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

2006

Asociación Escuela de Derecho

RUPTURA 50

Directorio

ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO 2006

Santiago Padrón Lafebre
Presidente

Sebastián Sevilla Rienzi
Vicepresidente

David Crespo
Francisco Naranjo
Representantes Consejo de la Facultad

Byron Robayo
Andrés De la Vega
Verónica Chiriboga
Vocales del Directorio

Esteban Zabala
Secretario

Nathalia Almeida
Tesorera

ibro Anual de la
\sociación Escuela de Derecho
'ontificia Universidad
:atólica del Ecuador

2006

BIBLIOTECA
AED
Asociacion Escuela de Derecho
"HERNAN SALGADO PESANTES"

AED
ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO

sociación Escuela de Derecho

Ruptura
50

LIBRO RUPTURA 50

Asociación Escuela de Derecho

Diseño Gráfico / Diagramacion / Impresión

TRADINGSTATE GRAFACORP
TELF.: 2666 334 / 2615 577

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

AGRADECIMIENTO

Un agradecimiento no es simple protocolo, agradecer por formalidad es algo similar a desperdiciar monedas pidiendo deseos en una fuente de parque. Siempre he creído y pretendo poder plasmarlo en este papel, que decir GRACIAS! es elevar una plegaria en favor de aquellos que recordamos con el corazón, por su ayuda, por su cariño, por sus críticas, por haber estado ahí, o por simplemente haber pasado por aquí.

Línea a línea, punto a punto, milímetro a milímetro, la construcción de esta obra representa el trabajo arduo y constante de un grupo de personas dispuestas a entregar su tiempo, conocimientos y experiencia al fortalecimiento de la formación integral del Estudiante de Derecho en el Ecuador. Es precisamente a este conglomerado de personas a las que dirijo en estas cortas líneas un agradecimiento sincero, cargado de emotividad y revestido de admiración y respeto; para Ustedes, articulistas, editores, diseñadores y auspiciantes, para Eduardo Esparza, Byron Robayo y Mónica Yépez, una reverencia por su apoyo sincero e incondicional.

Sin embargo, siempre que culminamos un proyecto o una etapa de nuestras vidas sentimos que existe alguien a quien queremos agradecer con mayor intensidad, por eso aprovecho este espacio también para decir GRACIAS! y dedicar esta obra a quienes más que por finalidad, son beneficiarios de este texto magnífico por merecimientos, respeto y por su corazón siempre dispuesto a abrigar el trabajo ardiente de quienes en uno de nuestros momentos de mayor dicha hemos tenido el gusto de servirles... esta obra esta dedicada a todos y cada uno de los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, MUCHAS GRACIAS A TODOS USTEDES!.

Sinceramente,

SANTIAGO PADRON L.
Presidente AED 2006

PRESENTACIÓN

"La Universidad tiene que ser, antes que Universidad, ciencia"[1]

José Ortega y Gasset

Elaborar una revista de investigación es difícil pero, al mismo tiempo, es también gratificante. Cuando se me propuso que fuera Presidente del Consejo Editorial de la revista jurídica Ruptura, en el mes de noviembre del año anterior, acepté sin ni siquiera pensar en la gran responsabilidad que el cargo significaba y la dificultad de llevar a cabo esta tarea. La Pontificia Universidad Católica del Ecuador cumplía sesenta años de existencia, lo que hacía que mi labor sea delicada, sin embargo, lo que realmente dificultó mi tarea fue la falta de cultura de investigación y de apoyo económico a este tipo de proyectos. Ahora que hemos finalizado la edición de la revista, me doy cuenta que todos los obstáculos que tuvimos que superar hacen que su presentación me brinde la satisfacción que solo el deber cumplido puede dar.

El esfuerzo realizado no podría haber dado sus frutos sino se hubiera contado con el apoyo de mi grupo de trabajo; por ello, debo agradecer a la Srta. Amparito Esparza, la Srta. Francisca Sánchez y la Srta. Gabriela Arpi, quienes brindaron parte de su escaso tiempo a la realización de este proyecto. Debo resaltar el apoyo brindado por el Sr. Santiago Padrón, Presidente de la AED 2006, quién ha estado involucrado en la realización de la revista desde que se inició el proyecto. También debo agradecer la colaboración de la Dra. Mónica Yépez quien, motivada por su espíritu de ayuda e impulso a la investigación, realizó la corrección de estilo de algunos artículos.

[1] José Ortega y Gasset, La misión de la Universidad y otros ensayos afines, quinta edición, editorial Revista de Occidente, Madrid, 1968, pág. 75

La velocidad no garantiza la consecución de los objetivos, por ello, debo agradecer a todos los estudiantes que enviaron sus artículos y que esperaron con paciencia la presentación de estos. Siempre he creído que es mejor esperar a tener que presentar algo mal hecho.

El estudiante universitario no solamente debe conocer sobre la rama o disciplina a la que dedicará su vida, sino que también, debe conocer sobre el entorno que le rodea. Por ello, en esta edición se amplió el campo de investigación a temas relacionados con Política y Geopolítica a más de la investigación jurídica, motivo de esta revista. La ampliación de los temas a investigar se debió, en gran parte, a que sostenemos que es necesario que el estudiante universitario tenga un pensamiento crítico sobre lo que sucede en el país y el mundo.

Por último, cumpliendo los objetivos de fomento de la investigación jurídica y contribución al intercambio de conocimiento, hago formal la presentación de la Revista jurídica Ruptura 50. Estoy seguro que la revista será de su total agrado y a la vez contribuirá a ampliar su bagaje cultural.

Eduardo Esparza Paula
Presidente del Consejo Editorial.
RUPTURA 50

Investigación jurídica

Derecho administrativo

El alejamiento del Derecho Público hacia el Derecho Privado
Abg. Diego Paredes González 1-26

Las juntas parroquiales y participación ciudadana
Pamela Francisca Sánchez Del Hierro 27-48

Reflexiones frente a la Reforma del Régimen impositivo local
Dr. Miguel Ángel Bossano Rivadeneira 49-64

Sobre la suspensión de efectos de los actos administrativos y la tutela cautelar en el contencioso administrativo ecuatoriano
Dr. Edgar Neira Orellana 65-119

Derecho civil

La dación de órganos humanos en el Ecuador
Jaime Galán Melo 121-157

Los embriones supernumerarios como sujetos del derecho
Ab. Gabriel Galán Melo 158-176

Los nuevos paradigmas de la familia ecuatoriana en el siglo XXI
Mercedes Cóndor Salazar 177-189

Derecho comercial internacional

El contrato de transporte multimodal. Necesidad de una normativa uniforme en América Latina
Eduardo R. Esparza Paula 191-208

La empresa multinacional en la Comunidad Andina de Naciones (CAN)
Hugo Washington Cahueñas Muñoz 209-224

Derechos humanos

Comprensión de los Derechos Humanos desde el tener, poder y valer
Mauricio Burbano Alarcón, S.I. 225-235

Crítica al Derecho y a la Facultad de Jurisprudencia desde el Género
Dr. Ramiro Ávila Santamaría 237-269

El control de legitimidad de las decisiones tomadas en ejercicio de la justicia indígena
David Cordero Heredia 271-293

John Howard y la actual protección en Derechos Humanos de los reclusos
Abg. Christian Lombeida 295-338

La Acción de amparo como garantía de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Derecho comparado
Javier Dávalos González 339-377

Los derechos colectivos indígenas en nuestra Constitución Política y la responsabilidad estatal frente a la actividad de terceros que lesionen estos derechos
Christian Pérez Escobar 379-391

Geopolítica

Breves notas acerca del conflicto en el Medio Oriente
Gary López Vélez 393-404

Del 11 de septiembre a nuestro días
Pablo Campaña 405-440

La Unión Europea como bloque: intervención diplomática en las relaciones entre Estados Unidos e Irán
David E. Rivas Vinueza 441-466

Política

¿Existe Democracia en el Ecuador?
Álvaro F. Cárdenas Z 467-482

Hacia una Democracia participativa: Rendición de cuentas, Revocatoria del Mandato y Estatuto de la oposición
Andrés Páez Benalcazar 483-508

La crisis de los partidos tradicionales
Natalia Almeida Oleas 509-535

Articulos de los Auspiciantes

Plan estratégico de la función judicial para el mejoramiento de los servicios de justicia 2007 - 2012
Dr. Gustavo Jalkh Röben 537-550

Un Vistazo al Semipresidencialismo.
Jorge Benavides Ordóñez 551-562

Los piratas, la Audiencia y el corregidor: reflexiones en torno a un proceso penal en la colonia.
B. A. Sebastián Donoso Bustamante 563-603

El alejamiento del derecho público hacia el derecho privado

Diego Paredes González[1]

SUMARIO:

I. Ideas Preliminares. II. La huida hacia el derecho privado. 1.Las Potestades Públicas. 2.Potestades de la administración pública del Régimen Seccional Autónomo: en especial del Régimen Municipal. 3.Relación jurídico-administrativa. 4. El servicio público. 4.1. La noción de servicio público. 4.2. Modos de gestión de los servicios públicos. 4.2.1. Formas de gestión directa. 5. Los órganos de control. III. Colofón. IV. Bibliografía.

I. Ideas Preliminares.

Desde hace algunos años, en el Ecuador, se vive un fenómeno jurídico dentro del ámbito estatal, que en virtud de su importancia, y por los efectos que produce, es materia de nuestro análisis. La apostasía del Derecho administrativo, o huida hacia el derecho privado, es un fenómeno que no solamente acontece en nuestro sistema jurídico. En el derecho comparado, se ha producido el mismo fenómeno en países como España y Argentina, con el afán de hacer eficaz y eficiente las potestades públicas que el Estado tiene que ofrecer a las personas, y que evidentemente no lo han hecho, tomando modalidades de derecho privado por medio de

[1] B.A. por la U. San Francisco de Quito; Abogado por la Universidad San Francisco de Quito; Esp. Sup. en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar; Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar; candidato a Doctor en Derecho (PHD) por la Universidad Andina Simón Bolívar; profesor invitado del área de Derecho Público en la Universidad Autónoma de los Andes; profesor de Instituciones del Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; profesor de Derecho Procesal Contencioso-Administrativo y Fiscal en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; profesor en la Especialización Superior de Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador

personas jurídicas de derecho privado tales como corporaciones, fundaciones o sociedades anónimas, con recursos públicos, para lograr sus cometidos.

El objeto de este estudio, es determinar la imposibilidad jurídica, a la luz del sistema ecuatoriano, de que las potestades públicas tales como la prestación de servicios que el Estado tiene a su cargo, puedan estar dadas por personas jurídicas de derecho privado. Es decir, la imposibilidad que el Estado tiene para constituir por su propia voluntad personas jurídicas de derecho privado con recursos públicos, para prestar directamente servicios públicos, y así no sujetarse a las normas del derecho público y su estricto control, sino a las del derecho privado con el argumento de la eficiencia y la eficacia, y así realizar negocios jurídicos como un privado más, de manera libre y sin procedimientos reglados por la ley, huyendo de esta manera del derecho administrativo, para sujetarse a las normas que el derecho privado determina.

Es así, que el análisis que proponemos a continuación está encaminado a determinar si dichas personas jurídicas tales como fundaciones y corporaciones -especialmente- están encuadradas dentro del ordenamiento jurídico, clarificando el tema de las potestades públicas, relación jurídico-administrativa, servicios públicos y órganos de control, ya que por los efectos jurídicos que produce es importante determinar las ventajas y desventajas del tipo de persona jurídica -publica o privada- que va a ejercer tales potestades.

Por último, se determinará claramente a lo largo de este ensayo, de que manera el Estado podría delegar la prestación de servicios públicos a empresas mixtas o privadas al tenor de la Constitución y de las normas de derecho público vigentes en el Ecuador.

II. La huida hacia el derecho privado.

Históricamente el Estado se ha compuesto siempre en una relación de poder; dicho poder ejercido en sus inicios por el monarca, ha ido evolucionando hasta constituirse en la actualidad en un poder limitado por el ordenamiento jurídico. La actividad estatal en la actualidad, se compone fundamentalmente de potestades; es decir, el Estado realiza o ejerce sus funciones en virtud de dichas potestades determinadas en la Constitución y la ley, así la Constitución Política de la República del Ecuador reconoce el principio de legalidad de la actuación pública[2].

El Estado moderno no solamente realiza el ejercicio directo de estas potestades como titular único, sino que en virtud de su imposibilidad técnica o económica, el ordenamiento jurídico reconoce que la titularidad de dichas potestades puede atribuírselas a terceras personas para que las ejerzan dentro del ámbito del servicio público, claro está, enmarcados dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, no solo tenemos que tener claro el tema de las potestades públicas que se pueden otorgar a terceros, sino también las potestades que la misma administración puede ejercer para prestar un servicio público por medio de una persona jurídica de derecho privado, como corporaciones o fundaciones -especialmente- como es el caso en la actualidad ecuatoriana como la Fundación Malecón 2000, QUIPORT, o la CORPAQ, entre otras. Y es precisamente en estos casos, en donde se sostiene la imposibilidad de que la administración pública pueda realizar dichos actos jurídicos, por no

[2] Así la Constitución Política de la República del Ecuador en su artículo 119 consagra dicho principio de Derecho Público que determina: "Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley..."

encontrarse encuadrados en lo que el ordenamiento jurídico prescribe, y en especial al que se refiere al derecho público, huyendo de esta manera hacia el derecho privado.

1. Las Potestades Públicas.

El Estado aplica dichas potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico, a través de su administración pública, que es el ente por excelencia -aunque no el único- de aplicación de dichas potestades. Es por eso que el Estado a través de su administración ejerce la potestad, generando así relaciones y situaciones jurídicas en virtud de las cuales surge una relación entre el titular de la potestad y los sujetos a los que el ejercicio de la misma se refiere[3]. La potestad[4] consiste, por tanto, en un poder de actuación que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico, produce situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultan obligados.

[3] Vid. GIANNINI, op. cit., p.267

[4] En este sentido es importante determinar y clarificar el tema de las potestades, atribuciones, facultades, funciones, y deberes públicos. Para Fernando Garrido Falla la potestad consiste en un poder de actuación, que ejercitándose de acuerdo a las normas jurídicas, produce situaciones jurídicas que otros sujetos resultan obligados, como determina CARNELUTTI la potestad es un poder de mandar en interés ajeno iubere licere (al igual que el derecho subjetivo en donde también es un poder de mandar pero en interés propio); La función, Garrido Falla determina que, no es sino la consideración de la potestad desde el punto de vista de las atribuciones de un órgano administrativo; A criterio de Patricio Secaira las atribuciones no son otra cosa que el conjunto de asignaciones competencias que la Constitución o la ley entrega a los órganos administrativos, las cuales deben ser ejercidas por los titulares de las dependencias o por los correspondientes cuerpos colegiados; La facultad por su lado, a decir de CARNELUTTI, es una actuación licita agere licere,en donde existe la posibilidad de actuar concedida a una persona por formar parte del contenido de una situación jurídica; A su vez las situaciones jurídicas de deber son: la sumisión o deber de soportar el mandato de otro patere debere (correlativa a la potestad y al derecho subjetivo) que de manera muy acertada GIANNINI lo determina como una carga, en donde esta situación subjetiva de deber, es su carácter instrumental, que deriva precisamente de que es una limitación que se impone, por interés público, al ejercicio de un derecho, y por otro lado la obligación o deber de no obrar agere non licere (que es correlativa a la facultad).

Doctrinariamente, los titulares de las potestades públicas pueden ser tanto el Estado como los particulares. Pero este principio general de derecho administrativo tiene que ser analizado en virtud del ordenamiento jurídico de cada Estado. Es así, que en el sistema jurídico ecuatoriano, la Constitución en su artículo 249 determina que será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos, dejando la titularidad del ejercicio de dichas potestades públicas por un lado al Estado para que éste los preste de manera directa, o por otro lado a terceros que pueden ser empresas mixtas o privadas en virtud de los mecanismos allí explicados .

En consecuencia, las únicas potestades públicas que nuestra Constitución determina que pueden ser asumidas por parte de terceros ajenos al Estado, son aquellas que hacen referencia al servicio público. Ahora bien, ni nuestra Constitución, ni el ordenamiento jurídico ecuatoriano infraconstitucional, nos dan un concepto de los que se entiende por servicio público -que a lo largo de este trabajo lo desarrollaremos muy claramente- generándose un problema de interpretación normativa, ya que no se puede distinguir lo que es un servicio público, y lo que no, dejando a la libre interpretación del juez, y de la autoridad lo que considere que es un servicio público.

[5] En este sentido es preciso indicar que la Constitución Política de la República del Ecuador en su artículo 249 emplea mal el término delegación, ya que los mecanismos para la entrega de titularidad del ejercicio de potestades públicas a otras personas, son por ejemplo la concesión, asociación, etc. Es decir, las potestades entregadas al Estado por parte de la Constitución, no pueden ser objeto de delegación; no olvidemos las características esenciales de la potestad que como lo determina SANTI ROMANO son: 1)La potestad tiene origen en el ordenamiento Jurídico; 2) Son indisponibles -no se puede delegar-; 3) son imprescriptibles (S. ROMANO, Corso di Diritto amministrativo, 3ra ed. 1937, p.114). En consecuencia podemos decir que la delegación que determina nuestra Constitución en su artículo 249 no es más que una manera incorrecta de determinar como adquirir la titularidad de la potestad para la prestación de servicios públicos que el Estado no puede asumirlos.

Por otro lado si bien está claramente determinado que las únicas potestades que el Estado –por lo menos el ecuatoriano- puede titularizar a personas jurídicas extrañas son las de servicios públicos, es por lo dicho, que la admisión de potestades administrativas por parte del Estado no plantea ningún problema –en un principio- pero que como veremos mas adelante no se la ejerce adecuadamente.

Por otro lado en cambio, el moderno Estado de derecho se monta precisamente sobre el reconocimiento de una esfera de libertad individual que se hace compatible con la autoridad del Estado, generando de esta manera un status subjetionis de los administrados; es decir, por un lado, un status de las personas jurídicas que prestan el servicio público, y por otro un nuevo status de las personas beneficiarias del servicio, que se traduce en primer lugar en un status libertatis; que fundamenta un poder de actuación del individuo que no debe ser impedido por el Estado, en segundo lugar en un status civitatis, que fundamenta un poder de exigir prestaciones del Estado, y en tercer lugar un status activae civitatis, que fundamenta las actuaciones de ciertos individuos por cuenta y a nombre del Estado[6].

El Estado moderno no puede o no podría de ninguna manera ofrecer todos los servicios públicos que las personas requieren, como ya se ha dicho; es así, que desde algunos de dichos servicios a personas indeterminadas para que éstos los ofrezcan, colocándose en status libertatis, como así sucede con el transporte público, en donde el Estado fundamenta un poder de actuación de los individuos que no es impedido. De otro lado, el principio status civitatis del que gozamos todas

[6] JELLINEK, Sistema dei ditrittipubblici subbietivi, trad., italiana, 1912, cit., pp.97 y ss.

las personas, está consagrado en nuestro Código Político como derecho en el número 7 del artículo 23, en concordancia con el artículo 249.

El principio que atañe nuestro estudio ciertamente es el status activae civitatis, el cual recoge el artículo 249 de nuestra Constitución Política y que ciertamente al titular de la potestad conferida por el Estado por cualquiera de sus medios allí expresados, coloca al prestador del servicio en un status distinto al del resto de personas, puesto que prestación de dichos servicios se realiza en virtud de la potestad otorgada al titular.

Dicha potestad ejercida por la persona jurídica que lo presta, no es una potestad reglada, ya que como determina Eduardo García de Enterria, reduce a la administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y aplicar en presencia de el mismo lo que la propia ley ha determinado también agotadoramente; es decir, un proceso aplicativo de la ley que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno.

En cambio, si es una potestad discrecional, lo que no significa de ningún modo arbitraria, ya que dicha potestad discrecional se encuentra enmarcada dentro de cuatro limites bien definidos que son: 1) la existencia misma de la potestad; 2) su extensión, que nunca podrá ser absoluta; 3) la competencia para actuarla, que se refiere a un ente determinado; 4) el fin, es decir con una finalidad especifica. Pero la razón fundamental para que la potestad de otorgamiento –por parte del Estado- y la conferida -a una entidad distinta a la del Estado- sea discrecional, es que justamente la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas ya que la decisión se fundamenta normalmente extra jurídicos tales como de

oportunidad o económicos[7], eso si mientras cumpla con los limites que regula dicha potestad discrecional y que principalmente deben estar enmarcados para asegurar el bien común de los administrados.

Es debido, a lo explicado y en virtud del sistema jurídico ecuatoriano, que las potestades públicas que pueden otorgarse a terceros –que son las de servicio público- solo pueden hacerse en virtud de la titularidad que puedan tener, es decir personas jurídicas de derecho privado como la FUNDACIÓN MALECON 2000, QUIPORT, O CORPAQ, entre otras; deben tener el título otorgado por el Estado para poder ejercer las potestades que realizan o ejecutan, situación que no la tienen en función del artículo 249 de la Constitución como son la concesión, asociación, capitalización, traspaso de propiedad accionaría, o cualquier otra forma contractual de acuerdo con la ley, que no existe. Es más, si existiera, el Estado en función del bien común debió elegir, asignar o determinar al titular de la potestad del servicio público que va a prestarla, mediante un procedimiento previamente determinado, para así no caer en la arbitrariedad de la autoridad al asignar a cualquier persona la titularidad de dichas potestades.

Ahora bien, una vez analizado que dichas personas jurídicas que prestan servicios públicos, en la actualidad no tienen justo titulo del ejercicio de la potestad, es necesario analizar, a continuación, si la administración pública tales como los municipios, prefecturas, etc., tienen la potestad facultad o atribución de crear personas jurídicas de derecho privado para el ejercicio de las potestades asignadas a dichos órganos.

[7] E. GARCÍA DE ENTERRIA, Curso de Derecho Administrativo, 10ma., ed., 2000, I tomo, pp. 453 y 458.

2. Potestades de la administración pública del Régimen Seccional Autónomo: en especial del Régimen Municipal.

El Régimen Municipal en el Ecuador está dado por dos cuerpos normativos de rango orgánico, el primero de carácter general que es la Ley Orgánica de Régimen Municipal; y el segundo que es la Ley Orgánica del Distrito Metropolitano de Quito. Del análisis de dichos cuerpos normativos, no podemos encontrar ninguna atribución para que los municipios, o el Distrito Metropolitano de Quito, en cada caso, puedan mediante corporaciones o fundaciones -creadas por dichos entes y con fondos públicos- prestar servicios públicos asignados por la Constitución y la ley.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal, por su lado, prescribe en su artículo 64 números 9 y 17, lo que son deberes y atribuciones del Concejo, determinando: "*9. Decidir cuales de las obras públicas locales deben realizarse por gestión pública municipal, bien sea directamente o por contrato o concesión, y cuales por gestión privada y, si es el caso autorizar la participación de la Municipalidad en sociedades de economía mixta*". "*17. Autorizar la constitución de empresas municipales en compañías de economía mixta para la prestación de servicios públicos*". Estas prescripciones legales al parecer, dan cabida –en principio- a dichas personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro –como corporaciones y fundaciones- pero en sentido jurídico no es así, por las siguientes razones:

1. Si bien el número 9 del artículo 64 del la Ley Orgánica de Régimen Municipal prescribe que el Concejo determinará qué obras públicas deben realizarse por gestión directa del municipio y cuales por gestión privada, se debe tener en cuenta que al momento en que el Concejo determina que obra pública deberá realizarse por gestión privada, en virtud

de su potestad discrecional[8], esta debe sujetarse a los procedimientos determinados en las leyes existentes, bien sea por un contrato administrativo -regulado por la Ley de Contratación Pública- en donde el Estado, con sus propios recursos, contrate a un privado, y en donde la mejor oferta sea adjudicada para la realización de la obra; o sino, mediante una concesión -regulada de manera general por la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada- en donde el Estado en virtud de sus pocos recursos le otorga la titularidad de la potestad para realizar una obra pública, a un tercero, para que éste la realice y en contraprestación, recupere la inversión realizada más una ganancia, en función de las bases establecidas en la adjudicación de la concesión.

2. Es por lo dicho que en el número 15 del artículo 64 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal se determina que también una atribución y deber del Concejo es: "Reglamentar de acuerdo con la Ley lo concerniente a la Contratación y concesión de servicios públicos".

3. Por último, a lo que hace referencia el número 17 del artículo 64 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal es simplemente el hecho de que el Concejo como órgano colegiado de la Municipalidad autorice que el municipio mediante su representante legal constituya empresas de economía mixta para la prestación de servicios públicos, cosa que no está mal, en tanto y en cuanto no interpretemos de una manera extensiva -la cual está prohibida en Derecho Público- ya que el término economía mixta significa que por

[8] Como ya mencionamos anteriormente la potestad discrecional está enmarcada en cuatro límites fundamentales, con el objeto de que haya una libertad de elección entre alternativas igualmente justas ya que la decisión se fundamenta normalmente extra jurídicos tales como de oportunidad o económicos

una parte el Estado con los recursos públicos se asocia con un privado para brindar un mejor servicio a más bajo costo y claro está, generando ganancias utilidades[9] que beneficia tanto al Estado como al inversionista.

No solo que la Ley Orgánica de Régimen Municipal no otorga potestades a las municipalidades para constituir Corporaciones y Fundaciones -para que presten servicios como privados huyendo así del Derecho Administrativo- sino que en su artículo 65 número 1 prohíbe que el Concejo delegue funcione privativas que están asignadas en la Constitución y la ley; también prohíbe, que los bienes o cualquier ingreso municipal sean destinados a objetos distintos a los servicios públicos o de los fines que estén destinados como los determina en su número siete, es decir, no pueden atribuirse recursos o bienes públicos a Corporaciones y Fundaciones ajenas, ya que éstos no son servicios públicos como lo determinaremos más adelante; por último prohíbe arrogarse funciones y tratar de decidir sobre materias, asuntos o problemas que le están expresamente atribuidos por la Constitución y la Ley, como en efecto ya lo demostramos.

No nos olvidemos un principio general de Derecho que determina que en derecho privado y en cuestión de garantías y derechos fundamentales, la interpretación que hagamos de la norma debe ser extensiva, mientras que en derecho público en virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad de la administración, la interpretación debe ser restrictiva, es

[9] En este sentido históricamente se ha entendido que las empresas mixtas y en especial las del Estado no tienen por que generar ganancias y utilidades, siendo esto un grave error, puesto que para brindar un optimo servicio público dichas empresas con sus ganancias deben reinvertir en mejorar el servicio para que les sea cada vez más rentable, y por otro lado para que con las utilidades el asociado privado obtenga los réditos de su inversión, y el Estado obtenga recursos para su redistribución posterior.

decir, de acuerdo a lo que la norma determina y nada más, como así lo recogen las normas ya citadas en concordancia con el artículo 119 de la Constitución Política de la República del Ecuador. El efecto jurídico que la misma Ley Orgánica de Régimen Municipal determina en su artículo 66, en caso de violarse lo ya determinado en este análisis, es la nulidad de lo actuado determinado que los concejales que hayan contribuido con sus votos para decidir, incurrirán en las responsabilidades legales pertinentes.

Por su parte la Ley Orgánica del Distrito Metropolitano de Quito en su artículo 3 determina: *"El Distrito Metropolitano de Quito se regula por las normas de esta Ley, pero en todo lo que no se oponga a ella, le son aplicables le son aplicables las disposiciones de la Ley de Régimen Municipal..."*, lo que simplifica nuestro análisis sólo al número 12 del artículo 8 de dicha ley que también puede generar dudas al momento de interpretarla y que determina funciones y deberes de Concejo Metropolitano: *"12. Resolver sobre la constitución de empresas públicas, la concesión de servicios públicos al sector privado, y la participación en otras empresas con el capital privado para la prestación de servicios, la ejecución o mantenimiento de obras y, en general, para las actividades económicas susceptibles de ejecutarse empresarialmente;"*.

Lo dicho en la norma legal citada corrobora lo ya mencionado en el análisis anterior en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en donde se determina muy claramente que el *status activae civitatis* que el municipio otorga a terceros, lo hace en razón de la entrega de la titularidad de la potestad por medio de la concesión; determinando que puede participar en otras empresas privadas para la prestación de servicios de ejecución o de mantenimiento de obras, es decir, la ley le otorga la potestad de constituirse en compañía de economía mixta para actividades económicas

susceptibles de ejecutarse empresarialmente[10]. De otro lado es importante señalar que de modo general el régimen seccional autónomo es titular de la potestad de crear o constituir empresas públicas, es por lo dicho, que no hay que confundir de ninguna manera que las Fundaciones o Corporaciones a las que hace referencia este trabajo, son empresas públicas puesto que las Corporaciones y Fundaciones en el Ecuador de acuerdo a su normativa legal son personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro así consagradas a partir del artículo 583 de nuestro Código Civil.

En consecuencia, ni la Constitución ni la Ley Orgánica de Régimen Municipal, ni la Ley Orgánica del Distrito Metropolitano de Quito, determinan ninguna potestad atribución, facultad o deber para que las municipalidades puedan constituir Fundaciones o Corporaciones que puedan prestar función alguna, menos aún servicios públicos de obra, ejecución de obra o mantenimiento. Pero si lo pudiera hacer, esto tendría que enmarcarse en el principio status *activae civitatis*.

3. Relación jurídico-administrativa.

En virtud del ejercicio de potestades públicas por parte de la administración pública, se establecen relaciones jurídico-administrativas entre el Estado, quien es el que tiene el poder imperio, y los administrados, quienes son titulares de derechos subjetivos, en ambos casos una situación *iubere licere*. Ahora bien, la relación jurídica entre el prestador del servicio público y el administrado (*status civitatis*) depende de quien presta el servicio público que puede ser directamente del Estado por una parte y por otra los particulares en dos

[10] No olvidemos que las personas jurídicas empresariales, son totalmente distintas a los Corporaciones o Fundaciones que en el Ecuador son sin fin de lucro.

situaciones: *status libertatis y status activae civitatis.*

En la primera relación jurídica en donde el Estado presta directamente el servicio público en virtud de las potestades atribuidas a un órgano u organismo del Estado evidentemente la relación subjetiva es de carácter administrativo, en donde, el Estado en función de su característica de imperio ejerce su potestad directamente sobre el administrado, exteriorizando su voluntad por medio de actos jurídicos públicos, a los cuales la doctrina administrativa los denomina actos administrativos, cuyas características especificas las regula la ley, y en virtud de las cuales, los derechos subjetivos de los administrados *status civitatis* son tutelados en virtud de la aplicación del derecho administrativo el cual regula las relaciones de poder que de un lado, son internas a la administración pública por medio de potestades, facultades, atribuciones, funciones o competencias; y de otro externas, es decir, cuando generan relaciones con las personas, generándoles derechos u obligaciones.

En la segunda relación jurídica, el Estado constituye un *status libertatis* y principalmente un *status activae civitatis* a terceros, en la que se evidencia el problema de la huida hacia el derecho privado, ya que el Estado a través de su administración pública, que en el caso específico es la administración pública municipal, trata, con la constitución de personas jurídicas de derecho privado, evitar esa relación directa administración pública-administrado, por medio de una relación jurídica de derecho civil, en la cual se dificulta el ejercicio del *status civitatis* del administrado; en otras palabras, el administrado en vez de acudir directamente a la administración pública amparado por las normas de derecho administrativo, lo tiene que hacer con la persona jurídica de derecho privado que presta el servicio público de manera general por medio de una acción civil, o en su defecto acudir

al órgano de control Estatal para que este obligue de manera indirecta al prestador del servicio público a cumplir eficientemente con el servicio, remediar y suspender la lesión a un derecho subjetivo; lo cual permite que dichas personas de derecho privado cometan abusos y arbitrariedades puesto que el administrado no tiene, en la actualidad, vías efectivas y eficaces de tutela de sus *status civitatis*, debido a una falta de previsión estatal en virtud de un vacío normativo.

Lo dicho no representa mucho problema cuando el Estado en función de su potestad prescrita por la Constitución en su artículo 249 otorga la titularidad de la potestad de la prestación de servicios públicos a terceros por medio de los mecanismos allí descritos como la concesión, asociación, traspaso del capital accionario entre otros, puesto que lo hace en virtud de mecanismos reglados que de una u otra manera vigila a actuación de los prestador del servicio en función de los derecho subjetivos de los administrados. El problema fundamental se suscita cuando dichas personas jurídicas de derecho privado y sin fines de lucro, constituidas directamente por la administración pública municipal, prestan directamente servicios públicos sin ostentar la titularidad de las potestades que ejercen ¿Cómo controla el Estado la prestación eficiente y eficaz del servicio? De otro lado si el servicio no es eficiente ni eficaz, en virtud de que reglas o normas podría hacerlas que las preste eficientemente o peor aún como podría retirar la titularidad de la potestad pública, si nunca le otorgó alguna.

En consecuencia no queda para nada caro la relación jurídica administrado-prestador del servicio público en virtud de lo expresado, puesto que dichas personas como FUNDACIÓN MALECON 2000, QUIPORT o CORPAQ no ostentan titularidad de potestades públicas, pero su integrante principal es el Estado, en donde los recursos que maneja son

públicos, entonces será que la relación jurídica será administrativa, o de carácter civil; o peor aún, si la prestación del servicio es ineficiente o ineficaz ¿cómo se procederá para hacerle cumplir, sancionarle o hacer que deje de prestar el servicio.

4. El servicio público.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano por otro lado, no define que es un servicio público, lo que nos trae algunos problemas al determinar las potestades de servicio público que el Estado puede titularizar en favor de terceros. Es así, que sin definirlos, el artículo 35 número 10 y 249 de la Constitución se determina de manera ejemplificativa cuales son lo servicios públicos que brinda el Estado, determinando como servicios públicos entre otros: salud, educación, justicia, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, telecomunicaciones, etc. En la ejemplificación que realiza nuestra Constitución se confunden los servicios públicos prestados en virtud de las potestades públicas, y las potestades que el Estado determina para los diferentes organismos que constituyen la administración pública y sus funciones.

Es así que en virtud del vacío jurídico que ya determinamos, nuestras autoridades muchas veces confunden lo que el servicio público engloba, generándose situaciones como las ya explicadas en este trabajo, en donde la administración pública del régimen seccional autónomo, y en especial de las municipalidades, transfieren las potestades de una manera antijurídica a personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, sin tener claro si estas potestades que ejercen dichas personas, las pueden prestar por ser servicios públicos o no.

4.1. La noción de servicio público.

El fin fundamental de Estado, sin duda es el bien común de las personas, esto se manifiesta a través del interés público, en donde la administración pública aparece como titular de dicha actividad fundamental y consagrada en nuestro Código Político en su artículo 249 y que consiste en proporcionar bienes y servicios a los administrados. Este tipo de actividad estatal rompe el esquema que antiguamente muchos Estados tenían, y que era el Estado abstencionista en donde su única misión era la de asegurar el orden público mediante una función de policía, dejando la satisfacción de las necesidades de la colectividad al libre juego de las fuerzas sociales.

Posteriormente, el Estado evoluciona de este sistema abstencionista, asumiendo por parte de la administración pública los llamados servicios asistenciales y sociales, en donde se garantizan los derechos de los administrados a la conservación de la vida, salud, desarrollo de la personalidad, seguridad social, sanidad y educación; por parte del Estado, asegurando así el interés colectivo que en fin de cuentas se traduce en bien común de la sociedad, sin dejar de lado que no solo el Estado está llamado a prestarlos, sino que también puede hacerlo en virtud de la titularización a terceros otorgándoles un status activae civitatis, generando así no solo relaciones jurídico-administrativas, sino también relaciones jurídico-privadas.

La llamada escuela realista -que nace de la escuela francesa, y cuyo fundador es LEÓN DUGUIT- propone un concepto amplio de servicio público determinando que toda actuación administrativa deviene así en una actuación de servicio público[11].

[11] F. GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, 11va ed., vol. II, Madrid, 2002, p. 386.

Después G. JÉZE continúa la escuela con una visión con una visión unilateral, poniendo el acento sobre el procedimiento jurídico especial por que se rige la gestión de los servicios públicos, es decir, el procedimiento del servicio público y su régimen jurídico-administrativo.[12] En consecuencia surge así el servicio público como la justificación teleológica del poder, lo que del lado de su legitimación no deja de tener una importancia fundamental.[13]

En consecuencia, basta decir, que la doctrina al tratar de solucionar el problema que representa definir, conceptuar y caracterizar al servicio público, de una manera objetiva examina las concreciones en que el interés público puede manifestarse, esto es: 1) asegurar la continuación en la satisfacción de un interés social; 2) la uniformidad de su prestación, es decir, la igualdad de tratamiento de los administrados; 3) Garantizar ciertos actos ante la confianza pública, o hacer posible finalmente su gratuidad. El servicio público en fin de cuentas viene a sistematizar aquella parte de la actuación administrativa que se concreta en prestaciones ofrecidas al público por la administración a través de una organización montada por razones de interés público, sin comprometer las explotaciones que el Estado conserva en sus manos única y exclusivamente por motivos fiscales, sin prejuzgar el carácter público o privado del régimen jurídico al que está sometida esta actuación administrativa.[14] Una vez claros con la definición y caracterización del servicio público, es importante ahora, determinar los modos de gestión que los servicios públicos

[12] G. JÉZE, Los Principios Generales del Derecho Administrativo, trad. esp., vol. II, Buenos Aires, 1949, p. 4.

[13] Es importante mencionar que GARCÍA OVIEDO con respecto al tema señala que el servicio público evoca la idea de una actuación especial de derecho para satisfacer las necesidades públicas. Por eso, para este autor, la existencia de un régimen jurídico especial es nota determinante de los servicios privados (Derecho Administrativo, 7ma ed., revisada por MARTÍNEZ USEROS, Murcia, 1959, p. 315).

[14] F. GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, op. cit., p. 389

implica, para que de este modo podamos tener suficientemente claro el panorama sobre el problema motivo de nuestro análisis.

4.2. Modos de gestión de los servicios públicos.

Ante la nueva expansión del derecho administrativo, se plantea el problema de los modos de gestión del servicio público, es así, que el motivo principal de este trabajo, a más de analizar la posibilidad o no de que en el Ecuador se pueda jurídicamente contar con algunos modos de gestión, es necesario plantear el tema para que los órganos del poder público realicen los cambios jurídicos necesarios, y no caer en situaciones antijurídicas como las que suceden en la actualidad y que quedan demostrados en el análisis del presente ensayo.

4.2.1. Formas de gestión directa.

La gestión directa en principio es aplicable a los servicios asistenciales como a los servicios económicos, dicha forma de gestión por parte del Estado ecuatoriano, y de su normativa administrativa, se la ha venido desempeñando de dos maneras bien diferenciadas. La primera es la gestión indiferenciada sin órgano especial, que es la actividad de prestación de la administración pública a través de órganos ordinarios que constituyen la burocracia administrativa y que el derecho administrativo clásico francés la bautizó con el nombre de explotación en *régie*.[15]

Por otro lado tenemos el servicio público personificado, que doctrinariamente la vemos en relaciones entre el Estado y las entidades territoriales menores, en un afán claro de

[15] Op. cit., p. 406

materializar esa tendencia descentralizadora que hoy en día está en plena vigencia. Dicho servicio público personificado, actualmente lo encontramos, con base el artículo 118 número 6 de la Constitución Política de la República del Ecuador,[16] en donde otorga potestad de base constitucional a la administración pública del régimen seccional autónomo para que preste directamente el servicio público en virtud de la personificación de un ente del Estado.

Ahora bien, la doctrina determina, como así sucede en España, que la prestación directa de servicios públicos por parte del Estado también se la puede realizar en forma de sociedad privada. Esto es, como un correctivo a la absorbente extensión de la actividad administrativa; es decir, la administración adopta una figura jurídico privada para poder actuar ya que la sociedad privada prestadora del servicio público es de propiedad del Estado[17]. De lo dicho queda claramente establecido que doctrinariamente, y en el derecho comparado, si cabe la posibilidad de que una sociedad privada preste servicios públicos de forma directa a nombre del Estado, claro está, en función de las potestades otorgadas por la Constitución y la Ley. Así en España, por ejemplo, la potestad para la creación de dichas personas jurídicas privadas, está recogida en el artículo 6.3 de la Ley General Presupuestaria, lo que a la luz de lo analizado en este trabajo, en el Ecuador no existe y no puede existir, ya que ni la Constitución, ni la ley otorga potestad a la administración pública para crear dichas personas jurídicas de carácter privado con recursos públicos.

[16] El artículo 118 de la Constitución Política de la República del Ecuador: "Son Instituciones del Estado: 6) Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos."

[17] En este sentido cabe señalar la opinión en contraria, y que compartimos cabalmente de CLAVERO ARÉVALO (en Municipalización y provincialización de servicios de la nueva Ley de Régimen local, Madrid, 1952, p.130) para quien es una contradicción hablar de gestión directa cuando estas formas dan lugar a una personalidad jurídica distinta a la administración pública local.

5. Los órganos de control.

Una de las situaciones más relevantes de la apostasía del derecho administrativo es efectivamente el controlar a dichas personas que tienen un status activae civitatis, es decir, a aquellas personas que con justo titulo, ejercen servicios públicos derivados de potestades estatales. El tema no es muy complicado cuando dichas personas en virtud del título que el Estado les otorga, puesto que, la normativa por lo que fueron adjudicadas con el título, determina claramente como controlar el servicio que dichas personas prestan.

Por otro lado cuando se trata de potestades públicas ejercidas directamente por el Estado, el mismo Estado en virtud de su administración pública contralora, es la que determina el correcto uso de sus recursos. El problema fundamental se centra cuando dichas personas jurídicas de derecho privado tales como Corporaciones y Fundaciones son manejadas con recursos públicos, y su control se limita básicamente al que el derecho privado le impone, es decir, sus actuaciones no pueden ser controladas en virtud de las normas del derecho público. Es así, que la Constitución Política de la República del Ecuador determina en su artículo 222:

"Las superintendencias serán órganos técnicos con autonomía administrativa, económica y financiera y personería jurídica de derecho público, encargados de controlar instituciones públicas y privadas, a fin de que las actividades económicas y los servicios que presten se sujeten a la ley y atiendan al interés general.

La ley determinará las áreas de actividad que requieran de control y vigilancia, y el ámbito de acción de cada superintendencia."

Ahora bien, si los servicios públicos prestados fueran en virtud de una gestión directa del Estado, los órganos que controlen dicha prestación de servicios no sólo lo harían en función del manejo de los recursos públicos, sino también en función de la gestión[18], que dicho ente u organismo, realiza. El problema como ya quedó enunciado, se da cuando el Estado a través de su administración pública municipal constituye estas personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, en donde si bien se fiscalizan la utilización de los recurso públicos, a sus directivos, por parte de la Contraloría General del Estado, no se lo hace en función de entidad pública, es más, los órganos de control tradicionales del Estado no pueden realizar una fiscalización al interior de la persona jurídica de derecho privado, ya que por su naturaleza jurídica, esta se rige por su autonomía de la voluntad, lo que no sucede en un ente de derecho público.

El único órgano propio de control de dichas personas de derecho privado, aunque con dudas, puede ser la Superintendecia de Compañías, que realiza un control en función de los objetivos y la actividad que la persona realiza, más no en función de cómo lo hacen, es decir, la Superintendencia no puede fiscalizar los negocios jurídicos que realizan dichas personas puesto que eso se encuentra dentro de su autonomía de la voluntad, siempre y cuando no afecten a derecho de terceros.

III. Colofón.

1. Las potestades públicas cuyo titular es el Estado, generan relaciones jurídico administrativas no solo con los administrados, sino con terceros que al amparo del artículo 249 de nuestra Constitución en donde no solo el Estado, sino

[18] Así lo hace la Contraloría General del Estado en su fiscalización a los organismos del sector público.

también terceros pueden prestar servicios públicos que ostentan un status activae civitatis en donde para poder prestarlos, el Estado otorga dicho status en función de una forma de gestión indirecta determinada en dicho artículo 249;

2. También determinamos claramente que el Estado no otorga la titularidad de las potestades de servicio público en función de una delegación, como lo determina de una manera equivocada dicho artículo 249, puesto que, una de las características ineludibles de la potestad es que no se la puede delegar, llegando a determinar, que la norma lo que quiere decir es simplemente que los servicios públicos allí descritos pueden ser prestados por formas de gestión directa, indirecta o mixta; mediante el otorgamiento de la titularidad de la potestad al prestador del servicio indirecto;

3. El otorgamiento de la titularidad de la potestad de servicio público a terceros se lo debe realizar en virtud de los mecanismos estipulados en la ley ya sea por ejemplo la concesión, en donde, el Estado en virtud del procedimiento establecido en la ley, escoge a la persona que puede prestar de mejor manera el servicio en función de su potestad discrecional en donde se genera una libertad de elección entre alternativas igualmente justas ya que la decisión se fundamenta normalmente extra jurídicos tales como de oportunidad o económicos;

4. En tal virtud, es claro que nunca hubo un procedimiento de convocatoria ni de elección de la administración pública, en especial de la del Régimen Municipal, para la prestación de servicios públicos en donde justificadamente -y no arbitrariamente- se le haya otorgado la titularidad las potestades de la prestación de servicios públicos a personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, con recursos públicos, tales como la FUNDACIÓN MALECÓN 200,

QUIPORT, CORPAQ, entre otras;

5. En consecuencia, ya visto que dichas personas de derecho privado no ostentan justo titulo, concedido por parte de la administración pública, para la prestación de la potestad de servicio público, está claro que tampoco la administración pública como la de Régimen Municipal tiene la potestad, función, facultad, atribución o deber de formar o constituir personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro para la prestación de servicios públicos propios de su ejercicio;

6. Por otro lado, tampoco tenemos claro lo que el servicio público engloba, puesto que, en nuestro sistema normativo no se lo define, ni se lo caracteriza, teniendo que solucionar el tema en virtud de la interpretación mala o buena que el juez en el caso concreto lo determine. Es por lo dicho, que en virtud de este vacío normativo, se puede caer en un error al momento de otorgar títulos para el ejercicio de potestades de servicio público por parte de terceros, ya que una vez más no tenemos claro, desde el punto de vista del sistema normativo ecuatoriano, lo que engloba el servicio público;

7. Los órganos de control por su lado no pueden ejercer planamente su función ya que no está claro que papel, ni rol desempeñan dichas personas jurídicas de derecho privado constituidas con recursos públicos;

8. Dichas personas jurídicas de derecho privado sin fin de lucro, creadas por las municipalidades para la prestación de servicios públicos, en virtud de lo explicado a lo largo de este ensayo, a más de ser totalmente inconstitucionales, son antijurídicas. Evidentemente no por que sean un invento o un híbrido ecuatoriano, ya que en el derecho comparado si se las puede encontrar; sino porque, no se ajustan a nuestro sistema jurídico de derecho público en donde las actuaciones

de sus organismos y funcionarios tienen que estar acorde a lo que determina la Constitución y la ley, lo que no sucede en el Ecuador ya que existe un problema de vacío normativo, de interpretación errónea de la norma, y de antinomias normativas, en lo referente al problema planteado.

IV. Bibliografía.

1. Bascuñán Rodríguez, Antonio. "El Principio de la Distribución de Competencia como criterio de Solución de Conflictos de Normas Jurídicas", en Revista Chilena de Derecho, número especial, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998.
2. Bobbio, Norberto. "Teoría General del Derecho". Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1997.
3. Borja y Borja, Ramiro. "Teoría General del Derecho Administrativo", 2ª ed., Quito. Pudeleco. 1995.
4. Díez, Manuel María. "Derecho Administrativo", II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965.
5. Dormí, Roberto, "Derecho Administrativo". Editorial Ciencia y Cultura. Argentina. 2001.
6. Dormí, Roberto, "El Procedimiento Administrativo". Editorial Ciencia y Cultura. Argentina. 1999.
7. Escuin Palop, Vicente. "Elementos de Derecho Público", 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1999.
8. Escola, Héctor Jorge. "El Interés Público: como fundamento del Derecho Administrativo", Buenos Aires, Desalma, 1989.
9. García de Enterria, Eduardo; Fernández, Tomas Ramón. "Curso de Derecho Administrativo" Tomo I y II. Editorial Civitas. Décima edición. Madrid. 2001.
10. García Oviedo. "Derecho Administrativo". 7ma ed. Revisada por MARTÍNEZ USEROS. Murcia. 1959.

11. García-Trevijano Fos, José Antonio. "Los Actos Administrativos", 2ª ed., Madrid, Civitas, 1991.
12. Garrido Falla, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo", 6ta ed., Volumen I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973.
13. Granja Galindo, Nicolás. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Quito, Editorial Universitaria, 1992.
14. Jaramillo Ordóñez, Herman. "La Justicia Administrativa", Loja, s.e., 2003.
15. Jellinek. "Sistema dei ditrittipubblici subbietivi". Trad. Italiana. 1912.
16. Jéze, G. "Los Principios Generales del Derecho Administrativo". Trad. Esp. Vol. II, Buenos Aires. 1949.
17. Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho", decimoséptima ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1981.
18. Mouchet, Carlos. "Introducción al Derecho". Editorial Perrot. Duodécima edición. Buenos Aires.
19. Nino, Carlos Santiago. "Introducción al Análisis del Derecho". Editorial Ariel. 8va edición. Buenos Aires. 1997.
20. Pérez Royo, Javier. "Curso de Derecho Constitucional". Editorial Marcial Pons. Séptima edición. Madrid. 2000.
21. Romano, Santi. "Corso di Diritto administrativo". 3ra ed. Italia. 1937.
22. Secaira Durango, Patricio. "Teoría General del Derecho Administrativo", Quito, texto inédito, 2003.

Las juntas parroquiales y participación ciudadana

Pamela Francisca Sánchez del Hierro

Antecedentes

Para desarrollar el contexto histórico que rodea a las juntas parroquiales debe tomarse en cuenta que estos organismos seccionales están estrechamente ligados con la evolución del municipio, el cual fue la primera institución de administración territorial establecida por los españoles a su llegada a América. Es también importante mencionar que las juntas son tratadas de diferente manera en la historia ecuatoriana que en la española y que su nacimiento se origina precisamente en España en la Edad Moderna. Como se podrá constatar a lo largo de este ensayo, las instituciones españolas no han variado mucho en nuestra historia, sino que las hemos adaptado sin mayores cambios.

El nacimiento de las juntas tiene lugar en España durante la Edad Moderna. Las juntas constituyeron asambleas reducidas especializadas que surgieron de forma paralela al sistema de consejos de la monarquía hispánica. Se componían ordinariamente con miembros de dos o más consejos. Según su función, eran creadas por un periodo de tiempo limitado o con carácter permanente. Las primeras juntas aparecieron en el siglo XVI con el objeto de superar la lentitud propia del sistema de consejos y agilizar la toma de decisiones. En otros casos, la aparición de una junta respondía a la necesidad de atender, específicamente, a un determinado sector de la administración. En el siglo XVII, su creación respondió más bien al deseo de los primeros ministros de contar con asambleas propicias que sean más fáciles de manejar que los consejos; sin embargo, la mayoría de ellas no se consolidó.

Cuando los españoles llegaron a territorios del antiguo Reino de Quito, fundaron sus ciudades bajo el modelo urbano de la metrópoli, lo que dio lugar al nacimiento de los municipios.

Éstos representaron no solo la urbanización de la ciudad y el registro de sus pobladores, sino también el reconocimiento y la legitimación de la comunidad. El concejo, como cuerpo colegiado, asumió la representación de la comunidad con funciones múltiples en el gobierno y administración local, tales como: dictar ordenanzas, acuerdos o resoluciones y regular la prestación de los servicios públicos y la satisfacción de necesidades colectivas[1].

Con la creación del Estado ecuatoriano en 1830 no se producen cambios radicales, sino pequeñas variaciones respecto a las instituciones ya establecidas por los españoles. Los municipios se mantienen como únicos organismos seccionales, con todos sus elementos y funciones básicas instituidas desde la Colonia. Su gestión se concentra en el sector urbano; por lo tanto, la gestión en el área rural, considerada un mundo aparte, queda rezagada de cualquier obra pública o servicio comunal. La acción municipal es restringida debido a problemas de tipo financiero y por aspectos de carácter geopolítico. Los ingresos patrimoniales son deficitarios en razón de la poca disponibilidad de bienes municipales sujetos al dominio privado y de las fuentes escasas de tributación. Influye negativamente, además, la división territorial del Estado -en provincias, cantones y parroquias-, los accidentes naturales que lo separan en regiones -costa, sierra, oriente-, la falta de medios de comunicación y la carencia de programas de vialidad que provoca el aislamiento y obstaculiza la integración de los municipios.

Entre los años 1900 a 1945 se plantea la participación de los municipios en el proceso de desarrollo de los pueblos y se atribuye al hombre su verdadera dimensión como integrante de la sociedad con el objetivo de que todos los ecuatorianos puedan participar en igualdad de condiciones y oportunidades. Esta etapa coincide con la captación del poder por el liberalismo y su proyección política. Se establece que las entidades seccionales deben brindar su esfuerzo permanente

[1] Álvaro, Pérez, "Los organismos seccionales en la economía del Ecuador de 1830 a 1980", Libro del sesquicentenario, IV Economía, Ecuador: 1830-1980, Segunda Parte, Corporación Editora Nacional, 1983, pág. 271.

para la consecución del bien común, pero ya no en los esquemas tradicionales con criterio puramente doméstico, que concentra su acción en la ciudad con desmedro del sector rural que permanece estancado.

Los municipios operan sobre la base de una autonomía plena que comprende lo administrativo, lo económico y lo funcional, dentro del marco de la ley. No obstante, las limitaciones económicas o financieras de los municipios siguen siendo obstáculos permanentes que imposibilitan dinamizar los servicios públicos y cubrir las necesidades que la población demanda, más aún, cuando muchas ciudades comienzan a crecer en forma descontrolada.

La Ley de Régimen Municipal de 1928 reconoce, por primera vez, a las juntas parroquiales como organismos seccionales, pero sus funciones no estaban claramente determinadas y algunas se superponían con las del municipio.

A partir del año 1945 hasta la Constitución de 1998, en el Ecuador se conservaron dos tipos de organismos seccionales: los consejos provinciales, con jurisdicción en cada provincia, y los municipios, con jurisdicción en cada cantón. "Mientras tanto, las juntas parroquiales, que en un momento se instituyeron como organismos seccionales, en este período tienen vida efímera, puesto que están contempladas únicamente en la Constitución de 1945 como consejos provinciales y, en la Constitución de 1967, con su nombre original"[2]. Un hecho singular de la Constitución de 1967 constituye la asignación de rentas básicas que se hacen a favor de las provincias, municipios y parroquias y el establecimiento de que ninguna ley posterior puede privarles de tales asignaciones.

Un tratamiento más extenso de los organismos seccionales se desarrolla en la Constitución de 1998, vigente actualmente, la cual ratifica la existencia de los consejos provinciales y los concejos municipales como gobiernos seccionales autónomos, pero se añaden con tal calidad a las juntas parroquiales

[2] Álvaro, Pérez, ob.cit., pág. 277.

así como a los organismos que determine la ley para la administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas. Esta Constitución refleja también el interés de fijar competencias definidas a los organismos seccionales autónomos, de modo que no se superpongan unas con otras ni se dupliquen.

La Constitución de 1998 integró a las parroquias en la organización territorial del Estado, aunque únicamente las parroquias rurales cuentan con juntas parroquiales escogidas por votación popular y directa. Las parroquias urbanas no gozan de una autoridad representativa y están bajo la autoridad y representación de los cantones. Los problemas de las parroquias rurales consisten en la evasión de responsabilidades por parte de los municipios, la fragmentación por los conflictos internos derivados de las pugnas electorales entre los vecinos de una misma parroquia y los riesgos de captura del poder por parte de las élites económicas rurales[3].

De las funciones desempeñadas por los organismos seccionales se desprende que éstos tienen una participación directa en la vida de los pueblos y en el desarrollo de la economía nacional, porque al realizar cualquier obra pública o al prestar servicios de la misma naturaleza, se entiende que de alguna manera están realizando actividades con incidencia económica. Su finalidad es la satisfacción de las necesidades colectivas que, en última instancia, se reduce al bien común.

Los gobiernos seccionales, al ser los entes que administran sus propios recursos y que realizan actividades delegadas por el Estado, tienen la responsabilidad con sus ciudadanos de actuar de acuerdo al orden establecido. El problema actual es que los municipios y consejos provinciales -por largo tiempo reconocidos como tales pierden o devuelven responsabilidades, porque no se sienten con la capacidad operativa y económica de cumplir con esas obligaciones. Esto se debe, en su gran mayoría, a la falta de iniciativa de las municipalidades que, en periodos de abundancia fiscal, se vuelven dependientes del

[3] Andrés, Páez, "Jurisprudencia del régimen seccional", Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, pág. 26.

Estado y no asumen el papel que tienen como representantes de los intereses de los ciudadanos de su circunscripción.
Álvaro Pérez Intriago, en su artículo "Los organismos seccionales en la economía del Ecuador de 1830 a 1980", define a los organismos seccionales como entidades públicas con competencia local, reconocidas como sociedades políticas menores y autónomas. Tienen personería y capacidad para actuar de modo permanente dentro de una jurisdicción determinada por la división territorial del Estado en provincias, cantones y parroquias. Están sujetas a un orden jurídico que regula sus fines y objetivos, los recursos para alcanzarlos, su estructura orgánica y su forma de administración. La tarea principal de los gobiernos seccionales radica en la prestación de servicios públicos y en la satisfacción de las necesidades de la comunidad, al desempeñar al mismo tiempo una función subsidiaria del Estado en la consecución del bien común[4].

Naturaleza jurídica de las juntas parroquiales

La junta parroquial representa la creación de una forma de organización que ocupa un lugar particularmente importante en la relación entre Estado y sociedad civil. Constituye un mecanismo de consulta y comunicación permanente entre todos los ciudadanos, sus organizaciones sociales y los órganos de gobierno más próximos. Su naturaleza jurídica, considerada de manera inconexa en algunas leyes, conduce a confusiones que pueden aclararse a través del estudio histórico de las mismas. La Ley Orgánica de Régimen Municipal señala que las juntas parroquiales son organismos auxiliares del gobierno y administración municipales, mientras que la Constitución Política estipula que los gobiernos seccionales autónomos son ejercidos, entre otros entes, por las juntas parroquiales.
De lo anotado pueden inferirse entonces las contradicciones legales acerca de las juntas parroquiales, ya que cada ley la define de una manera distinta.

[4]Álvaro Pérez, ob.cit., pág. 269.

La única explicación para tal confusión es la fecha de expedición de cada una de las leyes. La Ley de Régimen Municipal entró en vigencia en 1973 y fue declarada Ley Orgánica en el 2001. La Constitución Política fue reformada por última vez en 1998. Esta falta de depuración en el ordenamiento jurídico puede causar graves problemas al momento de otorgar atribuciones a ciertos entes estatales. Como puede apreciarse, no han existido reformas que unifiquen la naturaleza de las juntas parroquiales. No obstante, debido al principio de jerarquía consagrado en la misma Constitución Política, prevalecen los preceptos constitucionales que otorgan a la junta parroquial la calidad de ente seccional autónomo y cuyas funciones deben ser desarrolladas en la ley. Al respecto, en el Ecuador contamos con una Ley Orgánica que trata concretamente a las juntas parroquiales rurales y detalla las atribuciones de mismas.

Es importante dejar claro que las juntas parroquiales son gobiernos seccionales, declarados como tales a partir de la Constitución de 1998, cuyas funciones y fines están normados en la Ley Orgánica mencionada y que la distribución de sus competencias se ha realizado sobre la base de su naturaleza jurídica, ya que el Estado puede delegarle ciertas funciones mientras demuestre que esté en capacidad de cumplirlas.

En la legislación colombiana existe un organismo, denominado "junta de acción comunal" que, por su naturaleza, puede asemejarse a las juntas parroquiales. El mismo está regulado en la Ley 743 de 2000 que define claramente a la acción comunal como una expresión social organizada, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad. Las juntas de acción comunal son organismos de acción comunal de primer grado que la ley las define como organizaciones cívicas, sociales y comunitarias de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integradas voluntariamente por los residentes de un lugar que suman esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y

sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa. Las juntas de acción comunal pueden agruparse en asociaciones -organismos de acción comunal de segundo grado-, federaciones -organismos de acción comunal de tercer grado- y, por último, en una confederación nacional - orgaanismo de acción comunal de cuarto grado-, que tienen la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal.

Funciones

La Ley Orgánica de Régimen Municipal contempla a las juntas parroquiales como entes auxiliares a los municipios, creadas con el objeto de descentralizar la administración municipal, promover la participación ciudadana y la mejor prestación de servicios públicos locales. Sus atribuciones, delegadas por el órgano de gobierno municipal, pueden tener carácter de gestión, consultivo o de evaluación. Esta delegación debe realizarse considerando los siguientes puntos: la naturaleza de las funciones específicas, el órgano supervisor de la administración municipal, recursos materiales y humanos asignados y los demás establecidos en leyes especiales, según sea el caso.
Por otro lado, la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales reconoce la condición de gobiernos seccionales autónomos y sienta los principios y normas generales que regulan el funcionamiento de las juntas parroquiales rurales. Esta Ley especifica las funciones y atribuciones sin tomar en cuenta los elementos básicos -humano, territorial, económico- ni los otros cuerpos legales de la legislación ecuatoriana. Por lo tanto, se evidencia la falta de conexión legal en lo que respecta al ámbito parroquial, lo que puede dar lugar a confusiones entre las atribuciones asignadas a las juntas parroquiales y las funciones determinadas para los otros gobiernos seccionales.
Colombia fija objetivos de los organismos de acción comunal sobre la base de los cuales son distribuidas sus funciones y responsabilidades. Sus objetivos principales son:

- Promover y fortalecer el sentido de pertenencia del vecino frente a su comunidad a través del ejercicio de la democracia participativa.
- Planificar el desarrollo integral y sostenible de la comunidad.
- Establecer los canales de comunicación necesarios para el desarrollo de sus actividades.
- Generar procesos comunitarios autónomos de identificación, formulación, ejecución, administración y evaluación de planes, programas y proyectos de desarrollo comunitario.
- Lograr que la comunidad esté permanentemente informada sobre el desarrollo de los hechos, políticas, programas y servicios del Estado y de las entidades que incidan en su bienestar y desarrollo.
- Promover y ejercitar las acciones ciudadanas y de cumplimiento, como mecanismos previstos por la Constitución y la ley, para el respeto de los derechos de los asociados.
- Generar y promover procesos de organización y mecanismos de interacción con las diferentes expresiones de la sociedad civil, en procura del cumplimiento de los objetivos de la acción comunal.
- Procurar una mayor cobertura y calidad en los servicios públicos, buscar el acceso de la comunidad a la seguridad social y generar una mejor calidad de vida en su jurisdicción.

Además se puntualizan los principios básicos que deben regir a los organismos de acción comunal:

- Principio de democracia: participación en las deliberaciones y decisiones.
- Principio de la autonomía: facultad para participar en la planeación, decisión, fiscalización y control de la gestión pública.
- Principio de libertad: independencia de afiliación y retiro de sus miembros.
- Principio de igualdad y respeto: igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades en la gestión y beneficios

alcanzados. Ausencia de cualquier discriminación por razones políticas, religiosas, sociales, de género o étnicas.
- Principio de la prevalencia del interés común: predominio del interés común frente al interés particular.
- Principio de la buena fe: se presume en todas las gestiones que las autoridades comunitarias realicen.
- Principio de solidaridad: el concepto de ayuda mutua como fundamento de la solidaridad se aplica siempre tanto individual como colectivamente.
- Principio de la capacitación: la capacitación y formación integral de sus miembros es el eje orientador de sus actividades.
- Principio de la organización: respeto, acatamiento y fortalecimiento de la estructura de acción comunal.
- Principio de la participación: consiste en información, consulta, decisión, gestión, ejecución, seguimiento y evaaluación de sus actos internos[5].

Al establecer objetivos generales y principios por los cuales obligatoriamente deben manejarse los organismos de acción comunal, se está conformando el marco jurídico general, el cual no puede sobrepasarse. De esta forma, se institucionaliza y conforma un gobierno seccional que defienda los intereses comunitarios y promueva efectivamente la democracia participativa.

