundo ámbito, si la institución o persona a la que va dirigida la acción puede cumplir con lo establecido por el juez, se refiere a que entre en el ámbito de su competencia o responsabilidades y que tenga los medios para efectivizar la decisión del juez. En este ámbito debería considerarse el principio de prioridad absoluta contenido en el artículo 12 de la siguiente manera “En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran”. Este principio implica que es responsabilidad del demandado demostrar que pese a sus esfuerzos de asignar de manera prioritaria los recursos no cuenta con los medios para hacerlo.

¿Quién puede iniciar la acción? (legitimación activa)

De acuerdo al artículo 265 quienes pueden proponer la acción son:

- a) Las Juntas de Protección de Derechos, en casos de amenazas o violaciones de derechos producidos en su respectiva jurisdicción;
- b) La Defensoría del Pueblo; y,
- c) Cualquier persona mayor de quince años que tenga interés en ello, contando con el patrocinio de un abogado.

Debería decirse que la posibilidad de que la acción puede ser presentada por “cualquier persona que tenga interés de ello” es el reconocimiento de la naturaleza de los derechos colectivos y difusos, ya que no existe una sola persona o personas afectadas con la acción u omisión que amenaza o viola sus derechos. En la forma en que está redactado el artículo no se debe considerar que exclusivamente la “víctima” se encuentra legitimada, ya que

el que tenga "interés en ello" podría referirse a organizaciones de protección de los derechos de la infancia y adolescencia.

Obviamente si la persona que comparece no actúa por sus propios derechos, sino en representación o a nombre de un colectivo o de una organización, su calidad debe ser demostrada.

Órgano competente para conocer la acción

De acuerdo al artículo 266 el conocimiento y resolución de la acción judicial de protección corresponde al Juez de la Niñez y Adolescencia, esta puede ser presentada de manera indistinta en el lugar de la violación del derecho, en el del demandado o del accionante, a elección de este último.

Procedimiento

La regla del Código es que el procedimiento debe ser sumarísimo, garantizando la contradicción procesal, las garantías del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Si aplicamos las normas constitucionales referidas a los procedimientos deberíamos colegir que este proceso debe iniciarse con una petición de la acción por parte del accionante, en la que se debe señalar con claridad a quien se demanda, los antecedentes de hecho y de derecho que fundamentan la acción.

El procedimiento debe ser oral, por eso creemos que recibida la demanda, el juez debería convocar con la demanda a una audiencia de conocimiento, en el que las partes exponen sus argumentos y las pruebas en las que se fundamenta la petición y la defensa, en caso de existir hechos que probar se debería fijar una audiencia de prueba de manera inmediata, luego de la audiencia de prueba el juez debería resolver la causa a la brevedad posible.

Los jueces no pueden negar la acción por una supuesta falta de procedimiento porque las normas de la Constitución y del Código claramente establecen que no se puede negar la protección de los derechos por falta de norma o de procedimiento expreso.

Formas de terminación de la acción

La acción podría terminar por:

- a) Declaración de inadmisibilidad del caso, sea por incompetencia del juez, ilegitimidad de personería, o que la acción no sea la vía adecuada sea porque el derecho que se busca proteger es individual (por ejemplo una privación arbitraria de la libertad³⁵), y que no sea un derecho el invocado.
- b) Por la resolución que establece el requerimiento judicial para la protección de derechos.

Debemos recordar que la resolución, sea declarando inadmisibile el caso o conteniendo un requerimiento judicial, debe ser motivada en los términos en que revisamos el procedimiento administrativo de protección de derechos.

En cuanto a los recursos al no establecer nada expresamente el Código nos parece que debemos acudir al principio de "supletoriedad" general, y por tanto los recursos serían los del Código de Procedimiento Civil en el efecto devolutivo.

Procedimiento contencioso general

Este procedimiento se aplica para la sustanciación de todas las materias contenidas en el Libro Segundo, y las del Libro Tercero cuya resolución es de competencia privativa del Juez de la Niñez y Adolescencia.

Los asuntos contenidos en el Libro Segundo son:

- a) Abandono del hogar;
- b) Patria potestad y los temas relacionados: asignación, suspensión, limitación, privación, pérdida restitución; tenencia, tutela y régimen de visitas;
- c) Alimentos (y la posible declaración de paternidad derivado de la reclamación de alimentos sin prueba del estado civil); alimentos a la mujer embarazada; y,
- d) Adopción (qué es una medida judicial de protección pero contenida en este libro).

³⁵ En este caso la garantía aplicable es la del *Habeas Corpus*.

Los asuntos contenidos en el Libro Tercero son:

- a) Medidas judiciales de protección (acogimiento familiar y acogimiento institucional)³⁶; y,
- b) Juzgamiento por retardo en la administración de justicia a los miembros de los Consejos de la Niñez y Adolescencia y de las Juntas de Protección.

Demanda y citación

La demanda se debe presentar cumpliendo los requisitos del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, el Juez debe calificarla dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de esta. En la primera providencia la califica, aceptándola a trámite u ordenando que se la complete.

En el caso de aceptarla a trámite el juez debe citar a las partes a la audiencia de conciliación establecida en el artículo 273. Las formas de citación son las establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

En nuestra opinión una interpretación de los principios del Código de la Niñez y Adolescencia respecto a la administración de justicia impone la obligación del juez de evitar prácticas dilatorias contrarias al interés de los niños, niñas y adolescentes involucrados en los procesos, y específicamente a los principios de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, celeridad y eficiencia, es por esto que nos parece que el señalamiento de la audiencia no admite diferimiento a menos de que exista una clara justificación para esto, y que en caso de ausencia injustificada del demandado la audiencia debe realizarse en rebeldía, particular que debería advertirse en la citación con la demanda al demandado.

El juez competente para conocer todas las causas que se tramitan bajo el procedimiento contencioso general es el del domicilio del demandado, esto por aplicación de las reglas sobre competencia del Código de Procedimiento Civil. Existe una excepción a esta regla para el caso de la adopción, ya que

³⁶ Otra medida de protección de competencia exclusiva de los jueces de la niñez y adolescencia pero que tiene un trámite especial es el de allanamiento y recuperación víctima de una práctica ilícita (art. 79).

el juez competente es el del domicilio del niño, niña o adolescente a quien se pretende adoptar.

Audiencia de conciliación y contestación

El juez tiene la obligación de promover, al inicio de la audiencia, un arreglo conciliatorio³⁷ entre las partes, si se produce debe ser aprobado en la misma audiencia y termina el proceso, si no existe el arreglo, o el juez no aprueba el acuerdo, se inicia la presentación de la réplicas de las dos partes (art. 273).

Se inicia con la contestación a la demanda, posteriormente al actor puede realizar un alegato, y se finaliza con una breve replica de parte de demandado.

Concluidos los alegatos, el juez debe oír de manera reservada al adolescente, y a los niños y niñas que estén en condiciones de hacerlo³⁸. Antes de cerrar la audiencia, el Juez debe insistir en buscar un acuerdo entre las partes, de no existir este, y si existen hechos que deban probarse, el juez debe convocar a la audiencia de prueba que debe realizarse no antes de quince ni después de veinte días contados desde la fecha del señalamiento de la misma³⁹. A petición de cualquiera de las partes, la audiencia de prueba podrá diferirse por una sola vez y hasta por cinco días hábiles (art. 276).

En los juicios sobre patria potestad, prestación de alimentos y régimen de visitas, el Juez se encuentra en la obligación de establecer de manera provisional la pretensión del accionante en la audiencia de contestación. En estos casos el Código establece una nueva posibilidad para concluir el proceso en esta fase, en caso de existir acuerdo de las partes con la resolución del juez⁴⁰ (art. 274).

Audiencia de prueba

La audiencia de prueba tiene por objetivo que las partes presenten al juez los medios probatorios con los que sustentan sus pretensiones. La ley establece

³⁷ Más adelante revisaremos las reglas sobre mediación que el Código contiene.

³⁸ Debemos recordar lo dicho respecto a la opinión de los niños, niñas y adolescentes a propósito del procedimiento administrativo de protección de derechos.

³⁹ De acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

⁴⁰ Posteriormente la fijación provisional puede ser modificada aplicando la regla del artículo 278.

que las pruebas que se presenten deben haber “sido oportunamente anunciadas”. En nuestra opinión las pruebas deben ser enumeradas en la demanda y en la audiencia de conciliación, y en caso de no existir acuerdo el juez debe despachar los pedidos correspondientes, a las pruebas solicitadas por el actor y demandado se deben incluir la presentación de los informes solicitados por el juez, ya que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 260 del Código los informes emitidos por la Oficina Técnica tienen valor de informe pericial y por tanto pueden ser controvertidos, adicionalmente la ley no prevé expresamente que estos sean reservados (artículo 275).

La presentación de pruebas la inicia el actor seguido por el demandado, en primer lugar el examen de testigos, seguido del examen de los informes, en realidad debería decir de la comparecencia de los técnicos que los elaboraron, ya que la ley establece que en la misma se debe responder a las solicitudes de aclaración o ampliación de las partes. Los testigos y técnicos deben ser examinados directamente por las partes, este examen directo incluye a la contraparte. El juez únicamente puede objetar, de oficio o a petición de parte, aquellas preguntas que considere “inconstitucionales, ilegales, irrespetuosas o impertinentes respecto del enjuiciamiento”, por tanto no puede desarrollar interrogatorios directos.

Los documentos que agreguen las partes y los oficios e informes que se hayan recibido, en este último caso si por su naturaleza no pueden ser presentados directamente por quienes los elaboraron, un extracto de estos deben ser leídos por secretaria.

El juez puede disponer un receso de la audiencia de prueba por un término de cinco días, si la extensión de la prueba así lo justifica.

Nos parece que el juez puede tomar todas las determinaciones necesarias para que la audiencia se desarrolle de manera normal y rápida, entre estas medidas puede estar el señalamiento de tiempo para los alegatos de las partes, siempre que esto no signifique una vulneración al principio de igualdad de las partes, el no aceptar prueba repetitiva que no aporte nuevos hechos a los ya presentados o prueba inútil, entre otras facultades que asegure la agilidad en el procedimiento.

Un asunto esencial es que el juez debe asegurar que el proceso sea compatible con el interés superior de niños, niñas y adolescentes y esto implica, como lo establece el Código, respetar y garantizar sus derechos.

Resolución

El juez debe pronunciar su resolución dentro de los cinco días siguientes a la audiencia⁴¹, al igual que en los otros casos debe estar motivada. Por la naturaleza de la mayor parte de casos⁴² que se conocen por parte de los jueces de la niñez y adolescencia estos no causan ejecutoria sustancial, por tanto pueden ser revisadas cuando las circunstancias que llevaron a tomar una resolución en particular se han modificado, como lo establece claramente el artículo 278⁴³.

Recursos

Es obvio que sobre la resolución cabe solicitar aclaración y ampliación, aplicando la regla de supletoriedad del Código de Procedimiento Civil.

De igual forma es factible el recurso de hecho de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

El recurso de apelación puede ser interpuesto, dentro del término de tres días de notificado, por cualquiera de las partes que no se encuentre conforme con el auto resolutorio. Es un requisito, para que el recurso sea tramitado, que éste contenga de manera precisa los puntos por los que se solicita. El recurso únicamente es en efecto devolutivo.

Trámite en segunda instancia

La apelación se tramita en segunda instancia en las salas especializadas de las cortes superiores, de acuerdo a la Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura publicado en el R.O. 188 de 13 de octubre del 2003.

⁴¹ Nos parece que esto es un error del Código, la resolución debería ser pronunciada oralmente en la audiencia y la fundamentación preparada después y notificada. Esto para asegurar que el juez falle sobre las pruebas presentadas y debatidas en la audiencia y no como se ha demostrado en otras experiencias similares, por ejemplo el Código de Procedimiento Penal, en la revisión de documentos lo que altera el sentido de la oralidad.

⁴² Esto no se aplica a la sentencia de adopción, a la declaración de adoptabilidad y a la determinación de paternidad derivada del juicio de alimentos ya que en estos casos, una vez la sentencia esté en firme, no puede ser revisada por el juez. En el caso de la declaratoria de adoptabilidad la sentencia se encuentra firme cuando han cumplido los plazos y requisitos del artículo 270.

⁴³ A petición de parte interesada y escuchada la parte contraria, el Juez podrá modificar en cualquier tiempo lo resuelto, de conformidad con el artículo anterior, si se prueba que han variado las circunstancias que tuvo presente para emitirla.

El Código de la Niñez y Adolescencia es muy preciso al establecer el trámite que se deben dar a las causas en segunda instancia, buscando mantener el procedimiento oral, esto es una vez recibido el proceso por la Sala de la Corte Superior, ésta debe convocar a una audiencia en la que los defensores de las partes presentarán sus alegatos verbales, comenzando por el recurrente. Concluida la audiencia, pronunciará su resolución de la misma forma que en primera instancia, es decir en los cinco días siguientes a la audiencia.

Casación

El Código de la Niñez y Adolescencia (artículo 281) admite la casación contra el auto resolutorio de segunda instancia, pero esta debe ser hecha por las causales, con las formalidades y el trámite contemplados en la Ley de Casación⁴⁴, por tanto este recurso únicamente procede, de acuerdo al artículo 2 de la Ley de Casación, “...contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo” (el subrayado es nuestro).

En nuestra opinión, con estos requisitos, cuatro son los temas susceptibles de casación: la declaratoria de adoptabilidad, declaración judicial de paternidad derivada del juicio de alimentos, la sentencia de adopción y la declaración de responsabilidad penal derivada del juzgamiento de responsabilidad penal de acuerdo al Libro IV (obviamente esto es de competencia de las salas de lo penal de la Corte Suprema).

La sustanciación de este recurso se debe realizar en la Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto la Resolución 284-03 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, luego de realizar varias consideraciones sobre la naturaleza social de los asuntos que involucran a los niños, niñas y adolescentes y citando el artículo 7 del Código Civil y doctrina nacional y extranjera, concluye, en un caso de rebaja de la pensión alimenticia, que “... al haber perdido competencia para conocer los asuntos puntualizados en el artículo 271 del Código de la Niñez y Adolescencia **SE INHIBE DE CONOCER LA PRESENTE CAUSA** disponiéndose se remita el proceso a la Oficialía Mayor para que sea

⁴⁴ A excepción del término para que el recurso de casación sea resuelto que se encuentra expresamente establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia.

sorteada entre las Salas especializadas de lo Laboral y Social de esta Corte Suprema” (resaltado en el original).

El fallo tiene consideraciones muy importantes que ameritan un análisis más profundo, pero respecto a las de lo Civil tiene algunas implicaciones no contempladas. Una de ellas es la posible pérdida de competencia de estas salas para tratar los temas derivados de las acciones del estado civil en los que estén involucrados a niños, niñas y adolescentes, por ejemplo en los casos de declaración judicial de paternidad o de impugnación de paternidad (en las que la Primera Sala de lo Civil ha hecho importantes contribuciones). Otro elemento que llama la atención de la resolución es la falta de consideración en la resolución de la inaplicabilidad de la Casación a un incidente de aumento de la pensión de alimentos que no cumple con los requisitos de la Ley de Casación (el monto de la pensión puede ser revisado en cualquier momento si las circunstancias que llevaron a la determinación del monto cambian).

Duración del procedimiento

El Código en el artículo 282 señala los tiempos máximos en los que se pueden tramitar las causas en las tres instancias: no más de cincuenta días de término contados desde la citación con la demanda en primera instancia; no más de veinticinco días desde la recepción del proceso, tanto en segunda instancia como en el caso de casación.

Para garantizar el cumplimiento de estos términos el mismo artículo establece las sanciones a aplicarse: el Consejo Nacional de la Judicatura sancionará al Juez y a cada uno de los Ministros Jueces de la Sala correspondiente, con multa de veinte dólares por cada día hábil o fracción de día de retraso, en caso de reincidencia el Consejo Nacional de la Judicatura aplicará las sanciones que correspondan.

Este artículo se complementa con el artículo 254, que incluye a los magistrados de la Corte Suprema en la sanción “Sin perjuicio de las responsabilidades civiles, administrativas o penales que correspondan, serán sancionados con multa equivalente a tres dólares por cada día hábil o fracción de día que excedan del tiempo máximo de sustanciación de los juicios y procedimientos administrativos que conozcan, de conformidad con las disposiciones del presente Código, los ministros jueces de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, los Jueces de la Niñez y Adolescencia y los miembros de las Juntas de Protección de Derechos. Tratándose de

ministros jueces, jueces, funcionarios y servidores judiciales, la infracción será conocida y sancionada por el Consejo Nacional de la Judicatura. Los miembros de los Consejos de la Niñez y Adolescencia y de las Juntas de Protección de Derechos serán juzgados y sancionados por el Juez de la Niñez y Adolescencia de la respectiva jurisdicción”.

Mediación y Conciliación

Como hemos visto a lo largo del presente documento el Código de la Niñez y Adolescencia⁴⁵ reconoce ampliamente la posibilidad de utilizar la mediación o la conciliación en los casos en que proceda, por ser los temas transigibles, siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia (Art. 294).

La diferencia de la mediación y la conciliación en el Código es que la primera se realiza en centros de mediación y la segunda (la conciliación) se procura directamente por el órgano sustanciador como se puede verificar en los artículos 238 (procedimiento administrativo de protección de derechos) y 273 (procedimiento contencioso general).

La mediación, por disposición expresa, tiene que realizarse en un Centro de Mediación que debe ser autorizado⁴⁶ legalmente para poder intervenir en las materias de que trata el Código (artículos 295 y 296).

En la mediación los interesados pueden intervenir personalmente o por medio de apoderados y siempre se debe oír la opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarla.

⁴⁵ En el caso de las juntas cantonales expresamente se establece (Art. 206) que estas “Procurarán, con el apoyo de las entidades autorizadas, la mediación y la conciliación de las partes involucradas en los asuntos que conozcan, de conformidad con la ley”.

En el procedimiento administrativo de protección de derechos (Art. 238) de igual forma se determina que “el organismo sustanciador procurará la conciliación de las partes, si la naturaleza del asunto lo permite, de conformidad con la ley. Así mismo, puede remitir el caso a un centro especializado de mediación”.

En el procedimiento contencioso tipo (Art. 273) se establece que “La audiencia de conciliación será conducida personalmente por el Juez, quien la iniciará promoviendo en las partes un arreglo conciliatorio que, de haberlo, será aprobado en la misma audiencia y pondrá término al juzgamiento (...) Antes de cerrar la audiencia, el Juez insistirá en una conciliación de las partes; si no la hay y existen hechos que deban probarse, convocará a la audiencia de prueba que deberá realizarse no antes de quince ni después de veinte días contados desde la fecha del señalamiento”.

⁴⁶ La calificación de los Centros de Mediación se encuentra a cargo del Consejo Nacional de la Judicatura.

En el caso de la mediación se aplica de manera supletoria la Ley de Arbitraje y Mediación.

Comentarios finales

No podemos negar que el Código de la Niñez y Adolescencia tiene varios problemas en materia procesal derivados de la supresión de un importante número de normas procesales en el Congreso Nacional, supresión realizada con el objetivo de “reducir” el tamaño del Código, y del hecho de que las normas supletorias, especialmente el Código de Procedimiento Civil, está pensado en un proceso fundamentalmente escrito y por tanto de cierta forma incompatible con el procedimiento básicamente oral del Código de la Niñez, sin embargo creemos que una aplicación creativa y apegada al espíritu de la ley (y especialmente apegada a los principios citados sobre aplicación más favorable a los derechos) además de una actuación proactiva de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo aclarando las dudas sobre el uso del procedimiento administrativo por parte de los jueces, o como es el procedimiento sumarísimo al que se refiere la ley en la acción judicial de protección de derechos.

Creemos que se requieren unas pocas reformas legales para mejorar la aplicación de la ley, por ejemplo el establecer con claridad el procedimiento para la aplicación de multas y sanciones por parte de los jueces, la inclusión de la posibilidad que la demanda de alimentos pueda presentarse, a elección del actor, en el domicilio del demandado o de los niños, niñas y adolescentes, etc.

Pero estamos convencidos que el Código de la Niñez y Adolescencia ha implicado un gran avance, no solamente para el tema específico, sino para el sistema procesal ecuatoriano, pero su aplicación depende de una serie de medidas esenciales como la dotación de recursos suficientes a los órganos judiciales y administrativos, y fundamentalmente, la capacitación a todos los operadores del sistema judicial y abogados, para que estos manejen de manera adecuada las normas de la nueva Ley.

Nos parece que el trabajo más serio y complejo debía empezar con la aprobación de la Ley pero lamentablemente, como ha sucedido con otras leyes, se nota una seria falta de iniciativas de parte de las instituciones responsables de hacerlo.

Diciembre del 2003

Bibliografía citada

Emilio García Méndez y Mary Beloff (compiladores). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Temis y Depalma. Segunda Edición. 1999.

Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. 2001.

Antonio Enrique Pérez Luño. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid. 6ta. Edición. 1999.

Gilbert Armijo. *La tutela jurisdiccional del Interés Difuso*. UNICEF-Costa Rica. 1998.

Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4.

Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5.

Resolución 284-03 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

Constitución Política de la República.

Código de la Niñez y Adolescencia.

Código de Procedimiento Civil.

Ley de Casación.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Instructivo para el Funcionamiento de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia. Resolución s/n.Registro Oficial 153, 22-VIII-2003.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR ACTOS DE VIOLENCIA COMETIDOS POR PARTICULARES: VIOLENCIA DOMESTICA

Dr. José Luis Cabezas¹

1. Violencia Doméstica en Ecuador

Estadísticas y Legislación revelan que violencia doméstica es una práctica general en Ecuador que es raramente prevenida e investigada. Adicionalmente, violencia doméstica no es frecuentemente sancionada por el Estado lo que es una expresa violación de obligaciones internacionales asumidas. En el caso de Ecuador, estadísticas revelan las áreas de discriminación contra mujeres que refuerzan los privilegios de hombres hasta que estos llegan a la violencia. En 1999, un estudio nacional reveló que el 67.7% de mujeres ecuatorianas reportó haber experimentado violencia doméstica². En ese tiempo, esto significó mas de cuatro millones de mujeres³. Considerando que violencia doméstica no es frecuentemente reportada el número de mujeres ecuatorianas que experimentaron esta violencia es sin duda mucho más elevado. En 1997, dos años después de la ratificación de la Convención de Belén Do Para y la implementación de un programa nacional de comisarias especiales para proteger mujeres contra discriminación o violencia, Ecuador informó a la Comisión Interamericana de Derecho Humanos que en 1992, el 64% de mujeres ecuatorianas reportaron haber sido asaltadas⁴. La persistente

¹ Licenciado, 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 de Derecho de la Universidad Javeriana del Ecuador. Asesor Legal y Director de servicios legales populares y Centro de Mediación de la Fundación Tierra Nueva. Ganador del concurso de investigación "Premio a Estudiante de Derecho" organizado por la *Inter-American Bar Association*.

² Reyes Natacha y Camacho Gloria, *Violencia de Género contra Mujeres y Niños; La Situación Ecuatoriana desde 1995 a 1999*. PNUD y CONAMU, Quito, Ecuador, 2001. Pag. 13

³ Natacha Reyes establece que hay solamente dos estudios nacionales adicionales sobre violencia doméstica en Ecuador: CECIM 1987 y Camacho 1996, ambos indican un incremento en violencia doméstica. *Ibid* 2.

⁴ Organización de los Estados Americanos, Comisión de Derecho Humanos, *Reporte sobre Ecuador*. N. 16, 2001.

naturaleza de violencia doméstica en Ecuador indica que algunos cambios menores en las leyes ecuatorianas y la implementación de cinco comisarias especiales para violencia doméstica fallaron significativamente en reducir la discriminación contra mujeres.

En 1999, un estudio nacional reveló que el 67.7% de mujeres habían experimentado violencia doméstica en Ecuador⁵. Este incremento podría indicar que el problema de violencia doméstica continuo creciendo en Ecuador o que tal violencia fue más reportada porque hubo un incremento en la atención producida por la implementación de la Ley contra Violencia a la Mujer y la Familia⁶ y un programa de comisarias especiales⁷. Este estudio mostró que el 42.40% de mujeres ecuatorianas experimentaron violencia psicológica, el 52% experimento violencia física y que solamente el 7.9% experimentó violencia sexual. El alarmante promedio de violencia doméstica en Ecuador puede causar que el Estado sea declarado responsable por su falta de diligencia en prevenir, investigar y sancionar violencia doméstica.

En 1999, sólo cuatrocientas mil mujeres ecuatorianas reportaron haber sido sexualmente asaltadas, y dado que tales ataques no son reportados, el promedio de violencia sexual es probablemente mucho mas elevado. Discriminatoria legislación falla en proteger a mujeres lo que podría contribuir a esta alarmante estadística. La definición de asalto sexual o violación no considera la situación de la víctima, el Código Penal todavía establece divisiones de delitos en consideración a la edad de la víctima, la honestidad e inclusive parece que se pensará más en el concepto del honor familiar que en la seguridad y derecho a la vida de las mujeres. Las provisiones ecuatorianas para ataque sexual han llamado la atención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Como la Comisión Interamericana ha señalado en su reporte especial, entre las discriminatorias normas del Código Penal las provisiones y sus divisiones referentes a ataque sexual son particularmente discriminatorias. La Comisión señaló:

Algunas anacronismos legales permanecen. Por ejemplo, todavía hay artículos en el Código Penal que refieren al "honor" o

⁵ Ibid 2.

⁶ Ley contra la Violencia a las Mujeres y La Familia, N. 103, Oficialmente Registrada en Julio 11, 1995. N. 836.

⁷ Ibid 2.

“honestidad” de las víctimas mujeres como un requerimiento en la tipificación de una ofensa. (3) En tales casos, el objetivo de la ley no es el proteger la vida o integridad personal de la mujer, sino que la ley esta funcionando para regular la sexualidad de una mujer como una expresión de “honestidad, honor familiar y publica moralidad” (4) La ley también tipifica violación solamente cuando: la víctima es bajo 12 años de edad; o cuando la víctima fue físicamente, mentalmente o por alguna otra razón no capaz de resistir; o cuando el perpetrador usó fuerza o intimidación contra la víctima (5) Esta tipificación esencialmente requiere que víctimas resistan, arriesguen su integridad física o vida para cumplir con la definición del crimen⁸.

En Ecuador, contacto sexual forzado es considerado violación cuando la víctima es menor de cierta edad⁹ y después de cierta edad el ataque tiene que tener las características señaladas por el Código Penal. Víctimas mayores a catorce años no son totalmente protegidas por la ley, ellas deben proveer pruebas que el delito cayó en una de las características señaladas por el código penal. Al producir evidencia de estas características normalmente mujeres no deben probar su falta de consentimiento para el acto sexual sino que existió un heroico esfuerzo de su parte contra el agresor o que no tenían previa experiencia sexual antes del ataque¹⁰. Estas normas referentes a la edad son discriminatorias cuando estadística revela que la mayoría de mujeres ecuatorianas experimenta violencia luego de los 14 años. Setenta y cinco por ciento de mujeres son asaltadas por sus parejas entre los 25 a 39 años.¹¹ Parece ser que si la legislación ecuatoriana protegiera a las víctimas de asalto sexual tendría una provisión general aplicada a todas las víctimas sin reforzar criterios de mayor protección o valor por razón de edad, previa experiencia sexual o si tuvo una pelea con el agresor.

Las normas ecuatorianas para ataque sexual producen un daño directo sobre mujeres porque las deja menos protegidas por la ley. Además, al ser requeridas a probar no solo la falta de consentimiento sino otras

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte Especial sobre Ecuador, 1997. OEA/Ser.L/V/II.96 Doc.10 rev.1, Abril 24, 1997.

⁹ Código Penal, Registro Oficial 1963. El Código Penal establece que contacto sexual forzado es considerado violación cuando la víctima es menos de 14 años de edad. Si la víctima es menos de doce años, el Código Penal permite una mayor sanción para el agresor.

¹⁰ Ibid 8.

¹¹ Ibid 2, P. 14.

características son expuestas a un mayor riesgo de daño si su “esfuerzo heroico” incrementa la violencia. La mera existencia de estas divisiones desestima la dignidad humana y seguridad de mujeres, violando su derecho a estar libre de estereotipos y de un tratamiento inhumano y degradante.

El Artículo 512 establece estas características en sus normas:

Art. 512. (Reformado por el Art. 8 de la Ley 106, R.O. 365, 21-VII-98).- Violación es el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal, con personas de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

- 1.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años;
- 2.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,
- 3.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación.

Art... .- (Agregado por el Art. 9 de la Ley 106, R.O. 365, 21-VII-98 y reformado por el Art. 10 de la Ley 2001-47, R.O. 422, 28-IX-2001).- Se aplicarán las mismas penas del artículo siguiente, en caso de agresión sexual consistente en la introducción de objetos distintos al miembro viril por vía vaginal o anal, realizado en las mismas circunstancias del artículo 512.¹²

Código de Procedimiento Penal

Art. 124.- Valor probatorio.- El testimonio propio no tendrá valor como prueba de culpabilidad, si de las demás pruebas no aparece demostrada la existencia de la infracción.¹³

Investigación de estadísticas es capaz de mostrar la relación entre tal definición y el daño inflingido a mujeres. Estadística muestra como en una de las ciudades más grades de Ecuador de 2783 mujeres que trataron de seguir juicios contra hombres por asalto sexual solamente 24 pudieron usar la definición de violación; 19 usaron la definición de estupro mientras que 2574 mujeres no encontraron una definición en el Código

¹² Supra nota 8.

¹³ Código de Procedimiento Penal, (R.O. 360-S, 13-I-2000).

Penal para sancionar un contacto sexual forzado¹⁴. Esta cifra puede ser explicada por el hecho que la definición de asalto sexual usada en otras legislaciones que tratan de respetar las convenciones internacionales de derechos humanos se procura no tener divisiones o normas que ayuden a tener referencias de características de las víctimas para no provocar discriminación y reforzar estereotipos contra mujeres. Por ejemplo, sin dudarlo una mujer será más fácilmente protegida de violación por la ley si no tuvo experiencia sexual previa, porque este hecho será fácilmente establecida en un examen médico. Esta realidad es una violación de las obligaciones internacionales asumidas por Ecuador¹⁵.

El Código Penal Canadiense que fue reformado para cumplir con la obligación internacional de implementar el "principio de igualdad" también tenía divisiones y se refería a características de las víctimas antes de esta reforma. Actualmente el Código Penal Canadiense adoptó una definición única basada en el principio de igualdad que podría no reforzar estereotipos o discriminación en diferentes momentos del proceso. Este sistema al igual que otros esta basado en reconocer como el asalto sexual a "un contacto sexual sin consentimiento" y no hay normas que refuercen la importancia de la edad, daño físico, testimonio de la víctima sin otras pruebas o la no previa experiencia sexual de la víctima¹⁶.

Análisis de la persistencia alta de la cifra de violencia doméstica y la legislación nacional revela como violencia contra mujeres es prácticamente condonada por el estado. Estadísticas han mostrado que la violencia doméstica es una práctica general en Ecuador que es raramente prevenida, investigada e improbablemente sancionada por el Estado. En 1999, un estudio mostró que mas de la mitad de mujeres ecuatorianas fueron asaltadas por sus esposos y novios. En este estudio apareció que el mas común tipo de violencia es el abuso físico y que el ataque sexual es muy improbable. Esto podría ser explicado, al menos en parte, por el hecho que la legislación ecuatoriana fue hecha por hombre y para privilegiar a los hombres. En cierta forma la mención de características de la víctima y del acto parecen dejar sin protección a hombres y especialmente a mujeres, pero el hecho es que como las más probables

¹⁴ Ibid 2, Pag. 59.

¹⁵ Para tener una útil descripción de la legislación utilizada para asalto sexual en el Código Penal Canadiense, favor referirse a la sección de "Reforma legal como un recurso efectivo" de este artículo.

¹⁶ Ibid 2, Pag. 18.

víctimas de ataque sexual son mujeres, casi todas las víctimas son desprotegidas. Sobre el 99% de las víctimas de ataque sexual en Ecuador son mujeres¹⁷.

Normas ecuatorianas permanecen en contradicción con obligaciones internacionales. Normas del Código Penal no cumplen con el requisito de igualdad, lo cual es una obligación asumida por Ecuador bajo Convenciones Internacionales. Con tales definiciones de ataque sexual solo una mera fracción de las mujeres que experimentan ataque sexual son reconocidas como víctimas de un crimen. Estadísticas claramente muestran una falta de debida diligencia para sancionar a los perpetradores de violencia contra mujeres. Finalmente, estadísticas revelan áreas de discriminación contra mujeres y señalan a la legislación como discriminatoria y responsable.

2. Aplicando Teorías de Responsabilidad del Estado

Aplicando teorías de responsabilidad del estado al problema específico de violencia doméstica en Ecuador aparece un obstáculo conceptual, mientras los perpetradores de violencia doméstica son individuos privados el tradicional análisis de derechos humanos ha sido enfocado solamente en agentes del estado como perpetradores de violación de derechos humanos. Este análisis tradicional no puede ser por más tiempo justificado dado los avances en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte, aplicando teorías de responsabilidad del estado reconoce que el estado puede ser responsable no solamente por sus acciones pero también por sus omisiones en controlar actos privados de violencia¹⁸. Ecuador no puede evitar ser internacionalmente responsable por sus inacciones referentes a individuos privados que violan derechos humanos.

Existen tres reconocidas teorías de responsabilidad del Estado que pueden ser aplicadas a la falla de Ecuador por no detener violencia doméstica y reformar sus leyes penales. Estas teorías son falta de

¹⁷ Ibid 1, P. 54.