Para el análisis de las funciones de las juntas parroquiales contempladas en nuestro ordenamiento jurídico se ha tomado como referencia las atribuciones comunes establecidas en los diferentes cuerpos normativos que forman parte del mismo.

Manejo de recursos

Por lo general, los organismos seccionales obtienen sus recursos de las transferencias fiscales, lo que genera una gran dependencia financiera con respecto al Estado. Esta situación contrasta con la autonomía política que gozan dichos entes.

[5] Ley 743 de 2000, Diario Oficial No. 44.826, por la cual se desarrolla el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal.

En el caso ecuatoriano, según la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales (LOJPR), la junta parroquial gestiona ante los organismos del Estado la transferencia oportuna de los recursos económicos que, por ley, le corresponde a la parroquia para la ejecución de obras públicas y prestación de servicios presupuestados en coordinación con los consejos provinciales y los concejos municipales de la respectiva circunscripción territorial. Además, demanda de los otros gobiernos seccionales la ejecución oportuna de las obras constantes en el plan anual de desarrollo parroquial debidamente presupuestado.

Tanto en la Ley de Régimen Provincial (LRP) como en la Ley Orgánica de Régimen Municipal (LORM), no se encuentra ningún precepto que determine la coordinación entre municipios, consejos provinciales y juntas parroquiales para la gestión de transferencia de recursos y, pero aún, para la coordinación y ejecución de obras necesarias para la comunidad parroquial. En tal razón, esta atribución es letra muerta en la práctica.

Los ingresos de la junta parroquial son de dos clases: tributarios y no tributarios. Los tributarios le corresponden legalmente en la participación de impuestos provinciales, municipales o fiscales o en la participación de tasas por servicios. Si hubiese transferencia de recursos públicos a favor de las juntas parroquiales por efecto de la expedición de ordenanzas de concejos municipales o consejos provinciales, estos recursos deberían ser recaudados y administrados directamente por la junta parroquial. Los no tributarios constituyen asignaciones constantes en el Presupuesto General del Estado, herencias, legados, donaciones y otros obtenidos por autogestión.

En este proceso para el manejo autónomo de recursos es muy importante contar con la participación ciudadana para que controle el gasto público y, así, lograr una mejor calidad del mismo. "La descentralización fiscal, más que autonomías, consagraría la posibilidad de que la población controle y exija rendición de cuentas de la gestión política"[6].

[6] Diego Peña Carrasco, "Ecuador, descentralización y participación ciudadana", Foro Procesos de descentralización en la Comunidad Andina, FLACSO-OEA-Parlamento Andino, Quito, 2003, pág. 334.

En el Ecuador, la teoría difiere de la práctica, puesto que la junta parroquial tiene el derecho constitucional de recibir su asignación sin depender de terceros. No obstante, las juntas son receptoras de recursos y auxilios intermediados por los jefes políticos locales y regionales. Estos dineros son invertidos en obras que satisfacen parcialmente las necesidades de las respectivas comunidades. Los insuficientes recursos estatales son complementados con recursos que consigue la comunidad en otras fuentes y con trabajo de sus miembros, quienes aportan gratuitamente su mano de obra. Deberían adoptarse esquemas empresariales en la gestión local con la finalidad de reducir la dependencia del presupuesto estatal.

El patrimonio de los organismos de acción comunal -estipulados en la legislación de Colombia- está constituido por todos los bienes que ingresen legalmente por concepto de contribuciones, aportes, donaciones y las que provengan de cualquier actividad u operación lícitas que ellos realicen. Éste no pertenece, ni en todo ni en parte, a ninguno de los afiliados. Su uso, usufructo y destino se acuerda colectivamente en los organismos comunales de conformidad con sus estatutos. Para la legislación colombiana es preciso, además, otorgar a las juntas de acción comunal la facultad de constituir empresas o proyectos rentables con el fin de financiar sus programas en beneficio de su comunidad. En este caso la representación legal la ejerce el presidente del organismo. De esta manera, se otorga la posibilidad de conseguir recursos externos para la realización de obras prioritarias a través de relaciones jurídicas con personas privadas, lo que da como resultado una mayor libertad e independencia para el manejo de recursos.

Planificación

El proceso de planificación en las juntas parroquiales obliga a que los diversos actores sociales institucionales, como los consejos provinciales y municipios, se involucren en una planificación realista y práctica con las juntas parroquiales y consideren la escasa disponibilidad de recursos. Por esta

razón, la junta parroquial coordina la planificación, presupuesto y ejecución de políticas, programas y proyectos de desarrollo de la parroquia con los concejos municipales, consejos provinciales y demás organismos del Estado. Adicionalmente, debe promover y proteger la participación ciudadana en actividades que se emprendan para el progreso de su circunscripción territorial.

Anualmente formula el plan de desarrollo parroquial que debe contar con estudios técnicos y económicos. En su elaboración deben considerarse los siguientes factores: población, necesidades básicas insatisfechas, potencialidades, equidad de género, diversidad étnica y cultural y las prioridades establecidas por la asamblea parroquial. En la formulación de los planes parroquiales pueden participar todos los ciudadanos domiciliados en la parroquia en goce de sus derechos civiles y políticos. Para garantizar esta participación, el presidente de la junta parroquial convoca a todos los ciudadanos domiciliados en la parroquia a una asamblea parroquial, en la cual se requiere llegar a un acuerdo acerca de las necesidades primordiales de la parroquia que deben ser el objeto de los proyectos de desaarrollo.

Es importante diferenciar en este punto el plan de desarrollo parroquial del plan anual parroquial. El primero es un instrumento que tiene por finalidad la identificación de los problemas y necesidades de la parroquia, sus causas y la determinación de prioridades. Ubica, en primer plano, al desarrollo tangible, a mediano y largo plazo, que se logra a través de una construcción colectiva, al anticipar acciones y medidas que requieren ejecución prioritaria, sin dejar de lado las exigencias presupuestarias. Como resultado, identifica los principales objetivos, las líneas de acción, la visión y vocación parroquial en el contexto cantonal y provincial. En cambio, el plan anual parroquial es concebido como la descomposición del plan de desarrollo en acciones, actividades y proyectos ejecutables, total o parcialmente, en el periodo de un año. Así, las soluciones y acciones inmediatas se complementan con los problemas previamente identificados. En efecto, el plan anual

parroquial tiene como objetivo identificar los problemas priorizados, las soluciones para un año, la ubicación y los beneficiarios, los actores locales responsables y el tipo de apoyo, el presupuesto y el cronograma de actividades[7].

Lamentablemente, la LRP únicamente contempla disposiciones tendientes a la cooperación y coordinación de las acciones provinciales y municipales para fines de progreso común, sin dar importancia a las juntas parroquiales -ente más próximo a la comunidad-, que le podrían dar una visión más exacta del contexto social del cantón y de la parroquia. Esta Ley otorga, como atribución a los consejos provinciales, la promoción de convenios solamente con los municipios para llevar a cabo conjuntamente obras de interés común.

Por otro lado, en la LORM no existe precepto alguno referente a la planificación conjunta con las juntas parroquiales de su plan anual de desarrollo, sino que exclusivamente establece políticas de cooperación con otros organismos del Estado para la organización y ejecución de obras comunitarias. No se encuentra desarrollada la forma de colaboración para la ejecución de la obras entre los diferentes seccionales.

Actualmente, las juntas parroquiales se enfrentan a un grave problema, porque su organismo máximo –la asamblea parroquial- no se reúne frecuentemente y, muchas veces, el quórum es escaso. Esta situación deslegitima las decisiones tomadas por dicho ente y refleja la poca o casi nula participación de la comunidad en la planificación de los proyectos para la satisfacción de sus necesidades.

Transmisión de necesidades básicas de la población

El ente de representación comunal se enfrenta a un gran desafío al ser llamado para desarrollar un perfil de servicios que sean satisfactorios de acuerdo a las expectativas de la ciudadanía. Es necesaria la creación de vías de comunicación y planificación que aseguren que los entes comunales cum-

[7] SENPLADES, "El Plan de Desarrollo y el Plan Anual de las Juntas Parroquiales", obtenido de la página http://www.senplades.gov.ec/modulos.asp?id=208 el 1 de junio de 2007

plan con su función. En el caso concreto, la junta parroquial plantea al consejo provincial o al concejo municipal la realización de obras o la prestación de servicios en la parroquia.

En lo concerniente a los consejos provinciales, la ley que regula sus competencias, no hace una referencia puntual al nexo comunicativo que debe existir con los otros gobiernos seccionales y, por lo tanto, se entiende que la comunicación entre estos ellos depende de las autoridades de turno, de su actitud hacia circunstancias particulares.

Ejecución de obras

Esta atribución consta de dos fases: primero, la junta parroquial plantea al consejo provincial o al concejo municipal la realización de obras o la prestación de servicios en la parroquia; y, segundo, supervisa y exige que las obras que realicen los organismos públicos y entidades no gubernamentales dentro de su circunscripción territorial cumplan con las especificaciones técnicas de calidad y cantidad y con los plazos estipulados en los respectivos contratos con el fin de evitar irregularidades en la contratación pública.

En ninguna de las leyes que regulan las actividades de las juntas parroquiales se estipula un mecanismo concreto de fiscalización por parte de la comunidad. Se esboza únicamente este principio al otorgar la facultad de supervisar y exigir el cumplimiento de las obras en la forma en que fueron pactadas. Sin embargo, el órgano al cual deben rendirse cuentas de lo actuado durante un período particular es la asamblea general que, actualmente, no tiene acogida por parte de la comunidad. Muy poca gente asiste a la misma por la desconfianza y falta de credibilidad en este órgano.

Después de analizar las principales funciones asignadas a las juntas parroquiales en el Ecuador, podemos concluir que durante todas las etapas explicadas -planificación, ejecución y supervisión- es imprescindible que la ciudadanía participe activamente a través del control de la gestión parroquial y pida al gobierno seccional la rendición de cuentas de su actuación.

Competencia territorial

La Constitución Política del Estado atribuye a los consejos provinciales la representación de la provincia e instituye que éstos deben promover obras de alcance provincial en su jurisdicción y que exclusivamente pueden ejecutar obras en áreas rurales. En lo referente a las juntas parroquiales solamente se determina que debe haber una en cada parroquia rural. Las leyes deben establecer las competencias de los órganos del régimen seccional autónomo para evitar la superposición y duplicidad de atribuciones. Sin embargo, ninguna de las dos leyes que regulan la organización y funcionamiento de los consejos provinciales y de las juntas parroquiales aborda de manera clara la competencia de estos entes seccionales.

Después de la lectura de los preceptos constitucionales y debido a la confusión que provocan las normas contenidas en las leyes (LRP y LOJPR), se infiere que la competencia de los consejos provinciales colisiona con la de las juntas parroquiales. Los dos gobiernos seccionales autónomos tienen facultad para ejecutar obras en el sector rural, lo que causa una confusión en las atribuciones de los mismos. Por lo tanto, existe conflicto de competencia territorial que podría ocasionar la duplicidad de funciones.

En la legislación colombiana, en la Ley 743 de 2000, se estipula detalladamente el territorio delimitado en que las juntas de acción comunal desarrollan sus actividades, lo que evita conflictos de competencia territorial en el país con los otros organismos de acción comunal. Sus actividades pueden ser el resultado de alianzas estratégicas con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, que se hayan realizado con la finalidad de alcanzar el bienestar individual y colectivo y el desarrollo de la comunidad.

Estructura de la junta parroquial

La junta parroquial está integrada por cinco miembros principales y sus respectivos suplentes, elegidos mediante votación

popular y directa, los mismos que duran cuatro años en sus funciones y pueden ser reelegidos. La designación de presidente, vicepresidente, primero, segundo y tercer vocal, se adjudica, de forma obligatoria, según la votación alcanzada en el proceso electoral respectivo por cada uno de los integrantes de la junta parroquial. Fuera de su seno, debe nombrarse a su secretario-tesorero, quien desempeña sus funciones durante cuatro años.

El nivel directivo de la junta parroquial es responsabilidad del presidente, mientras que, la conformación técnica, administrativa y operativa de la junta parroquial, se realiza según los requerimientos de cada parroquia. Si la junta parroquial contara con los recursos suficientes, podría conformar niveles de asesoría o consultoría en las áreas que se considerase necesarias. Además, las juntas parroquiales pueden asociarse entre sí o con cualquier otro organismo, sea estatal o no gubernamental, con el fin de fortalecer el desarrollo parroquial y la gestión de las áreas de su circunscripción territorial.

Por otro lado, la junta de acción comunal está constituida por personas naturales mayores de catorce años que residan dentro de su territorio, ya sean residentes fundadores o afiliados posteriormente. Tiene una duración indefinida, pero puede disolverse y liquidarse por voluntad de sus afiliados o por mandato legal.

La elección de dignatarios de los organismos de acción comunal es realizada por los órganos de los mismos o directamente por los afiliados, según lo determinen los estatutos y conforme al procedimiento que éstos establezcan. Las funciones también constan en los estatutos.

Asamblea parroquial

La asamblea parroquial es el espacio de consulta, control y participación ciudadana de los habitantes de la parroquia con la junta parroquial y, por lo tanto, constituye el máximo órgano de consulta y control de la junta parroquial. Debe reunirse por lo menos dos veces al año, por convocatoria realizada por su presidente, quien, además, preside la junta parroquial.

Esta convocatoria debe efectuarse por los medios de comunicación locales o por carteles que deben exhibirse en los sitios más concurridos de la población, con ocho días de anticipación a la fecha de su realización.

Es importante tomar en cuenta que, al ser el presidente de la junta parroquial quien preside la asamblea parroquial, se convierte en juez y parte en el proceso de rendición de cuentas. Por esta razón, el ámbito comunal requiere focalizar sus esfuerzos en lo referente a los procesos de toma de decisiones en la administración, la calidad de los mecanismos de participación ciudadana y el desempeño político de sus líderes.

Para la planificación de los planes parroquiales, por ejemplo, con la finalidad de garantizar la participación de todos los actores en la parroquia, es preciso que la asamblea parroquial esté conformada por representantes de cada una de las organizaciones sociales asentadas en ella, tales como: organizaciones sociales y populares (comunas y comunidades); organizaciones productivas, asociaciones y comités de agricultores, artesanos, comerciantes, empresarios locales; grupos de mujeres, jóvenes, niños y niñas, personas de la tercera edad, discapacitados; iglesia, fundaciones y ONG's; grupos deportivos, culturales y de artistas; representantes de los organismos públicos, provinciales y cantorales; representantes de las entidades del gobierno central en provincias. Los aspectos relacionados con la capacitación, el desarrollo de actividades participativas y de conciencia comunitaria deben ser parte trascendental de las funciones de las juntas parroquiales con el fin de evitar que queden relegados a un plano secundario.

Hasta el momento, el funcionamiento de cada junta ha dependido y se ha reducido al interés, preocupación y dedicación de las personas elegidas para conformarlas en cada período. Los líderes de la comunidad o algunas personas reconocidas por su prestancia, posición económica o educación, han ocupado estos lugares y han convertido a esas juntas en algo parecido a "empresas propias"[8].

[8] Francisco Leal, Andrés Dávila, "Clientelismo. El sistema político y su expresión regional",TM editores, 2da edición, Bogotá, 1991, pág. 17.

Aunque se haya dado la participación electoral, para algunos directivos, hay apatía e indeferencia de sus comunidades frente a la política.

La legislación colombiana también regula de manera especial a la denominada "asamblea general de residentes", definida como órgano consultivo para la toma de decisiones que afecten o sobrepasen la cobertura de los intereses exclusivos de las juntas de acción comunal y como órgano para la toma de decisiones de carácter general en las que participen los afectados. Además de los afiliados a la junta respectiva, participan, con derecho a voz y voto, las personas naturales con residencia en el territorio y con interés en los asuntos a tratar en la misma.

La asamblea general de los organismos de acción comunal es la máxima autoridad del organismo de acción comunal respectivo. Está integrada por todos los afiliados o delegados, cada uno de los cuales actúa con voz y voto. Sus principales funciones, aparte de las establecidas en los estatutos, son:

- Decretar la constitución y disolución del organismo.
- Adoptar y reformar los estatutos.
- Determinar la cuantía de la ordenación de gastos y la naturaleza de los contratos que sean de competencia de la asamblea general.
- Elegir a los dignatarios.
- Adoptar y/o modificar los planes, programas y proyectos que los órganos de administración presenten a su consideración.
- Aprobar, en la primera reunión de cada año, las cuentas y los estados de tesorería de las organizaciones.
- Aprobar o improbar los estados financieros, balances y cuentas que le presenten las directivas, el fiscal o quien maneje recursos de las organizaciones.

La asamblea general puede reunirse en cualquier tiempo sin necesidad de convocatoria, siempre que concurra la mitad más uno de quienes la integran. No obstante, las juntas de acción comunal tienen la obligación de reunirse en asamblea general ordinaria por lo menos tres veces al año.

Se puede convocar a asamblea extraordinaria cuando las circunstancias lo ameriten.

Comentarios finales

Después de considerar la evolución de las juntas parroquiales, el marco jurídico que las rodea, las inconsistencias en la legislación, se puede concluir que:

- Existen contradicciones jurídicas respecto a las funciones de las juntas parroquiales y, en algunos casos, no existe una legislación clara con respecto al desempeño de ciertas funciones.
- El gobierno central, al delimitar competencias, funciones, responsabilidades no toma en cuenta la representación de los actores locales, ni las experiencias de desarrollo institucional, económico y territorial que se viven en las provincias, cantones y parroquias. Es decir, los marcos jurídicos creados por el gobierno central no consideran los procesos locales ni las experiencias particulares de desarrollo local, lo que provoca una tensión jurídica entre el Estado y los gobiernos seccionales.
- Existe una confusión de roles institucionales y superposición de funciones de los gobiernos seccionales en un mismo territorio. Los consejos provinciales realizan actividades, tanto en áreas rurales como urbanas, sin tener jurisdicción para actuar en la última. Los municipios se encargan de las áreas urbanas pero se extienden a las zonas rurales. Y por último, las juntas parroquiales no tienen claramente establecidas sus competencias y confunden sus jurisdicciones con municipios y consejos provinciales.
- En la actualidad, los procesos de participación ciudadana han surgido y cuentan con el apoyo financiero de ONG´s, sin que el Estado haya reaccionado para brindar colaboración a estos procesos.
- La interrelación de juntas parroquiales rurales con los consejos provinciales resulta de vital importancia para el desarrollo de las regiones, debido a que ambos tienen competencias en el mismo ámbito. Pese a ello, no existen mecanismos institucionalizados de diálogo entre ambos entes.
- Las necesidades apremiantes de las comunidades rurales obligan a promover programas y acciones fuera de las transfee-

rencias corrientes del gobierno. Por esta razón, los actores sociales se organizan para proveer y financiar los servicios básicos de educación y salud participando en la gestión y en la formulación de los mismos.

- En la legislación colombiana existe un organismo que, por su naturaleza y fines y estructuración, puede asemejarse al rol que deberían desempeñar las juntas parroquiales en el Ecuador. Este ente, denominado "junta de acción comunal", está regulado en la Ley 743 de 2000 en donde se define claramente sus funciones y organización, sin dejar de lado los elementos básicos que conforman un órgano autónomo.
- La legislación colombiana estipula de una manera concreta y correcta la estructura y funcionamiento de las juntas de acción comunal, sin dejar de analizar los elementos principales que conforman un órgano de este tipo como son: territorio, fines y funciones, recursos económicos y el elemento humano. Por lo tanto, se han destacado los principales puntos regulados por la mencionada legislación que podrían ser incorporados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con las reformas pertinentes.

Agradecimiento a la Dra. Mónica Yépez por su ayuda en la corrección de estilo de este artículo

Bibliografía

Barrera, Augusto, et al, Participación, descentralización y gestión municipal, Elementos para una reforma, Centro de Investigaciones CIUDAD, Quito, 1998.

Carrión, Fernando, La descentralización en América Latina: una perspectiva comparada, Foro Procesos de descentralización en la Comunidad Andina, FLACSO-OEA-Parlamento Andino, Quito, 2003.

Forero P., Clemente, Descentralización y participación ciudadana, TM editores, Bogotá, 1997.
Gobierno de Pichincha, obtenido de la página http://www.pichincha.gov.ec/paginas/cgiDespSecc.asp?txtCodiSecc=7&txtCodiSubSecc=5 el 1 de junio de 2007.

Leal, Francisco, Dávila, Andrés, Clientelismo. El sistema político y su expresión regional, TM editores, segunda edición, Bogotá, 1991.

Páez, Andrés, Jurisprudencia del régimen seccional. Primera parte, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004

Peña Carrasco, Diego, Ecuador: descentralización y participación ciudadana, proyecto de estudio e investigación, Foro Procesos de descentralización en la Comunidad Andina, FLACSO-OEA-Parlamento Andino, Quito, 2003.

Pérez Intriago, Álvaro, Los organismos seccionales en la economía del Ecuador de 1830 a 1980, Libro del sesquicentenario, IV Economía, Ecuador: 1830-1980, Segunda Parte, Corporación Editora Nacional, 1983.

Ramón Valarezo, Galo, y Torres Dávila, Víctor, El desarrollo local en el Ecuador. Historia, actores y métodos, Abya-Yala Ediciones, Quito, 2004.

SENPLADES, El Plan de Desarrollo y el Plan Anual de las Juntas Parroquiales, obtenido de la página http://www.senplades.gov.ec/modulos.asp?id=208 el 1 de junio de 2007.

Constitución Política del Ecuador

Ley de Elecciones

Ley de Modernización

Ley Especial de Descentralización del Estado y Participación Social

Ley Orgánica de las Juntas Parroquiales Rurales

Ley Orgánica de Régimen Municipal

Ley de Régimen Provincial

Reflexiones frente a la reforma del régimen impositivo local

Dr. Miguel Ángel Bossano Rivadeneira [1]

Cuando preparamos las directrices generales para las Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario del año 2005, nos hicimos varias reflexiones sobre cómo debía ser manejado el tema tributario municipal de una forma integral para que los gobiernos de las ciudades puedan obtener resultados satisfactorios basados en la aplicación de los principios fundamentales que rigen el ámbito tributario. Hoy en día una vez que la nueva estructura impositiva se viene aplicando para los años 2005 y 2006 esas interrogantes se profundizan aún más por la poca capacidad operativa de la gran mayoría de los municipios así como por su desconocimiento de la normativa tributaria y de la realidad socio –económica que vive el Ecuador a raíz de la dolarización.

[1] Experto en temas tributarios, municipales y de modernización del Estado. Abogado y Doctor en Jurisprudencia, por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE. Especialista en Derecho Tributario por el Centro Interamericano de Estudios Tributarios, CIET-OEA. ex-Director Financiero Tributario y Procurador Tributario del Municipio Metropolitano de Quito. ex-Coordinador Nacional Jurídico del Servicio de Rentas Internas. Profesor de pre y postgrado de la Facultad de Jurisprudencia, PUCE en Tributación de Gobiernos Locales, Modernización y Descentralización, Régimen Jurídico Municipal, Derecho Urbano, Modernización de Servicios Públicos. Profesor del Postgrado de Derecho Tributario Municipal de la Universidad de Cuenca y de la Universidad San Francisco de Quito. Profesor invitado de la Universidad Andina Simón Bolívar en Tributación y Derecho Administrativo. Capacitador en múltiples foros académicos en temas tributarios y de gestión local. Consultor en materia Tributaria Municipal y de Modernización del Estado. Ponente en múltiples foros académicos en materia tributaria. Secretario General y Miembro de la Comisión Académica del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, IEDT. Ha sido asesor personal y jurídico de varios Alcaldes y Ministros de Estado. Actualmente se desempeña como consultor de varias instituciones públicas y privadas y como Conjuez Permanente de la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No.1.

Las mencionadas directrices se circunscriben entonces al análisis de varios aspectos relacionados con la última reforma al régimen impositivo municipal de septiembre de 2004 y que deben necesariamente ser estudiados a profundidad.

I. Planteamiento del tema.-

"Las ciudades dejaron de ser los lugares ordenados y apacibles que tanto añoramos, que recogen lo más interesante de nuestra cultura con sus historias particulares y sus propósitos inimaginables, a cambio son espacios complejos, intensos, de usos cada vez más frecuentes y repetitivos que las hacen más artificiales y menos humanas.

El Derecho, ante la ciudad de los conflictos interviene escasamente protegiendo los bienes (terrenos, edificios, automóviles, negocios, etc.) y derechos individuales a través de dos ramas: el Derecho Municipal y el Derecho Urbano que no son estudiadas a profundidad ni son tema de investigación en los centros superiores de estudio." (1).

Nace entonces la ciudad de los conflictos que se expresa en: la vecindad, la autoridad, los servicios, las obras, el estilo de vida, el orden de prelación entre el ser humano, la naturaleza y los bienes, las formas y alternativas de comunicación, el patrimonio para la consecución de sus fines y para el cumplimiento de sus funciones, entre otros.

De allí se origina la necesidad de asumir la responsabilidad histórica de elevar el nivel de discusión de los temas municipales y tratarlos académicamente a fin de encausar a los goobiernos locales en la difícil tarea de poner en práctica la reforma al régimen impositivo municipal, luego de 40 años de vigencia de un modelo que ni siquiera en sus orígenes respondió a la realidad de tan importante órgano descentraalizado del Estado, peor aún a la de sus habitantes, puesto que muy pocos municipios del país aplicaron cabalmente la norma municipal.

No es desconocido el sinnúmero de inconvenientes que generó el anterior régimen impositivo, se llegó a decir que se mentía por escritura pública, felizmente luego de cuatro décadas se ha iniciado un proceso de reforma que comienza con la promulgación de la ley No. 2004-44 en el Suplemento del Registro Oficial No. 429 de 27 de septiembre de 2004.

"Resulta necesario, por tanto, analizar la viabilidad de las reformas que se han introducido en la ley 2004-44, pero también dar un paso adelante y proponer mejoras no sólo a efectos de facilitar una determinación tributaria y consiguientemente una recaudación de ingresos importante, sino fundamentalmente la definición y estructuración de un régimen impositivo municipal que les permita a las ciudades del Ecuador enfrentar un nuevo esquema planteado por la globalización en el que ya no se compite entre países sino entre ciudades y aquellas que ofrezcan mejores condiciones de vida a los habitantes del mundo serán las que se consoliden y supervivan. La competitividad exige un alto desarrollo científico y tecnológico lo que nos lleva a pensar que en algún momento será necesario incorporar dentro del régimen impositivo lo relacionado con los intangibles, lo que habrá que determinar es si se esa incorporación debe darse dentro de la tributación municipal.

La tarea entonces no es solamente la de avizorar coyunturalmente como se aplicará el nuevo régimen impositivo sino el de propositivamente, también diseñar esquemas que les permitan a los municipios del país cumplir con su cometido eficientemente abriéndoles las puertas del desarrollo; para que, conjuntamente gobiernos locales, académicos, empresarios y la comunidad en general se constituyan en los constructores de un nuevo régimen impositivo municipal.

Nos planteamos, por lo tanto, los siguientes problemas académicos que constituyen las directrices esenciales de este trabajo:

1. Importancia del catastro como instrumento de determinación tributaria así como de planificación y gestión administrativas.
2. Incidencia económica y legal de la reforma en los sujetos de la relación jurídico - tributaria.
3. Beneficios Tributarios frente a los principios de transparencia y simplificación tributarias.
4. El rol de la tributación dentro del proceso de descentraalización del Estado en el Ecuador.
5.- Simplificación de los impuestos municipales por su origen o por su naturaleza.

Todas estas variables entrañan gran complejidad y de alguna manera se encuentran atadas unas con otras, por lo que, cada ponente podrá escoger uno, varios o todos los puntos planteados para elaborar su ponencia.". (2)

II. Principales problemas a resolver.-

Las cuestiones sobre las cuales debe centrarse el debate en cada uno de los problemas planteados, son las siguientes:

II.1. Importancia del catastro como instrumento de determinación tributaria así como de planificación y gestión administrativas.-

En este punto el debate debe circunscribirse a como afrontar la determinación con base catastral y como se deben manejar los avalúos reales –técnicamente realizados- sin afectar los principios tributarios de proporcionalidad y justicia distributiva, pero fundamentalmente como funcionarán los procesos de comunicación entre los sujetos tributarios.

II.2. Incidencia económica y legal de la reforma en los sujetos de la relación jurídico - tributaria.-

Cómo este nuevo esquema, dentro de un escenario dolarizado, puede manejar avalúos reales sin afectar la relación

jurídica tributaria entre los sujetos de la misma. No se trata de entrar al análisis profundo para verificar si en el Ecuador se vive una economía real, pero si será necesario determinar si se podrán establecer avalúos reales dentro del proceso económico y financiero que actualmente se desarrolla en el país frente al contexto internacional.

II.3. Beneficios Tributarios frente a los principios de transparencia y simplificación tributarias.-

Los aspectos sobre los que debe centrarse el debate se relacionan fundamentalmente con la constitucionalidad y la legalidad de los beneficios tributarios contemplados en la reforma y si éstos se circunscriben dentro de los principios que rigen al Derecho Tributario.

"Con gran preocupación, encontramos que se otorga, de forma inconstitucional, ilegal y contraria a los principios del Derecho Tributario, a los Concejos Municipales la facultad de exonerar hasta del 95% de la carga tributaria por plazos de hasta diez años, a ciertos contribuyentes a título de estímulo al desarrollo de actividades como el turismo, la construcción, la industria, el comercio, otras actividades productivas, culturales, educativas, deportivas y de beneficencia. Esta absurda disposición es abiertamente violatoria de los artículos 97, 130, 141, 228, 256 y 257 de la Constitución Política de la República del Ecuador, es atentatorio contra el Código Tributario, y contra los principios que guían el Derecho Tributario. Esta posible liberalidad atenta contra la seguridad jurídica que tanto exige el país y se presta para el manejo clientelar de los tributos.". (3)

Este manejo inadecuado de las dispensas y beneficios tributarios podrían terminar manejándose políticamente por los detentadores del poder local, de manera que los pocos avances de esta última reforma tributaria seccional podrían así mismo, llegar a ser infructuosos en algunos aspectos como las exenciones en los casos de los impuestos a la propiedad o a las actividades económicas.

II.5.- Simplificación de los impuestos municipales por su origen o por su naturaleza.-

Este tema analizará el destino hacia donde debe conducirse un verdadero régimen impositivo municipal. Esta propuesta nos lleva a verificar en que forma se debe legislar para encontrar la verdadera esencia de la Administración Tributaria Municipal.

Es procedente agrupar los impuestos por su origen o por su naturaleza, para que sean fácilmente administrados? Cómo administrarlos eficientemente y de forma general, esto es, aplicable a todos los municipios del país?. Debería mantenerse el esquema tributario actual, producto de la reforma, para lo cual sería necesario diseñar un sistema de administración sistematizada, eficiente, transparente, de los impuestos existentes que sea aplicable a todas las ciudades del Ecuador?.

II.4. El rol de la tributación dentro del proceso de descentraalización del Estado en el Ecuador.-

En este punto se debe determinar si la presente reforma constituye un paso adelante dentro de la consolidación del proceso de descentralización del Estado o, por el contrario, evidenciará las falencias del mismo, cuando se establezca que serán muy pocos los municipios que podrán técnica y eficientemente aplicar este nuevo régimen. Recordemos que este tema fue motivo de estudio en el capítulo inicial.

Son varias las interrogantes y retos con respecto a los temas planteados que sin lugar a dudas permitirá abrir el debate propuesto en aras de lograr un proceso de descentralización moderno, equitativo, solidario y sustentable que consolide al Estado eficiente y que, por lo tanto, permita el cumplimiento de sus objetivos fundamentales.

III.- Soluciones a los problemas planteados.-

Nosotros nos proponemos dar ciertas luces al contestar cada

una de las directrices, deberíamos iniciar por contestar interrogantes derivadas del proceso de descentralización en el Ecuador y su vinculación con el régimen impositivo seccional, perro esto es motivo de otro estudio, ahora nos hemos planteado la problemática en torno a la aplicación de los principios tributarios con ocasión de la reforma tributaria municipal ecuatoriana del año 2004.

III.1- Incidencia económica y legal de la reforma en los sujetos de la relación jurídico - tributaria.-

La aplicación de la reforma, dentro de un contexto de estabilidad de los índices económicos, no puede significar una mayor incidencia de la carga tributaria para el contribuyente. Cualquier diferencia se producirá a título de racionalización y no podrá rebasar los límites de la capacidad contributiva de los ciudadanos.

Debemos reflexionar sobre el alcance del principio de no confiscatoriedad en una economía dolarizada, en la que los márgenes de ajuste son muy restringidos, por que aparte de afectar la economía de las personas, tienen graves efectos inflacionarios. Ante ingresos fijos estables, no se justifica un aumento de la carga que ponga en juego la posibilidad de mantener el patrimonio. No debemos caer en el sofisma de comparar o vincular alguna carga tributaria con la introducción de nuevos hábitos de consumo en esta época de alta tecnología y el costo que ello tiene en la economía de las personas.

La expectativa de quien paga los tributos es de que los bienes que tiene o los servicios que presta a la ciudad se: consoliden crezcan, mejoren de nivel a partir de un apoyo, planificación o inversión de quien recibe los impuestos y que le permitan a él y a la colectividad el crecimiento y la posibilidad de un desaarrollo comparable con el de otros medios o economías.

Los impuestos se incrementarán inequívocamente con la

aplicación de avalúos reales de conformidad con la reforma tributaria municipal, por lo tanto, los municipios deberán manejar conceptos de competitividad a efectos de evitar discrecionalidad o una cuantificación del tributo excesiva que podría provocar en el sujeto pasivo la búsqueda de opciones territoriales que le permitan obtener ventajas comparativas. En lo nacional tenemos casos concretos de industrias que se han radicado en países como Colombia, Perú, Chile en donde obtienen ventajas tanto impositivas como de costos y laborales en comparación con el Ecuador.

Las perspectivas de un desarrollo municipal no debe descuidar los grandes sectores económicos que estructuran cadenas productivas y permiten desarrollos zonales equilibrados a partir de la incidencia de sectores primarios (extractivos), secundarios (procesos de transformación de los recursos existentes), terciarios (servicios). Los Municipios deciden finalmente cual es el propósito de la existencia de la ciudad orientada tanto al desempeño local como al de la competitividad global que urge a los municipios – sin importar su tamaño- a tomar decisiones sobre el futuro de su función.

El Ecuador es actualmente uno de los países más caros de Sudamérica, sin embargo los costos no equivalen a los servicios que el habitante recibe, consecuentemente se distorsiona la relación jurídica entre los sujetos tributarios.

Aquí es importante anotar que el Ecuador vive actualmente y hasta el año 2009, un congelamiento de sueldos y salarios, sin embargo se adopta un esquema impositivo seccional fundamentado en avalúos reales cuando los ingresos de los trabajadores no lo son.

Si bien el criterio adoptado es acertado, puesto que siempre será bueno sincerar las cifras, los avalúos, los precios, etc. pero lamentablemente no se ha trabajado lo suficiente para dotar a los municipios de herramientas que les permitan determinar los tributos de manera tal que no atenten contra los principios fundamentales del Derecho Tributario ni que perjudiquen la

relación jurídica con los contribuyentes.
La determinación tributaria basada en la reforma última puede llegar a ser exagerada y, por lo tanto, el incumplimiento de obligaciones y la litigiosidad pueden llegar a niveles inmanejables.

III.2- Importancia del catastro como instrumento de determinación tributaria así como de planificación y gestión administrativas.-

Partamos de señalar que el catastro es el principal instrumento de diagnóstico objetivo de la situación de una comunidad y, consecuentemente es la principal herramienta de planificación y desarrollo con que cuentan los sectores público y privado. El éxito de una gestión contemporánea ha dejado de ser un asunto de intuición o de pálpito, para transformarse en algo racional y objetivo. Las soluciones a los problemas parten de datos y potencialidades reales. Esa información objetiva sólo la encontramos en el catastro.

Al tratar de definir el catastro podemos decir que se trata de un registro ordenado sobre bases de datos geográfica y alfanumérica de la propiedad inmobiliaria, de la infraestructura y de la provisión de servicios públicos de una circunscripción territorial, ya sea parroquia, cantón, provincia o país, permanentemente actualizado. La información que contiene el catastro lo convierte en el principal instrumento para el desarrollo de un país. Lo tributario es uno de los usos y aplicaciones del catastro y su información permite desarrollar un sistema tributario justo y objetivo, en funciones de las reales características de los bienes gravados.

El catastro otorga seguridad jurídica tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo en la aplicación de los tributos. Se dice que el impuesto ideal es el que puede ser calculado directamente por el propio sujeto pasivo de la obligación, y esto se puede dar plenamente en el caso del catastro como instrumento objetivo de determinación tributaria.

En varios países, sobre la base de la información catastral, y combinando diversas variables, que van desde las características físicas del inmueble, como cabida y construcción, nivel y calidad en la cobertura y prestación de obras y servicios públicos y privados, nivel socioeconómico medio de los propietarios del sector, hasta precios reales en los que se comercian los bienes, se han desarrollado sistemas de determinación estratificados o sectorizados, que han permitido unívocos y objetivos en la fijación de las bases imponibles para el cálculo del impuesto sobre la propiedad inmobiliaria, e incluso aplicar criterios redistributivos tanto en la base de cálculo como en la escala o tabla tarifaria impositiva.

Estos sistemas resultan tan simples y objetivos, de modo que se valora en función del sector en que está ubicado el predio, y sus características verificables, como son la superficie y el número de metros de construcción. Como en todo sistema, siempre existirá un aceptable margen de error, que puede ajustarse vía gestión administrativa. Estos sistemas han excluido todo factor subjetivo en la fijación de la base imponible y han desechado el peso que tenían los inspectores de rentas en esta materia.

Es de esperar, que al amparo de las normas de la Reforma a la LORM, no pretendan algunos municipios adoptar "novedosos" sistemas de avaluación, llenos de subjetividades e incomprensibles para el contribuyente, a título de establecer el llamado "valor de mercado" o "precio real de cada propiedad". El mejor sistema de determinación tributaria es el más simple y objetivo, que no permita tratos diferentes ante situaciones similares. Sistemas de valoración muy detallistas corren el riesgo de caer en manos de la opinión subjetiva de los administradores o de funcionarios que no siempre entienden el alcance de su misión como servicio público.

Con esta oportunidad tratemos de preservar un sistema objetivo ya consolidado, inmune a arbitrarios criterios. Aprovechemos que hoy tenemos un sistema sólido, que nos

permite saber y aplicar bases imponibles muy cercanas al valor de mercado de una propiedad.

Nos acercamos al fin del año 2006 y la gran mayoría de municipios no han publicado las normas reglamentarias que pretenden aplicar la reforma tributaria, y no entendemos cómo las autoridades podrán cumplir con las disposiciones contenidas en la LORM y en el Código Tributario.

El catastro constituye la columna vertebral de la gestión municipal tanto en lo que respecta a la planificación del desaarrollo del territorio como para la obtención de recursos tanto tributarios como no tributarios. En definitiva, el catastro inteligentemente desarrollado constituirá el factor preponderante del desarrollo económico y humano de la circunscripción territorial llamada municipio.

Esto nos hace pensar en la necesidad de estructurar mecanismos idóneos e innovativos que permitan la construcción de estos catastros inteligentes que determinen la posibilidad real de los municipios de contar con recursos suficientes para lograr un eficiente cumplimiento de sus fines y funciones.

III.3.- Beneficios tributarios frente a los principios de transparencia y simplificación tributarias.-

Tal vez el más grave defecto de la reforma es haber dejado intocado todo un sistema de privilegios tejido durante cuarenta años de clientelismo mediante un sinnúmero de leyes especiales. En lugar de eliminar esas excepciones la ley reformatoria incorpora, en su artículo 310, de forma inconstitucional pretende trasladar a los Concejos Municipales la facultad de liberar a ciertos grupos de hasta el 95% de su carga tributaria a título de incentivar cualquier cosa.

"Art. 310.- Con la finalidad de estimular el desarrollo del turismo, la construcción, la industria, el comercio u otras actividades productivas, culturales, educativas, deportivas y de

beneficencia, los concejos cantonales podrán, mediante ordenanza, disminuir hasta en un noventa y cinco por ciento los valores que corresponda cancelar a los diferentes sujetos pasivos de los tributos establecidos en la presente Ley.

Los estímulos establecidos en el presente artículo tendrán el carácter de general, es decir, serán aplicados en favor de todas las personas naturales o jurídicas que realicen nuevas inversiones en las actividades antes descritas, cuyo desarrollo se aspira estimular; beneficio que tendrá un plazo máximo de duración de diez años improrrogables, el mismo que será determinado en la respectiva ordenanza.

En caso de revocatoria, caducidad, derogatoria o, en general, cualquier forma de cese de la vigencia de las ordenanzas que se dicten en ejercicio de la facultad conferida por el presente artículo, los nuevos valores o alícuotas a regir no podrán exceder de las cuantías o porcentajes establecidos en la presente Ley." (4)

Actualmente los beneficios son siempre para los mismos sectores (económicos o de poder). Si se manejan conceptos de territorio con un catastro inteligente podremos ampliar los beneficios a una mayor cantidad de sectores para incorporar a la ciudad a procesos de producción con mayores niveles de eficiencia. Recordemos que en una ciudad como Quito los beneficios de grupos o sectores identificados son perjuicio para otros grupos o sectores. Como se mencionó anteriormente, a través de proyectos de beneficio común (en producción, en consumo, en investigación, calidad de vida, educación, cultura, rescate de valores, identidad, naturaleza, etc.) la ciudad gana y el habitante finalmente también.

Premios tributarios con beneficios a la ciudadanía, que estaablece el respeto a la convivencia y, sobre todo, el aporte de los habitantes a procesos de información, comunicación y desaarrollo de la ciudad.

III.4.- Simplificación de los impuestos municipales por su origen o por su naturaleza.-

Es mejor pagar por un menor número de rubros que por una lista interminable de ellos. Probablemente la multiplicación de rubros impositivos se debe a la imposibilidad de la generación de una teoría y con ella de una nueva tecnología que permitan entender de forma estructurada como se generan las fuentes de imposición y la forma como ellas deben ser cobradas. A falta de esto los municipios han diversificado los rubros sin respetar categorías de análisis.

Adicionalmente han deformado las fuentes impositivas creando obligaciones para los habitantes que no corresponden con el objeto del cobro (recolección de basura en la factura del cobro de consumo eléctrico), que se justificaría solamente si la teoría para el gobierno local integra todos los tributos.

Se hace necesario, por tanto, iniciar un proceso agresivo de generación de nuevas ideas que permitan crear en el Ecuador un verdadero pensamiento tributario del cual se originen políticas de Estado que a su vez incentiven la estructuración de un sistema impositivo integral del país que obviamente derivarán en planes, proyectos y programas inteligentes que den nacimiento a la tan esperada " cultura tributaria" de la que tanto hablan los administradores tributarios tanto nacionales como locales incapaces de controlar la práctica común de evasión y elusión de tributos. Sólo este proceso y no otro dará origen a una normativa que, fundamentada en los principios del Derecho Tributario, permita su aplicación y, por consiguiente, una relación jurídica entre los sujetos sana, transparente y de beneficio para la comunidad.

Lo interesante de este proceso de investigación, como todo trabajo académico, nos permite concluir con otra reflexión e interrogante a la vez: El tributo como visión integral y de economía vs. El tributo como visión contable, manejo en el cual están sumidas nuestras administraciones tributarias tanto

a nivel nacional como local.
El régimen impositivo municipal debe aclarar cuales son los destinos de los recursos con los que cuenta cada órgano de planificación y distribución de la riqueza local.

La descentralización no es sólo el asumir competencias sino también pensar en su futuro definiendo su papel en el contexto local, nacional e internacional. Esto no evita de ninguna manera el desconocimiento de la historia local con sus aciertos y sobretodo sus desaciertos, pues la descentralización y/o las autonomías llevan consigo la responsabilidad en nuestros países del reconocimiento de los ingentes esfuerzos y frenos que han significado por ejemplo los pagos de la deuda externa y de sus servicios. La relación de la deuda externa es clara: las ciudades más grandes en los países son las que más deuda han generado y, por tanto, las que más obligaciones tiene con el país, así mismo y , desde otra perspectiva, dentro de las propias ciudades quienes más tienen terminan siendo subsidiados, impositivamente hablando, por los que menos tienen, aquí es donde necesariamente nacen otros elementos sobre los cuales habrá que iniciar una nueva línea de pensamiento en torno a la correcta aplicación de los principios sobre los cuales el Derecho Tributario se fundamenta.

CITAS

1.- Bossano Rivadeneira, Miguel Ángel y Bossano Rivadeneira, Luis, Ciudad, Justicia, Salud y Placer, Libro de amigos en homenaje al catedrático doctor Jorge Salvador Lara, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2005.

2.- Bossano Rivadeneira, Miguel Ángel, Directrices Generales para ponencias en tributación municipal V Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, Quito, 2005.

3.- Iturralde Dávalos, Felipe, Notas sobre la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Boletín del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, Quito, 2005.

4.- Codificación Ley Orgánica de Régimen Municipal, Suplemento del Registro Oficial No. 159 de 5 de diciembre de 2005.

Bibliografía

- Bidart Campos, Germán J., El Derecho Constitucional del Poder, EDIAR, Bs. As., 1968.
- Bielsa, Rafael, Principios de Derecho Administrativo, DEPALMA, Bs. As., 1966.
- Bossano Rivadeneira, Miguel Ángel, Materiales Académicos sobre Derecho Municipal, Derecho Urbano y Derecho Tributario Municipal, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2001.
- Bossano Rivadeneira, Luis Rafael y Bossano Rivadeneira Miguel Ángel, Líneas de Pensamiento para la Conceptuaalización de las XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Quito, 2004.
- Bossano Rivadeneira, Miguel Ángel, Directrices Generales para Ponencias en Tributación Municipal V Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, Quito, 2005.
- Bossano, Miguel Ángel y Bossano, Luis, Ciudad, Justicia, Salud y Placer, Libro de amigos en homenaje al catedrático doctor Jorge Salvador Lara, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2005.
- Bossano Rivadeneira Miguel Ángel y Felipe Iturralde Dávalos, La Reforma del Régimen Impositivo Local en el Ecuador, Concurso Fernando Albi, España, 2006.
- Iturralde Dávalos, Felipe, Manual de Tributación Municipal, Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, Trama, Quito, 1998.
- Iturralde Dávalos, Felipe, Notas sobre la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Boletín del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, Quito, 2005.
- Mac Donald, Agustín, Gobierno y Administración Municipal, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.
- Rendón Huerta, Teresa, Derecho Municipal, Editorial Porrúa, México, 1985.
- Codificación Ley Orgánica de Régimen Municipal, Suplemento del Registro Oficial No. 159 de 5 de diciembre de 2005

Sobre la suspensión de efectos de los actos administrativos y la tutela cautelar en el contencioso administrativo Ecuatoriano

Edgar Neira Orellana

Introducción

Durante los años en que he dictado las cátedras de Procesos en Sede Administrativa en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Quito y de Derecho Procesal Administrativo en la Escuela de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, ha sido recurrente la inquietud que despierta en mis alumnos el dogma de la ejecutividad de los actos administrativos y su crítica a las injusticias del contencioso administrativo ecuatoriano que, por disposición de su ley reguladora, prohíbe suspender los actos impugnados en sede jurisdiccional.

El presente análisis pretende responder tales inquietudes en materias en que la jurisprudencia más actualizada de reputados tribunales europeos y latinoamericanos y la doctrina de administrativistas de diversas nacionalidades coinciden en limitar el viejo dogma de la ejecutividad de los actos administrativos, y en superar el anacrónico carácter revisor del contencioso administrativo originado en la tradición del excés de pouvoir francés, para sustituirlo por un orden genuinamente tutelar de derechos como lo declara la Constitución Política ecuatoriana.

La realidad del juicio administrativo en nuestro país podría sintetizarse en la expresión "justicia que tarda", pues aunque los plazos previstos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa –en adelante LJCA- refieran un proceso de no más de treinta días término (Arts. 34 y 38), la práctica incleemente revela que al menos un trienio, cuando no un lustro, sea el promedio "normal" de duración para sustanciarlo.

En tales condiciones de "anormalidad" jurídica, es decir, de divorcio entre la norma positiva y la realidad de su aplicación, podrían resultar exactas las afirmaciones de que en materia administrativa no se imparte justicia, y de que si alguna llegare a reconocerse después de un dilatado proceso de al menos tres años, la norma que prevé que la interposición del recurso contencioso no suspende la ejecución del acto administrativo (Art. 76) y su mecánica aceptación por parte del juzgador deviene en ilusoria cualquier declaración del derecho que pudiere hacer un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, pues el paso del tiempo habrá operado fatalmente en contra de aquel ingenuo que accionó en vía contenciosa, porque para la fecha en que hubiera sido notificado con la sentencia favorable a su pretensión, el acto administrativo que lesionó su derecho ya habría surtido todos sus efectos y, en un sinnúmero de casos, el daño se habría convertido en irreparable.

Sobre la base de tan apremiante realidad de nuestro contencioso administrativo y de otros países que toleran un problema similar, este estudio describe el principio de ejecutividad de los actos administrativos y sus excepciones, analiza cómo la Constitución Política del Ecuador derogó tácitamente el Art. 76 de la LJCA y el carácter meramente revisor del contencioso administrativo ecuatoriano, convirtiéndole en una jurisdicción tutelar que exige de sus jueces la adopción de medidas cautelares entre las que se cuenta la suspensión del acto administrativo -como una de sus más trascendentales especies, pero no la única-; y examina algunos presupuestos que podrían ser justipreciados para la aplicación de esas medidas.

En síntesis, plantearé que (i) en el ámbito contencioso administrativo solamente la adopción de un régimen de medidas cautelares hará efectiva la tutela judicial de los derechos e intereses que garantiza la Constitución; (ii) que dichas medidas permitirán a la justicia administrativa equilibrar las prerrogativas del poder público con las garantías de los administrados que consagra el ordenamiento jurídico; y (iii) que la aplicación

de cualquier clase de tutela cautelar en el ámbito contencioso administrativo como la suspensión del acto impugnado en vía judicial, entre otras medidas, no requiere del auxilio del legislador, sino de una serena y valiente aplicación por parte de los Tribunales Distritales del principio constitucional de tutela judicial efectiva.

1.- De la presunción de legitimidad y del principio de ejecutividad de los actos administrativos

Varios eventos de coyuntura de la Revolución Francesa de 1789, algunas trascendentales reformas napoleónicas y la posterior jurisprudencia del Conseil d´Etat marcaron los contenidos de lo que con el transcurso del tiempo se conocerá como Derecho Administrativo. Esta nueva rama de la ciencia jurídica, a contrapunto del sistema anglosajón, concibió una administración pública exenta de fiscalización judicial, con prerrogativas de autotutela y potestad para imponer sus decisiones de manera unilateral, sin el concurso de los tribunales de justicia[1].

Más allá de las especificidades de cada ordenamiento legal, la matriz histórica francesa se ha mantenido en varios países europeos y latinoamericanos. Las prerrogativas de autotutela de la Administración Pública han coadyuvado, en los más diversos sistemas legales, al establecimiento de la presunción de legitimidad y del principio de ejecutividad de los actos administrativos como técnicas formales y universalmente aceptadas, tendientes a precautelar el funcionamiento de la Administración así como su posición prevalente frente a los administrados.

[1] Sobre la definición de autotutela administrativa sigo a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su obra "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Ed. THOMSON CIVITAS, Madrid, 2005, 12 ed. (reimpresión), pp. 514 y siguientes.

En esa línea, un sin número de disposiciones que integran el sistema de derecho público ecuatoriano[2] han instituido de modo categórico la plena vigencia de la presunción de validez de las actuaciones del poder público y la consecuente ejecutividad de los actos administrativos.

Sin embargo de que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, -en adelante El ERJAFE - emplea de manera equívoca las expresiones "vigencia", "validez", "eficacia" y "ejecutividad", la minuciosa regulación que hace de estos institutos permiten una aproximación muy cercana a lo que la doctrina ha establecido respecto de estos conceptos, y que, en todo caso revelan una lógica enderezada a reconocer importantes privilegios de autotutela y prerrogativas a la Administración.

1.1. De la presunción de legitimidad

El ERJAFE señala que los actos administrativos se presumen legítimos, es decir, se reputan válidos y perfectos y deben cumplirse desde que se dicten o se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en el ordenamiento (ERJAFE, Art. 68). La presunción de legitimidad que es otra prerrogativa pública, es siempre de carácter legal, es decir, admite prueba en contrario, y traslada a los administrados la carga de impugnar los actos administrativos para desvanecer los efectos de esa presunción.

Con el epígrafe "vigencia", el Art. 66 refiere otros temas distintos y todo ello con el texto siguiente: "los actos administrativos para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con

[2] Además del referido Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que impide la suspensión del acto administrativo no obstante su impugnación en vía judicial, están los Arts. 68, 124, 161 y 162 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que se refieren a la eficacia inmediata de los actos, la ejecutividad, la ejecutoriedad y la ejecución forzosa en su orden;

respecto a quienes se haya omitido la notificación" y que "la ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho".

La norma confunde "validez" con "eficacia" aun cuando la doctrina y el propio sistema del ERJAFE distinguen claramente estas instituciones:

La "validez" del acto administrativo significa que éste fue dictado por órgano administrativo competente, de conformidad con el procedimiento previsto para su expedición y cuyo contenido no contradice una norma de jerarquía superior (ERJAFE, Art. 121 numerales 1 y 2). El Derecho Administrativo ecuatoriano ha sido construido sobre la base de esta importantísima prerrogativa que presume la validez de los actos que expiden los diversos órganos de la administración, presunción que nace a partir del momento de la expedición del acto.

Por su parte, la "eficacia" se refiere a la virtualidad del acto de desplegar toda su potencia interna[3]. De ahí que no sea apropiada la sujeción de la validez del acto al hecho de su notificación como señala la primera parte del Art. 66 del ERJAFE. La notificación no es causa eficiente de validez sino de eficacia, esto es de que el acto administrativo surta efectos como señala con mayor precisión la segunda parte de la referida norma.

Estos conceptos que han sido desarrollados desde hace más de un siglo y que son el fundamento de toda organización administrativa, lamentablemente han encontrado en el ordenamiento ecuatoriano una absurda tergiversación que pretende romper la lógica del derecho y consolidar el poder del funcionariado que medra de tan insana torcedura del derecho público y del

[3] José Antonio García Trevijano Fos, "Los Actos Administrativos", Ed. CIVITAS, Madrid, 1991, 2ª ed., p. 333.

sentido común. Me refiero al Art. 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que condiciona la presunción de legitimidad de los actos administrativos de todos los órganos del Estado a los resultados de una auditoría gubernamental que pueda declarar lo contrario. Esta norma es absurda e inaplicable porque la Contraloría no es órgano jurisdiccional ni tiene la calidad de instancia superior en el orden administrativo; sus decisiones se expresan a través de actos administrativos impugnables en sede jurisdiccional y esos actos se refieren a la determinación de responsabilidad civil culposa, a la responsabilidad administrativa o a la presunción de responsabilidad penal de los funcionarios, pero que no enervan la presunción de validez de los actos administrativos ni pueden afectar el derecho subjetivo que esos actos hubieren declarado.

1.2. Del principio de ejecutividad

La ejecutividad de los actos administrativos que desarrolló el Derecho Administrativo francés bajo la designación privilege du préalable encontró su génesis en las reflexiones del tratadista Maurice Hauriou, para quien el acto ejecutorio comporta una declaración de voluntad administrativa expedida bajo una forma que comprende la ejecución de oficio y que puede ser inmediatamente perseguida por la vía administrativa o por el procedimiento de oficio[4].

Con este breve antecedente y una vez que ha sido despejado el equívoco que el ordenamiento ecuatoriano trae respecto de los conceptos de "validez" y "eficacia", es necesario destacar, bajo las reglas de nuestro ordenamiento, algunos aspectos relacionados con la ejecutividad de los actos administrativos. En el ámbito de los procedimientos administrativos que se ventilan ante las diversas administraciones que forman parte del Estado ecuatoriano, la regla es el inmediato cumplimiento

[4] Ramiro Simón Padrós, "La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa", Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 106.

del acto administrativo, es decir, su ejecución de oficio desde el momento en que se lo dicta.
Sin embargo, la normativa del ERJAFE (Arts. 125 No. 2, 126 No. 1 y 160 No. 2) que va muy de la mano de la Ley de Modernización del Estado (Art. 31), ha supeditado la ejecución o vigor inmediato del acto administrativo, a la notificación que obligadamente deberá hacerse al administrado, en todos aquellos casos en que el contenido del acto afecte, favorable o desfavorablemente, sus derechos e intereses.

En los procedimientos que se siguen ante el Municipio de Quito, la Ley Orgánica de Régimen del Distrito Metropolitano adopta una misma regla al disponer que los actos administrativos municipales gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse; sin embargo prevé que la ejecución del acto solo ocurrirá cuando éste hubiere causado estado (Art. 19).

Para los procedimientos administrativos tributarios, el Código de la materia también adopta idéntica posición al señalar que todo acto administrativo de determinación de obligación tributaria, entendiéndose por tal no solamente el que fija un valor a satisfacer sino también el cumplimiento de cualquier obligación formal, no será eficaz respecto del contribuyente al que no se hubiere efectuado la notificación (Código Tributario, Art. 85 inciso segundo).

La ejecutividad es un principio de aplicación general para todo tipo de actos, tanto para los que producen efectos de pleno derecho, declarativos, como para los que expresan una prohibición o mandato cuyo incumplimiento puede exigir su ejecución coactiva por parte de la Administración[5]. El principio de ejecutividad y la regla de la eficacia inmediata de los

[5] Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Méndez Rexach, "Acto y Procedimiento Administrativo", con la colaboración de Juan Antonio Chinchilla P., Ana de Marcos Fernández, José Ma. Rodríguez de Santiago y Blanca Rodríguez-Chávez Mimbrero, Ed. MARCIAL PONS, Madrid, 2001, p. 233.

actos y resoluciones que expide la administración, están condicionados a la notificación previa. La notificación de los actos se erige así como una trascendental exigencia creada por el Derecho Administrativo para hacer efectivos el derecho de defensa del administrado y los principios de contradicción y publicidad inherentes a todo procedimiento.

El análisis anterior nos revela cómo el Derecho Administrativo ajusta el rigor de la autotutela pública basada en la presunción de legitimidad de sus actos y concretada en la exigencia de su ejecutividad, y los equilibra con un régimen de derechos y garantías específicos reconocidos a favor de los administrados a fin de que ninguna declaración de voluntad proveniente de un órgano administrativo pueda afectarle antes de que ese administrado conozca el contenido íntegro del acto, con la posibilidad de atacarlo si hubieren violaciones al derecho, o de disponer de instrumentos eficaces que impidan su ejecución.

Como se verá a continuación, la eficacia y la ejecutividad del acto no son reglas de carácter absoluto. Al contrario, admiten un sinnúmero de excepciones que imponen la cesación de efectos de los actos administrativos conforme lo prevén la parte final del Art. 68, el Art. 125 No. 2 y el 161 de El ERJAFE, y otras normas legales que se aplican a los procedimientos en sede administrativa y que buscan precautelar la libertad de los administrados sin afectar el normal funcionamiento de la Administración Pública.

2.- De la suspensión de los efectos de los actos administrativos en la legislación ecuatoriana

La suspensión de la eficacia de los actos administrativos es una especie del amplio género de medidas cautelares que la autoridad pública o el juez contencioso puede utilizar para tutelar el derecho subjetivo del administrado y la plena vigencia del principio de legalidad y asegurar la eficacia de la decisión

final. La importancia del instituto de la suspensión frente a otras medidas cautelares, surge de su incidencia directa en la ejecutividad del acto administrativo, y esto es lo que ha llevado a la doctrina a subrayar especialmente esta medida cautelar sobre otras que se mencionan más adelante.

A diferencia de la cesación definitiva, la suspensión de un acto administrativo se refiere a la interrupción transitoria de sus efectos, de conformidad con las previsiones establecidas en el ordenamiento jurídico. Si la paralización de los efectos fuere definitiva no se trataría de una suspensión sino de la extinción del acto.

La causa eficiente de la suspensión del acto por parte del administrador o del juzgador, es la norma jurídica que la prevé o el principio jurídico que le sirve de fundamento, y según la doctrina española pueden distinguirse los supuestos en que puede ocurrir: el primero, alude a la suspensión de los efectos jurídicos del acto meramente declarativo, identificado como suspensión de la eficacia propiamente tal; y el segundo supuesto, cuando la suspensión se refiere a la ejecución misma y es aplicable a los actos administrativos susceptibles de ejecución, identificada como suspensión de la ejecución[6].

Al igual que en la legislación positiva de otros países (que adoptaron las directrices del modelo administrativo francés y de la jurisprudencia de su Consejo de Estado), el sistema administrativo ecuatoriano también reconoce el instituto de la suspensión y varias excepciones al principio de ejecutividad según se examina a continuación.

3.- De las clases de medidas suspensivas de actos administrativos

Para fines didácticos más que de orden práctico, la doctrina categoriza instituciones o conceptos jurídicos adoptando crite-

[6] Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Méndez Rexach, "Acto y Procedimiento Administrativo", op. cit. p. 248

rios que facilitan una mejor comprensión de los elementos que componen un determinado instituto.
Respecto a las medidas suspensivas de actos administrativos, también podrían proponerse distintos criterios de clasificación que cumplan el propósito de desentrañar la naturaleza de la institución y faciliten su cabal conocimiento. Entre tales criterios encuentro pertinente aquel que atiende al fundamento inmediato de la medida suspensiva, según ésta haya sido dispuesta por la ley, por el órgano administrativo competente u ordenada por el juzgador. Este criterio podría resultar discutible si se considera que, en último caso, toda medida suspensiva deberá estar prevista en una norma jurídica o derivar de un principio de Derecho reconocido en el ordenamiento legal; sin embargo, es de destacar que el criterio de clasificación no se refiere a la fundamentación mediata sino al sustento inmediato y más próximo de la medida suspensiva que se adopta en un caso concreto.

3.1. Suspensión automática de la eficacia de los actos administrativos por mandato legal.

En un sinnúmero de casos las leyes ecuatorianas disponen que la eficacia del acto administrativo quede suspendida a partir del momento en que el administrado ha planteado una impugnación: sea ésta en vía administrativa o en vía jurisdiccional. En uno y otro caso, el administrado no está obligado a solicitar esa suspensión, mucho menos a fundamentarla en derecho; tampoco le está atribuido al órgano administrativo o al juez de que se trate, resolver nada respecto de la suspensión de los efectos del acto que ha sido impugnado, por cuanto la suspensión deriva de un mandato imperativo que el legislador ha dispuesto aun contra la voluntad del órgano llamado a ejecutarlo.

Por tanto, la suspensión dispuesta por el legislador o suspensión legal, no requiere de disposición administrativa ni de providencia judicial que la dispense porque está ya ordenada

por la norma legal. En nuestro sistema hay algunos ejemplos de esta clase de medida suspensiva: el Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión; los Arts. 147 y 249 del Código Tributario; el Art. 19 de la Ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito; el Art. 62 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

En un proceso ascendente a lo largo del tiempo, las normas mencionadas revelan cómo el derecho público ecuatoriano tiende a relativizar la eficacia inmediata y a contemplar cada vez más excepciones al principio de ejecutividad de los actos administrativos. El hecho ha permitido la conclusión no siempre compartida, de que a pesar de algunos retrocesos en materia tributaria, el derecho administrativo ecuatoriano ha venido trazando una línea de progreso en la defensa de las garantías ciudadanas, como puede advertirse en los casos que explico a continuación:

3.1.1. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (R.O. 338, 18-III-1968) prevé que los servidores del Estado que hubieren rendido caución para el ejercicio de su cargo y que hubieren interpuesto el recurso contencioso administrativo en contra de resoluciones de la Contraloría General del Estado en el juzgamiento de cuentas, se beneficiarán de la suspensión del acto que impugnaron (Art. 76 inc. 2).