¹⁸ Kenneth Roth da un útil análisis de la responsabilidad del estado en su artículo "Violencia doméstica como edición internacional de los derechos humanos en derechos humanos de mujeres: Perspectivas nacionales e internacionales", 326-339. R.J. Cook, ed. *Derechos humanos de mujeres: Perspectivas nacionales e internacionales*. Philadelphia: Universidad de Pennsylvania Prensa (1994), pp. 326-339.

diligencia, complicidad y la no igual aplicación de la Ley. Rebecca Cook señala en su artículo "Responsabilidad del Estado por Violación de Derechos Humanos de Mujeres" que:

Derecho Internacional reconoce un número de teorías legales de responsabilidad, esto significa que existe responsabilidad legal para los estados por actos de acción u omisión de individuos privados que no actúan en representación del estado. Estas teorías legales incluyen acción, ratificación y adopción del estado, complicidad del Estado en acciones incorrectas producidas por actores privados y falla del estado de actuar con la debida diligencia para controlar personas privadas¹⁹.

Estos principios son aplicables a Ecuador dado que ha ratificado convenciones internacionales de derechos humanos tales como la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención de la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Mujeres, La Convención de Belem Do Para y la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰.

La teoría necesaria de responsabilidad aplicable al caso de Ecuador puede ser encontrada en base a un análisis de las jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso Velásquez Rodríguez²¹ la Corte Interamericana, aplicando teorías de falta de diligencia clarificó que no hubo necesidad de probar que los perpetradores de violencia fueron agentes del estado. Honduras fue declarado responsable por no tomar las medidas necesarias para investigar y sancionar actos cometidos por individuos privados. La Corte usó una teoría de responsabilidad del estado para declarar a Honduras responsable por la desaparición del señor Velásquez Rodríguez aunque los secuestradores no fueron agentes del estado. La corte señaló explícitamente que:

"Un acto ilegal que violó derechos humanos y que inicialmente no fue directamente imputable al estado (por ejemplo, porque es el

¹⁹ Rebecca Cook, Responsabilidad del Estado por Violación de Derechos Humanos, Revista de los derechos humanos de Harvard, Volumen siete, Primavera 1994. ISSN 1057-5057.

²⁰ Convención Americana de Derechos Humanos, Nov. 22, 1969. OEA ser.K KVI I.1 Doc. 65 (Inglés) Rev. 1. Corr. 2 (1970) (entrado en vigencia el 18 de Julio de 1978).

²¹ Caso Velásquez Rodríguez (Meritos), 1-A, Corte I.D.H. Sentencia del 29 de Julio, 1988, Ser. C. No. 4, párr. 147 (1988).

acto de una persona privada o porque la persona responsable no fue identificada) puede llevar a declarar responsabilidad internacional del estado, no por el acto en si mismo, pero por la falta de diligencia para prevenir la violación o para responderla es requerida por la Convención²².

La decisión de la Corte marcó un fin a los estados que tratando de evitar responsabilidad internacional emplean individuos privados o, en el caso de violencia doméstica, por no detener a un grupo de ciudadanos que ataca a otro grupo de la población sin que el estado los detenga. La Corte clarificó que un estado puede ser declarado responsable no solamente por sus acciones sino también por sus inacciones en violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, en el caso Velásquez Rodríguez hubo 100 a 150 casos de personas secuestradas de una similar manera y con una sistemática ausencia de parte del gobierno para prevenir, investigar, sancionar y remediar estos actos. Esta falla sistémica del estado provocó que la Corte lo declare responsable por estos actos sin importar si los perpetradores tuvieron vínculos con el gobierno o no. Aplicando la teoría de "acción del estado", teoría analizada por la Corte en el caso Velásquez Rodríguez, aún cuando no hay evidencia que conecta al estado con los perpetradores, el gobierno puede ser declarado responsable. De esta forma el caso Velásquez Rodríguez puede ser interpretado para ampliar el análisis tradicional de derechos humanos y declarar a un estado responsable por violencia contra mujeres. Este avance puede ser también utilizado para responsabilizar al estado por la violencia que sufren minorías por razón de: su raza, nacionalidad, religión, preferencia sexual u otro.

El gobierno ecuatoriano tiene un deber absoluto de respetar los derechos humanos a través de sus agentes del estado. En casos de violencia doméstica, el estado Ecuatoriano tiene un deber parcial, ya que no puede ser responsable bajo derechos humanos internacionales por un único acto de violencia contra un grupo de individuos. Se necesita que exista una falla sistemática del estado para aplicar las teorías de responsabilidad del estado y ubicar a la violencia doméstica perpetrada por individuos privados como una violación internacional de derechos humanos. Cuando existe esta falla sistemática, un caso de violencia doméstica puede ser llevado a conocimiento de la Comisión y posteriormente a la Corte

²² Caso Velásquez Rodríguez (Meritos), I-A. Corte I.D.H. Sentencia del 29 de Julio, 1988, Ser. C. No. 4. para. 172 (1988).

Interamericana de Derechos Humanos como si el individuo privado hubiera sido un agente del estado cometiendo una violación de derechos humanos que luego fue condonada por el estado. El estado ecuatoriano puede ser declarado responsable bajo las normas de derechos humanos internacionales dado que la mayoría de las mujeres ecuatorianas han reportado haber sido asaltadas por sus esposos o parejas²³. La experiencia de estas víctimas revela un patrón de falta de diligencia por parte del estado para prevenir, investigar y especialmente sancionar a los perpetradores de violencia doméstica lo que es una obligación asumida por Ecuador.

Estadísticas han sido un instrumento crítico en establecer la naturaleza de la discriminación contra mujeres en Ecuador. Ecuador es responsable por no tomar los pasos necesarios en prevenir y sancionar la violencia doméstica. La teoría de falta de diligencia es particularmente apropiada para el caso de violencia doméstica dado que el gobierno ecuatoriano ha hecho un esfuerzo para detener violencia doméstica por la implementación de las comisarías y con la reforma de algunas normas legales. Sin embargo, estos esfuerzos para detener violencia doméstica son tan inefectivos que fallan en cumplir con las obligaciones internacionales.

2.1 Aplicando la Teoría de Falta de Diligencia a Violencia Doméstica

El gobierno ecuatoriano ha hecho un esfuerzo por detener violencia doméstica perpetrada por individuos privados. Estos esfuerzos son tan inefectivos que violencia doméstica es virtualmente condonada por el estado y el gobierno puede consecuentemente ser declarado responsable por falta de debida diligencia en cumplir obligaciones internacionales. Por ejemplo, las comisarías de la mujer implementadas en 1994, contrató jueces especiales para presidir los casos de violencia doméstica²⁴. Estos jueces fueron contratados entre abogados con una gran experiencia en casos de violencia doméstica. Sin embargo, siguiendo la implementación del programa, las comisarías han experimentado una falta de apoyo económico y político que ha hecho que no se cumpla la meta del mismo gobierno de implementar más comisarías²⁵. El gobierno de Ecuador implementó este programa en un esfuerzo de sancionar efectivamente la

²³ Ibid 2.

²⁴ Ibid 5.

²⁵ Ibid 2.

violencia doméstica. Sin embargo, hay una obvia falta de diligencia de parte del gobierno para cumplir este compromiso. Además, las Comisarias de la Mujer fueron creadas para sancionar solo cuando la violencia doméstica llega a nivel de contravención y no de delito. Implementar un programa efectivo que solo pueda actuar cuando los casos son catalogados como menores en daños dejando al sistema de sanción a delitos sin ninguna reforma para el más común tipo de violencia experimentado por mujeres demuestra una falta de diligencia del estado en respetar los derechos humanos²⁶. Por ejemplo, de 744 hombres denunciados por asalto sexual a su pareja en una de las ciudades más modernas de Ecuador, solamente 17 fueron sancionados por los jueces penales²⁷. Existe una obvia falta de diligencia de parte del gobierno para prevenir, investigar y sancionar los casos de violencia doméstica. La teoría de falta de diligencia puede ser aplicada a Ecuador dado que la ineficiencia judicial falla en cumplir con obligaciones internacionales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado la teoría de falta de diligencia por violencia doméstica en el caso de *María Da Penha v. Brasil*. Dado que Ecuador y Brasil han asumido las mismas obligaciones internacionales para prevenir, investigar, sancionar y remediar casos de violencia doméstica, resulta importante analizar el reporte de la Comisión Interamericana. La teoría de falta de diligencia puede ser aplicada a este caso porque los esfuerzos de Brasil al igual que los de Ecuador son tan inefectivos que fallan en cumplir con sus obligaciones.

En el caso *María Da Penha v. Brasil*, la Comisión Interamericana aplicó la teoría de falta de diligencia porque la inefectiva acción judicial de Brasil falló en detener la violencia doméstica. La Comisión señaló que “Esta violación formó un patrón de discriminación evidenciado por la condonación de violencia doméstica contra mujeres en Brasil a través de inefectivas acciones judiciales”²⁸. En Ecuador, una similar falla en prevenir y sancionar la violencia doméstica con diligencia debida existe.

²⁶ *Ibid* 2.

²⁷ *Ibid* 2, p. 82.

²⁸ Reporte N. 54/01 – Caso 12.051, *María Da Penha Fernandes versus Brasil*, 16 de abril, 2001.

La falla existe por parte del gobierno ecuatoriano para cumplir con obligaciones específicas asumidas en el artículo 7 (b) de la Convención de Belem Do Para y el Artículo 2 (c) de Convención de la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Mujeres. El Art. 7 (b) de Belem Do Para establece que:

Los estados partes condenan todas las formas de violencia contra mujeres y acuerdan perseguir por todos los medios apropiados y sin demora políticas para prevenir, sancionar y erradicar tal violencia y emprender la (...) aplicación de diligencia debida para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra mujeres²⁹

La Convención de la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Mujeres en el Art. 2 (c) establece:

Estados partes condenan la discriminación contra mujeres en todas sus formas, y acuerdan emprender por todos los medios apropiados y sin demora una política de eliminación de discriminación contra mujeres y para este fin, emprenden (...) a asegurar a través de tribunales competentes y otras instituciones públicas la efectiva protección de mujeres contra cualquier acto de discriminación;³⁰

Estos artículos señalan la obligación de aplicar no solamente debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar pero también proveer efectiva protección para mujeres a través de tribunales nacionales. En Ecuador, el derecho a un simple, oportuno y eficaz recurso legal, en casos de violencia doméstica, no es respetado porque las comisarias y cortes no reciben el apoyo político necesario para sancionar a los perpetradores. Por ejemplo, la competencia de las comisarias se limita a conocer contravenciones y una de las medidas que tiene es proveer boletas de auxilio que no son respetadas por la policía.

Como Natacha Reyes y Gloria Camacho establecen:

(...) boletas de auxilio son la más común forma de protección que mujeres piden a los jueces de las comisarias (...) desafortunadamente muchos oficiales de policía en los casos que acuden a una casa no arrestan al agresor (...) los oficiales de

²⁹ Ibid 37.

³⁰ Ibid 38.

policía no conocen la Ley contra la Violencia la Mujer y la Familia (...).³¹

El hecho que oficiales de policía fallan en respetar las boletas de auxilio muestra una sistémica discriminación contra las mujeres que es condonada por el estado. La falta de diligencia del estado para establecer procedimientos judiciales efectivos esta violando derechos humanos. Esfuerzos ecuatorianos para detener la violencia doméstica se caracterizan por una falta de diligencia que viola las obligaciones asumidas por Ecuador bajo la Convención del Belem Do Para y la Convención de la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Mujeres.

El gobierno ecuatoriano ha hecho un compromiso internacional para erradicar violencia doméstica. La falta de apoyo económico para el programa de cortes especial y sus restricciones para regular solamente delitos menores combinado con la falla para implementar cambios apropiados en el Código Penal y de Procedimiento Penal muestran una falta de diligencia para eliminar la violencia doméstica. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos a aplicado la teoría de falta de diligencia en el caso de violencia doméstica presentado por María Da Penha contra Brasil. En este caso, la inefectiva acción judicial falló en detener la violencia doméstica provocando que la víctima sufra una permanente lesión física. Ecuador esta condonando la violencia doméstica a través de una inefectiva protección judicial.

Como en el caso de Maria Da Penha, cualquier mujer ecuatoriana que experiencia violencia doméstica y ha sido afectada por el sistema penal ecuatoriano, puede llevar su caso al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos para acusar al estado de falta de diligencia para detener la violencia doméstica. Una mujer ecuatoriana que experimenta violencia doméstica puede mostrar fácilmente como oficiales de policía no acuden a llamados de mujeres atacadas por sus parejas pero podrían responder más frecuentemente a robos de muebles. Desestimar la integridad física y derecho a la vida de las mujeres al hacerlos derechos menos importantes que derechos de propiedad muestra la sistémica discriminación del estado contra mujeres. Una mujer ecuatoriana puede también fácilmente mostrar que los policías no

³¹ Ibid 1, Pag. 83.

arrestan a los agresores y que el gobierno condona las omisiones de estos policías.

Sin duda, una de tantas mujeres ecuatorianas que experiencia discriminación o violencia doméstica puede mostrar la falta de diligencia del gobierno. En tal caso, la Comisión Interamericana y la Corte podrían aplicar la teoría de falta de diligencia para encontrar al estado responsable por la violencia experimentada por mujeres aún cuando sean personas privadas quienes la cometan. Ecuador puede ser declarado responsable por no implementar efectivas medidas de protección a víctimas de violencia doméstica.

3 Reforma Legal como un Recurso Efectivo

Reforma Legal es un apropiado y efectivo recurso para cumplir con las obligaciones internacionales. Estadísticas de ataques sexuales contra mujeres muestran la necesidad de cambios en la legislación. Natacha Reyes y Gloria Camacho, explorando estadísticas sobre violencia doméstica en su libro "Violencia contra las Mujeres y las Niñas" enfatizan el efecto de la legislación pertinente a asalto sexual en el estatus de los derechos humanos de mujeres en Ecuador³².

Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha analizado la situación de Ecuador y ha propuesto recomendaciones para mejorarla. Los reportes de la Comisión señalan que normas discriminatorias en Ecuador impiden el ejercicio de derechos a las mujeres ecuatorianas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su reporte especial de 1997 reconoció que cambios en normas discriminatorias son una medida necesaria a ser tomada por Ecuador.³³

Las normas que deben ser implementadas deben respetar el principio de "igualdad", asumido por Ecuador bajo la Convención de Eliminación de Discriminación contra Mujeres. Normas de Derechos Humanos Internacionales apoyan a que el gobierno ecuatoriano establezca un

³² Estadísticas ecuatoriana deben ser complementadas con un análisis de estadísticas internacionales sobre violencia doméstica. Esta comparación puede mostrar si cambios en la legislación en otros países han provocado cambios efectivos.

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte Especial de Ecuador, 1997. OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 10 rev. 1, Abril 24, 1997.

sistema en el cual se fortalezca la igualdad entre hombres y mujeres. La Convención de la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Mujeres y la Convención de Belem Do Para no establecen cuales son las normas que deben ser implementadas en los Códigos Penales para lograr la igualdad. Estas convenciones dejan que Ecuador analice de que forma sus normas pueden provocar discriminación contra la mayoría de mujeres. Igualmente Ecuador es el que tiene que implementar el sistema que considere más adecuado.

La Convención de la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Mujeres requiere al Ecuador aplicar el principio de igualdad en sus normas referentes a asalto sexual. Las provisiones de asalto sexual o violación deberían proteger en el mismo nivel a mujeres como las más probables víctimas de violación al igual que a hombres siendo ellos no tan probables víctimas. Existe una decisión de la Corte Suprema de Canadá sobre ataque sexual que puede iluminar el camino a seguir para Ecuador. El Caso R. v. Ewanchuk es importante porque la Corte Suprema de Canadá analizó como aplicar las normas internacionales de derechos humanos al caso de ataques sexuales. En el razonamiento de la Corte se estableció:

70. Tan persistente es la violencia contra las mujeres en todo el mundo que la comunidad internacional adoptó el 18 de diciembre de 1979 (Res. 34/180), en adición a todos los instrumentos internacionales, la Convención de la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra Mujeres, Can. T.S. 1982 No. 31, que entró en fuerza el 3 de Septiembre de 1981, de la cual Canadá es parte.³⁴

En este caso, una mujer de 17 años fue a una entrevista de trabajo ante un hombre de 30 años de edad. El hombre cerró la puerta y ella empezó a sentirse atemorizada aunque no hubo amenazas verbales. El trató de tocarla en muchas ocasiones y progresivamente en una forma más íntima. Ella dijo "NO" en cada una de las ocasiones. Lo que sorprende en este caso es que los jueces de primera y segunda instancia en Canadá no encontraron culpable al hombre basados en su percepción del "Consentimiento implícito". En última instancia, la Corte Suprema de Canadá tuvo que aplicar normas contenidas en la Convención de la

34 R. v. Ewanchuk, [1999] 1 S.C.R. 330.

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Mujeres, no porque la Convención tenga normas explícitas para este caso o normas referentes a asalto sexual, sino porque existe una obligación del gobierno Canadiense de implementar el principio de "igualdad" en su sistema judicial y legal. La Corte estableció:

103. MCLACHLIN J. – Yo estoy de acuerdo con las razones expresadas por el Presidente de la Corte. También estoy de acuerdo con el Magistrado L'Heureux-Dubé en que se asumió estereotipos sobre la víctima y es lo que estuvo mal en este caso. La defensa de consentimiento implícito como estuvo aplicada en este caso se basa en asumir que a menos que una mujer protesta o resiste físicamente ella ya dio su consentimiento (ver L'Heureux-Dubé J.). En la apelación, esta errónea idea también estuvo presente, si una mujer no viste modestamente ella ya dio consentimiento. Asumir basado en estereotipos encuentra su fundamento en muchas culturas, incluyendo la nuestra. Pero no por mas tiempo encuentran un lugar en la ley canadiense.³⁵

Las normas de la Convención de la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Mujeres pueden ser aplicadas a la ley penal ecuatoriana sobre violación. La existencia de normas enfocadas a exámenes físicos deben seriamente ser reconsideradas. El Código Penal y de Procedimiento Penal deberían considerar solamente si la víctima dio su consentimiento y eliminar otras distinciones y características del delito. Las leyes ecuatorianas deberían facilitar la protección de las mujeres en casos de asalto sexual. Ecuador debe encontrar un sistema que sancione a perpetradores de violación y deje atrás todo tipo de estereotipos de consentimiento implícito especialmente en casos de violencia doméstica.

El Código Penal Canadiense había previamente distinguido entre violación y asalto indecente, pero a través del análisis de la posible discriminación a mujeres, se creó una única ofensa llamada "sexual assault" o asalto sexual. Esta concepción es aplicable a todos los hombres y mujeres, pero lo más importante es que protege a ambos en el nivel que necesitan ser protegidos. Con referencia a las nuevas provisiones del Código Canadiense, el Profesor Hamish Stewart de la Universidad de

³⁵ Ibid.

Toronto señala que “Esta ofensa es neutral en género, el asaltante o la víctima pueden ser cualquiera hombre o mujer”³⁶. Asalto sexual es definido en el Art. 265 del Código Criminal Canadiense simplemente como un “toque intencional sin consentimiento”³⁷. Esta norma muestra que las mujeres no brindan implícito consentimiento, de hecho, esta norma aplica el principio de igualdad porque hombres y mujeres deben dar su consentimiento para tener una relación sexual. Con la definición de asalto sexual el Código Criminal Canadiense es más efectivo en cumplir con el requisito de igualdad provisto por la Convención de la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Mujeres y Belem Do Para. Desaparece cualquier posible estereotipo relacionado a edad, daño físico, la pasada conducta sexual de la víctima, como vistió la víctima. El único requisito que pide la ley canadiense es que independientemente de si la víctima es menor de 14 años, que hubo penetración o que hubo intimidación, es que la víctima no consintió en el ataque sexual.

El único elemento que el Código Canadiense requiere es que exista una falta de consentimiento de la víctima, lo cual puede proteger a hombres al igual que mujeres de una forma más efectiva. El Código Penal Ecuatoriano podría abolir todas sus normas sobre asalto sexual y establecer que “Asalto sexual es un contacto con fines sexuales en contra de otra persona sin su consentimiento”. Posteriormente el Código Penal Ecuatoriano podría complementar este artículo al establecer que el consentimiento debe ser implícito y no puede ser dado en casos en que hubo miedo o intimidación. Con este requisito la víctima con la descripción de los hechos a través de su testimonio solo debe mostrar lógicamente que hubo un contacto sin consentimiento sin poner énfasis en edad, penetración, violencia u otro. Este cambio que pondría total atención a si la víctima consintió en el acto sexual haría que la misma sociedad cambie su concepción sobre quienes están protegidos por la ley. Con estos cambios se podría tomar ventaja del análisis canadiense de las Convenciones Internacionales y especialmente de la discusión del caso *R.*

³⁶ Steward Hamish, Respondiendo a una consulta de la Corte Europea de Derechos Humanos referente a asalto sexual en la ley canadiense. La Corte Europea reconociendo el avance de la legislación canadiense en delitos sexuales pidió la opinión del Profesor Steward para decidir el caso *M.C. v. Bulgaria*. Universidad de Toronto, Marzo 24, 2003.

³⁷ Código Criminal, R.S.C. 1985, c. C-46.

v *Ewanchuk* evitando que se piense que las mujeres están en un constante estado de consentimiento sino todo lo contrario³⁸.

Conclusiones

Estadísticas revelan que la violencia doméstica es una práctica general en Ecuador que es raramente sancionada. Esto es una violación de las obligaciones internacionales. La Comisión Interamericana ha señalado su preocupación sobre los pocos casos de delitos sexuales sancionados, lo que está añadido a que a diferencia de otros países Ecuador no ha revisado sus normas internas al firmar la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra Mujeres y la Convención de Belem Do Para. Anacrónicas normas que discriminan a las mujeres previenen el respeto por los derechos humanos y producen un alto nivel de impunidad en las cortes de justicia. La violencia contra mujeres es abiertamente condonada por Ecuador.

Ecuador puede ser declarado responsable bajo la Convención de la Eliminación de todas las Formas de Eliminación contra Mujeres y la Convención de Belem Do Para por la falta de diligencia en implementar medidas para eliminar la violencia doméstica. El gobierno ecuatoriano no es responsable por un simple acto de violencia pero sí por el alto nivel de violencia doméstica y las ineficaces medidas implementadas. De hecho, ha habido un incremento en la violencia doméstica a pesar de las medidas implementadas por el gobierno, esto demuestra incluso que las medidas no fueron las adecuadas. La Comisión Interamericana aplicó la teoría de falta de diligencia al caso de Maria Da Penha versus Brasil. En este caso hubo falta de diligencia por parte del poder judicial por lo que el estado prácticamente condonaba la violencia contra mujeres. En el caso de Ecuador, igualmente se puede utilizar el sistema interamericano para obligar a Ecuador a cumplir con sus obligaciones.

Cambios en legislación discriminatoria son una de las medidas eficaces para remediar el daño producido a las mujeres ecuatorianas. El Art. 24, 2 (a) de Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Mujeres y el Art. 7 (c), (h) y (e) de la Convención de Belem Do Para provee específicas obligaciones para tomar las medidas necesarias para remediar la situación en Ecuador. El análisis de

³⁸ R. v *Ewanchuk* (1999), 131 C.C.C. (3d).

estadísticas y las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos pueden ser usadas para determinar si los cambios son adecuados. Usando el principio de "igualdad" las normas que podrían ser reformadas en el Código Penal son principalmente las definiciones de delitos sexuales. Además los artículos del Código de Procedimiento Penal sobre la prueba del ataque deberían ser reformados para que el testimonio propio de la víctima sobre su falta de consentimiento tenga un valor mucho mayor que el actual. Ecuador puede implementar el sistema de falta de consentimiento para proteger en el mismo nivel a hombres como a mujeres. El Código Penal también debe establecer que el consentimiento debe ser explícito y no implícito. También se recomienda que se establezca que en casos de miedo la víctima no puede dar su consentimiento por lo que se configura automáticamente el delito. Dado que hay una sistémica discriminación contra mujeres en Ecuador y la legislación penal la refuerza, uno de las más efectivas medidas que el estado puede tomar es el implementar provisiones que protejan a hombres al igual que mujeres como las más comunes víctimas de violación.

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO: EL CASO BENAVIDES CEVALLOS

David Cordero Heredia¹

1. Introducción

Los magistrados de la Suprema Corte de México dictaminaron el día miércoles 5 noviembre de 2003 por unanimidad que la ley de prescripción no es aplicable al secuestro del supuesto líder guerrillero, Jesús Piedra, llevado a cabo en Monterrey en 1975. Con ésta resolución se abrió el camino para que sean juzgados los funcionarios del Gobierno mexicano implicados en la desaparición de activistas de izquierda en los años 60, 70 y 80.²

De esta manera se ven cumplidas las justas aspiraciones de los familiares de 275 presuntos guerrilleros desaparecidos en México. Una lucha incansable de ciudadanos que por décadas no ha permitido que la justicia olvide que los crímenes como estos no deben quedar en la impunidad.

En Ecuador la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos resumió las denuncias y casos de violaciones de los derechos humanos durante la presidencia del Ing. León Febres Cordero (1984-1988) en seis desapariciones, ciento cuarenta homicidios, doscientos cuarenta ciudadanos torturados, ciento noventa y cuatro incomunicados y ciento noventa y cinco violaciones de domicilio. En casi todos los casos anteriores se encuentran involucrados elementos de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas; que, amparados en una política de Estado, se encuentran, en su mayoría, en la impunidad.

A) El Caso Consuelo Benavides Cevallos

¹ Estudiante de sexto nivel de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Artículo revisado por el Dr. Ramiro Ávila Santamaría, profesor titular de la Facultad.

² Voice of America, www.voanews.com/Spanish/article.cfm?objectID=AC1F427E-3533-4B0E-B4F09B61EB7DF0DD; CNN en Español, www.cnn.espanol.com/2003/americas/11/05/derechos.mexico.corte.reut

Uno de los casos de detención ilegal, tortura y ejecución extrajudicial más conocido es el de la profesora Consuelo Benavides Cevallos, la víctima fue privada de su libertad por elementos de la Marina en la provincia de Esmeraldas el 4 de diciembre de 1985, luego de ser interrogada fue trasladada a la ciudad de Quito donde fue torturada. El día 13 de diciembre del mismo año su cuerpo inerte fue encontrado en la provincia de Esmeraldas abatido por siete impactos de bala. Sus restos no fueron identificados hasta diciembre de 1988.

El auto de apertura del plenario en el juicio contra los autores materiales e intelectuales de este crimen fue dictado en agosto de 1994, en razón del auto de sindicación dictado por el agente fiscal en mayo de 1990 contra las siguientes personas: Contralmirante (r) Francisco Ramón Viteri Silva, Capitán Fausto Morales Villota, Capitán Gracián Villota Miño, Tenientes Oswaldo Campaña Grandes y Humberto Romero Jaramillo, Agentes de Inteligencia Walter Prías Pazmiño y Pedro Sangay León, Tcnel. de Policía (r) Luis Suárez Armendáriz, Generales del Ejército (r) Medardo Salazar Navas y Eduardo Peñeiros Rivera y Generales de la Policía (r) Edison Garcés Pozo y Luis Napoleón Suárez Landázuri.³

Actualmente el único de los sindicados que cumple su condena fue el sargento Pedro Sangay (quién condujo a Consuelo Benavides de Esmeraldas a Quito), mientras que el autor material Capitán Fausto Morales Villota se fugó del Cuartel del Ministerio de Defensa Nacional. Tampoco se ha investigado, peor sancionado, a los autores intelectuales del delito.

La indignación que causó en la familia Benavides el retardo injustificado de la investigación y la falta de interés de la justicia ecuatoriana por proseguir con el enjuiciamiento de los sindicados, los llevó a presentar una petición ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el 22 de agosto de 1988. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos abrió el caso número 10.476 el 24 de octubre de 1989 y después de un largo proceso la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió su sentencia condenatoria contra el Estado ecuatoriano el 19 de junio de 1998, después de que este presentase el allanamiento reconociendo su responsabilidad internacional en el presente caso.

³ Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Auto dictado por la Sala de los Penal de la Corte Suprema, 2 de marzo de 1995.

B) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Benavides Cevallos

En su sentencia del 19 de junio de 1998 en el Caso Benavides Cevallos la Corte Interamericana de Derechos Humanos por unanimidad:

“... 1. resuelve que es procedente el allanamiento del Estado del Ecuador a las pretensiones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en consecuencia, que ha cesado la controversia respecto de los hechos que dieron origen al presente caso;

2. toma nota del reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado del Ecuador, y declara, conforme a los términos de dicho reconocimiento, que el Estado violó los derechos protegidos por los artículos 3, 4, 5, 7, 8 y 25⁴ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señorita Consuelo Benavides Cevallos;...

4. requiere al Estado del Ecuador que continúe las investigaciones para sancionar a todos los responsables de las violaciones de los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta sentencia;

5. se reserva la facultad de supervisar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente sentencia.”⁵

C) Cumplimiento de la sentencia por parte del Estado de Ecuador

El 19 de febrero de 1999 la Secretaría de la Corte siguiendo instrucciones del Presidente, requirió al Ecuador la presentación de un informe sobre el cumplimiento de la sentencia emitida por el Tribunal el 19 de junio de 1998 y le indicó que dicho informe “deb[ia] contener una relación pormenorizada de las medidas que se ha[bian] tomado para dar

⁴ Derecho al reconocimiento de la personería jurídica (art. 3), derecho a la vida (art. 4), derecho a la integridad personal (art. 5), derecho a la libertad personal (art. 7), derecho a las garantías judiciales (art. 8) y derecho a la protección judicial (art. 25).

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 38. Corte I.D.H., Caso Benavides Cevallos. Sentencia de 19 de junio de 1998, sección VII.

cumplimiento a los términos del acuerdo aprobado por la Corte [...] así como a la obligación de ‘continuar las investigaciones para sancionar a todos los responsables de las violaciones de los derechos humanos a que se [hizo] referencia en [la] sentencia’ [...]”.⁶

El Estado comunicó a la Corte, el 11 de febrero de 2001, que en cumplimiento de su obligación de continuar con las investigaciones para sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos a que hace referencia la sentencia: “[l]a Corte Suprema de Justicia, mediante auto motivado de fecha 7 de agosto de 1998, declaró prescrita la acción penal en contra del sindicato Fausto Morales Villota” y que “mediante providencia de fecha 27 de julio de 2000, el Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia, orden[ó] el levantamiento de las medidas cautelares de carácter real que existían sobre los bienes y cuentas de los sindicatos a favor de los cuales se declaró el sobreseimiento y la prescripción de la acción”.⁷

La Corte determinó, en su Resolución sobre el Cumplimiento de Sentencia del Caso Benavides Cevallos del 27 de noviembre de 2002, que el Estado ecuatoriano debía cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), observando los puntos resolutivos de la sentencia y que no podía aludir la prescripción de la acción en contra de los responsables, ya que la prescripción contenida en el derecho interno ecuatoriano no podía ser excusa para dejar de cumplir una obligación internacional.⁸

Por último la Corte determinó que el Estado ecuatoriano deberá presentar, hasta el 30 de marzo de 2003, un informe detallado sobre las gestiones realizadas para “impulsar y concluir los procesos judiciales suspendidos a causa de la fuga de los sindicatos en el crimen de la profesora Benavides; y de patrocinar, conforme a la ley, las acciones judiciales contra las personas responsables de delitos conexos, que no hubieran sido sancionados”.⁹

⁶ Corte IDH, Resolución sobre el Cumplimiento de Sentencia del Caso Benavides Cevallos del 27 de noviembre de 2002, vistos 3.

⁷ *Ibid.*, vistos 11.

⁸ Este punto se basa en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que reza: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]”.

⁹ Corte IDH, Resolución sobre el Cumplimiento de Sentencia del Caso Benavides Cevallos del 27 de noviembre de 2002, considerando 3.

2. Los Crímenes de Lesa Humanidad

A) Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad. ¿Por qué el caso Consuelo Benavides se puede considerar un delito de Lesa Humanidad?

El concepto de crímenes de lesa humanidad (Crímenes contra la humanidad) aparece a raíz de la instauración del Proceso del Tribunal de Nuremberg para castigar a los criminales responsables de genocidio en la Alemania nazi durante la segunda guerra mundial. Los convenios, tratados y demás instrumentos internacionales no se han preocupado por definir a los delitos contra la humanidad, sino más bien han buscado enumerarlos de manera no taxativa, de tal manera que el avance de la protección de los derechos humanos cuya violación es considerada dentro de esta categoría pueda extenderse.

El primer instrumento que especifica el contenido de esta definición es el artículo 6 (c) del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, 1945, que incluye: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos y persecuciones por motivos políticos, raciales y religiosos. Posteriormente en la Ley No. 10 del Consejo de Control, 1946, se incluyó: el asesinato, deportación, encarcelamiento, tortura y otros actos inhumanos y persecuciones por motivos políticos, raciales y religiosos. El artículo 6 (c) del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, 1993: asesinato, exterminación, reducción a servidumbre, deportación, encarcelamiento, tortura, violaciones, persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos y otros actos inhumanos. El artículo 7 del Estatuto del la Corte Penal Internacional, 1998: asesinato, deportación o traslado forzoso de la población civil, encarcelamiento u otra privación severa de la libertad que viole las normas fundamentales de derecho internacional, tortura, persecuciones, desapariciones forzadas y otros actos inhumanos.

La Convención sobre el genocidio de las Naciones Unidas, 1948, en su artículo 2 reza: “En la presente convención el genocidio se entiende como cualquier acto de los siguientes, cometido con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

1.- Asesinatos de los miembros del grupo

- 2.- Atentado grave contra la integridad física o mental de los miembros del grupo
- 3.- Sumisión intencional del grupo a condiciones de existencia que causen su destrucción física total o parcial.
- 4.- Medidas que impidan los nacimientos dentro del grupo
- 5.- Desplazamiento forzado de niños de un grupo a otro.”

Como podemos observar, los crímenes contra la humanidad no son nuevos tipos de delitos, si no que son la confluencia de ilícitos, algunos contenidos en el ordenamiento jurídico de nuestro país desde hace años atrás, pero otros no, los cuales se encuentran plasmados en el derecho internacional por el peligro para los habitantes de un país de que dichos delitos puedan ser cometidos con impunidad. Ecuador no sólo tiene la obligación de investigar y sancionar a los culpables de estos delitos, tiene el deber internacional de adecuar su sistema normativo interno a las obligaciones internacionales que contrae, sea convencionalmente o como parte de la comunidad internacional. La garantía que deben presentar los Estados al goce del derecho a la vida y a la integridad personal es uno de los pilares del estado de derecho, entonces la violación de estos derechos por el Estado o a vista y paciencia de este, es por demás reprochable; así lo ha entendido la comunidad internacional, que ha declarado que la protección de los derechos fundamentales del hombre superan la esfera nacional.

“Para calificar a los actos como crímenes contra la humanidad éstos deben tener ciertos requisitos:

1. Que sean prácticas sistemáticas o generalizadas.
2. Dirigidas contra la población civil y que esta tenga conocimiento del ataque, puede ser una parte definida de la población civil o indefinida, por ejemplo, el ataque puede deberse a posiciones políticas, religiosas o étnicas o a ninguna de las anteriores.
3. Debe ser parte de un plan o práctica más grande, el ataque debe ser resultado de la búsqueda de la realización de un fin de la política estatal.
4. Pueden ser ejecutados en tiempos de paz o de guerra, por personal militar o civil”.¹⁰

¹⁰ SEMPERTEGUI, Ana Cristina, Extradición en casos de crímenes contra la humanidad cometidos por jefes de estado: Caso Pinochet, Pontificia Universidad Católica del Ecuador,

La detención ilegal, tortura y asesinato de Consuelo Benavides se ajusta a las definiciones antes propuestas, ya que fue cometida por agentes estatales que llevaban a cabo un bien elaborado plan: el exterminio de los integrantes del grupo subversivo "Alfaro Vive Carajo". Dicho plan fue ejecutado contra población civil. Las libertades entregadas a las fuerzas policiales y militares para realizar investigaciones que revelen a los miembros de dicho grupo, llevó a que las torturas, detenciones ilegales y ejecuciones extrajudiciales fueran actos generalizados, sufriendo de éstos, criminales comunes o gente totalmente desvinculada a estos actos como los hermanos Restrepo.

Hablamos de una política de Estado que fue declarada, sin reparo alguno, por miembros del gobierno del Ing. León Febres Cordero ante los medios de comunicación y llevada a cabo sistemáticamente por sus agentes. Estos hechos fueron denunciados por entidades como la comisión especial del Congreso Nacional para la investigación del caso Consuelo Benavides, la comisión multipartidista, de la misma institución, que investigó el caso de los Hermanos Restrepo (caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no. 11.868), los informes del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América sobre la situación de los Derechos Humanos en el Ecuador (1986, 1987, 1988 y 1993), Amnistía Internacional en su reporte anual de 1988 y la American's Watch en su informe de Derechos Humanos en Ecuador: "Problemas en Democracia" de 1998.¹¹

Este sistema organizado para la violación sistemática de los Derechos Humanos incluye también a la función judicial que permitió que las acciones contra los responsables prescriban y de esta manera asegurarles la impunidad. Pero la comunidad internacional anticipándose a que estos actos ocurran decretó que la "ley del olvido" (la prescripción) no sea aplicable a estos casos. "La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en resolución 2391 del 26 de noviembre de 1968 tomó en cuenta la gravedad

Tesis Doctoral, 1999-2000. Pág. 61; elementos tomados del art. 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

¹¹ Información tomada de la respuesta presentada por el Sr. Alfonso Benavides al informe presentado por Ecuador sobre el cumplimiento de la sentencia del Caso Consuelo Benavides de la Corte IDH.

de los delitos y la importancia de que se dé una sanción a los individuos que los cometen para establecer límites de tiempo en el procesamiento de estos crímenes”.¹²

Dicha convención estipula en su artículo 1 literal b:

“Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3(I) de 13 de febrero de 1946 y 95(I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio de la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si estos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

En la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1973 se adoptaron los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad, cuyo primer principio reza:

“Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualesquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”.

B) Existencia dentro de la normativa ecuatoriana de los delitos de Lesa Humanidad (ius cogens y tratados internacionales como derecho interno)

Si bien la imprescriptibilidad de los delitos analizados fue reconocida a nivel constitucional por el Ecuador en la constitución de 1998,¹³ esto no

¹² SEMPERTEGUI, Ana Cristina, Extradición en casos de crímenes contra la humanidad cometidos por jefes de estado: Caso Pinochet, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Tesis Doctoral, 1999-2000. Pág. 46.

exime al Estado de su obligación de aplicar éste principio en crímenes cometidos antes de ése año, ya que, como hemos visto, éste ya pertenece al *ius cogens*,¹⁴ que es una norma del derecho de gentes que está inserta dentro de los sistemas normativos de los Estados sin necesidad de convención especial.¹⁵ Pese a esto debemos señalar que el Ecuador es parte de algunas de las convenciones, tratados e instrumentos señalados anteriormente, como parte de la Organización de Naciones Unidas y como depositario de instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 15 reza:

“1. nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. (La cursiva es nuestra).

¹³ La Constitución Política del Ecuador vigente establece en su artículo 23, número 3, inciso tercero: “Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad”.

¹⁴ Norma resultante de la evolución de la costumbre internacional, la comunidad internacional la considera erga omnes, por lo que los estados, sin necesidad de convención especial, se obligan a respetarlas por el simple hecho de ser parte de dicha comunidad. Son normas que se repiten con insistencia en tratados internacionales, dentro de la obligación de respetar estas normas el estado debe modificar su derecho interno para acogerlas. La Constitución Política del Ecuador reconoce estas normas en su art. 23 “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: ...” (la cursiva es nuestra).

¹⁵ “Dentro de tal contexto, por derivar los crímenes internacionales del incumplimiento o violación de normas imperativas y de validez erga omnes, situadas más allá del escenario contractual de los Estados, aparejan un interés colectivizado, un derecho a reclamación solidaria (*actio popularis*) y, sus consecuencias jurídicas no deberían ser otras que aflictivas y, subsidiariamente, reparatorias”. AGUIAR, Asdrúbal, Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. Venezuela, 1997; Anuario de la CDI, 1962, I, pág. 39; Anuario de la CDI. 1963. II, pág. 245; y, Anuario de la CDI, 1969. I, pág.257.

Al tener, dentro del sistema normativo ecuatoriano, estos tratados la jerarquía de leyes y en este caso de leyes especiales,¹⁶ se deben aplicar a los actos que tipifican, es decir, se aplicarían en lugar de las normas del Código Penal ecuatoriano en lo correspondiente a la prescripción de los delitos y las acciones, y se aplicará el Código Penal en la determinación de los delitos y las penas, los delitos concurrentes en el caso Benavides (detención ilegal, tortura y asesinato) se encontraban tipificados en el momento en que fueron cometidos por el derecho internacional y que, bajo esa perspectiva, debían ser aplicados los tipos penales existentes en el Código Penal Ecuatoriano.¹⁷

Por lo tanto el Ecuador no puede declarar ante las víctimas y la comunidad internacional que ha cumplido con la sentencia de la Corte IDH al haber declarado prescritas las acciones de los implicados. Los delitos cometidos contra Consuelo Benavides son Crímenes Internacionales, reconocidos por la ley internacional y tutelados por ésta. Como declaró el delegado de Reino Unido en las sesiones de preparación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el genocidio: “[si bien] una ley internacional limitaría el poder de ciertos Estados ante sus ciudadanos, conviene que, en ciertos casos, ella los proteja contra sus propios gobiernos. Si una intervención humanitaria por medio de la guerra es, a veces, justificada, una intervención humanitaria por medio de la ley internacional, lo debe ser aun más”.¹⁸

La importancia de la tutela internacional de la prevención, investigación y castigo de estos crímenes, y de su determinación como Crímenes de Derecho Internacional radica en que “[s]u gravedad y peculiaridad sobrepasan los límites de una nación y pueden escapar, a veces, el castigo, ya que son culpables los mismos detentores del poder”,¹⁹ como ocurre en el caso ecuatoriano.

¹⁶ Al no encontrarse los delitos de Lesa Humanidad tipificados en las normas penales ecuatorianas los tratados internacionales serían normas especiales en esta materia. Principio de supremacía legal: Constitución Política del Estado art. 163 “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas”. Principio de ley especial sobre general: Código Penal art. 9 “Cuando dos disposiciones penales estén en oposición, prevalecerá la especial”.

¹⁷ En el Código Penal Ecuatoriano se encuentran tipificados estos delitos: Detención ilegal (art. 183), Tortura (art. 187) y Asesinato (art. 450).

¹⁸ CISNEROS, Vicente, La noción de genocidio en la Convención de las Naciones Unidas, Pontificia Universidad Gregoriana, Roma, 1961. pág. 75.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 76.

3. Consecuencias del incumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el caso Benavides

La única manera de que el Ecuador cumpla con su obligación internacional de acatar la sentencia de la Corte IDH en el Caso Benavides es la reapertura de la investigación y de los procesos hasta conseguir la sanción de todos los autores intelectuales y materiales, cómplices y encubridores. Además de aplicar las sanciones correspondientes a los responsables del retardo injustificado del proceso y la no aplicación de las normas constitucionales.²⁰

Cabe anotar que esta obligación se extiende a los demás procesos y denuncias que existen sobre detención ilegal, tortura, desaparición y asesinato que se dieron en el periodo del Ing. León Febres Cordero. La reapertura de estos casos queda entonces en manos de los jueces, que en aplicación del control constitucional difuso, podrán dictar que la prescripción es inaplicable para estos casos.²¹ Un análisis en conjunto de estos casos por parte de la Corte Suprema de Justicia debería llevar a una resolución donde se reconozca la aplicación de las normas de derecho internacional antes estudiadas a estos casos; como ya lo han hecho sus pares mexicanos y argentinos.

De no llegar el Estado ecuatoriano a cumplir estas obligaciones podrían darse las consecuencias que analizaremos a continuación.

“[E]l incumplimiento de la sentencia no sólo que agrava cada vez más la responsabilidad internacional del Estado... eventualmente les conduce a responsabilidades personales tanto civiles, administrativas o inclusive penales, en razón de que el Estado ecuatoriano, al igual que los demás derechos que asume en los Convenios Internacionales, tiene la obligación

²⁰ Constitución Política del Ecuador, art. 273 “Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente”.

²¹ Constitución Política del Ecuador, art. 274 “Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido...”.

de hacer cumplir con lo resuelto por la Corte [IDH] a través de sus sentencias".²²

El Ecuador está además en deuda con la comunidad internacional al no tipificar los delitos de Lesa Humanidad dentro de su sistema normativo interno, compromiso que adquirió al ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos contempla un mecanismo para hacer cumplir las sentencias de la Corte IDH, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 65²³ determina que la Corte IDH podrá enviar un informe a la Asamblea General de la OEA sobre el no cumplimiento por parte de un Estado de uno de sus fallos.

La presentación de dicho informe será perjudicial para la ya pésima imagen del Ecuador en el exterior, entre las consecuencias serían la determinación de que en el país no existe seguridad jurídica y por tanto el aumento del riesgo país, que provocará la disminución de la confianza para los inversionistas extranjeros. Una resolución negativa de la Asamblea General llevaría a la paralización de las líneas de crédito por parte de organismos internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Unión Europea; así como la censura por parte de cualquier país depositario de la Convención Americana de Derechos Humanos, en función de la buena fe con que los Estados suscribieron dicha convención (*pacta sunt servada*) y por la cual pueden reclamar al Ecuador el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas.

Al ser el Ecuador un país sin poder económico y dependiente de países desarrollados que siempre imponen el manejo de parámetros aceptables en la defensa de los derechos humanos y el respeto a las obligaciones internacionales como premisas para mantener vínculos comerciales, el

²² CUEVA, Lida, El Caso Suárez Rosero y la responsabilidad internacional del Ecuador en materia de Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Tesis, 2002, pág. 157.

²³ "La Corte [IDH] someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización [de Estados Americanos] 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".

desprestigio internacional que provocarán estos hechos está teniendo y tendrá importantes repercusiones económicas en el Ecuador.

4. Conclusiones

“[L]a promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, y reconociendo la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia”²⁴. De éste presupuesto parte el desarrollo de una sociedad, cuyos miembros realizan sus actividades con la seguridad de que el aparato estatal está organizado para respetar y garantizar sus derechos humanos.

Si bien es obligación del Estado, dentro del campo de garantizar los derechos humanos, el de prevenir las violaciones a estos derechos; y, que en función de dicha obligación fue deber del Estado detener cualquier acción violenta provocada por grupos subversivos, esto no autoriza al Estado a suprimir los derechos de sus miembros. Si bien no se puede justificar el terror provocado por estos movimientos subversivos, peor aún se puede justificar el terrorismo de Estado en nombre de mantener la paz a costa de vidas humanas.

Es por lo antes señalado que la lucha por el cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el Caso Consuelo Benavides no es una reivindicación de los ideales de un grupo subversivo, es la lucha por implantar un verdadero Estado de derecho, respetuoso de la vida de sus ciudadanos y, a la vez, respetuoso de sus obligaciones internacionales.

Dejar crímenes como éste en la impunidad deja en la indefensión a nuestro pueblo de futuros abusos de los gobernantes; en este tiempo cobra aún mayor vigencia este peligro, ya que los ex-militares ganan espacios en el poder del Estado. Las ideologías de izquierda o derecha no son importantes en este campo, la única idea que nos debe motivar es la búsqueda de justicia y el hecho de que el hombre nace con ciertos derechos, no importa si son o no reconocidos por un Estado, ya que son inherentes a su condición de ser humano; y el más sagrado de estos derechos es el derecho a la vida.

²⁴ Carta Democrática Americana, Preámbulo.

Si permitimos que estos hechos de sangre queden en el olvido no tendremos calidad moral para reclamarlos cuando futuros gobiernos los violenten en contra de nuestras madres, hermanos, esposos, esposas o hijos.

Un pueblo que no aprende de su pasado, está condenado a repetirlo.

LA TORTURA DENTRO DEL SISTEMA LEGAL ECUATORIANO

Efrén Guerrero Salgado¹

"La obediencia ciega en las sociedades modernas es un vicio repugnante más que una virtud. Todas las atrocidades de la guerra son consecuencia directa de alguien que obedeció en lugar de pensar" (Alex Comfort)

1.- INTRODUCCIÓN

A pesar de la existencia de la obligación, dentro de la vida de los individuos y de los Estados, de respetar los derechos fundamentales de las personas, la humanidad sufre de un abuso sistemático de sus derechos, por muy distintas razones. Millones de personas en todo el mundo llevan en sus cuerpos y en sus mentes las cicatrices del atropello cometido por ciertos grupos de poder, quienes han justificado sus acciones en aras de la "seguridad", "democracia" o en el colmo del cinismo, en la protección de la "sociedad".

Es por estas circunstancias, que el Derecho, como sistema regulador de las relaciones sociales, ha establecido una serie de mecanismos para proteger la integridad física de las personas, los cuales, a pesar de su eficacia en ciertos casos, están en peligro de convertirse en simples normas abstractas, que no impiden o castigan terribles crímenes que se cometen a diario.

Con los siguientes argumentos, pretendo demostrar la injustificabilidad de estos métodos dentro de un sistema democrático, así como la necesidad de voluntad política estatal, para aplicar los diferentes instrumentos, tanto dentro del derecho interno, como en el ámbito internacional, para proteger a los individuos de tales procedimientos.

¹ Estudiante de séptimo nivel de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Artículo revisado por el Dr. Arturo Donoso Castellón, profesor titular de la Facultad.

2.- DEFINICIÓN

En la vida diaria, utilizamos el término “tortura” en su acepción clásica, que se enmarca en “el tormento que aplica al cuerpo con el fin de averiguar la verdad.” Actualmente, esta definición es ampliamente superada, ya que la casuística nos demuestra que la tortura puede ser utilizada, además de la simple extracción de información, como un medio de castigo, y principalmente, como un mecanismo de represión política.

Para evitar confusiones, podemos utilizar la definición contenida en el Artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, y otras Tratamientos y Castigos Crueles, Inhumanos y Degradantes:

“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”

Bajo esta definición, la tortura, como figura legal tiene 4 elementos:

1. Dolor severo o sufrimiento, que es infringido a propósito a una persona.
2. Su objetivo es diverso: obtención de información, castigo, confesión, etc.
3. Es perpetrado por un miembro de la autoridad pública.
4. Puede o no puede ser sancionado por la ley.

Pese a que esta definición es muy abierta, haciendo que una mayor cantidad de casuística quepa en ella, no incluye ciertos tipos de prácticas,

como por ejemplo la de justificación religiosa², la que se ejerce en contra de las mujeres³ o la que ejercen grupos irregulares o actores de conflicto.

3.- HISTORIA

Desde los tiempos de Grecia, existen testimonios de crueldad en contra de los seres humanos. Esparta, una de las ciudades-estado griegas, tenía a la violencia como práctica institucionalizada: los recién nacidos con algún tipo de malformación o enfermedad, eran considerados “no aptos” y eran lanzados por los riscos de las montañas cercanas a la ciudad.

En Roma, además del maltrato socialmente aceptado hacia los esclavos, que eran considerados bienes fungibles, existían castigos cuyo único propósito era aumentar deliberadamente el sufrimiento del sindicado, como el de desmembración, que podía ser aplicado en caso de no cumplimiento de deudas.

Después de la caída del imperio Romano, existió una época de amplio uso del Derecho Germánico, de índole consuetudinaria, donde se utilizaban ciertos métodos, como la marca, la decalvación (rasurar el cabello como forma de vergüenza pública) o la flagelación.

Durante la Edad Media, existe evidencia de uso de violencia justificada y sofisticada por parte del Santo Oficio durante los procesos de la Inquisición, aunque debemos anotar que la Iglesia no actuaba en el momento de arrancar una confesión o condenar a muerte a un acusado. En esos casos, la Iglesia dejaba al acusado en manos del poder civil.

En la época colonial, encontramos que documentos base para las Leyes de India, como son el Fuero Juzgo o el Fuero Real⁴, admitían el uso de la fuerza física, así como el confinamiento en las galeras (barcos de remos con gran tonelaje) donde un condenado recibía terribles castigos.

² En países fundamentalistas, como Irán, la ley permite azotar (en ciertos casos, cientos de veces), a personas que beben alcohol, o no se visten de la manera permitida. En otras religiones, como la hindú, existe la práctica de *sutee*, que es la muerte “voluntaria” de la viuda, inmolándose con el cuerpo de su marido.

³ Esto incluye violación, violencia doméstica, mutilación genital, etc.

⁴ En las Siete Partidas, se admite el uso de la picota, la flagelación, entre otros tipos de prácticas.

Durante la Colonia, los dominadores españoles utilizaron diferentes métodos para aumentar el dolor durante la confesión, o para aumentar el poder político mediante la ejecución de líderes indígenas, como son los casos de Atahualpa (muerto por garrote, que provocaba asfixia) o Tupac Amaru (desmembrado).

Esta situación, en que el uso del dolor deliberado como herramienta amparada por la legislación y los grupos de poder, sufre un cambio alrededor del siglo XVIII gracias a las ideas liberales, en el aspecto político⁵, con las teorías modernas del Derecho Penal se dejó de lado la teoría de la venganza social, y se llegó a una posición ideológica en la que el Derecho para Castigar (*Ius Puniendi*) busca el establecimiento de un sistema de rehabilitación social.

Pese a estos avances, la situación en el Ecuador no cambió mucho durante la colonia, ni durante los primeros días de la época republicana, ya que una gran masa social (principalmente nativos americanos) vivía en un estado de desamparo, generado por una serie de factores: Uno, fue la distancia entre el centro de poder y los subordinados, factor que creaba un ambiente donde la impunidad campeaba; y por otro lado tenemos las concepciones antropológico-religiosas que veían al grupo indígena como socialmente inferiores, y disponibles para cualquier vejamen. Como factor externo, tenemos a una estructura social cerrada, que destruía cualquier acceso al mejoramiento de la calidad de vida.

A más del grupo indígena podemos encontrar informes, principalmente en los años 1800 y 1900, de violaciones a la integridad física de mujeres de clase media, las cuales, cortesía de un medio social adverso, sufrieron maltratos terribles a su cuerpo y a su psique. Tomemos como ejemplo éste testimonio de un Juicio Civil de Divorcio, efectuado en Quito, durante el año de 1866:

“me ultraja con las espreciones más denigrantes, y se me estropea con patadas y puñetes llegando al extremo de amarrarme y colgarme flajeleandome con veta de llada y q` no tienen quien lo reclamen en atención a mi insolencia y orfandad..”
” (Se ha respetado la sintaxis y ortografía original)

⁵ En la Declaración del los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se da un gran adelanto teórico, pues su Art. 8 asegura el principio de legalidad, evitando penas no establecidas, con lo que se impide a la autoridad “inventar” un castigo a su antojo.

Con la llegada de la Revolución Liberal, la Situación de la mujer mejoró significativamente, pero la de la población indígena en el Ecuador no sufrió mayor cambio hasta entrado los años 60, donde, gracias a reformas legislativas importantes, el status legal del indígena ha cambiado de ser discriminado y explotado, a convertirse en un actor tanto social como político de la vida nacional.

Durante los años 70, el Ecuador estuvo inmerso en la tendencia regional a militarizar las funciones del Estado, pero no se dieron los procesos represivos que se han demostrado en los casos Argentino o Chileno.

En los años 80 aparecen movimientos insurgentes de tendencia marxista, que buscan la desestabilización del régimen. Frente a este estado de conmoción, el Régimen, a través de los agentes de seguridad del Estado, persigue y detiene, y en algunos casos tortura, a ciertas personas.

En los últimos años, la tortura se ha vuelto un tema desgraciadamente común, producto de los abusos cometidos en la Guerra de Yugoslavia, y las denuncias que se han presentado contra las fuerzas de seguridad estatales; pero no se debe olvidar que han existido casos de abusos, contra miembros de fuerzas de seguridad (los casos de abuso desmedidos en "bautizos" y otras ceremonias bufas), etc.

4.- MÉTODOS DE TORTURA

En este nuevo milenio, el estado actual de la tecnología ha progresado de manera dramática, generando nuevas y variadas formas para que el hombre encuentre solución a sus necesidades. Desgraciadamente, el progreso ha sido pervertido de tal manera que los métodos de tortura han llegado a un punto de sofisticación que nos recuerdan a las profecías de George Orwell en *1984*. Los torturadores tienen a su disposición una serie de métodos que aseguran el desmoronamiento físico y mental de la persona.

Alguno de los métodos utilizados, que varían respecto a cada país y cultura, son:

- Golpes (de puño, patadas, bofetadas)

- Mutilación (amputación⁶, extracción de uñas o dientes, rotura de huesos)
- Inmersión (sumersión frecuente en agua helada o sucia)
- Colgamiento (con ambas manos, de los pulgares, etc.)
- Azotamiento (con cables, ramas, o bastones, etc.; esta es una de las técnicas más comunes, por cuanto es fácil de ser aplicada en cualquier lugar o condición)
- Shock eléctrico (normalmente aplicada en puntos sensibles del cuerpo, como los órganos genitales o el recto)
- Violación y otras agresiones sexuales

Otros métodos incluyen la exposición a peligros físicos, gracias a la privación de sueño, comida o agua.

Aparte de estas “técnicas” existen métodos diseñados para acabar psicológicamente con la persona como son:

- Secuestro y ejecución de familiares de la víctima, como ocurre de manera diaria en Colombia.
- Forzar a la persona a ver la ejecución, violación, o muerte de otras personas.
- Ejecuciones ficticias
- Confinamiento solitario

Los torturadores utilizan una combinación de estas técnicas para volverlo más “eficiente”. Esto ha provocado una enfermedad que en la literatura médica se conoce como “síndrome de stress postraumático”, que se caracteriza por angustia y depresión, lo que vuelve a la víctima un ser improductivo, cuya mente ha sido afectada de por vida.

5.- JUSTIFICACIÓN DE LA TORTURA

¿Y como se puede justificar todo esto? Quienes están de acuerdo con utilizar métodos humanos o degradantes en el plano personal, insisten en que el Estado, como ente obligado a perseguir a quienes ponen en peligro la vida de inocentes, debe perseguir a quienes afectan el normal desenvolvimiento de la sociedad, inclusive con la violación de bienes jurídicos inherentes al ser humano.

⁶ En ciertos países africanos es práctica común lo que se conoce como “amputación cruzada”, consistente en el corte de una mano y su opuesto en el pie.

Por otro lado, ciertos sectores consideran "necesario" infringir a un individuo sufrimiento, ya que el Estado tiene la obligación de asegurar la felicidad del mayor número de personas; si sumamos este hecho a que ciertas sociedades viven graves conflictos civiles, se genera una situación en que muchas acciones de los órganos de seguridad pueden ser desmedidas y caer en la impunidad.

En cambio, cuando hablamos de la tortura como una práctica estatal común, es considerada como una parte o estrategia política de los grupos en situaciones de poder, para paralizar a la población y convencerla de la omnipotencia del régimen. Esta omnipotencia se basa en el ingrediente principal de la tortura: el miedo; que destruye la voluntad y la personalidad de las víctimas.

6.- INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Al referimos a los instrumentos internacionales, podemos empezar con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en París, el 10 de Diciembre de 1948, por cuarenta y ocho países, entre ellos el Ecuador.

Su Art. 5 expresa claramente:

"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos, o degradantes"

En ese momento (1948), no se concretó de qué manera se iba a dar una solidez jurídica a la aplicación de esta declaración, por cuanto estos derechos no pasaban de la normativa moral, y su interpretación es muy amplia. Eso sí, se estableció que la declaración no era más que un escaño de un proceso de positivización del derecho natural,⁷ que mediante la ratificación por los diversos Estados, pasarían a incorporarse a la normativa de las naciones firmantes⁸.

⁷ La orientación iusnaturalista en el Derecho internacional tiene necesariamente una concepción monista. Si la esencia del positivismo está en la concepción voluntarista de la norma jurídica, el iusnaturalismo la concibe como una ordenación de razón.

⁸ A más de las razones jurídicas que aceptan la necesidad de que la normativa interna y externa sean armónicas, existe algunas de orden filosófico: La primera está en relación con la protección y respeto a los valores fundamentales de la persona, la segunda con el principio de subsidiariedad. Por lo que al primero se refiere, comunidad e individuo se

Para mantener este proceso de positivización, se reitera la prohibición de la tortura en el Art. 7 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmada el 23 de Marzo de 1976⁹.

En 1975 se realiza el primer intento para cubrir el tema de la tortura en su totalidad, a través de la adopción de la Declaración sobre la protección de todas las personas de ser sometidas a tortura y otras penas crueles, inhumanas y degradantes.

Durante el año de 1982, las Naciones Unidas pusieron en vigencia los Principios de Ética Médica que prohíben al personal médico utilizar métodos que causen sufrimiento innecesario, o que utilicen seres humanos en pruebas médicas sin su consentimiento.

Finalmente, la ONU, recogiendo las distintas posiciones sobre este tema, creó un instrumento más protector y más efectivo para prevenir las prácticas de tortura alrededor del mundo: Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, y otros Tratamientos y Castigos Crueles, Inhumanos y Degradantes, que fue adoptada en 1984 y entró en vigor en 1987.

Su objetivo es hacer que los Estados firmantes impidan las prácticas de tortura dentro de su territorio o cometida por o contra sus nacionales. Entre las normas de la Convención podemos considerar como representativos de las características y espíritu de las normas:

encuentran en una relación singular: el bien común o general prevalece sobre el particular, pero el destinatario último del Derecho es en última instancia la persona humana. El poder soberano del Estado o el favorecimiento de los intereses generales de la comunidad humana encuentra un límite en el respeto a los valores absolutos de la persona. Por lo que respecta al segundo, la primacía del orden universal no absorbe ni anula la identidad y personalidad de las comunidades inferiores.

⁹ Se realizan estas reiteraciones, al parecer absurdas, para que se mantenga el principio de interrelación de los Derechos Fundamentales: cada derecho no es más ni menos importante que otro, y subsisten por esa interrelación. La ONU se ha pronunciado claramente sobre esto: "... todos los derechos deben ser desarrollados y protegidos. En ausencia de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos corren el peligro de ser puramente nominales; en ausencia de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales no podrán ser garantizados mucho tiempo." (ONU, documento A/2929, 1 de julio 1955, capítulo II).

- Art. 3 protege a los emigrantes o refugiados contra la repatriación forzada, si en el país de llegada existan sospechas fundadas de que pueda ser torturado.
- El Art. 6, atiende al principio de justicia universal, por cuanto obliga a los estados a perseguir a los sospechosos de tortura sin importar las fronteras nacionales, por cuanto son bienes jurídicos que deben ser protegidos por toda la humanidad y su existencia garantiza la vigencia del sistema democrático. Esto es concordante con disposiciones del Estatuto de Roma (1998) que crea la Corte Penal Internacional¹⁰.
- Art. 11: establece reglas para la interrogación y el buen trato de los prisioneros.
- Art. 13, que da capacidad a los individuos para reclamar a las autoridades de sus Estados.

A pesar de que la existencia de la Convención es un avance de capital importancia para asegurar el respeto a la vida e integridad física y psicológica de la persona, esta adolece de graves errores, que no nacen de la técnica jurídica, sino de factores exógenos:

- La Ratificación de la Convención en sí misma no señala la abolición de la práctica de la tortura en un país, por cuanto se necesita la voluntad política de los países que tienen el protagonismo en la comunidad internacional. Muchos países que utilizan la bandera de la protección de los derechos fundamentales, ejercen malos tratos en su territorio o fuera de él¹¹.
- La Convención es el menos ratificado de los principales tratados internacionales sobre los derechos humanos. Hasta

¹⁰ En el Proyecto de Elementos de Crímenes de la CPI, se establecen: Trato inhumano (Art. 8.2 a), Trato cruel (Art.8.2 b), Atentados contra la dignidad personal (Art. 8.2 b), Mutilación (8.2 c). También se dan definiciones de crímenes que incluyan experimentos biológicos (Art. 8.2.a) etc.

¹¹ Un ejemplo patético de este doble discurso en las relaciones internacionales son los EEUU. Después de los acontecimientos del 11 de septiembre, las autoridades estadounidenses han construido en la base militar de Guantánamo (Cuba) una cárcel especial (llamada *X-Ray Camp*) donde han sido trasladados, bajo las acusaciones de "terroristas", prisioneros de Afganistán (a quienes se les ha negado el status de "prisioneros de guerra") así como prisioneros Irakies. En los últimos meses, se han hecho graves acusaciones sobre malos tratos en esta instalación, las cuales han sido desmentidas por el Gobierno estadounidense, el cual ha negado a toda organización humanitaria entrar en esta construcción.

finales del año 2002, 128 Estados miembros de la ONU, de 190, lo han hecho. Eso es inmensamente grave, pues la tortura es de las más graves violaciones a la dignidad de la persona. Nuevamente se ve el doble discurso en ciertos estamentos, que ven a la creación de normas como la solución de cualquier problemática, sin que importe que queden como papel y no como un sistema auténtico de protección.

7.- INSTRUMENTOS NACIONALES Y SU APLICACIÓN

Además de los instrumentos internacionales, que son parte de la legislación ecuatoriana, y pueden ser aplicados en las circunstancias adecuadas, tenemos cierta legislación interna que protegen a los individuos de ser víctimas de tratos crueles e inhumanos.

Nuestra Constitución, no ha prohibido desde siempre la tortura, por cuanto la teoría jurídica (y los acontecimientos históricos) no daban cabida al respeto de todos los seres humanos, por diferencias ideológicas o sociales.

En el año de 1875, durante el Gobierno de Ignacio de Veintimilla, se llevó a cabo la Asamblea Constituyente de Ambato, que en la redacción de la Constitución consagró la inviolabilidad de la vida, con sus excepciones, así como la tortura y la pena de azotes.

Actualmente, nuestra Constitución Política (1998) tiene establecido en su Art. 23 la disposición correspondiente:

“... 2. La integridad personal. Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual • coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético humano.”

Esta norma tiene una ventaja, que desgraciadamente no es aplicada de manera adecuada: en el momento que el legislador utiliza el término “todo procedimiento” se supera a toda concepción apegada a la letra de la ley, y se cumple un principio importante en todo Estado de Derecho: El Estado, a través de sus representantes, en el momento en que deba aplicar

la norma debe tener presente la prioridad de la persona frente al Estado. El Estado no debe convertirse en un fin en sí mismo, sino orientar sus actuaciones con el fin de proteger y asegurar el bienestar del ser humano a quien sirve.

Por otro lado, tenemos que el Código Penal Ecuatoriano tiene establecido en su Art. 204, la prohibición de que los jueces u otras autoridades utilicen métodos infamantes o tormentos para obtener una confesión; y en el Art. 205, la prohibición de expedir ordenes que autoricen el uso de métodos que generen dolor injustificable a la víctima.

Por otro lado, tenemos el Art. 188 del antes mencionado cuerpo legal, que establece que, en caso de que una persona “arrestada o detenida hubiere sufrido tormentos corporales”, el culpable será sancionado de tres a seis años de reclusión menor, con las siguientes agravantes:

- Si los tormentos practicados hubieran generado lesiones permanentes¹² en el ofendido, la pena será de seis a nueve años de reclusión menor.
- En caso de que se compruebe que los tormentos generen la muerte del acusado, existe una pena que va de tres a seis años de reclusión menor.

Por otro lado, tenemos en el Código Penal Policial (que es utilizado sólo en casos donde el miembro de la Policía nacional ejerce su autoridad) disposiciones estrictas referentes a la tortura.

A pesar de todas estas normas, el Ecuador tiene una casuística de malos tratos y tortura, que en ciertos casos han recibido juzgamiento favorable, pero en la gran mayoría, han caído en la impunidad.

Como asunto paradigmático de esta situación tenemos el caso de los hermanos Restrepo. El 8 de enero de 1988, los hermanos Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi fueron detenidos por la Policía Nacional del Ecuador, enviados a las oficinas del Servicio de Investigación Criminal de Pichincha (SIC-P, actual OID) y posteriormente desaparecidos mientras se encontraban bajo la custodia de esta institución. Pese a las gestiones constantes de sus padres, el Estado

¹² Según el Código Penal, las lesiones permanentes incluyen enfermedad incurable, incapacidad para trabajar, mutilación grave y pérdida o inutilización de un órgano principal.

ecuatoriano no dio una respuesta satisfactoria a sus ruegos. En 1990, se formó una comisión especial que determinó la responsabilidad de oficiales del SIC-P en su desaparición, tortura y muerte.