Esta norma no deja de constituir un factor de evolución a favor del derecho de los justiciables, si se considera que limitó la ejecutividad de los actos de la Contraloría del Estado para hacer efectivo el derecho a la defensa de los servidores públicos que accionaren en vía contenciosa para enervar el juzgamiento de cuentas públicas hasta que se dicte sentencia. Sin embargo debe considerarse que a través de esa norma que fue introducida por la dictadura militar de 1973 (R. O. 392, 17-IXX-1973), se consagró una injustificada desigualdad entre los administrados porque su previsión de suspender la eficacia del acto, amparaba exclusivamente a los funcionarios del Estado y,

dentro de éstos, solamente a los que hubieren rendido caución para el desempeño de su cargos.
Aunque aquella reforma esté alineada con el principio de tutela judicial, no puede dejar de anotarse que no pretendió plasmar ningún principio de Derecho Administrativo, menos aún hacer efectiva la tutela judicial en sede contenciosa. Basta recordar la persecución que inició esa dictadura contra los Ministros del Tribunal Fiscal para concluir que ningún propósito altruista la inspiraba al momento de expedir sus decretos supremos. La ratio legis de la reforma a la LJCA de septiembre de 1973 fue que la dictadura advirtió que la Contraloría General de la Nación podía fiscalizar sus actuaciones y glosar a sus funcionarios más cercanos mediante actos ejecutivos de cumplimiento inmediato; esto le obligó poner a buen recaudo a todos quienes bajo la ensoñación del "nacionalismo revolucionario" atracaron el Estado y desvalijaron las arcas fiscales que estaban siendo nutridas con el boom de las exportaciones de petróleo.

Han transcurrido más de tres décadas desde la aprobación de esa reforma, y aunque ésta tuviere tan deshonroso antecedente, la demora del trámite del juicio contencioso y las injusticias a que ha dado lugar llevan a la conclusión de que sería conveniente para nuestro sistema establecer un régimen de suspensión de los actos administrativos como norma general a favor de todos los administrados y no solamente en beneficio de los altos cargos del Estado, suspensión que operaría con la petición constante en la demanda contencioso administrativa como ya ocurre en el contencioso tributario, y en las relaciones administrativas con los concesionarios de radio y televisión. Por tanto, la norma que hoy privilegia exclusivamente a los funcionarios que han rendido caución para ejercer el cargo público, debería extenderse a favor de todos los accionantes que acuden a la vía jurisdiccional para plantear sus pretensiones, independientemente de que sean o no servidores públicos.

El fundamento de esta opinión la encuentro en varios tratados internacionacionales suscritos por el Ecuador y en la tradición constitucional de nuestro país. La Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (Art. 10), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Art. 24), la Constitución en vigencia (Art. 23 No. numeral 3) y todas las Constituciones que se han expedido durante la vida republicana del Ecuador sin excepción, han consagrado la igualdad de los ciudadanos ante la ley: es decir que, toda persona sin discrimen de ninguna naturaleza tiene derecho a una igual protección de la ley.

El Art.76 inciso segundo de la LJCA protege desigualmente a los ecuatorianos y crea privilegios a favor de ciertos funcionarios públicos, por tanto, es una norma que contradice la Constitución y el mandato de tratados internacionales suscritos por el Ecuador y aunque la reforma legal no se adoptare, corresponde a los ministros de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo extender la aplicación de sus efectos a todos los administrados que accionan a través de la vía contenciosa y solicitan la suspensión de los efectos de un acto administrativo.

3.1.2. El Código Tributario expedido en diciembre de 1975, (codificación publicada en R.O. 38-S, 14-VI-2005), aún se mantiene como uno de los productos legislativos mejor logrados del ordenamiento ecuatoriano gracias al fecundo trabajo del grupo de juristas que intervino en su elaboración, y ha logrado sobrevivir a las interesadas reformas preparadas por los empleados del Servicio de Rentas Internas y a la inconsulta codificación hecha por la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional en junio del 2005:

Dicho Código prevé como regla general que la sola presentación de un reclamo o de un recurso administrativo, o de la demanda contencioso tributaria, suspende automáticamente la eficacia de los actos administrativos impugnados, e impide a la

administración iniciar procedimientos coactivos para el recaudo de las obligaciones tributarias contenidas en esos actos (Arts. 149 y 247). La casuística de esa suspensión legal podría sintetizarse así:

- La inexistencia de una resolución administrativa firme y ejecutoriada, impide a la Administración Tributaria iniciar el correspondiente proceso de ejecución de una obligación tributaria o de una sanción por infracción a las normas tributarias (Art. 149 inciso 1).

- La interposición de un reclamo o de un recurso administrativo impide a la Administración Tributaria emitir títulos de crédito. Por tanto, la reclamación o la impugnación vía recurso suspende la ejecutividad de los créditos tributarios o las resoluciones administrativas que imponen una obligación tributaria (Art. 149 inciso 3);

- Iniciado el procedimiento de ejecución que regula el capítulo V del título II del Código Tributario, las observaciones que el contribuyente llegare a presentar respecto del título de crédito dentro de ocho días de que fue notificado, suspenden la ejecutividad de los créditos tributarios (Art. 151);

- Aun después de citado el auto de pago que contiene el mandamiento de ejecución, el contribuyente puede proponer un juicio de excepciones fundamentado en alguna de las causales previstas en el Art. 212 del Código Tributario. Propuestas las excepciones, se suspende el procedimiento de ejecución (Art. 214);

- La presentación de la demanda contencioso tributaria suspende la ejecutividad del título de crédito contentivo de obligación tributaria (Art. 247).

Subrayo que, en todos estos casos, la suspensión de la eficacia de los actos y decisiones administrativas opera por mandato

legal y no porque el contribuyente deba solicitar dicha suspensión a la Administración Tributaria o al Tribunal Distrital Fiscal, ni porque éstos deban disponer nada respecto de tal suspensión.

3.1.3. El Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, reformada en el año 2002 (Ley 89, R.O. 699 7-XI-2002) establece que la cancelación de la concesión y la clausura de una estación de radio o de televisión, no podrá ejecutarse por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones mientras no haya resolución en firme del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión o de un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. Más aún, la norma mantiene el efecto suspensivo del acto hasta que se produzca la decisión final de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en el evento de que el concesionario hubiere interpuesto un recurso de casación.

Es de destacar que la versión que introdujo la reforma del año 2002 es muy similar al texto que tenía el artículo en mayo de 1995 (R.O. 691, 9-V-1995).

Al igual que la suspensión de la eficacia de los actos administrativos tributarios, en las relaciones que surgen en materia de concesiones de radio y televisión no se requiere pronunciamiento administrativo ni judicial para que se produzca la suspensión inmediata del acto administrativo que declare terminado un contrato de concesión de frecuencia de radio o de televisión. Bastará la interposición del recurso administrativo o de la acción contencioso administrativa para que la eficacia de la resolución sancionadora quede suspendida;

3.1.4. Del texto del Art. 19 de la Ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito se desprende que, mientras no haya causado estado el acto administrativo, esto es, mientras no se haya producido el agotamiento de la vía administrativa, sea por hallarse firme o estar ejecutoriado, no

procederá la ejecución del acto.

La literalidad de la norma nos lleva a la conclusión de que si el administrado interpone un recurso jerárquico administrativo ante el Alcalde del Distrito Metropolitano conforme prevé la misma ley (Art. 21) quedará inmediatamente suspendida la eficacia del acto recurrido, sin que sea necesario un pronunciamiento administrativo que así lo declare.

Desde este punto de vista, la función tutelar del procedimiento administrativo en el Distrito Metropolitano de Quito es más avanzada en la protección del administrado que la de las disposiciones del ERJAFE, pues este último fija como regla general la ejecutividad de los actos y su cumplimiento inmediato, aun para aquellos casos en que los administrados hubieren planteado un recurso administrativo; y solo como excepción la suspensión automática de los efectos del acto, cuando el administrado invocare una causal de nulidad de pleno derecho.

3.1.5. Otro ejemplo lo trae el Art. 62 de la Ley Orgánica de la Controlaría General del Estado (Ley 73, R.O. 595, 12-VI-2002) que prevé la suspensión ipso iure de los efectos de las resoluciones que determinen responsabilidad civil culposa de los sujetos pasivos de control (funcionarios del Estado, o terceros que manejen recursos públicos), cuando los afectados hubieren planteado el recurso de revisión.

Es de destacar que la suspensión de los efectos solo ocurre a partir de la notificación de la providencia que concede el recurso (¡!), y no al momento de su presentación como debería ser. Esta sutileza del Art. 62 de la Ley Orgánica de la Contraaloría General del Estado es uno de aquellos trucos tan frecuentes en las leyes cuyos anteproyectos son elaborados por la misma burocracia interesada en aplicar la ley y en resguardar la isla de poder institucional que representan.

La injusticia que envuelve tal situación es evidente si se considera que, en la práctica administrativa de la Contraloría del Estado, la notificación de la providencia que concede un recurso de revisión puede tomar aproximadamente un año desde la fecha de presentación del recurso.

3.1.6. Aunque las normas del ERJAFE no tengan el rango normativo de la ley, considero oportuno incluir en este acápite aquel caso en que, interpuesto un recurso administrativo de reposición, apelación o revisión, el recurrente invocare una causal de nulidad de pleno derecho que afecte al acto impugnado (ERJAFE, Art. 189 No. 3). En este supuesto, la eficacia del acto administrativo quedará suspendida ipso iure desde el momento de interposición del recurso, sin que sea necesaria la declaratoria de la autoridad que deba resolver el recurso, y sin que le sea exigible al recurrente petición expresa en tal sentido. Al respecto, la letra y el espíritu de la disposición estatutaria mandan que la sola presentación del recurso en que se invocare una causal de nulidad de pleno derecho suspenda automáticamente la ejecutividad del acto nulo.

El efecto suspensivo del acto impugnado se justifica por la gravedad del vicio que comporta una nulidad de pleno derecho y encuentra su razón de ser en que la presunción de validez no puede beneficiar al acto administrativo manifiestamente contrario a derecho. Las causales de esta clase de nulidad están tasadas en los Arts. 94 y 129 del ERJAFE y podrían sintetizarse en las siguientes: incompetencia manifiesta del órgano que dictó el acto en razón de la materia, el tiempo o territorio; imposibilidad física de ejecutarlo o que sea constitutivo de delito; violación de derechos o garantías constitucionales; indebida motivación o falta de motivación.

3.2. Suspensión de la eficacia en vía administrativa

En este acápite expongo aquellos casos en que la autoridad administrativa que conoce de la reclamación o del recurso en

la vía gubernativa, resuelve la suspensión del acto administrativo porque activa de oficio la potestad de suspender la eficacia del acto o porque acepta la petición del administrado que solicita detener la ejecutividad del acto. Aunque la atribución de suspender el acto esté señalada en una norma legal, la medida suspensiva como tal es producto del ejercicio de esa atribución por parte del órgano administrativo ante el que se tramita el respectivo procedimiento.

A diferencia de los casos mencionados en el numeral anterior, la suspensión no ha sido prevista como una consecuencia automática que opera con la sola presentación del recurso administrativo o de la acción contenciosa. El ERJAFE que regula los procedimientos administrativos en la Función Ejecutiva del Estado y cuyo Libro II (D.E. 3389, R.O. 733, 27-XII-2002) sigue la letra de la Ley de Régimen Administrativo y de Procedimiento Administrativo Común española, fija el principio de la ejecutividad como regla general durante la tramitación de un procedimiento administrativo, y un principio de suspensión del acto que se impugnare en sede judicial como excepción.

Como en el presente acápite examino la suspensión en la vía administrativa, examinaré a continuación los casos y las condiciones que hacen válida y operativa la suspensión de los efectos de los actos administrativos por disposición del órgano administrativo:

- Cuando el órgano que dicta el acto o resolución hubiere incluido en el propio acto una previsión tendiente a suspenderlo (Art. 125 No. 2);

- Cuando el órgano administrativo hubiere iniciado un procedimiento de revisión de oficio de un determinado acto administrativo, deberá suspender la ejecución del acto en aquellos casos en que éste pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación (Art. 169). Este caso de suspensión siempre

exige actuación de oficio.

- Cuando se interpusiere un recurso administrativo de reposición, apelación o revisión, el órgano que lo conozca podrá declarar la suspensión del acto en aquellos casos en que pudieren producirse daños de difícil o imposible reparación.

Para el efecto, el administrador público está obligado a motivar debidamente la medida suspensiva y a explicar cómo ponderó el eventual perjuicio que podría provocar a terceros o al interés público (Art. 189 No. 2). Este caso de suspensión opera de oficio o a petición del recurrente.

- Cuando interpuesto un reclamo o un recurso administrativo de reposición, apelación o revisión, hubieren transcurrido 15 días sin que el órgano competente hubiere resuelto el pedido de suspensión planteado por el recurrente (Art. 189 No. 3). Este es un caso de silencio administrativo de efectos positivos, que no beneficia al fondo de la pretensión jurídica sino a la sola interrupción cautelar de los efectos del acto impugnado en sede administrativa.

No he incluido en este apartado los casos de suspensión de efectos de los actos administrativos recurridos en sede gubernativa en la Contraloría General del Estado, o en el Municipio Metropolitano de Quito. Tampoco han sido considerados aquí los recursos administrativos que invocan una o varias causales de nulidad de pleno derecho en los procedimientos sustanciados ante la Administración Pública Central. Todos esos casos fueron analizados en el numeral anterior, porque en aquellos son las normas aplicables las que han previsto la suspensión inmediata de la ejecución del acto administrativo impugnado.

3.3. Suspensión en sede jurisdiccional

El aplazamiento de la ejecución del acto o Sursis a Execution parte de las reflexiones hechas por la jurisprudencia del Con-

sejo de Estado francés y fue concebido como un arbitrio jurisdiccional tendiente a poner límites a la ejecutividad de los actos administrativos [7].

Esta clase de medidas suspensivas se refiere a la potestad del juzgador de impedir, mediante providencia, la ejecución del acto administrativo. En el ámbito de las relaciones jurídico administrativas, la facultad de suspender la ejecución de los actos administrativos es consustancial al poder jurisdiccional que ejercen o pueden ejercer los Tribunales Distritales según la definición del Art. 1 del Código de Procedimiento Civil: potestad pública de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada.

La jurisdicción contenciosa en Ecuador la ejercen los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y los Tribunales Distritales de lo Fiscal que se rigen, en su orden, por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa expedida en marzo de 1968, y por el Código Tributario de diciembre de 1975. En ambos casos resulta interesante examinar cuándo el juzgador contencioso puede ordenar la suspensión del acto administrativo:

3.3.1. El Art. 76 de la LJCA confirma el vigor del principio de ejecutividad como una regla de general aplicación, de manera tal que las declaraciones de voluntad de la administración deberán cumplirse inmediatamente, aun cuando su legalidad esté sometida al conocimiento y resolución del juzgador contencioso.

La práctica judicial ecuatoriana tan catequizada con los contenidos de ese principio, ha terminado elevándolo a la categoría de dogma probablemente por el mandato categórico que encierra dicha norma: salvando los casos en que se discu-

[7] Jorge Vélez García, "Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo", Ed. Serie Major-2, Bogotá 1996, 2ª. ed., p.20;

tan obligaciones económicas a favor del Estado (Art. 75), la interposición del recurso contencioso administrativo "en ningún caso ... suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo" (Art. 76).

El Art. 75 que contempla una excepción al principio estaablecido en el Art. 76, prevé una medida suspensiva siempre que se cumplan dos condiciones: (i) que lo solicite el demandante a la respectiva Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo; y (ii) que el procedimiento iniciado para el cobro coactivo se refiera a una obligación económica a favor de la Administración. La medida que prevé el Art. 75 no trata propiamente de la suspensión de efectos del acto administrativo, sino del procedimiento coactivo que hubiere iniciado la Administración Pública para ejecutar la obligación declarada y firme de un acto administrativo anterior.

Aunque no lo dice la Ley, debe entenderse que la solicitud cautelar de suspensión del procedimiento coactivo podrá presentarse en cualquier momento del trámite del juicio principal, y el Tribunal está obligado a ordenarla después de que se afiance el interés económico de la entidad pública mediante un depósito en el Banco Central de la cantidad demandada y de los intereses devengados; o mediante la constitución de fianza bancaria, prenda o hipoteca a satisfacción del Tribunal.

El afianzamiento que prevé la norma del Art. 75 es inconstitucional puesto que viola la garantía de la tutela judicial: no considera los argumentos de derecho que tuviere el accionante para impedir esa ejecución, ni que está pendiente de resolución la legalidad de la pretensión económica de la Administración; y porque la exigencia de afianzar la obligación en un proceso tan dilatado como el contencioso administrativo, puede provocar daños irreparables al administrado. Poca o ninguna trascendencia práctica tendría la acción contencioso administrativa para los afectados por el acto que impugnan, si al plantear la demanda contenciosa de todas maneras hay

mengua o detrimento en el patrimonio del accionante, en un valor equivalente a la totalidad del que pretende la administración demandada, con la carga adicional de unos intereses que deberán calcularse por todo el tiempo que demora el juicio contencioso, demora que generalmente ocurre por retardo en la administración de justicia.

De lo anterior se desprende que, tal como está concebida la norma, demandar en vía contenciosa administrativa supone asumir un coste económico mayor que el de pagar a la administración cualquier pretensión pecuniaria.

En mi opinión, la tutela judicial "efectiva" de derechos e intereses que consagra la Constitución Política derogó la abusiva exigencia del Art. 75, y corresponderá a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo acatar el mandato del Art. 274 de la Constitución Política y no aplicar las exigencias del comentado artículo de la LJCA en los casos concretos que resuelvan

Por otro lado, la expresión "obligaciones económicas" que emplea la norma debería entenderse referida a créditos no tributarios puesto que si las obligaciones se hubieren originado en tributos o multas por incumplimiento de obligaciones tributarias, la competencia correspondería a los Tribunales Distritales de lo Fiscal y no a los de lo Contencioso Administrativo. En todo caso, bajo la expresión "obligaciones económicas" no solamente estarán comprendidas las de carácter dineerario, sino también las que deban satisfacerse en especie.

3.3.2. He analizado cómo el Art. 247 del Código Tributario consagra como principio general para el contencioso tributario, que la presentación de la demanda ante uno de los Tribunales Distritales de lo Fiscal suspende la ejecución del título contentivo de obligación tributaria.

En este caso, la suspensión de los efectos del acto impugnado

exime al Tribunal emitir pronunciamiento alguno al respecto, y al accionante de solicitar tal suspensión, dado que el principio de ejecutividad de los actos y resoluciones de la administración tributaria encuentran un límite que impone la suspensión automática del acto impugnado para hacer efectiva la tutela judicial que consagra la Constitución Política como una de las garantías del debido proceso.

Dado que la suspensión de la eficacia del acto administrativo tributario opera ex lege el análisis de este tema consta en el acápite 3.1. 2.

3.3.3. Otro ejemplo en el que un órgano de la función judicial puede decretar la suspensión de los efectos de un acto administrativo es el de la acción de amparo constitucional, cuyo conocimiento corresponde no solamente a los jueces contencioso administrativos sino a cualquier juez, corte o tribunal, aun los de jurisdicción penal.

Al respecto, la Constitución Política prevé que la acción de amparo procederá contra acciones ilegítimas de autoridad (Art. 95). Dentro de ese abanico muy amplio de actuaciones susceptibles de amparo, indiscutiblemente están incluídos los actos administrativos como una de las formas más utilizadas por la Administración Pública para hacer efectivas sus declaraciones de voluntad. En lo que a este análisis interesa, el juez, corte o tribunal que conoce de la demanda de amparo podrá decretar la suspensión de la eficacia de esas actuaciones ilegítimas, en la primera providencia que expida.

Esta disposición constitucional es otro de los ejemplos que abundan en la demostración de que el principio de ejecutividad de los actos administrativos, históricamente concebido como una técnica formal para apuntalar las prerrogativas del poder público, va perdiendo vigor en la legislación ecuatoriana. Los alcances de la ejecutividad y las exigencias de cumplimiento inmediato de los actos administrativos, han

tendido a relativizarse con el paso del tiempo. La indiscutida preeminencia de los derechos y garantías que consagran la Constitución Política y los tratados internacionales de protección a los derechos humanos, vienen marcando para el Derecho Administrativo ecuatoriano nuevos contenidos que exigen asegurar a favor de los administrados el libre desenvolvimiento de sus actividades sin dogmas que obsten el ejercicio de su libertad y tornen conflictiva la relación con los poderes públicos.

4.- De la contradicción entre la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el ERJAFE en materia de suspensión de actos administrativos

Según lo analizado, la Constitución Política de la República y varias leyes paulatinamente han venido superando en el Ecuador el viejo dogma de la ejecutividad del acto administrativo consagrado en el Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1968, e imponiendo unos límites estrictos que lo han relativizado al punto que, en determinadas materias, la ejecutividad ha pasado de ser una regla de general aplicación para convertirse en una excepción.

A partir de diciembre del 2002 (D.E. 3389, R.O. 733, 27-XII-2002) también el ERJAFE se inscribió en esa tendencia de la legislación ecuatoriana, y en armonía con las corrientes más avanzadas del Derecho Administrativo ha previsto que la acción contencioso administrativa impide a los órganos de la Administración Pública Central ejecutar el acto impugnado hasta el momento en que se expida un pronunciamiento judicial definitivo (Art. 189, No. 4).

Esta disposición estatutaria referida a los actos que se impugnan en vía judicial, instituyó un principio inverso al de la ejecutividad: el principio de la suspensión de la eficacia de los actos administrativos cuando la impugnación ha sido sometida a conocimiento del juzgador contencioso administrativo.

La norma estatutaria examinada (Art. 189 No. 4) contradice la LJCA de 1968 que mantiene vigente la prohibición de suspender la ejecución o el cumplimiento de un acto administrativo, que "en ningún caso" podrá dejar de ejecutarse o cumplirse (Art. 76 inciso primero).

Siendo el Art. 76 de la LJCA una norma de rango superior al Art. 189.4 del ERJAFE que está contenida en un Decreto Ejecutivo, parecería que en virtud del principio de jerarquía la ejecutividad de los actos a que se refiere la LJCA prevalece sobre la suspensión de que trata el ERJAFE. Por ventura, esa antinomia no se resuelve así. La aplicación del principio de jerarquía exige integrar todas aquellas normas que, en las diversas escalas del ordenamiento jurídico tienen directa aplicación con la materia de que se trate. Esta exigencia hace efectivo otro principio defendido por Kelsen y que sustenta al sistema legal ecuatoriano: el principio de unidad del ordenamiento jurídico en que la norma de grado superior fundamenta a la de grado inferior, y todas las normas, superiores e inferiores, deben aplicarse e interpretarse unas por otras de manera tal que mantengan unidad, correspondencia y armonía.

En el Ecuador, las normas relativas a la suspensión de los efectos de un acto impugnado en vía judicial son el Art. 24 numeral 17 de la Constitución Política de la República que trata de la tutela judicial efectiva que es, además, garantía del debido proceso; el Art. 76 de la LJCA que impone la ejecución y el cumplimiento de los actos administrativos, aun los impugnados en vía judicial; y el Art. 189 No. 4 del ERJAFE que por estar contenido en un Decreto Ejecutivo tiene menor jerarquía que la ley, y dispone que planteada la acción contencioso administrativa, la Administración no podrá ejecutar el acto impugnado.

La contradicción se resuelve, obviamente, con la aplicación de la norma jerárquicamente superior. Prevalece el mandato

constitucional que impone a todos los órganos de la función judicial, incluidos los del orden contencioso administrativo, hacer efectiva la tutela de los derechos e intereses de los justiciables, de manera que planteada la impugnación de un acto ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o de lo Fiscal, es imperativa la suspensión del acto cuya presunción de legalidad ha sido objetada y sometida a conocimiento de ese Tribunal, sin que sean admisibles los argumentos que privilegien las prerrogativas de autotutela concebidas para precautelar los intereses de la Administración Pública, pero que carecen de justificación cuando rompen principios sobre los cuales se ha estructurado el sistema procesal, como el de igualdad procesal y de tutela efectiva de derechos. Además, la técnica formal de la ejecutividad que se erigió históricamente para asegurar el funcionamiento de la administración no puede atropellar al derecho subjetivo de un administrado y dejar de considerar que el objetivo del Derecho Administrativo y la razón de ser del Estado es precautelar ese derecho y la libertad del ciudadano.

Si la tutela judicial ha sido establecida para hacer efectivo el derecho de los administrados de acudir al órgano jurisdiccional y contradecir la presunción de legitimidad de un acto administrativo, resulta obvio que mientras no haya pronunciamiento judicial definitivo sobre su legalidad, ese acto no pueda ni deba ejecutarse por una de las partes procesales, es decir por el órgano de la administración pública subordinado a la decisión del juzgador contencioso administrativo. Por otro lado, si se aceptara la constitucionalidad del Art. 76 de la LJCA y se resignare a la potestad de la administración ejecutar el acto ya sometido a la decisión de un Tribunal, se estaría negando el ejercicio de la función esencialmente jurisdiccional que corresponde a los jueces y que están llamados a cumplir: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

De lo anterior se colige que el Art. 189 No. 4 del ERJAFE, la norma de rango inferior que impide a la Administración

Pública Central ejecutar los actos impugnados en sede jurisdiccional, es concordante con el Art. 24 No. 17 de la Constitución Política del Ecuador, la norma de mayor jerarquía que consagra la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos; y que el Art. 76 de la LJCA contraviene la unidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano y el principio de jerarquía porque ese precepto restrictivo que desequilibra la relación jurídico administrativa, consagró prerrogativas exhorbitantes a favor de la Administración Pública cuya aplicación ha convertido la tutela judicial en una garantía plasmada en el papel.

5.- Del carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa en el Ecuador

Es frecuente encontrar referencias según las cuales el sistema contencioso administrativo habría nacido en la Revolución Francesa como una institución acabada a partir de los cambios que acompañaron a ese proceso histórico. Estas referencias omiten considerar que el contencioso fue el resultado de un dilatado proceso histórico que se inició antes de 1789, cuando el Antiguo Régimen aplicaba una tajante separación entre autoridades administrativas y parlamentos judiciales, y establecía que determinados conflictos administrativos podían tener carácter justiciable y debían ser resueltos por un órgano diverso de la "administración activa" denominado Consejo del Rey[8].

Luego de la agitación revolucionaria de 1789, el Art. 52 de la Constitución francesa del año VIII (año 1800) creó el Consejo de Estado como un órgano dentro de la Administración Pública, con funciones de asesoría y consulta para los asuntos que interesaban a ésta. Solo a partir de 1806 un comité de ese

[8] Respecto de este tema es recomendable la lectura de la magnífica obra de Eduardo García de Enterría, "Revolución Francesa y administración Contemporánea" Ed. Civitas, Madrid, 4ª. Ed., 1994, pp. 42 y siguientes; así como el análisis del autor argentino Juan Carlos Cassagne "La Justicia Contencioso- Administrativa y sus Perspectivas al Comenzar el Siglo XXI" inserto en la obra "Procedimiento y Proceso Administrativo", Ed. Lexis Nexis y Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2005, p. 267.

Consejo se especializará en la solución de conflictos administrativos, pero con un carácter meramente preparatorio, bajo un sistema que la doctrina ha identificado como de "justicia retenida", es decir la administración es la que "retiene" la potestad de juzgarse a sí misma dado que el Consejo de Estado mantenía su carácter deliberativo y consultivo ajeno al orden decisorio y jurisdiccional[9].

El recelo que despertaron los parlamentos judiciales del Antiguo Régimen se dejó llevar por la máxima de que "juzgar era una fomar de administrar" y por eso, la Revolución mantuvo a raya a los jueces para impedir su interferencia en el poder administrativo.

Posteriormente, mediante la Ley de 24 de mayo de 1872 expedida después de la caída del Segundo Imperio, el Consejo de Estado asumió la jurisdicción contencioso administrativa con plenos poderes e impulsó en Francia el gran salto del sistema de "justicia retenida" a otro de "justicia delegada" en que un Tribunal independiente juzga los actos de la administración[10].

España no permaneció al margen de estos procesos. La Constitución de Cádiz de 1812 en la que tuvo destacada participación el abogado quiteño José María Lequerica, concibió un Consejo de Estado de similares características al que para esas fechas venía funcionando en Francia; y posteriormente la Ley Santamaría de Paredes de 1888 estableció un control contencioso administrativo separado de la Administración y de los jueces, e instituyó una jurisdicción revisora de actos administrativos, a la que no competía ni el examen de la discrecionalidad ni de los actos políticos[11].

[9] Jorge Vélez García, "Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo", op. cit. pp. 13 y 14.
[10] Jorge Vélez García, "Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo", op. cit. p. 14.
[11] Fernando García Pullés, "Sistemas de Control jurisdiccional Contencioso de la Administración Pública en la Europa Continental", artículo publicado en la obra dirigida por Juan Carlos Cassagne bajo el título "Procedimiento y Proceso Administrativo", Ed. Lexis Nexis y Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2005, p. 733.

En el Ecuador, las Cartas Políticas expedidas a lo largo del siglo XIX[12], bajo el influjo del sistema francés y principalmente del constitucionalismo español, crearon un Consejo de Estado con funciones consultivas y deliberativas y atribuciones para conocer de determinados asuntos que interesaban a la Administración. Sin embargo, durante la consolidación de la Revolución Liberal, la Constitución Política de 1906 fue la primera que atribuyó a ese Consejo decidir los asuntos contencioso administrativos (Art. 98 No. 9).

La Carta Política de 1945, de efímera duración, sustituyó al Consejo de Estado por el Tribunal de Garantías Constitucionales[13] con competencia para resolver las controversias surgidas entre administración y administrados. La Constitución de 1946 restablecerá el Consejo de Estado sin sustraerle la potestad de juzgar los conflictos administrativos (Art. 146 No. 8).

Del Consejo de Estado que instituyó nuestra tradición constitucional emergió un incipiente sistema de justicia administrativa a partir del cual, con el paso de los años y a medida que la administración pública se volvía más compleja y especializada, fueron tomando cuerpo separadamente el Tribunal Fiscal creado en 1959 (R.O. 847 de 19-VI-1959) y el Tribunal Contencioso Administrativo creado por la Constitución de 1967 en sustitución del Consejo de Estado (Art. 213). Las competencias y funciones de este Tribunal fueron reguladas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de marzo de 1968 –LJCA- que actualmente nos rige.

Los datos antes enunciados pretenden reflejar los antecedentes relacionados con el Derecho francés y la Ley Santamaría de

[12] Todas las Constituciones sin excepción, contemplaron en la estructura del Estado al denominado Consejo de Estado. Las Constituciones de 1835, 1843, 1845, 1852 y de 1861 lo denominaron "Consejo de Gobierno".

[13] La sustanciación de esta clase de acciones fueron regladas, a través de las "Disposiciones para el trámite de los asuntos Contencioso Administrativas" dictadas por ese mismo Tribunal en octubre de 1945 (R.O. 399, 3-X 1945).

Paredes de 1888 que precedieron al desarrollo del sistema contencioso administrativo ecuatoriano, que desde sus inicios fue concebido como un instrumento meramente revisor de actos administrativos, encargado de fiscalizar la legalidad formal de las actuaciones de los órganos que integran la Administración Pública. La presunción de legitimidad de los actos administrativos, el principio de ejecutividad que impone su inmediato cumplimiento y la exigencia del agotamiento previo de la vía administrativa se erigieron como los basamentos de la organización administradora del Estado que, para la sede judicial proyectaron un sistema contencioso de control estrictamente revisor de actos administrativos, sin consideración a la tutela de los derechos e intereses de las partes procesales.

Varias normas de la LJCA confirman el carácter revisor del contencioso ecuatoriano: las que conciben a la acción contenciosa como un recurso jurisdiccional en contra de actos, reglamentos o resoluciones de la Admnistración Pública que han causado estado (Arts. 1, 2 y 5); la que atribuye a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo la facultad de conocer y resolver la impugnación de actos y reglamentos de la Admnistración para decidir acerca de su legalidad o ilegalidad (Art. 10); la que establece un término de caducidad para la presentación del recurso contencioso, contado a partir de la notificación del acto administrativo impugnado (Art. 65); la ejecutividad del acto según el cual su cumplimiento no podrá suspenderse "en ningún caso" (Art. 76), entre otras.

La práctica procesal a que ha dado lugar esta normativa, mantiene a la jurisdicción contenciosa bajo la ortodoxia del juicio objetivo, mero revisor de la legalidad formal, al margen de la función esencialmente tutelar que le asigna la Constitución Política de 1998 y que ha inspirado a los sistemas de justicia administrativa contemporáneos, más dispuestos a aplicar e interpretar el principio de tutela efectiva que reconocen sus respectivas Constituciones.

La jurisdicción revisora de una legalidad formal, la dogmática aplicación del principio de ejecutividad de los actos administrativos y la resistencia de los Tribunales a aplicar una tutela cautelar ha resultado propicia para desequilibrar la relación del poder público con los administrados e introducir un sinnúmero de disfuncionalidades en el sistema de derecho público del Ecuador: (i) una tendencia a criminalizar comportamientos que naturalmente no corresponden a la jurisdicción penal, como un método procesal de amedrentamiento o presión tanto a administradores como a administrados; (ii) el incremento desbordado de demandas de amparo constitucional, en que los administrados persiguen alcanzar por este medio la tutela suspensiva de los actos ilegítimos que afectan sus derechos subjetivos; (iii) una práctica cada vez más extendida de métodos extorsivos a los administrados y de otras "fórmulas" que desdicen la legalidad, los preceptos de la moral y el sano desenvolvimiento de la relación administrativa. La falta de justicia expedita y oportuna ha logrado crear una inveterada práctica de "arreglos" inconfesables que van quitando espacios al Derecho Administrativo ecuatoriano y derrotando a sus principios antes de que se inicie la batalla procesal.

La duración del juicio contencioso administrativo ha revelado aún más la obsolescencia del sistema revisor de actos que contempla nuestra LJCA de 1968. En la realidad del contencioso ecuatoriano, el tiempo que transcurre desde la presentación de la demanda hasta la obtención de una sentencia definitiva provoca injusticias, porque cuando el acto impugnado ha desplegado toda su eficacia, el accionante habrá perdido interés en la decisión que llegare a dictar el Tribunal Distrital.

El cumplimiento inmediato del acto impugnado y el paso del tiempo hasta que el juzgador algún día dicte sentencia, revela que nos encontramos frente a un sistema de justicia administrativa ineficaz, que no resuelve oportunamente los excesos de

la Administración, y que si en el corto plazo sus jueces no enrumban por el camino de la constitucionalidad y de la tutela efectiva, convertirán al contencioso administrativo en aquello que el profesor Ramón Parada Vásquez calificó como la gran "estafa procesal"[14]. Es de esperar que la jurisprudencia de los Tribunales Distritales rompa el anacrónico sistema de juzgamiento al acto administrativo y convierta al contencioso en lo que debe ser por mandato constitucional: una jurisdicción genuinamente tutelar de derechos. Para ello, se impone un replanteamiento del dogma de la ejecutividad de los actos administrativos.

6.- De la Constitución Política de 1998 y el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Una de las innovaciones más trascendentes en el texto de la Constitución Política de 1998 fue su mejor y más avanzada exposición en materia de derechos y libertades, y la consagración explícita y pormenorizada de las garantías del debido proceso aplicables a los procedimientos administrativos y a toda clase de litigios ventilados ante los órganos de administración de justicia.

Entre las garantías que hacen que un proceso sea "debido" el texto constitucional se refiere al derecho de toda persona de acceder a la justicia y obtener de ella la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, de manera que bajo ninguna circunstancia el justiciable quede en indefensión (Art. 24 No. 17).

[14] Ramón Parada Vásquez, "Derecho Administrativo", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, Tomo I, p. 680

El tratadista español Jesús González Pérez explica los alcances de ese derecho en los términos siguientes:

El derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de toda persona a que se haga justicia, se traducirá en el ámbito jurídico administrativo en que siempre que crea puede pretender algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos estatales independientes y preparados. Presuponiendo, por tanto, la existencia de una adecuada estructura judicial, el derecho a la tutela judicial desplegará sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el de acceso al proceso; segundo, una vez en él, haciendo posible la defensa y la obtención de la solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, al llegar la hora de hacer efectivos sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia[15]

Veinte años antes de la promulgación de la Constitución Política del Ecuador, la Constitución española de 1978, en el Art. 24, consagró también el derecho a la tutela judicial y trastocó las bases que habían sustentado al contencioso administrativo español como un juicio al acto, desde que la Ley Santamaría de Paredes de 1888 y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 perfilaron este parámetro.

Eduardo García de Enterría explica el cambio operado en el contencioso español a partir de 1978 en que la Constitución consagró la vigencia del principio de tutela judicial efectiva[16].

[15] Jesús González Pérez, "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Ley 29/1998, de 13 de julio", Ed. Civitas Madrid, 1998 Tomo I, 3ª edición, p.14.

[16] Eduardo García de Enterría, "Hacia una nueva Justicia Administrativa", Ed. CIVITAS, Madrid, 1992, 2ª. edición ampliada, pp. 97 y 98.

El tratadista destaca cómo el principio abolió el dogma de la jurisdicción revisora, y parafraseando a Thomas Khun, califica el hecho como una verdadera revolución científica, en que los paradigmas de la teoría dominante (contencioso como jurisdicción revisora de actos), fueron eficazmente refutados por una nueva versión científica (contencioso como jurisdicción tutelar de derechos e intereses).

El contencioso-administrativo está incluido, de eso no hay duda –la jurisprudencia constitucional lo dice todos los días-, en el artículo 24. Primera conclusión, la justicia administrativa es una justicia de tutela de derechos e intereses legítimos (...) una tutela de posiciones subjetivas. Por consiguiente, la concepción tradicional del contencioso-administrativo, el modelo francés de excés de pouvoir, la idea de un proceso al acto ha concluido en España. El contencioso no es, en modo alguno un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos, los del recurrente y los de la Administración (...) entre sí confrontados.[17]

Según lo anterior, el sistema de contencioso establecido como un proceso objetivo al acto administrativo, ha sido sustituido en España por una justicia tutelar de derechos subjetivos en virtud del principio de tutela judicial efectiva que consagra el Art. 24 de la Constitución española de 1978, y aunque la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1956 mantenía el principio de ejecutividad y el carácter meramente revisor de la legalidad, es de destacar que la jurisprudencia de ese país no esperó una reforma de esa Ley para resolver lo que su Constitución imponía, esto es, que el derecho a una tutela efectiva había derogado el sistema de un contencioso meramente revisor de actos administrativos[18].

[17] Eduardo García de Enterría, "Hacia una nueva Justicia Administrativa" op. cit. p. 60.
[18] Los Autos de 20 de diciembre de 1990 y de 17 de enero de 1991 de la Tercera Sala del Tribunal Supremo destacan que la adopción de medidas cautelares están incluidas en el derecho constitucional a una tutela efectiva de derechos. En igual sentido se pronunció el Auto de 21 de marzo de 1991 y de 14 de octubre de 1991 expedido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ampliamente analizados en la obra de Eduardo García de Enterría, "La Batalla por las Medidas Cautelares", Madrid, Ed. THOMSON CIVITAS, 3ª. ed.

Dado que la Constitución ecuatoriana consagra la tutela judicial efectiva e imparcial de derechos de los justiciables en términos similares a la Constitución española, bajo la misma lógica de aplicación de ese derecho y con fundamento en la doctrina, y en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles, deviene irrebatible la tesis de que en la República del Ecuador, a partir de 1998, también concluyó el contencioso fiscalizador de la legalidad formal o simplemente revisor de actos administrativos según la concepción reflejada en la LJCA de 1968, pues la nueva Constitución ha establecido para la jurisdicción contencioso administrativa un carácter tutelar de las posiciones sujetivas de los administrados y de la Administración. Además, la misma lógica impone la conclusión de que no es necesario reformar la LJCA para que en el juzgamiento de los casos que están siendo conocidos por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo éstos den una tutela efectiva con aplicación directa del derecho constitucional, en virtud del mandato impuesto por el Art. 273 de la Constitución.

6.1. La tutela judicial efectiva impone la suspensión de la eficacia de los actos y otras medidas cautelares

Luego de analizado el vuelco que en el contencioso administrativo ecuatoriano se da por la vigencia de la Constitución Política de 1998, conviene examinar qué alcances concretos tiene este derecho en materia de suspensión de la eficacia de actos administrativos impugnados en sede contenciosa y en la adopción de cualquier medida de carácter cautelar.

La tutela judicial en la esfera de lo contencioso administrativo exige el establecimiento de un sistema procesal que facilite el acceso de las personas a órganos de administración de justicia independientes, para obtener de ellos una decisión sobre el fondo de su pretensión, ajustada a Derecho y oportuna, sin que obstáculos de orden formal que no constituyan presupuestos esenciales, impidan ese acceso o desvíen el pronuncia-

miento sobre el fondo de lo pretendido; también exige que los jueces, debidamente preparados para el ejercicio de su cargo, cuenten con potestades jurisdiccionales plenas, y que durante la tramitación del juicio, observen estrictamente las garantías del debido proceso, principalmente el ejercicio del derecho a la defensa, la igualdad de las partes procesales y el principio de contradicción; y que, luego de concluido el proceso, se cumpla efectivamente la decisión del juez. Para esto último, resulta imprescindible que el juez contencioso pueda ordenar, en cualquier estado del juicio o antes de él, una o varias medidas cautelares que aseguren el cumplimiento de la sentencia, entre las que se encuentre la suspensión de los actos administrativos, de manera que el trámite del juicio contencioso y el tiempo que éste toma no altere o agrave la situación inicial del accionante y vuelva inútil el pronunciamiento del juez.

Al respecto, el autor Juan Carlos Cassagne menciona que al haber una pretensión principal en el proceso contencioso administrativo, el juez deberá asegurar la efectividad de la sentencia, para que el resultado del proceso no se convierta en algo inoportuno o que carezca de utilidad para el justiciable[19].

Si la tutela que el juzgador contencioso administrativo está obligado a proveer no comprende también su facultad para impedir la ejecución del acto administrativo impugnado mientras dure el proceso, o la adopción de cualquier otra medida cautelar que asegure que el cumplimiento de la sentencia definitiva, quedaría vaciado el derecho de tutela y burlado el mandato constitucional.

En idéntico sentido, Carmen Chinchilla Marín ha analizado en varias de sus obras, la tutela judicial como fundamento de la obligación que tiene todo juzgador contencioso de suspender

[19] Juan Carlos Cassagne "La Justicia Contencioso- Administrativa y sus Perspectivas al Comenzar el Siglo XXI" op. cit. p. 282

la ejecutividad de los actos administrativos impugnados en vía judicial, y de adoptar las medidas cautelares que hagan efectivo el derecho del accionante. Al respecto señala que la tutela judicial efectiva exige el sometimiento de la ejecutividad de las actuaciones de la administración a la decisión judicial para impedir que la duración del juicio acaben privando a éste de su razón de ser; y que mientras llega la decisión del juez resulta obvio que la Administración no ejecute su acto[20]. Esta conclusión de la doctrina española sustenta en el Derecho Administrativo ecuatoriano la tesis de que el Art. 189.4 del ERJAFE es concordante con el derecho constitucional de la tutela judicial y que el Art. 76 de la LJCA contradice la efectiva vigencia de ese derecho.

El sistema contencioso administrativo alemán quizás sea el que con mayor tradición ha reconocido el derecho de la tutela judicial; de ahí que desde el año 1960 en que se expidió la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa este cuerpo legal acertadamente haya reconocido con carácter general el efecto suspensivo del acto impugnado en sede judicial[21].

Sobre este punto, encuentro pertinente la reflexión hecha por el Tribunal Federal Alemán en sentencia de junio de 1973 y que ha precedido un sinnúmero de pronunciamientos del mismo Tribunal y de los de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que la tutela judicial exige no solamente una justicia a tiempo sino el reconocimiento de un conjunto de medidas cautelares que se adecuen a la naturaleza y finalidad de la pretensión que hubiere sido planteada[22]. El fallo mencionado resolvió:

[20] Carmen Chinchilla Marín, "La tutela cautelar en la nueva Justicia Administrativa" Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 177, citada por Ramiro Simón Padrós, "La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa", op. cit. p. 117.

[21] Sobre los avances del contencioso administrativo alemán ver la obra de Santiago J. González-Varas Ibáñez, "La jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania", Ed. Civitas y Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 1ª. ed.

[22] Sobre este último punto, Ramiro Simón Padrós cita a Javier Barnés Vásquez "La tutela judicial efectiva en la Grundgezetz (art.19.IV), artículo inserto en la obra "La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado" Ed. Civitas Madrid, 1993 pp. 196 y sgs. Este autor refiere varios fallos que hacen explícitas estas posiciones.

Al Poder Judicial le compete verificar no solo una completa revisión jurisdiccional -...- de todo acto del ejecutivo que diga relación con los derechos del ciudadano, sino también excluir en la medida de lo posible resoluciones irreparables, como las que pueden derivarse por consecuencia de la inmediata ejecución de una medida del poder público. De aquí deriva la dimensión constitucional de la suspensión. Sin el efecto suspensivo del recurso jurisdiccional no se obtendría con frecuencia la tutela judicial frente a la Administración por la inevitable duración del proceso, habida cuenta de que cuando se acuerda la inmediata ejecución del acto administrativo se producen ordinariamente hechos consumados. La finalidad del proceso contencioso-administrativo –asegurar la revisión del acto administrativo a través de tribunales independientes- sería entonces en gran parte ilusoria y se le privaría al afectado en definitiva de una tutela judicial efectiva[23].

Los jueces alemanes y españoles han desafiado al dogma positivista fundamentado en la legalidad formal como principio ordenador del sistema jurídico, y con apego a las exigencias de justicia han acertado en el ejercicio de un papel creador del Derecho por parte de los jueces, cuando las disposiciones de la Constitución Política no han sido desarrolladas por el legislador o cuando son contradichas por normas de jerarquía inferior. Al respecto, el tratadista argentino Ramiro Simón Padrós destaca que la judicatura alemana ha planteado una integración creadora del ordenamiento jurídico que se ha desarrollado "contra legem pero siempre "secundum constitucionem"[24] lo cual no se opone al principio de la división de poderes sino que lo vuelve explícito bajo un principio de subsidiariedad en virtud del cual, cuando la Función legislativa omite desarrollar el principio constitucional, o

[23] Este fallo aparece citado por Ramiro Simón Padrós, "La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa", op. cit. pp. 114 y 115. El autor argentino toma el fallo reproducido en la obra de Karl P. Sommermann, "La Justicia Administrativa Alemana", traducida por el profesor Javier Barnés Vásquez

[24] Ramiro Simón Padrós "La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contenciosoe-Administrativa" op. cit p. 115.

corregir la contradicción que traen normas de distinta jerarquía, corresponde al juzgador asumir esa tarea en los casos concretos que resuelve.

La Constitución Política ecuatoriana impone a todos los jueces y tribunales aplicar el principio de jerarquía normativa y las normas de la Constitución de forma directa, aun cuando no hubiere invocación de parte interesada (Arts. 272 y 273), de ahí que en nuestro sistema contencioso administrativo, los fundamentos constitucionales para que la jurisprudencia vaya diseñando un sistema de medidas cautelares está ampliamente justificado.

Por su parte, la jurisprudencia argentina, aunque menos abierta que la española o la alemana, también ha tenido el acierto de concebir el papel del juez como una función abiertamente tutelar y no de mero fiscalizador de la legalidad objetiva. Esta posición de la jurisprudencia de la República Argentina resulta meritoria, pues aun cuando la Constitución de ese país no consagra de manera explícita la tutela judicial como lo hace la Constitución ecuatoriana, reiterados pronunciamientos de su más alto tribunal y de los Tribunales Administrativos de las diferentes Provincias parten de que el derecho a la defensa que consagra el artículo 18 de la Constitución es fundamento suficiente que autoriza al juez adoptar un régimen de medidas cautelares que impidan daños irreversibles a los accionantes como consecuencia de la duración de los juicios[25].

[25] Pablo O. Gallegos Fedriani, "Las Medidas Cautelares" artículo publicado en la obra dirigida por Juan Carlos Cassagne bajo el título "Procedimiento y Proceso Administrativo", Ed. Lexis Nexis y Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2005, p. 595 y siguientes.

7.- De la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo

El tiempo comprometido en la tramitación del juicio contencioso administrativo desde la presentación de la demanda hasta la expedición de la sentencia podría alterar grave e irreparablemente los hechos existentes al momento de iniciación del proceso. En este caso, el pronunciamiento del juzgador pierde interés para el accionante y priva de toda justificación ontológica al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Esta situación plantea a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo la exigencia de asumir un ejercicio jurisdiccional pleno, que comprenda la atribución de adoptar medidas cautelares que mantengan las circunstancias fácticas o jurídicas, los bienes y las personas o la prueba relacionada con la litis, a fin de que sus decisiones puedan ser efectivamente cumplidas y de que la tutela judicial declarada en el texto constitucional alcance su efectiva vigencia. Para ello, no es necesario reformar la LJCA aunque sí indispensable reconocer el rol creador del Derecho que también corresponde a la jurisprudencia para dar concreción en el ámbito de las relaciones de Derecho Administrativo, a los principios y derechos que consagra la Constitución Política principalmente a la tutela judicial efectiva.

En esa línea, la jurisprudencia ecuatoriana podría seguir el camino trazado por la doctrina para evitar las anomalías derivadas de la demora de los procesos. La Teoría General del Proceso ha confrontado el principio de celeridad con la exigencia del acierto que debe caracterizar a los fallos que dictan los jueces, y ha previsto, para resolver esta dicotomía que plantea la exigencia de la celeridad frente a la necesidad de la certeza, un conjunto de medidas preventivas de las que pueda valerse el juzgador a fin de alcanzar el ideal de justicia. Al respecto, el tratadista Piero Calamandrei resume magistral-

mente esa disyuntiva en los términos siguientes:

... las dos exigencias frecuentemente opuestas de la justicia, celeridad y ponderación, tienden a ser conciliadas por las medidas cautelares, porque entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares procuran, ante todo, hacerlas pronto dejando el problema del bien y mal, esto es, el de la justicia intrínseca de la decisión, para más tarde, con la necesaria ponderación[26]

La concepción objetiva del contencioso como un juicio al acto determinó, en un primer momento, que la reflexión doctrinaria de los administrativistas y las legislaciones positivas hayan orientado su preocupación hacia la suspensión de los efectos del acto como la medida cautelar más importante, –por no decir única-, para asegurar la efectividad del pronunciamiento del juez. La superación del carácter revisor de la justicia administrativa y su conversión en un sistema de tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, amplió el objeto de juzgamiento hacia toda pretensión jurídica fundamentada en una relación de derecho administrativo.

A partir de esa circunstancia, la doctrina española y argentina cuyas reflexiones podrían inspirar al ejercicio jurisdiccional ecuatoriano, han concluido que el carácter tutelar del contencioso administrativo necesariamente ha extendido el espectro reducido de medidas cautelares suspensivas hacia otras distintas como son las medidas positivas, las medidas autónomas y las medidas provisionalísimas[27]. En otras palabras, siendo más amplio el objeto de la pretensión principal en lo contencioso administrativo, se volvió necesaria la extensión de las cautelas que hagan efectiva la tutela judicial por parte de los Tribunales.

[26] Piero Calamandrei, Introducción al "Estudio Sistemático de las providencias cautelares" Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 140.
[27] Esta clasificación la he tomado del análisis elaborado por el autor Ramiro Simón Padrós en su obra "La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa" op. cit. p. 224 hasta 421 inclusive.

7.1. De la naturaleza jurídica

Los procesalistas han explicado la naturaleza de la materia cautelar a través de distintos enfoques que podrían agruparse en tres posiciones distintas aunque conciliables parcialmente: la materia cautelar considerada como acción, como proceso o como providencia.

7.1.1. La tesis de la "acción cautelar" o "acción aseguradora" como la designó el procesalista italiano Giuseppe Chiovenda, plantea que ésta no puede considerarse accesoria del derecho garantizado, "porque existe como un poder actual cuando no se sabe si el derecho garantizado existe"[28]; y añade que el derecho a la decisión precautoria es uno que corresponde al "...Estado, fundado en la necesidad general de la tutela del derecho y la parte no tiene sino el poder actual y autónomo de provocar su ejercicio en el caso concreto"[29].

La justificación de la medida cautelar no se basa en la declaratoria de certeza del derecho, sino solamente en su verosimilitud, es decir en la mera apariencia de que tal derecho existe; por ello la acción que la solicita tiene un carácter marcadamente procesal con igual autonomía que la que distingue a la acción declarativa o a la acción ejecutiva.

Ramiro Simón Padrós critica esta tesis y manifiesta que el hecho de que en el proceso cautelar falte la certeza del derecho no constituye razón suficiente para catalogar a la tutela cautelar como una "acción" procesal; y señala como ejemplo que tampoco existe certeza de la existencia del derecho cuando el juez ordena citar con la demanda al accionado y éste se verá en la obligación de defenderse aún cuando no tenga obligaciones frente al accionante[30].

[28] Giuseppe Chiovenda, "Instituciones de derecho procesal civil", Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Tomo III, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, p. 160
[29] Giuseppe Chiovenda "Instituciones de derecho procesal civil" op. cit. p. 160
[30] Ramiro Simón Padrós, "La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contenciosoo-Administrativa", op. cit. p.56.

7.1.2. La tesis del "proceso cautelar" sustentada por Francesco Carnelutti señala que a diferencia de los procesos declarativos y ejecutivos que persiguen la composición definitiva de la controversia, el proceso cautelar persigue su composición provisional.

La finalidad compositiva del proceso cautelar puede ser alcanzada –según el acertado análisis de Carnelutti-, a través de dos métodos que son contradictorios entre sí: el primero, que impide el cambio de la situación presente, conocido como proceso cautelar conservativo; y el segundo, que altera o innova la situación preexistente, conocido como proceso cautelar innovativo.

La finalidad del proceso cautelar que no es otra que asegurar la eficacia y cumplimiento de la decisión final, explica el carácter autónomo del proceso cautelar y permite a un importante sector de la doctrina concluir que se trata de un tercer género procesal, junto con los procesos declarativos y los procesos ejecutivos.

El autor Ramiro Simón Padrós adhiere a esta tesis [31] en la que parecerían inscribirse también las reflexiones de Ugo Rocco cuando en la clasificación general que hace de los procesos jurisdiccionales incluye a los procesos cautelares o conservativos[32] junto a los procesos de cognición, de condena y de ejecución.

7.1.3. La tesis de que la materia cautelar tenga referencia directa con la "providencia cautelar" parte de dos premisas: (i) de que toda medida cautelar carece de autonomía porque su

[31] Ramiro Simón Padrós, "La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", op. cit. p.59.
[32] Ugo Rocco, "Derecho Procesal Civil", Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil Tomo I, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, pp. 67 y 68.

contenido guarda relación con otro proceso, principal y definitivo; y, (ii) de que la cautela judicial provisoria carece de características propias que le permitan ser considerada como un proceso distinto. El autor Piero Calamandrei y el recientemente desaparecido profesor Julio Comadira fueron, entre otros, destacados tratadistas que han defendido esta tesis.

Sin desconocer el prestigio de esta doctrina, Ramiro Simón Padrós señala que la providencia cautelar tiene un carácter claramente sustancial y extraprocesal en atención a que ésta puede provocar una alteración sustancial de la realidad fáctica y jurídica preexistente, por lo que, -añade el autor- "la especial función del proceso cautelar como instituto destinado a brindar una tutela judicial inmediata, ... es la que permite distinguirlo de otros tipos de procesos"[33]

Con relación a los procesos cautelares, el mencionado autor señala que la pretensión que la impulsa, -a la que denomina acción cautelar-, persigue la obtención de una providencia jurisdiccional apta para conservar el estado de hecho y de derecho hasta que se produzca la declaración de certeza y la correspondiente ejecución. Esta finalidad que persigue toda acción cautelar, explica la naturaleza de la medida en sí: una respuesta jurisdiccional urgente, inmediata y expedita adoptada con carácter provisional y que tiende a evitar los efectos dañosos de la demora en la obtención de la sentencia definitiva.

7.2. Del concepto y de sus principales características

Sobre la base de las distintas teorías que han explicado la materia cautelar, considero que las medidas cautelares son

[33] Ramiro Simón Padrós, "La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", op. cit. p.58.

actos procesales que un órgano judicial dicta con carácter provisional o transitorio, antes del inicio de un proceso que se mira como principal o durante la tramitación de éste, con el propósito de conservar las circunstancias jurídicas o fácticas relativas al pronunciamiento definitivo; o de asegurar el cumplimiento de la decisión final que llegare a adoptar el juzgador; y, en ambos casos, para hacer efectivo el derecho constitucional a una tutela judicial de los derechos e intereses del accionante.

El concepto anterior pretende incluir todos aquellos elementos que explican la naturaleza de la tutela cautelar y las características que integran su esencia respecto de las cuales los autores Pablo Gallegos Fedriani y Ramiro Simón Padrós mencionan las siguientes[34]:

7.2.1. Instrumentales. El proceso cautelar no constituye un fin en sí mismo sino un medio a través del cual se asegura preventivamente el derecho del solicitante que será objeto de pronunciamiento definitivo en un proceso distinto o en una resolución posterior.

El carácter instrumental de esta clase de procesos no se contrapone al principio de economía procesal en virtud del cual el accionante podría solicitar la adopción de la medida cautelar dentro del mismo proceso que ya hubiere iniciado, o en el escrito de demanda que da inicio al juicio principal.

El Art. 75 de la LJCA se refiere al derecho del administrado de solicitar la suspensión del procedimiento coactivo cuando estuviere en trámite una demanda ante un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. En mi opinión, esta solicitud de

[34] Aparte de algunas reflexiones personales sobre el derecho ecuatoriano, el acápite relacionado con las características del juicio cautelar sigue el brillante trabajo de Ramiro Simón Padrós en su obra "La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", op. cit. p. 137 y siguientes; y el gran aporte que constituye el artículo escrito por Pablo O. Gallegos Fedriani, "Las Medidas Cautelares" op. cit. p.597.

suspensión cautelar debe ser ejercida dentro del trámite del juicio principal, y la orden de suspensión de la coactiva deberá ser ordenada por la Sala del Tribunal que conozca la causa principal. Es un ejemplo del carácter instrumental de la tutela cautelar que se ejerce dentro del trámite del juicio en que se dictará la decisión definitiva sobre el derecho del accionante.

7.2.2. Transitorias y revocables. Del carácter instrumental del proceso cautelar deriva su perfil esencialmente provisional y transitorio de las medidas cautelares, de manera que éstas tienen efectos limitados en el tiempo y pueden ser modificadas, sustituidas, reducidas o mejoradas en cualquier momento.

La providencia que adopta una medida precautoria no produce el efecto de cosa juzgada y su duración estará determinada por el mantenimiento de las circunstancias que justificaron su adopción, de manera que si éstas permanecen invariables, la medida cautelar debe ser conservada; pero si las circunstancias varían o desaparecen, la medida podría modificarse, sustituirse o ser dejada sin efecto. Este último caso refiere a la revocabilidad por eliminación o desaparición de las circunstancias que en su momento justificaron su adopción.

Es necesario destacar que la variación de las circunstancias no comprende la modificación de las apreciaciones subjetivas del juzgador para valorarlas. En ese sentido destaco la pertinencia del Art. 132 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente en España que impide dejar sin efecto o modificar las medidas cautelares cuando hubieren variado los criterios de valoración del magistrado que las adoptó.

7.2.3. No contradictorias. El autor Pablo Gallegos Fedriani destaca que la efectividad de la medida cautelar determina la prescindencia del contradictorio previo, de manera tal que aquella se decretará inaudita parte.

Para asegurar el objetivo de la medida cautelar su adopción

deberá ser inmediatamente adoptada, luego de que el Tribunal competente hubiere llegado a la convicción respecto de su procedencia. Ni el principio de la igualdad procesal ni las garantías del debido proceso sufrirían afectación o menoscabo porque en cualquier momento posterior, la parte afectada puede hacer valer sus derechos e impugnar la cautela dictada dado que la providencia que la ordenó no causa efectos de cosa juzgada, y puede ser modificada, sustituida o eliminada en cualquier momento.

El Art. 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente en España señala que cuando hay circunstancias de especial urgencia, el juez o tribunal podrá adoptar la medida sin oír a la otra parte (inaudita parte); y que dentro de tres días de dictada la medida se convocará a las partes a una comparecencia en que se discutirá el levantamiento, modificación o eliminación de la medida cautelar.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España ha señalado lo siguiente:

la pretendida indefensión sufrida por los recurrentes al no haber sido oídas en el proceso en que se adoptó la medida cautelar, no tiene trascendencia constitucional, ya que,... desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa, el hecho de haber sido oídas con posterioridad impide considerar que se haya producido una verdadera indefensión material como ha reiterado en tan numerosas ocasiones este Tribunal que su cita resulta excusada (Sentencia del Tribunal 218/1994, 18 de julio). En idéntico sentido la STC 14/1992, de 10 de febrero[35].

[35] Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Legislación Complementaria, COLEX, 6ª ed., Madrid 2000, p. 737.

7.2.5. Complementarias. El derecho que se busca conservar o asegurar, podría exigir la adopción de más de una medida cautelar. El juzgador está autorizado para decretar las medidas cautelares y hacerlo en una o varias providencias, de manera que se complementen todas ellas para precautelar eficazmente el resultado que se persigue a través del proceso cautelar.

En un caso concreto, la suspensión de los efectos de un acto administrativo pudiera resultar insuficiente para la debida tutela del derecho del accionante. Por esto, junto a la medida suspensiva que decrete un Tribunal Distrital, éste podría válidamente usar otras vías precautorias para cumplir con la tutela efectiva del derecho del solicitante.

7.4. De las clases de medidas cautelares administrativas

La jurisprudencia en Francia, España, Italia y otros países, ha reconocido en el proceso cautelar un medio a través del cual pueden ser alcanzadas distintas clases de medidas precautorias, que, en consideración a la pretensión principal del solicitante pueden ir más allá de la simple suspensión del acto administrativo y alcanzar la suspensión del acto denegatorio o la adopción de medidas medidas cautelares positivas.

En lo que corresponde al derecho público ecuatoriano, en sede gubernativa, el ERJAFE prevé que la Administración Pública Central podrá adoptar cualquier género de medidas provisionales para asegurar el cumplimiento de la resolución definitiva, siempre que se cumplan los supuestos previstos en la ley (Arts. 139 y 203), sin que la amplitud de las atribuciones que establece esta norma hubiere establecido en qué puedan consistir tales medidas.

En sede jurisdiccional no existe una normativa específica que regule un proceso cautelar ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, pero sí existe el mandato constitucional implícito que impone a esos Tribunales adoptar todas

aquellas medidas precautorias que en cada caso particular fueren pertinentes para asegurar la tutela judicial efectiva de derechos e intereses, explícita en el Art. 24 numeral 17 de la Carta Política.

Si consideramos el principio de impugnabilidad general de actos administrativos que consagra el Art. 196 de la Constitución Política y principalmente que la Ley de Modernización del Estado expedida en diciembre de 1993 amplió el espectro de relaciones jurídico administrativas susceptibles de la acción contenciosa, (que rebasan los clásicos recursos subjetivo y objetivo previstos en la vieja LJCA) y estableció como justiciables bajo el ámbito contencioso acciones originadas en relaciones contractuales o en la reparación de daños y perjuicios, crece la importancia de identificar las distintas clases de medidas que para tan heterogéas materias serían admisibles con el fin de tutelar efectivamente los derechos subjetivos o los intereses legítimos de los accionantes:

7.4.1. Suspensión del acto administrativo

Esta es la medida precautoria que más desarrollo ha merecido por parte de la jurisprudencia y de los tratadistas del Derecho Administrativo, dado que acomete contra el dogma de la ejecutividad de los actos administrativos, y porque el signo tradicionalmente revisor del contencioso determinó que esta jurisdicción fuera habitualmente refractaria a la adopción de medidas cautelares, restringiéndola en casos muy excepcionales a la suspensión de los actos.