A pesar de la determinación de los autores, cómplices y encubridores, el Estado se negó a compensar a la familia de los antes mencionados jóvenes, por lo que, agotados los recursos en el país, se tuvo que acudir a la administración internacional de Justicia, en este caso la Corte Interamericana de DDHH, que sugirió un proceso de solución amistosa¹³, llevándose este a efecto el 5 de Octubre de 2000. Este proceso, indemnizó a la Familia Restrepo y exigió tanto una nueva búsqueda de los jóvenes, como castigo para los culpables, cosa que no se ha llevado a cabo hasta la fecha.

8.- CONCLUSIONES

A pesar de que la bandera del “respeto a los Derechos Humanos” es la moda del momento, vemos que la impunidad campea a través del mundo, creando inseguridad y sufrimientos para muchos ciudadanos. A pesar de que esta situación es comprobable cada día, vemos que los Estados carecen de voluntad política para aplicar los instrumentos internacionales que prohíben la tortura y otras penas degradantes, los cuales generan sus correspondientes obligaciones en ese campo, así como en la legislación interna.

Por ello, el papel de los ciudadanos individuales y de la sociedad civil es de vital importancia, pues, cuando las estructuras estatales fallan, la presión política, así como mediática, se vuelve imprescindible como instrumento de acción, ya que, al tener al *establishment* anquilosado por ideologías que privan al individuo de la más simple salvaguardia, la influencia de la solidaridad y el compromiso con la humanidad constituyen las auténticas demostraciones de democracia y libertad.

BIBLIOGRAFÍA

Mossallnejad, Ezat. Torture at the threshold of the new Millenium, en Quaterly Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture, Dinamarca, 2002.

¹³ Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo, Caso 11.868, Informe No. 99/00, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. en 538 (2000).

Varios, Derechos Humanos. Declaraciones Solemnes, continuas violaciones. Editorial Salvat, Madrid, 1985.

Díaz, Elías. La sociedad entre el derecho y la justicia. Editorial Salvat, Barcelona, 1982.

Moscoso, Marta, Los límites de la tolerancia. en Mujeres, Imágenes y Conflictos, Abya Yala, Quito, 1996.

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, El ocaso de la dignidad: la tortura en el Ecuador, INREDH-CEAIV, Quito, 2000.

Amnistía Internacional, La Torture. Instrument de pouvoir, flea a combattre. EFAI, Paris, 1975.

Amnistía Internacional, Contra la tortura. Manual de acción. EDAI, Madrid, 2002.

Esser Albin, Nuevos horizontes en materia penal. Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999.

EL PERIODO GARCIANO Y SUS CONSTITUCIONES 1860 – 1875

Dr. Hernán Salgado Pesantes¹

Al señor doctor JORGE SALVADOR LARA,
ilustre juriconsulto, erudito historiador y antiguo
catedrático de la Pontificia Universidad Católica del
Ecuador, mi homenaje de respeto y cordial simpatía

García Moreno gobernó "en
*régimen de civilismo conservador de mano enérgica.
...fue uno de los grandes constructores del Ecuador:
impuso con implacable rigor, incluso con fusilamientos,
la disciplina colectiva, tras la desmoralizadora crisis
nacional de 1859; persiguió a pícaros y malhechores,
doblegó al militarismo y estableció un régimen de
gobierno inspirado en los principios del derecho
político-católico.*"

Jorge Salvador Lara²

Introducción

La República del Ecuador atravesó en los años de 1859 y de 1860 por una de las peores crisis políticas de su historia, la cual amenazó disolver a todo el país.³ Con estos graves acontecimientos se cierra el

¹ 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.

² Breve Historia Contemporánea del Ecuador, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 385.

³ Al finalizar la presidencia del general Francisco Robles (1856-1860) surgieron conflictos armados que dividieron al país en cuatro gobiernos, con el agravante de que el mariscal Ramón Castilla, presidente de Perú, había bloqueado Guayaquil y luego desembarcaría en Mapasingue para suscribir el irrito tratado de este nombre con el general Guillermo Franco, jefe militar de Guayaquil autoproclamado "gobierno nacional".

periodo de los ideales nacionalistas de marzo de 1845 —periodo marcista— que buscó desterrar el militarismo extranjero de impopular hegemonía durante los gobiernos del general Flores.

Al ser conjurada esta crisis se abre nuestra tercera etapa republicana —de quince años, como las dos anteriores— que será personificada por el doctor Gabriel García Moreno. Este personaje, que jugó un papel preponderante en superar la crisis, tomó el poder político y emprendió en la reconstrucción de la República con una energía, honradez y un dinamismo incomparables, pero el presidente García Moreno no buscó conciliar el orden con la libertad, prefirió concebirlos como antítesis y dio resueltamente paso al primero.

La obra garciana de gobierno, que quiso abarcar el plano moral además del material, se desarrolló entre luces y sombras. Si el impulso de la obra pública fue extraordinario, tanto como el ordenamiento de las finanzas, la excesiva severidad del régimen para imponer el orden y sus continuas extralimitaciones por sobre la ley le caracterizaron como un gobierno autoritario. En materia constitucional se dictaron dos textos diferentes, casi contrapuestos, los cuales dieron la fisonomía jurídica al periodo garciano.

Las tendencias liberales manifestadas en las constituciones del periodo marcista, que contribuyeron a configurar algunos rasgos del Estado-liberal, hallan una mayor expresión en la Carta Política de 1861. Esta séptima Constitución tiene una particular importancia por su contenido democrático y el espíritu que le anima por afianzar al Estado y a sus instituciones. Podríamos afirmar que luego de la Ley Fundamental de 1835, que consolidó a la naciente República ecuatoriana, es la de 1861 la más representativa en la evolución constitucional del siglo XIX, que culminará con la Carta Magna de 1906.

La influencia del mundo exterior —de Europa en especial— se hizo presente en la Constitución de 1861 y, paradójica o irónicamente, es García Moreno quien debía gobernar con este marco constitucional; era de suponer, por diversas razones, que el nuevo mandatario no se subordinaría a ella y que el Ecuador tendría otra "*Constitución de papel*", cuya vigencia acompañó a dos periodos presidenciales completos.

Para 1869 —al retornar al solio presidencial— García Moreno promulgaría otra Constitución —la octava—, obra suya, donde inscribiría sus concepciones político-jurídicas, como lo hiciera el Libertador en su Constitución para Bolivia y lo intentara también Flores en 1843, con la diferencia de que García Moreno sí gobernaría durante seis años con este ordenamiento constitucional, siendo quizá, para entonces, la primera vez que una Constitución regiría realmente en nuestro país.

LA CONSTITUCION DE 1861

La reestructuración Institucional

La Constitución de 1861 se fundamentó, en general, en la anterior Carta de 1852, pero introdujo modificaciones substanciales tendientes a: 1) ampliar el cuerpo de electores u órgano electoral; 2) a permitir que éstos participen directamente en la designación de sus gobernantes (del Ejecutivo, del Legislativo y de las autoridades seccionales); 3) a establecer en el Congreso una representación proporcional a la población de cada provincia. Analicemos estos cambios político-jurídicos.

1) Recuérdese que en el Ecuador se implantaron las instituciones del Estado-liberal sin corregir sus deformaciones, introduciéndose así el sufragio restringido, de carácter censitario (capacidad económica). Esta deformación quería contrarrestar el presupuesto de la soberanía popular, que situaba en el pueblo la elección de sus gobernantes con impredecibles resultados; tales designaciones escaparían al control de quienes ejerciendo el Poder querían mantenerlo. Por ello se limitó el ejercicio del sufragio, concibiéndole no como un derecho sino como una función pública sujeta al “requisito” de fortuna o de capacidad económica.

Este sufragio, que fue instituido desde la época grancolombiana y confirmado con exceso en 1830, tuvo como resultado anular —con graves consecuencias— la participación política de sectores mayoritarios, los cuales estaban llamados a actuar y a ejercitarse civicamente en el nuevo Estado independiente. Luego de treinta años, el requisito de capacidad económica exigido para ser ciudadano y elector desaparece de las constituciones ecuatorianas, correspondiendo a la de 1861 tal iniciativa.

Sin embargo, todavía quedaron rezagos del sistema censitario: para que un ciudadano pudiera ser elegido senador o diputado, presidente o vicepresidente de la República e incluso ministro de Estado, necesitaba el aval económico de una renta o propiedad. Para que estos rezagos se liquiden definitivamente habría que esperar la Constitución de 1884.⁴

Si bien este cambio amplió el estrecho círculo de los ciudadanos en goce de los derechos políticos, sus proyecciones (hasta concluir el siglo XIX y aun después) fueron modestas debido a que sobre la estructura del sistema electoral pesaban otras limitaciones, algunas de las cuales le acompañaron hasta épocas recientes: la edad de 21 años, la privación del voto a la mujer, el requisito de saber leer y escribir.⁵ Y ello, sin contar con los vicios de nuestro sufragio como el fraude, el cohecho, la imposición, etc. que resignaron la elección de los gobernantes a la voluntad del grupo o caudillo dueño del Poder.

En la segunda mitad del periodo garciano, el esfuerzo por ampliar el cuerpo electoral sufrió un grave retroceso cuando se impuso la limitación de "ser católico". A la discriminación económica suprimida en 1861 reemplazó en 1869 una de tipo religioso de funestas consecuencias. Pues, este precepto constitucional, sumado a las tendencias autoritarias del régimen, precipitarían a la actividad política por un doble cauce: la del fanatismo intolerante y la del anticlericalismo radical, cuyas secuelas se mantuvieron hasta más allá de la primera mitad del siglo XX.⁶

⁴ La Constitución de 1861 prescribe para los senadores una renta de 500 pesos y para los diputados una de 300. La Constitución de 1869 establece, en cambio, una renta únicamente para los senadores (o una propiedad de 4.000 pesos). En ambas Constituciones el presidente de la República requiere una capacidad económica igual a la de los senadores y en la de 1869 se hace extensiva a los ministros de Estado.

⁵ Este último requisito, mantenido por siglo y medio, fue ilógico e injusto en un Estado que busca ser democrático, donde el analfabetismo ha sido patrimonio de la mayoría y la educación un privilegio de pocos. En un Estado que, para la época, era de población predominantemente aborigen a la cual no se le reconoció su cultura propia y se le impuso otra, con fines de dominación, pero sin que tuvieran acceso a centros educativos, ya porque no hubo interés real en educarles, ya porque dichos centros fueron deficitarios por falta de recursos fiscales y humanos. Además, ¿cómo afirmar que quien sabe leer y escribir tenga cultura política y pueda, en consecuencia, ejercer su voto mejor que el analfabeto? Peor en nuestros días con el adelanto de los medios de información.

⁶ Como se recordará, la Constitución garciana de 1869 fue derogada en 1878.

2) La Constitución de 1861 introdujo una segunda e importante reestructuración relativa al **sufragio directo** para la elección de los miembros del Congreso, del presidente y vicepresidente de la República y de las autoridades seccionales civiles.

El gobierno representativo del Ecuador fue organizado en base del sufragio de carácter indirecto. Vale señalar que si bien el sufragio directo implica mayores ventajas en el juego democrático, el indirecto no es en sí mismo antidemocrático, lo que le vuelve negativo es la forma de utilizarlo, la graduación que se le da.

Es decir, que si se establecen elecciones indirectas de segundo, tercero o más grados para elegir a los gobernantes, ello significa que hay que pasar por igual número de asambleas de electores para que sea la última la que finalmente designe al candidato. Por ello se dice que el sufragio indirecto entraña una graduación del voto que puede llevar a relativizar sus efectos. Como se sabe, el sufragio indirecto es practicado en nuestros días por algunos países, por ejemplo, en los Estados Unidos se mantiene para las elecciones de presidente y vicepresidente; en Francia se lo utiliza para designar a los senadores.

En el Ecuador el voto indirecto que dio vida a los procesos electorales tuvo, también, su deformación. Recordemos que del esquema jurídico trazado por las seis primeras Constituciones se desprenden dos clases de ciudadanos: unos que reuniendo los requisitos de ciudadanía común pueden participar en las elecciones de primer grado de las Asambleas Parroquiales; otros que reuniendo condiciones especiales (mayor edad y riqueza) podían ser designados electores y participar en las elecciones de segundo grado de las Asambleas Provinciales, con opción a elegir a los representantes al Congreso. Los legisladores, a su turno, designarían al presidente y vicepresidente de la República, en elecciones de tercer grado.

Con este sistema, la elección de los gobernantes del Estado deja de ser la expresión de la voluntad popular, pues ésta ha ido diluyéndose en los diferentes niveles o grados; aparte de que tampoco podía serlo dada la restricción del sufragio y la marginación de la mayoría.

En todo caso, con el sufragio directo se borró aquella distinción entre los ciudadanos en goce de los derechos políticos y se buscó

despertar el aletargado espíritu cívico, haciendo que la participación ciudadana tome mayor trascendencia al elegir directamente a senadores y diputados, al presidente y vicepresidente de la República.

Como un antecedente de esta reestructuración, se debe recordar que en la segunda mitad del período marcista —con la Constitución de 1852— se dio un paso adelante al pasar la elección de los primeros mandatarios a las asambleas provinciales electorales, quitando esta atribución al Congreso que se limitó a realizar el escrutinio y a declarar electos a los candidatos triunfadores. Este papel del Congreso —de hacer el escrutinio— fue mantenido hasta la conformación de un órgano electoral independiente en 1945.

La Constitución de 1861 dispuso, además, que los gobernadores de las provincias, los jefes políticos cantonales y los tenientes parroquiales fueran elegidos por sufragio directo y secreto. También, la Ley sobre los Municipios dispuso que los concejeros municipales provinciales, cantonales y parroquiales fueran elegidos popularmente cada año (en diciembre). Y para que el Ejecutivo tenga alguna participación en la designación de los gobernadores (sus agentes inmediatos, como se los llama), debía mandársele una terna con los que hayan obtenido el mayor número de votos, de entre los cuales el presidente de la República elegiría al gobernador.⁷

La aplicación del sufragio popular directo para designar a las autoridades seccionales civiles no duró mucho tiempo, fue suprimido por la Constitución garciana de 1869. Este afán por fomentar las elecciones directas no dejaba de ser un saludable ejercicio cívico que podía elevar la cultura política o al menos iniciar en ella a la mayoría; aunque, en contrapartida, resultaba impracticable en un medio como el nuestro y en aquellos períodos de caudillismo autoritario.

3) En tercer lugar, en 1861, se estableció —de manera definitiva— que la representación o número de diputados que las provincias envían al Congreso fuera en proporción con el número de sus habitantes. Superada la grave crisis de los años de 1859-1860, los

⁷ Obsérvese que, además de los Municipios provinciales y cantonales, se tuvo la utopía de instalar un Municipio —con concejeros— en cada parroquia y que debían ser de elección popular directa; igual que los tenientes parroquiales. Esta división de la institución municipal no prosperó.

constituyentes pensaron que era tiempo de reducir el predominio de las capitales departamentales, de hacer realidad la división político administrativa en base del núcleo provincial y de asegurar una adecuada y equitativa representación —ante el órgano Legislativo— para todas las provincias.

Recuérdese que, desde la fundación misma del Estado, la cuestión de la representación se convirtió en un agudo problema que no pudo ser enfrentado sin reavivar los sentimientos regionalistas. A ello contribuyó la división departamental del Estado que a pesar de ser suprimida en 1835 se la conservó, precisamente, como base para formular un número igual de representantes. Este pretendido derecho departamental era perjudicial no sólo para el departamento de Quito (el más poblado para entonces), sino sobre todo para las demás provincias que absorbidas por la división departamental permanecieron relegadas sin tener un portavoz de sus necesidades.

Para esta reestructuración se tuvo presente el modelo presidencial estadounidense con su organización legislativa bicameral. La Constitución de 1861 dispuso que para integrar el Senado todas las provincias concurren con igual número de dos senadores; mientras que para conformar la Cámara de Diputados se partiría de la base poblacional de treinta mil habitantes para elegir un representante y por el exceso de quince mil, uno más. En el caso de que una provincia no tuviera la base poblacional fijada se le aseguraba al menos una diputación.⁸

Los Tres Clásicos Poderes del Estado

Al iniciarse el periodo garciano y hasta la Constitución de 1869, los tres clásicos poderes del Estado conservaron los lineamientos generales establecidos por las anteriores constituciones. Entre los aspectos que merecen comentarios están los siguientes:

a) Poder Ejecutivo

⁸ Sobre este cambio constitucional y buscándole móviles ideológicos Belisario Quevedo comenta que: "García Moreno hizo una reforma liberal para mejor establecer su conservatismo, pues así la Sierra conservadora daría mayor número de diputados que la Costa siempre de tendencias políticas más amplias y tolerantes". (Texto de Historia Patria, Quito, ed. Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1959, p.130).

El Ejecutivo quedó estructurado, en lo esencial, con atribuciones y responsabilidades semejantes a las que consagraron las tres Constituciones del periodo marcista, particularmente la de 1852, en cuyo esquema organizativo se basó la Carta Política de 1861. Quizá la diferencia más significativa que se introdujo en las facultades presidenciales es la de no poder designar a sus colaboradores seccionales: gobernadores, jefes políticos cantonales y tenientes parroquiales. Como se dijo, tales autoridades debían provenir de elecciones locales directas, permitiéndose en el caso de los gobernadores cierta intervención del presidente de la República, quien los nombra pero sujetándose a las ternas que le eran enviadas de cada provincia, con los candidatos que obtuvieren el mayor número de votos.

Según la Ley de Elecciones de 1861, el Jurado Electoral Provincial enviaba un registro, donde constaban los resultados, a la Municipalidad de la provincia respectiva, la cual debía a su vez formar la terna y remitirla al Ejecutivo. Este, para hacer el nombramiento, debía oír el dictamen del Consejo de Gobierno (denominación dada al Consejo de Estado). Pero cabe señalar que dichos dictámenes no eran obligatorios para el presidente de la República.

En todo caso, fue estrecho el margen de selección concedido al presidente que corría el riesgo de no contar con colaboradores seccionales de su entera confianza. Además, los gobernadores y jefes políticos tenían facultades amplias e importantes (el gobernador venía a ser el Poder Ejecutivo de la provincia), cuestión que se relacionaba con el deseo, predominante en esos días —igual que hoy—, de dar mayor autonomía a las provincias ecuatorianas, suavizando el centralismo. Anheló que no se alcanzó, menos todavía bajo un gobierno fuerte y autoritario como el que se iniciaba.

Este propósito de que las autoridades políticas locales, junto con las municipales, fueran de elección popular constituyó un paso muy avanzado para la época y para nuestro medio. La Constitución de 1869 derogó estos preceptos y este ensayo —concebido de modo tan amplio— no volverá a constar en los esquemas jurídico-políticos del Estado ecuatoriano.

El cuadro de las facultades extraordinarias —estado de excepción o de emergencia— fue mantenido con pocas alteraciones,

cuidándose de puntualizar con claridad sus disposiciones y atribuciones, por ejemplo, se reguló mejor el confinio y la expatriación; se establecieron excepciones en el caso de disponer de los fondos públicos, no podrían tomarse los fondos destinados a la instrucción pública, a los hospicios, hospitales y lazaretos. Se suprimió la facultad de conceder, en estas circunstancias, amnistías e indultos particulares, las cuales quedaron como atribución normal de las Cámaras Legislativas. Un aspecto nuevo es que el Consejo de Gobierno (Consejo de Estado) debía declarar la cesación de las facultades extraordinarias, es decir, retirarlas una vez que hubiera pasado el peligro, de lo cual era responsable.

Entre las prohibiciones impuestas al presidente o encargado del Ejecutivo, y que no constaron en las constituciones anteriores, están: la de confinar (salvo en el caso de las facultades extraordinarias); la de atentar contra la libertad de imprenta.

Como se ve, las experiencias políticas acumuladas hicieron que los constituyentes vayan adecuando el sistema jurídico-constitucional, pero aún faltaba mucho para que éste responda a nuestra realidad nacional.

b) Poder Legislativo

Las reuniones ordinarias del Congreso que debían mantenerse anuales se dispusieron para cada dos años. Tal parece que los legisladores de la época no vieron la necesidad y conveniencia de reunirse con intervalos más cortos, a pesar de las múltiples tareas que debían realizar.⁹ No cabe duda que las sesiones bienales dejaban suelto al Ejecutivo, favoreciendo sus tendencias hegemónicas, y a la vez debilitaban la acción del Congreso. Hubo que esperar las Constituciones de 1884 y de 1897 para que se implante, de manera definitiva, que el Congreso ecuatoriano sesione de modo ordinario cada año.

Para preservar la independencia de los legisladores frente al Ejecutivo, se prohibió que éstos acepten del presidente de la República

⁹ De las seis Constituciones anteriores sólo tres señalaron reuniones anuales (las de 1830, 1845 y 1852); la Constitución de 1861 y las posteriores de 1869 y 1878 se pronunciaron por las sesiones bienales; igual la de 1884, luego de ser reformada. Algunas veces se esgrimió como argumento el de evitar mayores gastos fiscales al empobrecido erario nacional.

un cargo público cualquiera, esta prohibición comprendía el periodo para el cual fueron elegidos y se prolongaba hasta un año después. Esta disposición tuvo su antecedente en la Constitución de 1851 donde la prohibición se mantenía aunque se renunciara a la legislatura, pero no se la extendía hasta un año después; luego lo dispuso la Carta Política de 1852 en términos parecidos a los de 1861, pero fue objeto de una reforma constitucional.¹⁰ Por otra parte, la Ley Suprema de 1861 estableció que los empleados de libre nombramiento y remoción del Ejecutivo no podían ser legisladores.

Estas disposiciones desaparecerán de la Constitución de 1869, junto con aquella otra que impide ser legislador a todo aquel que tenga mando, jurisdicción o autoridad eclesiástica, política, civil o militar en la provincia que le elija.

c) Poder Judicial

En cuanto al órgano que administra la justicia no hubo mayores modificaciones con respecto a las tres anteriores Constituciones del periodo marquista, salvo en lo relativo a la designación de los ministros-jueces de las Cortes Superiores; la innovación consistía en que éstos deberían ser nombrados por el Congreso por mayoría absoluta de votos, del mismo modo que se hacía con los magistrados de la Corte Suprema. Hasta entonces, los ministros de las Cortes Superiores eran designados por el Ejecutivo a propuesta en terna de la Corte Suprema.

Aunque este procedimiento no era el más apropiado, pues esta designación debe radicar en la Corte Suprema, sin embargo denota el deseo de robustecer la independencia del Poder Judicial frente al Ejecutivo. El periodo de duración de estos magistrados se mantuvo (como en la Carta de 1852) en los cuatro años, pudiendo ser reelegidos. La tendencia a precautelar la independencia del Poder Judicial frente al Ejecutivo fue bruscamente rota con la Constitución garciana que, a más

¹⁰ El texto constitucional de 1878 mantuvo esta prohibición pero se le circunscribió a los empleos de libre nombramiento y remoción del Ejecutivo. Además, se exceptuaron expresamente los cargos de ministros de Estado, de agentes diplomáticos y de jefes militares, con la indicación de que al aceptar dichos empleos deja vacante la curul legislativa.

de prolongar el periodo a seis años, retornó al antiguo sistema de centrar en el Ejecutivo la elección de los magistrados de Justicia.¹¹

Cabe mencionar que la Convención de 1861 dictó una Ley Orgánica de la Función Judicial.

El Consejo de Gobierno

El antiguo Consejo de Estado —o Consejo de Gobierno— estuvo presente dentro de las instituciones políticas ecuatorianas desde 1830 y se lo concibió con la idea de que debía ser un órgano auxiliar del Ejecutivo, lo cual no era del todo exacto, pues tratándose de una institución de origen francés —reestructurada por Napoleón— se debió observar cual había sido su evolución. El Consejo de Estado —con esa concepción inexacta— fue adoptado por la Gran Colombia en las Constituciones de Cúcuta (1821) y de Bogotá (1830), si bien en esta última se estructuró de mejor manera a esta institución, en lo concerniente tanto a su integración como en la fijación expresa de sus atribuciones, señalando incluso la responsabilidad de los consejeros de Estado, ante el Senado, *“por los dictámenes que dieren contra disposiciones expresas de la Constitución ó de las leyes”*.¹²

Nuestra Carta constitucional de 1861 mantiene al Consejo de Estado con la denominación de Consejo de Gobierno. Al respecto vale señalar que fue lamentable que los juristas de la época no hayan analizado en profundidad el gran adelanto que en esta materia trajo la efímera Constitución de 1851, en la cual se reestructuró el Consejo de Estado con total independencia del presidente de la República y sobre todo se estableció un control de constitucionalidad y de legalidad, que a pesar de ser incipiente pudo llegar a un mayor grado de desarrollo hasta finales de siglo.

¹¹ Según la Constitución de 1869 para designar a los ministros de la Corte Suprema el Presidente debía enviar una terna a consideración del Congreso y en su receso los nombraba interinamente. Asimismo, designaba a los ministros de los demás tribunales en base de la terna que le presentaba la Corte Suprema.

¹² Art. 99 de la *“Constitución de la República de Colombia”*, llamada de Bogotá. Aprobada por el Congreso Constituyente el 29 de abril de 1830 y sancionada por los titulares del Gobierno el 5 de mayo de dicho año.

En todo caso, esta institución no evolucionó en el constitucionalismo ecuatoriano del siglo XIX del mismo modo que ocurrió en Francia, donde fue caracterizándose por sus atribuciones específicas en materia contenciosa administrativa, velando por el principio de legalidad.

La Constitución de 1861, que seguía el esquema institucional de la Carta Política de 1852, no alteró el predominio del Ejecutivo en el Consejo de Gobierno, integrado por el vicepresidente de la República —que lo presidía— por los ministros secretarios de Estado, un ministro de la Corte Suprema, un eclesiástico y de un propietario (curiosa forma de señalar que fuera un ciudadano poseedor de fortuna económica). Este último no constó en la Constitución anterior de 1852, fue una ligera variante.

Al conservar el Ejecutivo su predominio (tiene cuatro miembros frente a tres que nombra el Congreso), es de suponer que este organismo fue dócil a la voluntad del presidente de la República, siendo poco probable cualquier oposición.¹³

Los casos en los cuales el Presidente debe oír su dictamen son los mismos que traían las Constituciones de 1845 y 1852.

Respecto de la cuestión de que si el Ejecutivo debía o no conformarse a los dictámenes del Consejo, el texto constitucional no dispone nada (igual que en 1845 y 1852), la práctica hizo que no fueran obligatorios.¹⁴ Además se insertan algunas de las atribuciones que corresponden al Consejo de Gobierno.

Los legisladores de 1861 tuvieron interés en que este organismo aparte de asesorar al Ejecutivo, supervigile algunas de sus decisiones,

¹³ De los tres miembros que nombra el Congreso: un Magistrado de la Corte de Justicia, un eclesiástico y un propietario, éste último es de nueva creación y que se mantiene en las Cartas de 1869 y 1878. El referirse a un "propietario en vez de un ciudadano, amortiguan las tendencias liberales que pugnan por surgir en la estructura constitucional de 1861, dejando entrever que el medio no ha cambiado en sus aspectos aristocratizantes y tradicionales donde se imponen los terratenientes. En 1878 se agregará un comerciante y desde 1883 se hablará de ciudadanos.

¹⁴ Esta norma apareció en 1835 y se conservó en 1843. En 1851 se diferenció entre acuerdos y dictámenes, estos últimos no eran obligatorios.

mas para ser un verdadero órgano de control le faltaba independencia absoluta del Ejecutivo (por su misma conformación) y que sus dictámenes tuvieran fuerza obligatoria. En este punto hubiera sido muy positivo recoger el esquema que trajera la efímera Constitución de 1851, donde se diera una acertada estructuración al Consejo de Estado.

En 1869 el Consejo de Estado será un órgano meramente de consulta a merced del Ejecutivo: el Presidente nombra a sus miembros y lo preside.

El Régimen Municipal

En virtud de la Carta de 1861 se crean Municipalidades provinciales, cantonales y parroquiales. Estas últimas vienen a constituir nuevos ensayos, realizados con el deseo de que todas las localidades (especialmente las más lejanas y menos servidas por el gobierno central) puedan organizarse democráticamente, en base de elecciones directas y cuidarse sus intereses: en la educación e instrucción de sus habitantes, en sus mejoras materiales, en asuntos de policía, en la recaudación, manejo e inversión de sus rentas municipales, etc.

Además, deben elaborar un libro de registro de electores, punto importante para el desenvolvimiento del sufragio directo que viene de ser instaurado. Las parroquias en las cuales no puedan establecerse Municipios quedan sujetas a las del respectivo Cantón. Los acuerdos u ordenanzas expedidos por las diferentes Municipalidades, deben ser ejecutados por los respectivos gobernadores (si es a nivel provincial), jefes políticos (en lo cantonal) y tenientes (para les ordenanzas parroquiales), siempre que tales ordenanzas no contravengan a la Constitución y leyes del Estado. Cualquier problema o controversia que se suscitare al respecto debe ser resuelto por la Corte Suprema.

En base de estas normas constitucionales, la Convención dicta una Ley de Régimen Municipal (13 de Junio de 1861) que, en suma, garantiza el sistema municipal, conservando su autonomía y otorgando amplias facultades para la administración de los intereses locales que, creemos, no iban en detrimento ni oposición de las atribuciones del Ejecutivo, más bien eran el complemento necesario para atenuar las fallas de un sistema estatal unitario, tradicionalmente centralizado. Empero, quedaba mucho por hacer para obtener conciencia y madurez políticas, y

ello contribuyó, seguramente, a que no se hiciera efectiva la organización de cuerpos municipales en las parroquias. En todo caso, la Función Municipal vuelve a perfilarse como una institución de raíces democráticas y de servicio a la comunidad. Los concejales del cantón y de la parroquia son elegidos anualmente, en la primera quincena de diciembre, por sus respectivas circunscripciones. El Municipio cantonal está compuesto de nueve concejales en aquellos cantones con población mayor a treinta mil habitantes y cinco en los demás. Estos municipios cantonales eligen a su vez, a nueve miembros (el primero de enero) para integrar a la Junta Provincial, existente en las capitales de provincia, y entre cuyas atribuciones está la de formar la terna para gobernador.

Las Juntas Provinciales, asemejándose al Congreso, sesionan ordinariamente cada año los primeros quince días de junio y extraordinariamente cuando les convoca el gobernador.

¿Un Ejecutivo maniatado? ¿Insuficiencia de las Leyes?

Del análisis realizado, no creemos que la Constitución de 1861 haya limitado más que las anteriores las facultades del Ejecutivo, hasta el punto de dejarle maniatado, como suele decirse. La única restricción importante —de valor relativo— es la de privársele de escoger a sus colaboradores de provincia: gobernadores, jefes políticos y tenientes parroquiales. Los gobernadores, en virtud de una disposición constitucional transitoria, quedaban de libre nombramiento durante el primer cuatrienio.

El hecho de que el Ejecutivo no tuviera parte alguna en la designación de los Magistrados de las Cortes de Justicia, contribuía a establecer con fidelidad y consecuencia mayores el sistema del Estado-liberal y de sus instituciones, tan desdibujadas en nuestro medio social y político. Además, subsistían las fallas anteriores contenidas en aquella norma que dice: en receso del Congreso será el Ejecutivo quien llene las vacantes de los cargos que son de provisión del Congreso interinamente... Sólo en 1878 se confirmará la independencia de la Función Jurisdiccional al prescribir que sea la misma Corte Suprema la encargada de llenar las vacantes en receso de la Legislatura.

Para los casos de grave alteración del orden —preocupación constante para todos— el titular del Ejecutivo puede ser revestido con las

facultades extraordinarias, cuyo esquema se mantiene a pesar de considerárselas como la fuente de muchos males.¹⁵

Tampoco se observa que el Legislativo haya acumulado mayor poder en detrimento del Ejecutivo; asimismo las atribuciones del Consejo de Gobierno son escasas y sin poder real para contener cualquier exceso del Jefe de Estado.

A través de un análisis comparativo de las normas constitucionales de 1861 con las anteriores, lo que se constata es la voluntad de impedir al titular del Ejecutivo la comisión de abusos y de actos dictatoriales, con esta finalidad se le prohíbe confinar, se le responsabiliza de atentar contra la libertad de imprenta o por ejercer las facultades extraordinarias sin autorización del Legislativo.

A ello se debe que en el título de las Garantías constitucionales se agreguen estas dos disposiciones: la responsabilidad del funcionario que, fuera de los casos permitidos por las leyes, atenta contra la propiedad particular; y, el derecho de todo ecuatoriano para introducir en la Cámara de Diputados una acusación contra cualquier alto funcionario por infracciones a la Constitución y a las leyes. Y, consecuentemente, se busca dar a las normas mayor precisión y claridad.

Sin embargo, aquella misma voluntad por impedir que se repitan los excesos de poder de los períodos anteriores auguraba a esta Ley Fundamental una corta duración. Esta vez, contra el orden jurídico existente se proclamará "*la insuficiencia de las leyes*" que tomando cuerpo de doctrina no cesará de ser repetida posteriormente.

En realidad, García Moreno al ejercer el Poder adopta un esquema de gobierno autoritario; quiere un Ejecutivo fuerte donde el Jefe de Estado disponga de amplias facultades discrecionales, dentro de una rígida centralización; da primacía al mantenimiento del orden interno y externo sobre el régimen de garantías; junto al progreso material quiere el

¹⁵ Así pensaba Pedro Moncayo, señalando que es un vicio radical que trajo innumerables males desde la fundación de la República. (El Ecuador de 1825 a 1875, Tomo II, Quito, ed. Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1979, p. 76). Y la realidad lo confirmaba: la primera guerra civil que ensangrentó al país se originó en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al general Flores en 1833.

moral y para ello introduce a la Iglesia Católica en el quehacer político del Estado.