Según lo examinado en este artículo, la suspensión en sede jurisdiccional es la cesación total o parcial de los efectos de un determinado acto administrativo dispuesta por el juzgador contencioso administrativo en cualquier momento del juicio, a petición de parte y con el propósito de tutelar las pretensiones subjetivas del accionante. De ahí el carácter accesorio de la medida puesto que siempre estará enderezada a asegurar los

resultados de un proceso principal. Es de destacar que no solamente el administrado puede solicitar la adopción de la medida suspensiva. También la Administración estaría autorizada a formular un idéntico pedido al Tribunal Distrital para que éste dictamine la suspensión del acto administrativo en los supuestos de una acción de lesividad[36].

Los presupuestos de la suspensión ordenada por el juzgador serían la existencia de un acto administrativo ejecutivo, la acreditación razonada o, si fuere del caso, documentada de que la ejecución del acto provocará más daños que los que pudieren ocurrir con la suspensión del mismo, y la "apariencia de buen derecho" (fumus bonis juris) que debería justificarse ante el Tribunal.

Tratándose de un recurso objetivo en que se llegare a plantear la nulidad del acto normativo, la justificación del fumus bonis juris revestirá especial importancia antes de que el juzgador ordene la suspensión. De ahí que la Ley de la Jurisdicción Contenciosa española (Art. 129.2) reconozca la adopción de medidas suspensivas contra disposiciones de carácter general cuando hubieren fundados motivos respecto de su invalidez.

7.4.2. Suspensión del acto denegatorio.

El Consejo de Estado francés y los Tribunales españoles fueron renuentes en aceptar la cautela suspensiva de actos denegatorios, es decir, de aquellos en que el órgano administrativo niega la petición o la pretensión que le hubiere sido planteada en sede gubernativa. Para estos casos, los tribunales consideraban que el acto administrativo negativo no afectaba a la esfera

[36] Otra de las magníficas reflexiones de Juan Pablo Aguilar sobre el Derecho Administrativo ecuatoriano aparece en su artículo de reciente publicación titulado "Apuntes sobre la Acción de Lesividad en la Legislación Ecuatoriana" en que examina con lógica rigurosa la procedencia de esta acción según las equívocas normas del ERJAFE y la vaguedad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Edición de la Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Revista RUPTURA No. 49, Quito 2005, p. 26 hasta 38.

jurídica del accionante porque éste mantiene la misma situación jurídica anterior a la denegación.

Al respecto, conviene citar uno de esos repetidos pronunciamientos que hacía el Tribunal Supremo español en esta materia, antes de las reformas de 1998:

...la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que un acto de naturaleza negativa difícilmente es susceptible de suspensión en vía judicial, ya que ello equivaldría al otorgamiento provisional –mientras se sustancia el proceso- de la licencia interesada, cuando la finalidad de la medida cautelar es mantener, si fuera procedente, el 'status quo' anterior a la adopción del acto recurrido, que en el presente caso viene determinado por la inexistencia de la licencia interesada (Auto del Tribunal Supremo, de 3 de sepiembre de 1992)[37].

En el contencioso español, la reforma introducida por la Ley 29/1998 de 13 de julio de 1998 invirtió la posición que hasta ese entonces había mantenido el Tribunal Supremo en este punto y devolvió a los administrados una eficaz herramienta para evitar que éstos quedaran en indefensión. La acertada crítica del ilustre administrativa gallego Jaime Rodríguez Arana-Muñoz, que había censurado la resistencia del Tribunal Supremo a suspender los efectos de actos denegatorios[38], anticipó el camino que doce años después seguiría la reforma legal antes indicada.

El Art. 129.1 de la Ley española que instituye una regla universal de tutelas cautelares, no deja duda respecto a la amplísima atribución reconocida a los tribunales para disponer cautelas contra actos administrativos de contenido negativo: "los intere-

[37] Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Legislación Complementaria, COLEX, 6ª ed., Madrid 2000, p. 703.
[38] Jaime Rodríguez Arana Muñoz, "La Suspensión del Acto Administrativo (en vía de recurso), Ed. Montecorvo, Madrid, 1986.

sados podrán solicitar en cualquier grado del proceso la adopción de cuántas medidas aseguren la efectividad de la sentencia", lo que ha llevado a fundamentar la adopción no solo de cautelas suspensivas sino de verdaderas tutelas de carácter positivo por medio de los cuales se condena provisoriamente a la Adminsitración Pública a otorgar el derecho desestimado[39].

7.4.3. Medidas cautelares positivas

En el análisis de las medidas cautelares positivas que fueron desarrolladas por el contencioso francés, Eduardo García de Enterría destaca la trascendencia de dos decretos expedidos en septiembre de 1988 y que reformaron el sistema de medidas cautelares en ese país, e introdujeron las medidas de *référé expertise* y del *référé provision*[40]. El primero comprende la atribución dada al Presidente de Sala (y no al órgano colegiado) de adoptar medidas necesarias para la realización de un examen pericial o de comprobación de hechos que por el paso del tiempo pudieran diluirse o perderse. En este supuesto, ni siquiera son exigibles los argumentos relativos a la urgencia puesto que bastan las razones de utilidad de la medida para que su adopción quede sobradamente justificada.

El *référé* provision del sistema francés va mas lejos aún, pues autoriza a los magistrados disponer el pago al acreedor cuando la existencia de la obligación no fuere discutible seriamente; y en estos casos, el juzgador está autorizado a exigir una caución al solicitante de la medida. García de Enterría ha destacado que estas cautelas son accesorias a un proceso principal y tienden a desestimular a aquellos litigantes de mala fe que pretenden valerse de la demora del juicio para aprovechar tiempo y dinero.

[39] Opinión del autor Mariano Bacigalupo, "La nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la ley 29-1998)" Marcial Pons, Madrid, 1999, citado por Ramiro Simón Padrós, op. cit. p. 319

[40] Eduardo García de Enterría, "Hacia una Nueva Justicia Administrativa", Ed. CIVITAS, Madrid, 1992, 2ª edición ampliada, pp. 165-174

Aún sin previsión legal, en mi opinión nada impide a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo del Ecuador adoptar medidas cautelares positivas como las que aplica el Consejo de Estado en Francia y que en nuestro sistema encontrarían fundamento en el derecho constitucional a una tutela efectiva.

7.5. De los requisitos para adoptar medidas cautelares

El primer requisito se refiere a la apariencia de buen derecho. Para que el órgano juzgador califique favorablemente la tutela cautelar, el solicitante de la medida deberá fundamentar su pedido en la verosimilitud o la apariencia de buen derecho. El órgano jurisdiccional viene obligado a valorar esa verosimilitud y a dictar la medida cautelar. Esto es lo que la doctrina de los procesalistas identifica como *fumus bonis juris*.

El segundo requisito está relacionado con el daño por demora. El solicitante de la providencia cautelar deberá explicar al juzgador cómo el paso del tiempo hasta obtener un pronunciamiento que declare la certeza de su derecho, le provocará daños de difícil o imposible reparación; o acrecentarían la carga económica que el Estado deberá asumir al momento de reparar el daño. Esto es lo que la doctrina identifica bajo la formulación latina periculum in mora.

La realidad en que se desenvuelve el contencioso administrativo ecuatoriano, facilita la acreditación de este segundo requisito, por un lado, la duración de los procesos que toma entre uno y cinco años; por otro, la vigencia del Art. 76 de la LJCA que impone la ejecutividad de un acto administrativo aún cuando estuviere discutiéndose en juicio la legalidad del acto impugnado. Estas dos circunstancias, una fáctica y otra derivada de una norma positiva tornan incontrovertible la justificación del daño por el transcurso del tiempo.

Un tercer requisito no esencial, pero que algunos autores aconsejan su adopción legal, es el de la contracautela. Ésta se refiere a la caución o garantía que pudiere rendir el solicitante de la medida para asegurar las costas y perjuicios que ocasione la medida precautoria. La exigencia de la contracautela se justificaría en criterio de esos autores, porque las providencias precautorias solo pueden ser dictadas bajo la responsabilidad de quien pidió la práctica de la medida[41].

En mi opinión, esa afirmación es parcialmente correcta porque no puede imputarse responsabilidad exclusiva al peticionario de la medida dado que en el trámite del juicio cautelar no basta la solicitud del accionante; se requiere la decisión del juzgador que, luego de un discernimiento sobre la apariencia de buen derecho y el peligro de eventuales daños por la demora en la obtención de una decisión definitiva adopta la tutela a favor del solicitante de la medida. De ahí que la contracautela no sea exigible como requisito de previo cumplimiento para la validez de la medida cautelar que se llegare a dictar y que sea aconsejable dejar al criterio del juez la determinación de los casos en que sea exigible esa caución, el monto de la misma y el momento en que deba rendirse.

Conclusiones:

a) El derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el Art. 24 No. 17 de la Constitución Política de la República, trastocó las bases del contencioso administrativo ecuatoriano y sustituyó el anacrónico sistema de un juicio objetivo al acto por una jurisdicción tutelar de derechos e intereses legítimos. Bajo esta consideración, resulta inadmisible y contraria al derecho constitucional la norma del Art. 76 de la LJCA que impone la

[41] Pablo O. Gallegos Fedriani, "Las Medidas Cautelares" op. cit. p. 601.

ejecución de los actos administrativos que han sido impugnados en sede judicial.

b) De la aplicación de la tutela judicial efectiva de derechos que consagra la Constitución Política del Ecuador y del Art. 189 No. 4 del ERJAFE se desprende que mientras se desarrolla un proceso en que se discute la legalidad de un acto administrativo o de cualquier actuación del poder público, los órganos de la Administración Pública Central deberán abstenerse de ejecutar el acto que está siendo conocido por el juzgador;

c) La impugnación de actos expedidos por cualquier otro órgano administrativo que conforma el Estado ecuatoriano y que no integre la Administración Pública Central, da derecho al accionante a solicitar al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, la práctica de una o varias medidas de tipo cautelar para asegurar la eficacia de la decisión que recaiga en el juicio principal. El órgano juzgador está en la obligación de brindar la tutela cautelar que deriva del principio de tutela judicial efectiva, como lo reconocen unánimemente la doctrina y la jurisprudencia de un sinnúmero de países.

d) Para hacer efectiva la plena vigencia del derecho constitucional, las cautelas que están llamados a adoptar los Tribunales Distritales pueden ser las meramente suspensivas de los efectos de los actos administrativos, o las suspensivas de actos administrativos denegatorios o las de carácter positivo, tomando en consideración la necesidad de tutelar eficazmente el derecho y la obligación de asegurar la efectividad de la sentencia que en su momento se llegare a dictar.

La dación de órganos humanos en el Ecuador[1]

Jaime Galán Melo[2]

El desarrollo tecnológico dentro de una sociedad implica siempre una revisión a sus bases y fines comunes que, a su vez, produce un avance cultural integro sobre la visión de la existencia del ser humano y su comportamiento; dentro de este desarrollo se encuentra el proceso médico de transplante de órganos humanos que aporta con nuevas reflexiones al Derecho y a la Ética, sobre la afectación de los bienes jurídicamente protegidos y los principios rectores en la regulación que deben tomarse al respecto.

Un primer aspecto jurídico en consideración, trata sobre la disposición de la vida, la integridad personal, y del cuerpo humano, en razón del principio de autonomía, en tanto, se convierte en el supuesto que soporta la posibilidad del trasplante de órganos y, sumado al elemento económico, produce un fenómeno social que busca en el Derecho una respuesta en base a sus dos funciones: la de regulación y la de transformación.

De cierta forma el Ecuador ha participado de la función reguladora del Derecho, con un primer antecedente histórico, al expedirse una reforma al Código de la Salud en el año de 1987[3], e incorporó la figura del transplante de órganos, lo que nos permite determinar que dicho fenómeno ha estado presente desde mucho tiempo en el país, pero que aún no ha encontrado una respuesta satisfactoria a las exigencias del medio social.

[1] Extracto tomado de la investigación para la tesina de grado de la licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la PUCE.

[2] Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, realizando la tesina titulada "La naturaleza jurídica del transplante de órganos y tejidos humanos y su aplicación práctica del Ecuador", Ayudante de la Cátedra de Instituciones del Derecho Laboral.

[3] Ley No. 64 publicada en el Registro Oficial 707 de 15 de junio de 1987.

La Ley de Transplante de Órganos y Tejidos, que suplanto a las mencionadas reformas, se encuentra vigente hasta la actualidad desde su publicación en el Registro Oficial 492 de 27 de julio de 1994; en este mismo cuerpo normativo, la disposición transitoria única señala que el correspondiente Reglamento deberá ser expedido en un plazo máximo de noventa días, esta norma lamentablemente obtuvo el tratamiento reglamentario acostumbrado en el país, y fue expedido casi cuatro años después[4].

Por su parte la mencionada ley, otorga al Ministerio de Salud Pública las facultades de control sobre el trasplante en el Ecuador, sin embargo en el Reglamento de aplicación de esta ley se hace una mera mención de un Organismo Nacional de Trasplante de Órganos y Tejidos (ONTOT) como el encargado del control de los procedimientos trasplantológicos en el país, lo que no constituye un acto jurídico de creación de tal Organismo, y se entendería que, fuera de cualquier lógica jurídica, se dio una creación tácita del mismo.

La inconsistencia en la existencia del Organismo Nacional de Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos, se incrementó con la expedición del Acuerdo Ministerial No. 01403 del año 1999[5] que creo una Comisión Nacional de Trasplante de Órganos y Tejidos (CONTOT); un organismo no previsto por la ley, ni aún por el Reglamento, razón por la cual, con la expedición del Acuerdo No. 1808-A en el mismo año[6], se derogó tal creación de esta Comisión y creó el ONTOT; acuerdo que a su vez fue derogado por el Decreto 2302 del año 2002[7], en el cual finalmente se ratifica la creación y actividades del ONTOT, con sede en Quito, adscrito al Ministerio de Salud Pública, y vigente hasta la actualidad.

[4] Decreto Ejecutivo 1600 ppublicado en el Registro Oficial 356 Suplemento de 8 de julio de 1998.

[5] Publicado en el R. O. No.220 de 25 de junio de 1999

[6] Publicado en el R.O.: No. 343 de 21 de diciembre del mismo año 1999.

[7] Publicado en el R.O. No. 516 del 18 de febrero del 2002.

Basta con mirar este proceso de la normativa y del organismo de control, para notar una deficiencia en la aplicación de la norma sustantiva, desde su existencia y que aún persisten hasta la actualidad; a esto, se suma la falta de asimilación social, resultado de la poca difusión y educación al respecto del tema. En búsqueda de suplir las exigencias actuales, se expidieron sendos acuerdos ministeriales que intentan completar un régimen jurídico entorno al transplante de órganos; entre estos los reglamentos Del Banco Nacional de Ojos, Para el Establecimiento del registro y lista de espera de pacientes para transplante renal, y Para el establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos[8].

A este compendio normativo se le agregan varias reformas al Código Penal que se expidieron en el año 2005[9], que incluyeron una tipificación más extensa de la extracción y tráfico de materiales anatómicos, con penas que van desde prisión de 3 años hasta reclusión mayor especial de 25 años, lo que significó el endurecimiento de la sanción de prisión de 1 a 3 años contemplada en el Artículo 21 de la Ley de trasplantes ecuatoriana.

Esta considerable normativa ecuatoriana, exige un análisis profundo sobre los las peculiaridades del transplante de órganos, en búsqueda de difundir y concienciar a la sociedad, con el objetivo de establecer principios generales que permitan la eficacia jurídica del trasplante de órganos.

En el aspecto fenomenológico, basta con mencionar que en el Ecuador, según el Organismo Nacional de Transplante de Órganos y Tejidos, (ONTOT), existen 5.000 pacientes con

[8] Acuerdos Ministeriales 0832,0833, y 0834 publicados en el R. O. No. 197 de 27 de enero del 2006.
[9] Publicado en el R. O No. 45 del 23 de junio del 2005

insuficiencia renal, de lo cuales 3.000 necesitan diálisis, y 1.000, necesitan un transplante[10]; y desde el mes de enero del año dos mil seis, el Hospital Eugenio Espejo, hospital público por cierto, práctica transplantes de riñón, centro que se suma al Hospital Carlos Andrade Marín, también público, y al Hospital Metropolitano, de carácter privado[11].

Del mismo modo existen el Banco de Ojos del Club de Leones, y aquel del Hospital Metropolitano en la ciudad de Quito; el primero de estos inmerso en un suceso acontecido en el mes de julio del año dos mil seis, sobre la extracción de córneas de un cadáver sin consentimiento de los familiares que ameritó la denuncia penal correspondiente y que se encuentra el proceso aun en trámite[12].

Finalmente, toda la normativa y fenómenos sociales justifican la función transformadora del Derecho, en cuanto se fijen principios jurídicos a través de reformas normativas y se incentive esta actividad; pero que asimismo se garantice un proceso adecuado y, sobre todo, que los juristas asuman el reto de estar a la par con el desarrollo tecnológico y a las exigencias sociales.

Generalidades de la dación de órganos

A nivel mundial se ha llegado al consenso que la dación de órganos se realice únicamente con fines altruistas, entiéndase esto como la disposición desinteresada de una parte del cuerpo en beneficio de otra persona, en expresa solidaridad humana y social; asimismo los fines económicos se han censurado fuertemente tipificando penalmente actos tales como el tráfico ilegal de órganos; por lo que se ha procurado partir de

[10] Datos publicados en el artículo "USD 16.000 al año cuesta tratar al paciente con insuficiencia renal", Diario El Comercio, jueves 14 de septiembre del 2006, Pág. 20.
[11] Íbidem
[12] Datos Publicados en el artículo "Un policía implicado en robo de córneas", Diario El Comercio, martes 11 de julio del 2006.

dos principios éticos principalmente: Evitar la instrumentalización del ser humano, y la socialización de las biotecnologías.

La mayor expresión de tal instrumentalización, ocurre en aquellas situaciones en las cuales los pacientes aceptan someterse a un tratamiento pese a existir alto riesgo, y que no presenta una expectativa de vida razonable, en razón de su estado de desesperación; en tanto, se convierten en un sujeto de experimentación, convirtiéndose en un simple medio no en un fin en sí mismo, en frontal contradicción entre el respeto a la autonomía frente a la dignidad del ser humano.

La socialización de las tecnologías, implica por su parte, que en el caso del transplante de órganos y tejidos humanos, se debe promover la equidad y justicia, en cuanto el acceso a este tratamiento sea generalizado, de tal forma que no se privilegia a un grupo determinado de personas, responsabilidad eminentemente del Estado, quien es el encargado de la universalización de este procedimiento médico, obviamente con control.

Esta visión moderna sobre las biotecnologías, no es ajena al ámbito jurídico ecuatoriano, ya que se evidencia en el Artículo 49 de la Constitución, en el cual se "*garantizará el derecho a la vida, desde la concepción*" ampliando así la visión del derecho a la vida, además de lo señalado al final del Artículo 44 del mismo cuerpo normativo que fija como responsabilidad del Estado impulsar "el avance científico y tecnológico en el área de la salud, con sujeción a principios bioéticos.", en el mismo sentido se incorporó dentro de la integridad personal, la prohibición expresa de "*la utilización indebida de material genético humano*"[13].

[13] Art. 23 numeral segundo de la Constitución Política del Ecuador

Es necesario, entonces, determinar cuáles son los principios bioéticos aplicables en el Ecuador. En la experiencia internacional, se han fijado algunos principios en la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Biomedicina[14], que si bien no es vinculante al Ecuador, pueden servir de directrices generales, como parte del Ius Cogens, y en consideración a una interpretación de los derechos constitucionales a favor de su plena vigencia presente en el Art.18 de nuestra Constitución Política.

En el Artículo 2 de este convenio se hace referencia a la primacía que tiene: *"el ser humano sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia"*, obviamente esto otorga un espectro más amplio a la mera inviolabilidad de la vida y posiciona al ser humano en un plano preferente.

En el mismo sentido, otro instrumento internacional como la Declaración Bioética de Gijón[15] manifiesta como recomendación número catorce que *"El debate ético sobre el final de la vida debe proseguir, con el fin de profundizar en el análisis de las diferentes concepciones éticas y culturales en éste ámbito y de analizar las vías para su armonización."*; incorpora así al debate incluso la decisión sobre el final de la vida como parte integrante del mismo derecho; luego la visión que se debe tener al respecto de la vida debe ampliarse a varias aristas que surgen en razón de la tecnología.

Dentro de estas visiones es necesario, analizar el derecho a la vida dentro del proceso de transplante de órganos, en cuanto una persona, en razón de una enfermedad, ve deteriorarse su calidad de vida hasta el punto de conocer que esta terminará en un tiempo determinado y depende de la decisión de otro ser humano para correr un riesgo considerable y someterse a la

[14] Realizada en el Consejo de la Unión Europea en Oviedo (Asturias) el 4 de abril de 1997.

[15] Recomendaciones realizadas por el Comité Científico de la Unión Europea en Gijón el 24 de junio de 2000

extracción de un órgano en beneficio del paciente terminal.

Varias son las consideraciones éticas y religiosas que pueden esbozarse a partir de este punto; sin embargo en lo que compete a lo jurídico, el ya mencionado Artículo 44 de la Constitución ecuatoriana, implica que la responsabilidad del Estado es otorgarle a esta persona la posibilidad de recurrir a un transplante, al ser este un avance médico que, en consideraciones bioéticas, es estimado prudente dentro de ciertas limitaciones.

Con respecto al derecho a la integridad física, es necesario señalar que se encuentra directamente vinculada a la necesidad inexorable que se provoquen mutilaciones en el cuerpo humano para extraer cualquier elemento anatómico en beneficio de un transplante; incluso, dentro del autotransplante (aquel que se realiza la implantación en la misma persona de la cual se extrae dicho elemento); estas mutilaciones al ser en beneficio propio, la trasgresión de la integridad física se ve superada por el derecho a la vida del mismo paciente; mientras que en el trasplante entre personas vivas la discusión gira en torno de la justificación de poner en riego la vida, en razón de una solidaridad humana en beneficio de otra.

Tanto el derecho a la vida y a la integridad física, están considerados dentro de los denominados como derechos personalísimos, definidos como aquellas "*prerrogativas de contenido extramatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento hasta después de su muerte*[16]"; también se los denomina como los Bioderechos, por ser aquellos "existenciales que tienen por objeto la vida, el cuerpo y a la libertad física."[17]

[16] Julio César Rivera, Instituciones del Derecho Civil Parte General II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, Pág. 7.
[17] Ricardo Rabinovich, Derecho Civil Parte General, Astrea, Buenos Aires, 2000, Pág. 236.

Eminentemente en el transplante de órganos, se encuentran inmersos estos derechos, y de forma obvia también su disposición, en cuanto significa que a través de un acto se dispone del derecho a la vida, de la integridad física por medio de la disposición del cuerpo y sus partes; y de la misma forma del cadáver.

Consideraciones sobre los órganos y tejidos humanos

En toda relación jurídica, se considera como objetos *"a las cosas, los bienes y los servicios personales"*[18] ; en el caso de la dación de órganos las cosas tomadas como bienes constituyen los componentes anatómicos, y los derechos sobre ellos existentes, a aquellos personalísimos ya mencionados.

El artículo 1 de la Ley de Transplante ecuatoriana, manifiesta ciertas definiciones legales que son tomadas de la ciencia médica, dentro de las cuales en su literal b) señala lo que se entenderá como componentes anatómico: *"son los órganos, tejidos y, en general, todas las partes que constituyen el organismo humano."*.

De esta definición partimos que existe un término genérico para la interpretación y aplicación de la ley antes mencionada, lo que daría lugar a determinar en primera instancia, que todo lo que forma parte del organismo humano, es susceptible de transplante al amparo de la esta ley; es más, se hace un uso indiscriminado de la terminología en tanto muchos artículos se encuentra que mencionan de forma indistinta el término órganos o componentes anatómicos, para que finalmente se incluya un término adicional en el artículo 16 de la misma ley sobre los líquidos corporales.

Al respecto queda la incertidumbre de entender a la final cual es el objeto preciso de la aplicación de la ley de transplante de

[18] Julio César Rivera, op. cit. No. 15, Pág. 358.

órganos y tejidos, más allá de su título y de su uso normativo indistinto; en cambio, se puede determinar con precisión que es lo que se excluye del ámbito de aplicación de esta norma, ya que en su artículo 23 prescribe que: *"las disposiciones de esta ley no serán aplicables a los casos de sangre humana y sus componentes, espermatozoides, óvulos, embriones y placenta."*

Al respecto de esta enumeración, es necesario señalar que responde a una consideración distinta ya que en su esencia coinciden en el carácter de ser componentes renovables y fácilmente separables en cuanto *"no afecte al resto del cuerpo en sus funciones y salud"*[19] , y por tanto de distintos efectos jurídicos, es así que la sangre y sus componentes se encuentra regulado por la Ley de Aprovisionamiento y Utilización de Sangre y su Derivados[20], el Reglamento del Sistema Nacional de Aprovisionamiento de Sangre y sus Derivados[21], y de la Ley de Donantes Voluntarios de Sangre[22], por lo que de cierta forma se encuentra jurídicamente respaldado el tema.

Sin embargo, en el caso de los espermatozoides, óvulos, embriones y placenta la realidad jurídica que les rodea es distinta en tanto no existe ningún instrumento jurídico que regule su situación, existiendo un vacío legal en contraposición a la realidad de la proliferación de Clínicas de Reproducción Asistida que trabaja en base a estos componentes, así se deja puerta abierta a la violación de los derechos inmersos en estas prácticas.

Una vez enumeradas estas exclusiones normativas, y para lograr determinar que se entiende con los diversos términos usados en la ley, se puede recurrir al Reglamento para el Estaa-

[19] Ricardo Rabinovich op. cit. No. 16
[20] Ley 54 PCL publicada en el R.O. No. 559 de 7 de noviembre de 1986.
[21] Decreto Ejecutivo 3114 publicado en el R.O. No. 882 de 25 de febrero de 1992.
[22] Ley PCL publicada en el R.O. No. 776 de 29 de junio de 1984.

blecimiento de Normas de Calidad y de Seguridad para la Donación, Obtención, Evaluación, Procesamiento, Preservación, Almacenamiento y Distribución de Células y Tejidos humanos, en el cual hace definiciones más precisas.

Si bien este reglamento desarrolla el contenido de la ley en sentido de validez jurídica, además ofrece una solución para determinar cual es el ámbito de aplicación de la ley, es necesario mencionar que este reglamento entró en plena vigencia a partir del año 2.006, lo que dista aproximadamente unos doce años desde la vigencia de la Ley de la materia, lo que implica que dentro de este tiempo se debió entender que cualquier parte del organismo humano era susceptible de transplante, incluso los casos más inverosímiles. Sobre este punto prevaleció en este lapso y hasta la actualidad las limitaciones técnicas, las necesidades y costos de intervención, y obviamente la racionalidad sobre la utilización de los transplantes. En todo caso, los términos más adecuados se encuentran en el Artículo 3 del mencionado Reglamento, en el siguiente detalle:

1.- Células.- células individuales de origen humano, colección de células de origen humano cuando no están unidas por ninguna forma de tejido conjuntivo.

2.- Tejidos.- Todas las partes constituyentes del cuerpo humano formado por células

3.- Órgano.- Una parte diferenciada y vital del cuerpo humano, formada por diferentes tejidos, que mantienen su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un nivel de autonomía importante.

Con una interpretación sistemática de ambas normas, y en virtud de la regla tercera del Artículo 18 del Código Civil

ecuatoriano en cuanto a las definiciones técnicas, podemos determinar finalmente que el ámbito de aplicación de la ley de transplante de órganos, y los reglamentos respectivos son todas las células, los tejidos y órganos humanos, a excepción de la sangre y sus componentes, espermatozoides, óvulos, embriones y placenta., entiéndase incluido los líquidos corporales como la consideración de células.

Esta definición legal abierta permite que a futuro se amplíe las posibilidades de componentes anatómicos que sean el objeto material dentro de un transplante, por el momento, los componentes anatómicos con más frecuencia y tratamiento especial en la normativa y de mayor frecuencia en la práctica médica en el Ecuador, con las excepción señaladas, son: Corazón, Válvulas cardiacas, Pulmón, páncreas, riñón, hígado e intestino; piel, córneas y elementos osteoarticulares[23]; Células Madre proveniente del cordón umbilical[24].

En el Derecho Comparado, tal como en la legislación argentina[25], se ha dejado a la potestad reglamentaria detallar un listado de aquellos órganos que se consideren susceptibles de transplante, esto permite una flexibilidad acorde a los avances médicos y tecnológicos, lo que incidirá finalmente en la licitud del acto al solo poder extraerse determinados órganos, postura que el Ecuador podría acoger.

Como conclusión, es necesario que la legislación ecuatoriana aproxime la terminología técnica para no crear ambigüedad normativa, de tal forma de debe considerar la posición de crear un régimen de transplante de células, líquidos corporales, tejidos y órganos humanos, en los cuales se contempla la

[23] Referencias que se hacen en el Artículo 15 literal a) y b) del reglamento de Aplicación a la ley de trasplantes ecuatoriana

[24] Al respecto de estas células se ha realizado intervenciones en Cuenca, información constante en el artículo "El paciente con cáncer tiene esperanzas con el trasplante", El Comercio, lunes 10 de julio del 2006, Pág. 23.

[25] Inciso segundo del artículo 14 de la Ley de transplantes argentina de 24 de marzo de 1993.

normativa en general incluyendo los caso de sangre, células reproductivas y todo elemento anatómico en general, unificando la normativa referente a esta temática.

Determinado que se considera susceptible de una dación de órganos, vale precisar que, al hablar del cuerpo humano, El Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante de la Argentina (INCUCAI), manifiesta que, en análisis a la doctrina sobre la naturaleza del cuerpo, se ha desarrollado dos teorías contrapuestas, la primera sobre el dominio imperfecto del cuerpo humano, y la otra sobre el dominio perfecto, la última con dos visiones distintas, una como una propiedad individual, y otra como propiedad pública[26].

Sobre el dominio imperfecto se lo ha vinculado con el cristiaanismo, en cuanto se ha determinado que no se tiene un dominio sobre la vida porque esta es una gracia divina, en consecuencia no se puede disponer del cuerpo, sin cometer una sacralidad de la vida humana. La calidad de imperfecta, se da en tanto aquel que da la vida por el beneficio de un tercero, no contrae una obligación perfecta, sino más bien imperfecta o de beneficencia. Como es un acto benéfico no es compatible con el comercio. Para reforzar esta tesis, se propugna el hecho que ser señor o tener dominio, significa que se debe tener superioridad el dueño sobre el bien, algo que el caso de la vida, y por ende del cuerpo humano no existe.

Con respecto al dominio perfecto sobre el cuerpo humano, se considera al hombre como dueño de sí mismo, de su cuerpo y de su vida, en cuanto se podía llegar, incluso, a aceptar pagar un precio por el mismo y sus partes. Sin embargo, se debe considerar el hecho de la dación de órganos como una obligación imperfecta, en tanto al ser individual la decisión y al estar vinculado con la beneficencia, no se puede obligar a una

[26] Cfr. Comité de Ética del INCUCAI, "Sobre la ética de no comercialización de órganos" , www.incucai.gov.ar, el 24 de septiembre del 2006.

persona a entregar sus órganos, pero en todo caso cabe la posibilidad que, en base a una ponderación de riesgos y beneficios, se fije un determinado precio a los órganos y tejidos.

Este criterio a la doctrina postula que el cuerpo humano es una propiedad pública, luego se considerará que existe un deber público de entregar los órganos en cuanto beneficio de la sociedad, que se canaliza a través de la potestad del Estado, lo que ha servido como sustento a lo que se conoce como consentimiento presunto al otorgarle legitimidad, siendo así que de no existir una negación expresa de otorgar los órganos una vez que se muere la persona, se entiende que ha consentido en ello con solidaridad con otros miembros de la sociedad.

Frente a estas dos posiciones, es preferente mencionar que de hecho existe un dominio perfecto del cuerpo humano, en cuanto se debe desechar el argumento en el cual se dice que el humano no puede ser señor y dueño de sí mismo, ya que de hecho lo es, en virtud del principio de autonomía y de la naturaleza humana, sin embargo se encuentra limitado en cuanto su autonomía no puede ser la negación a sí mismo, de tal forma surge la disposición de derechos personalísimos, pero a su vez, se encuentran las limitaciones propias que conlleva tal disposición lo que constituye, entonces, una obligación imperfecta, es decir de beneficencia, en razón de su finalidad.

De distinta forma se ha visto al cadáver, como la conversión del cuerpo humano a una cosa, una vez que ha muerto; sin embargo ha sido objeto de tutela en virtud de usos, costumbres, religión, moral y por el derecho positivo, en el caso ecuatoriano, la estipulación del Código Penal en su Artículo 117, en el cual se otorga una tutela al cadáver. Al respecto de su naturaleza jurídica se ha manifestado que es una cosa, que en principio se debe estimar que está fuera del comercio, cuya excepción se presenta en el caso del cadáver reducido a esqueleto que se comercializa con fines de estudio e investi-

gación, en cuanto se ha producido una total independencia con la personalidad del muerto[27], luego es susceptible de comercia-lización.

Al amparo de estas visiones, los órganos comparten la naturaleza del cuerpo humano, y del cadáver en su momento, por lo que la naturaleza jurídica de los órganos y tejidos humanos, y en definitiva de todo componente corporal, debe ser considerado como un bien, al amparo del Derecho Civil. En el Ecuador, bien y cosa en la terminología son indistintamente usados; sin embargo, una primera aproximación a la definición de cosa se define como "todo lo que existe sin tener la calidad de persona"[28], particularidad que en sí cumplen los órganos y tejidos.

Si bien se determina que es una cosa, es necesario determinar la diferencia doctrinaria que se hace con respecto a bien. Los bienes son aquellos "susceptibles de valoración"[29], misma que no solo se debe considerar como un valor necesariamente económico, sino que este valor "está dado por la idoneidad para cumplir una finalidad social o humanitaria"[30]. Adicionalmente, al fijarse un valor por su finalidad social, denota lo distintivo entre ser una mera cosa y un bien, a este último le acompaña una apropiación sea real o virtual en cuanto sobre el cuerpo existe un dominio perfecto como ya se mencionó, luego en el caso de órganos humanos, tenemos que por su función social y al ser apropiables en forma virtual, por lo menos, su naturaleza jurídica corresponde a un bien.

Urge entonces definir que particularidades propias rodean a estos; de esta forma se debe manifestar que por los derechos que se encuentran inmersos su carácter es extrapatrimonial,

27 Cfr. Cifuentes citado por Julio César Rivera, op. cit. No. 15, Pág. 66.
28 Eduardo Carrión Eguiguren, Curso de Derecho Civil, de los Bienes, Don Bosco, Quito, 1979, Pág. 75.
29 Julio César Rivera, op. cit. No. 15, Pág. 359
30 Ídem

esto se ve plasmado en la no comercialización de los órganos humanos, supuesto prescrito en el Artículo 21 de la Ley de Transplantes ecuatoriana.

Sin embargo, su calidad de extrapatrimonial no niega su calidad de corporal, ya que tal consideración surge de la naturaleza de los derechos inmersos no patrimoniales en esencia, ya que son del sujeto del derecho y no de su patrimonio; al respecto vale volver a mencionar que la naturaleza jurídica del componente anatómico es distinto al derecho que asiste a todo ser humano de disponer de su cuerpo y obviamente de sus partes.

Entonces, se debe considerar el carácter corporal de los componentes corporales, en la definición clásica que hace el Código Civil en su artículo 583, en cuanto es innegable su calidad de tangibles, al ser percibidos por los sentidos. Con respecto, a las otras categorías que realiza el Código Civil ecuatoriano sobre los bienes, no aplican como determinantes para los componentes anatómicos, ya que su enfoque va dirigido mas bien a la valoración económica, luego si per se los órganos se encuentran fuera del comercio, esta categorización no puede afectarles.

Como conclusión podemos determinar que la naturaleza jurídica de los componentes anatómicos se define como bienes corporales extrapatrimoniales, no susceptibles de comercialización, y que son protegidos por la ley debido a los derechos que se hallan relacionados.

El artículo 21 de la Ley de Transplante de Órganos, señala taxativamente la prohibición de comercializar componentes anatómicos, esto concordante además con lo que se manifiesta en el Informe de la Secretaría de la Organización Mundial de la Salud[31], con respecto a lo que se definió en la Asamblea de

[31] Informe de Secretaria de la reunión 112ª del Consejo Ejecutivo de la OMS de 2 de mayo del 2003.

la Salud en el año de 1991 como uno de los principios rectores sobre transplante de órganos humanos.

El carácter de un bien no susceptible de comercialización se ha hecho presente en el Derecho Comparado tanto en la Argentina[32] como en España[33]; de la misma manera que en Ecuador cuya prohibición de comercialización de órganos es de rango legal; de distinta manera, encontramos que con grado constitucional, Suiza ha garantizado la calidad de gratuidad en el caso de transplante de órganos, expresando que "el comercio con órganos humanos está prohibido"[34].

En este tema, se puede concluir que en el Ecuador, al ser una prohibición con grado legal, esto con el riesgo de ser susceptible a reforma y derogatoria con un procedimiento más accesible; la Constitución ecuatoriana debería incorporar estas disposiciones como criterios más amplios dentro del derecho a la vida y a la integridad personal, obviamente sin caer en grandes extensiones, procurando el carácter de sumaria y amplia que caracteriza a una Constitución.

Es recomendable que se haga una reforma constitucional en este sentido, como una apreciación jurídica más precisa de los derechos personalísimos dentro de la Carta Magna, sin embargo no es imprescindible, ya que dentro del Derecho Internacional Público se ha llegado al consenso de la no comercialización del componentes anatómico, suficiente argumento jurídico que asegura que una reforma legal en el sentido contrario no prospere; estas consideraciones no cambian el hecho que el Ecuador no haya suscrito ni ratificado hasta el momento ningún instrumento público al respecto.

[32] Literal f) del Art. 27 de la Ley de trasplante argentina de 24 de marzo de 1993.
[33] Art. 2 de la Ley de Trasplantes Española, Decreto Real de 27 de octubre de 1979.
[34] Art. 119ª, numeral tercero de la Constitución de la Confederación Helvética de 18 de abril de 1999.

La dación de órganos como acto jurídico

El proceso médico conocido como transplante, debe considerarse como una relación jurídica compleja, en la cual interactúan varios sujetos, en múltiples actos que tienen relevancia jurídica de forma independiente; pero, en forma conjunta configuran una importancia distinta que, técnicamente, se considera como "el traslado de una porción mayor o menor de tejido o de un órgano desde una parte del cuerpo a la otra, o desde un organismo a otro"[35].

En definición del artículo 1 literal a de la ley de trasplantes ecuatoriana, este procedimiento consiste en "el reemplazo, con fines terapéuticos, de componentes anatómicos en una persona, por otros iguales y funcionales, provenientes del mismo receptor o de un donante vivo o muerto", esto implica dos acciones principales, aquella de extracción y la de implantación; en el caso que estas se realicen individualmente, corresponde a otro procedimiento médico con distinta naturaleza,

Entre estas dos acciones, además se hacen presentes las actividades de evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución, que si bien no inciden en la naturaleza misma del transplante, se presentan de manera incidental, cada una con su debida importancia, ya que entre estas acciones puede existir distantes periodos de tiempo y pueden suceder en distintas jurisdicciones territoriales y crear conflictos de leyes, lo que finalmente permitirá establecer las distintas consideraciones sobre la responsabilidad jurídica y la ley aplicable a cada caso.

[35] Definición de Miguel Ángel Monge citado por Germán Masserdotti, "¿Es posible una solidaridad forzada?", en : www. revistapersona.com.ar/Persona53/53Masserdotti.htm., el 27 de julio del 2006

Por este motivo y con relación a los sujetos que participan del trasplante, surgen las siguientes intervenciones médicas[36]:

El heterotransplante.- Cuando el material proviene de un animal y está destinado a un humano, denominado también xenotransplante[37].

El homotransplante.- Si los dos agentes son personas humanas, derivándose de este, el llamado autotransplante cuando los elementos anatómicos son extraídos del mismo paciente al cual se los implanta.

El heterotransplante, al tener de por medio la extracción de material orgánico de un animal, para beneficio de un humano, infiere otras consecuencias jurídicas debido a la consideración que tiene el Código Civil ecuatoriano en su artículo 585, bajo el pensamiento que manejan algunos autores[38], en el cual se describe a los animales como cosas corporales muebles, en consideración a su calidad de semovientes; lo que provoca que tenga una incidencia distinta, en cuanto a la naturaleza de los órganos provenientes de animales, en definitiva son cosas y se asimilan a las prótesis.

Al respecto basta mencionar, que este procedimiento aún se encuentra en una fase experimental, ya que a pesar de varios intentos, no se ha llegado a un resultado firme y positivo, sin embargo se encuentra dentro de la discusión bioética, debido a que ha surgido como respuesta a la insuficiencia de donantes en comparación de las incontables listas de espera; a esto se suman las tendencias relacionadas con el genoma humano y las modificaciones genéticas.

[36] Clasificación tomada de Ricardo Rabinovich, "Régimen de Trasplantes de Órganos y Materiales anatómicos", Astrea, Buenos Aires, 1994, Pág. 11.
[37] Término utilizado por Asier Urruela Mora, " El Xenotrasplante como técnica de futuro", Colección Derecho, Genoma Humano y Biotecnología, Temis, Bogotá, 2004, Pág. 201
[38] Entre estos autores se encuentra Ricardo Rabinovich, op. cit. No,. 35.

La posibilidad de un xenotransplante en el Ecuador, aún se encuentra muy distante, en tanto que tal actividad se encuentra en una fase de experimentación a nivel mundial, y además que los costos de investigación son altos, lo que finalmente provoca que en la normativa actual no se contemple esta situación, aún menos que se regule; luego su necesidad de normalizar el fenómeno no es imperante por el momento.

En cambio sobre el homotransplante, una realidad latente en el Ecuador por cuanto su práctica es más común que se sospecha, en la normativa ecuatoriana se ha englobado dentro del término "transplante" incluyendo erróneamente lo que se entiende como autotransplante o autoinjerto, pese a sus diferentes incidencias jurídicas, en cuanto este último al ser en beneficio propio debe asociarse con prácticas médicas más comunes.

El homotrasplante está compuesto por tres acciones principales: la ablación como el acto por el cual se extrae material anatómico de un cuerpo humano, sobre esto es necesario mencionar que difiere de la mera extracción en tanto el fin que se busca es la implantación a favor de otra persona, más no una mera extracción por mera conveniencia, por ejemplo de un material maligno, sea un tumor por ejemplo. La implantación que consiste en el acto por el cual quirúrgicamente se acopla un órgano humano al cuerpo de aquella persona beneficiaria; y finalmente la conservación que consiste en todos aquellos actos que se encontrarán presentes entre la ablación y la implantación, entre este proceso se debe determinar los distintos actos de: evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución.

Además, a estas acciones se debe incorporar la procuración internacional de órganos, lo que se ha mal denominado importación y exportación de órganos, lo que implica que con los actos anteriores, pueden acontecer de forma continuada en un espacio reducido de tiempo, pero que asimismo pueden verse

distanciados cada uno de estos por un tiempo de gran importancia; además que cada uno puede llevarse a cabo en diferentes locaciones con legislaciones aplicables diversas.

En este caso, dentro del Derecho Comparado, la legislación española regula el transporte internacional de órganos[39], haciendo hincapié en el requerimiento imprescindible de la no existencia de un paciente en espera, a quien se le otorga una ventaja frente a extranjeros, y la respectiva autorización que el órgano administrativo competente debe otorgar en la Aduana, para la entrada o salida de los órganos al país. En el caso del Ecuador, el ONTOT debe cumplir con esta función de control, sin embargo no se ha efectivizado ya que las atribuciones del organismo no se han cumplido a plenitud, y de la misma forma la comunicación interinstitucional no ha logrado una participación adecuada.

Todas estas acciones configuran el fenómeno jurídico del proceso médico de homotransplante de órganos y tejidos humanos que dentro del campo jurídico se ha determinado como la dación o donación de órganos, lo que determina la figura jurídica de lo que se ha definido ya como homotransplante, con las exclusiones del caso: el xenotrasplante, autotransplante, y las exclusiones legales como la sangre, los embriones y demás; ya que se debe entender que cada uno de estos poseen una naturaleza jurídica distinta, pero semejantes en la clasificación de actos personalísimos en procesos médicos.

La terminología manejada a nivel mundial, en el cual se precisa la naturaleza jurídica del acto se ha mantenido entre los términos de dación, donación, e incluso de la cesión de órganos[40].

[39] Art. 19 del Real Decreto 411 de 1 de marzo d 1996 que regula las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos.
[40] Art. 1ro. de La ley española de 27 de octubre de 1979 sobre extracción y trasplante de órganos.

El término de donación, además de haberse acuñado en el uso cotidiano dentro de la sociedad ecuatoriana y el uso exclusivo que se le da en la legislación ecuatoriana, se fundamenta en el énfasis al carácter de gratuidad de este acto.

En definitiva tal acto, en consideración de la naturaleza sui generis de los órganos y tejidos humanos, y el ejercicio del derecho personalísimo de disponer del cuerpo; se debe, con un mayor acierto académico, utilizar el término de dación, ya que la peculiaridad de la relación jurídica, le otorga en sí mismo independencia a la figura tradicional de donación como un acto civil a titulo gratuito, que si bien no tiene el fin de comercio, los bienes objetos de la misma son de carácter especial. Basta señalar la diferencia existente en la calidad de revocable que tiene el acto, en la dación es revocable tanto en vida así como decisión de última voluntad e, incluso, contiene la posibilidad del arrepentimiento eficaz que se puede otorgar hasta el momento mismo de procederse a la ablación.

En definitiva la dación consiste en un acto de carácter unilateral, tanto cuando se da entre personas vivas, y aquel con órganos provenientes de un cadáver, dejando a salvo las consideraciones que se hacen sobre el consentimiento presunto[41] en algunas legislaciones. Como consecuencia lógica es susceptible de ser declarado inexistente o inválido jurídicamente; ahora bien, al respecto no se puede entender tal nulidad y sus efectos en tanto se busque que las cosas regresen al estado como se encontraban antes, algo totalmente imposible, pero sin embargo acarrea consecuencias jurídicas tales como una sanción, así como no generar ningún tipo de obligación civil al respecto, en caso de incumplimiento.

[41] El consentimiento presunto consiste en la presunción legal en el caso que la persona no haya manifestado ningún tipo de negativa, luego se asume que su consentimiento es otorgar sus órganos para trasplante una vez que fallece. Consta en varias legislaciones incluida la ecuatoriana.

En el campo civil al ser un órgano humano no susceptible de comercio, si se pretende la enajenación del mismo, se produce lo que el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1480, determina como objeto ilícito, luego cualquier contrato que se de bajo esta hipótesis será, por tanto, invalido. En el ámbito penal se encuentra tipificado esta conducta, y por lo tanto, penado en el Capítulo innumerado De Los Delitos relativos a la Extracción y Tráfico Ilegal de Órganos del Código Penal ecuatoriano incorporado en las reformas de junio del 2005.

La licitud de este acto vendrá determinado por lo que enuncia el Art. 1478, el cual se enuncia que la ilicitud es "todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano", lo que se mira claramente con las normas ya mencionadas al respecto de la no comercialización de órganos, los tipos penales referentes, y las sus limitaciones fijadas en la ley especializada y los diversos reglamentos.

Ahora bien, al respecto de la licitud del acto como tal, "hay que valorar juntamente los tres elementos"[42], en referencia al acto, las intenciones del agente y las circunstancias. Al respecto de las intenciones del agente, lo que se enmarca en la finalidad del acto, se debe resaltar la gratuidad como el consenso al cual las legislaciones a nivel mundial, así como los tratadistas, han llegado. La gratuidad implica que para el dador no implique ningún tipo de remuneración por su decisión de disponer de su cuerpo a favor de un tercero y que sus órganos no tengan un valor económico o dinerario.

La gratuidad dentro del transplante de órganos, se da en cuanto el acto de disposición de un órgano, no puede ser susceptible de una contraprestación dineraria, en este sentido se manifiesta el Art. 21 de la ley de trasplante de órganos ecuatoriana, en cuanto en su segundo inciso señala que serán

[42] Fernando Cuervo citado por German Masserdotti, op. cit. No. 34

susceptibles de sanción si: "... *ofrecieren o recibieren, directa o indirectamente, beneficios económicos u otros semejantes para la entrega y obtención de órganos...*".

Al ser un acto bajo el principio de gratuidad, que expresa la beneficencia existente, el Artículo 30 del reglamento a la Ley de trasplantes ecuatoriana, señala que "solo serán cobrados estrictamente los valores específicos producto de la ablación y conservación de estos órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos". Como referencia es necesario mencionar que los costos por un trasplante de riñón ascienden a USD. $14.000, oo a nivel privado y de USD. $4.500,oo en Hospitales Públicos, costo que no incluye el valor de los inmunosupresores que el paciente necesita de por vida[43].

Clasificación legal de la dación de órganos

La Ley de Transplantes ecuatoriana, ha recogido la figura de la dación en sus dos posibilidades: la realizada entre personas, y aquella con órganos provenientes de un cadáver. La consideración que hace la ley al distinguir estas dos posibilidades, se basa en la condición de él dador, en cuanto en la primera opción, este se encuentra con vida mientras se realiza la operación quirúrgica, mientras que en la última, una vez que el dador ha muerto, entendiéndose que ha perdido la vida, se extrae sus órganos para beneficiar a un tercero.

Esta diferencia natural y obvia, ocasiona que en el ámbito jurídico, la dación en uno o en otro caso tenga distintas consideraciones y efectos jurídicas, que determinaran luego las exigencias legales para cada caso, tanto para los sujetos que intervienen, las formalidades, y para la expresión de la voluntad.

[43] Información proporcionada por el ONTOT, mediante oficio OF /ONTOT-114-06/166, con fecha 20 de noviembre del 2006.

Dentro de la dación post mortem, cabe además hacer una distinción entre la que se conoce como la dación previa, en cuanto la decisión de dar un órgano, la expresa la persona en vida, lo que si configura una dación; mientras que aquella post mortem procede cuando al no existir la manifestación de la persona y los familiares no ejercen ninguna negativa, se convierte más bien como una ablación autorizada más que una dación propiamente.

Sin embargo, de estas consideraciones, que incluso en la doctrina ha incluida la dación presunta, se debe considerar como una ablación autorizada y no una dación como figura jurídica, ya que no contempla la misma naturaleza jurídica, al ser un acto independiente a la dación como tal, del mismo modo debe considerarse al consentimiento presunto, no en cuanto se presume el consentimiento sobre la dación de órganos, si no más bien sobre el consentimiento que se da para la ablación de estos componentes anatómicos.

En base a estas consideraciones, principalmente basada en la manifestación de la voluntad, y el sujeto que la presta, y en la oportunidad que se lo hace, se clasifica a la dación de órganos en aquella realizada en vida, aquella previa, dación post mortem, figuras que contempla la legislación ecuatoriana.

Dación en vida

La dación en vida, es aquella realizada cuando el dador y el beneficiario se encuentran con vida, lo que en primera instancia pone en consideración al derecho a la vida en dos aspectos: el primero de aquel que requiere de la dación para continuar con su vida; y el otro de aquella persona que pone en riesgo su vida para otorgarle tal oportunidad al receptor.

Por este riesgo intrínseco, mas bien se ha buscado más bien que este tipo de dación sea de carácter extraordinario, y se de preferencia a aquella realizada de un cadáver; sin embargo, la

falta de difusión de la dación cadavérica ha provocado la existencia persistente de la dación entre vivos. En este sentido, es necesario señalar que en transplantes entre personas vivas, se ha limitado por razones técnicas que los órganos sujetos de transplantes sean los denominados como pares o simétricos, los cuales permiten la supervivencia de aquella persona a quien se la extrae, con excepción del trasplante de médula ósea que no comparte esta calidad de simétrico, pero se lo realiza en vida.

De una forma jurídica, en cambio, se ha limitado a que la dación en vida en el Ecuador, se realice únicamente entre familiares, es decir, que el receptor sea padre, madre hijo o hermano, y solo en circunstancias excepcionales, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad[44]; sin embargo en el Derecho Comparado se ha incluido la posibilidad de que el dador, sea el cónyuge y el conviviente en unión de hecho.

Uno de los fundamentos a esta limitación, es la posibilidad de mayor histocompatibilidad, entendida como la reducción de posibilidades de un rechazo debido a la cercanía genética; aunque en el caso del parentesco de afinidad directamente no aplica este razonamiento, del mismo modo que el cónyuge y el conviviente en unión de hecho se interpreta, mas bien, lo que del Código Civil ecuatoriano "se colige que entre ellos no existe relación de parentesco (...) sino más bien una relación particular y específica, derivada directamente del contrato de matrimonio"[45]. Más bien, el fundamento principal que se encierra en esta limitación legal, es un método de evitar la comercialización de órganos, o que exista un contrato oneroso entre el dador y el beneficiario, debido al avance en la medicina que evita el rechazo del órgano una vez implantado.

[44] Art. 11 de la Ley de trasplantes ecuatoriana.

[45] Sonia Merlyn, "Comentarios para la aplicación en el Ecuador de la Ley de Trasplante de Órganos y su Reglamento", en www.revistapersonal.com.ar; 7 de diciembre del 2005.

De una forma ampliada en la Argentina, si se ha incluido dentro de los beneficiarios al cónyuge y al conviviente, visto más bien como solidaridad familiar, en cambio, en el caso ecuatoriano no hay tal inclusión, solo como excepción a al cuarto grado de consanguinidad, y segundo de afinidad, siendo por tanto un régimen cerrado de trasplante en vida; pero a la vez, contradictorio ya que se señala al parentesco por afinidad y no al cónyuge, en cuanto en los dos caso no existe cercanía genética.

En mención al asunto, en una interpretación judicial en la Argentina, se autorizó a través de una acción de amparo la dación a favor de una menor de edad, por parte de una persona que no tenía la calidad de pariente; basándose en la comprobación de no existir en un contrato oneroso entre las dos personas, en la necesidad imperante del tratamiento, y que la *"ratio legis"* de la norma busca la no comercialización de órganos[46]. De esta forma, en el Ecuador sería prudente ampliar el listado de beneficiarios, tomando en cuenta que muchos de los trasplantes son en vida, debido a la escasez de órganos provenientes de un cadáver, pero este último debe ser el más incentivado.

En todo caso, el Art. 3 de la Ley de trasplantes ecuatoriana, contempla como requisitos formales adicionales a los siguientes: que sea una persona mayor de edad, que se encuentre en goce de plenas facultades mentales y un estado de salud adecuado, el Consentimiento Informado del dador y receptor, que este último sea una persona determinada, que la extracción no implique incapacidad funcional temporal o permanente; finalmente el consentimiento del dador deberá realizarse mediante una declaración realizada ante un Notario, al amparo del Art. 10 de la misma ley.

[46] Análisis de la decisión judicial de la causa JNCiv. Nro. 83,2001/01/11, de Alicia Curiel y Eduardo Formoso, en Juan Antonio Travieso, "Colección de Análisis Jurisprudenciales, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2002.

Dación previa

La dación previa consiste en aquella dación que se realiza en vida, mediante una decisión de última voluntad en la cual se manifiesta la disposición de su cadáver, y se extraiga sus órganos a favor de la implantación a un tercero; esta decisión incluye el consentimiento y cuales órganos se extraigan y cuales no.

Al respecto es necesario señalar que el Art. 7 del Reglamento a la ley de trasplante, señala que "toda persona mayor de dieciocho años, puede dar su órgano para que después de su muerte sea extraído y beneficie a una tercera persona". Es necesario notar que en esta redacción, no se menciona los requisitos de la dación en vida, en cuanto se encuentre en amplias facultades mentales, ni que goce de un estado de salud adecuado.

Obviamente, no se requiere en la dación previa de un estado de salud adecuado, en cuanto los órganos ha extraerse únicamente serán los que sean técnicamente aptos para su implantación, y al dador ser para ese momento un cadáver no se debe precautelar su condición; sin embargo surge la obligación de conservar la estética, visto como un cumplimiento a la dignidad de un cadáver, en este sentido se manifiesta el Art. 12 del Reglamento del Banco Nacional de Ojos vigente sobre extracción de córneas.

Sin embargo se ha omitido el requerimiento del goce de facultades plenas mentales, lo que en un principio daría interpretación, a que no configura un requerimiento, sin embargo, con un análisis profundo y una interpretación sistemática del ordenamiento ecuatoriano, se debe llegar a la conclusión, que si la dación es un acto jurídico, luego debe cumplir con los requisitos de validez de un acto, por lo tanto al ser incapaces aquellos que no gozan de facultades mentales plenas, simplemente no pueden otorgar el acto de la dación.

Dentro de la dación previa, es necesario mencionar que esta se realiza mediante un acto de ultima voluntad, para lo que solo cumple el requerimiento de encontrarse expresado por escrito (Art. 7 del Reglamento a la Ley ecuatoriana.) en la tarjeta de dación, que distribuirán los centros médicos, bajo el encargo de Ministerio de Salud a través del ONTOT; al respecto este organismo, recopila esta situación a través de un formulario distribuido en el cual se expresa la voluntad de dación y que órganos se puede extraer.

En los sistemas de recopilación de dadores, el INCUCAI, órgano máximo de trasplantes en el Argentina, en cambio proporciona un carné cuya mayor facilidad de difusión es de mayor utilidad que un formulario o ficha; en este sentido, incluso ha llegado a incorporar en su página Web, la posibilidad de ingresar a la base de datos, inscribirse en la lista de dadores, para que finalmente se le entreguen su carné a domicilio.

De la misma forma, se contempla que se incorpore a las facultades del Registro Civil, el registro y asentamiento en los archivos correspondientes a las personas sobre la su voluntad positiva o negativa de otorgar sus órganos para trasplantes una vez que cumplan la mayoría de edad, como una forma de incentivar la dación de órganos.

Dación post-mortem

La dación post mortem, si bien se realiza con órganos provenientes de un cadáver, se la debe distinguir de la previa, en cuanto la manifestación de la voluntad de dar un órgano, no se hizo presente en vida por la persona, y una vez que muere ésta, se puede proceder a la extracción si existe la autorización de los familiares, otras opción que se presente este tipo de dación, es a través del conocimiento presunto, en el cual la ley presume el consentimiento de dación, al no existir una negativa de parte de la persona en vida ni de sus familiares.

Por esta razón, se debe considerar que estas hipótesis normativas, no configura una dación propiamente dicha, si no una ablación autorizada, como un acto independiente a razón de la ausencia de manifestación de voluntad de la persona en vida, a lo que procede la autorización de los familiares, y ya en una consideración más profunda el consentimiento presunto, en cuanto se procede a la extracción aún sin existir manifestación de voluntad, por lo que se autoriza, por medio de la ley, la ablación de los mismos con fines de un trasplante; por solidaridad humana y no existiendo la negativa en vida, luego ha consentido.

De esta forma, el Art. 4 de la Ley de Trasplante ecuatoriana, manifiesta que una vez declarada la muerte de una persona, los órganos de la misma podrán extraerse si "existe dación presunta, la autorización de los familiares o consentimiento presunto sin objeción". Por esta razón, es necesario hacer algunas puntualizaciones al respecto de la consideración legal de la muerte, conocimiento que no se ha difundido y que finalmente puede influir en la decisión de dación.

Al respecto, en la reforma legal al Código de Salud, vigente en 1982, se fijo los criterios médicos con los cuales se considera a una persona como muerta; y por ende, que ha dejado de existir, en concordancia con el Art. 64 de la Codificación vigente del Código Civil ecuatoriano. En esta reforma se contemplaba que uno de los signos a verificarse, es la paralización cardiaca, lo que con la vigencia de la ley de trasplantes en el año de 1994, se derogó, para dar pasó a una constatación que omite este signo vital, cambiando radicalmente lo que se considera como muerte, para tomar a la muerte cerebral como el fin de las personas.

Los criterios médicos vigentes se encuentran en el Art.2 de la Ley de trasplante ecuatoriana, en cuanto se debe constatar, en

su totalidad, el coma irreversible, ausencia de respiración espontánea, apnea[47] después de dos minutos de retirado el respirador, pupilas permanentemente midriáticas y afléxicas al estimulo luminoso, ausencia de reflejos óculo-cefálicos, ausencia de Reflejo faríngeo, inactividad bioeléctrica comprobada por electro encefalograma plano.

Nótese que en comparación a las reformas de 1988, que perdió vigencia con la Ley de Trasplante, se omitió la paralización cardiaca, lo que modifica la concepción de la muerte, ya que en este sentido se puede proceder a la extracción, aún cuando el cuerpo pueda mantenerse con equipos de asistencia, un hecho poco difundido a la sociedad, y que obviamente influirá en la decisión de otorgar una dación previa, y una negativa posible de los familiares; incluso, las personas del campo jurídico no han tomando en cuenta esta variación, ni la consideración de muerte que se tiene en el Ecuador, lo que ha desembocado en que la práctica de la dación post mortem se la relegue debido a la ignorancia y al temor.

Una vez verificada la muerte de la persona, la ablación de sus órganos deberán seguir los preceptos de la ley, en tanto el Art.6 de la ley ecuatoriana de la materia, para el caso de muerte natural o violenta; para el caso de las oposiciones familiares el Art. 22 del Reglamento de aplicación a la mencionada ley, señala el orden excluyente[48] de quienes, dentro del término de las seis horas posteriores a la muerte, pueden ejercer su negativa, lo que se justifica en razón del estado de los órganos, necesario para la implantación en otra persona.

Al no existir tal negativa, para proceder a la extracción de los órganos, se debe proceder a pedir la autorización judicial para

[47] Cese completo de la señal respiratoria

[48] El orden legal señalado es el siguiente: El cónyuge, el conviviente en unión de hecho legítima, hijo mayor de 18 años, cualquiera de los padres, cualquiera de los hermanos mayores

que proceda la misma, lo que en la realidad se vuelve impracticable, ya que en el sistema judicial, es imposible sospechar que eficazmente un juez autorice la extracción en un término de ocho horas, por el ya conocido estancamiento judicial.

Por estas razones, en el Ecuador el trasplante de órganos con órganos provenientes de un cadáver se ha vuelto totalmente ineficaz, ya que por tales circunstancias, incluso al no poder contar con la autorización familiar sea por ausencia de estos, no puede procederse a la extracción ya que se precisa de una autorización judicial que no será obtenida en un término tan corto. El juez que autorice la extracción, debido a la materia debe ser el civil, en cuanto no se ha contemplado otro competente, y en virtud a la competencia residual propia de este; mientras que en el caso de muerte violenta, en todo caso será el juez penal, que conozca de la causa.

En el caso inverso al existir la ansiada autorización de extracción de los familiares, este órgano deberá ser destinado a otra persona, en base a la decisión del ONTOT, lo que nos lleva a considerar lo que se analizó en su momento con respecto a la naturaleza jurídica del cuerpo humano, en cuanto se autoriza la ablación, más la implantación quedará a consideración de las autoridades competentes, luego el destino final será de voluntad de dichas autoridades que representan al bien público.

El Artículo 23 del Reglamento a la ley de trasplantes señala que ipso jure se presume el consentimiento de la dación, si no existe la oposición familiar, sin embargo está práctica en el Ecuador, a pesar de ser un mandato legal, no ha sido efectivizada debido a la cultura ecuatoriana, la poca difusión sobre el tema; y, sobretodo; por el desconocimiento de los profesionales médicos y del Derecho, que procuran evitar eventuales controversias al aplicar este precepto.

Proyecciones de la dación de órganos en el Ecuador

El Ecuador, en lo referente al trasplante de órganos, se desarrolla en una contradicción entre la realidad social y la norma jurídica, que ha producido una incertidumbre en su práctica, que puede ser susceptible del abuso, con una existencia incierta de un Organismo de control deficiente en su funcionamiento y organización.

Hasta el momento existen veintisiete centros de salud que poseen la acreditación del ONTOT para realizar trasplanten su mayoría hepáticos y de córneas; entre los cuales constan instituciones públicas y privadas. El costo de una operación trasplantológica se encuentra aproximadamente entre cinco mil a veinte mil dólares, sin contar los medicamentos que deben consumirse de por vida, y de la misma forma se conoce de la existencia de empresas que mantienen el desarrollo de esta técnica sin garantizar un fin beneficio sino mercantil.

Con esta realidad presente, se ha procurado en estos últimos años el mejoramiento normativo sobre el tema, para lo cual se expidieron sendos reglamentos, pero que aún no han podido acoplar la figura de la dación de órganos a la sociedad ecuatoriana; lo que demuestra que el futuro transplantológico en el país, requiere asumir el reto por parte de los profesionales del derecho, médicos, y en general a la sociedad a buscar un avance no en lo normativo sino en una cultura de la dación, que permita llegar a un consenso en el cual se fijen los principios rectores de esta actividad para la verdadera eficacia de la norma, a favor de aquellos pacientes que en este procedimiento fijan su última esperanza de vida.

Bibliografía.

Acuerdo de creación del CONTOT, publicado en el R. O. No.220 de 25 de junio de 1999.

Acuerdo de Creación del ONTOT, publicado en el R.O.: No. 343 de 21 de diciembre de 1999.

Acuerdo de Creación del ONTOT, publicado en el R.O. No. 516 del 18 de febrero del 2002.

Artículo "USD 16.000 al año cuesta tratar al paciente con insuficiencia renal", Diario El Comercio, jueves 14 de septiembre del 2006.

Artículo "Un policía implicado en robo de córneas", Diario El Comercio, martes 11 de julio del 2006.

Artículo "El paciente con cáncer tiene esperanzas con el trasplante", El Comercio, lunes 10 de julio del 2006.

Carrión Eguiguren Eduardo, Curso de Derecho Civil, de los Bienes, Don Bosco, Quito, 1979.

Castro Sandra Beatriz, ponencia: La Capacidad del Dador en la ley de transplantes, en 1° Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho, en Buenos Aires el 22 y 23 de agosto de 2000, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Comité de Ética del INCUCAI, "Sobre la ética de no comercialización de órganos", www.incucai.gov.ar, el 24 de septiembre del 2006.

Convención Europea sobre Derechos Humanos y Biomedicina, realizada en el Consejo de la Unión Europea en Oviedo

(Asturias) el 4 de abril de 1997.
Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto 1998.

Constitución de la Confederación Helvética de 18 de abril de 1999.

Código Civil, Registro Oficial Sup. No. 46 del 24 de junio del 2005.

Declaración Bioética de Gijón, recomendaciones realizadas por el Comité Científico de la Unión Europea en Gijón el 24 de junio de 2000

Documento de Intención sobre los Principios éticos en la procuración y transplantes de órganos y tejidos en países del Cono Sur, Marzo 2000; en http://ww w.incucai.g ov.ar/profesionales/comite- e-bioetica/CONO%20SUR.DOC, miércoles 17 de mayo 2006.

Informe de Secretaria de la reunión 112ª del Consejo Ejecutivo de la OMS de 2 de mayo del 2003.

Ley de transplante de órganos vigente desde el 27 de julio de 1994, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2002.

Ley No. 64 Reformatoria del Código de Salud, publicada en el Registro Oficial 707 de 15 de junio de 1987.

Ley Reformatoria al Código Penal que tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los menores de edad, Ley 2005-2 Registro Oficial No. 45 del 23 de junio de 2005.

Ley nacional Nº 24.193 Ley de Trasplante de Órganos y material anatómico humano de la Argentina de 24 de marzo de 1993.

Ley española 30/1979 sobre extracción y trasplante de órganos, Decreto Real de 27 de octubre de 1979.

Ley de Aprovisionamiento y Utilización de Sangre y su Derivados, Ley 54 PCL publicada en el R.O. No. 559 de 7 de noviembre de 1986.

Ley de Donantes Voluntarios de Sangre, Ley PCL publicada en el R.O. No. 776 de 29 de junio de 1984.

Masserdotti Germán "¿Es posible una solidaridad forzada?", en www. revistapersona.com.ar/Persona53/53Masserdotti.htm, el 27 de julio del 2006

Merlyn Sacoto Sonia, Comentarios para la aplicación en el Ecuador de la Ley de Transplante de órganos y su reglamento, en la página www.revistapersonal.com.ar; 7 de diciembre 2005

Oficio del ONTOT, OF /ONTOT-11-06/166, con fecha 20 de noviembre del 2006.

Quevedo Norbey, García Hugo, El mercado negro de córneas, en la página www.elespectado r.com/html/a rchivos/periodismo i nv/2004/junio/nota2.htm, 7 de diciembre del 2005

Rabinovich Ricardo, Derecho Civil Parte General, Astrea, Buenos Aires, 2000, Pág. 236.

Rabinovich Ricardo, "Régimen de Trasplantes de Órganos y Materiales anatómicos", Astrea, Buenos Aires, 1994.

Real Decreto español 411 de 1 de marzo d 1996 que regula las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos.

Reglamento del Banco Nacional de Ojos, publicado en el R. O. No. 197 de 27 de enero del 2006.

Reglamento para el Establecimiento del Registro y Lista de Espera de Pacientes para transplante renal, publicado en el R. O. No. 197 de 27 de enero del 2006.

Reglamento para el establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, evaluación, procesamiento, preservación almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos, publicado en el R. O. No. 197 de 27 de enero del 2006.

Reglamento para la aplicación de la Ley de Trasplante de Órganos y Tejidos, publicado en el Registro Oficial del 8 de julio de 1998

Reglamento del Sistema Nacional de Aprovisionamiento de Sangre y sus Derivados, Decreto Ejecutivo 3114 publicado en el R.O. No. 882 de 25 de febrero de 1992.

Rivera Julio César, Instituciones del Derecho Civil Parte General II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

Rodolfo S. Zotto, Dación electrónica de órganos y tejidos, http://revistapersona.8k.com/41Zotto.htm, 17 de mayo de 2006.

Sambrizzi Eduardo A., Derecho y Eutanasia, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005.

Urruela Mora Asier, "El Xenotrasplante como técnica de futuro", Colección Derecho, Genoma Humano y Biotecnología, Temis, Bogotá, 2004.

Travieso Juan Antonio, Colección de Análisis Jurisprudencial,

Buenos Aires, Ed. La Ley, 2002.
Wlasic Juan C., Manual Crítico de Derechos Humanos, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2006.

www.http://es.wikipedia.org/wiki/Apnea_%28enfermedad%29
7 de diciembre de 2006.

Los embriones supernumerarios como sujetos del derecho

Ab. Gabriel Galán Melo

Introducción

El constante – y actual – avance tecnológico en las ciencias biológicas y sociales nos ha abierto un nuevo panorama acerca del comportamiento humano. Esta realidad, aun ajena, presenta a la ciencia del Derecho nuevos cuestionamientos que dejan aun perplejos a los más destacados juristas. La ingeniería genética, la fecundación artificial, la experimentación humana, la eutanasia, etc., reclaman de las ciencias, y entre estas del Derecho, una continua adaptación a las novísimas circunstancias que devienen de ellas, mismas que obligan a todas las disciplinas científicas a modificarse incesantemente.

Una de las más recientes cuestiones jurídicas gira alrededor del estatuto jurídico de los embriones humanos, debido al inconmensurable desarrollo de las técnicas de reproducción médicamente asistida, la crioconservación y la experimentación embrionaria; pues, la sola posibilidad de reproducir el proceso de fecundación por fuera de la matriz materna, de conservar embriones congelados o de escoger arbitrariamente el sexo del que esta por nacer, han abierto las puertas para la manipulación indiscriminada de quien fuera llamado por la doctrina clásica (germánico-romana) como el producto de la concepción. Esta, hasta hace poco, inconcebible situación ha provocado severos enfrentamientos éticos, ante la evidente naturaleza humana de tales embriones.

Dicha problemática es de sumo interés para el Derecho, el cual, tratándose de una ciencia deontológica, es decir, que busca instituir el deber ser del comportamiento o conducta humana, debe, tomando en consideración las múltiples disputas biomédicas, jurídicas y éticas, establecer las regulaciones debidas que garanticen, al menos, la vida e integridad de los seres humanos, cualquiera fuese su estado de formación, puesto que tales derechos le son connaturales a su esencia. Claro está, primeramente ha de responderse al cuestionamiento de si los embriones humanos son personas y como tales sujetos del Derecho, caso contrario mal podría tutelárselos.

Tal confrontación se pone aun más de manifiesto en el caso puntual de los embriones supernumerarios o sobrantes, los cuales son engendrados a fin de garantizar la tasa de embarazos efectivos al hacer uso de la Fecundación in Vitro (F.I.V.). A estos, que no son implantados en la madre, sencillamente se les niega su natural e inmediato destino de anidar y de continuar con su proceso normal de gestación, constriñéndolos a la muerte, la experimentación, la criopreservación o la dación. De considerarse a aquellos: personas, nos encontraríamos ante el acometimiento de muy severos delitos. A decir de Ricardo D. Rabinovich-Berkman: **"Los nonatos son tan personas como los ya nacidos. Ahora, su matanza es homicidio, y corresponden las penalidades sustancialmente superiores de esta figura"**[1].

Es por ello, que el presente ensayo tiene como finalidad el desentrañar el contenido del concepto persona, término que, por tradición del sistema del derecho continental al cual pertenece nuestro ordenamiento jurídico, ha sido entendido como único y exclusivo sinónimo de sujeto del Derecho, y

[1] RICARDO D. RABINOVICH-BERKMAN, Derecho Civil (Parte General), Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2.000, Pág. 235.

redefinirlo en consideración a los nuevos elementos identificados por la bioética, superando los atavíos aun ligados en nuestra legislación, provenientes de las múltiples interpretaciones realizadas por los glosadores respecto del Derecho Romano tradicional, los cuales, pese a encontrarnos en el siglo XXI, aun no han sido superados.

Debemos anotar, finalmente, que tal como lo hemos mencionado en líneas anteriores, al no constituir el Derecho una ciencia ontológica, mal podría desde su perspectiva determinarse la esencia de la categoría jurídica persona, por lo cual, es menester asistirnos de las múltiples concepciones biomédicas, antropológicas y filosóficas respecto de este concepto, y mirarlas desde una óptica ética; pues, el Derecho, en definitiva, únicamente considera la definición de persona (en términos deontológicos: lo que debe considerarse como tal), sobre la cual construye el mundo de los sujetos, sin el cual no es posible apreciar o concebir un ordenamiento jurídico; motivo por el cual, este planteamiento no pierde interés para la ciencia jurídica, todo lo contrario, destaca la importancia de la interdisciplinariedad en tratándose de esta materia.

Estatuto jurídico del nasciturus en nuestra legislación

El estatuto jurídico, status jurídico o situación jurídica del nasciturus[2] consiste en el tratamiento normativo que este merece dentro de un ordenamiento jurídico específico, situándolo en una de las categorías jurídicas comunes a todo sistema, a saber: la de los sujetos del Derecho (atribuyéndole una propiedad de tipo disposicional) o la de los objetos (materia de la disposición)[3]; o dicho de otra manera,

[2] "Nasciturus" es un vocablo de origen latino que deriva, a su vez, del latín "naceré" que significa "el que va a nacer"; es decir, el engendrado, el no nacido aún.

[3] CARLOS SANTIAGO NINO, Introducción al Análisis del Derechos, 2ª edición ampliada y revisada, 7ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.995, Pág. 217.

ubicándolo en el al ámbito jurídico y tratamiento de las personas o en el de las cosas. Generalmente, es la legislación positiva vigente en cada uno de los Estados la que se encarga de definir ambas categorías; en nuestro caso, en particular, es el Código Civil ecuatoriano el cual ha inserto en su articulado ambas definiciones.

Nuestro Código Civil vigente, tal como lo hemos mencionado en el párrafo que antecede, define en su artículo 41 como personas "a todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo o condición..."; y en su artículo 583, incluye el concepto de cosas bajo la definición de bienes, dividiéndolas en "**corporales o incorporales**", entendiéndose a las primeras como los objetos apreciables por los sentidos y a las segundas como simples derechos, pudiendo estos, ser reales o personales. En ninguno de ellos, o en los artículos inmediatos subsiguientes, se hace mención alguna del nasciturus.

No obstante, en el artículo 61 del mismo cuerpo normativo, al tratarse del principio y fin de la existencia de las personas, se realiza una primera mención del nasciturus, ordenando la protección legal de "**la vida del que está por nacer**", a quien también denomina – con total sencillez e imprecisión jurídica[4] – como criatura. Sin embargo de esta advertencia inicial que se halla dentro del Libro Primero del Código Civil que trata de Las Personas, cabe realizar un sucinto análisis del contexto en el cual esta referencia se encuentra, pues la ubicación de la misma, en realidad no determina la situación jurídica del nasciturus en nuestra legislación; tal anotación bien podría ser excluyente.

[4] "Criatura" proviene del latín "creature", que originalmente hacía referencia a una creación o hechura, a algo novedoso, y que actualmente en su sentido natural y obvio (Art. 18, n) 2 C.C.) es usado para referirse a un niño recién nacido o de poco tiempo, o indistintamente, a un feto antes de nacer, o a un individuo de corta edad.

El Título II del Libro I del Código Civil se titula Del Principio y Fin de la Existencia de las Personas y su contenido está orientado a delimitar el concepto lato inicialmente dado por el artículo 41 del mismo cuerpo legal; es decir, señala los momentos desde cuando y hasta cuando a los individuos de la especie humana se los considera legalmente como personas, circunstancia de elemental importancia en el ejercicio de derechos y obligaciones, como indicaremos posteriormente. El artículo 60 de esta codificación señala que "**El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal...**", de tal manera que aquellos individuos de la especie humana que no hayan nacido, no han existido legalmente y por ende no pueden ser considerados sujetos del Derecho.

Evidentemente, por razones de sentido común, un individuo inexistente mal podría interactuar en el mundo del Derecho, ¿cómo podría un ausente obligarse o peor aun responsabilizarse por sus compromisos?; por ello la importancia que el Código Civil otorga al hecho del nacimiento, tal que se manifiesta con total certeza en el artículo 63 de dicho código, y que precisamente determina el status jurídico del nasciturus en el Código Civil ecuatoriano. Dicha norma reza, "**Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiera nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe**"; dicho de otra manera, el nasciturus no es titular de derechos (sujeto del Derecho) mientras no nazca.

En conclusión, al amparo del Código Civil vigente el nasciturus no es un sujeto del Derecho por no cumplir con el requisito sine qua non del nacimiento, por lo cual debe tratarse de un objeto (por cuanto no existen categorías jurídicas intermedias, por referirse a consideraciones de su esencia) que al no existir como persona constituye una cosa,

pero que por su potencialidad (como futura persona) – y a eso se debe solo la suspensión de sus derechos mas no el desconocimiento de los mismos –, merece un tratamiento y protección especial. Por esta razón consta, incluso, el mandato legal de protección a su vida en el mismo código y en el ámbito penal, la sanción correspondiente al delito de aborto.

Y esta conclusión aun más se ratifica, si tomamos en consideración la redacción del artículo 23 de la Constitución Política de la República, este que por antonomasia es declarativo de los derechos de todos los residente y transeúntes en Ecuador, el cual integra en su contenido (con virtual imprecisión, pues debió hacer uso del concepto de ser humano dada la naturaleza de los derechos que declara) el concepto de persona, señalando lo siguiente: "**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...**".

Sin embargo, la misma Constitución Política de la República, en su artículo 49, al tratar de los Grupos Vulnerables, y entre ellos los Niños, Niñas y Adolescentes, que por definición son los más afines (cercanos) a los embriones humanos – o en todo caso más que los adultos –, bajo un criterio totalmente diferente, utiliza el concepto de ser humano y omite por completo el de persona, declarando: "**Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano...**". De tal manera que si los niños y adolescentes gozan de los derechos comunes al ser humano, este último, mutatis mutandis, pasa a ser titular de derechos y como tal sujeto del Derecho, debiendo definirse, en tal caso, a quienes nuestra legislación vigente considera seres humanos.

El cúmulo de normas que conforman el conjunto de la legislación nacional, no prevé definición alguna respecto del ser humano, no obstante, el contenido de dicha categoría inminentemente nos remite a consideraciones respecto de la esencia del individuo al que hemos denominado como ser humano. Desentrañemos tal concepto... Por lógica sencilla, los seres humanos deben ser, como su nombre lo indica, seres que presenten signos característicos de humanidad exteriormente apreciables. Los romanos, por ejemplo, verificaban la presencia de dichos signos en el nacimiento, excluyendo de los seres humanos con capacidad de derecho, a los *monstrum* y a los *prodigium*[5], por considerar que estos no cumplían los rasgos que determinaban la humanidad en un individuo. Esta consideración era de carácter físico y se la hacía por medio de verificación visual, misma que actualmente ha sido superada por el estado actual de la ciencia.

Hoy en día, tales signos característicos de humanidad pueden ser vistos en un embrión por medio de un cariotipo que es el **"conjunto de características que permiten reconocer la dotación cromosómica de una célula. Es propio de cada especie y se identifica por el número de cromosomas y por el tamaño y forma de éstos."**[6]. El profesor español J. Botella Lusiá nos dice que la única forma de distinguir un embrión humano en las primeras etapas del desarrollo de un embrión de otra especie animal, es la de hacerle, simplemente, un cariotipo[7]. De tal manera, que la verificación de los signos de humanidad, actualmente, se puede realizar, por medios científico-tecnológicos, desde la conformación misma del embrión que ocurre a partir de la concepción.

[5] EUGENE PETIT, Tratado Elemental de Derecho Romano, Novena Edición, Abogados Asociados Editores, Medellín, 1.994, Págs. 75 y ss.
[6] Microsoft ® Encarta ® 2007, © 1993--2006 Microsoft Corporation.
[7] J. BOTELLA LUSIÁ, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Cortes Generales, Madrid España, No. 346, Pág. 10.652, por estudio de la Ley de Fecundación Asistida, 1.985

Argentina ha admitido dicha tesis y mediante Ley No. 23.849, a través de la cual ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, realizó una reserva interpretativa auténtica, prescribiendo que "se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad". Es evidente que en este Estado el nasciturus, en calidad de niño, es sujeto del Derecho y como tal titular de los derechos y obligaciones reconocidos a todos los niños y niñas.

Nuestra legislación especializada en niños, niñas y adolescentes no corre igual suerte, pese a que dicha convención conforma parte de nuestro ordenamiento jurídico por efecto del artículo 163 de la Constitución Política de la República, la definición que ella realiza en su primer artículo[8] no es precisa, e igual imprecisión se halla incursa en nuestro Código de la Niñez y Adolescencia vigente, que antepone en su contenido ambas tesis, reconociendo por un lado la pertenencia de los embriones al mundo de los sujetos del Derecho por considerarse seres humanos y por otro excluyéndolos de la titularidad de sus derechos por recurrir al concepto clásico de persona.

Dicha contradicción surge a raíz de la declaración que se realiza en el segundo artículo del Código de la Niñez y Adolescencia vigente que reza: "Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad", presumiéndose la innegable titularidad de derechos por parte de los embriones humanos, y entre ello, los supernumerarios; sin embargo, al realizar el reconocimiento de los derechos y describir su contenido (Art. 15 y ss.), hace uso del concepto niño o niña, que la misma codificación define, en su artículo

[8] "Art. 1.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años..."

4, remitiéndose al concepto clásico de persona, de la siguiente manera: "Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad", excluyéndose nuevamente a los seres humanos que aun no han nacido.

El artículo 20 de este mismo código contiene otra disposición imprecisa, su tenor reza: "se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niños y adolescentes", reconociendo, aparentemente, de esta manera al hecho del nacimiento como uno más dentro del proceso del desarrollo del niño. Del examen exegético de esta norma, parecería ser que nuestra legislación admite, contrario a la definición del artículo 4 del mismo cuerpo normativo, que los individuos de la especie humana desde su concepción son niños o niñas y en tales calidades, sujetos del Derecho.

Estas imprecisiones en nuestro país nos avocan a admitir la eficacia del concepto clásico de persona, pues, pese a las mínimas referencias que el Código de la Niñez y Adolescencia o bien la Constitución Política realizan, no existen los mecanismos jurídicos suficientes que nos permitan exigir los derechos connaturales a los seres humanos en estado embrionario, salvo a los literalmente enunciados que se han declarado como el contenido de una protección jurídica especial pero no como derechos. Para que ello en realidad ocurra, debemos, primeramente, reconsiderar el momento del principio de existencia de las personas y retrotraerlo del nacimiento a la concepción. Sin embargo, ¿bajo qué consideraciones o argumentos válidos?

El embrión humano como persona

El concepto de persona jurídicamente hablando entraña un enorme contenido. No refiere con estricta exactitud a los

individuos de la especie humana sino a aquellos que adicionalmente ostentan personalidad jurídica, o dicho de otra manera, con la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones[9]. Consideración que ha sido tomada en cuenta universalmente y que proviene del origen etimológico de la palabra persona que procede, a su vez, del latín personam, término utilizado para referirse a la máscara de los actores dramáticos de la antigua Grecia y Roma, que les permitía personificar un conjunto de componentes, atributos o cualidades de los protagonistas que representaban en sus obras[10].

De igual manera, hoy en día, el concepto persona determina los atributos del individuo de la especie humana que le permiten adquirir derechos y contraer obligaciones, y de esta manera interactuar en el mundo del Derecho. Sin embargo, ¿desde cuándo se adjudican tales atributos a los individuos de la especie humana y por qué se lo hace en aquel momento? La respuesta no ha sido sencilla, pues, admitir que el embrión humano desde su concepción es persona equivaldría a aceptar que el mismo es intocable (en los derechos declarados en el artículo 23 de la Constitución Política al menos), supuesto que elimina toda posibilidad de ejecutar cualquier práctica de manipulación embrionaria y restringe el campo de actuación y desarrollo de las técnicas de reproducción médicamente asistida.

Biomédicamente, dado su natural interés por la experimentación embrionaria, se ha sostenido que el presupuesto para adquirir personalidad jurídica supone el salto cualitativo entre el individuo de la especie humana y el

[9] NINO, Op. Cit., Pág. 224.
[10] SANTOS CIFUENTES, El concepto de persona, E.D., sección Doctrina, Tomo X, Pág. 885

ser humano, el cual se encuentra determinado por la calidad de este último en ser único y plenamente determinado (individualizado)[11]. Esta postura conjuga, con la distancia debida, con las definiciones contenidas en nuestro Código Civil, en vista de que el individuo biológicamente hablando consiste en **"aquello que determina o exige su A.D.N. que sea"**[12], en tanto su especificidad – como especie humana – la adquiere con la fusión de las células reproductoras humanas, sin embargo, tales categorías no son suficientes para considerarlo persona, pues, requiere aun de un mecanismo que lo eleve a la calidad de ser humano y como tal capacitado para interactuar en el mundo jurídico. En nuestro Código Civil, el nacimiento fija dicho momento.

A criterio de la postura analizada, este hito ontológico se logra en los días del 14 al 16 contados desde la concepción, con la anidación del *preembrión*[13] en la matriz uterina, pues, en aquel momento, el (simple) individuo de la especie humana se convierte en uno e indivisible, ya que mientras no anide es posible que tales principios, los de unicidad y unidad del ser humano, se vean resquebrajados por eventos naturales como el de los gemelos monocigóticos o el de las quimeras, de modo tal, que a partir de dicho momento – el de la anidación – un preembrión no puede transformarse en dos embriones, o bien dos preembriones en un solo embrión.

[11] JUAN RAMÓN LACADENA CALERO, *Cortes Generales: Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados*, España, II Legislatura, No. 357, Pág. 10.919-20, Comparecencia a la Comisión Especial, 1.985.

[12] JUAN RAMÓN LACADENA CALERO, *La mediación de la filosofía en la construcción de la bioética: Categorías biológicas intervinientes en el desarrollo y la evolución*, Parte I, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1.993, Pág. 22.

[13] La Ley No. 35, de 22 de noviembre de 1.998, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, de España, concebida dentro de esta tesis, utiliza el término preembrión para distinguir al producto de la concepción que aun no ha anidado en la matriz materna, momento en el que pasa a denominarse como embrión, y se convierte en sujeto y titular de derechos.

Sin embargo, he de rebatir esta tesis, en acuerdo con autores como Andorro[14], en medida que los supuestos que vulneran la unicidad y unidad del ser humano constituyen, científica y estadísticamente, excepciones, siendo la regla general: que un preembrión exclusivamente forme un embrión; motivo por el cual mal podría afirmarse que en el preembrión no pueden suponerse los principios antes anotados, negándosele la calidad conveniente a su esencia, desconociéndose el status jurídico de la mayoría debido a eventualidades de naturaleza circunstancial; sería equivalente a suponer que debe suprimirse la presunción de inocencia en el debido proceso por la existencia de algunos delincuentes o bien eliminar la presunción de buena fe de los actos jurídicos por cuanto algunos agentes actúan con dolo. El Derecho no puede permitir que se vulneren los justos derechos de la mayoría en consideración a supuestos de hecho de carácter excepcional. Admitimos sí, la unicidad y unidad como caracteres esenciales a los seres humanos, pero no su excepcional no-suceso como regla determinante del reconocimiento de su naturaleza.

Otros autores, entre ellos Lacadena Calero, argumentan dicha postura (teoría de la anidación) anotando que existe, además de los procesos casuales de división celular antes referidos, un proceso natural de descarte, es decir, que en ciertas ocasiones el preembrión – naturalmente – no anida, por lo cual, no es posible sostener que tales productos finalmente cumplan con su destino de llegar a ser personas, motivo por el cual mal podría pensarse, a criterio de dicho autor, en reconocer una misma esencia al sujeto de un proceso naturalmente inconcluso; no obstante, admitir esta postura nos permitiría desconocer, a todo nivel, la esencia del ser

[14] Roberto Andorra, *Cuadernos de Bioética: El embrión humano ¿merece ser protegido por el Derecho?*, No. 15, 1.993, España, Pág. 41 y ss.

humano por hechos naturales fatales como la muerte. Si asimilamos, por ejemplo, que el nacimiento no es más que un paso intermedio en el desarrollo del ser humano – y así es –, apreciaremos que el descarte no es otra cosa que una manifestación de una muerte prematura (previa al nacimiento) del mismo ser humano. Por ello, no es admisible justificar bajo esta premisa el peligro de muerte de un ser humano en estado embrionario en manos de un tercero.

Antropológicamente, la distinción y la búsqueda por determinar el salto cualitativo que convierte al ser humano en tal, es la misma. Bajo su interpretación, muy distinto es pertenecer al grupo de miembros de la especie humana y ser considerado, por otra parte, una persona. Sin embargo, esta perspectiva no nace de la necesidad de apreciar los principios connaturales al ser humano relacionados a su esencial individualidad, sino que lo observa desde el prisma de su evolución biológica y adaptación fisiológica, y de la evolución de su lengua, cultura y costumbres, las cuales encuentran su reflejo en los procesos: naturales o de *hominización* y ontológicos o de *humanización*[15].

El primero (de hominización) fija el punto crítico de nuestra evolución en los pasos del homo habilis al homo erectus y de este último al homo sapiens, proceso de transformación que ha dejado notables huellas en la construcción genética de quienes pertenecemos a la especie humana, tras un cúmulo de información – genética – que nos singulariza a los individuos humanos de cualquier otra especie animal. El reflejo de este proceso evolutivo se encuentra en el ADN (ácido desoxirribonucleico), el cual, al tratarse de los seres humanos se halla presente, innegablemente, desde la fusión de los núcleos de las células reproductoras (espermatocitos y

[15] LACADENA CALERO, *Cortes Generales: Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados, Op. Cit.*, Págs. 18 y 19.

ovocitos), hecho fácilmente comprobable por medio de un cariotipo (supr. Pág. 4). Visto de esta manera, la tesis del inminente reconocimiento de los embriones humanos como personas y como tales sujetos del Derecho se vería fortalecida, concluyendo que la esencia del ser humano se evidencia en su unidad genética como especie. No obstante, el proceso de humanización, complementario del descrito, no sostiene lo mismo. Esclarezcamos tal proceso.

El proceso de humanización busca cualificar el resultado evolutivo del ser humano a fin de desvincular su esencia del mero proceso de evolución del cual son partícipes todas las especies. Lacadena Calero destaca, al referirse a esta proposición, que sus defensores concluyen que los caracteres que naturalmente nos distinguen como humanos del genérico de la especie animal, es nuestra capacidad para interactuar como sujetos éticos, cultos y religiosos, dimensiones incomprensibles para los animales, plantas u otros seres vivos. Tales construcciones racionales y su constante interacción nacen virtualmente del lenguaje, el cual ha codificado tales abstracciones a fin de facilitarnos nuestra convivencia como especie humana. Este actuar es completamente intelectual, debiendo inferir que la esencia del ser humano se halla única y exclusivamente en su intelecto, función orgánicamente relacionada al cerebro humano, que es el órgano que nos permite, en tal caso, apreciarnos como los únicos animales simbolizantes y metafóricos[16].

El cerebro humano encuentra su origen en la aparición de la cresta neural que ocurre entre los 14 y 16 días contados a partir de la concepción, momento que coincide con el de la anidación. No obstante, no podemos admitir esa posición por

[16] PEDRO LAÍN ENTRALGO, ¿Qué es el hombre?, diario El País, Madrid, 12 de febrero de 1.992.

cuanto no solo justificaría la manipulación y descarte embrionario. De aceptarla, paralelamente, estaríamos justificando el que se desconecte a los pacientes que se encuentran vivos – con apoyo tecnológico –, en estado comatoso, por cuanto ellos no presentan actividad cerebral alguna (al menos en los términos enunciados); sin embargo, ninguno nos atreveríamos a desvirtuar su calidad de ser humano, menos aún cuando muchos han retornado a la cotidianidad de su existir, una vez que han superado la coma; en ellos, ¿es posible negárseles su naturaleza humana?, ¿por qué entonces pudieron reincorporarse nuevamente a la realidad conciente?, ¿puede limitarse la esencia humana a la actividad cerebral? Evidentemente que no, de hacerlo así, las personas con algún tipo de deficiencia mental no serían considerados a plenitud como seres humanos y estaríamos retornando a la creencia tradicional de excluir a los monstrum y a los prodigium (supr. Pág. 4)[17].

Filosóficamente, dilucidar el problema delimitado respecto del salto cualitativo que constituye al ser humano, es aun más complicado, primero, por que todos los filósofos a lo largo de la historia, con mayor o menor profundidad, han tratado la temática de la esencia o naturaleza de los seres humanos; y segundo, por que pese a que existe una infinidad de teorías, ninguna ha llegado hasta el momento a responder con total seguridad, cuál es la esencia de la persona humana. Sin embargo, nos permitiremos hacer uso de la construcción categoría de la trascendencia, elemento que es considerado, expresa o tácitamente, en varios de los conceptos de persona

[17] Al respecto, cabe realizar una precisión conceptual, pese a que no es uno de los objetivos del presente artículo, a fin de evitar cualquier confusión que pudiera devenir del análisis realizado. De manera general, debemos advertir que la personalidad jurídica, conceptualmente hablando, no es sinónimo de la capacidad legal, por cuanto, el primero refiere a los atributos propios del sujeto del Derecho que le permiten adquirir derechos y contraer obligaciones, en tanto que el segundo, es una condición de validez de los negocios jurídicos.

humana que realizan las diferentes escuelas del pensamiento a lo largo de la historia. Empero, cabe delimitar dicha construcción lógica a la descripción que realizara Immanuel Kant respecto del hombre (ser humano) definiéndolo como un ser con un fin en sí mismo[18], a fin de evitar recaer en conceptos teológicos.

Primeramente, deberemos admitir que la esencia del ser humano está desligada y más allá de los límites naturales, es decir, corresponde a la estructura original de la trascendencia: ir más allá; pues, sería un error describir a la persona humana únicamente como una unidad genética y una ecológica, ya que, tales cualidades corresponden a toda las especies que conforman la naturaleza. Es la autoconcienci a (y la conciencia universal) de nuestra especial esencia la que nos permite trascender, de modo tal, que no existe individuo que no aprecie el fin último que radica en sí mismo. Esta distinción, reconocimiento o admiración por la naturaleza propia del ser humano es lo que la bioética ha denominado *dignidad humana*[19] , la cual, a su vez, condiciona, colectivamente, nuestra espacialísima naturaleza. En este sentido, hemos de proponer una definición de persona humana que se responde – tautológicamente – a sí mismo: la persona humana (individuo de la especie humana) es digna y por esta condición singular, los individuos de la especie humana son personas, situación que debe inevitablemente ser protegida y respetada. Así brindamos un valor absoluto a la persona humana, la cual se define en sí mismo por consistir no en una manifestación o fenómeno individual o social, sino en la proyección de la esencia misma.

[18] IMMANUEL KANT, Los Sueños de un Visionario, Alianza Editorial, Madrid, 1.987, Pág. 37.
[19] DOMINGO M. BASSO, Nacer y Morir con Dignidad Bioética, 3ra. Edición Ampliada, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1.993, Págs. 43-50.

En tal sentido, no es posible desmerecer la calidad de seres humanos a los embriones, valga la redundancia, humanos y menos aun justificar cualquier tipo de discriminación hacia los embriones supernumerarios, los cuales, por voluntad ajena a su conciencia se ven interrumpidos en su proceso natural de desarrollo. Es por dicho reconocimiento connatural que se ha protegido universalmente la vida del producto de la concepción. Esta tutela también existe en nuestra legislación (supr. Pág. 5). Y es por la conciencia de la dignidad humana que se reconoce un destino legítimo al ser humano, el cual es desarrollarse libremente desde el principio hasta el fin de sus días... desde su concepción hasta su muerte, permitiéndole se realice a plenitud.

Finalmente, cabe realizar un último comentario respecto de quienes pretenden desvirtuar la esencia de la persona humana, ubicando en el tiempo el hito ontológico o el salto cualitativo de nuestra especie. Hemos de advertir que la sustancia de cada sujeto u objeto es una, que le permite diferenciarse de otros sujetos u objetos, así, los vegetales son tales y no son minerales, y viceversa. Sin embargo, esta conclusión aparentemente obvia, parece diluirse en las tesis que justifican la manipulación embrionaria, tratando de convencernos que el ser humano inicialmente es un objeto y que en un punto cronológicamente determinado se convierte – por arte de magia – en sujeto: si los minerales no pueden repentinamente convertirse en animales... ¿por qué el objeto denominado preembrión puede trasmutar tan fácilmente en el sujeto denominado embrión? Esta afirmación parte de un supuesto completamente arbitrario.

Conclusiones

(1) En nuestra legislación vigente el nasciturus no puede ser considerado, en plenitud, Sujeto del Derecho, pese a la

disposición contenida en el artículo 2 del Código de la Niñez y Adolescencia, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico hace uso constante en la descripción de las normativas nacionales del concepto tradicional de persona, la cual comienza a existir por mandato legal del Código Civil vigente desde el nacimiento; cualquier estado previo a este hecho jurídico recibe protección o tutela especial respecto de su vida e integridad, reconociéndole de esta manera al menos su potencialidad o natural destino como persona humana. En tal sentido, su estatuto jurídico es sui géneris pues si bien no es considerado persona mal podríamos sostener que es un objeto jurídico, carente de derechos, ya que, si bien no se le reconoce plenamente su titularidad sobre sus legítimos derechos, al menos se ha admitido que los mismos se encuentran suspensos hasta el nacimiento (Art. 63 C.C.), evidenciando una suerte de derechos condicionales o meras expectativas de derechos. Cualquiera fuera el régimen considerado, ninguno de los dos se vincula a los objetos sino, exclusivamente, a los sujetos del Derecho.

(2) Es necesario deconstruir el concepto de persona heredado del Derecho Romano, enmarcándolo bajo la perspectiva de los derechos humanos, ampliando su delimitación, al ser humano como tal, el cual, dado el estado actual de la ciencia, fija el principio de su existencia en la fusión nuclear de espermatocitos y ovocitos (singamia); momento a partir del cual debe reconocérsele los derechos connaturales a su esencia humana, que más allá de los evidentes derechos a la vida e integridad física, presentan una seria dificultad en su aplicación y exigibilidad, como lo son los derechos a la identidad, a la destinación, entre otros.

(3) La persona humana como Sujeto del Derechos debería ser definida como el individuo de la especie humana desde su concepción hasta su muerte, puesto que, tal

aseveración concuerda con la naturaleza misma de nuestra especie: somos humanos desde un inicio y hasta el fin de nuestros días; el estado embrionario, la niñez, la adultez y la vejez son etapas con incidencia jurídica en el natural desarrollo del ser humano, sería incoherente desmerecer la esencia de una de ellas, y peor aun cosificando al ser humano.

Los nuevos paradigmas de la familia ecuatoriana en el Siglo XXI

Mercedes Cóndor Salazar[1]

" Juguemos nuestro papel, que es el de creer en el Derecho sin dejarnos obnubilar por él; de creer en la familia, sin dejarnos obnubilar por ella más que moderadamente; pero, en fin, juguemos el papel de creer en los derechos del ser humano hasta la obnubilación por ellos".

Arnaud
" Entre modernité et mondialisation"

Introducción

La humanidad se encuentra sumergida en un proceso de cambio sociocultural de proporciones gigantescas. Pasamos de una civilización pre-tecnológica a una civilización tecnológica. Nuestra era es la era nuclear, la era de la globalización, la era espacial, en la que cada integrante de la civilización está bajo el influjo de un nuevo modelo cultural. De tal forma, si la concepción social ha cambiado, también lo hacen los paradigmas de la estructura de familia tradicional. En este ensayo analizó que lo que llamamos "familia" ha experimentado una transformación universal, que la hace irreconocible con el concepto y visión anteriores. Para la elaboración de éste trabajo recurro al apoyo interdisciplinario, es decir, con la ayuda de la Historia, Antropología Sociología y por supuesto Derecho demuestro que no existe un concepto único de familia. Finalmente, realizó un estudio de los principales cambios de la familia regulados por el Derecho.

[1] Estudiante Egresada de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ayudante de Cátedra de "Teoría General del Estado", Coordinadora del Área Civil de los Consultorios Jurídicos Gratuitos de la PUCE, Asistente Jurídica en el Juzgado de Coactivas del Banco Filanbanco S. A en Liquidación. Actualmente trabaja en el Estudio Jurídico Andrade & Asociados – Quito, DPG Abogados – Ambato.

Definición de familia

Las ciencias como la Antropología, Sociología e Historia explican que la institución de la familia no tiene una definición unívoca y adaptable a todo tiempo y espacio social pues es un producto cultural que ha exhibido, a través del tiempo, fisonomías de diversa naturaleza tales como agrupaciones: patrilineales, matrilineales, familia nuclear, etc. Desde esta perspectiva, no se puede establecer un definición abstracta e intemporal de familia sino que lo factible es analizar la dimensión del concepto familia tomando en cuenta las características de una estructura familiar concreta de acuerdo al tiempo y espacio socio-económico en la que existió.

Evolución de la familia en la historia

Desde el punto de vista histórico, cada época tiene su particular tipo de familia cuyas características se fundamentan en el las ideas predominantes del momento. Por lo tanto, lo que en la actualidad entendemos por familia no es igual a lo que se consideró en el pasado ni será lo que se considere en el futuro.

En la familia primitiva existían dos o tres núcleos familiares, a menudo unidos por vínculos de parentesco. La familia era una unidad económica: los hombres cazaban mientras las mujeres recogían frutos, preparaban los alimentos y cuidaban de los niños. En la Edad Media, según explica De Ruggiero, la familia adquiere un influjo político considerable alcanzado por el debilitamiento del Estado y la supremacía de la Iglesia[2], es decir, los preceptos de la religión Cristiana eran el eje transversal de la ideología familiar. Con la llegada de la época de la modernidad, apareció la familia

[2] De Ruggiero, Instituciones del Derecho Civil, Tomo II, Volumen II, Astrea, Argentina, 1995, p. 6.

tradicional que se consolidó en las sociedades industriales. Dicha familia tradicional tiene su origen en la familia nuclear burguesa que en su momento constituyó la modernidad de la Revolución Industrial frente a la actividad agrícola, de lo urbano frente a lo rural; en definitiva, dicha familia representó las concepciones éticas y sociales de una clase: la burguesa. Esta tipo de familia adquiere trascendencia debido a que actualmente es protegida por múltiples ámbitos (jurídicos, sociales y hasta religiosos), en el Ecuador y en la mayoría de países.

Las características de la familia tradicional son varios. Por un lado, la especialización familiar en la formación de roles de cada uno de sus miembros; por ejemplo: El padre de familia desempeña el papel de sostenedor económico y moral de la familia y la madre, el rol de cuidado de los hijos y de la casa. Por otro lado, de acuerdo a los historiadores Kertzer David y Barbagli Marzi, otra característica de esta familia es su identificación con "conceptos de respetabilidad". Entre ellos tenemos a la legitimidad de la descendencia en el matrimonio, con su estabilidad, con la preservación de la privacidad del hogar, y, además, con la idea de que la mujer casada no debía realizar un trabajo remunerado por lo que su respetabilidad dependía de su competencia doméstica[3].

Con el advenimiento de la posmodernidad, conforme a diversos autores la familia adquiere distintas notas peculiares, entre las principales menciono[4]:

[3] David Kertzer y Barbagli Marzio "La vida familiar desde la Revolución Francesa hasta la Primera Guerra Mundial" en Historia de la Familia Europea, Tomo I, Civilitas, Barcelona, 2003, p.398.

[4] Luis Mizrahi, "Familia, Matrimonio y Divorcio", Editorial Astrea, Argentina,1998, p. 62 y ss.;Malaurie. "Cours de Droit Civil",Cujas, Paris,1989, p .6 y ss.; Lipovetsky, "La era del vacío",Anagrama, Barcelona, 1986 p. 66 y ss.; Luis Diez Picazo, "Familia y Derecho",Civitas, Madrid,1984, p.73.

Democratización de la familia nuclear, en la que existe la supremacía indiscutida del padre, la madre ya no tiene un rol puramente doméstico, ni tampoco existe una terminante posición subordinada de los hijos, tras la mayor participación de estos en la toma de decisiones familiares, que se visualiza en el ámbito del derecho con la aceptación a la teoría de considerar sujetos del derecho a los niños y adolescentes que permite el reconocimiento por ejemplo de su derecho a ser escuchados.

Desmoronamiento de la familia nuclear lo cual es producto de la crisis del matrimonio, por el auge del divorcio y de la unión libre, la y la caída de la natalidad.

Generalización del proceso de personalización posmoderna que afectó a la identidad sexual: lo masculino y lo femenino pierden sus definiciones rigurosas y las marcadas diferenciaciones.

Estrechamiento de la familia producido por la disminución del número de hijos, la aparición de diverso tipos de familia y la tendencia a la privacidad de los asuntos familiares.

Pérdida del carácter sacro de la familia posmoderna debido a la reformulación de conceptos como la admisión del papel prioritario de la persona humana; limitación del concepto del orden público en la regulación jurídica de las instituciones familiares; ensanchamiento del campo de la intimidad y privacidad en el ámbito general del Derecho de Familia.

Esta síntesis de la concepción de la familia facilita la comprensión de que sus cambios, en realidad son producto del quebrantamiento del modelo tradicional de familia debido a que esta institución y la sociedad son visiones

micro y macro de la organización del ser humano. Por ello, si nos encontramos sumergidos en un proceso de cambio sociocultural de proporciones gigantescas, resulta lógico que la mente humana y, por ende, la micro sociedad evolucione. Esta tesis es reforzada por la jurista Rosario Valpuesta cuando sostiene que "Mucho se ha hablado sobre los cambios de la familia, de la crisis familiar, sin embargo, se debe entender que la situación de crisis es producto de la transformación al modelo tradicional de familia concretamente al modelo de familia conyugal burguesa que fue recogido en los códigos civiles decimonónicos y que actualmente regulan jurídicamente a la familia desde esa visión unidimensional[5].

Concepción antropológica de la familia

La Antropología explica que no existe un modelo natural y absoluto de la organización familiar debido a que el modelo familiar varía de acuerdo a la cultura. De ello se infiere la existencia de tantos tipos de familia cuantas culturas existen. Por ejemplo, en el Ecuador prima la concepción de la familia tradicional formada por un matrimonio estable, con hijas e hijos en la que subsiste aún la modalidad de patrilinaje en lo relativo a la transmisión del apellido paterno. Por el contrario, en países como Australia, Sumatra, Micronesia, Melanesia y Formosa predomina el matrilinaje: la familia se organiza siguiendo la descendencia femenina y los hijos e hijas pertenecen al clan de la madre. Este ejemplo nos demuestra el error en que incurriríamos si defenderíamos a ultranza un modelo de la familia ideal ya que al hacerlo cometeríamos una falacia etnocentrista que constituye "Una tendencia a aplicar los propios valores culturales para juzgar el comportamiento y las creencias de personas

[5] Luis Mizrahi, op. cit .p. 90 y ss.

criadas en otras culturales basada en un hecho naturalizado[6]" ; es decir, al defender únicamente a nuestra cultura y lo que ella entiende por familia, estamos restando valor a otros tipos de familias existentes en las diferentes culturas. En conclusión, de acuerdo a la Antropología, la composición familiar aceptable, en y por todas las culturas, no existe.

Concepción sociológica de la familia

La Sociología aporta a nuestro estudio pues expone los motivos por las cuales la familia es considerada como la institución social básica. Estos enunciados nos permitirán concluir que desde, la Sociología, no existe un modelo único de familia.

La familia es concebida como la institución social básica en razón de dos motivos. Primero porque tanto la familia como la sociedad constituyen formas de asociaciones humanas en diversa proporción, es decir, son visiones micro y macro de la organización humana y, por tanto, aunque de distinta manera, lo que ocurre en la sociedad, sucede en la familia y viceversa. Según muchos sociólogos, ello se debe a la simbiosis existente entre familia y sociedad. Y, segundo porque la familia constituye el principal agente de socialización por ser el primer lugar donde el individuo aprende a relacionarse con la sociedad[7].

La calificación de la familia como institución social básica o célula fundamental de la sociedad (término empleado por

[6] Jhon Richard, "Cultural Anthropologyc",Reacock Publisheres,Illinois,2001, p.276. El hecho naturalizado permite la asimilación de algo como una teoría o, por lo menos, como un importante indicador en la interpretación de eventos.

[7] Diego Fernández Falconi, "Discriminación en la norma del Código de la Niñez y Adolescencia que impide la adopción de parejas GLBTT", Tesis para la obtención del Título de Abogado en la Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2005, p.35.

nuestra Constitución, art. 37), más que una declaración, constituye un principio que encierra una consideración jurídica especial por el cual la familia es la institución merecedora de la máxima protección estatal en virtud de su importancia en el desarrollo del ser humano y por su asimilación a un Estado reducido[8] justamente, por el reflejo mutuo de la familia y la sociedad.

Desde esta perspectiva sociológica se colige que no es posible la existencia de un modelo único de familia. En efecto, si afirmamos que la familia es una visión micro de la sociedad, cada una tiene su tipo de familia que incluye los valores, antivalores, creencias. En definitiva, cada tipo de familia es distinta por recoger la idiosincrasia de una determinada sociedad.

Concepción jurídica de la familia

Las explicaciones antropológicas y sociológicas acerca de la inexistencia de un modelo único de familia tienen relevancia en el Derecho pues impiden que su normativa recoja una definición de familia. Dado lo cambiante de esta institución, definirla implicaría dejar a los derechos de sus miembros sin la necesaria protección. Justamente por ello, las legislaciones internacional y nacional prescinden definirla; no obstante, para prevenir posibles casos de inseguridad jurídica se requiere precisar sus peculiaridades conforme al tiempo y espacio. Al respecto, Valpuesta sostiene que la tarea del legislador en temas familiares consiste en establecer el marco jurídico para la determinación de los tipos familiares y sus consecuencias jurídicas[9].

[8] Enrique Varsi Rospigliosi, "Divorcio, Filiación y Patria Potestad",Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2004, p. XXI.

[9] Rosario Valpuesta Fernández, "La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el derecho" en Derecho de Familia I, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p 99 y ss.

El criterio expuesto es aceptado en la legislación internacional y nacional. Varios instrumentos jurídicos internacionales esbozan peculiaridades de la familia y, al hacerlo, establecen el marco jurídico en temas familiares. La Convención Americana de Derechos Humanos menciona que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad protegida por el Estado" (art. 17.1). Este reconocimiento de la familia como un ente natural implica desvirtuar su consideración como ente jurídico y con lo tal que tenga personalidad jurídica propia. A su vez, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre indica que "Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir la protección para ella" (art. 7). La categorización como derecho a la constitución de la familia obliga al Estado a hacer efectiva la satisfacción de dicho derecho. Finalmente, el preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre señala que "La justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia". Esta norma corrobora la negación al reconocimiento de la familia como un ente jurídico pues ratifica expresamente la existencia de derechos de los miembros de la familia y no de la familia como tal.

En cuanto a la legislación ecuatoriana, al igual que las normas internacionales analizadas, no ofrece una definición jurídica de familia pero sí delimita sus características. La legislación interna reconoce y protege a la familia y, en concordancia con los instrumentos normativos internacionales, busca replantear a la familia como una institución social diversa y cambiante que debe ser un espacio de equidad y respeto de los derechos de sus miembros.

La Constitución Política del Ecuador, art. 37, reconoce a la familia como célula fundamental de la sociedad y obliga al Estado a garantizar las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines y, de esta forma, enfatiza el papel proteccionista del Estado frente a ella. Resultan evidentes las características actuales de la familia recogidas en esta norma: constitución mediante vínculos jurídicos o de hecho y fundamentación en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Esto conlleva la aceptación de particularidades de la familia posmoderna como la democratización de la familia y el reconocimiento de la igualdad de derechos de cada uno de los miembros.

Diversos cuerpos legales en nuestro país establecen los diferentes características existentes en la familia. La Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia dispone: "Para los criterios de esta Ley se consideran miembros del núcleo familiar a los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos y sus parientes hasta el segundo grado de afinidad" (art. 3). Por su parte, el Código Civil estipula que se deben alimentos al cónyuge, hijos, descendientes, padres, ascendientes, y hermanos (art, 349); es decir, se deben alimentos a quienes conforman la familia consanguínea o extensa ((se extiende mas allá de dos generaciones). Por último, el Código de la Niñez y Adolescencia, regula que "La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente" (art.9).

Cambios familiares regulados por el derecho

Al ser el Derecho una ciencia eminentemente social, los principales cambios experimentados por la familia han sido recogidos de diversa forma en la normativa nacional. Puesto

que en la familia burguesa, se regulaba la legitimidad de la descendencia en el matrimonio existía un tratamiento legal distinto y discriminatorio ente hijos legítimos e ilegítimos. Actualmente, la posición de Constitución al respecto es totalmente opuesta pues estipula que "Los hijos sin considerar antecedentes de filiación o adopción, tendrán los mismos derechos" (art. 40)y, concordantemente, el Código de la niñez y adolescencia, prescribe que "Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causas de su... filiación..." (art. 6).

El rol de la mujer ha cambiado respecto a la concepción burguesa de la familia pues, en nuestros días, la mujer, además, de ser madre y esposa ha ingresado en muchos ámbitos que eran exclusivos del hombre. Por ello, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha creado, reformado, y derogado varias normas legales a fin de que la mujer sea considerada también como sujeto de derecho. Como ejemplo, tenemos las reformas del Código Civil relativas a la capacidad legal de la mujer casada; antes del año 1989, el marido debía protección a la mujer y la mujer, obediencia al marido (art. 136) pero hoy en día, "El matrimonio se constituye sobre la base de igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuge" (art. 136).

Sobre éste punto, no se puede ocultar que la discriminación en el Derecho hacia la mujer aún sigue latente, por lo tanto, el camino hacia la igualdad real de los derechos de la mujer aún es largo, sin embargo, se debe considerar la protección del Derecho hacia la mujer con normas de suma importancia como : Ley contra la violencia a la mujer y a la familia, Ley de Maternidad Gratuita, las reformas al Código Laboral que protegen a la mujer trabajadora, entre otras.

El rol de los hijos, especialmente durante su niñez y adolescencia ha cambiado también pues del Código de Menores, basado en la doctrina de la situación irregular en la que el menor era considerado objeto de compasión-represión, se pasó al Código de la Niñez y Adolescencia, cuyo cimiento es la doctrina de la protección integral. La adopción legal de esta doctrina involucra el reconocimiento de que los niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos y garantías[10] y por lo mismo, además de gozar de todos los derechos que las leyes contemplan a favor de las personas, además gozan de aquellos específicos de su edad Tal como lo expresa el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 15 " Los niños, niñas y adolescentes son considerados sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan a favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad "

Si bien las modificaciones legales realizadas son un avance del Derecho de Familia; este debe enfrentar nuevos desafíos como: La significación jurídica del género que abrirá el debate sobre la legalización o no del matrimonio homosexual y de la adopción por parte de parejas GLBTT (Gays, lesbianas, bisexuales, transexuales y transgéneros); las consecuencias jurídicas de la procreación médica asistida para regular lo referente a la filiación; los cambios en la forma de regulación del divorcio, con el paso del divorcio sanción al divorcio remedio y el divorcio incausado por voluntad unilateral; la nueva regulación de las uniones de hecho; los cambios hasta la alcanzar la igualdad de género en el Derecho y tantos temas que surgirán a medida que la sociedad evolucione.

[10] Emilio García Méndez, "Legislaciones Infanto – Juveniles en América Latina, Modelos y Tendencias" en "Derechos del Niño, Políticas para la infancia", UNICEF, Caracas, 1999, p.15.

Finalmente, para evitar casos de inseguridad jurídica y que el Derecho se torne obsoleto, a esta ciencia le corresponde regular los cambios sociales que se presenten considerando que el sistema jurídico de un país debe ser el reflejo de su realidad, con sus usos, costumbres, principios y valores.

Conclusiones

La definición de familia es un riesgo pues delimita una institución que cambia a medida que lo hace la sociedad y la cultura en la que se encuentre. Así lo entiende la Historia, la Antropología, la Sociología y el Derecho. Por ello, a la ciencia jurídica le corresponde ser el instrumento para reconocer y proteger a la de los abusos del Estado y de particulares.

No existe un modelo único de familia adaptable y válido para toda cultura, sociedad y época sino que existen diversos tipos de familia con sus características propias. El Derecho debe ser vigilante de los cambios producidos en las estructuras de la familia para recogerlos legalmente de tal forma que el Estado cumpla el principio constitucional de brindar a la familia la máxima protección que por su función merece.

Las diferencias estructurales de las familias no inciden en su concepción como tales. Es menester reforzar el argumento de que conforme a la época el tipo de familia la familia ha de estar al servicio de sus existente, sin importar su estructura, ha cambiado de ideología sin que por ello se desconozca que miembros y no de ella misma en abstracto.

La pérdida de hegemonía de la familia tradicional burguesa, cuyos elementos se recogen en nuestro ordenamiento jurídico no significa su desaparición, ni el desconocimiento de su valor en la sociedad. No obstante, debemos aceptar que en el cambio sociocultural que experimentamos, se puede reconocer la existencia de nuevos paradigmas de la

concepción de familia, que son válidos siempre y cuando cumplan su función social y no desconozcan los derechos fundamentales de sus miembros.

Agradecimiento a la Dra. Mónica Yépez por su ayuda en la corrección de estilo de este artículo

Bibliografía

Fernández Falconi Diego, " Discriminación en la norma del Código de la Niñez y Adolescencia que impide la adopción de parejas GIBTT, Tesis para la obtención del Título de Abogado en la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador, Año 2005.

Garcia Cantero Gabriel, "Que familia para el siglo XXI", en Derecho de Familia I, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.

García Méndez Emilio, "Legislaciones Infanto – Juveniles en América Latina, Modelos y Tendencias" en Derechos del Niño, Políticas para la infancia, UNICEF, Caracas, 1999.

De Ruggiero "Instituciones del Derecho Civil", Tomo II, Volumen II, Astrea, Argentina, 1995.

Hinestrosa Fernando, "Diversas formas familiares" en Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires –Argentina, 1999.

Kertzer David y Barbagli Marzio "La vida familiar desde la Revolución Francesa hasta la Primera Guerra Mundial" en Historia de la Familia Europea, Tomo I, Barcelona, 2003.

ProJusticia

Unidad de Coordinación para la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

www.projusticia.org.ec

Calle UNP y Amazonas, Edif. Corte Suprema de Justicia, 3er. piso
Telfs: **2461-882 / 2458-420 / projus2@cortesuprema.gov.ec**
QUITO - ECUADOR

LEXVALOR

ASESORIA LEGAL

- DERECHO DE MERCADO VALORES Y FIDUCIARIO
- DERECHO EMPRESARIAL SOCIETARIO, MERCANTIL LABORAL, MARCAS
- DERECHO FINANCIERO Y SEGUROS
- NEGOCIOS INMOBILIARI Y DESARROLLO DE PROYECTOS
- DERECHO CIVIL: OBLIGACIONES, CONTRATOS, BIENES, FAMILIA
- PLANIFICACIÓN Y MANE PATRIMONIAL LEGAL

AV. AMAZONAS 1014 Y AV. NACIONES UNIDAS, EDIFICIO BANCO LA PREVISORA, TORRE A, PISO 10, OFICINA 1002-B.
PBX: 2261454. FAX: 2261455
www.lexvalor.com

ESTUDIO JURÍDICO

Dr. Gustavo Rodríguez Fajardo
Abg. María Susana Rodríguez León

Asesoramiento Jurídico con énfasis en:
Asuntos Penales
Civiles
Propiedad Intelectual
Familia
Inquilinato

Av. 6 de Diciembre 134 y Sodiro, Oficina 05, Planta Baja, Edificio EL CAPITOL
Telefax: 2901 - 992
Telf.: 2901 - 990 / 2234 - 259
Celular: 099 82 82 74

estudiojuridicorodriguezfajardo@yahoo.com

El contrato de transporte multimodal
Necesidad de una normativa uniforme en América Latina

Eduardo R. Esparza Paula[1]

INTRODUCCIÓN

Los servicios de transporte tradicional han quedado obsoletos frente a la constante dinámica del comercio internacional. Los procesos de integración comercial y la tendencia a abolir las barreras comerciales han obligado a los países a crear y buscar ventajas competitivas para enfrentarse, en condiciones más favorables, en los mercados internacionales. La globalización de la economía permite a los países llegar con sus productos a más mercados pero también exige que observen los requisitos de eficiencia y competitividad en sus procesos.

La ventaja comparativa con que cuenta cada país depende de la abundancia de ciertos factores productivos como son el trabajo y los recursos naturales, así como condiciones climáticas. Si bien las ventajas comparativas aportan a la competitividad, actualmente resultan insuficientes. El mercado actual exige la búsqueda de ventajas competitivas. Las ventajas competitivas se refieren a la eficacia y eficiencia con las que se realizan los procesos además de la calidad del producto o servicio. Los países que perfeccionen mayores ventajas competitivas se beneficiarán de los tratados de libre comercio y, consecuentemente, aquellos que no identifiquen y promuevan sus sectores competitivos, se verán perjudicados por los procesos de integración económica.

[1] Licenciado en ciencias económicas y administrativas, mención en Comercio Internacional, Universidad de las Américas; Alumno de décimo semestre de la facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Presidente del movimiento estudiantil "CREE" de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; vicepresidente del grupo ROTARACT San Francisco de Quito – ROTARY INTERNATIONAL.

El impulso de una economía competitiva requiere de ciertos factores: el desarrollo de los sectores que abastecen de materias primas, la mayor eficiencia en el sector de los servicios y la mano de obra calificada. La eficiencia en los servicios es el punto medular en las economías desarrolladas y, dentro de estos servicios, se encuentra el transporte.

El transporte de mercancías se constituye en una ventaja competitiva cuando cuenta con factores como la rapidez de los medios de transporte, los procesos de carga y descarga, la flexibilidad para el cambio de un medio de transporte a otro y una correcta normativa que regule su actividad. Para la búsqueda de eficiencia, el transporte de mercancías utiliza más de un medio de transporte. Mediante la combinación de varios medios de transporte, el consignatario puede decidir entre contratar un transporte segmentado, un transporte combinado o un transporte multimodal. "En los últimos tiempos el transporte multimodal ha experimentado un enorme crecimiento debido, fundamentalmente, al desarrollo de grandes terminales portuarias conectadas por carretera, ferrocarril o vía fluvial"[2]. Sin embargo, no existe una normativa uniforme que regule esta modalidad de transporte. Como veremos, muchos han sido los intentos de normar de manera uniforme esta modalidad de transporte, pero ahora, con los procesos comerciales que vive el mundo, ha nacido la verdadera necesidad de tener seguridad jurídica en cuanto a la regulación del transporte multimodal.

[2] Rosario Espinosa Calabuig y Cecilia Fresnedo de Aguirre, Los contratos internacionales de transporte aéreo, terrestre y multimodal, en Derecho del Comercio Internacional: MERCOSUR – Unión Europea, Madrid, ReusB de F, 2005, p. 659.

Diferencias entre el transporte multimodal y otras modalidades de transporte en cuanto a la coordinación del servicio y a la responsabilidad

Para distinguir el transporte multimodal de las modalidades de transporte más relevantes, esto es el transporte unimodal, el segmentado y el combinado, es necesario determinar sus principales características en cuanto a la coordinación del servicio y la responsabilidad.

El transporte unimodal consiste en trasladar la mercancía mediante un solo modo de transporte (aéreo, terrestre, fluvial, marítimo, ferroviario, etc.) bajo un documento de transporte (guía aérea, conocimiento de embarque, carta de porte, etc). En esta modalidad, la coordinación del servicio de transporte lo realiza directamente el contratante del servicio o su agente de carga, quien contrata cualquiera de los modos de transporte a nombre de su cliente. El agente de carga nunca toma la carga bajo su responsabilidad pues solo actúa como intermediario y su única función es contratar a nombre de su cliente. Esta circunstancia representa una de las debilidades del transporte unimodal debido a que, si surgiese una calamidad, el agente de carga haría la reclamación ante quien tuvo la carga en su poder y, como en el comercio internacional actual se requiere de la utilización de varios modos de transporte para llegar a los mercados, se dificulta la determinación de la responsabilidad. Otra de las desventajas de esta clase de contrato de transporte es lo que atañe a la responsabilidad durante la manipulación de la carga. La responsabilidad del transportador dura exclusivamente el período del transporte efectivo, es decir, no tiene ningún tipo de responsabilidad durante el proceso de carga y descarga, ni durante el almacenamiento de la mercancía, lo cual resulta muy riesgoso para el contratante de este servicio.

Por su parte, el transporte segmentado utiliza tantos documentos de transporte como modos de transporte se requieran para el desplazamiento de las mercancías entre el origen y el destino. Su característica principal es que el generador de la carga, por él mismo o por medio de su agente de carga, realiza la coordinación de toda la operación de transporte y asume parte de la responsabilidad por las mercancías en los lugares de transferencia. La coordinación del transporte exige que la empresa tenga un departamento especializado en el transporte de las mercancías, lo cual podría desviar a la empresa de sus verdaderas actividades y haría que pierda intensidad en los procesos propios de su negocio. En cuanto a la responsabilidad, la persona contratante del servicio comparte el riesgo con los diferentes actores que intervienen en el proceso de transporte. Debido a la constante manipulación de las mercancías durante el proceso de transporte, si se llegasen a dañar las mercancías, resultaría muy problemático determinar en qué ciclo del proceso o en qué modo de transporte ocurrió tal evento. La falta de determinación de cuándo y dónde se echaron a perder las mercancías, implica una dificultad al momento de encontrar responsables por estos daños.

El transporte combinado, dando un paso adelante, permite la utilización de varios modos de transporte bajo un documento de transporte combinado. Esta forma de contratar es muy utilizada en el transporte internacional de mercancías, sobre todo cuando el trayecto principal es marítimo. En este tipo de transporte, el operador de transporte combinado tiene bajo su responsabilidad la coordinación integral de la operación. Esto resulta un gran alivio para el generador de la carga, quien podrá concentrarse en sus actividades. En relación con la responsabilidad, el operador de transporte combinado responde únicamente de los trayectos que ha ejecutado ya que en los demás trayectos que no ejecutó, actúa como agente de carga y no como transportador. La disminución del riesgo que asume el generador de carga hace que la

responsabilidad se vaya centrando en una sola persona (especializada en el transporte) lo cual constituye una ventaja. No obstante, aún sigue existiendo un poco de riesgo y esto puede resultar incómodo para el generador de la carga.