Las convicciones político-religiosas del caudillo civil, unidas a su singular temperamento, le llevan a considerar como insuficiente el ordenamiento institucional establecido en 1861, el cual se orientaba a readecuar debidamente el Estado de tipo liberal que debía reposar en el respeto a las libertades y derechos de la persona, en un equilibrio de los poderes estatales, en subordinar las decisiones políticas a la ley. Esta regulación del Poder, en otros términos, su limitación, se traducía —según las doctrinas liberales— en garantías para los asociados, permitiendo, al mismo tiempo, el libre desenvolvimiento de la sociedad sin injerencia alguna del Estado.

Indudablemente, nuestro medio no ofrecía las condiciones propicias para hacer viable tal ordenamiento institucional de tipo liberal, lo que explica, en parte, las incongruencias de los primeros períodos. Además, de que en estos primeros períodos la ideología se presentaba extremadamente confusa y se mostraban contradictorios los comportamientos y actitudes políticas.

FUNDAMENTOS DEL RÉGIMEN GARCIANO: CARTA DE 1869

La Carta garciana de 1869 estructura al Estado con miras a establecer un Ejecutivo vigorosamente fuerte y autosuficiente, capaz de imponer por sí solo el orden dentro del Estado y la seguridad fuera de sus fronteras, como punto de partida para realizar una obra material positiva. Tales intenciones se presentan valederas al considerar los años convulsionados que vivió la República desde sus inicios, para casi desaparecer en 1859; devorada por el caos interno y el expansionismo de los Estados limítrofes. Y, las secuelas de aquella terrible crisis aún se mantenían: frágil la paz interna e insegura la integridad territorial, mientras la desintegrada nación se sumía en completo atraso y abandono.

Pero si no se puede perder de vista aquel contexto ásperamente negativo, tampoco se debe olvidar que cualquiera que sea la situación en un Estado, el ejercicio pleno y sin trabas del poder pronto deviene en absoluto y fatalmente despótico (peor en los casos de providencialismo y de autoritarismo innato). Sobre tales consideraciones se erigió lo mejor de la doctrina e instituciones del Estado-liberal. Posteriormente, las

experiencias totalitarias volverán a confiar que el poder omnímodo no hace la felicidad de los pueblos.

El poder limita al poder precisaba Montesquieu, al señalar que la separación de funciones implicaba restricciones saludables para garantizar a los gobernados un régimen de libertad. La Carta garciana obra de manera opuesta, en la medida en que fortalece al Ejecutivo y amplía su órbita de acción —debilitando a las otras funciones del Estado— reduce considerablemente la vigencia de un régimen de garantías constitucionales y de poderes equilibrados.

Empero, hay otro elemento que se integrará al Estado y por ende a la política: la religión. El nuevo esquema jurídico-constitucional responderá a la religión, a la moral y decencia pública, impregnándose de un confuso subjetivismo favorable para quién detenta el Poder, una especie de "*razón de Estado*".

Pasemos breve revista a los puntos esenciales de la llamada "*Carta negra*".

Facultades discrecionales y predominio del Ejecutivo

Para fortalecer al Ejecutivo se dilata la esfera de sus facultades lo cual propicia su predominio sobre los demás poderes o funciones del Estado. Así, con esta perspectiva, se determina:

La extensión del período presidencial a seis años y queda permitida la inmediata reelección, después de la cual habrá que esperar un período para ocupar por tercera vez la presidencia (precisamente, el hecho de la reelección inmediata precipitaría el asesinato de García Moreno);

El Ejecutivo interviene en casi todos los nombramientos de la Función Jurisdiccional (como se anotó al tratar la Carta de 1861);

Nombra, admite renunciaciones y remueve con entera libertad a todos los funcionarios del ramo Ejecutivo (civiles o militares), de Hacienda y diplomáticos, incluyendo a los consejeros de Estado. Para determinados nombramientos (agentes diplomáticos, funcionarios judiciales, gobernadores) se requiere el dictamen del Consejo de Estado, con el que

puede o no conformarse el Presidente. Para la remoción no necesita de dicho dictamen, como se pedía en las anteriores Constituciones, ni trámite alguno;

Entre las normas constitucionales hay una, cuya amplitud justificaría cualquier abuso del Poder, bajo las apariencias de ceñirse a las regulaciones jurídicas. Textualmente dice: *"La administración y Gobierno del Estado están confiados al Presidente de la República. Su autoridad se extiende a cuanto tiene por objeto la conservación del orden interior y la seguridad exterior de la Nación, guardando y haciendo guardar la Constitución y las leyes."*(Artículo 59);

Se le da *"la suprema inspección en todos los objetos de policía y establecimientos públicos de instrucción y beneficencia conforme a los reglamentos, estatutos y leyes que los rijan"*; (Artículo 60 numeral 9). Utilizando términos superlativos, esta norma enfatiza una facultad que ha estado en manos del Ejecutivo, pero que ahora se la quiere con carácter amplio y privativo;¹⁶

En cuanto a las facultades extraordinarias (esta vez se habla de *"declarar el estado de sitio"*) se las consigna muy amplias, entre las nuevas disposiciones constan: el allanamiento y registro de domicilio; la prohibición de publicaciones y de reuniones que a juicio del ejecutivo favorezcan o exciten el desorden; exigir contribuciones de guerra a los que promuevan o favorezcan la guerra exterior o civil; juzgamiento militar, como en campaña, con las penas de las ordenanzas militares, aun cuando haya cesado el estado de sitio;

La responsabilidad del Presidente (cuidadosamente puntualizada en las últimas Constituciones) queda resumida en generalidades: *"... por todos los actos de su administración en que haya comprometido gravemente el honor, la seguridad o la independencia del Estado, o infringido abiertamente la Constitución"*. (Artículo 62)

El Consejo de Estado (o de Gobierno) pasa a ser una entidad adscrita al Ejecutivo, del cual depende. La escasa libertad que tenía la pierde totalmente: el Presidente —no el Congreso— designa a sus miembros y, además, lo preside.

¹⁶ Esta disposición, expresada en otros términos, supervivirá en la Carta de 1878.

Un Legislativo de segundo plano

El esquema jurídico del Poder Legislativo no sufre mayores alteraciones, salvo la duración de nueve años para los senadores y de seis para los diputados; renovándose las dos Cámaras cada tres años: el un tercio de los senadores y la mitad de los diputados.

Las atribuciones del Congreso permanecen semejantes a las prescritas en la Carta anterior de 1861, sus reuniones son asimismo bienales; debiendo actuar durante su receso y para determinados asuntos el Consejo de Estado, que desposeído de su independencia queda a merced del Jefe de Estado.

Insistimos nuevamente en que el largo receso —bienal— del Legislativo y la defectuosa organización del Consejo de Estado (o de Gobierno), contribuyó a favorecer el predominio del Ejecutivo sobre las demás funciones del Estado y a que se extralimite en sus actuaciones. Este hecho caracterizó a toda la época, desde la fundación del Estado, destacándose particularmente en la Carta floreana y luego en la garciana. La organización que dio la Carta Política de 1851, al Consejo de Estado, siendo la más adecuada a nuestra realidad no fue considerada por las Constituciones posteriores, manteniéndose en contrapartida las reuniones bienales del Congreso.

Este hecho, unido a otros, nos hace pensar que el Ejecutivo —al menos en el siglo pasado— ha gobernado solo. El Legislativo no ha sido capaz de compartir el gobierno del Estado y se ha perdido en un segundo plano, cediendo al Presidente de la República la hegemonía política, semidictatorial. En ello también tuvo que ver la poca o ninguna representación popular que tenían los miembros de las Legislaturas, "elegidos" más por su irrestricta sujeción al Jefe del Estado de turno, que el mérito de un sufragio auténticamente libre y popular.

En todo caso, el Poder Legislativo del período garciano —como tantos otros— no pudo o no quiso, acaso por temor a confrontaciones, hacer valer su control político.

La cuestión religiosa

Retomando los lineamientos básicos de 1869, decíamos que la religión pasa a jugar un rol esencial, constituyendo parte integrante e inseparable del Estado, en cuyo ordenamiento jurídico se insertan normas de índole exclusivamente religiosa, las cuales generalmente miran al fuero interno de las personas, es decir, a un mundo donde los raciocinios y confrontaciones legales se toman difíciles y no son más que apreciaciones subjetivas saturadas de pasión humana.

La religión católica que siempre fue considerada la religión del Estado y protegida por éste, adquiere una dimensión desmesuradamente política, propia de una concepción teocrática del Estado. Para ser ciudadano se prescribe ser católico, el pertenecer a sociedades prohibidas por la Iglesia lleva a la suspensión de la ciudadanía. Por otra parte el clero tiene injerencia directa en diversos asuntos del Estado, en virtud del Concordato. Existe una interrelación estrecha entre el poder espiritual y el temporal, proceso que tiende a la subordinación del Estado a la Iglesia y, al mismo tiempo, hace de *"la religión del Estado"* puntal que afiance al régimen.

De este modo y a partir de entonces, la ideología conservadora se siente vinculada a la Iglesia Católica, al clero concretamente, y cree ser su defensor; mientras la ideología liberal reacciona con un anticlericalismo radical.

Sobre esta materia, cabe tener en cuenta la influencia del mundo exterior, de las concepciones y hechos ocurridos en otros Estados.

Subrogación presidencial sin necesidad de Vicepresidente

La Carta de 1869 suprime, por segunda vez en nuestro país, la institución de la Vicepresidencia de la República (anteriormente lo hizo la carta de 1851), aunque mantiene esta denominación para el subrogante. Nos detendremos a examinar el sistema de subrogación presidencial que trae esta Constitución por los aspectos de interés que reviste.

Se distinguen claramente los dos tipos de subrogación presidencial: el de carácter temporal y el definitivo. Y se dispone que, en las dos situaciones, sea el Ministro de lo Interior quien subroge al Presidente de la República; de faltar aquél, la subrogación estaría asegurada por los demás Ministros según el orden de sus nombramientos

y en defecto de éstos, por los Consejeros de Estado, no eclesiásticos, con igual criterio de orden.¹⁷

En la subrogación temporal ocasionada por enfermedad, ausencia u otro motivo transitorio, se incluye el caso de que el Presidente se encuentre mandando personalmente la fuerza armada (hecho frecuente en aquella época). Tal disposición entrañaba la consideración de que el ejercicio activo del mando militar no era compatible con el ejercicio de la Presidencia de la República y por tanto su titular tendría que ser subrogado interinamente.¹⁸

Al quedar vacante de modo definitivo la Presidencia en los casos de muerte, renuncia, destitución o impedimento físico o mental permanente (calificado por la Corte Suprema y el Consejo de Estado), se considera en que lapso del periodo o mandato presidencial se produce la subrogación: antes del segundo año o después de éste. Es decir, si la subrogación será por un tiempo menor a dos años, opera la subrogación definitiva, pues no se justifican nuevas elecciones y el ministro de lo Interior u otro queda como presidente por el tiempo que falta para concluir el período.

Si la presidencia queda vacante faltando dos años o más para terminar el mandato constitucional, el subrogante (ministro de lo Interior u otro) debe convocar a nuevas elecciones presidenciales dentro de treinta días, las que se realizarán en los subsiguientes noventa días.¹⁹ Y el presidente electo, según el Artículo 55, "concluirá el período"; entendiéndose que durará el tiempo que falte y no un período completo (como dispuso también la Carta de 1861); regulación que no sería apropiada ni práctica, pues si se efectúan nuevas elecciones deberían ser para un mandato presidencial de cuatro años.

¹⁷ Obsérvese que la Constitución garciana impide -de modo expreso- que un Consejero eclesiástico pueda llegar a subrogar al Primer mandatario. Los "Ministro Secretarios del Despacho", como se les llamaba entonces, eran tres: del Interior y Relaciones Exteriores; de Hacienda; de Guerra y Marina.

¹⁸ Este caso de subrogación temporal que trae la Carta garciana en su Artículo 52, no será recogido por las Constituciones posteriores.

¹⁹ Recuérdese que el criterio de efectuar nuevas elecciones en caso de vacancia definitiva de la Presidencia ya lo trajeron las anteriores Constituciones, especialmente la de 1861 donde se prescriben plazos menores: dentro de ocho días se llama a elecciones y dentro de dos meses deben estar terminas.

Este sistema de subrogación presidencial establecido en 1869, sin necesidad de un vicepresidente, tiene aspectos positivos. La subrogación temporal asegurada por el ministro de lo Interior es conveniente por ser un estrecho colaborador del presidente, que goza de su confianza por su misma designación y tratándose de una sustitución que dura un tiempo generalmente breve, le reemplazará con mayor eficacia que otro que no sea miembro del equipo ministerial. De este modo no se rompe con la unidad de acción política en la esfera del Ejecutivo.

En cambio, en los casos excepcionales —que no son comunes— de faltar definitivamente el presidente de la República y siempre que quede un lapso suficientemente largo para concluir el período (dos años o más en esta Carta), es mejor recurrir a nuevas elecciones que expresen la voluntad popular y las aspiraciones políticas de aquel momento histórico. Este procedimiento se mantendrá en el constitucionalismo ecuatoriano (con vicepresidente o sin él) hasta la Carta de 1945, inclusive.

De existir el vicepresidente y no obstante ser de elección popular, podría suceder que al reemplazar definitivamente al presidente no refleje el querer de la nación y careciendo del apoyo popular necesario, encabece un Ejecutivo débil propenso a todo tipo de coalición que real o aparentemente tienda a estabilizarlo.

En los raros casos de vacancia definitiva de la Presidencia no cabe duda que es más democrático proceder a nuevas elecciones, bien vale el costo económico y político que este proceso demande; además, el costo económico puede ser compensado con creces suprimiendo la Vicepresidencia, institución que realmente no es indispensable como no sea para establecer alianzas electorales de carácter coyuntural.

ALGUNOS ASPECTOS DEL CENTRALISMO Y FEDERALISMO EN LOS INICIOS DE NUESTRA HISTORIA REPUBLICANA

Ab. Francisco Dávalos Morán¹

Federico González Suárez afirmaba que la narración histórica debe ser un arma poderosa para la corrección y mejoramiento de los pueblos. Sin duda son acertadas las expresiones del ilustre ecuatoriano. Conocer la historia y reflexionar sobre ella es una necesidad y un requisito fundamental para todos aquellos que quieran participar de una manera activa y directa en la vida económica y política del país. Por estas consideraciones, hemos querido señalar brevemente algunos aspectos y argumentos que sobre el centralismo, el federalismo y las llamadas autonomías, se han producido desde la independencia y en los primeros años del trujinar republicano. Nos motiva también el protagonismo que adquirió el tema, en especial desde las consultas populares realizadas en Guayas, Manabí y otras provincias, y la eventual consulta que a nivel nacional se propuso con respecto a las autonomías pero que con el transcurso del tiempo fueron perdiendo interés por parte de la opinión pública.

Creemos importante, para iniciar, referirnos brevemente a los conceptos que nos atañen. El centralismo es entendido como la actividad política y administrativa del Estado, en la cual sus órganos centrales asumen el ejercicio de todas las funciones, sean pocas o muchas, sin dejar posibilidad de decisión o iniciativa a ningún otro órgano (especialmente en la centralización administrativa), que no sea la administración central.

Como reacción a las desventajas del sistema centralista, aparecen los conceptos de descentralización y autonomía, e incluso como alternativa del Estado unitario y centralista, aparece el Estado federal. Si bien es cierto que lo decidido en la provincia del Guayas y lo propuesto por otros sectores, no buscan la conformación de un Estado federal (que es una forma de descentralización política), sí el establecimiento de una llamada autonomía, que en estricto derecho, según lo propuesto, se trataría de una

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

autarquía (son dos formas de descentralización administrativa). La autonomía implica una organización que se crea y se regula a sí misma y la autarquía una que se gobierna a sí misma. En ambas existe igual grado de libertad y decisión, la diferencia está en la forma en que nacen sus órganos. En nuestro país, los municipios y consejos provinciales no se autocrean, por lo tanto, son órganos autárquicos. La descentralización vía autonomía o autarquía, pueden ser un paso en dirección hacia el federalismo. Dejamos planteada la inquietud respecto a este tema que podría ser objeto de un estudio posterior, o de la particular investigación del lector.

Lo someramente revisado líneas arriba no se trata de una discusión nueva en nuestro medio. Al contrario, desde las luchas por la independencia, era bandera de grupos confrontados y motivo de apasionados debates.

Señalemos primeramente las convicciones que el Libertador Bolívar tenía sobre el centralismo. Desde el inicio de sus campañas, en Venezuela primero y en Nueva Granada después, el Libertador enarbolaba las ideas liberales de la época, entre las cuales el federalismo ejemplificado en los Estados Unidos, se presentaba como una de las principales opciones para ser aplicado en las nuevas repúblicas. Pero mientras más se concretaba la independencia y Bolívar se consolidaba en el poder ejecutivo de la Gran Colombia, fue adoptando posturas conservadoras, que debido a las difíciles circunstancias de entonces, las creemos justificadas.

Las preferencias del Libertador por un régimen centralista y un ejecutivo fuerte, las podemos encontrar desarrolladas en el plano teórico y en su máximo esplendor en la "Constitución Boliviana", y en la práctica, cuando en 1828 se inviste de los poderes dictatoriales. La Carta Fundamental, concebida y redactada por Bolívar en 1826, contenía el establecimiento de la presidencia vitalicia, acompañada del derecho de elegir el sucesor en dicho cargo (que en sus planes no podía ser otro que el Mariscal Sucre) y un senado hereditario. En la misma época concibe también un gran estado confederado, formado por Colombia, Perú y Bolivia, cuya capital sería Quito o Guayaquil. A continuación, transcribimos parte del texto de una carta dirigida a Sucre, por entonces presidente de Bolivia, donde explica sus ideas sobre la llamada Confederación Andina:

“El Consejo de Gobierno va a reconocer a Bolivia y proponerle un pacto de unión, para que ese mismo pacto sirva a Colombia, donde yo lo haré adoptar.

La intención de este pacto debe ser la más perfecta unidad posible bajo una forma federal. El gobierno de los estados particulares quedará al presidente y vicepresidente con sus cámaras para todo lo relativo a la religión, justicia, administración civil, económica, y, en fin todo lo que sea relaciones exteriores, guerra y hacienda nacional. El gobierno general se compondrá de un presidente, vicepresidente y tres cámaras para manejar la hacienda nacional, la guerra y las relaciones exteriores....estas tres cámaras, con el vicepresidente y los secretarios de estado (que serán escogidos estos con toda la república), gobernarán la federación.

El Libertador, como jefe supremo, marcha cada año a visitar los departamentos de cada estado. La capital será un punto céntrico como Quito o Guayaquil, Colombia deberá dividirse en tres estados, Venezuela, Cundinamarca y Quito....la federación tomará el nombre que se quiera, pero sería probable que sea Boliviana. Habrá una bandera, un ejército y una nación sola”³.

El Dr. Jorge Villalba, resume claramente estos proyectos bolivarianos:

1. La redacción y aceptación de una Constitución definitiva para los países del Pacífico. Esta fue la Constitución Boliviana dictada por Simón Bolívar en 1826. Dicha Constitución incluía, como punto esencial, un ejecutivo estable. Además, el robustecimiento del centralismo en el régimen, más bien que el federalismo provincial y fraccionario.
2. Bolívar aspiraba a la formación de un gran estado, que se extendería desde Panamá y el Orinoco al Potosí, un Imperio de los Andes o Confederación Andina.⁴

Estos proyectos, aunque ejecutados por poco tiempo en Bolivia y Perú, se

³ Fragmento de la carta, citada por el Dr. Jorge Villalba, “El distrito del sur de Colombia durante la presidencia de Bolívar y prefectura del Gral. Juan José Flores”, en **Correspondencia del Libertador con el General Flores**, Publicaciones del archivo Juan José Flores de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1977, pag 150.

⁴ Jorge Villalba, *Ibid*, pág. 130.

vieron truncados por lo difícil de su aplicación en las realidades de los pueblos involucrados y por la gran oposición que acarrearón, especialmente en Colombia, donde Santander, se había convertido en el líder de la oposición política, conocida como antibolivariana, y en defensor de los exclusivos intereses de la actual Colombia. La historia recoge un diálogo entre Bolívar y Sucre, poco antes de que el Libertador abandone el poder y se desmorone su sueño de unidad americana.

Después de analizar la difícil situación de la patria, con Venezuela que dejaba la Gran Colombia y con varios movimientos separatistas en algunas regiones de Colombia y Ecuador, se dice que el Mariscal Sucre, decepcionado, exclamaba que se había sembrado de manera excelente el ideal de la independencia en estos pueblos, que no bastó con independizarse de España, sino que ahora querían ser independientes unos de otros. Bastante se ha escrito sobre la desintegración de la Gran Colombia, únicamente mencionemos que una de las principales causas, fue la existencia de grandes intereses regionales que nunca pudieron encontrar comunión con el manejo centralista de Bogotá, y la existencia de importantes intereses centralistas que no respondían al estado de necesidad de los pueblos alejados de su órbita.

Desde 1830, la nueva república del Ecuador sigue su propio camino. El General Flores (partidario de Bolívar y sus ideas), junto a una respetable mayoría de los asambleístas constituyentes, reunidos en Riobamba, abrigaron la esperanza de un estado confederado como la única fórmula de salvar la Gran Colombia, así consta en los artículos 2 y 3 de la primera de nuestras constituciones:

Art.- 2.- El Estado del Ecuador se une y confedera con los demás Estados de Colombia para formar una sola nación con el nombre de República de Colombia.

Art. 3.- El Estado del Ecuador concurrirá con igual representación de un colegio de Plenipotenciarios de todos los Estados cuyo objeto será establecer el Gobierno General de la Nación y sus atribuciones, y fijar por una ley fundamental los límites, nuestras obligaciones, derechos y relaciones nacionales de todos los Estados de la Unión⁵.

⁵ Primera Carta Política del Estado Ecuatoriano, Departamento de Publicaciones del Colegio San Felipe, Riobamba, 1980.

Como vemos, se creyó que se podría formar un gran estado federal con Colombia y posiblemente también con Venezuela. Esperanza que con las muertes de Sucre y Bolívar, terminará por desaparecer.

Como ya se mencionó, Flores era un convencido de las ideas bolivarianas y solamente por intentar mantener la obra del Libertador, pudo estar de acuerdo con el federalismo. Esto nos lo confirman sus dos presidencias, ejercidas con autoritarismo y concentrando el poder en Quito, y luego cuando ayudó a consolidar la unidad nacional y el centralismo al mando del ejército en el que se apoyó el Dr. García Moreno para poner fin a la peligrosa crisis del año 1859, en la que debe mencionarse a propósito del tema a Loja que se proclamó Distrito Federal bajo la dirección de Manuel Carrión Pinzano.

Caso aparte lo constituye Don Vicente Rocafuerte, polémico personaje, en quien han querido ver a su precursor ideológico tanto conservadores como liberales. Dadas sus actuaciones, bien se puede encasillar en una u otra de estas tendencias y quizás esta dualidad se pueda explicar en la siguiente frase del segundo de nuestros presidentes: *"Los hombres públicos obran según las circunstancias; su habilidad consiste en dirigirlos a que concurran al bien general. La política desconoce odios, afectos y pasiones, se funda en el cálculo exacto e ilustrado de la conveniencia social"* (Carta dirigida al General Flores del 4-VII-1834).

Así como se lo puede identificar tanto como liberal, cuanto como conservador, Rocafuerte también fue defensor del federalismo y del centralismo. Durante los años de las guerras por la independencia, no se tiene claro cuál fue su posición al respecto, recordemos que incluso años antes, había abogado por la monarquía constitucional española. Lo que sí tenemos claro es que a partir de su experiencia directa con la organización federal de Estados Unidos en el año de 1821, se fue convirtiendo poco a poco en partidario del sistema federal. Aunque en 1823, publica **"Ensayo Político"**, obra en la que según su autor, la escribió para desacreditar la monarquía, al Papa y al federalismo, y para defender el sistema republicano, para esa época ya tenía sus convicciones inclinadas hacia el federalismo. Años después, auspicia activamente la Constitución Federal Mexicana, y en 1826 publica **"Cartas de un americano sobre las ventajas de los gobiernos republicanos federativos"**. Rocafuerte reconoció que en un inicio de la etapa independentista, el gobierno fuerte y centralista fue útil, pero que los

gobiernos deberían avanzar a la forma de estados federales. Con este motivo, escribe una carta al Libertador en 1826, en el mismo año en que Bolívar presentaba su "Carta Boliviana" ya mencionada, en la carta de Rocafuerte se vislumbra con claridad lo que sucedería dentro de pocos años, en lo esencial dice:

*"He oído decir que en Colombia hay varios partidos para que se forme una federación compuesta de tres grandes Departamentos, a saber: Venezuela, Cundinamarca y Quito. Esta es fatal división, porque cada sección, siendo bastante grande, es indispensable que tarde o temprano conciba miras de ambición, y pretenda poco a poco ir usurpando los derechos y privilegios concedidos al Gobierno general, o lo que es peor, aspirar a la absoluta independencia, lo que destruiría el sistema de perfecta unión que queremos establecer. Es más útil dividir el territorio de la República en doce o más Estados según lo indique la geografía del país y las causas locales"*⁶.

Como concuerdan varios historiadores, las posiciones del Libertador y de Rocafuerte sobre estos temas, sirvieron para distanciar más a los antiguos amigos de juventud.

Cuando Vicente Rocafuerte regresa al país, encabeza la lucha antifloreana, es derrotado y hecho prisionero. Pero en vez de ser desterrado o ejecutado, el 3 de julio de 1834, Flores firma un pacto con el guayaquileño, mediante el cual se convierten en aliados, facilitando las cosas para que Rocafuerte pase a ser Jefe Supremo y casi un año después preste juramento como presidente constitucional.

Una vez en el poder, en lugar de propiciar la forma de gobierno federal, converge su accionar en un gobierno fuerte y con muchas características de autoritario. Son quizás las mismas razones las que le obligaron a Bolívar a tomar el camino por el que se decidió Rocafuerte años después. Como el propio Rocafuerte explica: *"Se necesita aquí mucha fuerza, y un vigor que toque en crueldad para sofocar el espíritu anárquico que atormenta esta sociedad. A desesperados males, desesperados remedios, yo me he propuesto a todo trance la tranquilidad pública y sólo revestido de una fuerza que inspire terror, podré conseguir tan importante objeto"*

⁶ Fragmento de la carta, citada por Carlos Landázuri Camacho, "Síntesis biográfica de Vicente Rocafuerte, desde su nacimiento hasta 1833", en *Vicente Rocafuerte, Epistolario*, Banco Central, 1988, pág. 74.

(Carta a Flores, 17-III-1835). Finalmente, forzado más por la realidad del Ecuador y de los países cercanos, más que por propia convicción, Rocafuerte terminaría aceptando el sistema centralista, mientras no se pueda concretar el federalismo, como lo reconoce en una carta al General Flores, que a continuación transcribimos en parte:

“La situación política de América ofrece a un observador filósofo raras anomalías; a favor de un centralismo bien organizado marcha Venezuela en el sendero de la libertad y de la civilización, en cuatro años de existencia constitucional y de paz quita el fuero militar y eclesiástico, fija un buen sistema de rentas, introduce la tolerancia religiosa, extiende la instrucción pública, y da pasos agigantados que admiran a los verdaderos amigos de la libertad; de repente un calavera como Ibarra y un bárbaro como Silva levantan el estandarte de la rebelión y gritan federación y reformas. En México sucede todo lo contrario en medio de una tempestad deshecha y rodeada la Nación de escollos se establece prematuramente la federación, la que luchando por 12 años con inmensas dificultades se va poco a poco acomodando a los usos y costumbres de los mexicanos, y cuando empieza echar raíces, y a prender la planta federal, el alfange del despotismo cubierto con la máscara de la superstición, la corta de repente, y proclama el centralismo. ¿Cómo explicar estas contradicciones? A qué atribuir las, sino al espíritu de egoísmo, de ambición, de bajeza y de inmoralidad que desgraciadamente reina en nuestro suelo. Yo soy de opinión que después de la paz, y arreglo de hacienda, la instrucción pública debe ser el objeto de los desvelos del gobierno” (Carta a Flores, 23-IX-1835).

A manera de conclusión, luego de esta pequeña indagación histórica, señalemos que ningún sistema es bueno o malo en sí mismo. Cada uno tiene sus aspectos positivos y negativos, lo que se debe tener en cuenta es cuál ofrece mayores ventajas en una situación determinada. Confluyente con esto, la disposición de ánimo de los hombres y mujeres debe ser de compromiso con el éxito de las nuevas alternativas. La actitud de los gobernantes y autoridades en general debe estar orientada a la atención oportuna y con la máxima probidad de las necesidades de los gobernados y de los asuntos administrados, actitud que demanda la colaboración y el respeto a nuestros dirigentes políticos e instituciones que así se desempeñen y una verdadera obediencia al ordenamiento jurídico por parte de los ciudadanos. Se requieren de voluntades que busquen la concertación entre gobernantes y gobernados, orientada hacia la

consolidación de la unidad nacional sin perjuicio de los legítimos intereses y necesidades de las diversas regiones, para lo que es preciso *“combatir, hasta borrarla, la emulación regionalista entre sierra y costa, en su sentido de incomprensión mutua, de odio personalista, de antipatía popular. Esa diferencia racional, que nos hace un país económicamente complementario, debería ser un estímulo para el progreso, una fuerza extraordinaria de unificación nacional”* como bien lo expresó Benjamín Carrión en una de sus **“Cartas al Ecuador”**. Finalmente, como lo visualizó Rocafuerte, la instrucción pública, la educación debe ser la principal prioridad. Cuando los modelos y sistemas de un país se estancan y dejan de responder a las necesidades reales, la imaginación de sus hombres y mujeres, preparados y educados, debe encontrar nuevas soluciones que les permitan avanzar en el progreso y bienestar.

UNA MIRADA AL DERECHO ISLÁMICO

Dr. Roque Farto B.¹

Introducción.-

Una primera advertencia que cabe formular tanto al jurista occidental como a cualquier otro estudioso del Derecho es que el laicismo jurídico que penetró en lo que se conoce como mundo occidental a raíz del triunfo y consolidación de la denominada Revolución Francesa a partir de finales del s. XVIII, no está presente en el Derecho Islámico, ortodoxamente, considerado cuyas expresiones jurídicas son, ante todo, religiosas. Siendo así, entonces no es de extrañar que su primera y más importante fuente del derecho sea El Corán que es el libro sagrado de los musulmanes, el equivalente cristiano de la Biblia, o el equivalente a las constituciones políticas de los estados laicos.

El Corán no es nada menos que la revelación directa de la palabra de Dios (Alá) al profeta Mahoma y por ende, la verdad incontrovertible del Islam. En su texto se establecen todos los deberes y obligaciones que debe observar el auténtico musulmán, entre ellas, la obligación de convertir al islamismo a toda la humanidad para su salvación eterna, al tiempo que también advierte de los castigos que recibirá en esta vida y en la otra vida quien se niegue a dicha conversión.

El hecho de que existan más de tres mil millones de personas fieles a esta religión y el hecho de vivir en un mundo globalizado donde las relaciones, los estados y las personas fluyen de una manera inédita, y el hecho de que las relaciones entre occidente y el mundo árabe, mayor devoto de este credo, estén en un punto muy crítico desde que se produjeran los atentados terroristas del 11 de Septiembre de 2001 en la ciudad de Nueva York, atribuidos a un magnate de origen saudí llamado

¹ Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Catedrático Universitario: Universidad Católica, Facultad de Jurisprudencia (Sistemas Jurídicos Comparados, Sistema Jurídico del Common Law), Facultad de Economía (Introducción al Derecho); Universidad Internacional SEK, Facultad de Derecho (Derecho Romano). Empresario textil. Articulista de la revista "Ideas de Libertad" del Instituto Ecuatoriano de Economía Política (IEEP). Abogado en libre ejercicio.

Ossama Ben Laden, líder del grupo fundamentalista AlQaida, actos que desataron a su vez una severa y cruenta represalia norteamericana en Afganistán e Irak, amerita imperativamente el conocimiento de, al menos, los rasgos más importantes de la cultura islámica que se basa en valores muy diferentes a los nuestros, ello con el fin de encontrar pautas para una convivencia justa, pacífica y armónica entre el occidente laico, materialista y racionalista con el Islam místico, religioso y dogmático que parece haber recobrado el poder de convocatoria que ostentó durante los primeros siglos de su existencia. Uno de los caminos hacia ese conocimiento es, precisamente, el estudio de los rasgos jurídicos más generales e inherentes a todas las sociedades que se gobiernan bajo los preceptos del islamismo, rasgos generales, ya que no todas las sociedades islámicas participan de los mismos ritos ni creencias. Por ejemplo, el mundo islámico no cuenta con una autoridad religiosa unitaria y centralizada reconocida por toda la feligresía y con autoridad para darle pautas de conducta obligatoria frente a problemas contemporáneos como la moralidad del uso de anticonceptivos, el aborto, la clonación, el cambio de sexo, etc., tal como ocurre con relación al Sumo Pontífice del catolicismo.

Cada país islámico cuenta con sus propias autoridades religiosas, que son a la vez políticas y jurídicas y a cuyo cargo corre la forma en que los miembros de dichas sociedades deberán entender la palabra de Alá consignada en el Corán. Una segunda advertencia que cabe también formular es que la comparación jurídica entre las instituciones jurídicas occidentales y las musulmanas se presta, como casi ningún ejercicio comparativo, para las más encendidas polémicas y comentarios. Sin embargo, en el presente estudio se prescindirá, en lo posible, de juicios valorativos en cuanto a la bondad o perversidad de las instituciones islámicas a las que se haga referencia. El autor concentrará sus análisis en ejercicios descriptivos para que sea el lector quien extraiga sus propias conclusiones. Respeto en alto grado a la comunidad árabe, tengo muchísimos amigos de origen árabe y saludo el esfuerzo que han hecho y siguen haciendo tantos otros ciudadanos árabes para el desarrollo del Ecuador.

1.- EL PROFETA QUE FUNDO EL DERECHO.-

Si el derecho occidental es el resultado histórico del aporte de miles de pensadores en el tiempo y en el espacio en cuanto a su construcción doctrinaria que, por cierto, no es unívoca, el derecho islámico, en cambio,

nace y se consolida a partir del mensaje único que el profeta Mahoma recibiera del mismo Dios; por ello, cualquier conocimiento relativo al derecho musulmán, pasa por el conocimiento de la vida del gran profeta porque ésta es fuente de derecho.

¿Quién fue Mahoma?

Primeramente, vale aclarar que el vocablo “Mahoma” no es un nombre propio sino un adjetivo que en castellano significa “el alabado”. El verdadero nombre de este profeta es **MUHAMMED BEN ABD ALLA AL QUORASHY** quien según la tradición islámica, nace en la ciudad de La Meca, actual Arabia Saudita, en el año 570 DC. Se dice que su madre murió antes de que él llegara a conocerla y que su padre era un comerciante quien también fallece antes de que Mahoma cumpliera 8 años. Dicha orfandad le significa también la indigencia por lo que su tío Abu Talib decide acogerlo y emplearlo en tareas agrícolas y pastoriles.

Durante la infancia y juventud el profeta jamás reveló inclinación alguna hacia el misticismo. Se dice que al cumplir 20 años llega a trabajar como pastor para una mujer acaudalada, viuda e independiente llamada Kadisha quien para entonces ya contaba con 40 años. Seducido por la belleza, carácter y experiencia de su patrona, el joven Muhammed se enamora de ella en correspondido sentimiento, por lo que terminan contrayendo nupcias. Ascendiendo social y económicamente, el profeta viaja junto a su esposa por toda la península arábiga en busca de relaciones comerciales. Esos periplos le permiten tomar contacto con pueblos de la más variada naturaleza y procedencia de cuyos habitantes logra concebir ideas, vagas, confusas e inconexas de cristianismo y judaísmo mezcladas con toda clase de ideas paganas a las cuales no prestó mayor atención. Así, el futuro profeta oyó hablar de los milagros y segunda venida de Cristo, de Noé, su arca y el diluvio universal, de Moisés y la apertura del Mar Rojo, etc.

Con el paso de los años, Mahoma recibe en su hogar a su joven primo Alí quien también había caído en el desamparo y quien también llegara a convertirse en uno de sus más fieles seguidores. Alí corona su relación con Mahoma al desposarse con Fátima, la única hija que le sobrevivió de su unión marital con Kadisha. La vida de Muhammed transcurría con toda normalidad hasta que una noche le ocurre algo de lo más extraño e inesperado. Hallándose en una de sus tantas caravanas comerciales y mientras dormía plácidamente en su tienda de campaña, el profeta siente

que alguien le estrangulaba. Pensó que se trataba de un asalto por lo que pidió auxilio sin ser escuchado.

Pero, el gran susto vendría cuando se percató de la textura no humana de su estrangulador que era un ser luminoso al cual no había visto en ningún otro sueño; estando Muhammed próximo al desmayo y paralizado por el terror, el ser sin mover los labios le pidió tranquilidad porque le visitaba en son de paz y con un mensaje del mismo cielo. El ser luminoso se presentó como el Arcángel Gabriel (el mismo que según la tradición cristiana anunció a la Virgen María que en ese estado concebiría al hijo de Dios) quien le hizo saber que por voluntad de Dios a quien en adelante deberá llamar Alá, había sido escogido para ser el portador del último y definitivo mensaje que daría a la humanidad para redimirle del pecado, petición ante la cual no podía negarse. El Arcángel desapareció pero no sin antes advertirle que sus visitas serían frecuentes.

No obstante la mala experiencia, el comerciante pensó que todo fue un mal sueño por lo que decidió guardar para sí aquel raro fenómeno. Mas para su propia sorpresa, las apariciones continuaron sin que importe el lugar. Creyendo haber empezado a enloquecer, Muhammed cayó en una profunda depresión que le hizo optar por el ensimismamiento y el aislamiento social, comportamiento que causó la inmediata preocupación de su esposa Kadisha. El presionado por las circunstancias, decide sincerarse con su mujer y ante su propio asombro, ella da crédito absoluto a sus historias al tiempo de conminarle a divulgar el mensaje recibido lo más pronto posible. Allí en cuanto se entera de lo ocurrido, se ofrece como el primer soldado de la causa de su tío.

Vale aclarar que pese a estas experiencias, Mahoma todavía no tenía muy en claro su papel de guía espiritual, se dice que al principio él pensó en el simple cumplimiento de las profecías bíblicas del cristianismo de las que tanto oyó hablar; ese reconocimiento lo adquiere después. Alentado por el apoyo recibido en su seno familiar, Mahoma empieza su misión predicadora al interior de la tribu de los coraichitas de la cual es originario, prédicas que desde un principio riñen con los ritos y creencias de pueblos cuyos ritos, mitos, y tradiciones han sido secularmente idolátricos y politeístas. La burla y el escario son las primeras respuestas que recibe el profeta, para sus coterráneos o había enloquecido o se había convertido en un blasfemo. Pero pronto esas burlescas actitudes cambian en la medida en que Mahoma empieza a ganar adeptos. La burla se

transforma en ira, la ira en persecución y la persecución lo termina conduciendo a la cárcel.

Se dice que, desde el mismo momento en que Mahoma captó feligreses, los enardecidos coraichitas lo atacaron físicamente; primero, arrojándole vísceras de animales muertos, hasta que por último, decidieron asesinarlo. El atentado tiene lugar una noche en que armados de puñales, sus victimarios logran penetrar en la celda en que dormía propinando varias puñaladas sobre el cuerpo que encontraron dormido. Los coraichitas estaban felices por que lo creyeron muerto, mas no contaron con el ingenio de Alí quien sabiendo de las prácticas conspirativas que urdían los enemigos del profeta, dio las facilidades para que los asesinos entraran a la celda del profeta y apuñalen a los almohadones que el mismo colocó en lugar del cuerpo de su tío. Mahoma para entonces ya había huido de la ciudad de La Meca en un episodio que los musulmanes denominan como “La Hégira”, esto ocurrió en el año 622 DC que es el primer año del calendario Musulmán.

Yatrib es su nuevo refugio y será también su teatro de operaciones al tiempo que escenario de nuevas apariciones revelatorias. Para cuando todo esto ocurre, Mahoma ya había enviudado de Kadisha cuya muerte se produce un año antes. Yatrib es un poblado muy humilde habitado principalmente por campesinos, artesanos y pastores, cuya mitad de habitantes es de origen judío; sin embargo, era un sitio importante puesto que de sus entrañas brotaba agua. Yatrib, tampoco es un lugar pacífico en razón de los cruentos y continuos enfrentamientos étnicos entre grupos rivales, principalmente los Aws y los Jazrach. La presencia del profeta lejos de molestar a los yatribíes, los reconforta. Ellos creyeron que había llegado un mesías salvador que pondría fin a las disputas y por eso no dudaron prestar atención al mensaje del profeta y cerrar filas en torno a él. Los seguidores se multiplican y allí es cuando Mahoma se percata de que su misión no es sólo religiosa sino también política y militar. Su credo será conocido entonces como “Islam” o sumisión a Dios y sus fieles serán llamados “musulmanes” o siervos de Dios.

El profeta asegura a su feligresía que por mandato de Alá, o sea, Dios, debe convertir al islamismo a todo el mundo. Así es como se transforma en la máxima autoridad política de Yatrib, ciudad a la que por lo sucedido, sus habitantes le cambian de nombre al de Medinat –Al- Nabí que significa simplemente “la ciudad del profeta”. Al mando de un ejército disciplinado y organizado, Mahoma emprende lo que se conoce

como la YIHAD o guerra santa que tiene como propósito supremo la conversión forzosa de los infieles al islamismo. Sus primeros objetivos serán entonces los judíos y los cristianos de la misma Madina y zonas adyacentes. Parece que fruto de esa beligerancia en el Corán se hallan fragmentos que valoran a Cristo y a los cristianos de una manera a veces respetuosa y a veces en forma absolutamente hostil.

Para los musulmanes Cristo no es el hijo de Dios que proclaman los cristianos sino un profeta más, el antecesor de Mahoma que es “el sello de los profetas” y eso a pesar de que reconocen los milagros de Cristo y no adjudican un solo milagro a su profeta. Cristo para ellos es un profeta como lo fueron Adán, Abraham, Moisés, Salomón, David, etc. en cuyas vidas y obras también creen. Mahoma lanzó muy severos ataques a la Biblia cristiana acusándola de contener mensajes divinos incompletos cuando no intencionalmente adulterados por los judíos.

En este período contrae matrimonio con varias mujeres a la vez, aduciendo que Alá no se opone a ello siempre y cuando las esposas fueran totalmente mantenidas por su esposo de acuerdo al rango social que ostentaron cuando solteras. Eso no impidió que una de ellas sea su favorita; tal honor recayó en una joven llamada AISA, hija de Abu Bakr, uno de los primeros conversos a la nueva religión y además dueño de una gran fortuna. Entre AISA, la esposa y Alí el primo y yerno del profeta, jamás hubo buena relación. Los celos por ganar el reconocimiento de Mahoma los llevaron a la enemistad más franca, pero mientras él estuvo vivo no se produjeron incidentes de gravedad. Sintiendo fuerte y aclamado, Mahoma decide regresar a La Meca, ciudad que le vio nacer, para conquistarle y convertirle. Ese regreso a La Meca hace que en adelante el islamismo sea identificado con la cultura árabe. Dispone que es una ciudad sagrada a la cual hay que ir en peregrinación al menos una vez en la vida del musulmán.

La guerra contra los mequies fue una de las grandes obsesiones del fundador del Islam quien al fin tendría la oportunidad de hacer realidad todos aquellos tormentos con los cuales, a su tiempo, amenazó a sus escépticos y burlones coterráneos. La espada se convierte en el nuevo símbolo de la prédica. Se dice que la espada de Mahoma le había sido entregada por el mismísimo Arcángel Gabriel y que por tanto era la espada justiciera de Alá. Los enfrentamientos entre los ejércitos mahometanos y los mequies, principalmente coraichitas, duró algunos años, pero son los primeros los que terminan por imponerse.

Mahoma es investido como supremo jefe de La Meca. Al igual que en Medina, también adquiere la categoría de máximo juez y de máximo legislador. Las verdades reveladas que recibe el profeta son también normas obligatorias para todo musulmán, las soluciones de conflictos efectuadas sobre la marcha de los asuntos en los que administra justicia se irán constituyendo en precedentes obligatorios para juzgamientos futuros. Para los musulmanes no solo tiene importancia el contenido del mensaje sagrado recibido por Mahoma, sino también su propia vida la cual es su espejo y ejemplo; la vida del profeta Mahoma, como se verá más adelante, también constituye fuente de Derecho. Su paso como máxima autoridad de La Meca será, sin embargo, muy breve puesto que fallece al año de haber logrado la conquista, esto es en el año 632 DC, año 10 de la era musulmana. No obstante, la muerte del profeta también supuso la división del Islam. Ya en vida del profeta sus familiares consanguíneos y sus familiares políticos mantuvieron fuertes pugnas que se agudizaron cuando se debió tratar el tema de la sucesión. Así nacieron los dos grandes grupos islámicos que mantienen sus enfrentamientos hasta la actualidad: los **Sunnitas** y los **Shiitas**. Los primeros reconocían la sucesión o **Khalifato** en los familiares políticos del profeta y los segundos en sus familiares consanguíneos quienes terminaron autoproclamándose como la sagrada familia a cuyos miembros había que rendir culto. Serían los Sunnitas quienes acabarán por imponerse hasta formar el sector creyente mayoritario. Cabe mencionar que tanto los unos como los otros decían tener el verdadero ejemplar de El Corán.

2.- LA LEY ISLAMICA

Lo que los occidentales conocemos como saber jurídico, los islámicos denominan **Fiqh** y lo que conocemos como Ley recibe el nombre de **Sharía** o **Charía** que traduciendo al castellano significa "el camino que conduce a las aguas", esto porque el paraíso celestial que proclaman los musulmanes es un sitio que cuenta con abundante agua en contraste con las vastas arenas desérticas donde desarrollan su vida terrenal. El concepto de sharia no se relaciona en modo alguno con la teoría de la soberanía popular que en occidente considera al pueblo como el origen de todo mandato legal. La sharia islámica abarca todas las relaciones de las personas, tanto con Dios como con sus semejantes, prescribe lo que una persona ha de creer y cómo expresar esas creencias y, por supuesto, tiene sus respectivas fuentes, siendo las principales El Corán que es el libro sagrado del Islam y la Sunna o tradición, a las cuales se aludirá más

adelante. Pero aunque entre los doctores de la sharia no existe autoridad que desconozca tales fuentes, los juristas islámicos sí han discrepado en la forma de cómo interpretarlas, principalmente con relación a las indicadas, interpretación que ha dado lugar a la formación de cuatro grandes escuelas históricas del Derecho Musulmán, paradójicamente, ninguna de ellas nacida en La Meca. Así tenemos:

- Escuela Hanafita.** Creada en Bagdad en el siglo VIII dc por Abu Hanifa.
Escuela Malikiita. Creada en Medina en el siglo VIII dc por Malik Ben Anás.
Escuela Shaffiita. Creada en Medina en el siglo VIII dc por Al Shafii, discípulo de Malik,
Escuela Hanabalita. Creada en Bagdad en el siglo IX dc por Ahmad Ibn Hanbal.

Los fundadores de estas escuelas tuvieron la calidad de doctores y jueces de la sharia y su pensamiento todavía influye en el saber jurídico del Islam contemporáneo. Tomando en cuenta que el objetivo del Derecho Musulmán está en la creación de modelos absolutos sobre el bien y el mal, la sharia, independientemente de la fuente de donde provenga, se presenta de distinta naturaleza por lo que es susceptible de clasificación. Según los doctores de la ley islámica la sharia puede ser:

Obligatoria Contiene los preceptos y órdenes que todo musulmán debe cumplir, al margen o no de su voluntad como, por ejemplo, peregrinar al menos una vez en su vida a la ciudad de La Meca.

Meritoria Establece pautas para que el creyente perfeccione su servicio a Dios como, por ejemplo, el participar y morir en guerra santa en contra de los no creyentes.

Prohibitiva La que dice qué tipo de conductas tienen que ver con el mal y por ende, constituyen pecados si los fieles llegan a practicarla, como la prohibición que existe para la mujer musulmana de contraer matrimonio con un hombre de otro credo.

Repreensible Es amonestatoria y eventualmente prescribe castigos leves - eso sí, comparando con otro tipo de castigos- como el ayunar u orar a Alá por algunas horas al día.

Punitiva Establece la forma cómo han de castigarse las transgresiones a la sharia como cuando se ordena cortar la mano a quien reincida en el robo.

Indiferente La que tolera las prácticas consuetudinarias de los pueblos siempre y cuando no se opongan al Corán y a la Sunna. Esta sharia es

quizá la más trascendente porque es la que ha permitido la convivencia del Islam con leyes y costumbres de sociedades no árabes. Por ejemplo, en Mongolia la sharia ha debido coexistir con la “Yasa” o ley dinástica.

Característica fundamental de la sharia es que no se presenta bajo la forma de Derecho Positivo a la usanza occidental, jamás se ha creado un código de sharias ni se divide el Derecho en ramas como Civil, Laboral, Penal, etc. Lo que conocemos como Derecho Positivo expresión jurídica que sí se encuentra presente en el Islam, no forma parte de la sharia. La norma positiva no es tomada como modo de producción jurídica y se presenta por lo general bajo la forma de simple reglamento administrativo, que para el jurista musulmán no constituye derecho. El Derecho Administrativo existe pues, de manera extraoficial.

3.- FUENTES FORMALES DEL DERECHO ISLAMICO

Siendo el Derecho y la actividad jurídica fenómenos íntimamente vinculados a la actividad religiosa hasta formar parte de ella, las fuentes del Derecho Islámico son también fuentes de la religión islámica y se aplican con criterio jerárquico, aunque en forma bastante diferente a la de los sistemas occidentales. El derecho llamado **Fiqh** por los musulmanes tiene cuatro grandes fuentes formales que en orden descendente son: a) **El Corán** o libro sagrado; b) **La Sunna** o tradición; c) **La Idjamá** o unanimidad y, d) **El Quiyás** o razonamiento por analogía.

En cuanto a su aplicación práctica, no se piense que el juez o **Qadí** solo o formando parte del tribunal de la sharia procede al resolver un caso como lo haría un juez de un sistema jurídico legislativo, es decir, aplicando a dicho caso en primer lugar la ley y después las restantes fuentes inferiores para todo aquello que la ley no contemple. El Qadí islámico no tiene ninguna potestad para interpretar ni El Corán, ni Sunna y ni la Idjamá porque que El Corán es obra del mismo Dios y las otras dos fuentes que contienen las interpretaciones humanas a su texto hechas por los eruditos históricos del Islam, gozan de la calidad de inmutabilidad e infalibilidad desde ya hace algunos siglos.

El Qadí sólo puede recurrir al Quiyás esto es a la aplicación analógica y razonada de las interpretaciones inmutables provenientes de las fuentes superiores que se relacionen con el caso presente, operando algo parecido al sistema de precedentes sobre los cuales operan los sistemas jurídicos del Common Law de extracción anglosajona, parecido porque en el caso

del derecho musulmán no existen precedentes vinculantes con carácter obligatorio que deberá observar el juez. Aquello de que “a un mismo hecho se aplicará un mismo principio”, axioma del sistema judicial inglés, no opera en este modo de producción jurídica puesto que el Qadí musulmán a un mismo hecho similar puede aplicar principios completamente distintos sin que nadie se atreva a protestar; al final, el juez obra por inspiración divina. Para un mejor entendimiento del funcionamiento de estas fuentes y su interrelación, conviene entonces efectuar un examen individualizado de cada una de ellas.

3.1 El Corán

Conocido como **Al Karahán** en la lengua árabe, voz que traducida al castellano significa lectura o recitación, no solamente constituye el libro sagrado del islamismo ni la obra maestra de la literatura árabe sino que, como ya se indicó, es la suprema fuente del derecho musulmán. Aunque el dogma religioso le atribuye un origen divino, los mismos sabios del Islam admiten que su texto no fue escrito en un solo momento ni proviene del puño y la letra del profeta Mahoma. Si bien comparando con el tiempo que se tomaron los fieles judíos y cristianos hasta tener las versiones definitivas de sus respectivos textos sagrados El Corán aparece como escrito sobre la marcha, su texto definitivo fue consecuencia de hechos y circunstancias históricas bastante definidas.

Primeramente vale mencionar que en el siglo VI dc al interior de la península arábiga, el árabe, lengua de origen semítico, no estaba del todo consolidada. El primer ejemplar de El Corán fue escrito en lengua **Quraix** a partir de la cual nació el idioma árabe que convivía con una nada despreciable cantidad de dialectos y cultos paganos, como el de la adoración a una gigante piedra negra llamada **Kaaba**, propios de los grupos étnicos que habitaban La Meca, eso a parte de que cuando nació el árabe, nació sin signos caligráficos capaces de expresar las letras consonantes que le fueron integradas después. Esto sugiere que, no obstante lo que dice la religión, el texto coránico fue de factura humana y experimentó evoluciones a nivel textual. Además a nivel religioso, como se desprende de su lectura, se nota claramente que se nutrió de personajes y elementos propios del judaísmo y el cristianismo, sus religiones predecesoras las cuales también tenían seguidores en la Arabia de Mahoma.

El Corán reconoce como profetas a muchos personajes que la Biblia da la calidad de tales como Noé, Moisés, Abraham, Jacob, etc. Reconoce incluso la existencia de Cristo aunque negándole la naturaleza divina que le atribuyen los cristianos. Según el libro coránico Cristo es sólo un profeta, el antecesor de Mahoma "el sello de los profetas" y ello a pesar de que admite que el primero hacía milagros y el segundo jamás hizo uno. Por otro lado, aunque El Corán si pudo haberse escrito desde el mismo momento en que se produjo la revelación que lo inspira, el hecho de que al principio el profeta del islamismo no haya tenido un conocimiento cabal de la misión terrenal que le había impuesto Alá y por el contrario, haya pensado que las apariciones sobrenaturales que experimentaba eran no otra cosa que la confirmación de las profecías judeo cristianas, la tradición afirma que las primeras revelaciones fueron guardadas sólo en la memoria del profeta y de su secretario Zayd Ibn Thabet quien en adelante sería el encargado de ponerlas por escrito. La humana y frágil memoria del profeta habría de provocar la omisión de una que otra revelación, situación reconocida oficialmente por los doctores de la ley cuando certifican que hay versículos coránicos que carecen de su complemento o versículos que resultando complementarios no cuentan con su antecedente.

El aprendizaje memorístico de las revelaciones se confirmaría por el hecho de que los versos de este libro sagrado son rimas muy cortas, especialmente destinadas al aprendizaje fácil y rápido. La simple retención mental de los mensajes revelados, método de enseñanza coránica que el profeta también aplicó con sus seguidores, provocó, como es obvio, contradicciones en los mensajes que recibieron los receptores creyentes lo cual debió subsanarse en lo posterior, de la misma manera como judíos y cristianos resolvieron problemas similares, esto es, aplicando la denominada técnica del texto abrogante y el texto abrogado que consiste en que si un texto se borra de la mente un testigo presencial de un hecho relevante y si con posterioridad lo recuerda de manera contradictoria, prevalece el segundo testimonio sobre el primero, creándose un nuevo texto que constará como definitivo. Difícil es determinar cuántas abrogaciones sufrió este libro sagrado desde Mahoma hasta alcanzar su versión definitiva, sin embargo, los eruditos sí han establecido un catálogo de abrogaciones a partir de la muerte del profeta que constan en las versiones oficiales del texto.

Una importante característica coránica es la de no ser un libro escrito en orden cronológico como sí lo son los libros sagrados judíos y cristianos.

En la Biblia cristiana, por ejemplo, hay dos grandes periodos históricos muy definidos: el Antiguo y el Nuevo Testamento. Las 114 Suras o Azoras, capítulos que conforman El Corán, y sus 6.000 Aleyas o versos no son producto de la ordenación cronológica de sucesos, el contenido de una misma revelación bien puede estar diseminado en varias Azoras y Aleyas. Lo que sí indican las Azoras es el lugar de la revelación que sólo pueden ser las ciudades de La Meca o Medina, la ciudad del exilio del profeta, existiendo revelaciones hechas en ambas partes. En cuanto a su contextura jurídica no estamos ni frente a una codificación ni a una compilación ni a una recopilación, tampoco existe una división por temas o materias.

Existe una fusión absoluta entre derecho, religión y moral por lo que cualquier transgresión a la norma tiene consecuencias en estos tres planos. Un ladrón, por ejemplo, no expía su culpa a través de una sanción penal así ésta implique castigo físico o privación de la libertad, deberá también arrepentirse y pedir perdón públicamente. Las prescripciones coránicas no se agotan en el plano espiritual ni en el fuero íntimo de las personas puesto que trasciende los más diversos usos y costumbres e inclusive a la higiene. Es mandato coránico la obligación de la mujer de cubrir todo su cuerpo. Con ello se busca que madres, esposas, hijas y hermanas o cualquier mujer querida por un hombre no sean objeto de deseo. En los países donde se vive con mayor intensidad el fundamentalismo islámico, si una mujer no cubre su cuerpo o si simplemente se viste a la usanza de la moda occidental es como si expresamente invitara a los varones a tocar su cuerpo. El texto coránico se presenta mucho más severo con la mujer que con el hombre, por ejemplo, el adulterio femenino puede acarrear la muerte, el testimonio de un varón, vale el de dos mujeres, el hombre siempre heredará más que la mujer y esta siempre debe llegar virgen al matrimonio, exigencia inexistente para los varones. No admite tampoco los hijos fuera del matrimonio, la mujer que conciba no estando casada puede pagar la falta con su propia vida y a manos de su propio padre.

Un dato que llama la atención es que en El Corán no se prohíbe el divorcio; de producirse el mismo texto establece que los hijos habrán de quedarse con su padre. Así mismo, determina que todo contrato debe celebrarse por escrito y se prohíbe el cobro de intereses en las deudas. En fin, para el musulmán militante todo esto es ley sagrada, inmutable y por lo tanto de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, al igual que lo que ocurre con todas las sociedades, las diferentes sociedades islámicas

también experimentaron cambios conductuales, cambios frente a los cuales el libro sagrado no ofrecía respuesta inmediata porque sencillamente no los contemplaba, máxime si los doctores de la sharia consideran que no es el derecho el que debe adaptarse a la vida social sino ésta a su derecho sagrado. Estos vacíos, no obstante, fueron llenados a través de una nueva fuente de derecho con carácter de oficial y obligatoria: la Sunna.

3.2.- La Sunna

Si bien en su traducción literal significa “tradición”, esta fuente del derecho no debe ser entendida como comúnmente se entienden las tradiciones, esto es, la transmisión del patrimonio cultural de un pueblo de generación en generación. La tradición islámica contenida en la Sunna hace referencia únicamente a la vida del profeta Mahoma de acuerdo a los testimonios de testigos que llegaron a convivir con el profeta. Es una suerte de catálogo de testimonios conocidos como “**hadiths**” o “**hadices**” que no son otra cosa que todo aquello que el Elegido hizo en vida dentro de los cuales constan actos de la más variada índole como sus alabanzas, enseñanzas, conversaciones, advertencias, reprimendas que incluyen hasta estados de ánimo y gesticulaciones faciales; algo muy parecido a los evangelios bíblicos que se refieren a la vida de Cristo. Los hadiths o hadices también ofrecieron serios problemas metodológicos a los juristas y sabios del Islam puesto que hubo un momento en que se llegaron a contar por miles, escritos en diferentes épocas y lugares y aún con grandes dosis de fantasía y fanatismo.

No faltaron, pues, los supuestos testigos que afirmaban haber presenciado cómo Mahoma hacía milagros, algo oficialmente rechazado por los maestros del Islam, ni los testimonios abiertamente contradictorios entre sí. Esta realidad obligó a los eruditos a efectuar un minucioso proceso de selección y depuración de los testimonios para admitir sólo aquellos que no contravengan El Corán y concuerden con la verdad histórica. Este trabajo fue hecho por los maestros **Al Bokkari** y **Moslem** hacia el siglo II de la era musulmana (S. IX d c). Cada hadith cuenta con una larga cadena de intermediarios a partir del testigo inicial. Así consta, por ejemplo, que tal como lo vio del profeta el testigo **Omar** quien se lo dijo a **Alí**, quien lo contó a **Karim**, el cual lo narró a **Yuseff**, etc., etc... “Mahoma hizo tal cosa”. Todos estos testimonios constituyen bases de la fe islámica y por ello gozan también de un carácter inmutable, tan inmutable que ningún juez de la sharia puede interpretarlos ni siquiera para resolver un caso

actual para el cual estos no ofrezcan solución. El conocimiento de la Sunna no está expuesto al público sino sólo a los guías espirituales de alto rango que, por supuesto, tienen la calidad de jueces. Dado que nuevamente ni El Corán ni la Sunna ofrecían soluciones a problemas originados en nuevas realidades, fue necesario crear una nueva fuente del Derecho, el Idjma.

3.3 EL IDJMA O UNANIMIDAD

En la aleya 115 de la IV azora de El Corán se lee "... aquel que sigue un camino distinto al de los creyentes, está condenado al infierno". ¿Qué significa esto? Significa que el Islam es único e infalible. Por esta razón este vocablo debe ser traducido como "Unanimidad". Como fuente del derecho reviste muchísima importancia puesto que condensa todo tipo de interpretaciones hechas tanto de El Corán y la Sunna por parte de los grandes sabios históricos del islamismo quienes en siglos pasados ya unificaron sus criterios interpretativos para enseñar a los creyentes el único camino que existe para llegar a Dios. El Idjma contiene los dogmas de la religión musulmana porque los autores de la unificación doctrinaria son considerados tan infalibles como lo es el Santo Padre para los católicos y no pueden equivocarse. Para los musulmanes sus sabios y juriconsultos son considerados como herederos de los profetas.

Vale aclarar que si bien Mahoma es el profeta más grande del Islam, esta religión también admite la existencia de otros profetas, formados ya a la luz del islamismo, tal es el caso de Alí, Hassan o Hussain y los Ayatollas para los chiitas. Y no está por demás mencionar que la Unanimidad ha trascendido las costumbres, normas y ritos de las escuelas jurídicas, como las aludidas anteriormente, que también la reconocen como fuente de derecho; las diferencias entre dichas escuelas pasarían a ser meros detalles. Los juristas no pueden sacar conclusiones individuales con respecto a su lectura de El Corán y de la Sunna, eso sería como si cualquier clérigo católico decide un día por sí y ante sí que no existe la Santísima Trinidad. Debe quedar claro entonces que todo libro de derecho o fiqh debe ser escrito consultando los dogmas de la Idjma que contiene "soluciones sagradas" a los problemas humanos y que, por lo tanto, no hay espacio para ningún tipo de innovación jurídica sea teórica o práctica; podría decirse que los libros de derecho sólo se reimprimen y que serían los mismos que existieron desde hace algunos siglos ya que desde el S. IV de la era musulmana, los sabios y profetas declararon que toda la producción jurídica desde Mahoma hacia aquella fecha, tenía la

categoría de inmutable. ¿Cómo se aplica el Idjma? Pues a través de un sistema de razonamiento analógico al que los musulmanes denominan como Quiyás.

3.4.- El Quiyás.

Más que una fuente de derecho, como lo consideran algunos estudiosos, el Quiyás es un mecanismo práctico de aplicación de justicia. El Quiyás vendría a ser una suerte de aplicación de la jurisprudencia, que en este caso, estaría conformada por los dogmas de la Idjma aplicado al universo de los nuevos y diferentes casos que se van generando al interior de las sociedades islámicas. Sin embargo, no debe pensarse que éste es un procedimiento que funciona al estilo de los sistemas jurisprudenciales anglosajones que se guían por aquel principio de que “a un mismo caso se aplicará el mismo principio”. Tampoco se piense que existen casos guía debidamente organizados, jerarquizados y sistematizados que sirvan de precedentes obligatorios para que el juez sentencie atendiendo a un conjunto de principios que ofrezcan garantías básicas. Nadie podría argumentar que en un juicio se le han violentado las normas del debido proceso. Aquí el Cadi o juez tiene total libertad de escoger la analogía que él en el momento de resolver un asunto crea conveniente; lo único importante es que el antecedente que utilizó para su fallo se encuentre dentro del conjunto de preceptos que conforman la Idjma. Por eso un acusado de robo no puede estar seguro de si será sentenciado de acuerdo a cómo haya sido sentenciado otro acusado de robo por la sustracción de bienes equivalentes y con los atenuantes y agravantes similares. El cadí para un caso puede bien optar por una analogía que determine una pena que consiste en azotes, mientras que para el otro caso puede escoger una analogía que por pena tenga la amputación de una o de las dos manos del infractor. Concebido y practicado así el Quiyás, se puede decir que depende únicamente del argumento de autoridad.

4.- LA TECNICA JURIDICA NO OFICIAL (QANOUM)

Cuando existe una visión laica del fenómeno jurídico, no cuesta admitir que el Derecho es un resultado histórico y también el resultado de diversos factores sociales que dan lugar a la evolución o a la transformación de las instituciones de las sociedades políticas a las cuales da sustento, pero cuando prima una visión religiosa militante del Derecho, como en el caso del Islam, la situación cambia por completo. Los principios del **Fiqh** o Derecho Musulmán no están sujetos a revisión

alguna, simplemente porque nacen de una revelación divina, de la voz del mismo Dios. Las normas del **Fiqh** no solo tienen la misión de regular la vida social como cualquier tipo de norma jurídica, son ante todo prescripciones que se proponen el logro de una vida eterna dichosa para el creyente que las observa, de allí que su técnica jurídica sea rígida e inflexible: está encaminada hacia el logro de la santidad. El **Fiqh** no se ha modificado desde el Siglo X de nuestra era, participando íntegramente de las cosmovisiones medievales.

Pensemos cómo serían las sociedades occidentales del siglo XXI viviendo todavía en medio de las famosas ordalías procesales, los juicios en contra de animales, el desprecio por la ciencia, la persecución de científicos, la santa inquisición y toda la gama de prácticas oscurantistas con que la Iglesia Católica dirigió los destinos temporales de la Europa medieval. Pues los musulmanes no obstante su enorme fe militante, tampoco pudieron vivir ni pueden vivir ahora como lo hicieron sus antepasados de hace once siglos. El **Fiqh** se estacionó pero la vida social de los musulmanes no. Una vez que tanto El Corán, la Sunna, la Idjma y el Quiyás resultaron ineficaces para resolver conflictos terrenales, los devotos de Alá se vieron en la necesidad de crear una técnica jurídica extraoficial, genéricamente denominada **Qanoum**, y no tan comprometida con la religión, técnica que con el devenir de los siglos hasta llegó a convivir y a fusionarse con modos de producción jurídica occidentales. Esto se sintió con mayor intensidad cuando las potencias europeas a partir del siglo XV emprenden aventuras conquistadoras y colonizadoras en todo el mundo que al mismo tiempo significaron la exportación de la cultura europea en todos los órdenes.

El laicismo de la Revolución Francesa también llegó hacia las sociedades islámicas, y provocó que, al menos, en el plano teórico se hicieran distinciones entre derecho y religión. El **Fiqh** fue siendo cada vez un asunto propio del fuero íntimo de las personas dando paso a la conformación de un derecho no oficial que se ocupó de dar soluciones prácticas a problemas concretos. ¿Cómo? A través de prácticas jurídicas a las cuales bien se podría calificar como “alternativas” y que funcionaron y hasta la fecha funcionan, al margen del **Fiqh** y dan soluciones prácticas a los más variados conflictos. Son otro tipo de fuentes del derecho, pero que al ser extraoficiales no se encuentran jerarquizadas lo cual permite su uso indistinto. Por esta razón su alusión no reviste ningún orden de importancia.