De lo expuesto podemos inferir que las modalidades de transporte se diferencian entre sí básicamente en la coordinación de la operación de transporte y en la responsabilidad sobre la carga. El rasgo diferenciador del transporte multimodal radica en que se suscribe únicamente un contrato de transporte en el cual existe un solo responsable por las mercancías: el operador de transporte multimodal (OTM).

En el contrato de transporte multimodal, un empresario, llamado Operador del transporte multimodal (OTM), se compromete al traslado de unas mercancías de un país a otro a través de, al menos, dos medios de transporte diversos y emitiendo para ello un documento específico: el documento de transporte multimodal (DTM)[3].

El OTM está obligado a coordinar todo el proceso de transporte de las mercancías y, además, puede incluir otros servicios como son: recibimiento de las mercancías, embalaje, consolidación de los contenedores adecuadamente estibados, transferencia intermodal (esta es una de las principales diferencias con el transporte combinado), transporte efectivo por diversos modos, carga y descarga, almacenamiento, trámites e inspecciones aduaneras y entrega de las mercancías en los establecimientos designados. Adicionalmente, el OTM puede comprometerse a brindar un servicio de entrega de mercancías "justo a tiempo" y en forma regular. La inclusión del justo a tiempo es una innovación propia del contrato que nos ocupa, que permite al

empresario mantener actualizado su inventario de mercancías pues el OTM debe entregar las mercancías en los tiempos convenidos en el contrato sin necesidad de que el empresario se contacte con él.

La transferencia de mercancías de un modo de transporte hacia otro implica riesgos que se incrementan a medida que aumenta la oferta de modos de transporte. El contrato de transporte multimodal pone al OTM a la cabeza de toda responsabilidad que pueda surgir desde el origen hasta el destino final del transporte, independientemente del trayecto donde haya ocurrido el daño o la pérdida de la mercancía.

Debido a todas estas ventajas, en los últimos tiempos, el transporte multimodal ha experimentado un enorme crecimiento; de ahí que se precisa un profundo conocimiento de sus características y una normativa uniforme. Actualmente, el OTM recurre a documentos especializados según dos circunstancias: el país en donde este tiene su establecimiento y el trayecto de transporte. Los documentos de la Federación Internacional de Asociación de Transitarios (FIATA), junto con los términos internacionales de comercio (INCOTERMS), han ayudado a regular el transporte multimodal; no obstante, en virtud de su insuficiencia, se han firmado varias convenciones. El problema que presentan las convenciones suscritas es su exigibilidad regional y, en algunos casos, subregional. Incluso, algunos países, han optado por regular legalmente este tipo de transporte pero esta regulación solo es exigible en su territorio.

Intentos de normativa internacional

Aunque es evidente la trascendencia del transporte multimodal, no se ha logrado establecer una normativa uniforme a escala mundial. En 1978, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó a una Conferencia de

Plenipotenciarios con el fin de elaborar un convenio de transporte multimodal internacional conocido como "Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal –Ginebra 1980" (a efectos de este trabajo: "el Convenio"). En virtud de que el Convenio no obtuvo el número de firmas necesarias para su ratificación, la UNCTAD y la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) elaboraron las "Reglas UNCTAD/CCI relativas a los documentos de transporte multimodal" (para efectos de este trabajo: "Reglas UNCTAD/CCI"). Las Reglas UNCTAD/CCI entraron en vigencia el 1 de enero de 1992; su período de duración tiene validez hasta que se ratifique la Convención y son de adopción voluntaria.

El Convenio, junto con las Reglas UNCTAD/CCI, simplemente sirvieron de marco jurídico al momento de elaborar la normatividad común subregional sobre trasporte multimodal internacional, pues solo definen algunos de sus aspectos y las responsabilidades del operador de transporte multimodal internacional (OTMI). El "Acuerdo de transporte multimodal internacional entre los Estados partes del MERCOSUR" (Mercado Común del Sur), básicamente, sigue los lineamientos, en ciertos momentos, criticados de la Convención de Ginebra de 1980. Por su parte, la Comunidad Andina (CAN) ha adoptado, por medio de las Decisiones 331 y 393, una normativa comunitaria que regula las operaciones del transporte multimodal en la subregión.

La falta de una normativa internacional única que regule al transporte multimodal ha generado la utilización de las cartas de porte expedidas por las asociaciones internacionales de porteadores (FIATA). Mediante estos documentos, la práctica internacional ha reglamentado la responsabilidad de los porteadores en caso de avería o pérdida de mercancías. La importancia de esos documentos radica en su empleo en casi todos los países del mundo.

Regulación andina del contrato de transporte multimodal (Decisiones 331 y 393)

En razón de su aplicación obligatoria, la supranacionalidad de las normas de la CAN ha facilitado la normativización del transporte multimodal en cada uno de los países miembros. El 4 de marzo de 1993, en Bogotá-Colombia, se suscribió la Decisión 331 "Transporte Multimodal" y, el 9 de julio de 1996, en Lima-Perú, se suscribió la Decisión 393 "Modificación de la Decisión 331". "Estas normas crean las condiciones jurídicas adecuadas para fomentar y estimular la oferta y prestación de los servicios de transporte multimodal"[4]. Además de estas Decisiones, se aprobó la Resolución 425 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, conocida como "Reglamento para el Registro de Operadores de Transporte Multimodal Internacional". Las Decisiones 331 y 393 y la Resolución referida precisan las definiciones de los principales términos empleados en el transporte multimodal y señalan la responsabilidad contractual y extracontractual del OTM.

En lo relativo a la terminología, nos enfocaremos en la definición del contrato de transporte multimodal. En la Decisión 331 encontramos dos definiciones. La primera de ellas engloba varios elementos pues indica que consiste en "el porte de mercancías por dos modos diferentes de transporte por lo menos, en virtud de un único Contrato de Trasporte Multimodal, desde un lugar en que el Operador de Transporte Multimodal Internacional toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega". Por su parte, la segunda definición concibe al contrato de

[3] Idem.

[4] Rosario Espinosa Calabuig y Cecilia Fresnedo de Aguirre, Los contratos internacionales de transporte aéreo, terrestre y multimodal, en Derecho del Comercio Internacional: MERCOSUR – Unión Europea, Madrid, ReusB de F, 2005, p. 660.

transporte multimodal como "el contrato en virtud del cual un Operador de Transporte Multimodal se obliga, por escrito y contra el pago de un flete, a ejecutar el transporte multimodal de mercancías". Finalmente, la Decisión 393 define al OTMI como "toda persona que, por sí o por medio de otra que actúa en su nombre, celebra un Contrato de Transporte Multimodal, actúa como principal, no como agente o por cuenta del expedidor o de los porteadores que participan en las operaciones de transporte, y asume la responsabilidad de su cumplimiento". De estas definiciones se desprende la existencia de obligaciones para el OTMI y su responsabilidad.

Hemos indicado que la responsabilidad contractual y extracontractual del OTM es objeto de regulación de la normativa regional. Respecto a la responsabilidad contractual del OTM y a sus limitaciones, la Decisión 331 determina que este es responsable de las mercancías que se encuentran bajo su cuidado desde la recepción de las mismas hasta su entrega. Ante su cliente, debe responder por las múltiples eventualidades que puedan suceder: retraso en la entrega de las mercancías, los daños o deterioros que sufran y la pérdida parcial o total de ellas. El ámbito de las limitaciones a la responsabilidad del OTMI se conforma mediante la responsabilidad de varias figuras: expedidor, consignatario o de su representante.

Expedidor es la persona que celebra el contrato de transporte multimodal con el OTMI y que está obligado a entregar los datos relativos a la naturaleza general de las mercancías, es decir, sus marcas, número, peso, volumen y cantidad y, si fuere el caso, su carácter de peligrosas (art. 20, Decisión 331). Su responsabilidad radica en que, en caso de incumplimiento de la obligación mencionada, deberá indemnizar al OTMI por todos los perjuicios que le pudiere ocasionar la falta de exactitud de los datos.

El consignatario es la persona autorizada para recibir las mercancías del OTMI. Su conducta puede influir en la responsabilidad del OTMI de varias maneras. Primero, si no avisa por escrito al OTMI acerca de la pérdida o daño de las mercancías, en el momento en que las mismas fueron entregadas, se presume que estas llegaron en buen estado. El plazo para efectuar este aviso es de seis días y, en caso de pretender una acción judicial o arbitral, el plazo es de nueve meses, luego del cual el OTMI quedará totalmente exonerado de cualquier responsabilidad. Segundo, el OTMI no se hará responsable de la pérdida, deterioro o retraso en la entrega de las mercancías transportadas, si prueba que el hecho que ha causado las pérdidas, el deterioro o el retraso de las mismas ha sido cualquier acto u omisión del expedidor, consignatario o de su representante o agente. Tercero, el OTMI tampoco será responsable por la insuficiencia o condición defectuosa del embalaje, marcas o números de las mercancías, por el manipuleo de las mismas, carga, descarga, estiba y desestiba realizadas por el expedidor, por el consignatario o por su representante o agente. Esta limitación a la responsabilidad del OTMI opera si no se ha comprometido a brindar ninguno de estos servicios en el contrato. Cuarto, el OTMI no se responsabilizará si se comprueba fehacientemente la existencia de vicios propios u ocultos de las mercancías, huelgas, lock-out, paros o trabas impuestas total o parcialmente en el trabajo y otros actos fuera del control del OTMI (art. 11, Decisión 393).

Respecto o a la responsabilidad extracontractual, la Decisión 331 manda que se observen sus disposiciones. Estas se aplicarán incluso contra las personas que hayan sido contratadas por el OTMI para el cumplimiento del mismo. En este ámbito aparece la figura del porteador: "toda persona que efectivamente ejecuta o hace ejecutar el transporte, o parte de éste, sea o no el Operador de Transporte multimodal".

El porteador efectivo es la persona que se encarga de transportar las mercancías y que se convierte en el responsable directo de ellas. Ya que en la Decisión 331 no se contemplan las responsabilidades del porteador efectivo ni sus límites, tenemos que recurrir a las variadas doctrinas sobre la determinación de sus compromisos: tesis del transporte con reexpedición; tesis de la sustitución; tesis de la recíproca representación; tesis de la indicación de pago; tesis de la asunción acumulativa de deuda y la tesis del contrato a favor de tercero[5].

El vacío de la Decisión 331 puede generar problemas y diversas interpretaciones sobre la responsabilidad del porteador efectivo; además, como analizaremos más adelante, existen normativas internacionales y nacionales que sí toman en cuenta al porteador efectivo. No obstante, esto crea un problema al momento en que surgen contraposiciones de leyes cuando se transporta mercancías entre países que tienen normativas diferentes.

La situación jurídica del contrato de transporte multimodal en el MERCOSUR

Variada e imprecisa es la normativa que rige al transporte multimodal entre los países del MERCOSUR; pese a los intestos por llegar a consensos, no existe un acuerdo en cuanto a una normativa común subregional. En 1940 se firmó el "Tratado de Montevideo de derecho comercial terrestre internacional". Este Tratado versaba sobre el transporte internacional por servicios acumulativos. En este sentido, cabe destacar su anticipación a sucesos futuros ya que podría ser aplicable tanto al transporte unimodal como al multimodal. En 1993 se creó una comisión para redactar un

[5] Alberto Emparanza Soberano y José Miguel Embid Irujo, El concepto de porteador en el transporte de mercancías, obtenido desde www.agapea.com/EL-CONCEPTO-DEE-

proyecto de regulación del transporte multimdoal en el MERCOSUR: "Acuerdo de transporte multimodal internacional entre los Estados partes del MERCOSUR". El mayor problema, y al que no llegaron a consensos, fue el relativo a la limitación de responsabilidad de los operadores, así como la responsabilidad de los transportadores efectivos. Debido a esto, el acuerdo no prosperó.

Por último, se convino que cada país debía establecer los límites de la responsabilidad por vía de una declaratoria (preparada por la autoridad administrativa de cada país). Entre los textos legales internos que norman el transporte multimodal podemos destacar algunos. En Argentina se aprobó la "Ley de Transporte Multimodal". En 1975, Brasil dicta la Ley 6.288 que regula el transporte multimodal; posteriormente, en 1998, dicta una nueva ley (Ley 9.611): "Ley sobre transporte multimodal de cargas". Paraguay y Uruguay no han promulgado leyes sobre el tema y, por ello, se rigen por Tratado de Montevideo de 1940 y por normas de la Cámara de Comercio Internacional de París sobre ley y jurisdicción competente, respectivamente. Hay que subrayar que la falta de una regulación común ha hecho que la jurisprudencia uruguaya haya tenido que recurrir a los principios generales del Derecho y a leyes análogas con el fin de regular el transporte multimodal.

Problemas de la falta de normativa común en América Latina

Para enunciar la problemática que existe en América Latina por la falta de una normativa única sobre el transporte multimodal plantearé un problema: un expedidor y un OTMI firman un contrato por medio del cual el OTMI se compromete a transportar mercancías desde Manta hasta Río de Janeiro. El porteador puede decidir libremente los modos de transporte que utilizará para llevar la mercancía. En el trayecto Manta-Manos (Brasil), la mercancía se transporta vía aérea; desde Manaos hasta Brasilia, por medio fluvial.

Y, el último tramo, Brasilia-Río de Janeiro, la mercancía se transporta vía terrestre. Cuando la mercancía llega al lugar de destino se descubre que está completamente averiada, destrozada. Como analizamos, existe responsabilidad del OTMI y también del porteador efectivo donde se produjo el daño; pero el problema no radica ahí, sino en establecer dos aspectos: cuál es la legislación aplicable para la determinación de la responsabilidad y la indemnización de los daños y, además, cuáles son los jueces competentes para conocer este caso.

Hemos analizado que los países de la Comunidad Andina tienen su normativa (Decisiones 331 y 393) pero no olvidemos que esta se conforma solamente por algunos países de América del Sur: Ecuador, Perú, Colombia y Bolivia. Entonces ¿qué pasa con Venezuela, Chile, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Surinam, Guyana y la Guyana Francesa? ¿Qué normativa debe aplicarse para solucionar los problemas referentes a las responsabilidades durante el proceso del transporte multimodal? Para abordar estos problemas, únicamente compararemos a los procesos de integración más significativos de Sudamérica, Comunidad Andina y MERCOSUR, pues abarcan a la mayoría de países; no obstante, veremos que, en muchos casos, determinados países se rigen por su normativa interna, la cual es proteccionista. Por otro lado, "en los países del MERCOSUR resultan aplicables textos de origen interno e internacional que han intentado regular de algún modo la realidad del transporte multimodal. Sin embargo, "se aprecia una coexistencia de normas tanto materiales como conflictuales no siempre precisas"[6].

PORTEADOR-EN-EL-TRANSPORTE-DE-MERCANCíAS--n29405i.htm, el 20 de septiembre de 2006.

[6] Rosario Espinosa Calabuig y Cecilia Fresnedo de Aguirre, op. cit, p. 663. Ibidem, p. 666.

Ámbito de aplicación de la Decisión 331 y su problemática con los países del MERCOSUR

En el caso de Argentina por ejemplo, se presenta una contraposición entre la Decisión 331 y su normativa interna. En efecto, la "Ley de transporte multimodal" estipula que esta se aplica al transporte multimodal interno y al transporte multimodal internacional de mercancías "cuando el lugar de destino previsto contractualmente por las partes se encuentre situado en jurisdicción de la República de Argentina" (art. 1). Esta disposición no concuerda con el art. 2 literal a de la Decisión 331 de la CAN pues dispone que la Decisión se aplica a los contratos de transporte multimodal, siempre que "el lugar estipulado en el contrato de transpote multimodal en el que el Operador de transporte multimodal haya de tomar las mercancías bajo su custodia, esté situado en un país miembro". Como se observa, las dos normas pueden enfrentarse en un conflicto de ámbito de aplicación. Para resolver este caso deberían aplicarse las normas de Derecho Internacional Privado. Si tomamos en consideración el principio por el cual debe observarse el domicilio de las partes, la norma aplicable debería ser la del establecimiento del operador de transporte multimodal.

El caso de Brasil ofrece otras dificultades. La Ley 9.611, "Ley sobre transporte multimodal de cargas", no contempla la jurisdicción competente y la ley aplicable. Aunque este vacío podría favorecer la aplicación de la Decisión 331, la proteccionista política brasilera con las empresas locales, representa una traba para determinar la responsabilidad en el contrato de transporte multimodal. Los jueces brasileros, según la conveniencia de las empresas locales, pueden pretender aplicar la Ley 9.611. Este particular cobra relevancia para los intereses de Ecuador porque se pretende habilitar un nuevo canal de comercio internacional, la ruta Manta-Manaos.

Esta ruta exige la utilización de varios modos de transporte y, por ello, se espera un aumento de los contratos de transporte multimodal.

Problemas sobre la determinación de la responsabilidad del transportador efectivo en el marco jurídico de la CAN y el MERCOSUR

El tema de la responsabilidad del porteador efectivo también acarrea conflictos. Por un lado, la Decisión 331 no contempla este aspecto y, para aclararlo, debemos acudir a las tesis formuladas por la doctrina internacional.
Por otro lado, Brasil establece la solidaridad de todos los transportadores que participaron en la cadena de transporte al igual que los límites de responsabilidad, los cuales pueden ser reducidos y modificados por el poder Ejecutivo.

La solidaridad de los porteadores nos parece inaplicable debido a que muchos de los trayectos en el transporte mulitmodal pueden haber sido realizados por empresarios locales de las zonas que cruzaron. Por ejemplo, para llevar la mercadería desde Portoviejo a Manta y, desde allí, a Río de Janeiro, se requieren varios modos de transporte interno. Ningún juez permitiría la aplicación de la ley brasilera al transportista que cumplió la ruta Portoviejo–Manta, ni aun cuando se aduzca solidaridad en todo el proceso de transporte hasta Río de Janeiro.

Otro inconveniente es la solidaridad e indivisibilidad de la obligación del transportador contractual con la del último transportador efectivo El Tratado de Montevideo señala que, en caso de incumplimiento del contrato de transporte internacional por servicios acumulativos, se puede accionar arbitrariamente "contra el primer porteador con quien el cargador contrató, o contra el que recibió en último término los efectos para ser entregados al consignatario" (art. 16.1). Si

bien esta norma otorga mayores ventajas al expedidor, es injusta con el último porteador pues la causa de su incumplimiento puede encontrarse antes de que este reciba las mercaderías. Contrariamente, en el marco jurídico de la Comunidad Andina, el único responsable es el OTM y, por ende, se debe accionar contra él. Al expedidor no le interesan las acciones legales posteriores que inicie el OTMI contra los empresarios que realizaron los servicios por él.

Por último, un grave problema derivado de la falta de normativa sobre el transporte multimodal, es la aplicación analógica de las normas sobre transporte sucesivo unimodal al multimodal para determinar la responsabilidad del transportador efectivo (caso de Uruguay). Los jueces uruguayos, ante la falta de una normativa sobre la responsabilidad del transportador efectivo, han decidido aplicar su normativa interna y el Tratado de Montevideo de 1940. De este análisis, han determinado la responsabilidad solidaria de las empresas de transporte.

Conclusiones

El comercio internacional es un factor importante al momento de integrar a los países; varios acuerdos se han firmado incluso entre países que no se asemejan ni culturalmente, como es el caso de la zona de libre comercio del Asia–Pacífico. La falta de una normativa sobre el transporte multimodal, por lo menos regional, causará graves estragos en los procesos de integración que pretende vivir América del Sur.

La normativa de la CAN no es compatible con la del MERCOSUR; sus usos y costumbres de comercio internacional son diferentes y de ahí su normativa contrapuesta.

En todo contrato comercial .existen responsabilidades y por

ello, enfocándonos en la competitividad y eficacia, deberían dictarse normas que las regulen. La falta de una normativa común regional impedirá que Sudamérica sea competitiva frente a los otros procesos de integración como es la Unión Europea.

***Nota del editor:**
Agradecimiento a la Dra. Mónica Yépez por su ayuda en la corrección de redacción y estilo de este artículo.

Bibliografía

Espinosa Calabuig, Rosario y Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Los contratos internacionales de transporte aéreo, terrestre y multimodal, en Derecho del Comercio Internacional: MERCOSUR – Unión Europea, Madrid, ReusB de F, 2005.

Emparanza Sobejano, Alberto y Embid Irujo, José Miguel, El concepto de porteador en el transporte de mercancías, obtenido desde www.agapea.com/EL-CONCEP TO-DE-PO RTEADOR-EN-EL - TRANSPORTE-DE-MERCANCiAS--n29405i.htm, fecha 20 de Septiembre de 2006.

Garrido Cuenca, Nuria, Diplomado en gestión de transporte marítimo y multimodal , obtenido desde www.cedit.uji.es/diplomado3.doc?PHPSESSID=353bba4e17 9 9ce03f5ee05ebc16a5661, fecha 22 de Octubre de 2006.

Copy @ Lex Mercatoria, United Nations Convention on Internationa l Multimoda l Transport of Goods (Geneva, 24 May 1980), obtenido desde www.jus.uio.no/lm/un.multimodal.t ransport.1980/doc.htm , fecha 20 de Septiembre de 2006.

Comunidad Andina, Transporte multimodal, obtenido desde www.comunidadandina.org/t ransportes/multimodal.htm , fecha 22 de Octubre de 2006.

Comunidad Andina, Decisión 331, obtenido desde www.comunidadandina.org/normat iva/dec/D331.htm, fecha 22 de Octubre de 2006.

Comunidad Andina, Decisión 393, obtenido desde www.comunidadandina.org/normat iva/dec/D393.htm, fecha 22 de Octubre de 2006.

Comunidad Andina, Resolución 425, obtenido desde www.comunidadandina.org/normat iva/dec/D425.htm, fecha 22 de Octubre de 2006 .

La Empresa Multinacional en la Comunidad Andina de Naciones (CAN)[1]

Hugo Washington Cahueñas Muñoz

Introducción

La apertura de fronteras y los diversos procesos de integración han generado una serie de organizaciones e instituciones que tienen como objetivo promover y facilitar la integración entre los países.

Ecuador es parte de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), por lo cual se encuentra regulada por la normativa de esta organización de integración. Dentro de los ámbitos que regulan y promueven la integración subregional tenemos a las Empresas Multinacionales Andinas, normalizadas por la decisión No.46 y la decisión No.292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Para la elaboración de este trabajo, en primera instancia, definiremos a la empresa multinacional desde su aspecto histórico y el contexto actual en el que se desarrolla, luego se realizará una revisión de la legislación andina que regula a este tipo de empresas, finalmente se analizará si este tipo de empresas contribuyen al proceso de integración de los países miembros de la CAN.

[1] Ponencia presentada en el "IX Encuentro Latinoamericano de Estudiantes de Ciencias Administrativas ELECA", Bogota, 2006.

La empresa multinacional

Antecedentes

El auge de las empresas multinacionales se da en la segunda mitad del siglo XIX con el proceso de industrialización; la instalación en Glasgow de la primera fábrica en el extranjero de la empresa Singer marca el inicio de este proceso; este periodo dura hasta la gran depresión en el año 1930, cuando los países cierran sus mercados para protegerlos. Después de la segunda guerra mundial, años 50's, se da un segundo proceso con el auge de las empresas multinacionales norteamericanas, esto se debe a la reconstrucción de los países europeos sumado al proceso de industrialización[2].

Desde sus inicios, la empresa multinacional desempeña un papel muy importante en el desenvolvimiento económico de los países, además, es innegable su influencia en los negocios internacionales, el movimiento de capitales y las inversiones[3].

Definición

El primer punto de este trabajo es definir a la empresa multinacional, para lo cual haré uso de definiciones dadas, con el objetivo de llegar a una definición lo más completa posible.

En el manual de términos financieros del Banco Provincial de Venezuela, se dice que la empresa multinacional es aquella que tiene actividades productivas o de otra índole en países extranjeros a través de sus subsidiarias y cuyas estrategias están mundialmente orientadas[4].

[2] Cfr. Moreno María y Vélez Jeannette, LA EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA, Pontificia Universidad Javeriana- Tesis, Bogotá, 1983. Pág.3.
[3] Cfr. Pérez Arteta Esteban, LA EMPRESA MULTINACIONAL EN EL ACUERDO DE CARTAGENA, Pontificia Universidad Católica del Ecuador- Tesis Doctoral, Quito, 1975, Pág.i.
[4] Manual de Términos Financieros, Banco Provincial-Venezuela, 1992

Samuel Cetro, profesor de administración de Graduate School of Business-Rollins College, nos dice que la organización multinacional, llamada comúnmente corporación multinacional, "es una empresa que tiene operaciones significativas en más de un país"[5].

Juan José Durán dice que "la empresa multinacional es un agente que favorece y dinamiza el crecimiento económico; es creadora neta de comercio, explica una parte significativa de la producción mundial y es una institución relevante en la generación y transferencia de tecnología y en los movimientos de capitales"[6].

En una página de Internet se dice que la empresa multinacional es "aquella que opera en un amplio número de países con la finalidad de maximizar sus beneficios bajo una perspectiva global de grupo y no en cada una de sus unidades nacionales independientes. Tratan de adaptarse a las necesidades locales de los países en los que ofrecen sus productos, por lo que existe una baja estandarización"[7].

También se señala que la Empresa Multinacional practica una inversión directa en el extranjero y considera a las empresas ubicadas fuera de su país de origen como filiales de la matriz. Por ello, las principales operaciones (estrategias, inversión de recursos...) son diseñadas usando criterios de globalidad. La nacionalidad única de la dirección de la empresa, en este caso, se refiere sólo al país de origen de la empresa madre[8].

[5] Cetro Samuel, ADMINISTRACIÓN MODERNA, Prentice Hall, 8va Edición, Bogotá, 2000. Pág.79

[6] Durán Herrera Juan José, ESTRATEGIA Y ECONOMÍA DE LA EMPRESA MULTINACIONAL, Ed. Pirámide, 2000.

[7] www.gsi.dit.upm.es/~jsaez/intl/capitulos/Indice.pdf (29-04-04)

[8] http://monografias.interbusca.com/economia/tipos-de-empresa-multinacional-39.html

"A las empresas multinacionales se las mira como requisito y consecuencia de la integración económica, en la medida en que, a través de su creación, se habrán de obtener efectos de encadenamiento entre las economías de los países participantes, y permitirá por parte de capitales locales un mejor aprovechamiento de las ventajas originadas en la apertura de mercados"[9].

La filosofía de la empresa multinacional tiene un concepto global, un punto de vista mundial en sus negocios sobre los mercados (clientes), servicios y productos, en el cual ven como su mercado objetivo al mundo entero. Estas empresas se caracterizan por el empleo de trabajadores tanto del país de origen como del país en el que se establecieron, y así como tienen grandes seguidores, también tienen una gran cantidad de detractores[10].

En base a las definiciones anteriormente citadas, podríamos definir a la empresa multinacional como un agente económico que tiene actividades productivas, operativas o de otra índole en más de un país, con la finalidad de maximizar sus beneficios, por medio de la participación en los negocios a nivel internacional, bajo una perspectiva global de grupo y no en cada una de sus unidades nacionales independientes.

Estas empresas tienen un doble ámbito de competencias, ya que deben enfrentarse con las empresas nacionales y con las otras empresas multinacionales. El establecimiento de las empresas multinacionales contribuye con la ocupación de personas del país en el cual se establecen y de las personas de los países que son parte de la multinacional.

[9] Pérez Arteta Esteban, LA EMPRESA MULTINACIONAL EN EL ACUERDO DE CARTAGENA, Pontificia Universidad Católica del Ecuador- tesis doctoral, Quito, 1975, Pág.36

[10] Cfr. http://es.wikipedia.org/wiki/Empresa_multinacional

También podemos inferir que las empresas multinacionales no tienen un estatuto legal común a nivel internacional, deben estar acordes a las leyes internas de cada país y en cuanto a su constitución deben someterse a las leyes del país donde se establezcan.

Contexto Actual

La gran mayoría de empresas y empresarios, ven sus grandes oportunidades en el mercado internacional por lo cual manejan un sistema de administración internacional, la cual consiste simplemente en el desempeño de las actividades administrativas más allá de las fronteras nacionales[11].

La multinacional es uno de los modelos de empresa más pujante en la economía global y se están haciendo cada vez más relevantes en el volumen de la economía global; hoy en día son tres veces más importantes que hace veinte años. Más del 85% de las multinacionales tienen sus bases en los países con mayor poder económico como en Europa Occidental, Estados Unidos, Canadá, Australia y Japón. Durante la última década, han surgido nuevas multinacionales de países como Corea del Sur, Taiwán, España, México, Argentina y Brasil[12].

Las Empresas Multinacionales Andinas. (EMA)

Antecedentes

El proceso de integración a nivel empresarial llegó a la Comunidad Andina, "después de un largo y dilatado proceso

[11] Cetro Samuel, ADMINISTRACIÓN MODERNA, Pretice Hall, 8va Edición, Bogotá, 2000. Pág.76.

[12] Cfr. Guillén Mauro F, Associate professor of management and of sociology Wharton School, University of Pennsylvania, EL CONOCIMIENTO Y LA GESTIÓN DE UNA EMPRESA MULTINACIONAL (http://www.revistadeempresa.com/REVISTA/Public.nsf/VPDFPublic/597DA83FE673B3F7C1256C00002CEDE0/$file/mguillen.pdf)

de ratificaciones; mediante la decisión No.46 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se normó la constitución de las empresas dentro de la subregión"[13].

Las Empresas Multinacionales Andinas y las empresas multinacionales

Las empresas Multinacionales Andinas difieren de las demás empresas multinacionales, ya que el Sistema Andino de Integración (SAI) las coloca dentro del marco de un proceso de integración; estas pretenden impulsar las relaciones comerciales, financieras y tecnológicas entre los países, permitiéndoles actuar en actividades económicas en las cuales los recursos de cada país, trabajando por separado, no podrían alcanzar sus propósitos[14].

El objetivo principal de la EMA es el de contribuir de manera eficaz para una cabal realización de las diversas etapas del proceso de integración económica y para el desarrollo de los países asociados, procurando mejorar la capacidad del sector empresarial en incentivar, activamente, la ejecución de los proyectos industriales de beneficio regional[15].

Finalmente se diferencian ya que las Empresas Multinacionales no tienen un régimen legal común y la Empresas Multinacionales Andinas fueron adoptadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena y tienen un sistema normativo especial que las regula.

[13] Cfr. Pico Galo, REALIDADES Y PERPESTIVAS DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA, primera edición, Quito, 1981. Pág.47
[14] Cfr. Moreno María y Vélez Jeannette, LA EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1983.Págs. 16-17
[15] Cfr. Pico Galo, REALIDADES Y PERPESTIVAS DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA, primera edición, Quito, 1981. Pág.49.

Legislación Andina

En relación a la libre circulación de personas jurídicas el acuerdo de Cartagena en el artículo 54 dice que: *"los Países Miembros coordinarán sus planes de desarrollo en sectores específicos y armonizarán gradualmente sus políticas económicas y sociales, con la mira de llegar al desarrollo integrado del área, mediante acciones planificadas. Uno de los mecanismos planteados para la consecución de este objetivo es la implementación de programas de Liberación Intrasubregional de los Servicios"*[16].

En la Sección referente a los Programas de Integración Industrial, el artículo 62 señala que: *"la Comisión adoptará Programas de Integración Industrial, preferentemente para promover nuevas producciones industriales en ámbitos sectoriales o intersectoriales, que contarán con la participación de, por lo menos, cuatro Países Miembros"*[17].

Estas normas permiten y promueven la libre circulación de las personas jurídica, por medio de la Liberación Intrasubregional de los Servicios; también, se promueve la integración industrial con la participación de por lo menos cuatro países.

En relación a las EMAs, específicamente, el mencionado acuerdo en su artículo 56 establece que: *"La Comunidad Andina contará con un régimen uniforme al que deberán sujetarse las empresas multinacionales andinas"*[18].

Además, el Acuerdo de Cartagena en el capítulo XIII, referente a la integración física, dice que los Países Miembros

[16] CAN, Acuerdo de Cartagena, Art. 54
[17] CAN, Acuerdo de Cartagena, Art. 62
[18] CAN, Acuerdo de Cartagena, Art.56

propenderán al establecimiento de entidades o empresas de carácter multinacional[19].

El artículo 107 indica que los Países Miembros ejecutarán acciones y coordinarán sus políticas en materias financieras y de pagos, en la medida necesaria para facilitar la consecución de los objetivos del Acuerdo, para ello, la Comisión, adoptará medidas que faciliten la circulación de capitales dentro de la Subregión y en especial la promoción de empresas multinacionales andinas[20];

Finalmente el Protocolo de Sucre, en el artículo 7, al sustituir el artículo 53 del Acuerdo, dice que la Comunidad Andina contará con un régimen uniforme al que deberán sujetarse las empresas multinacionales andinas[21].
En base a los artículos mencionados podemos concluir que la Comunidad Andina de Naciones, por medio del Acuerdo de Cartagena y sus modificaciones, permite y promueve la libre circulación de las personas jurídicas dentro de los países miembros de la comunidad, es más compromete a los Estados y a la Comisión, a establecer normas y políticas, para el establecimiento de la EMAs.

Decisión 292
Antecedentes

La Comisión del Acuerdo de Cartagena en el año 1991, consideró que era necesaria la actualización y perfeccionamiento del Régimen Uniforme de Empresas Multinacionales Andinas, con el fin de preservar y estimular la asociación de inversionistas nacionales en los Países

[19] CAN, Acuerdo de Cartagena, Art.104.
[20] Ver. CAN, Acuerdo de Cartagena, Art. 107
[21] CAN, Protocolo Sucre, Art. 7.

Miembros, y lograr la ejecución de proyectos de interés compartido y alcance multinacional, por lo que dictó la decisión 292[22].
La decisión 292 establece la normativa regional para las empresas multinacionales, por ello procederé a analizarla en sus principales elementos[23].

Definición

El artículo 1 define a la empresa multinacional andina en base a los requisitos que debe cumplir, estos son[24]:
a) Su domicilio principal estará situado en el territorio de uno de los Países Miembros, o en el que tenga lugar la transformación o fusión de la empresa.
b) Deberá constituirse como sociedad anónima con sujeción al procedimiento previsto en la legislación nacional correspondiente y agregar a su denominación las palabras "Empresa Multinacional Andina" o las iniciales "EMA".
c) Su capital estará representado por acciones nominativas y de igual valor que conferirán a los accionistas iguales derechos e impondrán iguales obligaciones.
d) Tendrá aportes de propiedad de inversionistas nacionales de dos o más Países Miembros que en conjunto sean superiores al 60% del capital de la empresa.
e) Cuando esté constituida con aportes de inversionistas de sólo dos Países Miembros, la suma de los aportes de los inversionistas de cada País Miembro no podrá ser inferior al quince por ciento del capital de la empresa. Si existen inversionistas de más de dos Países Miembros, la suma de los aportes de los accionistas de por lo menos dos países, cumplirán, cada uno, con el porcentaje mencionado. En

[22] Cfr. CAN. Acuerdo de Cartagena, vistos.
[23] Ver. Anexo 1. Decisión 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
[24] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Art.1.

ambos casos, las inversiones del país del domicilio principal serán por lo menos igual al quince por ciento o más del capital de la empresa.
Deberá preverse por lo menos un Director por cada País Miembro cuyos nacionales tengan una participación no inferior al quince por ciento en el capital de la empresa.
f) La mayoría subregional del capital se refleje en la dirección técnica, administrativa, financiera y comercial de la empresa, a juicio del correspondiente organismo nacional competente.
g) En el Estatuto Social, deberán contemplarse plazos y previsiones que aseguren a los accionistas el ejercicio del derecho de preferencia. Asimismo, otros mecanismos que contemple la legislación respectiva o se hubieren contemplado en el Estatuto Social. No obstante, el inversionista podrá renunciar al ejercicio del derecho de preferencia, si así lo considerase conveniente.

Constitución de EMAs[25]

En relación a la constitución de las EMAs, los artículos 5 y 6, permiten constituirse como EMAs a las empresas que poseen la calidad de sociedad anónima en su país e incluso a aquellas que no poseen dicha calidad por medio del cumplimiento de los requisitos; también, permite adoptar la forma de una empresa multinacional andina mediante la fusión de dos o más empresas nacionales o mixtas[26].

Regulación de las EMAs

Las normas por las cuales se rigen las EMAs están establecidas en el artículo 7; y son las siguientes:

[25] Ver "Guía para establecer una EMA" en la página web de la Comunidad Andina www.comunidadandina.org
[26] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Arts.5 y 6.

1.- Su estatuto social, el cual deberá conformarse a las disposiciones del presente Régimen.
2.- El presente Régimen en todo lo que no estuviere establecido en su estatuto social.
3.- En aspectos no regulados por el estatuto social o por el presente Régimen, se aplicarán:
a) La legislación del país del domicilio principal; y,
b) Cuando fuere el caso, la legislación del país donde se establezca la relación jurídica o la de aquel donde hayan de surtir efecto los actos jurídicos de la empresa multinacional andina, según lo establezcan las normas de derecho internacional privado aplicables[27].

Control y supervisión

El artículo 8 dice que corresponde al organismo nacional encargado del control de las sociedad o compañías del país miembro, donde las empresas multinacionales andinas estén constituidas o tengan sucursales, ejercer su vigilancia y supervisión, sin perjuicio que la ejerzan los organismos nacionales a que se refiere el artículo 6 de la Decisión 291 en los aspectos de su competencia[28].

- En la República de Bolivia el órgano encargado del registro y constitución de empresas de sociedades anónimas, es la Fundación para el Desarrollo Empresarial (FUNDEMPRESA), bajo la tuición de la Superintendencia de Empresas.
- En Ecuador el Organismo Nacional competente encargado para la Constitución de EMAs es la Superintendencia de Compañías.
- En Perú el organismo competente es la Agencia de

[27] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Art.7
[28] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Art.8.

Promoción de la Inversión Extranjera PROINVERSION.

- En Colombia la asesoría se recibe por parte de la División de Inversiones Extranjeras del Departamento Nacional de Planeamiento sobre normas y requisitos, en caso que los interesados lo requieran, ya que dependiendo del tipo de empresa, existe un órgano competente diferente.

Tratamiento especial a las EMAs

Los Estados se encuentran obligados a otorgar a las EMAs un tratamiento no menos favorable que el establecido para las empresas nacionales, para las adquisiciones de bienes o servicios del sector público[29].

El artículo 10 permite que los aportes destinados al capital de las Empresas Multinacionales Andinas y sus sucursales, puedan circular libremente dentro de la Subregión[30].

Para el aporte de bienes físicos al capital de una EMAs se permite su exportación e importación, libre de gravámenes, restricciones u obstáculos, siempre que dichos bienes cumplan con las normas subregionales de origen[31].

Las Empresas Multinacionales Andinas tendrán acceso a los mecanismos de fomento a las exportaciones, también las empresas multinacionales andinas podrán utilizar los sistemas especiales de importación - exportación establecidos en la legislación nacional del País Miembro del domicilio principal y de la sucursal[32].

Las EMAs pueden instalar sucursales, y se concede el derecho de transferir las utilidades obtenidas al domicilio principal, previo el pago de impuestos[33].

Las Empresas Multinacionales Andinas o sus sucursales pueden participar en los sectores de la actividad económica

[29] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Art.9.
[30] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Art.10.
[31] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Art.11
[32] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Art.12
[33] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Arts.15 y 16.
[34] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Art.14.

reservados para las empresas nacionales, cumpliendo con lo señalado por las legislaciones respectivas[34].

En materia de impuestos las EMAs gozarán del mismo tratamiento establecido para las empresas nacionales; además, los artículos 19 y 20, establecen medidas para evitar situaciones de doble tributación[35].

En materia laboral, en virtud del artículo 21, los Países Miembros facilitarán la contratación de personal de origen subregional por las empresas multinacionales andinas. Es importante la consideración de nacional que recibe el personal subregional de las EMAs, esto sirve para los efectos de la aplicación de las disposiciones sobre cupos de trabajadores extranjeros[36].

El artículo 22 obliga a los países miembros a otorgar visas que autoricen su ingreso y permanencia, de los promotores inversionistas y ejecutivos de las EMAs[37].

Los Países Miembros darán preferencia a las Empresas Multinacionales Andinas en la contratación de tecnología en cualquiera de sus formas, incluso marcas o patentes, con plena aplicación de la Decisión 84 y las disposiciones que la reformen[38].

Existe un compromiso para estimular la constitución de Empresas Multinacionales Andinas con el objeto de facilitar el proceso de desarrollo industrial conjunto en la Subregión en las distintas modalidades de integración industrial previstas en el Acuerdo de Cartagena. Asimismo, promoverán y facilitarán la constitución de Empresas Multinacionales Andinas en el campo de los servicios y otros sectores productivos., esto en virtud del artículo 26[39].

Conclusiones

[35] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292,. Arts. 19 y 20.
[36] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Art.21.
[37] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Art.22.
[38] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Art. 23
[39] Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292, Art.26

La Empresa Multinacionales se presentan como un instrumento dentro del proceso de integración que buscan justamente eso, integrar las economías de los países participantes; claro está que dentro de un mundo globalizado, las Empresas Multinacionales constituyen un sujeto fundamental y protagónico del comercio exterior.

Al revisar el Acuerdo de Cartagena encontramos principios que buscan una integración física, por medio de una liberación de los servicios; además, se propone adoptar programas de integración industrial, lo cual implícitamente significa la creación de personas jurídicas andinas. Este marco jurídico facilita la circulación de capitales y promociona la existencia de Empresas Multinacionales Andinas, como medio idóneo para cumplir los objetivos de integración.

Por lo tanto el Acuerdo de Cartagena, como marco jurídico de la Comunidad Andina de Naciones promueve la integración por medio de las EMAs.

Por medio de este breve análisis de la decisión 292, el cual nos permite conocer mejor a las EMAs, se puede apreciar que estas se encuentran en un régimen jurídico que otorga muchas facilidades para la integración regional. El hecho mismo de la evolución normativa desde la decisión 46, muestra una preocupación y esfuerzo por mejorar e impulsar, la creación y manejo, de las EMAs.

La decisión 292 permite a cualquier tipo de empresa de los países miembros constituirse como EMA, una vez que cumpla los requisitos. Consecuentemente por medio de esta normativa se promueve la constitución EMAs.

La existencia de un cuerpo jurídico que regula a las Empresas Multinacionales a nivel andino, constituye por si mismo una motivación, ya que brinda seguridad jurídica a los empresarios.

El tratamiento especial que tienen las EMAs constituyen el motor principal dela integración, ya que los países están obligados a dar un tratamiento no menor que a las empresas locales, permiten una libre circulación de sus capitales, pueden participar en los sectores reservados para las empresas nacionales, se evita la doble tributación y principalmente reciben preferencias en la contratación de tecnología. Por lo tanto, estamos en la capacidad de decir que la decisión 292 promueve y facilita la integración de los países andinos

Finalmente quiero hacer un observación ya que pese la normativa vigente, existe poca difusión y promoción de las EMAs; al buscar empresas que con esta calidad, encontré muy pocas[40]; consulté con empresarios y alumnos, los cuales desconocían de las facilidades y beneficios este tipo de empresas Por lo cual no se esta cumpliendo con el compromiso estatal de promover la EMAs.

[40] Ver Directorio de EMAs, publicado en la página web de la Comunidad Andina www.comunidadandina.org

Bibliografía

- CAN, Acuerdo de Cartagena,
- CAN, Protocolo Sucre.
- Cetro Samuel, ADMINISTRACIÓN MODERNA, Pretice Hall, 8va Edición, Bogotá, 2000.
- Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 292.
- Duque Bohórquez Katiuska Elimar, Origen y causas de la evolución de las empresas multinacionales
- Durán Herrera Juan José, ESTRATEGIA Y ECONOMÍA DE LA EMPRESA MULTINACIONAL, (Ed. Piramide), 2000.
- Guillén Mauro F, Associate professor of management and of sociology Wharton School, University of Pennsylvania, EL CONOCIMIENTO Y LA GESTIÓN DE UNA EMPRESA MULTINACIONAL.
- Manual de Términos Financieros, Banco Provincial-Venezuela, 1992
- Moreno María y Vélez Jeannette, LA EMPRESA MULTINACIONAL ANDINA, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1983.
- Pérez Arteta Esteban, LA EMPRESA MULTINACIONAL EN EL ACUERDO DE CARTAGENA, Pontificia Universidad Católica del Ecuador- tesis doctoral, Quito, 1975,
- Pico Galo, REALIDADES Y PERPESTIVAS DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA, primera edición, Quito, 1981.

Buscadores

- www.google.com
- www.monografias.com

Sitios Web

- www.wikipedia.org
- www.comunidadandina.org
- www.gsi.dit.upm.es
- www.revistadeempresa.com

Comprensión de los Derechos Humanos desde el tener, poder y valer

Mauricio Burbano Alarcón, S.I.*

Abstract

A partir de un breve antecedente sobre el desarrollo histórico de los Derechos Humanos, se constata el peligro de su fragmentación a pesar de que se ha proclamado expresamente que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes.
En este trabajo se hace una propuesta de comprensión unitaria de los derechos humanos a partir de las dimensiones humanas que propone Paul Ricoeur (tener, poder y valer) que en principio no fueron aplicadas directamente a los DD.HH. pero como se verá, son pertinentes a la temática.

Los Derechos Humanos, tal como hoy los conocemos, no se han configurado de una vez y para siempre, sino que son el resultado de un largo desarrollo histórico. En primer lugar se configuraron los "derechos civiles y políticos". Surgen en el siglo XVIII e incluyen principalmente al derecho a la vida, a pensar y expresarse libremente, a participar del gobierno del propio país, a no ser detenido sin un motivo legal, etc.
A estos derechos se los conoce como de "primera generación".

[1] Religioso jesuita. Licenciado en Filosofía (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá), Diploma "Estudios Especializados en Ciencias Sociales con mención en Cultura y Sociedad" (PUCE), Certificado de "Estudios Interamericanos" (PUCE).
Ha colaborado en el Servicio Jesuita a Refugiados de Colombia y Ecuador. Actualmente colabora en el Colegio "San Felipe Neri" de Riobamba.

Posteriormente surge la "segunda generación" de derechos que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales. En este caso tenemos el derecho al empleo y al salario justo, a la vivienda, a la salud, a la educación, etc.
Luego tememos los "derechos de la tercera generación" donde se reivindican los anteriores derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) pero respondiendo a criterios de solidaridad. En este sentido, también se los denomina como "derechos de los pueblos", derechos de cooperación o solidaridad. Ejemplo: derecho al medio ambiente sano, a la paz, al desarrollo. En definitiva, se refieren al derecho que todas las personas y pueblos tienen para nacer y vivir en un ambiente que permita el ejercicio real de los derechos.

El riesgo de la fragmentación de los DD.HH.

Pasados varios años después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) se vio necesario reafirmar la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los mismos. Esto evidencia que el conseguir la unidad también constituye una conquista, frente al riesgo de la fragmentación. Como dice Antônio A. Cançado:
"Poco tiempo después de la adopción de la Declaración Universal, concebida como la primera de una Carta Internacional de Derechos Humanos que constaría de tres partes (seguida de una Convención y de dos Tratados, además de las correspondientes medidas de implementación), las profundas divisiones ideológicas en el mundo durante los años 50 condujeron a categorizaciones de los derechos humanos que ignoraban la perspectiva holística propugnada por la Declaración Universal. Las consecuencias de la fragmentación o atomización del corpus juris de los derechos humanos no tardaron en manifestarse, y aun en nuestros días sus repercusiones son patentes [...] Habría que esperar la

Primera Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Teherán, 1968), dos decenios después de la adopción de la Declaración Universal, para que se manifestaran las primeras reacciones sistemáticas a la fragmentación de los derechos humanos"[2].

El hecho de superar la fragmentación en los derechos humanos, constituye rescatar "la filosofía básica de la Declaración Universal [...] que durante años había sido socavada por la lucha ideológica de la guerra fría"[3].

Posteriormente, se reafirmará esta pretensión de unidad en la Declaración y Programa de Acción de Viena, donde en su Art. 5 afirma lo siguiente:

"5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso"[4].

Una propuesta de unidad

Esta fragmentación que se ha presentado en los Derechos Humanos tiene raíces más hondas de lo que se cree. La fragmentación también es el resultado de un modo de comprender al ser humano como un ser escindido, dividido. El hecho de que el hombre se le conciba como una unidad también es producto de un desarrollo histórico que ha sido lento y ha abarcado varios siglos.

En este desarrollo para comprender al hombre, ha tenido una importancia capital la filosofía. En este sentido, nos

[2] Antônio A. Cançado Trindade. La interdependencia de todos los derechos humanos. Obstáculos y desafíos en la implementación de los derechos humanos. En: Web del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/

[3] Ibídem

[4] Declaración y Programa de Acción de Viena aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el 25 de junio de 1993.

dejaremos guiar por una propuesta antropológico-filosófica que nos brinde pistas de unidad.

Para comprender un poco más el sustrato de la propuesta antropológico-filosófic a es necesario comprender que la especializació n en diversos campos ha llevado a la fragmentación. Así como el conocimiento especializado ha fragmentado la naturaleza, de la misma manera se ha dividido al ser humano. Incluso en nuestra vida cotidiana no dejamos de percibir estas fragmentaciones: nos vamos al oftalmólogo (solo le preocupa nuestros ojos...), vamos al psicólogo (solo le interesa nuestra mente...), vamos a buscar un empleo (a la empresa solo le interesa nuestra fuerza laboral). En todo caso, no se trata de despreciar el aporte de las ciencias positivas. Se trata más bien de presentar al ser humano como unidad original de sentido. Este retornar a la unidad nos pone en contacto con aquellas preguntas que las ciencias positivas pasan por alto.

En esta propuesta, nos dejaremos guiar por Paul Ricoeur, quien en su obra Finitud y culpabilidad, presenta las dimensiones del tener, poder y valer. Con todo, es necesario aclarar que Ricoeur nunca pretendió aplicar estas dimensiones a los DD.HH; sin embargo, considero que su propuesta es perfectamente aplicable al propósito que perseguimos: presentar los DD.HH. como una unidad a partir del tener, poder y valer.

Pasemos ahora a describir estas tres dimensiones presentes en el ser humano y sus relaciones:

La dimensión del tener. Se refiere fundamentalmente al ámbito de material, pero también a la posibilidad de intercambio de bienes sean materiales o no; en este sentido estamos refiriéndonos también a la solidaridad.

La dimensión del poder. Se refiere al ámbito de las relaciones de poder existentes en el ser humano al entrar en contacto con sus semejantes. Abarca también la posibilidad de actuar sobre el medio y la participación que va más allá de la acción

política partidista, aunque no la excluye.

La dimensión del valer. Se refiere a la dimensión de valía esencial del ser humano por ser tal. El ser humano como "ser histórico" viene cargado de un bagaje que le proporciona su cultura, su lengua, su historia, su fe... En este sentido, en la convivencia social se hace necesario un "reconocimiento" de la valía y pertenecía histórica del otro.

El "tener", el "poder" y el "valer" no son malos ni buenos en sí mismos, simplemente son dimensiones del hombre frente a los cuales se constata su presencia. El ser humano, por ser tal, ya se encuentra con estas dimensiones. Debe presentarse un desarrollo integral del ser humano en las tres dimensiones. Las directrices para un justo tener, poder y valer se encuentran precisamente en los Derechos Humanos. Ningún ser humano se escapa de esas dimensiones, simplemente frente a la ausencia de condiciones dignas, nos encontramos con condiciones degradantes del tener poder y valer.

Hacia una comprensión unitaria de los DD.HH.

Como ya se va vislumbrando, los DD.HH. pueden ser vistos desde esas tres dimensiones que se refieren a un adecuado tener, poder y valer. A manera de ejemplo, se tomarán algunos artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que ilustrarán lo dicho. Con todo, estas dimensiones se pueden aplicar a diversos documentos posteriores sobre derechos humanos.

Dimensión del tener

- Derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Art. 17
- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la **seguridad social**. Art. 22
- Derecho al **trabajo**, a la libre elección de su trabajo, a

condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. Art. 23
• Derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el **vestido**, la **vivienda**, la **asistencia médica** y los servicios sociales necesarios. Art. 25
• Toda persona tiene derecho a la **educación**. Art. 26
El *tener* no significa acaparar oportunidades. *La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, en su Artículo 8 dice: "Los Estados [...] garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos [...] Deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales"[5].

Dimensión del poder

• **Todos son iguales ante la ley** y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Art. 7
• Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser **oída públicamente** y con **justicia** por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella. Art. 10
• Derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. Art. 23
• Toda persona tiene derecho a **circular libremente** y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Art. 13
• Toda persona tiene derecho a la **libertad de reunión** y de asociación pacíficas. Art. 20
• Toda persona tiene **derecho a participar** en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de

[5] Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, aprobada por la Asamblea General de las ONU en 1986.

acceso a las funciones públicas de su país. Art. 21
• La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del **poder público**; esta voluntad se expresará mediante **elecciones**. Art. 21
• En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de **asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás**, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Art. 29

Dimensión del valer

• Todos los seres humanos nacen libres e iguales en **dignidad y derechos** y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Art. 1
• Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Art. 2
• Todo individuo tiene derecho a la **vida**, a la **libertad** y a la **seguridad** de su persona. Art. 3
• Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre. Art. 4
• Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Art. 5
• Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al **reconocimiento** de su personalidad jurídica. Art. 6
• Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la **protección de la ley** contra tales injerencias o ataques. Art. 12
• Toda persona tiene derecho a una **nacionalidad**. Art. 15

• Los hombres y las mujeres, tienen derecho a casarse y fundar una familia. Art. 16
• Toda persona tiene derecho a la **libertad de pensamiento, de conciencia y de religión**; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia. Art. 18
• Todo individuo tiene derecho a la **libertad de opinión** y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. Art. 19
• Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la **vida cultural de la comunidad**, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. Art. 27
• Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. Art. 27
• Toda persona tiene **deberes** respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. Art. 29

Las tres dimensiones del tener poder y valer se afectan y son interdependientes entre sí. Por ejemplo, el derecho a la seguridad social se relaciona a la vez con la dimensión del "tener" y del "valer". Lo mismo sucede con el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, la salud y el bienestar, el derecho a la educación. El derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica se refiere a la dimensión del "poder", pero también del "valer".
Una propuesta de este tipo nos muestra un cambio de perspectiva que puede ser aplicada a la **Educación en**

Derechos Humanos. Una cosa es educar en los derechos políticos, sociales culturales como algo externo a mí, y otra cosa es educar en los derechos desde el "tener, poder y valer" como algo que ya se encuentra en mí (aunque sea de manera egoísta...) donde la educación tendría el objetivo de reconocer lo ya existente y orientarlo hacia formas más justas y solidarias.

El papel de las instituciones en el tener, poder y valer

Las dimensiones del tener, poder y valer no se encuentran relacionadas únicamente con el sujeto individual. Éstas también se encuentran referidas al ámbito social. Las relaciones interpersonales se extienden a la vida de las instituciones (que serán el lugar de aplicación y exigencia de los derechos).

Las instituciones (por antonomasia aquellas que pertenecen al Estado) deben favorecer un correcto tener, poder, valer. Si un Estado no cumple con la misión de velar para que ese tener, poder y valer se presenten de manera justa, entonces contamos con las instituciones supra-estatales o supra-nacionales como por ejemplo *la Organización de Estados Americanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

A manera de conclusión

Las relaciones sociales y la vida política no son construcciones a priori perfectas, no son "esencialmente" acabadas. Más bien se trata de construcciones perfectibles. La misma concepción de democracia y el mismo desarrollo histórico de los Derechos Humanos son una prueba de ello. En este sentido, se presenta un conflicto o "tensión" en las dimensiones del tener, poder y valer, por cuanto se enfrentan a múltiples intereses y pretensiones individuales o institucionales.

Esta tensión puede ser motivo para que se vulneren los Derechos Humanos, por ejemplo si el Estado con su poder limita a los ciudadanos en su libertad de expresión. Sin embargo, la misma tensión puede ser motivo para que se consigan reivindicaciones y se afiancen los Derechos Humanos, por ejemplo aquellos casos paradigmáticos en los que se genera un precedente que luego derivará en una normatividad más justa.

En nuestro país, un caso interesante por lo paradigmático e histórico (que se da antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) es el de Matilde Hidalgo de Prócel. Estando por finalizar el período del presidente José Luis Tamayo, se convoca a elecciones y Matilde Hidalgo anuncia que ella va a votar. Logra ser inscrita en los Registros Electorales del Cantón de Machala, pero le comunican que para que pueda votar, necesita su caso ser sometido a consulta ministerial. El Consejo de Estado resuelve a su favor y Matilde Hidalgo se convierte en la primera mujer que sufragó en el Ecuador en el año de 1924. Este antecedente motivó a que posteriormente, a partir de la Constitución de 1929 se favorezca el derecho al voto de la mujer ecuatoriana. En definitiva, a partir de una iniciativa reivindicativa individual de una ciudadana, se generó un reconocimiento institucional que luego favorecería no a una sola mujer, sino a todas las mujeres ecuatorianas.

Se puede observar que existe una necesaria "tensión o "conflicto" entre lo personal y lo institucional. Habrá ocasiones en las que el Estado está obligado a actuar para detener intereses particulares que van contra el bien general; por ejemplo, una petrolera que está dañando los recursos naturales. En otras ocasiones serán los ciudadanos y ciudadanas que levanten su voz para reclamar al Estado, ya sea de manera particular o como sociedad civil organizada.

La "tensión" o "conflicto" no debemos verla con criterios morales. Es decir no es una tensión mala ni buena.

Simplemente viene a ser como un "fenómeno", algo que aparece y se constata en las relaciones entre el individuo y la institución. Es más, esta tensión refleja una sociedad viva con sus derechos y deberes en pleno ejercicio.

Bibliografía

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General del 10 de diciembre de 1948.

Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 25 de junio de 1993.

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, del 4 de diciembre de 1986

Paul Ricoeur, Finitud y culpabilidad, Ed. Taurus, Madrid, 1982.

Antônio A. Cançado Trindade. La interdependencia de todos los derechos humanos. Obstáculos y desafíos en la implementación de los derechos humanos. En: Web del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/

Enrique Ayala Mora (Ed.), Cronología Comparada de la Historia Ecuatoriana, Nueva historia del Ecuador Vol. 14, Corporación Editora Nacional, Quito, 1993.

Matilde Hidalgo de Prócel (1889- 1974). Comunidad Virtual de Loja. Personajes Ilustres. En: http://www.lojanos.com/MatildeHidalgo.html

Crítica al Derecho y a la Facultad de Jurisprudencia desde el Género

Ramiro Avila Santamaría[1]

Introducción.-

Tengo que reconocer, con mucha modestia y hasta con cierta vergüenza, que yo he aprendido el Derecho pretendiendo enseñarlo. Cuando di mi primera clase sobre Género y Derecho algo intuía sobre el tema. Iba (y sigo yendo) al mismo ritmo que mis estudiantes: de los prejuicios a la reflexión y a la conciencia. En este camino me he encontrado con varias sorpresas.

Una de las sorpresas más grandes ha sido descubrir que el Derecho puede ser analizado desde múltiples perspectivas críticas, diferentes al positivismo jurídico, y en particular que el abordamiento desde el género cuestiona las bases mismas del conocimiento jurídico con miras hacia una regulación más equitativa de las relaciones sociales. Entender, por ejemplo, que algunas conquistas jurídicas, que desde el formalismo son absurdas, son necesarias por ser justas[2].

[1] Profesor de Teoría y Práctica de Derechos Humanos y de Género y Derecho, Doctor en Jurisprudencia por la PUCE y Master en Derecho (LLM, Human Rights Fellow) por Columbia University. Debo agradecer a todas las personas que aportaron con información y leyeron críticamente este artículo. En particular, a los miembros de la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE, a los estudiantes de la clase Género y Derecho, y a varios profesores universitarios.

[2] Por ejemplo, la concepción de legítima defensa desde el género. La legítima defensa requiere actual agresión ilegítima y proporcionalidad de los medios. Esta figura fue pensada para ser aplicada en espacios públicos y cuando los agresores son hombres. Sin embargo, cuando quienes se agreden son una pareja que además tienen vínculos afectivos entonces, para resolver con justicia, la interpretación tiene que cambiar. La única forma de que exista proporcionalidad de medios es cuando el agresor hombre está dormido. Esto es inconcebible desde la dogmática penal, pero está muy claro en la jurisprudencia norteamericana. Alguna vez se leyó un texto sobre esto en una clase. Un estudiante que trabajaba en el Ministerio Público consultó con sus jefes abogados fiscales. Le dijeron no sólo absurdo, sino estúpida la interpretación. El texto en mención era el de la Jurista Joan Willians, "Igualdad sin discriminación", en Derecho y Género, 1999, pág. 92.

La otra sorpresa, no menos impactante, ha sido el escuchar en clases innumerables testimonios sobre lo difícil que es para una mujer estudiar en igualdad de condiciones que los hombres, y tener que aguantar cotidianos tratos discriminatorios por parte de profesores y compañeros.

Así que sobre estas dos sorpresas pretendo reflexionar en este artículo. En primer lugar, abordaremos la categoría de género para poder analizar tanto al Derecho como a las relaciones en la Facultad de Jurisprudencia.; en segundo lugar, en base a testimonios de alumnos y alumnas, narraremos algunos hechos que son abiertamente intolerables desde la categoría de género; en tercer lugar, y gracias a varios trabajos realizados por estudiantes de la clase Género y Derecho, expondremos sumariamente algunas normas jurídicas, pretenderemos demostrar su construcción masculina y su efecto discriminatorio. Finalmente, a manera de conclusión, requeriremos de la Facultad de Jurisprudencia políticas concretas y dirigidas para evitar la opresión a las mujeres en la Facultad, y sugeriremos ampliar los estudios de género en relación al Derecho.

1. La categoría género y el Derecho.-

El análisis de género es complejo. Primero porque hay diversas formas de entenderlo[3] y, segundo, porque al abordar la realidad en que se producen las relaciones de género, se funden muchas categorías que multiplican la

[3] Existen varias escuelas feministas que tienen perspectivas diferentes: las igualitaristas (liberales, socialistas), las diferencialistas (escencialistas, radicales, ecologistas) y las constructivistas. Para más detalle, Isabel Cristina Jaramillo, La crítica feminista al derecho, estudio preliminar en Robin West, Género y teoría del derecho, Bogotá, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, pp. 27-66.

inequidad[4] , como la etnia, la edad, la clase social, la condición de migrante.

Para efectos de este ensayo, entenderemos al género desde dos perspectivas:[5]

1. El género es un elemento constitutivo de las **relaciones sociales**: los hombres y las mujeres, en sociedad, tienen roles diferenciados basados en el sexo, que son construidos culturalmente. Tanto las características del hombre como de la mujer, sus formas de pensar, de hablar y de comportarse son **construidas social y culturalmente**. Es decir, el sexo no determina el comportamiento sino la cultura. Por eso la famosa frase de Bouvoir: la mujer no nace, se hace[6] , y el hombre, igualmente, no nace, se construye y con esfuerzo[7]. Las personas tenemos **expectativas de comportamiento** en relación al otro sexo. Por ejemplo, se espera de las mujeres que tengan "instinto de maternidad", sean tiernas, dulces y bellas, y se espera de los hombres que sean protectores, fuertes, decididos. Más evidente, en la formalidad, la manera

[4] Creer que la categoría de género es suficiente para resolver los problemas de inequidad es una ingenuidad. Sin embargo, los estudios de género son valiosos en el sentido que se los puede aplicar a otras categorías prohibidas (como la distinción por edad, nacionalidad, étnia, ideología) en la obligación de no discriminar. Sobre estos análisis complejos, conviene leer a Nancy Fraser, el ensayo "Redistribución y reconocimiento" en Iustitia Interrupta, reflexiones críticas desde la posición postsocialista, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, pág. 17-94.