4.1 La Ley Positiva.-

Es la norma escrita y emanada de órgano legislativo. Poco tiene que ver con la sharia aunque su elaboración es posible gracias a que los sabios del Islam jamás han visto un obstáculo en la facultad de las autoridades políticas para elaborar normas que aseguren el orden de la sociedad siempre y cuando no contravengan la sharia. De hecho las autoridades civiles musulmanas han hecho uso frecuente de su poder reglamentario, a tal punto que existen asuntos que sólo pueden ser resueltos por esta vía. Durante el S. XX muchos países musulmanes recurren a la técnica de la codificación por materias: Irán, Irak, Egipto, Afganistán, Túnez, Turquía, Libia, son unos cuantos ejemplos. Aspectos como los relativos a las personas, la familia y la sucesión por causa de muerte, conocidos como el "estatuto personal" son los que se han quedado reservados a la regulación del Fiqh y la Sharia sin que por ello dejen de preocupar a la legislación positiva. En materia constitucional y administrativa la influencia del derecho religioso resulta muy tenue y en otros casos hasta inexistente. Los tratados internacionales son también considerados como normas de primer orden lo que permite el funcionamiento y aplicación del Derecho Internacional tanto público como privado en los países islámicos. La aplicación de la ley positiva en las sociedades musulmanas se convirtió en una herramienta de primer orden para resolver conflictos a tal punto que desplazó al Fiqh, a los Cadí y a los tribunales de la Sharia cuyo papel se redujo por momentos al culto religioso. Si no se hubiese dado el rebrote del fundamentalismo islámico que tanta fuerza cobró desde la segunda mitad del s. XX con el nacimiento de Israel en territorio Palestino, el Fiqh y la sharia no serían más que religión.

4.2.- La Costumbre.-

La Costumbre que es considerada fuente del derecho en los sistemas jurídicos occidentales, tampoco forma parte del Fiqh. No puede ser parte de él porque sería la negación de la Idjma o Unanimidad, y cuando se habla de costumbre, se habla de diversidad; jamás coinciden las costumbres entre dos sociedades. Sin embargo, el recurso a la costumbre, como fuente no oficial del derecho, es posible gracias a que en los textos sagrados del Islam no existe ninguna expresión que la condene y que además constituye una forma amigable de resolver conflictos. El requisito que debe observar para funcionar es el de no ordenar un comportamiento prohibido por el Fiqh y de prohibir una conducta que el Fiqh la considere intolerable. Aquella práctica de obligar al varón recién

casado a exhibir ante los invitados de la boda las bragas ensangrentadas de su esposa doncella no es más que costumbre, tal como lo es la entrega del padre a la hija que va a casarse de una porción de bienes en dinero o en especie, llamada dote, para el usufructo conyugal, porción que deberá devolverla el marido en caso de divorcio o repudio. Cuando hay un conflicto conyugal casi siempre se reúnen los familiares de la pareja encabezados por los miembros varones más viejos de cada familia para evitar la ruptura marital. En fin, las prácticas consuetudinarias son una gran herramienta para la regulación de la vida social de los pueblos islámicos, sean o no de extracción árabe.

4.3.- El acuerdo de voluntades.-

Esta es la fuente que hace posible la celebración de actos, contratos y negocios jurídicos entre particulares. En materia matrimonial permite la celebración de capitulaciones matrimoniales dentro de las cuales bien puede acordarse que la unión sea monogámica. No es imperativo que el varón musulmán tenga más de una esposa. Si antes del matrimonio los novios han pactado la unión monogámica eso debe respetarse, y si no, cabe la acción judicial por causa de bigamia a favor de la mujer perjudicada. Hay cosas, sin embargo, que no se puede lograr por acuerdo de voluntades, como la obligación que tiene el varón de hacerse cargo de los hijos menores de edad después de un divorcio, o como la prohibición de cobrar intereses por concepto de préstamos ya que eso está establecido por la religión.

Importante es mencionar que en materia contractual, este sistema sí maneja una suerte de casuística jurisprudencial que ha permitido la creación de instituciones contractuales, existen, por ejemplo, los denominados contratos nominados, tales como el de compra venta, arrendamiento, mandato, prenda, comodato, hipoteca, etc. Vale agregar que en materia laboral aunque hay legislación religiosa y una gran apertura hacia el acuerdo de voluntades, éstas vías contractuales fueron sustituidas en la medida que desde principio del s. XX, se expandieron por el mundo las ideas obreristas del marxismo socialista a las cuales las sociedades islámicas no fueron impermeables. Pero en la medida en que también ha resurgido con fuerza el radicalismo religioso musulmán, en las sociedades islámicas no se ven con buenos ojos las conquistas laborales de la mujer y existe una fuerte tendencia a suprimirlas. Se supone que si es obligación del varón mantener a su esposa (s) e hijos, no tiene sentido el trabajo femenino. El mundo fue testigo del ensañamiento

que sufrió la mujer en la Afganistán de los talibán cuando súbitamente se prohibió el trabajo de la mujer; muchas personas murieron por falta de atención médica aun cuando estaban cerca de mujeres médicas, ellas simplemente no podían tocar a ningún paciente.

A parte de que el trabajo estaba prohibido para la mujer, los talibán condenaban con la muerte el trabajo sexual femenino lo cual aumentó las injusticias porque existían muchas mujeres viudas o desamparadas que no teniendo ningún varón que las mantenga, estaban sentenciadas a morir de hambre o a ser asesinadas por la policía talibán si eran descubiertas ejerciendo la prostitución. Sea como sea, el consensualismo es una fuente no oficial del derecho que está lejos de desaparecer.

4.4.- Ficciones y presunciones.-

Si bien a nivel religioso se exige el respecto irrestricto al tenor literal de la sharia, los juristas musulmanes sí se han percatado de que los textos legales por más bien elaborados que sean en el aspecto idiomático, presentan en sus palabras ciertos niveles de indeterminación que dan lugar a la interpretación, momento en el cual entran en juego las ficciones y las presunciones, recursos técnicos presentes, se podría decir, en todos los sistemas jurídicos del mundo. ¿Qué es una ficción jurídica? Es dar por existente algo que no existe, como en el caso de las personas jurídicas. ¿Qué es una presunción? Dar por sucedido un acontecimiento cuyo acaecimiento real se ignora. Así los jueces pueden aplicar justicia desviándose de la intención del legislador religioso sin contrariar el texto legal. Pues si la sharia prohíbe el cobro de intereses por préstamos, el acreedor bien puede celebrar un contrato para obtener el usufructo de un bien perteneciente al deudor, prohibición que a su vez, según los sabios del Islam, se reduce a las personas naturales porque los bancos como personas jurídicas sí pueden cobrar intereses por préstamos a los particulares y entre sí. Lo propio sucede en el evento de que el padre divorciado con cargo de criar a sus hijos menores de edad fallezca, caso en el cual la obligación por vía ficticia recae sobre el padre del fallecido o de sus hermanos varones, comenzando por el mayor de ellos que se reputan como padres. La aplicación de este recurso técnico en las sociedades islámicas prueba que ningún sistema jurídico está herméticamente cerrado.

5.- CONCLUSIONES.-

5.1.- Las sociedades islámicas, principalmente las de origen árabe, viven simultáneamente la vigencia de dos sistemas jurídicos. Un sistema jurídico oficial de carácter religioso teológico llamado **Fiqh** que se consagra como definitivo e inmutable desde el s. X d. c., y otro sistema jurídico de carácter laico denominado **Qanoun** que no es considerado como parte del saber jurídico que se expresa generalmente como un conjunto de reglamentos administrativos. En los países islámicos no árabes y no teocráticos, la religión es asunto estricto del fuero interno de los creyentes.

5.2.- No obstante su laicidad, el **Qanoun** no debe transgredir los preceptos divinos consagrados en El Corán, la Sunna y el Idjma que son las fuentes históricas del derecho. Si por fuerza de las circunstancias debe transgredirlo, deberá recurrir a la técnica de las ficciones y las presunciones de los textos del **Fiqh** a fin de practicar la equidad sin violar la letra de la ley.

5.3.- De los dos sistemas ha sido el **Qanoun** el más utilizado, sobre todo, a partir del s. XX y como consecuencia de la europeización cultural que contempló también el ámbito jurídico. El laicismo producto de la revolución francesa penetró en casi todo el mundo. Sin embargo, encontrándonos a inicios del s. XXI se advierte que, principalmente, en los países musulmanes de origen árabe, se ha producido un muy significativo resurgimiento de las corrientes religiosas tradicionales del islamismo tanto a nivel de creyentes sunnitas como shiitas que nuevamente ven a la religión como el único eje válido y regulador de la vida social. Esto ya se ha hecho palpable con la toma del poder político en Irán por parte de los Ayatolas y la toma transitoria de Afganistán por parte del grupo Talibán que exhibió muestras de crueldad sin límites hacia la mujer. En todo caso, el **Qanoun** ha evitado la parálisis jurídica de las sociedades islámicas.

5.4.- Una de las características más peculiares de este sistema jurídico es considerar a hombres y mujeres absolutamente desiguales ante la ley, dando primacía a lo masculino. Es muy decidida que en materia de prueba testimonial el testimonio de un varón valga por el de dos mujeres así como también la total libertad sexual del hombre frente a la restricción casi absoluta que se impone a la mujer.

5.5.- Uno de los puntos sobre los cuales hay mucho por debatir es justamente sobre el papel de la mujer en las sociedades islámicas. Se

debe establecer si el maltrato a la mujer debe considerarse como una expresión de la cultura islámica, frente al cual la mujer no está realmente molesta o más bien resignada o si, por el contrario, las conquistas que la mujer desde el s. XX ha alcanzado en todos los órdenes son conquistas universales que trascienden las barreras del machismo consuetudinario que pueda existir en cualquier sociedad. Llamó la atención que ninguna militante de alguno de los grupos de mujeres organizadas que existen en el Ecuador haya emitido una manifestación de solidaridad en favor de la mujer afgana severamente ultrajada por los bárbaros y fanáticos miembros del talibán.

BIBLIOGRAFIA

ANDERSON, J. N. D., *Islamic law in the modern world*, Oxford Press, 1984.

DAVID, Renee, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Editorial Aguilar, México, 1970.

DELCAMBRE, Anne Marie. *Mahoma, la voz de Alá*. Aguilar Universal, Madrid, 1989.

DIEZ DE VELASCO, Francisco. *Introducción a la Historia de las Religiones*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

EL CORAN

ESTEVEZ BREAZAS, Teresa. *Derecho Civil Musulmán*, Editorial Porrúa, México, 1993.

KABHANI, Sheik Hisham. *El Islam tradicional frente al Islam radical en Asia Central y el Cáucaso*. Islam Verde, 1991.

MAQSOOD, Ruqaiyyah., *Islam, Teach Yourself Book*, London, 1994.

MARSDEN, Peter, *Los Talibanes Guerra y religión en Afganistán*, Random House Mondadori, S. L., 2002.

MUSAVI LARI, Sayyid Mujtaba, *Los fundamentos de la doctrina islámica*, 3 Vols., Fundación para la difusión de la cultura islámica en el mundo, Teherán, 1981.

ROBINSON, Francis, *El mundo islámico*, Ediciones Folio, S.A., Barcelona, 1994.

SCHANT, J, *An introduction to Islamic law*, Oxford, 1988.

WEPLY, Michael y SEFRIQUI, Anne, *Las civilizaciones islámicas*, Editorial Luis Vives, Zaragoza, 1988.

DESESTIMACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

Dr. Pablo Ortiz García¹

I. ANTECEDENTES

Para iniciar este trabajo considero necesario revisar, brevemente, algunas normas muy recurridas de la legislación ecuatoriana, para tener el ámbito dentro del cual se desenvuelven las sociedades mercantiles, según la aplicación habitual que se dan a ciertas disposiciones constantes, fundamentalmente, en la Ley de Compañías. El artículo 40 del Código Civil divide a las personas en naturales o jurídicas, y el artículo 41 del mismo Código señala que personas son todos los individuos de la especie humana.

Por su lado, el artículo 583 del mencionado Código, define a la persona jurídica como una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

La definición de persona jurídica de la mayoría de legislaciones de nuestro continente, proviene del Derecho Romano que considera a la persona jurídica como un ente ideal, distinto de la reunión de sus miembros, incapaz de voluntad, de cometer delitos y que necesita de alguien que lo represente.

En el campo societario, los artículos 92 y 143 de la Ley de Compañías establecen que los socios y accionistas, según se trate de compañías limitadas o anónimas, responden por sus obligaciones hasta el monto de sus aportaciones. Norma que se aplica, por disposición de la Ley General de Instituciones Financieras, a los bancos y demás personas jurídicas previstas en dicha Ley.

Este privilegio, de la responsabilidad limitada, es, probablemente, un incentivo para reunir capitales y emprender en actividades que conllevan altos riesgos. Según palabras del abogado Eduardo Carmigniani

¹ Doctor en Jurisprudencia por la PUCE; Profesor de Derecho Societario y Mercado de Valores de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE; Editorialista del Diario El Comercio.

Valencia en su trabajo titulado Responsabilidad de los Accionistas por las Deudas de la Sociedad (Guayaquil, octubre de 2003), *“el instituto de la exclusión de responsabilidad, pues, no es otra cosa que un recurso técnico que apunta a incentivar que se emprenda en actividades productivas, lo cual probablemente no se haría si el sistema jurídico permitiera, por regla general, que a los accionistas se les pueda hacer extensiva la responsabilidad de la sociedad en caso de falencia”*.

De las disposiciones legales revisadas hasta el momento, se podría concluir que la responsabilidad de los dueños del capital de las compañías, está limitada al monto de su aporte. ¿Es esto así? Lo veremos más adelante.

Por otro lado, en lo referido a la administración de las sociedades, el artículo 255, frase final, de la Ley de Compañías establece que los **administradores** de las compañías mercantiles, **por el desempeño en sus funciones, no contraen obligación personal o solidaria** por los negocios de la sociedad que administran. Pero, a continuación de la disposición referida, consta el artículo 256 de la Ley nombrada que dispone: *“Los administradores son solidariamente responsables para con la compañía y terceros: 1o. De la verdad del capital suscrito y de la verdad de la entrega de los bienes aportados por los accionistas; 2o. De la existencia real de los dividendos declarados; 3o. De la existencia y exactitud de los libros de la compañía; 4o. Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las juntas generales; y, 5o. En general, del cumplimiento de las formalidades prescritas por la Ley para la existencia de la compañía. La responsabilidad establecida en los cuatro primeros numerales que preceden se limita a los administradores en sus respectivos periodos”*.

Por su parte, la responsabilidad de los administradores de las compañías del sector financiero, también es personal, según lo ordena el artículo 128 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en los siguientes casos: *“a) Declaración falsa, respecto de las operaciones de la institución financiera; b) Aprobación y presentación de estados financieros falsos; c) Ocultamiento a la Superintendencia o a sus representantes debidamente autorizados, de la verdadera situación de la institución del sistema financiero; d) Ocultamiento, alteración fraudulenta o supresión en cualquier informe de operación, de datos o de hechos respecto de los cuales la Superintendencia y el público tengan*

derecho a estar informados; y, e) Las señaladas en el artículo 125 de esta ley". El artículo 125 referido dice: "No podrán las instituciones del sistema financiero: a) Realizar operaciones de crédito directas, indirectas y contingentes, recibiendo en garantía sus propias acciones o las de sus compañías afiliadas y subsidiarias o las de compañías pertenecientes al mismo grupo financiero; b) Conceder créditos directos, indirectos y contingentes con el objeto de que su producto sea destinado, directa o indirectamente, a la suscripción y pago de acciones de la propia institución o de cualquier otra compañía del grupo financiero; y c) Constituir gravámenes sobre sus bienes inmuebles, incluido los recibidos en dación en pago, salvo el caso de que cuenten con la autorización previa de la Superintendencia".

Otro punto que hay que tener en consideración en este análisis introductorio al tema, es el referido al capital necesario para constituir compañías, que según la normativa vigente a noviembre de 2003, para las compañías no financieras es de ochocientos dólares si se trata de anónimas del sector no financiero, y cuatrocientos dólares para las limitadas.

El artículo 37 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero establece como monto mínimo de capital para la constitución de un banco o sociedad financiera, la suma de dos millones seiscientos veintiocho mil novecientos cuarenta dólares.

Frente a estos montos mínimos, la pregunta es: ¿Se puede llevar a efecto una actividad mercantil con los capitales mínimos con los que se constituyen las compañías?

La respuesta, obviamente, es negativa, y por eso muchos tratadistas y estudiosos del Derecho Mercantil, empiezan a desarrollar el concepto de capital adecuado.

La noción de capital adecuado encierra elementos económicos antes que jurídicos. Se lo fija dependiendo la actividad que va a emprender una compañía. En otras palabras, no se establece un monto determinado para las compañías en general, sino dependerá del objeto social que desarrollen. Pero esta fijación es lo grave: ¿en base de qué parámetro debe establecerse? Todavía no hay parámetros definidos.

En el estudio realizado por el abogado Eduardo Carmigniani Valencia antes referido, se cita a Efraín Hugo Richard, quien sostiene: *“si los socios no dotan a la sociedad del capital necesario, abusan de la institución del capital social; el privilegio de la limitación de responsabilidad de que disfrutan queda sin fundamento, y por lo tanto responderán ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad de las deudas de la misma”*.

En las instituciones financieras, y de acuerdo a las recomendaciones de Basilea, Suiza, se ha puesto énfasis en el llamado Patrimonio Técnico de las instituciones financieras, que, en palabras sencillas, es la medida dentro de la cual pueden ejecutar su objeto social (préstamos y captaciones de recursos). El Patrimonio Técnico requerido en la actualidad es de US \$ 7'886.826. Esta es, en mi concepto, una forma de capital adecuado. La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y las autoridades de la Superintendencia de Bancos analizan y *“monitorean”* el Patrimonio Técnico antes que el capital.

Vistos hasta ahora la responsabilidad limitada de los socios o accionistas, la responsabilidad de los administradores de las compañías y, finalmente, el capital mínimo que se requiere para fundar una sociedad mercantil, se encuentra que la realidad que rodea al mundo societario en un gran porcentaje de casos se resume en lo siguiente:

- No existe responsabilidad personal de quienes manejan las compañías.
- Se suele dar un aprovechamiento de los administradores en beneficio individual, a través de las compañías que administran.
- Se crean sociedades artificiales.
- Se distorsiona el objeto social de las compañías.
- Se utiliza a las sociedades como instrumento para beneficio de los socios.
- Se emplean a las compañías con el objeto de eludir obligaciones tributarias.
- Se constituyen compañías para conseguir fines ilícitos.

Como consecuencia de lo dicho, la persona jurídica ha sido degradada. Ha perdido su prestigio. Las autoridades de control no cuentan con la suficiente capacidad de vigilancia y fiscalización, por el elevado número

de compañías que están bajo su responsabilidad, muchas de las cuales sólo existen en papel.

II. DESESTIMACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA “DISREGARD OF THE LEGAL ENTITY”

En base del desprestigio de las compañías mercantiles, ha empezado desde hace más de diez años, a hablarse del levantamiento del velo societario o del “Disregard of the Legal Entity”. Para Carmen Boldó Roda, abogada española, la doctrina del levantamiento de la persona jurídica consiste en la posibilidad que *“los jueces pueden prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y los bienes que se amparen bajo su cobertura”*.

Algunos autores mantienen la opinión de que sí es posible levantar el velo societario, cuando existe abuso por parte de sus socios o administradores en los siguientes casos:

- Cuando por medio de la persona jurídica se incurre en fraude a la ley.
- Cuando hay fraude y lesión del contrato.
- Cuando hay un daño causado fraudulentamente o con deslealtad a terceros.

Julio Borda sostiene que *“cuando se abusa de la persona jurídica pretendiendo utilizarla para fines no queridos por la ley, es lícito rasgar el velo de la personería (to pierce or lift the veil) para penetrar en la verdad que se esconde tras él y hacer prevalecer la justicia y las normas de orden público que han pretendido violarse cuando se desvían esos fines, cuando se ponen al servicio de la mala fe, del propósito de burlar la ley o de perjudicar a terceros, los jueces deben intervenir para impedir que ello ocurra”*.

Muchos tratadistas afirman que el descorrimiento del velo societario sólo debe aplicarse en casos excepcionales y en circunstancias especiales.

III. SITUACIÓN EN ECUADOR

De las normas de la legislación ecuatoriana analizadas al inicio de este trabajo, se podría afirmar, a priori, que la responsabilidad de los socios o accionistas, al igual que los administradores de las compañías, se encuentra limitada. Creo en este punto conveniente analizar otras normas, para ver si esa responsabilidad limitada está o no vigente. Así, el artículo 17 de la Ley de Compañías ordena: *“Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1o. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar; 2o. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y, 3o. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución”*. De una simple y profunda lectura se concluye que existe la posibilidad de **imputar responsabilidad solidaria e ilimitada a los accionistas y a los administradores** incursos en alguna de estas situaciones.

Por otro lado, el artículo 30 de la mencionada Ley dispone: *“Los que contrataren a nombre de compañías que no se hubieren establecido legalmente serán solidariamente responsables de todos los perjuicios que por la nulidad de los contratos se causen a los interesados y, además, serán castigados con arreglo al Código Penal.- La falta de escritura pública no puede oponerse a terceros que hayan contratado de buena fe con una compañía notoriamente conocida.- En igual responsabilidad incurrirán los que a nombre de una compañía, aun legalmente constituida, hicieren negociaciones distintas a las de su objeto y empresa, según esté determinado en sus estatutos”*.

Vemos que la Ley de Compañías, según el artículo 30, prevé la responsabilidad solidaria de los socios o accionistas cuando:

- La compañía no se estableciere legalmente; y,
- Cuando sus administradores realizaren operaciones distintas a su objeto.

En este estado del presente análisis, recuerdo lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 261 de la Ley de Compañías: *“Los administradores no podrán hacer por cuenta de la compañía operaciones ajenas a su objeto. Hacerlo significa violación de las obligaciones de administración y del mandato que tuvieron. Les es prohibido también negociar o*

contratar por cuenta propia, directa o indirectamente, con la compañía que administren”.

Otra norma que contiene la Ley de Compañías sobre la responsabilidad solidaria de los accionistas se la encuentra en el artículo 162, en cuyo párrafo cuarto, se lee: *“En la constitución simultánea las especies aportadas serán avaluadas por los fundadores o por peritos por ellos designados. Los fundadores responderán solidariamente frente a la compañía y con relación a terceros por el valor asignado a las especies aportadas”.*

Es preciso recordar que con anterioridad a la reforma a la Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial de 28 de mayo de 1993, existía en la Ley de Compañías una norma según la cual cuando una compañía, anónima o limitada, quedaba con un número menor de socios o accionistas al exigido para el tipo de compañía de que se trate, durante ese período y hasta que se complete el número mínimo requerido, los socios que permanecían en la compañía respondían personal y solidariamente de las deudas de la sociedad. El texto de la Ley disponía: *“Art. 395.- La sociedad o compañía se disuelve también por la reducción a menos del mínimo legal del número de socios o accionistas previstos en la Ley, siempre que no se incorporen nuevos socios o accionistas en el plazo de tres meses. Durante este lapso los socios o accionistas que quedaren serán personal y solidariamente responsables por las obligaciones sociales contraídas”.*

Luego de leer estas normas. ¿se puede afirmar que la legislación ecuatoriana, prevé la responsabilidad limitada de los accionistas o socios con la compañía en la que han invertido su capital?

Antes de analizar algunas sentencias de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, es interesante transcribir lo que dice el español Ricardo del Ángel Llagues: *“La aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo de la persona jurídica en modo alguno produce como efecto la desaparición de la misma, sino que el acreedor o el tercero que se estimase perjudicado por su existencia, ocultando a través de la forma la realidad subyacente, podrá actuar contra ella para hacer efectivo sus derechos, dicho en otros términos, responderá como deudora”.*

La Ley de Sociedades Comerciales de Argentina, en su artículo 54, párrafo tercero, ordena: *“Inoponibilidad de la persona jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extra societarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieran posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.*

La doctrina ha creado tres tipos de desestimación:

1. Desestimación activa: Cuando se realiza en beneficio de terceros.
2. Desestimación pasiva: Cuando se efectúa teniendo en cuenta el beneficio de la propia sociedad o de sus socios.
3. Desestimación en beneficio de un interés público: Cuando tiene la finalidad de:
 - a) Evitar la utilización simulada o abusiva de la sociedad en detrimento de normas de interés público.
 - b) Regular a la sociedad por razones de Estado.
 - c) Regular a la sociedad por razones de políticas.

IV. SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema de Justicia de Ecuador, a través de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, por primera vez habla de la desestimación de la persona jurídica en una sentencia publicada en el Registro Oficial 350 de 19 de junio de 2001.

El caso, resumidamente, es el siguiente:

Diners Club del Ecuador S.A. Sociedad Financiera demandó a Mariscos de Chupadores Chupamar S.A., en la persona de la señora María Isabel Baquerizo como su representante legal, y en contra del abogado Leonel Baquerizo Luque por sus propios y personales derechos.

Entre la fecha en que Diners presenta la demanda y la citación a Chupamar, transcurrieron dieciocho meses.

Durante ese lapso de dieciocho meses, y antes de que sea citada la demandada en la persona de María Isabel Baquerizo, la Junta General de Chupamar designa al abogado Leonel Baquerizo Luque como su nuevo representante legal.

Una de las excepciones propuestas por el abogado Baquerizo, quien es a su vez titular del 99.5% de las acciones de Chupamar, es la falta de legítimo contradictor, por cuanto la señora María Isabel Baquerizo, a la fecha en que es citada con la demandada, ya no ostentaba la calidad de representante legal de la misma.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en su fallo sostiene: ***“Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, sean acreedores a quienes se les obstaculizaría o impediría el que puedan alcanzar el cumplimiento de sus créditos”.***

Aún más, en la sentencia los ministros jueces también señalan lo siguiente: ***“Todo lo anterior lleva a concluir que detrás de la figura societaria se encuentran los intereses del abogado Leonel Baquerizo Luque, que los restantes accionistas no tienen ningún interés real en la misma; que la persona jurídica se ha reducido a “una mera figura formal, a un mero recurso técnico” y que al no haberse alegado ni probado excepciones de fondo, que acrediten la inexistencia o la invalidez de las obligaciones demandadas, la institución societaria está siendo utilizada para otros fines privativos del abogado Baquerizo Luque, titular del 99.5 por ciento del capital social “y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura”, esto es, para evadir el cumplimiento de las obligaciones demandadas, con verdadero <abuso> de la persona jurídica, lo que legitima al juzgador para desestimar la personalidad jurídica y, admitiendo la demanda, disponer que la compañía demandada, simple apariencia o simulacro de persona jurídica, y el abogado Leonel Baquerizo Luque, quien se encuentra detrás de ella y es quien en definitiva se beneficiará de cualquier sentencia desestimatoria, cumplan con las obligaciones que, según***

aparece de los fallos de instancia y no ha sido contradicho en momento alguno, son legales y plenamente válidos”.

Un par de años después de dictada la sentencia referida, en el Registro Oficial 58 de abril 9 de 2003, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, nuevamente dice que el juzgador tiene la obligación *“cuando advierte que hay una manipulación de la figura societaria, levantar el denominado velo de la persona jurídica, y penetrar en el campo que estaba oculto por dicho velo, para determinar cuál es la verdadera situación jurídica y quién es el verdadero responsable u obligado ... Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico llegar hasta estos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros”.*

Finalmente, hace unos meses, en sentencia publicada en el Registro Oficial 128 de julio 18 de 2003, la misma Sala dice lo siguiente: *“La característica jurídica esencial de la sociedad o compañía es la de formar una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados (inciso segundo del artículo 1984 del Código Civil). Como tal, tiene capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones separadamente de los socios, y para ser representada judicial y extrajudicialmente en el desarrollo de las actividades que constituyen su objeto. Esta característica independiza la actividad social de la actividad individual de los socios, separa jurídicamente las situaciones creadas en el ejercicio de uno y otro, y separa el patrimonio comprometido en el desarrollo de los mismos”.*

V. CONCLUSIÓN

El levantamiento del velo societario es algo nuevo en el Ecuador, pero como ya lo hemos visto durante este trabajo, en otros países ya se ha desarrollado una doctrina al respecto. Aún más, debemos tener en cuenta la norma del artículo 19 de la Ley de Casación, según la cual cuando hay tres fallos iguales dictados por la Corte Suprema de Justicia, los jueces de inferior rango deben aplicar dicho criterio como obligatorio para los casos sometidos a su decisión.

Estaría, pues, de acuerdo con la desestimación de la persona jurídica cuando el o los accionistas mayoritarios utilicen a la sociedad para beneficio personal, olvidándose de la importancia económica que las compañías tienen en el desarrollo de una nación.

Igual responsabilidad, personal e ilimitada, asumen los administradores de las compañías del sector no financiero, según la norma del artículo 17, cuando se extralimitan en sus atribuciones.

En las instituciones financieras, por las normas citadas en este trabajo, es absolutamente clara la responsabilidad personal de sus administradores.

Pero para que esto pueda darse, es decir, la desestimación de la persona jurídica de una manera categórica y que los accionistas sepan en lo que se meten cuando proceden a constituir compañías, es necesaria una reforma a la Ley de Compañías en la cual se establezca la responsabilidad personal y solidaria del accionista o socio controlador o mayoritario de la compañía, al igual que de los administradores, que la hayan utilizado para fines nada convencionales o ajenos a la actividad para la que fue constituida.

LA SINDICACIÓN DE ACCIONES

Carmen Amalia Simone Lasso¹

Las sociedades modernas se ven obligadas a imaginar distintas fórmulas, tanto de tipo económico como de tipo jurídico, para llegar de forma efectiva a sus consumidores, para hacer frente a sus competidores, y para consolidarse en un mercado cada vez más duro de conquistar.

El esfuerzo que hace el legislador para mantenerse al día en la regulación de los fenómenos que se producen en este ámbito es enorme. El mundo se enfrenta a una etapa histórica en que se producen mutaciones en la práctica societaria que por su velocidad y cantidad, no son recogidas al mismo ritmo —ni siquiera a ritmo semejante— por el Derecho. Nos encontramos así con códigos y leyes anacrónicas, que no pueden ser aplicadas a las distintas situaciones que se presentan en el mundo de los negocios y de las sociedades de comercio.

Los acuerdos de sindicación son sólo un ejemplo de los fenómenos a los que me he referido en líneas anteriores. Son pactos, contratos, convenios, que se formulan día a día entre los socios de las compañías de comercio, cada vez con más frecuencia y con mayor alcance, sin que la legislación los prevea, y lo que es más grave, estando incluso prohibidos por ella cuando buscan la consecución de determinados objetivos, entre éstos, el más común, el dirigir el voto hacia un fin determinado.

Muchas legislaciones se han hecho eco de esta práctica y han incluido regulaciones acerca de los pactos de sindicación. Otras, tal vez más cómodas o más descuidadas, simplemente lo han dejado a la libre voluntad de los particulares, a su autonomía.

En el Ecuador, la figura de los pactos de sindicación no ha merecido tratamiento de ninguna índole. Este artículo pretende, por lo mismo, convertirse en una breve introducción al tema, que clarifique ciertos aspectos propios de su naturaleza e instrumentación, y destierre viejas

¹ Egresada de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

concepciones que han impedido una adecuada difusión e inserción de esta figura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Pactos estatutarios y pactos extraestatutarios

Respecto a los derechos subjetivos que son inherentes a los accionistas por su condición de tales, pueden recaer determinados pactos que pueden ser de dos tipos:

1. Estatutarios, y por ende de "*trascendencia social*"².
2. Extraestatutarios, es decir, aquellos convenidos entre los socios, o entre éstos y terceras personas, por los que se comprometen a realizar determinado acto que influya en el cotidiano desenvolvimiento de los negocios sociales.

Los contratos estatutarios constituyen la fórmula por la que normalmente se cristalizan los acuerdos entre los socios de una compañía. Se caracterizan por su formalidad y su publicidad, y porque sus objetivos y alcance se encuentran fijados en los Estatutos y la ley.

En contraposición a estos acuerdos están los llamados acuerdos extraestatutarios o negocios parasocietarios. Se trata de convenios celebrados entre los socios de las compañías de comercio que se encuentran estructurados fuera del marco societario propiamente dicho, pero que suelen regular —en ocasiones hasta de mejor modo que los acuerdos estatutarios— la solución a problemas que se suscitan en las relaciones societarias internas y externas de una compañía.

Esta figura recibe diferentes denominaciones en la doctrina y en la legislación extranjera. Se los ha llamado contratos o negocios parasociales, pactos extraestatutarios, e incluso han merecido el calificativo de problemas parasociales.

Muchas son igualmente las definiciones que esta figura ha despertado en la doctrina jurídica internacional. Entre éstas, resulta clara aquella que ofrece Giorgio Oppo, quien fuera el primero en utilizar la denominación contratos parasociales, y dice de ellos: "*son aquellos que se encuentran separados de la regulación legal y estatutaria de la*

² Sánchez González. José Carlos. Los Convenios y Sindicatos de Voto. Su Instrumentación Jurídica en la Sociedad Anónima en Estudios sobre la Sociedad Anónima. Pg. 75.

relación societaria y también en el sentido de coexistencia y conexión con tal relación."³

Eduardo Favier Dubois en el Prólogo de la obra *Negocios Parasocietarios* manifiesta que existen algunos ejemplos de relaciones intersubjetivas entre los socios de las compañías de comercio que se valen de ellos: *"la sindicación de acciones con sus variantes de mando y de bloqueo y la nueva figura de la propiedad participada, los aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital, la compraventa del paquete accionario de control, los contratos de explotación de componentes del transporte automotor, las prestaciones accesorias que no figuran en el estatuto, y las situaciones del socio y del socio oculto"*.