[5] Estos conceptos son tomados de Mara Viveros (quien a su vez se basa en las teorías desarrolladas por Joan Scott), "Notas en torno a la categoría analítica de género", en Ética, Masculinidades y Feminidades, compilado por Angela Robledo, Bogotá, CES-Universidad Nacional de Colombia, 2000, pág. 56-85

[6] "On ne nait pas femme: on le devient", en Simone de Bouvoir, Le deuxieme sexe II, Folio essais, 38, Gallimard, France, 1976, pág. 13.

[7] Elisabeth Badinter, "El enigma masculino, la gran X", en XY la identidad masculina, Grupo Editorial Norma, Colombia, 1993, p. 14-56. Lo mismo dicho por un hombre: Humberto Abarca Paniagua, "Discontinuidades en el modelo hegemónico de masculinidad" en Feminidades y masculinidades, Mónica Gogna (comp.), Buenos Aires, CEDES, 2000. pp. 193-244. Ver también Xavier Andrade, Masculinades en Ecuador, Flacso Unfpa, Ecuador, 2001.

de vestirse: no se concibe un hombre con vestido rosado y zapatos de taco, o una mujer con corbata y zapatos "de hombre". Nos encuadramos, a veces sin darnos cuenta, a las expectativas sociales.

2. El género es un elemento constitutivo de **relaciones de poder**. Existe una relación de dominación masculina y de sumisión femenina[8]. El hombre puede "legítimamente" y de forma "natural" gozar de ciertas libertades; la mujer, en cambio, debe someterse a ciertas restricciones. Por ejemplo, donde es más evidente, es en la forma como se experimenta la sexualidad. El hombre explora su sexualidad de forma violenta y repetida desde los primeros años de adolescencia; la mujer, en cambio, se someterá a la vigilancia masculina (padre, hermano mayor, esposo) para que cuide de su "virginidad" y se refleja en cuestiones tales como el permiso y necesidad de compañía en eventos sociales nocturnos. Nadie negará, si es hombre, que el tener muchas relaciones sexuales en nuestro medio es una virtud. La misma conducta, en las mujeres, es un terrible defecto.

En cuanto al análisis del Derecho desde el género, para mejor entender estas relaciones sociales y de poder, me voy a valer de tres supuestos: el dualismo en las diferencias, la valoración y jerarquización de las diferencias y el derecho como forma de reproducción de los valores masculinos[9].

(1) El pensamiento racionalista imperante es **dicotómico**. La realidad es dividida en polos opuestos: activo/pasivo, razón/emoción,universal/particular, pensamiento/sentimiento; igual desde el análisis del Derecho: lícito/ilícito,

[8] Nótese, y esto encontrarán a lo largo del ensayo, que no pretendemos hablar de hombres y mujeres en concreto, sino de características del sistema patriarcal en cuanto a las caracterizaciones de lo masculino y femenino que culturalmente les atribuimos.

[9] Frances Olsen, "El sexo del derecho", en Identidad femenina y discurso jurídico, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 25-44.

culpable/inocente, justo/injusto. Todas las diferencias se establecen en función de sus contrarios. El hombre se define por oposición a la mujer. De hecho, este modelo es ampliamente difundido no sólo por la filosofía, por ejemplo la dialéctica (tesis/antítesis), sino también por los medios masivos de difusión (los personajes buenos y malos, racionales y escencialistas -no casualmente relacionados respectivamente con hombre y mujer- de las películas son fácilmente distinguibles[10]). En ese dualismo, los elementos son sexualizados. Así, el hombre es activo, racional, universal, pensador, a quien le corresponde el espacio **público**; la mujer es pasiva, emocional, concreta, sentimental, quien, para no tener conflictos, tiene que ubicarse en el espacio **privado** y, con esas cualidades, dedicarse a las labores de cuidado[11].

(2) El problema ocurre cuando damos un valor a esas diferencias y establezco **jerarquías**. La consecuencia, en términos de poder, es que las características masculinas se consideran positivas y superiores, y las femeninas negativas e inferiores. En este dualismo lo masculino (no importa si es hombre o mujer quien lo ejerce) domina a lo femenino. Para ilustrar esta afirmación, baste sostener que el trabajador ideal para cualquier empresa es aquel identificado con lo masculino: puede dedicarse al trabajo, no se embaraza, no tendrá permisos de lactancia, no se ocupará de labores de cuidado que son "extralaborales", podrá realizar tareas fuera del lugar de domicilio[12].

[10] Para un análisis crítico de las películas y la difusión de roles, en particular las de Walt Disney, que son las que moldean a nuestros niños y niñas, y que aparecen con mensajes aparentemente neutros, ver Ariel Dorfman y A. Mattelart, Para leer al Pato Donald: comunicación de masa y colonialismo, Siglo XXI editores, Argentina, Décima edición, 1974, pág. 37.

[11] Sobre las características de lo público, que no solo es el Estado sino la calle, la participación social, y lo privado, que no solo es la familia sino también la sexualidad, ver Romany Celina, "La responsabilidad del Estado se hace privada", en Derechos Humanos de la Mujer, perspectivas nacionales e internacionales, editado por Rebecca Cook, Bogotá, Profamilia, 1997, pág. 81-104

[12] Joan Willians, op. cit., pág. 77

(3) Las dicotomías y las jerarquías, en el Derecho y en su aplicación, producen normas y prácticas discriminatorias.[13] Da igual si las jerarquías de valor se invierten a favor de las mujeres, seguiría promoviendo una estructura discriminatoria.

La propuesta de género, como lo entendemos, pretende eliminar las dicotomías, las jerarquías y contar con un Derecho que en lugar de controlar, emancipe. En este ensayo, por tanto, no se sugiere que lo masculino sea negativo y lo femenino positivo, sino sólo se describe su existencia y la necesidad de su transformación.

Este sencillo modelo teórico, de profundas consecuencias para las vidas de las personas, se lo reproduce y perfecciona constantemente desde desde muchos espacios, como la familia, la escuela, la calle, el trabajo; y desde muchas formas, como la educación, la religión, el chisme, la propaganda.

El espacio que nos preocupa es la Facultad de Jurisprudencia. La forma que nos interesa, por el momento, es el Derecho. Pretenderemos demostrar que la Facultad y el Derecho son patriarcales[14] con un fuerte énfasis masculino y que, desde sus ámbitos de regulación, discriminan a quienes manifiestan lo femenino.

[13] Podría decirse que, desde una perspectva sin análisis de género, Norberto Bobbio, que es uno de los filósofos más conocidos en nuestro medio, llegaría al mismo resultado, en un ensayo que se denomina "la teoría del prejuicio". Bobbio considera que el camino para la discriminación está conformado por tres fases: (1) el reconocimiento que existe una diferenciación natural, como por ejemplo ser biológicamente hombres y mujeres, negros y blancos; (2) que esta diferenciación natural da lugar a una diferenciación cultural, que implica una valoración, como por ejemplo, el hombre es racional y la mujer emocional, que es lo que Bobbio llama un prejuicio; (3) el acto que se basa en el prejuicio es necesariamente discriminatorio.

[14] Entenderemos por patriarcal el sistema en el que predomina lo masculino y lo femenino está sometido o controlado.

2. La Facultad de Jurisprudencia es patriarcal y oprime a mujeres y a hombres[15].-

Hemos afirmado que la cultura patriarcal, comúnmente conocida como machismo, se difunde por hombres y mujeres, de varias formas, como mediante el Derecho, y en varios espacios, como la Facultad de Jurisprudencia.

Cuando un ambiente tiene predominio de valores atribuidos a los hombres, lo llamaremos **ambiente masculino**. Hay unos ambientes más masculinos que otros[16]. Las instituciones patriarcales pregonan y practican un modelo de ser humano ideal: **hombre, racional, activo, universal**, a veces fuerte y agresivo. Por el contrario, las características que se consideran femeninas son rechazadas, menospreciadas, utilizadas o invisibilizadas: mujer, emoción, pasivo, concreto, a veces delicadas y bellas. Las mujeres en ambientes masculinos están expuestas a sutiles y a veces cínicos actos discriminatorios.

El análisis puede ser de carácter vertical u horizontal. La fuente de masculinidad puede ser vertical cuando los protagonistas de la difusión de valores son superiores en la jerarquía, como autoridades y profesores/as. En cambio, la

[15] Este acápite no corresponde a un estudio científico ni tampoco pretende generalizar. El término profesor y profesora denota la intención de no determinar a personas en concreto. Esta parte del ensayo simplemente refleja y describe algunas manifestaciones de un ambiente masculino que oprime. Queda por investigar técnica y profundamente, las relaciones de profesores con alumnos/as, estudiantes con administración, administración con academia, la homofobia, el acoso sexual, el lenguaje, la participación política. Este ensayo es una primera aproximación y la manifestación de una preocupación que no puede ser desapercibida. Los testimonios fueron recogidos en conversaciones con estudiantes (focus group) y por correos electrónicos enviados en el mes de Noviembre de 2006. El ámbito de referencia es la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

[16] Por ejemplo, nadie negará que las instituciones de disciplina y jerarquías marcadas, como las militares, son extremadamente masculinas. Toda institución en una cultura patriarcal tiene influencia masculina, desde la familia hasta el Estado.

fuente de masculinidad es horizontal, cuando los compañeros y compañeras lo difunden, a pesar de no existir entre pares autoridad formal[17].

a. Perspectiva vertical.-

La Facultad de Jurisprudencia y el ejercicio del Derecho es propio de los hombres. Históricamente así ha sido. Si hacemos un recuento de los grandes juristas, de los clásicos, todos son hombres. El Derecho es una profesión que se ejerce en la vida pública laboral. Las mujeres, propias del ámbito privado, no pueden entrar a este ámbito, y si lo hacen, encontrarán múltiples dificultades.

Algunos profesores enfatizan en sus clases esta tradición. La facultad es para hombres y racionales. La belleza o la "irracionalidad", por el contrario, deben ser excluidas de nuestros espacios.

"Estábamos iniciando clases, quizá era la primera semana, y de pronto cuando [el profesor] preguntó a los alumnos "qué es la ley", yo, totalmente intelectual, respondí correctamente, ya que con anterioridad había leído unas páginas de su libro. Pero, seguidamente, solicitó más opiniones, más conceptos y una amiga respondió de acuerdo a su rústico saber, frente a lo cual el Doctor le respondió: "No, señorita, no... a ver en el mundo hay mujeres y mujeres, muy simpáticas por cierto, pero usted es muy linda y quizá debería reconsiderar su elección y dedicarse al modelaje para lo cual no necesita más que su linda sonrisa y así no pierde el tiempo aquí.[18]"

"En la clase (...), el profesor le preguntó a una chica un tema en específico y ella no supo la respuesta. A lo que el doctor le

[17] Nancy Fraser, Iustitia Interrupta, reflexiones críticas desde la posición postsocialista, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, p. 153. Fraser utiliza la categoría para describir el acoso sexual en el ambiente laboral.

[18] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

dijo: "Señorita..., usted es una chica bonita, debería casarse y dedicarse a la casa y no perder el tiempo estudiando derecho"[19].

"El profesor cuando me hizo una pregunta y no supe contestarla, me dijo "Señor, mírese las manos, manos fuertes –características varoniles del hombre, váyase a labrar en el campo". Te hace quedar pésimo y quedas deprimido el resto de la clase. En la misma clase, preguntaba a una mujer y le anticipaba "usted señorita no ha de poder" y preguntaba a otra persona, la pobre empezaba a contestar y le hacía sentir inútil. Esto por lo general hacía con las mujeres"[20].

Si vienen las mujeres a la Facultad, no es precisamente para aprender.
"La profesora comentando fuera de clase, se refirió a alumnos, mencionó sobre una compañera que se sentaba en primera fila, afirmó que venía a la facultad en busca de marido"[21].

Las mujeres no son sujetos, son objetos sexualizados y cosificados.

"El Doctor, en una clase, se refirió a las mujeres como un buffet de comida de donde se puede elegir lo que mas te apetezca, concluyendo que los hombres no se pueden contentar con una sola mujer habiendo tantas mujeres "buenas" de donde escoger"[22].

"No puedo elegir votar por ninguno de los dos (refiriéndose a los candidatos a presidente en la segunda vuelta), sería como

[19] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.
[20] Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.
[21] Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.
[22] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

tener que elegir casarme entre una mujer que ha estado con 100 o una que ha estado con 102 hombres"[23].

La reflexión y la aplicación de un profesor: "¿Cuánto se necesita para poder acceder a un cuarto, comida, una moto y hasta una señora...?"[24].

Las mujeres no deben demandar mejores condiciones de vida y de igualdad.
"En una conferencia, el ponente manifestó que las mujeres de occidente no tienen de qué quejarse, si porque les dimos la palabra es que nos va tan mal. No sé de qué se quejan si aquí les dejamos hablar, o sino que quieren estar como las de oriente? A lo que los profesores de jurisprudencia, así como muchos alumnos, aplaudieron. Tenía tantas iras que no me fijé si alumnas también aplaudieron"[25].

Aprendido el mensaje, la idea se repitió en el aula: "El profesor manifestó que las mujeres de occidente no tienen de qué quejarse del machismo, o quieren estar como las de oriente"[26].

Las mujeres, en la peor forma de sometimiento, son acosadas sexualmente.

"El otro día una compañera me contó que fue a hablar con un profesor sobre las faltas. Él le dijo que por qué viene con el pelo recogido y que a él le gusta más con el pelo suelto, también le preguntó que cuándo le presenta a la mamá"[27].

[23] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.
[24] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.
[25] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.
[26] Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.
[27] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

"El profesor era un morboso. Ponte, yo tenía una compañera que siempre venía con escotes gigantescos, y el man siempre se paraba al frente y le decía, hablando del rapto, "imagínese que su novio le lleva a chupar, pero a chupar caña no más, no se me ponga nerviosa señorita"[28].

"Tengo un profesor que se nota cuando está coqueteando en clase, por la sonrisita, los ojitos, los comentarios que, aunque no tan expresos, les trata a las compañeras con un coqueteo tan estúpido y evidente"[29].

"El profesor de (...), ese man era medio acosador, porque tenía una forma de observar a las mujeres que se notaba que era super sexual. Es sutil, pero se siente en la doble intención de los chistes, que tienen un toque de zángano, o hacerle pasar adelante sólo a las mujeres. Algunas mujeres se ríen y otras se nota que se sienten incómodas"[30].

"El profesor comentó en clase que si un hombre sabe cocinar pavo, así se van sacando el body las hembritas, y va haciendo la mímica. Todos los compañeros nos reímos"[31].
"No he tomado la clase con él porque me han contado que el mán es supervolado y en clase es super coquetón, patán, hecho el guapo, hecho el rico"[32].
"Una compañera era acosada por el profesor. En los exámenes sólo se pasaba junto a ella -lo cual era una oportunidad de copia para el resto- le acariciaba el hombro con su mano (generalmente ella se ponía blusas sin mangas, solo con tiritas). Ella es una de mis mejores amigas y me decía que él le ponía nerviosa, no podía concentrarse y hasta le iba muy mal, pero siempre aparecía con notas mayores a

[28] Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.
[29] Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, egresado.
[30] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.
[31] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.
[32] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

las del resto de compañeros. Cierto día, este profesor lo invitó a su oficina a discutir algo de clase, ella no quiso ir sola y fue con otra compañera, fueron a su oficina y él las invito a comer a las dos en un hotel muy caro"[33].
La vivencia de los hombres, en cambio, en cuanto a acoso de mujeres profesores no es percibida y probablemente no existe: "A mi nunca me ha coqueteado una profesora"[34]. Sin embargo, puede existir la sensación de un trato diferenciado.
"En clase, la profesora se sentía que odiaba a los hombres, porque nos trataba mal, nos jodía más en las lecciones orales, hace bromas que los hombres son menos inteligentes por naturaleza y que las mujeres son superiores. Daba un trato preferencial a las mujeres"[35].

Las mujeres deben estar bajo el control de los hombres.
"A mí una vez en la clase, no me acuerdo que es lo que estábamos viendo, pero yo hice una observación a una disposición normativa, el profesor me quedó viendo y me preguntó si tenía novio, yo le quedé viendo con cara de asco y él se río, luego me dijo que yo no diría lo mismo si mi novio estaría ahí para controlarme. Esto pasó en media clase y me sentí muy mal"[36].

Las leyes planteadas por mujeres, por esencia, no son racionales.

"El profesor estaba hablando de una iniciativa de reforma que había sido planteado por la Diputada Cintya Viteri. El man cogió y dijo que la reforma era criticable y acotó que porque la proponente era mujer, que sí era guapa pero que era tonta"[37].

[33] Hombre, egresado de la Facultad de Jurisprudencia.
[34] Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.
[35] Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.
[36] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.
[37] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel

El Derecho, como hemos visto, tiene género y trata distinto a los hombres y a las mujeres, y eso se difunde en las clases.

"En Derecho (...), el profesor afirmó que la infidelidad del hombre es más aceptable que la de la mujer, porque el hombre viola la ley positiva y la mujer la ley natural"[38].

b. Perspectiva horizontal.-

En la Facultad de Jurisprudencia, entre compañeros y compañeras, también se reproduce la valorización de las características de lo que se considera masculino y, por el contrario, la desvalorización e intolerancia y de lo femenino, salvo que se trate de la exaltación a la belleza.

Por ejemplo, repudio a lo homosexual.
"Una vez tuve un amigo con quien siempre pasaba todo el tiempo porque somos super buenos amigos. Resulta que un día yo estaba con su novia y ella me pidió que le prestara mi celular para enviarle un mensaje, yo acepte y ella le escribió algo medio romántico (...) Resulta que mi amigo le prestó su teléfono para jugar a un amigo suyo. Éste recibió mi mensaje y lo leyó. Después de un tiempo éste se armó de valor y habló con mi amigo acerca de mí... El rumor creció y de pronto algunas personas en la Facultad empezaron a pensar que en verdad éramos novios (...). Un día estábamos los dos en el ascensor y alguien le dijo algo sobre los dos y éste, muy desafiantemente, le respondió, "si somos novios ¿y qué?". Claro, todo era una broma (...)desde ese día todos y todas me veían raro y siempre sentía como que comentaban cuando nos veían juntos, yo me quería morir... como en esa época pase sin novia durante algún tiempo, el rumor quedo más que confirmado y a la final después de eso nunca muché a nadie.

[38] Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

A mi no me importaba mucho, salvo por personas que de pronto empezaron a tener una actitud despectiva, aunque nunca me dijeron nada en la cara, era como si me evitaran o despreciaran por "ser gay"."[39]

En las actividades extracurriculares, que no son muchas y tienen un sesgo sexualizado, podemos encontrar ubicaciones marcadas desde el género. El fútbol es más masculino, o al menos, es más técnico y serio un partido entre hombres; y en la elección de la reina se destaca a la belleza femenina. Si algo invade estas esferas, se torna ridículo o digno de burla. Por ejemplo, la elección del rey feo o el color rosado en el uniforme de fútbol.

"Esto no pasó en clases, nuestro equipo de fútbol este semestre se hizo una nueva camiseta para jugar, al cual muchas de nuestras compañeras se unieron y también se mandaron hacer en forma de apoyo. La camiseta es una negra que tiene unas líneas rosadas y los números y nombres también. En toda la facultad causó sensación por que ¡cómo un equipo de fútbol puede tener un color rosado en su camiseta! (...) surgieron muchos comentarios... un jugador de fútbol tiene que ser "un macho"."[40]

Las experiencias cotidianas femeninas son tomadas en son de burla o simplemente desvalorizadas; son excepcionales o son invisibilizadas: la mujer es otra vez un objeto.

"Un compañero en el primer día de clases al salir de una materia nos dijo, "chicas demen su calendario menstrual para saber que día se puede con ustedes", lo cual hizo que todas tengamos un sentimiento de impotencia e ira. Lo más chistoso

[39] Hombre, egresado de la Facultad de Jurisprudencia.
[40] Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

de todo esto es que si no toleras esas bromas eres una neurótica antisocial... ¿por que para encajar socialmente tienes que aceptar todo tipo de patanería? ¿por que soportar la humillación de los machos? solo para que te acepten... no lo creo... esto es parte de un sistema opresivo que te ve como un juguete sexual sin mente... y hay mujeres que se conforman con ello..."[41]

En cuanto a la participación política en la representación estudiantil, sin negar que hay avances significativos, casi todas las Asociaciones de Escuela tienen el modelo tradicional de organización. El que toma las decisiones, el hombre, es el presidente o el candidato. La que realiza los asuntos administrativos, la mujer, es la secretaria.

Siempre pregunto en clase si han visto la distinguida galería masculina de presidentes de la Asociación Escuela de Derecho (AED) y por qué no hay mujeres. Algunas responden porque no han querido. Otras, muy pocas, porque no han podido. ¿Por qué no han querido y por qué no han podido? La respuesta no es tan fácil encontrarla en la voluntad y la libertad de las mujeres. La hipótesis, sujeta a investigación, es que el ambiente es masculino, y donde el ambiente es masculino, las mujeres se adaptan o se excluyen.

Cuenta la historia que hubo una presidenta subrogante. ¿por qué no aparece su foto y sí la de alguno que subrogó?

Este ambiente patriarcal se reproduce casi intacto en los espacios en donde los abogados y abogadas nos movemos. Por ejemplo,
"En muchos estudios jurídicos, la obligación de vestimenta da una preferencia a la falda, y prefieren que se contrate chicas

[41] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

como agentes judiciales, por cuanto "hacen que los tramites fluyan más rápido. En sí, la práctica judicial obedece a esos esquemas."[42]

"En clases estábamos hablando sobre la apariencia del abogado y cuánto influye esto el ejercicio de la profesión. Un compañero alza la mano y dice que "obvio que es decisivo. es lo mismo que con las mujeres, que tienen que ser atractivas físicamente para darles un chance, sin importar que sea la mujer perfecta: que sepa cocinar, lavar, planchar, abrir la puerta para salir a jugar. Te tiene que dar una buena impresión físicamente."[43]

A las mujeres se les presume licenciadas, "doctoritas" y "son reinitas". A los hombres con terno se les presume doctores y se les respeta.

En lo cotidiano honestamente quisiéramos creer que estos testimonios son aislados, sin embargo escenas como éstas se multiplican y se reproducen.

3. El Derecho discrimina a las mujeres[44].-

El Derecho, y el Estado que lo produce, tienen género y es masculino.[45] Esta afirmación no es una novedad para la academia jurídica crítica. El Derecho recoge los intereses y las necesidades de una porción de la población. El derecho

[42] Hombre, egresado de la Facultad de Jurisprudencia.
[43] Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, octavo nivel.
[44] Las normas jurídicas que serán analizadas, de manera ejemplificativa, fueron escogidas y estudiadas por algunos y algunas estudiantes de la clase de Género y Derecho, cuyos nombres constan en los acápites correspondientes. Sus ensayos son más largos y probablemente, en su extensión, más contundentes que lo que aquí se presenta. Por razones de espacio, tuve que editar sus ensayos y espero no haber alterado su sentido.
[45] Una excelente demostración de la masculinidad del Estado y del Derecho lo encontramos en la introducción del libro de Catharine A. MacKinnon, "Women's Status. Men's States", en Are Women Human?: And Other International Dialogues, Cambridge, Harvard Univ. Press, 2006, págs. 1-14.

liberal es la expresión de un grupo de poder, con intereses económicos y políticos identificables[46] y, en lo que nos interesa, refleja las experiencias y valores masculinos.
Para demostrar esta afirmación tenemos algunas pistas:

• Los hombres históricamente fueron los únicos que tuvieron posibilidad de representar y de crear normas. Hasta los años setenta las mujeres fueron consideradas incapaces y en la primera mitad del siglo pasado recién tuvieron posibilidad de votar.[47]

• Los hombres tenemos serias dificultades, por ser en el estereotipo insensibles, para percibir las necesidades y las experiencias de los y las "otras"[48]. Por ello, "las normas son ambiguas y sujetas a interpretación de [hombres] que a menudo no son para nada propensos, por cultura y valores, a considerar aspectos femeninos."[49] Los hombres, y esto intentaremos demostrar, regulamos según nuestra racionalidad y comprensión del mundo. Las normas que regulan las conductas de las mujeres son consideradas en el Derecho como normas de excepción a la regla general.[50]

[46] Lo más técnico desde la perspectiva de la historia y del pensamiento político que he leído, se lo puede encontrar en . Zagrebelsky, Gustavo, "Del Estado de derecho al Estado constitucional", en El derecho dúctil, España, Editorial Trotta, 4ta edición, pp 21-46.

[47] Basta ver los requisitos de ciudadanía en nuestras constituciones. Tenía que ser hombre, entre otras cualidades discriminatorias, hasta la Constitución de 1987. En adelante, aunque no existía la exclusión expresa, se entendió que no incluía a la mujer el derecho al voto. En 1929 se reconoce el voto de la mujer. En 1967 se establece la obligatoriedad y el derecho al voto tanto del hombre como de la mujer. Ver Agustión Grijalva Jiménez, Elecciones y representación política, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simon Bolivar-Ecuador, 1998, págs. 87, 97-107.

[48] Desde cosas tan sencillas como no alzar la tapa del baño para orinar, hasta cuestiones tan complejas como los procesos hormonales en la menstruación, el embarazo y la lactancia.

[49] Tamar Pitch, Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. 146.

[50] Por ejemplo, en el derecho laboral. La regla es un trabajador "ideal" y la exepción es los permisos de maternidad.

• Los hombres hemos ocupado los cargos públicos exclusivamente durante la creación y consolidación del Derecho: presidentes, jueces, diputados, doctrinarios y, en general, puestos de poder de decisión política y económica. Las mujeres están en los espacios públicos desde hace pocos años y aún de manera excepcional en cargos públicos.[51]

• El Derecho pretende ser -y no casualmente como se identifica a lo masculino- racional, universal, general, abstracto.[52] El Derecho regula la vida pública y se abstiene de actuar en la vida privada, salvo que sus actoras –mujeres- invadan el espacio público, o los hombres protejan el valor femenino-privado patriarcal (por ejemplo, a través del derecho penal las figuras del abuso sexual).

El Derecho, regulador de conductas, recogió las perspectivas de los hombres, sin preguntar a las mujeres, que hasta ahora tienen dificultades para tener una genuina voz[53], y creó normas que a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de la parte dogmática de la Constitución, urgen ser reformadas.

Para ilustrar estas afirmaciones, analicemos algunas normas jurídicas desde el género según la metodología utilizada por

[51] La sola presencia de la mujer no es garantía de igualdad sustancial. Muchas mujeres para triunfar en la vida tienen que "masculinizarse" y, en una cultura patriarcal, es indiferente si la forma de ejercer el poder lo hace un hombre o una mujer. Algo semejante sucede a los afroamericanos, que "blanquearse" para poder ejercer derechos.

[52] Kelsen tenía como objetivo demostrar que el Derecho era una ciencia. Estas cualidades se las puede deducir al leer su Teoría Pura del Derecho.

[53] Mientras lo masculino predomine y oprima, en la imagen de Mac Kinnon, el hombre tiene el pie en la garganta de la mujer y no le permite articular como sujeto de derechos. Ver . Seyla Benhabib, "From identity politics to social feminism:a plea for the nineties" en http://www.ed.uiuc.edu/EPS/PES- yearbook/94_docs/BENHABI B.HTM (visita 1 de diciembre de 2006)

la jurista Alda Facio, que propone seis pasos para **deconstruir**[54] las normas jurídicas: **Paso 1:** Tener conciencia de la subordinación del género femenino al masculino al. **Paso 2:** Identificar en el texto las distintas formas en que se manifiesta el **androcentrismo**[55]. **Paso 3:** Identificar en el texto cual es el tipo de mujer que está invisibilizada o identificada como "lo otro". **Paso 4:** Identificar en el texto cual es el estereotipo de mujer. **Paso 5:** Analizar el texto en el contexto. **Paso 6:** Colectivizar el análisis.[56]

a. La mujer y la participación de utilidades según el Código de Trabajo[57]:

Art. 97 del Código de Trabajo.- Participación de trabajadores en utilidades de la empresa.- El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas. Este porcentaje se distribuirá así: (...)El cinco por ciento (5%) restante será entregado directamente a los trabajadores de la empresa, en proporción a sus cargas familiares, entendiéndose por éstas al cónyuge o conviviente en unión de hecho, los hijos menores de dieciocho años y los hijos minusválidos de cualquier edad (...)

(1) A pesar de que en la actualidad la disposición analizada puede entenderse como "neutra" al género, en su origen histórico y en su la aplicación existe una discriminación

[54] Deconstruir es un método de análisis jurídico a través del cual se devela el sujeto protegido y privilegiado tanto en la manifestación lingüística como en su aplicación en la realidad.

[55] Androcentrismo significa que el centro o núcleo es lo masculino y en la periferia está lo femenino.

[56] Alda Facio, "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal", en Género y Derecho, p. 99-136. Por razones de espacio, en los ensayos que siguen a continuación, no constan todos los pasos de esta metodología ni tampoco su aplicación exhaustiva.

[57] Ensayo realizado por Byron Silva.

implícita y oculta contra la mujer. En el contexto de la disposición citada, el concepto de "carga familiar" tiene una connotación negativa, pues lleva implícita la idea de que se trata de una persona incapaz de aportar al sostenimiento de la familia. Por eso los hijos menores de edad y los hijos/as discapacitados/as están considerados como "carga familiar". Surge la pregunta: ¿por qué el cónyuge también está dentro de esta categoría "carga familiar"?

Hay que tomar en cuenta que esta disposición se originó en una época en que el trabajador tipo para el que fue diseñado el Código del Trabajo era (y sigue siendo) el hombre. Por eso puede sostenerse, sin miedo a equivocarse, que todo el Código del Trabajo es "androcéntrico". Al hombre correspondía el ámbito del trabajo y a la mujer correspondía el ámbito del hogar y el cuidado de los hijos. Así era en esa época y actualmente en ciertos círculos sociales sigue siendo así. El hombre es el que tiene el deber de aportar económicamente al hogar mientras la mujer no tiene esa obligación pues su deber primordial es el cuidado del hogar y de los hijos/as.

En el Reglamento para la Distribución de Utilidades, que el Ministerio del Trabajo expidió en al año 1970 y que estuvo vigente hasta el año 2002, hay dos disposiciones que ilustran el punto anterior, según las cuales bastaba que la cónyuge sea mujer para que sea considerada como "carga familiar" para los efectos de distribución del 5%, mientras que en el caso del cónyuge varón era necesario que se encuentre incapacitado para que sea tomado en cuenta como "carga familiar".

En este contexto la idea de "carga familiar" lleva implícita la idea de sometimiento al poder del padre, que es el que trabaja. En efecto, hijos/as y cónyuge dependen del

trabajador, al punto que se los toma como cargas de éste.

(2) En la disposición analizada podemos identificar algunas formas de sexismo más o menos explícitas, a saber: a) Sobregeneralización: Si entendemos por tal forma de sexismo el referir ambos sexos a través de palabras que denotan solo el sentido masculino, es evidente que todo el Art. 97 es sexista, pues se habla de los trabajadores y los hijos, siempre en sentido masculino. En ese contexto se entiende que el cónyuge aludido de forma "natural" como carga es la mujer del trabajador. b) Androcentrismo: En cuanto esta forma de sexismo se refiere al monopolio de la perspectiva masculina, la disposición analizada, así como gran parte del Código del Trabajo, es sexista, pues el sujeto "tipo" para el cual está diseñado mayoritariamente el Código del Trabajo es el trabajador varón a quien corresponde casi en exclusiva el dominio del trabajo. c) Insensibilidad al género: En la medida que el Art. 97 del Código del Trabajo no solo no toma en cuenta como relevante la variable sexo sino que toma a lo femenino como "carga" del trabajador, sin duda alguna, existe insensibilidad al género. d) Deber ser de cada sexo y familismo: En la disposición aludida hay sexismo en cuanto al trabajador se le atribuye como natural el ámbito del trabajo (espacio público) y a su cónyuge el carácter de "carga familiar" por estar destinada al cuidado del hogar y de los hijos (espacio privado). En este contexto la mujer del trabajador es la mujer-familia y no la mujer-persona.

(3) En la disposición analizada el paradigma es el "trabajador" hombre. El "otro" o los "otros" del trabajador son sus cargas, es decir, una subespecie en las categorías jurídicas, a pesar de ser personas humanas. Los "otros" en el Art. 97 del Código del Trabajo son los hijos/as (menores de edad y discpacitados/as) y el cónyuge del trabajador. Tómese en cuenta que el sujeto del derecho a participar en las utilidades

de las empresas son los "trabajadores" y que sus "cargas familiares" solo son referentes de cálculo para incrementar en más o en menos la cuantía del derecho del "trabajador" sobre el 5% de dicha participación laboral. Mientras más "otros" tenga el trabajador más dinero recibirá por tal concepto. Considérese, además, que el trabajador y no sus cargas, recibirán y administrarán el dinero percibido.

En el Art. 97 el cónyuge del trabajador (que generalmente es mujer) no es titular de derechos, sino "objeto" a ser tomado en cuenta para incrementar el derecho del trabajador.

b. La impunidad para la autoridad familiar masculina[58].-

Art. 202 del Código Penal.- Los que sustrajeren cartas confiadas al correo serán reprimidos con prisión de quince a sesenta días, excepto los padres, maridos o tutores que tomaren las cartas de sus hijos, consortes o pupilos, respectivamente, que se hallen bajo su dependencia.

(1) El artículo distingue entre hombre y mujer: el padre, marido o tutor, puede revisar la correspondencia de sus hijos/as, esposa, pupilo/a, sin que esto se considere delito; mientras que la madre y esposa no lo podría hacer. Esta norma demuestra que se le reconoce un "poder de control" al padre, porque al poder revisar la correspondencia de quienes tácitamente son sus dependientes, resulta manifiesto el rezago del poder del *paterfamilias*.[59]

[58] Ensayo realizado por Carolina Silva Portero.

[59] El derecho romano estaba basado en la potestad paterna del paterfamilias, cuyo poder se caracterizaba por ser prácticamente ilimitado. La potestad del paterfamilias puede resumirse en tres proposiciones: 1) El jefe de familia es el jefe del culto doméstico.2) Los hijos de la familia y la esposa son incapaces, como los esclavos, de tener un patrimonio, todo lo que ellos adquieren es adquirido por el paterfamilias. 3) La persona física de los sujetos a esta potestad está a la disposición absoluta del paterfamilias, quien los puede castigar, emplearlos en distintos trabajos, venderlos y aun darles muerte. Alfonso Flores Macedo, Derecho Romano, http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/F/FloresAlfonso_DerRomano.htm (visita 3 de noviembre de 2006)

(2) El androcentrismo, entendido como el derecho que parte de la perspectiva masculina, se manifiesta como una represión y como repudio a lo femenino. Como represión porque tipifica una conducta que efectivamente es antijurídica –como es la violación del derecho a la intimidad de la mujer y al secreto de correspondencia- que exceptúa sólo al hombre. Como repudio a lo femenino porque el significado de esta norma se manifiesta en que la mujer puede ser objeto de control y en que el hombre tiene el poder –sino el deber- de revisar la correspondencia de quienes están bajo su dependencia. En otras palabras, la misma conducta para unos es facultad lo que para las otras es delito.

(3) En la norma, la mujer está invisibilizada y ella está en una relación directa con el hombre: ya sea como hija, esposa o pupila. Con esta norma, la mujer queda condenada a nunca entrometerse en "los asuntos" de su padre/esposo/tutor y permitir que él lo haga, porque es así como "lo dispone la ley". Es decir que si el parámetro de lo humano son las conductas "esperadas" o permitidas" del hombre. En este caso, el hombre define lo prohibido y el ámbito de actuación de la mujer.

c. La mujer en la Ley de Naturalización[60].-

Art. 9 de la Ley de Naturalización.- Para que la mujer extranjera, mayor de edad, casada con ecuatoriano que tenga su domicilio político en la República o ejerza funciones públicas en el exterior, adquiera la nacionalidad ecuatoriana, sólo será necesaria su declaración de adoptar ésta y renunciar a la anterior, mediante solicitud al Ministro de Relaciones Exteriores quien la declarará ecuatoriana por naturalización mediante Resolución Ministerial.

[60] Ensayo realizado por David Cordero Heredia.

Imagínense este caso de la vida real: un hombre colombiano que se dedicaba a la actividad teatral llevaba más de 10 años en Ecuador. Este hombre contrajo matrimonio con una ecuatoriana, que tiene un trabajo estable, cuyos ingresos son suficientes para la manutención de la familia, y concibieron dos hijos. La persona en cuestión intentó nacionalizarse pero su solicitud fue rechazada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. El argumento fue que no tenía ingresos suficientes para mantenerse a sí mismo.

(1) La norma particularmente analizada contiene una doble discriminación. En primer lugar, la norma subordina al sexo femenino, al suponer que las mujeres extranjeras casadas no son económicamente productivas. En segundo lugar, existe una discriminación a los hombres que no cumplen con el rol público de género asignado por la ley: ser productivo. No existe dentro de la ley de naturalización una norma similar al Art. 9 que ampare al hombre extranjero que se case con una ecuatoriana. El trámite que estos deben seguir es el normal que implica una serie de requisitos económicos difíciles de alcanzar para quien lleva una vida modesta. Actualmente el sujeto en cuestión se halla en calidad de indocumentado y está expuesto a una deportación que separaría a su familia.

(2) El paradigma al que se refiere la norma es del hombre proveedor/público y de la mujer reproductora/familiar. Además, la norma implícitamente satisface las necesidades del hombre, en el sentido que requiere de una mujer que no trabaje, que sea madre y ama de casa. La norma no admite que un hombre pueda contribuir a la familia de otra forma que no sea la pecuniaria, mientras que presupone que toda mujer será incapaz de tener ingresos propios por su rol tradicional.

(3) La mujer beneficiada por esta norma será aquella que realice labores de ama de casa/reproductora que de otro modo no podría llenar los requisitos generales para acceder a la nacionalidad ecuatoriana. La mujer excluida es aquella mujer no "familiar", o sea, no casada. El hombre excluido es aquel que desempeña funciones distintas dentro de la familia que la de proveedor. El hombre beneficiado es el hombre proveedor que asegura la permanencia de su esposa/ama de casa/reproductora dentro del país para continuar disfrutando de los beneficios de la subordinación del sexo femenino, ya que la norma exige la renuncia a la nacionalidad anterior excluyéndola del beneficio constitucional de la doble nacionalidad.

Esta norma trata de "proteger" a la mujer en cuanto ser débil/inferior, refuerza el estereotipo de la mujer que no puede tener ingresos para mantenerse a sí misma, sino que necesita de su esposo o padre para hacerse cargo de ella.

Es claro que en este caso existe una clara identificación de la mujer con la familia, esta es una norma que busca mantener a la madre de los hijos del ecuatoriano dentro del país. La especificidad de a quien va dirigido el derecho no beneficia a la mujer sino al régimen patriarcal, ya que se sigue obligando al hombre que trata de alcanzar la naturalización a mantenerse en el rol asignado por la sociedad.

d. La mujer casada y el Código de Comercio[61].-

Art. 12 del Código de Comercio.- La mujer casada puede ejercer el comercio o ejecutar eventualmente actos de comercio, con autorización de su marido, otorgada en escritura pública (...) Se presume que la mujer tiene autorización de su marido cuando (...) ejerciere públicamente

[61] Ensayo realizado por Daniela Palacios.

el comercio (...) mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público o especialmente al que contrate con la mujer.
Art. 13.- La mujer casada no será considerada como comerciante si no hace un comercio separado del de su marido.
Art. 15.- (...) El marido podrá limitar la responsabilidad, excluyendo de ella sus bienes y los de la sociedad, en todo o en parte (...).

(1) Las normas citadas sin duda alguna expresan la sumisión de la mujer y su confinamiento al ámbito privado, en tanto ejecute actos dentro de esta esfera. Pero, como se tratan de actos de comercio vinculados con la esfera de lo público, necesita la autorización del marido, pues seguramente sería mal visto que una mujer ejerciera actos de comercio sin esta autorización.

"Hace muchos años, seguramente cuando esta norma era relativamente nueva, cuando una tía de mi abuelita traía mercadería de los Estados Unidos para vender, tenía que hacerlo en su casa y corriendo la voz solamente entre las personas amigas para evitar que se entere mucha gente, pues me contaba mi abuelita que era muy mal visto que una mujer este visitando a gente sin su marido o lo que era peor, recibir a gente, especialmente hombres, en su casa sin que su marido se encuentre ahí, todo esto por respeto al marido, ni siquiera por la idea de respeto a la mujer por ella misma."[62]

Este temor reverencial al hombre y a la cultura patriarcal, en cierta medida aún se mantiene. Por ejemplo, es poco común encontrar mujeres Gerentes Generales de compañías distribuidoras de algún producto, o mujeres dirigentes de compañías transnacionales.

[62] Extracto del ensayo de Daniela Palacios.

(2) En las normas citadas, se puede apreciar, sin duda, la existencia de una connotación sexista que parte de la superioridad del hombre. Se presume la incapacidad de la mujer y de su estado de dependencia del marido. La ley no le otorga a la mujer capacidad suficiente para decidir sobre su actividad, peor aún, no le da la libertad necesaria para poder ejecutar la actividad que mejor le parezca.

Otra muestra de sexismo se ve en la posibilidad que tiene la mujer de comprometer los bienes del marido y los de la sociedad conyugal. El marido puede limitar esta facultad. Otra vez aparece la idea de superioridad del género masculino que obliga a la mujer a depender de la autorización del marido para comprometer incluso sus bienes y los de la sociedad conyugal. Quienes redactaron este cuerpo legal, sin duda no vieron las capacidades de la mujer para ejecutar actos de comercio, por ello la confinan a continuar en la esfera privada, a seguir bajo la dominación del marido, como una trabajadora de él. En estas normas, se refleja únicamente la realidad masculina y se la toma como general y correcta.

La mujer, en la norma, se debe a su familia, es su obligación el cuidar de ella, no necesita hacer nada mas que cuidar a su familia; para faltar a este deber, necesita autorización de un hombre.

(3) La mujer que esta norma demanda es una socialmente bien vista y respetada, sumisa y dependiente de su marido. Una mujer que viva en la sombra del hombre y que le respete reverencialmente, ya padre ya marido. La mujer es incapaz de dirigir su vida sola y tiene que ajustarse a lo que se considera moral y socialmente correcto. Es justamente la mujer buena la que esta norma proyecta, porque no solo es socialmente mal visto que una mujer sea comerciante sin la

autorización del marido, sino que la ley no lo permite, al no tener autorización no puede obtener su licencia de comerciante y al no tenerla se deberá sujetar a las sanciones previstas en la ley.

Aquí no cabe una mujer dominante, una mujer fuerte, inteligente, capaz, racional, simplemente es imposible que una mujer sea mejor administradora que el hombre y por ello no puede disponer libremente de los bienes de la sociedad conyugal.

Actualmente la sociedad ha sufrido una evolución en cuanto a la intervención de la mujer en todos los ámbitos de la vida. Normas como la analizada deben ser derogadas, pues responden a un modelo de sociedad y familia retrógrada. La mujer puede y debe ejercer libre y legalmente esta actividad como cualquier hombre.

e. La administración ordinaria de la sociedad conyugal[63]:

Art. 180 del Código Civil.- Tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, el cónyuge que, por decisión de los contrayentes conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales; a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido. El administrador, en cualquier caso, se sujetará a las obligaciones determinadas en la ley y en las capitulaciones matrimoniales, de haberlas.

(1) La norma distingue y reproduce una vez más el espacio público y privado. La mujer se presume que tenía que dedicarse únicamente a las tareas de la casa y al cuidado de la familia (ámbito de la vida privada). Además, la mujer es dependiente del hombre. Notoriamente podemos observar

[63] Ensayo realizado por Sofía Suárez.

una discriminación a la mujer, ya que en razón de su sexo no se la toma en cuenta en primer lugar para la administración de la sociedad conyugal, cuando no hay estipulación sobre la persona que debe administrar la misma, sino que se presupone que el hombre es el que debe administrarla, por ser racional, objetivo, capaz, universal.

(2) En este caso hay una notoria subordinación de la mujer al hombre, y por lo tanto, una dominación del esposo sobre la esposa. En la mencionada norma podemos encontrar que su fundamento base es un marcado sexismo: se parte del supuesto de que el hombre por naturaleza tiene mayor capacidad en todo lo que se refiere a cualquier tipo de administración (de negocios, de comercio, y, en este caso en particular, de la sociedad conyugal). Por esta razón se deja a la mujer en un segundo plano para la administración.

En este caso se ha dado una forma de invisibilización de la experiencia femenina porque no se piensa que ella puede ser capaz de ser la administradora de la Sociedad Conyugal, por ser considerada un ser irracional e inferior.

(3) En esta norma se hace alusión a la mujer que está casada. Quedan fuera de la regulación las mujeres que solo están unidas con un hombre (uniones de hecho) y excluye totalmente a lesbianas que conviven con su pareja. En otras palabras, mujeres fuera de la concepción de familia basada en el contrato matrimonial, no tienen ninguna protección legal en cuanto a este tema.

En el momento actual de la sociedad, con todo su desarrollo y cambios, es necesario la reforma de esta norma, para que se visibilice jurídicamente la plena capacidad de la mujer.

La mujer, desde el derecho patriarcal, en esta norma, está

siendo tutelada bajo la premisa de la "protección especial". La mujer no era considerada lo suficientemente capaz para realizar ciertas actividades, por ejemplo, las relacionadas con los negocios, administración, mantenimiento de las empresas. Por ello, se considera que estas actividades deben estar bajo el control de los hombres.

4. Conclusiones y sugerencias.-

a. En relación al ambiente patriarcal de la Facultad.-

Algunos de los hechos que hemos narrado en este ensayo serían, en ambientes respetuosos de la diferencia, no solamente criticados sino severamente sancionados. ¿Por qué aguantar humillaciones? ¿Por qué tener que reír o callar cuando alguien comete un delito como el acoso sexual? Simplemente porque estas actividades no sólo que se toleran sino que, al no existir sanción, se promueven.

Las personas que han sido objeto de humillaciones o víctimas de delitos, dentro de la Facultad, no tienen espacio para denunciar y para que su queja sea considerada.

En Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuando la autoridad conoce de un hecho y no actúa, se considera igualmente responsable por omisión.

Urge considerar y abordar el tema, desde la Facultad, para sancionar conductas discriminatorias y atentatorias a la dignidad de las personas. Urge tener tribunales independientes e imparciales, con procedimientos respetuosos al debido proceso, para que puedan receptar y juzgar conductas de profesores y de estudiantes. En algunos lugares existen defensores de los estudiantes, que son personas que protegen a las que denuncias de represalias y

son un puente con las autoridades de la Facultad.

La Universidad tiene un doble compromiso. Una por ser institución académica superior y la otra por ser Católica. Si bien existe libertad de cátedra, de expresión, de pensamiento, también es claro que la libertad no es absoluta. La libertad no puede atentar contra los derechos de las personas.

La perspectiva de género es un instrumento poderoso para combatir inequidades. Hay que conocerla y hay que aplicarla. Los ambientes masculinos y el derecho masculino ha fracasado por autoritario y por discriminador. Cuando la mujer sea plenamente respetada -al igual que las identidades excluidas tradicionalmente como los homosexuales y los indígenas- se enriquecerá la participación, se profundizará la democracia, el conocimiento jurídico se expandirá. En suma, la Facultad de Jurisprudencia ganaría promoviendo el respeto y la expansión de las libertades de las mujeres y de los diversos.

b. En relación al Derecho.-

La comunidad jurídica (profesores/as, abogados/as, estudiantes, doctrinarios/as) en este mundo moderno y globalizado no puede dejar de realizar análisis de género en las normas jurídicas. En nuestra Constitución y en varios instrumentos internacionales el Ecuador se ha comprometido a prevenir y promover la igualdad sustancial en todos los ámbitos de la vida, incluido el legal.[64]

[64] Constitución Política del Ecuador, Art. 23 (3); Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 1 y Art. 24.

El derecho no es y nunca será neutro.[65] Responde a los intereses de quienes los crean. Lo ideal es que esos intereses sean democráticamente determinados y que se evite las determinaciones en cuanto al desarrollo de la personalidad y la expansión de las libertades de la gente. Cuando hay intereses masculinos en las normas, que oprimen en la forma y en la aplicación, hay que deconstruir esas normas.

Se han eliminado gran cantidad de normas sexistas y que perjudicaban a la mujer. Se han establecido principios constitucionales sobre la igualdad, se han ratificado convenciones internacionales que prohíben normas y practicas discriminatorias contra la mujeres. Sin duda, avances. Sin embargo, la labor deconstructiva de normas aún no termina. Existen normas vigentes, como las citadas en este ensayo, que son franca y abiertamente inconstitucionales, que no hacen otra cosa que coartar la libertad y los derechos de las mujeres imponiéndoles limitaciones a sus derechos, obligándolas a cumplir con requisitos que violan su libertad y no le permiten desarrollarse plenamente como todo ser humano. Conviene identificar esas normas y cuestionarlas. Un Ecuador más justo y equilibrado lo demanda.

[65] El abordamiento teórico de esta afirmación la resuelve magistralmente el filósofo catalán Albert Calsamiglia, "
Introducción a la ciencia jurídica, Barcelona, Ariel, 1990, 3ra edición, págs. 93-126. Desde una perspectiva crítica y empírica, ver García Villegas, Mauricio, y Rodríguez, César, "Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos", en Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurìdicos críticos, Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) y Universidad Nacional de Colombia, 2003, págs. 15-66.

Las normas ejemplificativamente analizadas en este ensayo están, por las razones expuestas, fuera del ordenamiento jurídico ecuatoriano; por tanto, una autoridad pública o un juez deben inaplicarlas[66], y un/a profesor/a no debe enseñarlas (a menos que sea desde una perspectiva histórica).

La clave del análisis de género está en erradicar todo distinción de género para tener privilegios o desventajas en la sociedad.

[66] Constitución Política del Ecuador, Art. 272 y Art. 273.

El control de legitimidad de las decisiones tomadas en ejercicio de la justicia indígena

David Cordero Heredia

1.- Problema

¿Cabe el control de legitimidad de las decisiones tomadas por las autoridades de las comunidades indígenas en ejercicio de su función jurisdiccional contenida en el artículo 191 de la Constitución Política de la República del Ecuador?

2.- Tesis

El control de legitimidad puede utilizarse para revisar las decisiones tomadas por las autoridades de las comunidades indígenas, siempre y cuando se haga un análisis desde la perspectiva cultural de la comunidad correspondiente.

3.- Introducción

Para responder la pregunta inicial debemos definir que queremos decir con control de legitimidad y cuales mecanismos del control de legitimidad serían pertinentes para aplicarse en la revisión de decisiones de las autoridades indígenas.

En primer lugar, el control de legitimidad es la utilización de ciertas instancias jurisdiccionales para estudiar la concordancia de un acto de una autoridad pública con los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos. La legitimidad va más allá de la concordancia entre los textos de las normas jurídicas superiores con las inferiores, significa un

estudio de los valores de la colectividad y de los fines que persigue dicha colectividad al emitir sus normas jurídicas. Desde este punto de vista, el texto de una norma que contraríe los derechos fundamentales, puede ser formalmente válida o legal, pero no será legítima. De la misma forma un acto de autoridad pública que perjudique un derecho fundamental será ilegítimo aunque se ajuste al texto normativo.

En segundo lugar, debemos exponer los medios que podemos utilizar para realizar el control de la legitimidad. Dentro de nuestra Constitución tenemos tres mecanismos para realizar esta tarea: a) la acción de inconstitucionalidad, b) la acción de amparo constitucional y c) la inaplicabilidad de normas legales dentro de los procesos jurisdiccionales.

a) La acción de inconstitucionalidad

Mediante esta acción el Tribunal Constitucional puede sacar del sistema normativo una norma que contraríe las normas constitucionales. Esta acción puede utilizarse para revocar actos administrativos de toda autoridad pública. Puede fundamentarse la acción en la contradicción entre la norma o el acto y un derecho contenido en la Constitución.

b) La acción de amparo constitucional

El amparo sirve para impugnar actos u omisiones de autoridad pública que viole o pueda violar derechos fundamentales de las personas y que de modo inminente amenace con causar un daño grave.

c) Inaplicabilidad de una norma jurídica

Todo juez o tribunal puede declarar la inaplicabilidad de una

norma jurídica, dentro de los casos que conozca, por contravenir la Constitución.

Indistintamente de cual sea la vía utilizada, más que las características individuales de cada una, nos interesa el modo en el cual se aplicará el análisis de legitimidad dentro del problema planteado, esto es: como se determinará si una resolución adoptada por una autoridad indígena es o no legítima (o es o no constitucional, siempre y cuando la norma constitucional sea una que contenga preceptos de derechos fundamentales).

Para este análisis hemos elegido cuatro casos paradigmáticos, dentro de los cuales haremos el ejercicio de determinar la legitimidad de la decisión de la autoridad indígena. Nos parece trascendente analizar dos casos que pongan en conflicto la concepción occidental de ciertos derechos humanos (propiedad e integridad) y dos que se refieran a la colisión de sistemas especiales de protección de derechos humanos con los derechos de los pueblos indígenas (derechos de los niños, niñas y adolescentes; y, derechos de las mujeres).

Si bien los casos propuestos son basados en casos reales, analizados en clase, los modificaremos y simplificaremos con fines académicos. Cabe señalar que las decisiones, en la mayor parte de estos casos, no ven desde la perspectiva cultural los derechos fundamentales analizados. Esto opera en base a un rechazo de los operadores de justicia a reconocer otro sistema de justicia como la indígena, que prioriza valores y da contenido diferente a los derechos fundamentales, este es "[u]n rechazo que [tiene] que ver no sólo con las particulares formas de la sociabilidad rural alejadas de la nueva forma de urbanidad que se buscaba imponer, sino también con el hecho que se buscaba priorizar un

conocimiento racional, científico y urbano en detrimento de las supuestas formas del conocimiento rural intuitivo."[1]

3.- Casos de conflictos entre concepciones indígenas y occidentales sobre el contenido de los derechos

3.1.- Caso 1

2 miembros (A y B) de la comunidad X son expulsados de la comunidad por actos de corrupción en la administración de recursos de la comunidad. Por causa de dicha sanción A y B se ven impedidos de acceder a sus viviendas y tierras destinadas al cultivo (actividad principal de A y B). Por esta situación A y B presentan un amparo constitucional en contra de las autoridades de X en busca de la revocatoria de la decisión que los separó de la comunidad. Alegan la violación de sus derechos a la propiedad y a la libre circulación.

En el presente caso deberíamos analizar el contenido de los derechos exigidos por los accionantes tanto en la cultura occidental como en la cosmovisión indígena.

La Constitución Política de la República del Ecuador prescribe en sus artículos 23(14) y 30:

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: 14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia. Los ecuatorianos gozarán de libertad para entrar y salir del Ecuador.

[1] MARRE, Diana, "Los Lazarillos de la Historia" en "Identidad, Género y Ciudadanía", Ediciones Abya Yala, Quito, 2005, pag 312

En cuanto a los extranjeros, se estará a lo dispuesto en la ley. La prohibición de salir del país solo podrá ser ordenada por juez competente, de acuerdo con la ley.

Art. 30.-La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía.

En términos similares los art. 21 y 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) se refiere al derecho a la propiedad en los siguientes términos:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada
1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia
1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o

los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

Estos artículos nos dan la dimensión occidental de dos derechos fundamentales como la libertad de tránsito y la propiedad. Si el juez constitucional aplica estos parámetros para tomar su decisión sobre la legitimidad de la sanción impuesta por la comunidad, seguramente determinaría que la pena es lesiva a los derechos fundamentales de los accionantes.

Pese a esto, el contenido de estos derechos y las limitaciones que se les haya practicado mediante la ley, parten de una reacción cultural que promovió un contenido específico a estos derechos con los cuales la sociedad se sintió protegida e identificada, por lo que estableció lo que sería legítimo en cuanto a estos.

Cuando buscamos que contenido han dado a los derechos las comunidades indígenas, debemos analizar el fin que se busca mediante las sanciones impuestas y los valores que tratan de proteger con dichas sanciones, esto nos permitirá determinar si existió o no lo que algunos autores llamas la garantía del debido proceso sustantivo. "La garantía de debido proceso sustantivo con respecto a la ley formal y material en la que consiste la exigencia constitucional de que las leyes deben de ser razonables, es decir deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y medio que como prestación o sanción establece dicho acto."[2]

[2] ABRAHAMOVICH, Victor. Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, 2002, Madrid, pag 98

Basados en lo anterior podemos establecer que los valores que busca precautelar la comunidad son el de la convivencia armónica y pacífica, la integridad cultural, el uso comunitario de la propiedad basado en el principio de distribución y eficiencia; y, el mantenimiento de una fe pública o un supuesto de buena fe en las relaciones entre los miembros de la comunidad. Tomado en cuenta estos valores podemos hablar de que las medidas adoptadas protegían derechos fundamentales de la comunidad con distinto contenido a los occidentales. Los fines protegidos por la sanción, eran entonces, legítimos.

Cabe entonces analizar la idoneidad de la medida, si dos de los miembros de la comunidad han traicionado la confianza por ella depositada, su separación sería un medio idóneo para extraer su mala influencia de la comunidad. "Las reglas jurídicas [...] no están sancionadas por mera razón psicológica, sino por una definida maquinaria social como fuerza obligatoria, que como sabemos esta basada en la dependencia mutua y se expresa en un sistema equivalente de servicios recíprocos lo mismo que en la combinación de tales derechos con lazos de relación múltiple"[3]. Un sistema comunitario de manejo de fondos trae beneficios a toda la colectividad, pero cuando algún miembro acumula riquezas a base de dicha administración, traiciona a la comunidad en conjunto y pone en grave riesgo la continuidad del sistema de administración empleado.

La necesidad de la medida radica en la voluntad de reestablecer el equilibrio de la sociedad y asentar en la psique de la colectividad el anti-valor corrupción. Con este fin el sistema consuetudinario de los pueblos indígenas ha demostrado ser más eficiente que nuestros códigos penales.

[3] MALINOWSKI, Bronislav, "Antropología Jurídica", Editorial Fernando García, Quito, RIESPERGRAFF, 2002, pag 28

Las sanciones impuestas constituyen una confiscación y una limitación del derecho a la circulación. Pero estas se vuelven legítimas ya que buscan el bien común y el restablecimiento de los valores sociales de la comunidad. Si bien las normas constitucionales y nacionales exigen que dichas limitaciones consten en la ley "[n]o se debe reproducir la polarización tan común en el derecho positivo entre un derecho positivo entre un derecho absolutamente individual y otro absolutamente colectivo de la propiedad, por ejemplo. Tampoco es de presumir que el derecho consuetudinario debe evolucionar hacia el derecho "positivo" y "ordinario" lo cual, irónicamente, quiere significar que lo consuetudinario es negativo y no ordinario."[4]

Por lo antes expuesto en el presente caso la decisión de la comunidad sería legítima y el juez constitucional debería rechazar el amparo.

3.2.- Caso 2

C, miembro de la comunidad Y, comete un homicidio de otro miembro de la comunidad, D. Las autoridades de Y, lo sentencian a recibir 20 latigazos, un baño con agua fría y ortiga, a trabajar la tierra de D, de por vida, para que la familia de D reciba los beneficios. El fiscal de la respectiva jurisdicción, al conocer el caso, inicia instrucción fiscal, al llegar ante el juez penal, C alega el principio non bis in idem ya que fue juzgado por la comunidad y pide al juez penal la inaplicabilidad de las normas del código penal y código de procedimiento penal en su caso. Al mismo tiempo, C presenta un reclamo civil por daños y perjuicios en contra de la comunidad, por haber sufrido "tortura".

[4] Catherine, Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico en Justicia Indígena, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002, pag 33

El primer punto que debemos tratar es si existe o no una agresión al non bis in idem, al juzgar a C dentro de la justicia occidental. Podemos afirmar que existe violación a dicho principio si otra autoridad "judicial" ya conoció el presente caso. Para llegar a la solución en este caso debemos primero determinar si la administración de justicia indígena es o no una instancia jurisdiccional competente para aplicar el derecho penal.

Si la justicia indígena es reconocida como un sistema de administración de justicia esto significa que el Estado ha delegado una de sus funciones primordiales a las autoridades indígenas, esto rompe los esquemas occidentales de la concepción de lo público. "Los dos sistemas de administración de justicia preceptuados por el artículo 191 [...], son perfectamente compatibles; es decir pueden coexistir, guardándose respeto mutuo dentro de los ámbitos asignados por la constitución y la ley tanto a los órganos de la función judicial como a las autoridades de los pueblos indígenas. Éstas, dentro de la esfera de su jurisdicción, son autónomas y gozan de plena independencia, no dependen de los órganos de la función judicial, sólo están sometidas a la Constitución"[5]

La concepción de derecho público ha sido una de las más restringidas dentro de las normativas de corte romanista, la idea de lo público como lo ceñido a la ley y sobre la conducción del Estado, no permite, a algunos, admitir una administración de justicia que no se ajuste a una norma escrita. Esto nace de la concepción de universalidad del derecho. Una de las críticas parte de la concepción de los

[5] GALARZA PAZ, Galo, "Justicia y Derecho en la Administración de Justicia Indígena" en "Justicia Indígena. Aportes Para Un Debate", Editorial Abya Yala, Julio de 2002, Quito, Ecuador, pág. 82.

derechos humanos en general y del derecho al debido proceso, en específico. "Si, como se ha hecho, se les concibe como universales, los derechos serán siempre un instrumento de lo que Samuel Huntington llama "el choque de civilizaciones", esto es, la lucha de Occidente contra el resto del mundo. Así, la competitividad global de los derechos humanos se obtendrá a costa de su legitimidad local."[6]

La plena naturaleza de la justicia indígena es la de un verdadero sistema jurídico independiente pero, a la vez, parte del sistema jurídico ecuatoriano. Son dos sistemas que, bajo la base del reconocimiento de la pluriculturalidad, no se excluyen sino que se complementan. "La incompletitud de los derechos individuales reside en el hecho de que, sólo sobre esta base es imposible sustentar las solidaridades y los vínculos colectivos sin los cuales una sociedad no puede sobrevivir y mucho menos florecer. De aquí la dificultad de las concepciones occidentales de los derechos humanos para aceptar derechos colectivos de grupos sociales o pueblos, sean minorías étnicas, mujeres o indígenas."[7]"[C]omo todas las culturas tienden a distribuir a los pueblos y a los grupos de acuerdo con dos pertenencias jerárquicas y, por tanto, con dos concepciones competitivas de igualdad y diferencia, los pueblos tienen el derecho a ser iguales siempre que la diferencia los haga inferiores, pero también tienen derecho a ser diferentes cuando la igualdad pone en peligro su identidad."[8]

[6] DE SOUSA SANTOS, Boaventura, "Hacia una Concepción Multicultural de los Derechos Humanos" en "De la Mano de Alicia", Ediciones Uniandes, 1998, Bogota Colombia, pag 365

[7] DE SOUSA SANTOS, Boaventura, "Hacia una Concepción Multicultural de los Derechos Humanos" en "De la Mano de Alicia", Ediciones Uniandes, 1998, Bogota Colombia, pag 359

[8] DE SOUSA SANTOS, Boaventura, "Hacia una Concepción Multicultural de los Derechos Humanos" en "De la Mano de Alicia", Ediciones Uniandes, 1998, Bogota Colombia, pag 365.

Uno de los mandatos que contiene el inciso cuarto del artìculo 191 "es que una ley armonice regule la solución de estos conflictos y prevea la colaboración de la autoridad estatal y de la autoridad indígena para que las decisiones indígenas no sean desconocidas por la autoridad Estatal e incluso que esta sea la llamada a ejecutarlas mediante la cohersión, de ser necesario"[9].

Por todos estos elemento considero que el juez penal debida aceptar la violación al principio de non bis in idem y declarar la inaplicabilidad del código penal y del código de procedimiento penal en el caso concreto.

Por otro lado, el presente caso reviste una complejidad mayor al anterior. La prohibición de la tortura y de los tratos y penas crueles inhumanos y degradantes, es una de las normas de derechos fundamentales más antiguas del derecho internacional, ha sido declara ius cogens en reiterada jurisprudencia internacional, proscrita por el Derecho Internacional Humanitario desde el siglo XIX y por casi todas (sino todas) las constituciones del mundo.