La doctrina prácticamente ha reducido el tema de los contratos parasociales a los pactos de sindicación de acciones, utilizando ambos términos como sinónimos. Mas, existen otros acuerdos que resultan de gran utilidad en el ejercicio de la actividad mercantil, y que tienen por objeto, entre otros:

- Limitar el derecho de transferir acciones
- Definir formas obligatorias en que una mayoría se compromete a administrar y dirigir la sociedad
- Constituir sindicatos de voto o de bloqueo
- Delinear formas en que se realizarán futuros aumentos de capital
- Establecer condiciones de los futuros aportes
- Reglamentar el ingreso de nuevos socios
- Señalar derechos especiales que se otorgarán a nuevos socios
- Fijar prohibiciones temporales a la venta de acciones o cesión del voto
- Preestablecer formas de amortización de acciones preferenciales
- Insertar cláusulas obligatorias de consentimiento
- Definir reglas especiales de competencia con la sociedad⁴.

Simois Lapeyre dice al respecto *"las estipulaciones más habituales que podemos encontrar en estos acuerdos son la regulación de*

³ Oppo, Giorgio. "Le Convenzioni parasociali tra Diritto delle obbligazioni e Diritto delle Società". Pg. 519.

⁴ Rabanal Sobrino, Carlos. Informes Legales. Los Convenios entre accionistas que establecen limitaciones a la libre transferibilidad de las acciones en la sociedad anónima abierta. En www.asesor.com.pe

determinadas mayorías para la toma de decisiones en la asamblea de accionistas y en el directorio, número de integrantes del mismo, período de permanencia en los cargos, quórum de asistencia y responsabilidad, y el establecimiento de procedimientos tendientes a evitar situaciones de paralización de la sociedad para el caso en que, por diferentes motivos, no se puedan lograr mayorías para tomar ciertas decisiones."⁵

Los Convenios de Sindicación de Acciones

Bajo la sindicación de acciones se encuentran reglados complejos acuerdos de accionistas. El acuerdo de sindicación de acciones es por tanto, un contrato parasocial o extrasocial que vincula a todos o algunos accionistas de la sociedad con el objeto de ejercer los derechos emergentes de los títulos o de su calidad de socios⁶.

Mambrilla Rivera entiende por convenios de voto y sindicatos de accionistas a *"aquellos acuerdos de naturaleza contractual que, por medio del ejercicio unificado del voto correspondiente a las acciones sindicadas, crean un vínculo de naturaleza jurídica entre los pactantes, y cuya finalidad inmediata consiste en influenciar la formación de voluntad de ente societario sobre el que se despliegan sus efectos"*⁷.

El objetivo de estos convenios es el de reafirmar, alcanzar o conservar lo que se ha denominado la potestad de mando o control sobre la compañía; o por el contrario, el de contrarrestar sus efectos.

Hay autores que distinguen entre pactos sobre el voto, mediante los cuales el accionista se obliga con otros accionistas o con terceros a votar en Junta General en cierto sentido; y los denominados propiamente sindicatos, *"que agrupan a los diferentes accionistas unidos por el pacto y les someten a una disciplina común en el ejercicio del derecho de voto"*⁸.

Joaquín Garrigues distingue entre:

⁵ Simois Lapeyre, Diego. Convenios de Sindicación de Accionistas. KPMG Uruguay. <http://www.kpgm.com.uy>

⁶ Halperín, Isaac. Sociedades anónimas. Buenos Aires. 1974. Pg. 634/635.

⁷ Mambrilla Rivera. Caracterización jurídica de los convenios de votos entre accionistas. Revista de Derecho Mercantil. Números 179-180. Pg. 313.

⁸ Uría, citado por Sánchez González.

1. **Simple pactos del ejercicio del derecho de voto:** apenas cuentan con sustancia jurídica, y sus efectos son similares a los de un “acuerdo de caballeros”;
2. **Sindicatos de mayoría:** que agrupa a diversos accionistas para, mediante un mecanismo más complejo, conseguir una mayoría compacta en la Junta General;
3. **Sociedad de cartera o Holding.**

Cottino, por su parte, diferencia entre:

1. **Convención de voto:** cualquier estipulación en virtud de la cual un socio se compromete frente a otros a votar en la Junta de una manera preestablecida
2. **Sindicato de voto:** cuando la convención se inserta en un contexto más vasto y permanente, dirigido a regular no sólo la votación sino incluso el comportamiento de los accionistas intervinientes en la Junta (u otro órgano colegiado).

Broseta Pont, partidario también de una diferenciación, señala que bajo las denominaciones “sindicación” y “sindicatos de voto” se comprenden dos supuestos diferentes: por una parte, el pacto que celebran los accionistas para impedir que se transmitan fuera del grupo; y por otra, el que se celebra cuando “(en las grandes y en las medianas sociedades) se desea vincular en un solo e idéntico sentido de forma permanente los votos de un conjunto de accionistas, que se desean emitir unidos para reforzar su importancia y, en ocasiones, unidos mantener el dominio sobre la sociedad y, especialmente, sobre sus órganos (Consejo de Vigilancia y Junta General)”⁹.

En todo caso, lo que se busca mediante los convenios o sindicatos de voto, es unificar el criterio para conseguir “un influjo, normalmente estable y duradero, sobre la marcha de la sociedad, ya asegurando el control ostentado por los accionistas mayoritarios (sindicatos de mando o control), ya organizando la protección de los accionistas minoritarios frente a las desviaciones del grupo de control respecto de la que se estima dirección y política adecuada de la empresa (sindicatos de defensa)”¹⁰.

⁹ Broseta Pont, Manual de Derecho mercantil. Tecnos Editores. Octava Edición. Madrid, 1990.

¹⁰ Sánchez González, Ob. Cit. Pg. 77-78.

Naturaleza jurídica de los convenios de sindicación

La doctrina de manera casi unánime, atribuye a los convenios de sindicación o sindicación la calidad de contratos, pues existe un acuerdo de voluntades que implica una manifestación o declaración de voluntad dirigida a la creación de una obligación que recae sobre el voto de al menos uno de los suscriptores. Es decir, consiste en una obligación de hacer -votar en determinado sentido- o de no hacer -abstenerse del voto respecto de una decisión determinada-.

Rocca, en su artículo "El Futuro del Derecho Societario", es partidario de encasillar a la sindicación como un contrato, mas señala: *"comprende a los accionistas y a las acciones, pero está destinado no a reglamentar transacciones comerciales sino a acrecentar o disciplinar el poder de voto de cada una de las partes. Es un negocio jurídico "mutante" o "border line" porque se presenta unas veces como contrato intuito personae y otras como una verdadera sociedad"*¹¹.

Existen autores (entre los que se encuentra Sapena) que consideran que se trata de contratos "asociativos" o "societarios" en sentido genérico. Es decir, como lo enuncia Jordano, *"una asociación especial, un contrato atípico puro con tipicidad social"*¹².

Lo que parece concordante en la doctrina, es que a los convenios de sindicación de acciones no puede asignárseles una naturaleza jurídica unitaria. Coincido con Sánchez González en que parece *"fundada la tesis de quienes atribuyen a los convenios unilaterales sobre el voto la naturaleza de negocios o contratos de GESTION, excluidos del ámbito de las figuras de naturaleza asociativa o societaria, y a los convenios bilaterales o plurilaterales, naturaleza genéricamente societaria o asociativa"*¹³.

Los pactos de sindicación, como acuerdos parasociales, guardan una relación de accesoriedad con el contrato de sociedad, y por tanto deben respetar la causa de la relación societaria principal, debido a la cual, se generan las siguientes consecuencias:

¹¹ Rocca, Eduardo. El Futuro del Derecho Societario. Jornada Preparatorio del VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la EMPRESA. UADE. 24 de abril de 2001. En www.uade.edu.ar

¹² Jordano, citado por Sánchez González. Ob. Cit. Pg. 80.

¹³ Sánchez González, Ob. Cit. Pg. 81.

1. La nulidad o resolución del contrato de sociedad provoca la nulidad o resolución del contrato de sindicalización¹⁴.
2. El contrato de sindicalización o puede entrar en vigencia mientras no esté en vigor el de sociedad.
3. Si no se fija un plazo de duración en el contrato de sindicalización, se entenderá que rige por el mismo tiempo que el contrato de sociedad.
4. El contrato de sindicación no puede atentar contra las normas imperativas del contrato de sociedad ni contra los principios esenciales de su ordenamiento jurídico.

Licitud de los acuerdos de sindicación

Respecto a la licitud de los acuerdos de sindicación de acciones, existen tres tendencias.

1. La primera, que se presenta en los países de raigambre anglosajona, y de influencia germánica, en el que prevalece una tendencia favorable a su licitud y admisión. En efecto, en Suiza, Luxemburgo, Alemania, Inglaterra y Estados Unidos, la opinión predominante se da en favor de la validez, constituyendo un valioso instrumento en el desarrollo de las sociedades anónimas y las corporaciones.
2. Otra que se manifiesta en países y legislaciones más próximas a la nuestra, en donde existe polémica viva en torno a la licitud de los convenios o pactos de sindicación
3. Una tercera, mas atenuada, que se evidencia en países como España, Italia o Francia, en los que inicialmente se prohibía expresamente la sindicación de acciones, pero que con el transcurso del tiempo, han ido moderando esta prohibición, llegando incluso a una aceptación jurisprudencial y práctica.

En términos generales, la doctrina niega validez a este tipo de convenios cuando sean contrarios a los estatutos sociales, cuando afecten los principios generales del derecho en materia contractual y cuando impliquen abuso del derecho.

¹⁴ Por aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Ya mas específicamente, los argumentos que suelen esgrimirse en torno a la aceptación o no de tales pactos son los siguientes:

- Los convenios implican un atentado al carácter esencial del derecho de voto. Este es el criterio que parece defender nuestra legislación, de lo que se deduce del texto del Art. 221. Los autores contrarios a este postulado consideran que el derecho de voto ha perdido el valor que tenía en el siglo pasado, lo cual se evidencia, por ejemplo, con la aparición de las acciones sin derecho a voto. Estos autores, entre los que se encuadra Viandier, miran con simpatía este “atentado” a la fuerza del derecho de voto, a la libertad absoluta de decisión del accionista.
- El voto además de un derecho, es fundamentalmente un deber, un “derecho-función”¹⁵, por lo que no puede ser objeto de compromisos o renunciaciones. Debe, por el contrario, emplearse en servicio del interés social y no de intereses extrasociales. Los detractores de esta crítica, entre quienes se encuentra Carnelutti, atribuyen a este derecho el carácter de subjetivo, y por ende, aceptan la validez de los negocios jurídicos que se realicen a su respecto, siempre que no vulneren los límites impuestos por el interés de la sociedad.
- La existencia de los pactos de sindicación perjudica la recta aplicación del principio mayoritario, condicionando la formación de una especie de “voluntad colegial”. Los partidarios de los convenios, como Oppo, consideran que esta objeción es excesivamente teórica, pues en la práctica, existen otras figuras, como la admisión legal de las acciones sin voto, que se muestran todavía menos conformes con la democracia entre accionistas.

Estas objeciones obedecen a una concepción anticuada y algo mítica de la Junta, como ente colegiado donde encuentra asilo la idea de una voluntad colectiva, nacida del libre intercambio de opiniones y de una decisión de mayoría.

Considero acertada la apreciación que realiza Menéndez Menéndez, para quien la estimación o no de la licitud de un pacto de sindicalización de acciones, debe valorarse en cada supuesto concreto, debiendo excluir como ilícitos los convenios que violen normas o principios imperativos,

¹⁵ Sánchez González, Ob. Cit. Pg. 88.

como aquellos que vacían las funciones de la Junta General, o que suprimen el derecho de voto; y admitir como lícitos aquellos que propendan al afianzamiento del derecho del accionista en Junta General.

Es decir, los acuerdos parasociales, como contratos, deben someterse a los límites que les impone el propio ámbito dentro del cual se puede ejercer la autonomía de la voluntad, por lo que no podrán ser contrarios a la ley, la moral o el orden público, ni tampoco incurrir en la figura del fraude.

Eficacia e instrumentación jurídica de los convenios de sindicación.

Garrigues considera que los efectos de los convenios de sindicalización son los mismos que se atribuyen a un "gentlemen agreement" o acuerdo de caballeros. Es decir, que el accionista que ha suscrito el pacto, sigue en libertad en cuanto a su derecho a voto, en el sentido de que el mismo, aún siendo emitido en contra de lo establecido en el pacto, continúa siendo societariamente, un voto válido. Cottino señala que la fuerza vinculante del pacto se encuentra condicionada más que a la imperatividad del acuerdo, a la conveniencia de observarlo, por las consecuencias que de su inobservancia pueden generarse en la imagen del accionista y en las relaciones con sus socios. Viandier complementa diciendo que los pactos de sindicación no son más que compromisos de honor o "palabra de presidente". Es por ello que a juicio de Menéndez Menéndez, se trata de una forma muy poco segura, pues la accesoriedad del sindicato al contrato de sociedad, no le resta a este último su autonomía, y por tanto, el accionista es finalmente libre de violar el compromiso que asumió con el sindicato.

Es por tanto en el carácter limitado de su eficacia en que reside la debilidad de los simples convenios sobre el ejercicio del derecho al voto, y de donde surge la necesidad de robustecerlos, misma que ha sido apreciada por la doctrina atribuyéndoles una mayor y mejor organización jurídica. Para ello se han propuesto diversas fórmulas de instrumentación, que en su mayoría consisten en negocios jurídicos indirectos, lo cual no constituye *per se* óbice alguno, siempre que no degeneren en la figura de un fraude.

A continuación analizaremos algunas de las figuras propuestas por la Doctrina:

a. Sindicación de voto, en caso de acciones al portador, con cesión de la mera posesión de los títulos al síndico

Esta fórmula procede sólo en aquellos ordenamientos jurídicos que prevén y permiten la existencia de acciones al portador.¹⁶ Para que este mecanismo sea viable, es necesario que la ley y los Estatutos, permitan que el derecho al voto sea ejercido no solamente por el accionista, sino también por el tenedor o mero poseedor de la acción. Garrigues es partidario de que en las acciones al portador, la legitimación frente a la sociedad, opere mediante la simple posesión del título. Bajo este criterio, aparecerán legitimados de igual forma, el accionista (propietario), el propietario fiduciario, el simple testafarro y aún el accionista ficticio¹⁷, pues la sociedad no tiene porqué saber cuándo un accionista es ficticio y cuando es verdadero.

A esta fórmula se ha opuesto un gran sector de la doctrina, especialmente española, que como Uria, considera que el accionista ficticio o aparente, aunque esté legitimado externamente, no es socio, por lo que su voto sería intrínsecamente nulo, y no podría ser convalidado mientras no se destruya esa apariencia.

b. Sindicato con apoderamiento del síndico

En este caso, al convenio sobre el simple voto se agrega el apoderamiento del síndico, para que represente a los accionistas según lo acordado. Normalmente, se entregan las acciones al síndico, o se depositan las mismas, pero también puede ocurrir el apoderamiento sin entrega de acciones.

Los obstáculos a los que se enfrenta esta fórmula han sido tradicionalmente dos: el que la representación debe ser conferida con carácter especial para cada junta¹⁸, y el carácter revocable del contrato de mandato.

¹⁶ Aún en el supuesto de que se aceptara la sindicación de acciones en nuestro país, esta fórmula no sería admisible, puesto como lo expresa el artículo 168 de la Ley de Compañías: "Las acciones serán nominativas (...)", criterio corroborado en el Proyecto de Ley de Compañías en el Art. 149.

¹⁷ Garrigues, pg. 63-65.

¹⁸ Lo que en nuestra legislación se hace evidente en el Artículo 121, que expresa: "A las juntas generales concurrirán los socios personalmente o por medio de representante, en

El fundamento lógico de la primera exigencia es que el accionista debe conocer previamente de la celebración de una Junta, y de los asuntos que la misma va a tratar, con el objeto de dar las instrucciones pertinentes a su mandatario.

Respecto de la segunda exigencia, el fundamento se encuentra en las normas civiles, que consagran la revocabilidad del mandato, aunque existen autores que defienden la irrevocabilidad del poder de representación otorgado por los accionistas sindicados. Entre éstos últimos se encuentra De la Cámara Alvarez, quien sostiene que existen mandatos irrevocables por naturaleza por *“ser el mandato, el poder, o ambas cosas, instrumento de ejecución de un convenio básico, vinculante para todos los mandantes o para mandante y mandatario, convenio que está fuera del mandado, o constituye la relación causal básica del poder”*.

c. **Fórmula Fiduciaria**

Frente a la problemática que surge en las dos alternativas mencionadas, una solución que ha planteado la doctrina es la transmisión fiduciaria de las acciones al síndico por parte de los accionistas sindicados.

El primero en proponer esta fórmula fue Garrigues, inspirado en la institución anglosajona del trust. Para este autor, nos hallaríamos entonces ante un *“doble negocio: el negocio real de transmisión de acciones al síndico y el negocio obligatorio o pacto de fiducia que obligaría al síndico a utilizar los derechos incorporados a las acciones en un determinado sentido y siguiendo las instrucciones de los fiduciarios.”* Con esta solución, se evita por un lado la revocabilidad del mandato mientras dure el pacto de sindicación, y se consigue la plena legitimación del síndico como accionista.

La doctrina ha encontrado en esta fórmula inconvenientes sustantivos. Uría, por ejemplo, considera que esta fórmula requeriría de un grado de confianza nada fácil de conseguir en aquellos sindicatos que

cuyo caso la representación se conferirá por escrito y con carácter especial para cada junta, a no ser que el representante ostente poder general, legalmente conferido”.

agrupan a un número elevado de personas. Broseta Pont ha calificado a esta forma de instrumentación como la más “compleja y arriesgada”¹⁹.

d. Fórmula Societaria

Este es, a juicio de Garrigues, el otro mecanismo adecuado para conseguir los objetivos que no se alcanzan a través de un simple pacto de sindicación. Consiste en la conformación de una sociedad de accionistas sindicados, con la constitución de una masa con las acciones sindicadas en sustitución de la acción dispersa (acción unitaria) y confiriendo el manejo de las acciones a un gestor, quien no queda expuesto a la revocación de su mandato.

Para Bérnago, la fórmula consistiría en la creación de una “subsociedad”, a la que se aportasen las acciones sindicadas, misma que actuaría a modo de “holding” o sociedad satélite, cuyo objeto sería ejercer las actividades precisas de vinculación de voto, y concretamente, emitir en el sentido prefijado, los votos correspondientes a las acciones de su pertenencia. La legitimación en este caso sería impecable. Garrigues aporta a esta definición distinguiendo entre el holding y esta subsociedad, señalando que en la primera, se aportan capitales para comprar acciones, mientras que en la segunda, se aportan directamente las acciones.

Ahora, con la aplicación de esta figura también surgirían dificultades de aspecto formal, por ejemplo, relativas a las convocatorias, pues la compañía “principal” puede convocar a la Junta con el plazo mínimo legal, dificultando entonces la reunión de la Junta de la “subcompañía”, la que obligatoriamente tendría que ser universal. Otra dificultad, pero más bien de fondo, podría ocurrir en el caso de que en el seno de la subcompañía, existan discrepancias entre los accionistas sindicados, que no puedan ser dirimidas por existir igualdad de participación, y por ende, de votos.

Este mecanismo ha sido utilizado en nuestro medio para conseguir sindicación, aunque de manera soslayada. En efecto, nada obsta para que una sociedad anónima sea accionista de otra sociedad anónima, por lo que, en el seno de una compañía donde existan un grupo de accionistas con deseos de sindicalizarse, un mecanismo viable y legal sería que

¹⁹ Broseta Pont. Op. Cit. Pg. 253.

constituyan una nueva compañía, aportando sus acciones como lo permite nuestra legislación, que pase a ser accionista mayoritaria de la primera.

e. El usufructo de acciones como vía de sindicación

Es otro mecanismo frecuentemente empleado en otras legislaciones para la sindicación de acciones, especialmente en Argentina.

Al corresponder al nudo propietario –titular de las acciones que son objeto de la convención sobre voto- todos los derechos de socio, salvo el de sufragio y los dividendos acordados durante el usufructo²⁰, su posición es más segura que la del fiduciante. Sin embargo, existe el riesgo de que, en caso de muerte del nudo propietario, la propiedad se consolide en el usufructuario.

f. La solución comunitaria

Otra fórmula que puede emplearse para conseguir la sindicación de acciones es la copropiedad de las mismas. Cada uno de los sindicados, en ese caso, debe transmitir una milésima participación de cada una de sus acciones a un tercero, quien será designado por el sindicato para el ejercicio del derecho al voto.

Dada la comunidad entre propietario y “sindico” no es necesario que éste último comparezca a Junta investido de una representación por escrito y con carácter especial. Se aplica, por tanto, el mismo régimen que se da, por ejemplo, en el supuesto de una comunidad hereditaria sobre determinadas acciones.

²⁰ En nuestra legislación, en la que si bien se acepta el constituir usufructo sobre las acciones, como lo señala el Artículo 180, el usufructuario no detenta el derecho al voto, salvo que el Estatuto Social de la compañía, establezca la posibilidad de que el usufructuario tenga el derecho a sufragar a consecuencia de una renuncia del nudo propietario. Así, el art. 180 de la ley de compañías señala que “(...) El ejercicio de los demás derechos de accionista corresponde, salvo disposición contraria del contrato social, al nudo propietario.” Esta disposición se ve respaldada por el artículo 207, que dice: “Son derechos fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar: Intervenir en las juntas generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho a voto, según los estatutos. (...) El accionista puede renunciar a su derecho a votar, en los términos del Art 11 del Código Civil.”. El aludido Artículo 11 del Código Civil dice: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no este prohibida su renuncia”.

El obstáculo que representa esta fórmula es la manera en que se puede dotar a la designación de representante común de autonomía suficiente y de permanencia.

En el ámbito de las relaciones internas entre los cotitulares de la acción, la designación de la persona legitimada para el ejercicio de los derechos sociales debe hacerse de acuerdo a las normas sustantivas civiles correspondientes²¹. Lo lógico, y más adecuado, sería que la designación se haga por el voto de una mayoría simple. Sin embargo, hay quienes opinan, que en el caso de que el acuerdo incida en la esfera del dominio o disposición de las acciones, el acuerdo deberá ser tomado por unanimidad²².

Cabe recalcar que, como también está permitido en nuestra legislación, el representante o síndico puede ser una persona natural o una persona jurídica, indistintamente, prefiriendo ciertos sectores de la doctrina la segunda opción, pues no se corre riesgo en caso de la desaparición definitiva o la incapacidad del síndico.

A juicio de Pedrol, la sociedad que actúe en forma de síndico debe ser una pequeña sociedad anónima, cuyo objeto social sea justamente el comprar mínimas participaciones sobre las acciones que se pretenden sindicarse. Para Sánchez Gonzáles, es preferible que sea una sociedad de responsabilidad limitada la que se encargue de esta labor, por las restricciones que ésta impone.

g. La fórmula pignoratícia

Esta fórmula, es a juicio de Sánchez Gonzáles, la "*solución considerada más viable respecto de los procedimientos de sindicación*"²³ de acciones. Consiste en constituir una prenda sobre las acciones sindicadas, en garantía de las obligaciones asumidas mediante el pacto de sindicación.

²¹ Respecto a este punto, sería interesante precisar cuáles serían las normas aplicables de acuerdo con nuestra legislación. En un principio podría pensarse que existe una comunidad de bienes, sin embargo, existe convención de las partes para que ésta se produzca, por lo que nos enfrentaríamos a un problema, cuya solución podría encontrarse nuevamente en las normas relativas a las sociedades.

²² Alborch Bataller, citado por Sánchez Gonzáles, ob. Cit. Pg. 107.

²³ Sánchez Gonzáles, Ob. Cit. Pg. 109.

La viabilidad de esta fórmula radica en que se atribuya al acreedor pignoraticio el derecho a voto, atribución que sólo puede surtir efectos frente a la sociedad si consta explícita y terminantemente en los estatutos²⁴. El acreedor pignoraticio viene a ser el sindicato de accionistas, mas como éste carece de personalidad jurídica, serán acreedores pignoraticios frente al accionista sindical, cada uno de los restantes accionistas sindicados. Dado que no es uno sólo el acreedor pignoraticio, podemos traer nuevamente a colación las consideraciones manifestadas en relación con la copropiedad de acciones. Algunos autores proponen la constitución de una sociedad que actúe como acreedor prendario.

En lo que atañe a las obligaciones que se garantiza con la constitución de la prenda, la doctrina de forma unánime sostiene que el crédito garantizado puede no ser solamente pecuniario si en el supuesto de un incumplimiento por parte de los accionistas sindicados, la garantía da lugar a resarcimiento, y por ende, a la realización de la prenda. Por ello, la doctrina, y en ella, especialmente Gabarro, propone la conveniencia de establecer las normas necesarias acerca de la determinación futura del crédito garantizado, incluyendo estipulaciones precisas sobre la forma de exigir indemnización de daños y perjuicios en caso del incumplimiento del síndico o de los accionistas sindicados²⁵.

De utilizarse este mecanismo, la posesión física/material de los títulos debe pasar a poder del síndico²⁶, y para que surta efectos frente a terceros, debe instrumentarse via escritura pública.

Tratándose de acciones nominativas²⁷, la constitución de la prenda debe inscribirse en el libro de acciones y accionistas. Los autores discuten la eficacia de este registro frente a terceros. Hay quienes opinan

²⁴ Tal como ya expusimos al hablar del usufructo, nuestra ley de Compañías prevé en Artículo 194 que: "En caso de acciones dadas en prenda corresponderá al propietario de éstas, salvo estipulación en contrario entre los contratantes, el ejercicio de los derechos de accionista. El acreedor prendario queda obligado a facilitar el ejercicio de esos derechos presentando las acciones a la compañía cuando este requisito fue necesario para tal ejercicio".

²⁵ Gabarro, citado por Sánchez González, Ob. Cit. Pg. 110.

²⁶ Como lo corrobora nuestro Código Civil en su artículo 2315: "Se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero será necesario que el acreedor notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague a otra persona".

²⁷ Como es el caso de nuestra legislación, que solo admite este tipo de acciones.

que el registro en el libro de acciones y accionistas despliega su ámbito legitimatorio sólo frente a la sociedad²⁸. Otros, como Clavero Blanc y Periel Garcia, consideran que el registro tiene eficacia erga-omnes, criterio con el cual coincido dado lo que manifiesta nuestra legislación.

La pignoración de las acciones nominativas también puede darse vía un simple endoso acompañado de la cláusula "valor en garantía", o equivalente. Pero en ese caso, la acreditación del síndico deberá hacerse siempre por la presentación del título en la Junta, comprobándose además la serie ininterrumpida de endosos, y procediendo al registro en el libro de acciones y accionistas.

De igual forma, dado que la prenda se otorga con la finalidad de que el acreedor pignoraticio/síndico ejerza el derecho al voto, el estatuto de la compañía deberá prever expresamente las limitaciones que deben concurrir en la constitución de toda garantía pignoraticia.

h. Depósito

Esta fórmula, calificada como intermedia, consiste en depositar todas las acciones - al portador-, en "*un establecimiento ad hoc facultando a una sola y misma persona para levantar el depósito y acudir a la Junta General con todas las acciones*"²⁹, cada vez que la Junta sea convocada, y votar de forma unitaria y unívoca en ella.

Esta solución tampoco sería admisible en nuestra legislación debido a que las acciones tienen carácter nominativo. Cabría sí, en el supuesto de que el depósito se configurara vía autorización o poder, pero en ese caso estaríamos ante una figura muy similar a la del sindicato con apoderamiento del síndico.

Los sindicatos de voto en el Ecuador

La rigidez de los principios jurídicos codificados y la concepción clásicamente democrática de la sociedad anónima chocan en ciertas ocasiones con las necesidades del "derecho vivo". Un claro ejemplo constituye la sindicación de acciones, ignorada en los textos legales ecuatorianos y de muchos otros países.

²⁸ Así parece aceptarlo Sánchez González, Ob. Cit. Pg. 111.

²⁹ Broseta Pont, Ob. Cit. Pg. 253.

Estos convenios se han ido desarrollando como necesidades típicas de los empresarios, en la oscuridad y a veces aún en contra de las prescripciones legales. Han ido adquiriendo un poco el sentido de lo secreto y lo prohibido, aun cuando en la práctica, constituyan una necesidad para los accionistas que participan de ellos.

La doctrina clásica se ha mostrado contraria a estos convenios, en general por considerarlos incompatibles con el sistema de las sociedades anónimas, típicamente democrático, y por afectar un derecho inalienable de todo accionista, como es el de utilizar su voto exclusivamente en su propio interés. Mas el contrato de sindicación de acciones ha sido admitido como uno de los contratos esenciales de la actividad mercantil moderna, razón por la cual ha sido adoptado por una gran mayoría de las sociedades anónimas en distintos ordenamientos.

La oposición que se presenta en contra de esta figura es producto de los mismos reparos que en la antigüedad se tuvo en contra de la sociedad anónima. Cabe recordar el temor a este tipo de compañía, que llevo a calificarla de usurpadora de libertades y oportunidades a los individuos, y a atacarla bajo el argumento de que su organización sujetaría el trabajo al capital, y eventualmente produciría monopolio.

Si ha existido, y existe aún rechazo a la figura de la sociedad anónima, se explica entonces el rechazo hacia aquellas figuras contractuales llamadas a producir determinadas consecuencias sobre el estatuto de la sociedad, el funcionamiento de sus órganos, el modo bajo el cual actuarán los accionistas, entre otros.

En el caso específico de la sindicación, la justificación dada por quienes la atacan es la preservación del tipo por sobre los acuerdos de partes, en tutela de la no fragmentación del ordenamiento societario y de los derechos de terceros, es decir, lo que podría llamarse la "no separación" instrumental o estatutaria.

Mas el problema se da tan solo cuando esa tutela, como cualquier otra, se desorbita, se convierte en un fin en si mismo y consecuentemente se pasan a confundir las reglas de uno y otro contrato (el de sociedad, respecto del de sindicación), para entonces declarar inaplicables las reglas

del segundo en favor del primero, en muchos casos sin siquiera hacer la necesaria casuística que cada supuesto merece.

No debemos olvidar, sin embargo, que el contrato de sindicación, como cualquier convenio, liga a sus firmantes a cumplir con las obligaciones en él asumidas, aunque ello naturalmente podría llegar en algún caso a afectar reglas formales de funcionamiento de la sociedad. Se trata entonces de establecer cómo y con qué extensión se aplica, actuando sin prejuicios y analizando cada caso como un universo propio, con sus reglas, consideraciones, finalidad de la contratación y en particular, la situación de los terceros cuyos derechos no pueden afectarse; pero siempre apuntando al cumplimiento pleno del pacto y nunca a debilitarlo o a sustituir sus reglas.

En otros ordenamientos donde la sindicación es parte normal de la práctica societaria, se han acallado ya los vientos que la miraban virtualmente como un engendro nocivo y por tanto nulo, bajo los reparos de que atentaba contra los principios "democráticos" que constituirían la esencia del sistema colegiado societario, y de que desvirtuaba el funcionamiento de los órganos de la sociedad anónima. Actualmente, en legislaciones como la española, la italiana, y aún la argentina, los ataques contra el contrato de sindicación de acciones revisten otras formas, referidos a su duración, objeto y, tal vez más recientemente, su oponibilidad, situaciones todas ellas destinadas a limitar su aplicación y alcances.

En el Ecuador, aún el nuevo Proyecto de Ley de Compañías y en general, la legislación, se muestran renuentes a legalizar los acuerdos de sindicación. Cabe señalar, sin embargo, que su vigencia es plena en la práctica, a través de la utilización de lo que se conoce por negocios jurídicos indirectos. La creatividad y la argucia de los abogados se han puesto a prueba y ha dado como resultado la creación de más de un método alternativo a los que hemos citado, para conseguir lo que en definitiva busca el sindicato de accionistas.

Sin duda, cada vez son menos los países hostiles a esta figura. Considero, por tanto, que el "dogma" de la improcedencia del contrato de sindicación deberá ser desterrado y está llamado a pasar al olvido en el Ecuador, no solamente por lo que nos viene impuesto por la legislación comparada, sino porque el sentido común, la realidad, así lo imponen.

LIBRO RUPTURA, año 2003

Número 46

Asociación Escuela
de Derecho

55 años

CONSEJO EDITORIAL

David Padilla

Juan Francisco Guerrero

Leonardo Sempértegui

Sebastián Cortéz

Edgar Ulloa

ASOCIACIÓN ESCUELA
DE DERECHO

Av. 12 de Octubre y Patria

PUCE, Torre 2, Piso 8

Telf: 256 5627 ext. 1386



A partir del año 1996 el Ecuador ha atravesado la mayor inestabilidad política e institucional desde el retorno a la democracia, lo cual ha repercutido en la imagen internacional que se tiene de nosotros en el mundo. El rol de quiénes estamos vinculados al estudio y práctica del Derecho crece y nos compromete a tomar acciones que tiendan a lograr su mayor difusión, con el fin de fortalecer las instituciones políticas de nuestro país. Este espacio de expresión que tenemos los que formamos parte de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador nos brinda esta posibilidad.

Por ello, como tema central para este libro se ha escogido al Derecho Público. El aporte que se quiere brindar con los importantes desarrollos y pensamientos vertidos en esta publicación, no tiene otro afán que el de fortalecer la conciencia democrática en quiénes precisamente somos los llamados a preservarla y propugnarla: los abogados. De esta manera, la Facultad pone un ejemplo de cómo nosotros creemos que debe funcionar un país: Instituciones Políticas eficientes complementadas por una sociedad civil participativa.



BANCO DEL PICHINCHA
En confianza... siempre su Banco



**Diners Club
International®**



JURÍDICA CEVALLOS

Estudio Jurídico Sánchez Coronel

Av. Amazonas N39-82 y Pereira - Edificio Casa Vivanco, Quinto Piso. Oficina 501
telefax: 226 6281 - 226 6282



BSA

BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE

Todos los derechos reservados 2003

*Ilustración de portada (Fundación Guayasamín)
Diseño y diagramación de portada PsH Solutions
(Fernando I. Castro G. - Alexander R. Castro C.)
Quito - Ecuador*