La prohibición de la tortura y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes son el contenido que occidente le ha dado al valor integridad personal. La integridad personal es definida por la CADH de la siguiente forma:

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal
1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

[9] TRUJILLO, Julio Cesar, "administración de Justicia indígena", en "Justicia Indígena. Aportes Para Un Debate", Editorial Abya Yala, Julio de 2002, Quito, Ecuador, pág. 96

Nuevamente cabe analizar la legitimidad de la pena impuesta dándole un contenido desde la cosmovisión indígena de lo que es la integridad personal. En occidente la dimensión que le hemos dado es la prohibición de las penas físicas, pero admitir la pena privativa de la libertad que entre otras cosas: priva a la familia del infractor de los ingresos con los que este aportaba, priva a la familia de la víctima de una reparación económica adecuada para los ingresos que deja de recibir por la muerte de uno de sus miembros, permite al infractor adquirir nuevas costumbres delictivas, expone al delincuente a la contracción de enfermedades graves, alcoholismo y drogadicción; y, por último, somete al infractor a maltratos físicos y psicológicos que son permitidos a los captores por la costumbre aunque no por la ley.

"Los múltiples poderes que sustentan esta realidad letal se apoyan en buena medida en el ejercicio del poder de las agencias de nuestros sistemas penales que, en la mayoría de los países de la región, operan con un nivel tan alto de violencia que causan más muertes que la totalidad de los homicidios dolosos cometidos entre desconocidos cometidos por particulares"[10]

La realidad del supuesto respeto al contenido de la integridad personal occidental es diferente y mucho más lesiva que los castigos corporales, el castigo corporal va junto a un acto espiritual de purificación y la reparación de los derechos a terceros. "Los procesos en la administración de justicia indígena están repletos de rasgos de mediación y conciliación y, a través de las sanciones que se imponen, se trata de alcanzar la purificación del individuo, su rehabilitación y reincorporación para ser aceptado en la comunidad. Es un sistema que acoge al infractor y no lo expulsa."[11]

[10] ZAFFARONI, Eugenio, "En Busca de las Penas Perdidas", Editorial EDIAR, 2003, Buenos Aires, Argentina, pág. 17.
[11] ORTIZ CRESPO, Ximena, Justicia Indígena, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002, pag 9

La aplicación de la justicia indígena no limita innecesariamente los derechos del infractor y reconoce los derechos de los terceros involucrados. Autores como el ya mítico Cecare Beccaria y los contemporáneos Luiggi Ferrajoli y Eugenio Zaffaroni, reivindican la utilización del derecho penal como medio para remediar el daño causado por el infractor a la víctima (en primer lugar) y subsidiariamente a la sociedad.

El "secuestro de la víctima" por parte del Estado no habla a las claras de un sistema penal que perdió el fin que buscaba y que ahora solo es el brazo armado del ejercicio del poder político.

El verdadero escándalo de la aplicación de castigos corporales no radica en lo lesivos o no que sean estos para la integridad personal, sino en que los grupos de poder político no quieren perder el monopolio del ejercicio del poder. "La política de la identidad designa acciones individuales y colectivas que se expresan, tanto en lo privado como lo público, la constitución de las identidades. Se trata de acciones sociales y políticas que se definen en algún ámbito de poder."[12]

La forma de ejercer el derecho penal por parte de las comunidades indígenas es mucho menos lesivo que las practicas toleradas por el sistema penal occidental. Una lectura real de la situación, fines y resultados de ambos sistemas nos permite determinar que el juez occidental en este caso debió negar la pretensión de indemnización por tortura solicitada por el accionante.

[12] VILLAVENCIO LOOR, Guillermo, "El Reconocimiento Constitucional de la Justicia indígena", en Justicia Indígena, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002, pag 39

4.- Casos en que colisionan dos sistemas especiales de protección de derechos humanos

4.1.- Caso 3: Derechos de las Mujeres y Derecho Indígena

A y B son cónyuges miembros de la comunidad X. A maltrata física y psicológicamente a B, B acude a la autoridad de X, quien sanciona a la pareja y dictamina que la comunidad vigilará el comportamiento de A. B no se siente satisfecha con la resolución de la comunidad por lo que acude a una comisaría de la mujer para que se dicten las medidas cautelares correspondientes para salvaguardar su vida e integridad. El presidente de la comunidad X presenta acción de amparo constitucional en contra de la resolución de la Comisaria de la Mujer impugnando su resolución mediante la cual concede medidas cautelares.

En este caso B, al no sentirse conforme con la resolución de la justicia indígena ya que no tomaba medidas efectivas para salvaguardar su integridad y su vida, acudió a la justicia ordinaria. "El conjunto de mitos y rituales en común junto a la historia y a otros relatos, incluyeron la elaboración de lo "otro" o de el "otro" es decir, la imagen inversa de la sociedad, el "nosotros", tenía de si misma. Una elaboración para la cual la "diferencia" (de clase, género y etnicidad) se representó como otro y se escencializó a través de diferentes mecanismos, el estereotipo entre ellos."[13]

Esta polarización de nosotros y el otro se ha discutido ampliamente en clase, respecto a la sociedad occidental y las comunidades indígenas; pero, no podemos dejar de reconocer que dentro de uno y otro sistema existe una polarización entre el nosotros "hombres" y el otro "mujer".

[13] MARRE, Diana, "Los Lazarillos de la Historia" en "Identidad, Género y Ciudadanía", Ediciones Abya Yala, Quito, 2005, pag 297

Si bien es cierto, la administración de justicia indígena fue reconocida como un derecho de los pueblos indígenas a raíz de la Constitución de 1998, las conquistas feministas, sobre todo en lo referente a la creación de una normativa especial para precautelar los derechos de la mujer, como grupo vulnerable, y que busque alcanzar una igualdad material entre los géneros es anterior.

Esto significa que a todas las mujeres que habitan el Ecuador se les reconoció un nivel de derechos sobre los cuales el Estado no puede retroceder a riesgo de violar la prohibición de regrisividad que rige sobre los derechos humanos. Considerando lo anterior el presidente de la comunidad y el juez constitucional deberían argumentar por que una medida evidentemente regresiva, como tolerar niveles de violencia contra la mujer y excluir a esta de su sistema especial de protección, constituye una medida legítima. "Trasladando el esquema al análisis de la regresividad, el demandante corre entonces con la carga de demostrar inicialmente el carácter regresivo de la norma, acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente a la norma anterior. Probado esto, la norma se presume invalida y corresponde al Estado la carga de probar de que pese a ser regresiva, la norma es justificable."[14]

Para esto tendríamos que considerar que derechos se encuentran contrapuestos en este caso. En nuestra opinión nos encontramos en una colisión entre los derechos a la vida y a la integridad de una mujer bajo régimen de protección

[14] ABRAHAMOVICH, Victor, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, 2002, Madrid, pag 98

especial; y, el derecho de los pueblos indígenas de preservar su cultura, sus instituciones y su propia administración de justicia. Simplificando la contradicción podríamos decir: ¿cabe poner en peligro la vida y la integridad de una mujer para no alterar la cultura de una comunidad?

La respuesta es más complicada de lo que parece. La discusión sobre la cultura como variante del contenido de un derecho fundamental ha sido ampliamente discutida por los y las estudiosos y estudiosas de los temas de género. Así varios instrumentos contienen la salvedad de que lo cultural no puede ser alegado para discriminar o permitir la violencia contra la mujer. Este es el caso de la CEDAW, que establece la obligación de los Estados de influir en la esfera cultural para el respeto de los derechos de la mujer, de la siguiente manera:

Artículo 5
Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:
a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

En el mismo sentido la Convención de "Belem do Para" prescribe que:

Artículo 6
El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:
a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y

b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Artículo 8

Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;

b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;

El derecho indígena es en si un derecho de la colectividad de mantener sus instituciones para proteger los derechos de sus miembros utilizando su práctica consuetudinaria. Pero, en el momento en que existe un grupo dentro de la comunidad que no es atendido por la administración de justicia o de que no es igual ante la ley (ley entendida como el conjunto de normas consuetudinarias vigentes), este grupo quedaría bajo la protección de otro sistema que sí sea capaz de darles protección. "El mero hecho de que exista más de un sistema no asegura que exista siempre la justicia adecuada y apropiada (...) Tampoco asegura una real consideración de la complejidad de la diversidad tanto de género como de clase social como eje transversal ni un cambio de las creencias y actitudes de las gente."[15]

[15] WALSH, Catherine, Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico, Justicia Indígena, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002, pag 31

Por su naturaleza de derecho consuetudinario el derecho indígena se ajusta más a la teoría del derecho del common law. Los tratadistas del common law[16] , la validez de su sistema jurídico descansa en la regla de reconocimiento, por la cual una norma es tal por que la comunidad la reconoce como tal. "La aceptación y respeto de las reglas de este derecho consuetudinario y de su institucionalidad, se basan en sustentos objetivos de poder y autoridad, pero también en mecanismos subjetivos de solidaridad, cooperación y reciprocidad. El respeto de las reglas establecidas emana de la colectividad."[17]

Desde esta perspectiva el hecho de que miembros de la comunidad busquen la protección de otros sistemas judiciales constituye un rechazo a las prácticas ancestrales y, eventualmente, en la medida en que otras mujeres lo hagan, significará la derogatoria de ciertas prácticas dentro del derecho indígena.

"En las sociedades indígenas hay un derecho consuetudinario ancestral, de transmisión oral, que responde más a un código moral de justicia y esta basado en las costumbres y en la tradición."[18] Pero, como todo lo que se refiere a lo cultural, estos códigos, moral y costumbres son mutables, y se legitiman a si mismos por el paso del tiempo.

En el presente caso, el juez constitucional deberá analizar cual es el sistema más favorable para el ejercicio de los derechos y determinar que dicho sistema es el competente. En el presente caso y refiriéndonos a la comunidad X, la decisión de la Comisaria de la Mujer de aplicar medidas

[16] Ver HART, H. L. A., "The Concept of Law".

[17] VILLAVENCIO LOOR, Guillermo, "El Reconocimiento Constitucional de la Justicia indígena", en Justicia Indígena, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002, pag 41

[18] VILLAVENCIO LOOR, Guillermo, "El Reconocimiento Constitucional de la Justicia indígena", en Justicia Indígena, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002, pag 39

cautelares en contra del agresor sería, a mi modo de ver, legítima.

4.2.- Caso 4: Derechos de los Niños y Derecho Indígena

C y D son cónyuges y miembros de la comunidad Y. En una visita de una brigada de salud del gobierno se le practicó un eco a C donde se determino que tenía un embarazo múltiple de 5 meses. Dentro de la comunidad de Y existe la costumbre ancestral de repudiar los nacimientos múltiples, según esta costumbre cuando los hijos de C y D nazcan serán abandonados en la selva para que la naturaleza corrija este error. C y D presentan una acción de inconstitucionalidad en contra de la costumbre de la comunidad Y, bajo el argumento de que la costumbre tiene la fuerza de ley dentro de su comunidad.

El reconocimiento del derecho indígena por medio del artículo 191 de la Constitución dejó ciertos vacíos. Uno de ellos es la categoría jurídica del derecho consuetudinario indígena. "[E]ste reconocimiento constitucional, desde la interculturalidad, otorga una valoración social a un sistema de justicia concreto, y en ejercicio, que responde a las características propias de un extenso grupo social, en su búsqueda equitativa y participativa de manejo y solución de los conflictos que se den entre sus miembros."[19]. El hecho de que se reconozcan estas normas dentro del sistema jurídico ecuatoriano implican que podrían sufrir el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional.

Existen ciertas prácticas culturales indígenas que deben ser analizadas dentro del marco de nuestra constitución y de los valores universales. Como afirmamos antes, el contenido de

[19] VILLAVENCIO LOOR, Guillermo, "El Reconocimiento Constitucional de la Justicia indígena", en Justicia Indígena, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002, pag 51

los derechos debe darlos la cultura, pero una cultura no puede desconocer la existencia de un valor específico como la vida. "Al convertir a la política en un determinante de la cultura se están produciendo varios hechos paradójicos. De una parte, por esta vía a pretexto de "defender", "proteger", las culturas indígenas, se esta fortaleciendo la concepción estrecha de la misma, anclado en una visión escencialista que descansa en lo tradicional, la herencia del pasado, que se expresa en sistemas de creencias y visiones del mundo excluyentes."[20]

"Pueden haber varias, muchas prácticas jurídicas, tantas cuantas culturas haya, cuantos pueblos existan, incluso cuantas diferenciaciones regionales puedan darse. Pero [...] sólo hay un sistema jurídico en el Ecuador no puede haber sino uno solo. Este sistema jurídico tiene que reconocer las diversidades, pero no por eso deja de ser único, ni por eso deja de ser aplicable a todos los ecuatorianos."[21]

En el caso específico los dos menores estarían amparados en el régimen de protección especial de los niños, niñas y adolescentes. Si la comunidad y sus padres optan por el abandono deberá realizarse un acogimiento institucional, para lo cual deberán entregar los menores a las autoridades correspondientes. De no hacerlo deberían ser juzgados por delito de homicidio por la justicia común.

Lógicamente si el nivel de comunicación con occidente de nulo o escaso, no cabría responsabilidad penal. Pero en el caso en estudio donde los padres acudieron a la justicia constitucional para que se declare inconstitucional la

[20] ESPINOSA, Roque, "Acerca de la Cultura y la Justicia indígena", en Constitucional de la Justicia indígena", en Justicia Indígena, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002, pag 57
[21] AYALA MORA, Enrique "El Derecho Ecuatoriano y el Aporte Indígena", en "Justicia Indígena. Aportes Para Un Debate", Editorial Abya Yala

costumbre en estudio, no habría eximente penal a favor de los involucrados si el hecho llega a concretarse.

Por lo antes analizado la resolución del Tribunal Constitucional debió ser la declaratoria de inconstitucionalidad de dicha costumbre y la orden de adopción de medidas, por medio de las autoridades competentes, para dar acogida institucional a los menores que sean repudiados y la orden a la comunidad de que no se produzcan represalias en contra de los padres que deciden conservar a sus hijos.

5.- Conclusión

Como queda dicho, el ejercicio de determinar la legitimidad de las decisiones de la justicia indígena no es fácil. El llenar de contenido los valores universales mediante la óptica cultural parece ser una herramienta adecuada. Mi propuesta sería dejar esto como un primer ejercicio, pero que no puede ser desligado de un segundo paso que sería el estudiar el status del destinatario de la resolución y del accionante; si, en este proceso descubrimos que ha dicha persona (mujer, niño, niña, adolescente, discapacitado, homosexual, etc.) se le niega el mismo estatus de persona y por tanto no está siendo protegido por el derecho indígena, dicho caso podría ser tratado por la justicia ordinaria, si es que dicha persona lo solicita.

6.- Bibliografía

1. MARRE, Diana, "Los Lazarillos de la Historia" en "Identidad, Género y Ciudadanía", Ediciones Abya Yala, Quito, 2005.
2. ABRAHAMOVICH, Victor, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, 2002, Madrid.
3. MALINOWSKI, Bronislav, "Antropología Jurídica", Editorial Fernando García, Quito, RIESPERGRAFF, 2002.
4. WALSH, Catherine, Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico en Justicia Indígena, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002.
5. GALARZA PAZ, Galo, "Justicia y Derecho en la Administración de Justicia Indígena" en "Justicia Indígena. Aportes Para Un Debate", Editorial Abya Yala, Julio de 2002, Quito, Ecuador.
6. DE SOUSA SANTOS, Boaventura, "Hacia una Concepción Multicultural de los Derechos Humanos" en "De la Mano de Alicia", Ediciones Uniandes, 1998, Bogota Colombia.
7. TRUJILLO, Julio Cesar, "administración de Justicia indígena", en "Justicia Indígena. Aportes Para Un Debate", Editorial Abya Yala, Julio de 2002, Quito, Ecuador.
8. ZAFFARONI, Eugenio, "En Busca de las Penas Perdidas", Editorial EDIAR, 2003, Buenos Aires, Argentina.
9. ORTIZ CRESPO, Ximena, Justicia Indígena, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002.
10. VILLAVENCIO LOOR, Guillermo, "El Reconocimiento Constitucional de la Justicia indígena", en Justicia Indígena, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002.
11. MARRE, Diana, "Los Lazarillos de la Historia" en "Identidad, Género y Ciudadanía", Ediciones Abya Yala, Quito, 2005.
12. HART, H. L. A., "The Concept of Law".

13. VILLAVENCIO LOOR, Guillermo, "El Reconocimiento Constitucional de la Justicia indígena", en Justicia Indígena, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002.
14. ESPINOSA, Roque, "Acerca de la Cultura y la Justicia indígena", en Constitucional de la Justicia indígena", en Justicia Indígena, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002.
15. AYALA MORA, Enrique "El Derecho Ecuatoriano y el Aporte Indígena", en "Justicia Indígena. Aportes Para Un Debate", Editorial Abya Yala, Julio de 2002, Quito, Ecuador.

John Howard y la actual protección en Derechos Humanos de los Reclusos

Christian Lombeida
La Plata, 2007

Introducción

Miradas cubiertas por una nube de ira y rencor, hierros enraizados en los cuerpos enflaquecidos, lenguaje que despide cicuta y el sarcasmo y parsimonia de la autoridad reflejan la situación del infierno carcelario.
Ser apacibles ante esta realidad nos vuelve cómplices de la inmundicia. Las cárceles irrumpen el escenario público cuando se producen motines o cuando se apela a su uso intensivo como único mecanismo de control de la criminalidad.
No existe mejor forma de analizar las cosas, que emplear nuestros sentidos, percibir el sufrimiento, observar la miseria, sentirnos parte de la penumbra. Solo de esta manera lograremos entender el grave problema de nuestros reclusos.
Cada época de la historia ha dejado huellas de los trabajos y aportes de seres emblemáticos, que con su visión, sabiduría y espíritu humanitario siguen generando debate.
John Howard, uno de ellos, intenta evidenciar los problemas acaecidos en las prisiones, cárceles y hospitales durante el siglo XVIII. Su lógica ha trascendido en el tiempo y marcó un hito en el pensamiento penal. Sin embargo causa profundo dolor verificar que los problemas identificados en su obra, siguen siendo materia de preocupación en el siglo XXI. La actual Relatoría para la protección de los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas, creada en febrero del 2004, tiene como finalidad la prevención protección y supervisión de los derechos de los reclusos.

Este trabajo pretende establecer un paralelismo entre las ideas penales de Howard referentes a la propuesta de mejoras para la organización y dirección de las prisiones y los actuales progresos en materia de defensa de los derechos humanos de los reclusos, plasmados en los principales instrumentos normativos internacionales, como son los Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos (PBTR), las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (RMTR) y Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (PPPSDP), dados por Naciones Unidas.

DESARROLLO

John Howard y la miseria de las prisiones

Son varias las localidades recorridas por John Howard, y en cada una de ellas se rescatan particularidades propias del tipo de edificación, ubicación, y el control institucional.

Recorridas varias cárceles de Europa, principalmente en Inglaterra, Irlanda, Alemania, Suiza y Francia, Howard analiza y trata de sintetizar los principales problemas acontecidos dentro y fuera de estas dependencias.

Indica el autor que en la mayoría de sus recorridos, no era raro encontrar esperpentos humanos, pálidos y lánguidos contagiados de la "fiebre de la prisión"[1] espacios reducidos, sin ventilación, ni baños, en los que habitaban tres o cuatro personas, compartiendo en muchos de los casos el resto de sus vidas.

En algunas casas de corrección, los prisioneros no tenían derecho a ningún alimento; en otras la audacia y frivolidad de los guardias hacían de las raciones un negocio lucrativo.

[1] El tifus epidémico se presenta por malas condiciones de higiene (es por lo que se le llama en ocasiones la "fiebre de la prisión"), generalmente cuando la temperatura es fría y lo propagan los piojos.
http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001363.htm

Fueron muy pocas, por no decir escasas, las prisiones que mantenían un régimen de trabajo en pro de los internos. Los prisioneros vagos y desocupados, desembocaban su energía en hechos aberrantes, incrementado su violencia y patologías. Indiferencia de los Magistrados al recibir peticiones o comunicaciones del estado deplorable de las prisiones. Expresiones como ¡que trabajen o mueran de hambre! eran muy comunes en el vocablo de la autoridad.

Con referencia a elementos de estructura y adecuación el autor señala, los siguientes problemas, tanto en las casa de corrección como en las prisiones.

Agua

Desafortunadamente en sus recorridos Howard, pudo verificar que tanto las prisiones como las casas de corrección no disponían de agua, o que para su obtención debían trabajar en grupos de varios internos por periodos largos y extenuantes en los pozos cercanos a las prisiones, obteniendo raciones limitadas del líquido vital.[2] En otras prisiones, sus internos no pueden salir de sus celdas, entregándose a merced de carceleros o sirvientes para la obtención de su limitada ración. Debido a su inexistencia se agudizaban las enfermedades.

Aire

Al ser celdas muy pequeñas sin ningún tipo circulación de aire, produce que sus habitantes estén inhalando constantemente aire fétido contaminado con bacterias, que se impregnan en los pulmones de los reos causando en muchos casos la muerte. Señala el autor que en 1776, ciento setenta personas se encontraron atrapadas en una cavidad en Calcuta, en Bengala; ciento cincuenta y cuatro murieron por falta de aire.

[2] En 1783 en Bicêtre (Francia) se reunieron setenta y dos prisioneros, repartidos en tres equipos que sacaban agua del pozo; cada hora se cambiaban los equipos que trabajaban cinco horas diarias, sacando alrededor de dieciséis baldes en una hora. Howard, John, El estado de las prisiones, de los hospitales y de las cárceles durante el siglo XVIII. Traducción Silvia Naccif. www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios.

Las celdas en muchas de las prisiones recorridas eran subterráneas, cual cavernas, donde los presos debían pasar alrededor de catorce a dieciséis horas por día. En algunas de estas cavernas, el suelo es muy húmedo, cubierto, en algunos casos, por una o dos pulgadas de agua; y la paja, o el material para poder acostarse está extendida en el mismo suelo, ausencia total de camas de madera apropiadas. Cuando los prisioneros no están recluidos en celdas subterráneas, quedan durante todo el día en sus calabozos dado que la prisión no dispone de patios, que es el caso de la mayoría de las prisiones de la ciudad, ya sea porque los muros que la rodean están en ruinas o poco elevados, ya sea porque el carcelero acaparó el patio para su uso.[3]

Letrinas

En su mayoría, las prisiones visitadas no disponían de letrinas, y aquellas que si poseían, se mostraban deplorables. Lo olores que de ellas emanaban era insoportables, este aire no solo era tóxico, para los internos sino para los pocos transmutes que recorrían las celdas (guardias, personal religioso y humanitario).

Ventanas

Desafortunadamente en la época los carceleros debían pagar un impuesto sobre ventanas, hecho que impedía la abertura de ellas; y en ciertos casos para evitar el cargo eran selladas, descuidando la importancia de la luz solar y de la aireación.[4]

Ropa de cama

En la mayoría de las prisiones y de las casas de corrección, sus internos no disponían ropa de cama, y tampoco

[3] En la Bastilla, las celdas que se encuentran bajo las torres, exhalan un olor insoportable y dañino; son asilo de ratas, de sapos y de otros animales repugnantes. En el ángulo de esas celdas, hay un catre de campaña, hecho con planchas colocadas sobre barras de hierro adosadas a la pared. Estas últimas son oscuras; no hay ni ventanas ni aberturas para que entre aire y luz; tienen doble puerta, cuyo interior está rodeado de hierro y cargadas con picaportes y pesados pistillos.

[4] Las ventanas están hechas en una pared gruesa de diez pies y cerradas exterior e interiormente con rejas de hierro, que sólo dejan entrar una débil luz.

provisiones regulares de paja. Muchos de los presos ostentaban en vez de ropa, harapos corroídos por el tiempo y el maltrato; algunos de ellos dormían sobre paja podrida y otros sobre la frialdad y dureza de la piedra del piso. Destaca el autor, que en varios de los centros visitados los carceleros, compraban de su dinero la paja, como un acto de generosidad con los presos.[5]

Moral

Ni la distinción del tipo de delito reinante (detenidos por deudas y de derecho común), libraba a sus internos, del cometimiento de actos aberrantes. No solo la salud física se veía afectada, sino su salud mental. Niños, jóvenes y adultos se veían relacionados con criminales. Centros de perfeccionamiento delincuencial, donde no era raro encontrar ávidos delincuentes relatando a menores de edad sus hazañas. Otro problema verificable, en algunas prisiones era el acogimiento de idiotas y locos, quienes no tenían ningún tipo de supervisión y menos aún medicamentos.

Ejemplos viciosos

El autor enfatiza mucho en el hecho que dentro de la prisiones o casas de corrección sus internos asumen nuevos roles en la criminalidad, esto es, cuando es liberado un prisionero, y sus cómplices han sido sentenciados a muerte, éste ocupa el mando de la organización criminal. El encierro no cumple su función de "castigo" o readaptación, al contrario lo corrompe y lo afina en el arte de delinquir. El encierro fomenta los vicios.

El autor hace una nueva distinción con el tratamiento que se da a los prisioneros de Guerra. Llama la atención del autor, el trato humanitario que ellos reciben, diferenciándolos de los presos comunes y los prisioneros por deudas; éstos recibían

[5] En las prisiones visitadas en Viena, Howard pudo identificar, que la ropa de cama de los prisioneros no se tenía en cuenta, tampoco tenían cubrecamas. Las prisiones de la ciudad no representan nada importante, sin embargo, los indigentes, los ancianos y los enfermos reciben todo el honor de los ciudadanos en general.

muy buena raciones de alimento y bebida y las condiciones de hacinamiento eran diferentes. Si bien es cierto son personas extranjeras que hasta la terminación del conflicto, permanecen en territorio del Estado detentor, y por ello deben ser tratados con una máximo de respeto a su dignidad, llama la atención que a los propios nacionales los tengan en condiciones deplorables. Aclara el autor que no es le interés de disminuir estas reglas, si no más bien, equiparar las condiciones de detención para todos los internos.

Malos hábitos de las prisiones

Destaca el autor que desde la llegada de los prisioneros a los centros de detención, estos eran víctimas de ciertas prácticas que afectaban su integridad personal. Una de ellas, la famosa "bienvenida", cuyo rito, en términos generales, consistía en despojar al interno de sus pocas pertenencias, inclusive en muchos de los casos dejarlos completamente desnudos, exponiéndolos a flagelaciones y ataques por parte de otros internos, a más de la posibilidad de contraer ciertas enfermedades. La requisa obtenida, iba a manos de los veteranos del lugar o de los guardias. En otros casos, dependiendo del tipo de delincuente y sobre todo de su poder adquisitivo, éstas prácticas eran suspendidas a cambio de tarifas considerables. Cabe señalar que en las prisiones europeas, estas mañas estaban prohibidas, por mandato especial de los magistrados.

Otra de las observaciones presentadas por el autor, es la referente a los juegos de azar, en especial al juego de cartas, que se pudo verificar en la mayoría de las casas de corrección y en las prisiones; Howard es claro en manifestar que la distracción medida que este tipo de actividades proveen, no ocasionan perjuicio alguno, pero sumado el encierro, la desesperación, la codicia, hacen de este fenómeno un problema de gran envergadura.

Howard condena el uso inhumano de los grilletes en algunas prisiones y casas de corrección del condado. Hombres y mujeres obligados a traer consigo hierros prácticamente incrustados en la piel, obedecían a criterios de tiranía y desconocimiento.[6] Si bien es cierto, el autor felicita a la ciudad de Londres, por haber extinto estas prácticas, su repercusión en el tiempo y en el espacio duraron cientos de años posteriores.[7]

Cabe mencionar lo escrito por el Marqués de Beccaria, en su tratado "De los Delitos y las Penas", al manifestar que la cárcel, es la simple custodia del Ciudadano, mientras se lo esta juzgando como reo, y por ende, ésta debe durar lo menos posible y ser lo menos dura.[8]

Identificados los problemas percibidos por Howard en los siglos XVII y XVIII, nos trasladamos en el tiempo para presentar algunos ejemplos de la realidad carcelaria en las Américas, queriendo de esta manera esbozar lineamientos y prácticas que han persistido en el tiempo.

Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad

Han trascurrido más de doscientos años y la figura de Howard sigue siendo un hito en la historia del pensamiento penal, su claridad y objetividad en sus propuestas, han sido recogidas por varias legislaciones de Europa y América. La

[6] En la visita en Arras (Francia), entre los ciento treinta y nueve prisioneros que estaban en el patio, Howard observó a dos prisioneros que estaban con grilletes, los cuales habían intentado escaparse. El hecho no es común, puesto que los prisioneros franceses muy raramente llevan grilletes.

[7] La Historia de José León Sánchez, en su libro "La Isla de los Hombres solos", es un documental real sobre las arbitrariedades del Gobierno de Costa Rica en 1965, donde los reclusos de la Prisión de San Lucas eran obligados a portar por varios años grilletes y cadenas en el cuello.

[8] Versión on line del Tratado de los Delitos y las Penas. Cesare Beccaria. Capitulo XIX Prontitud de la Pena.
http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/040629162845.html

Comparar su acción es difícil, pero en este ensayo quiero mostrar como las Naciones del Mundo, en especial los países de la Américas, han hecho de sus ideas una preocupación generalizada, ideando mecanismo de control y supervisión para el respeto de los Derechos Humanos.

No es el propósito de este trabajo, plantear las diferentes corrientes que analizan la existencia de los Derechos Humanos, solo decir, que estos derechos son inherentes a la persona, que le permiten vivir con autonomía, en libertad, en condiciones de igualdad con los demás seres humanos y grupos sociales, y vivir con dignidad. Constituyen además un conjunto de facultades que tenemos las personas que concretizan las exigencias que nos plantean ciertos derechos como la libertad, igualdad y dignidad, y que por lo tanto deben ser incorporadas y positivizadas por el orden jurídico interno e internacional, constituyendo límites al poder político y a la soberanía de los Estados.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tiene dentro de sus atribuciones la creación de relatorías o grupos de trabajo[9], creadas para mejorar el cumplimiento de sus funciones. Vista la preocupante situación carcelaria los estados miembros de la OEA, en Febrero del 2004 durante el periodo 119 de sesiones, deciden crear una Relatoría temática referente a los derechos de las personas privadas de libertad.

La actual relatoría se encuentra a cargo del Comisionado Dr. Florentín Meléndez, de nacionalidad salvadoreña, quien es el Primer Relator Especial nombrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para Personas Privadas de Libertad en las Américas. Asimismo, es Relator de la CIDH para Argentina, Bolivia, México y República Dominicana.

[9] Art. 15 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

figura de la relatoría para Personas Privadas de Libertad, fue creada precisamente por las graves y seguidas violaciones a la dignidad y vida de los recluidos. La Relatoría, tiene como obligación la realización de las siguientes actividades:

- Informarse sobre la situación de todo tipo de personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión en los Estados miembros, por cualquier fuente fidedigna de información, independientemente de la edad, sexo o condición de encarcelamiento o privación de libertad;
- Realizar visitas a los Estados miembros de la Organización con el objeto de recopilar información o solicitarla de las autoridades del Estado respecto de toda persona privada de libertad y sobre sus condiciones carcelarias;
- Visitar lugares de detención o centros de privación de libertad de menores de edad, aun sin previo aviso a las autoridades carcelarias; entrevistar libre y privadamente a personas detenidas o en prisión y a funcionarios y autoridades carcelarias; entrevistar a los familiares de las personas detenidas, a personas en prisión en calidad de testigos, miembros de organizaciones no gubernamentales, o a cualquier funcionario, autoridad o persona; filmar, grabar, tomar fotografías, recoger documentos o utilizar cualquier otro medio adecuado para informarse sobre la situación de las personas privadas de libertad;
- Preparar para la Comisión informes sobre la situación carcelaria en un centro de detención en particular, en un país, o a nivel regional o subregional, con las recomendaciones que considere necesarias para la Comisión;
- Emitir recomendaciones a los Estados miembros sobre las condiciones de detención o encarcelamiento y darle seguimiento al cumplimiento de dichas recomendaciones;
- Realizar actividades de promoción y educación en materia de derechos humanos aplicable a las personas privadas de libertad, con énfasis en la protección de los derechos y garantías fundamentales de las personas detenidas y sus

familias; sobre los deberes y prohibiciones de las autoridades carcelarias; y sobre las reglas internacionales aplicables al uso de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley;

- Promover acciones o llamamientos urgentes a los Estados en casos de gravedad respecto de personas detenidas, en orden a que se cumplan sus obligaciones internacionales en esta materia;
- Promover la adopción de medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole a fin de que se garanticen los derechos de las personas privadas de libertad y de sus familias;
- Coordinar acciones de promoción con organizaciones no gubernamentales o con otras instancias de protección internacional;
- Coordinar acciones de verificación y seguimiento de las condiciones carcelarias en los Estados miembros con las Defensorías del Pueblo o las instituciones nacionales de derechos humanos;
- Realizar cualquier otra acción o gestión que considere necesaria para la protección de las personas privadas de libertad, dentro del mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Actualmente los países de las Américas, no disponen de instrumentos internacionales específicos de protección de los reclusos, es por esto que uno de los propósitos de la actual relatoría para el 2007, es la creación de una declaración de principios interamericanos para la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad. Por ello la relatoría realiza sus actividades y recomendaciones fundamentándose en instrumentos normativos de Naciones Unidas como son: Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos (PBTR), las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (RMTR) y Conjunto de Principios para la Protección de Todas las

Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (PPPSDP).

Desde el 2004 la relatoría ha tenido múltiples actividades, siendo importante destacar algunas de ellas. En noviembre del 2004, conjuntamente con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el Relator de la Comisión para la Niñez realizaron visitas a las cárceles de Guatemala y Honduras; sus principales objetivos fueron los de recabar información sobre la situación de niños, niñas y adolescentes vinculados a los grupos conocidos como "maras" o "pandillas", y conocer las condiciones de vida de las personas privadas de libertad. En diciembre del 2004, se realizó la visita a la República Argentina, con el propósito de realizar el seguimiento de casos pendientes ante la Comisión y, en particular, observar la situación de los detenidos en la Provincia de Mendoza, quienes son beneficiarios de medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana mediante Resolución del 22 de noviembre de 2004[10]. En junio de 2005 se envió al Gobierno de Honduras el documento "comentarios y sugerencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al anteproyecto de Ley del Sistema Penitenciario Nacional de Honduras", para ser utilizado en el proceso de discusión legislativa en la República de Honduras, tomando en consideración las normas y estándares internacionales de protección a las personas privadas de libertad. En el mismo mes el relator Florentín Meléndez realizo una visita nocturna al Centro de Internamiento de Menores Infractores de la Ley "Tatuape", Sao Paulo, Brasil, emitiendo un informe de recomendaciones, dentro del trámite de medidas cautelares otorgada por el CIDH en beneficio de los jóvenes detenidos en mencionada institución. En noviembre del 2005, con apoyo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos En las

[10] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Petición 1231/04. Internos Penitenciaría de Mendoza 2004.

Humanos, se visitaron algunas prisiones de Colombia. Primeramente la cárcel de mujeres del Buen Pastor de Bogotá, luego fue visitada la cárcel de Palo Gordo en la municipalidad de Girón, Santander y finalmente el Centro Penitenciario de Vista Hermosa en Cali. En Agosto del 2006, por invitación del Gobierno de República Dominicana, el relator visito algunas cárceles de éste país, con el propósito de verificar la situación de las personas privadas de libertad y de promocionar las actividades de la CIDH.

De los datos obtenidos en visitas de observación, así como la información recibida de Gobiernos y organizaciones de la sociedad civil, la Relatoría ha identificado algunos de los problemas más graves que sufren las personas privadas de libertad en la región.

La crítica situación de los centros de privación de libertad en las Américas está directamente relacionada con la crisis y violencia estructural que afecta el sistema penal en su conjunto. Dicha situación se refleja en el abandono en que viven las personas privadas de libertad en la región, que además de su libertad, son privadas de políticas eficaces de reinserción social. Por lo tanto, la solución del problema carcelario abarca toda la sociedad y, solo es posible, en el contexto de un sistema judicial garante de los derechos humanos. El hacinamiento, el ocio carcelario, la violencia, la falta de infraestructura adecuada y de condiciones sanitarias mínimas, la falta de acceso a cuidados médicos y psicológicos, la falta de separación de adultos y niños, de hombre y mujeres, de condenados y procesados, y de personas con necesidades especiales, de una parte; y de otra la falta de supervisión judicial respecto a la aplicación de formas alternativas de cumplimiento de pena, de beneficios y progresión de régimen, la falta de capacitación y remuneración adecuada al personal penitenciario, son algunos de los problemas que de manera más recurrente se ha podido verificar.

Américas, el hacinamiento crítico no sólo ha generado condiciones de reclusión inhumanas y degradantes, sino que es considerado como uno de los factores determinantes de motines, enfrentamiento entre reclusos y otros actos de violencia en los que se registran constantes perdidas de vidas humanas. A ello se suman, las condiciones de infraestructura de los centros de reclusión, generalmente, hacen imposible alcanzar un mínimo goce del derecho a la salud.

Por otra la cárcel constituye un espacio donde la violencia entre reclusos y entre éstos y el personal penitenciario se desarrolla en forma significativa. En las Américas, son cotidianos los ataques personales, linchamientos, venganzas, violaciones y hostigamientos. Frente a estos atropellos no existe una protección judicial adecuada. Dentro de estos cuadros de violencia se registran, también, situaciones de tortura y ejecuciones sumarias, algunas de ellas producto del uso desproporcionado de la fuerza.

Estos problemas se hacen más graves por la sistemática discriminación contra los grupos poblacionales más vulnerables, en particular, los miembros de pueblos indígenas, minorías étnicas, mujeres, menores de edad, adultas y adultos jóvenes y personas con discapacidad. Frente a estos sectores, la discriminación incrementa su vulnerabilidad e indefensión.

Situación Carcelaria Contemporánea

Considero relevante detenerme en algunos de los principales conflictos carcelarios contemporáneos con el propósito de de dar una mejor explicación de la problemática; para ello pretendo emplear jurisprudencia y doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su Relatoría y una pequeña aproximación al Sistema Europeo y al Sistema Africano de protección de Derechos Humanos en el periodo comprendido entre 1997 al 2006.

Hacinamiento

No existe una definición internacionalmente aceptada de "hacinamiento" y los criterios usados varían enormemente desde "dos reclusos en una celda construida para uno" hasta "dos en una cama hecha para uno", o tener apenas suficiente espacio para acostarse en el suelo. Muchas prisiones del mundo están hacinadas. Es decir, que alojan un mayor número de reclusos que para lo que fueron previstas. Podemos encontrar casos de hacinamiento en Oriente y Occidente, en el mundo desarrollado y en el mundo en vías de desarrollo. Por ejemplo, el régimen penitenciario de Inglaterra y Gales ha estado continuamente hacinado durante los últimos 20 años. Actualmente en los EE. UU., el hacinamiento del sistema penitenciario federal es del 33%, mientras que en los sistemas estatales alcanza el 17%. Algunos países presentan niveles más altos. El porcentaje de ocupación de la única penitenciaría de Barbados, la prisión de Glendairy, es del 30 %, y el de las prisiones del Camerún alcanza el 96%.[11]

En muchos sistemas penitenciarios, el hacinamiento se concentra en la etapa de la prisión preventiva y en numerosos países los reclusos preventivos suelen padecer las peores condiciones del sistema. En el caso de los países de la ex-Unión Soviética, el hacinamiento habitualmente se concentraba en los centros de prisión preventiva (SIZO), mientras que otros sectores del sistema no presentan una ocupación completa. Hay distintas maneras de medir el hacinamiento. Una de ellas toma en cuenta las dimensiones del espacio personal por recluso. La mayoría de los sistemas penitenciarios tiene una cifra que establece la capacidad de sus prisiones e indica cuándo están hacinadas. Sin embargo, estas cifras suelen estar basadas en definiciones locales de lo

[11] Datos obtenidos de la King's Royal London, Centro Internacional para estudios penitenciarios. 2004.

que se considera un espacio aceptable. No existe una norma universal internacionalmente aceptada. En ocasiones, cuando las penitenciarías han alcanzado su máxima capacidad, los reclusos quedan detenidos en centros policiales, donde las condiciones pueden ser aún peores que en los hacinados centros de prisión preventiva.

El hacinamiento trae consigo otros problemas que merecen ser anotados. Así, la aglomeración de presos constituye en esencia una visible violación a los derechos humanos fundamentales, en especial al derecho a la vida y a la seguridad de la persona. Además trae consigo efectos peligrosos para la salud pública, dado que el hacinamiento actuaría como una incubadora de enfermedades infecciosas, como la tuberculosis y el VIH/ SIDA. Perjudicaría la salud mental de los reclusos, a parte de incrementar severamente la delincuencia y la violencia dentro de las prisiones.

En la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se han presentado varias denuncias por hacinamiento. Un caso muy ilustrativo constituye la causa 11.291 (13 de abril del 2000), ocurrido en la República Federativa de Brasil por hechos ocurridos el 2 de octubre de 1992 en la Casa de Detención (Carandirú) en la ciudad de São Paulo, referente a la muerte de 111 prisioneros (entre ellos 84 personas procesadas sin condena), así como a lesiones graves sufridas por otros internos durante el sofocamiento de un motín de prisioneros, acciones presuntamente cometidas por la Policía Militar de São Paulo, el 2 de octubre de 1992.[12]

[12] La Comisión concluyó que el hecho constituye una masacre en la que el Estado ha violado los derechos a la vida, a la integridad personal y que en sus secuelas se violaron además los derechos al debido proceso y a la protección judicial (artículos 4, 5, 8, 25) en relación con el artículo 1 de la Convención, y pide la investigación de los hechos, la sanción de los responsables, la reparación de las víctimas y la adopción de medidas a nivel nacional y estadual para evitar la repetición de este tipo de violaciones. http://www.cidh.org/PRIVADAS/Brasil11291.htm

Violencia carcelaria

Cada problema identificado se interrelaciona, es decir que a consecuencia de una sobrepoblación carcelaria, es inevitable impedir que se forma grupos o bandos en los centros de detención. Un autentico régimen de poder, ejercido por intimidación. Estos bandos dirigen y organizan las actividades carcelarias, droga, prostitución, armas están a la orden del día. En la ley de la cárcel o se es parte de un bando o su supervivencia se vería afectada.

Un caso muy explicativo sobre los efectos de la violencia carcelaria es la petición 1231 del 2004 ventilada en la CIDH y resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanaos, en cuanto al otorgamiento de medidas provisionales para los centros penitenciario de Mendoza (Penitenciaria Provincial, cárcel de encausados de San Rafael y la Unidad Gustavo Andrés de Lavalle), en donde se pudo verificar la muerte de 17 internos producto de la violencia intracarcelaria. Incendios provocados, intentos de fuga, heridos por arma blanca y peleas de reclusos, son entre otros son, los acápites señalados por la Corte para la toma de su resolución.[13]

Criterios de separación de internos

Infortunadamente son muy pocas las cárceles de las Américas que manejan criterios de separabilidad entre la población, distinción entre delincuentes de mayor peligrosidad, delitos menores, ciudadanos en presión preventiva; la mezcla al parecer es heterogénea, como diversas son las mañas que delincuentes comunes adoptarán, perfeccionándose así, en el

[13] Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 de Noviembre del 2004. Solicitud de Medidas Provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la República de Argentina. Caso de las Penitenciarias de Mendoza.
http://www.cidh.org/privadas/corte/penitenciarías%20de%20mendoza%20mp01.do

arte de delinquir. No hay que dejar de lado las equivocaciones irreparables de introducir a un menor de edad en un centro de detención para adultos y la violatoria inserción de personas con algún tipo de deficiencia mental.

En cuanto a la Prisión Preventiva, cabe señalar que su utilización y las condiciones en que se recluye a los detenidos preventivos son una medida importante del grado de respeto por los derechos humanos y el imperio de la ley.[14]

Existen enormes diferencias en la aplicación de la prisión preventiva entre un país y otro. En algunos, el problema más apremiante que debe abordar una reforma penitenciaria es el indiscriminado empleo de la prisión preventiva. Por ejemplo en épocas del régimen soviético, en todos los países de la ex-Unión Soviética a los acusados se los detenía en prisión preventiva en forma virtualmente automática. Era necesario introducir un cambio fundamental y éste ha requerido un largo proceso en algunos de estos países. En algunos países en desarrollo los acusados son demasiado pobres para salir en libertad bajo fianza y no se dispone de recursos para que se los someta a juicio en un plazo razonable. Ciertos países tienen procedimientos judiciales tan engorrosos que los juicios pueden demorar años y muchos no disponen de los recursos necesarios para brindarle a cada detenido en prisión preventiva una defensa apropiada.

El caso de los menores, causa profundo dolor ver a pequeñas criaturas que van deambulando por las calles, sin ningún tipo de precaución, susceptibles del vicio y la depravación humana. En muchos países pueden ser detenidos por la policía por delitos menores o cuando no han cometido ningún delito pero tienen necesidad de cuidado y protección porque, por ejemplo el vivir en la calle.

[14] El Artículo 9 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone "Excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención"

Estas medidas de control, son válida en gobiernos cuyas políticas criminales y protección social son estrictas y factibles. No es el caso de nuestras américas; con profundo dolor cito la causa seguida en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, contra el Estado de Honduras:
El caso 11.491, en contra del Gobierno de Honduras, por la detención ilegal de niños callejeros y su envío a la cárcel central de Tegucigalpa. Según los denunciantes, los menores se encontraban en las celdas 19 y 24, junto con aproximadamente 80 adultos en cada celda. Hacía ya dos años que Daniel Varela estaba detenido con adultos. Alex Hostilio Tome Vargas, por su parte, había estado detenido por tres meses en la celda 24, siempre con adultos y con conocimiento del juez de su causa. Violando el artículo 122, párrafo 2 de la Constitución de Honduras, que dispone que "No se permitirá el ingreso de un menor de 18 años a una cárcel o presidio", y el artículo 37 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, que establece que "todo niño privado de libertad estará separado de los adultos". Los menores fueron sometidos comúnmente a abusos físicos y sexuales en las celdas de la Penitenciaría Central.[15]

Los menores pueden ser retenidos en una comisaría de policía en una celda con adultos, enjuiciados sin una defensa legal y enviados a una prisión, reformatorio, centro de reeducación u hogar para niños donde las condiciones a menudo son inhumanas, degradantes y peligrosas. En ocasiones la edad es objeto de controversia porque carecen de documentación.
Otra complicación presente, es la falta de disociación entre los diferentes perfiles de los prisioneros. Existen varios casos en donde los centros penitenciarios reciben a enfermos

[15] Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad den las Américas http://www.cidh.org/PRIVADAS/Honduras11.491.htm

mentales, aumentando sus patologías e incrementado su violencia. Evidentemente las cárceles no poseen medicamentos ni personal especializado que puedan advertir de su existencia, obligando a estos individuos a convivir con el resto de la población.[16]

Condiciones sanitarias

La población carcelaria se encuentra constituida en su mayoría de grupos marginados de la sociedad, personas con mala salud y enfermedades crónicas no tratadas, problemas de salud mental, personas vulnerables y que practican actividades con alto riesgo para su salud, como el consumo de drogas inyectables y la prostitución. Las reclusas son especialmente vulnerables debido a que una enorme mayoría procede de ambientes marcados por la violencia y el abuso.

Las condiciones de vida en la mayoría de las prisiones del mundo son insalubres. Son comunes el hacinamiento, la violencia, la falta de luz y aire fresco, la mala alimentación y las prácticas que propagan infecciones, como el tatuaje y el sexo sin protección. Muchos sistemas penitenciarios tienen grandes dificultades para manejar los problemas de infraestructura, como el alcantarillado inadecuado, que derivan de la reclusión de muchos seres humanos en un espacio reducido con instalaciones sanitarias insuficientes. Algunos sistemas carecen de un suministro regular de agua.

La mala alimentación vuelve a los detenidos más propensos a las infecciones. Las prisiones son un medio ideal para la propagación de la tuberculosis, el VIH y las hepatitis B y C. Los índices de infección de tuberculosis, VIH y hepatitis son mucho más elevados que en la población general.

[16] Caso 11.427, seguido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del Gobierno Ecuatoriano (abril 1999), por la detención de un enfermo mental en un Centro de Rehabilitación de la ciudad de Guayaquil, donde fue víctima de agresiones, las mismas que ocasionaron su muerte.

El ambiente es de alto riesgo para los reclusos y también para el personal penitenciario.

Falta de programas de readaptación y resocialización para los reclusos

Ser enviado a prisión implica la inflexible pena de perder la libertad y todo lo que ello conlleva. No debería incluir penas adicionales, tratos inhumanos y degradantes, como tampoco el deterioro físico y mental. El Artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas establece que los reclusos serán tratados "humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Los reclusos internados en muchas de las prisiones del mundo no reciben un trato respetuoso de su dignidad humana. Existen diversas razones para ello: la pobreza; sistemas penitenciarios con escasos recursos; actitudes hostiles hacia los reclusos de parte del personal penitenciario, el gobierno y la sociedad en general; una falta de cumplimiento general de parte del gobierno con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En algunos estados la legislación puede autorizar la aplicación de penas en la prisión, como la reclusión en celdas sin luz o un suministro restringido de alimentos. La utilización de grillos o esposas puede deberse a razones de seguridad o ser un castigo. Puede ser obligatorio que los hombres lleven la cabeza afeitada. A las mujeres que dan a luz quizá les quiten sus bebés inmediatamente. Las reglamentaciones pueden requerir que los reclusos se paren mirando hacia la pared con la cabeza inclinada hacia abajo cuando pasan visitas o el personal penitenciario. Es posible que las leyes prohíban que los reclusos tengan radios o lean periódicos. Incluso tal vez se les prohíba hablar, excepto en algunos momentos del día. En general el entorno puede

tornarse desolador.
Es posible que solamente se autoricen las visitas familiares en muy pocas ocasiones y que durante las visitas los reclusos estén separados de sus familias por rejas o una gruesa mampara de cristal.
Una característica de un sistema rehabilitador es que debería incluir actividades socialmente significativas para que los reclusos ocupen su tiempo. Estas actividades deben permitirles rehabilitarse a sí mismos si lo desean y son capaces de hacerlo, pero no es posible imponer la rehabilitación desde afuera. Algunos reclusos llegan a prisión con experiencias de vida e infancias tan dañinas que, independientemente de lo que se haga en prisión, el daño es irreversible. Al salir de prisión, la mayoría de los reclusos entra en un entorno de perspectivas personales tan tenebrosas que cambiar su vida es una expectativa demasiado alta.
A esto se une la falta de políticas criminales que intenten fomentar programas de integración en los pabellones carcelarios, incrementar programas de educación académica y en valores. Generar en los presos expectativas de reinserción en la sociedad, como agentes productivos, más no percibirlos como escoria de la comunidad.
Uno de los principios fundamentales de los Instrumentos Internacionales sobre los derechos humanos, consiste es afirmar que las prisiones deben ser instituciones civiles, administradas de tal modo que apunten a la rehabilitación, en donde los reclusos sean visto como ciudadanos en lugar de enemigos.

Práctica de torturas y tratos inhúmanos y degradantes

Infortunadamente la práctica de métodos de tortura o de tratos inhumanos y degradantes, constituyen el centro de atención de los informes proporcionados por organizaciones protectoras de los Derechos Humanos, así uno de ellos,

Amnistía Internacional, demuestra que el índice de maltratos en la mayoría de países del mundo constituyen materia de preocupación. Este fenómeno que no identifica géneros, color, raza, idioma, etc., es una molestia que requiere de políticas estatales enérgicas. La tortura es uno de los mecanismos de control social utilizado por el Estado y tiene como objetivos: castigar, ejercer discriminación, obtener información o confesiones auto inculpatorias, amedrentar a la familia y a la sociedad. Una de las características de la aplicación de la tortura es la impunidad, puesto que en la mayoría de casos éstos actos son cometidos por funcionarios policiales, con la apacible y taimada prudencia de jueces y autoridades, impidiendo de esta manera que las víctimas evidencien o denuncien por temor a represalias. La no denuncia de las víctimas se da también por un desconocimiento de derechos y por la falta de credibilidad en la administración de justicia. Todo ello expresa la falta de voluntad política por parte del estado para erradicar la tortura.

Las víctimas de tortura actualmente son sospechosos de haber cometido un delito, se los identifica discriminatoriamente en grupos vulnerables (pobres, marginales y discriminados socialmente).

Los métodos de tortura mayoritariamente utilizados en hombres, mujeres y homosexuales son la violencia física y psicológica, registrándose en menor proporción la violencia sexual. Las víctima de tortura presentan una afectación total en sus cuerpos, con traumas físicos y psíquicos, que exigen un tratamiento de especialidad para curar traumas físicos, elaborar los traumas psicológicos, evitar algunas secuelas, y asegurar la reinserción en la familia y la sociedad.

Personal penitenciario

Las personas cruciales son los empleados penitenciarios que tratan con los reclusos en forma cotidiana. Son ellos quienes abren las celdas de los internos por la mañana, quienes pasan junto a ellos la mayor parte del día y quienes los encierran a la noche. Son testigos de las mayores fortalezas y las grandes debilidades de los reclusos. La forma en que traten a los reclusos determinará si una prisión es decente y humana, o brutal y coercitiva. Ellos hablan con los reclusos de forma habitual, ya sea respetuosa o irrespetuosamente. Controlan la asignación de camas y celdas, el acceso a las comidas, las visitas familiares, los paquetes, la correspondencia, el acceso a los teléfonos, el trabajo, la educación, los médicos y los traslados a otras prisiones. Son los empleados quienes mitigan un trastorno potencial o manejan los incidentes con toma de rehenes, ya sea en forma violenta o por medio de una negociación.

En la mayoría de prisiones de Sudamérica, el personal penitenciario carece de formación para ello; en muchos casos quienes sirven de caporales o guardias de control de los reclusos, son los prisioneros con un número importante de crímenes en su historial delictivo, lo que conlleva a controlar la violencia con niveles más elevados de violencia. Los sueldos y el reconocimiento social de esos cargos esa completamente desprestigiado; alrededor de ellos gira una red de mafia y corrupción que empaña aún la realidad penitenciaria.

Falta de políticas públicas

Históricamente el sistema penitenciario no ha sido un área de interés prioritario o de preocupación para los gobiernos, y quizás constituya una de las deudas más evidentes después de décadas de democracia. Evidentemente las prisiones son

instituciones violentas y difíciles de regir, las personas que las habitan lo hacen lógicamente en contra de su voluntad, son jóvenes y adultos marginados, con bagajes cargados de privaciones y miseria, lo que los lleva a infringir. La convivencia forzada, la ausencia de espacio mínimo vital, el ocio, las drogas, la tensión permanente, las fugas, motines son algunas de las características de esta institución. Creo que es una verdad conocida por muchos, pero sus posibles soluciones no dan cabida en una sociedad llena de rencor y olvido. En Sudamérica es común observar que los gobiernos no han diseñado e implementado una política penitenciaria democrática, haciendo que la dirección sea implícita y poco visible.

En su recorrido Florentín Meléndez, el actual relator para los derechos de las personas privadas de la libertad en la Américas, ve con beneplácito buenas prácticas observadas en los países visitados, destacando la participación de la comunidad, universidades, empresas privadas, iglesias, organizaciones nogubernamentales y otros sectores sociales, en procesos de rehabilitación y reinserción. Asimismo, la atención especializada a niños y niñas de corta edad (hijos de los internos) en los mismos establecimientos penitenciarios; los esfuerzos de coordinación interinstitucional al interior del aparato estatal, y de estas instituciones con organizaciones de la sociedad civil; el establecimiento de jueces penitenciarios y jueces de ejecución de penas, de promotores y capacitadores de personal penitenciario en derechos humanos; la conformación de escuelas penitenciarias con formación en derechos humanos y en el uso adecuado de la fuerza y de las armas de fuego; la preocupación por establecer un perfil adecuado del personal penitenciario, con énfasis en la separación de las Fuerzas Armadas y de seguridad policial del personal penitenciario; las medidas preventivas de abusos penitenciarios; la adopción y la preparación de leyes penitenciarias compatibles con los

estándares internacionales; la capacitación laboral de las personas privadas de libertad; la instauración de regímenes semiabiertos; y la aplicación de medidas alternativas de cumplimiento de pena. Desafortunadamente las buenas prácticas se hallan en células de la sociedad y no en todo el aparato institucional, siendo necesario el llamado de atención a los Estados, con el fin de adecuar sus sistemas penitenciarios a los estándares Internacionales, que lo único que pretender es dar un mayor trato humanitario al individuo privado de libertad.

Análisis Comparativo

Identificadas tanto las propuestas de mejoras esbozadas en la obra de Howard, como el actual tratamiento para reclusos en los Instrumentos Internacionales de protección de los Derechos Humanos de los Reclusos, nos resta identificar los progresos y retrocesos alcanzados.

Confrontadas las dos posturas, nos damos cuenta que las ideas de Howard, siguen marcando fuertemente el desarrollo de los principios y reglas que deben servir de directrices dentro de un sistema penitenciario. Por su parte, los instrumentos internacionales que reconocen la protección y defensa de los Derechos Humanos cada vez son más amplios y ratificados. Su reconocimiento obliga a los estados a tenerlos en cuenta en la elaboración de políticas criminales, en virtud de su supremacía constitucional.

Para el planteamiento del modelo de construcción, los dos enfoques confluyen describiendo un tipo especial de edificación. No debe hallarse ubicada en medio de la ciudad, debe ser construida con materiales propios de la región, sus celdas deben ser dotadas de una superficie mínima de habitabilidad, con ventilación, alumbrado y calefacción. En las dos posiciones se sugiere que el número de celdas debe ser acorde al número de presos. Es claro que los

instrumentos internacionales presentan mayores generalidades, a diferencia de Howard que inclusive proporciona las dimensiones apropiadas para al construcción de celdas, inclusive sugiere formas distintas de celdas para los deudores. Las dos posturas mencionan además, la necesidad de vigilancia, en el caso de Howard, recuerda la importancia de la cercanía a la zona de los guardias de las celdas de los deudores; por su parte los tratados internacionales establecen una diferenciación entre las celdas y dormitorios y sugieren que por las noches estos deben estar sometidos a una vigilancia regular.

Las dos posiciones establecen que ninguna celda debe prescindir de ventanas, las mismas que deben tener un tamaño que permita mantener una corriente fresca de aire, así como permitir el paso de la luz natural, beneficiando la higiene y actividades de sus internos.

En cuanto a los materiales, Howard sugiere como óptimos la piedra y la baldosa; por su parte en los instrumentos internacionales empleados no hay mención al respecto, pero dependerá de la región donde se edifican las prisiones; actualmente existe una mayor cantidad de materiales de muy buena calidad, que permiten abaratar costos. Para los cimientos de las edificaciones, se sigue empleando la piedra, pero para el caso de las celdas, el concreto alisado es una muy buena opción, que inclusive facilita la limpieza. Entre los materiales contemporáneamente utilizados se pude citar al hormigón, la madera, el vidrio, hierro, cerámica y el aluminio.

Sobre las comodidades, queda clara su subjetividad. Depende mucho del nivel adquisitivo que los reos o sus familiares puedan tener, para acceder mejores servicios. En otro sentido, existen prisiones donde no existe agua potable, el tenerla sería una comodidad; o en el caso, de no tener suficientes camas en celdas, el ser dotados de ellas, sería visto como una riqueza. Howard destaca la importancia de dotar de

calefactores, cocinas y ventiladores manuales para los internos. Los instrumentos internacionales no contemplan especificidades que podrían ser entendidas como comodidades, más bien plantean la necesidad imperiosa de proteger y garantizar los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión vigentes en un Estado.

En relación a los guardias e inspectores, las dos posturas confluyen en el hecho que los Guardias o personal encargado de las cárceles, tienen como obligación la custodia y protección de los reclusos. Los guardias deben ser remunerados con el propósito de obtener y conservar los servicios que estos brindan. En cuanto al registro las dos visiones plantean la obligación de mantener, en cado centro de detención, un registro actualizado de sus detenidos. Howard manifiesta que el encargado de llevar el registro es el Inspector, mientras que, los Instrumentos Internacionales hablan de una administración penitenciaria. Howard advierte comportamientos específicos de guardias e inspectores como son, el aseguramiento de la limpieza del lugar, ser compasivo con los enfermos, proveer de alimentos y revela que los guardias deben ser honestos activos, humanos y sobrios; por su parte los instrumentos internacionales rescatan mucho la personalidad del guardias, inspectores y carceleros, señalando que estas personas deben poseer un nivel intelectual suficiente, que deben continuar con su formación académica, deben ostentar la calidad de funcionario públicos y deben tener un gran espíritu humanitario.

Howard indica que los Inspectores deben ser nombrados por los Magistrados o por los Parlamentarios, su trabajo debe ser gratuito y deben permanecer en la prisión, recomienda que las inspecciones deben realizarse una vez por semana o cada quinces días; por su parte los instrumentos internacionales sugieren que los inspectores debe ser personal calificado y experimentado, designado por una autoridad competente,

siendo obligación de estos inspeccionar regularmente los centros penitenciarios.

En su propuesta Howard exterioriza la prohibición de que los Guardias e Inspectores visiten cantinas, todo ello en relación a las consecuencias nefastas que sus efectos producen; por su parte los instrumentos internacionales proponen constantemente despertar mantener en el personal y la opinión pública, la idea de que la función penitenciaria constituye un servicio social de gran importancia.

Desembocan ambas posturas en la obligación de que los guardias vivan dentro de los centros de detención; de manera particular los instrumentos internacionales sugieren que la residencia del Director del Centro Penitenciario sea en el mismo centro, o en detrimento de ello, en edificaciones contiguas

Los instrumentos internacionales sugieren que el equipo penitenciario debe ser dotado de personal especializado, sin menoscabo del trabajo voluntario que la sociedad civil pueda aportar. Destacan también la obligación de los centros penitenciarios de entrenar físicamente a su personal por posibles conflictos internos. En las dos propuestas se prohíbe el uso excesivo de la fuerza, salvo un estado legítimo de necesidad.

Es rescatable mencionar que los instrumentos internacionales establecen que en el caso de centros penitenciarios femeninos, que los guardias y carceleros deben ser de sexo femenino.

Sobre la división que debe existir en las prisiones las dos posiciones confluyen en el hecho de la necesidad de dividir por pabellones o por grupos a sus reos. Howard diferencia el tratamiento y la ubicación privilegiada que debe darse a los prisioneros deudores, frente a los prisioneros de derecho común; en contra posición los instrumentos internacional promueven el principio de no discriminación, basados en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión

política o de otra índole. En ambas consideraciones tanto hombre como mujeres deben estar ubicados en prisiones diferentes; y para el caso de no existir dos dependencias, su separación debe ser estricta y marcada. Una vez ubicada las prisiones por géneros, estas deben ser nuevamente repartidas, tomando en cuenta criterios de edad y peligrosidad principalmente. Sean deudores o detenidos en prisión preventiva, en ambos casos el trato debe ser diferenciado de los acusados. Para el caso de los alienados o enfermos mentales, estos deberán recibir tratamiento especial y ser ubicados en casas de salud aptas para reconocer y controlar este tipo de patologías. Los instrumentos internacionales ponen como criterios de separabilidad no solo la edad, sexo o el tipo de prisionero (deudor o de derecho común), sino también sus antecedentes, los motivos de la detención y el tratamiento que corresponde aplicarles. Los Instrumentos Internacionales reconocen la presencia de detenidos por prisión preventiva y sugieren su inmediata diferenciación de los acusados.

Sobre el trabajo Howard considera que es otro elemento central en la organización penitenciaria, orientada a la corrección de los penados. En el contexto de las penas de prisión ejecutadas en las casas de corrección el autor concibe al trabajo como una obligación ("Todo aquel que no este enfermo no debe estar ocioso"). Indica que en sus visitas pudo encontrase que los prisioneros tienen asignadas labores, de acuerdo a la gravedad de delito causado; a la mayoría de los prisioneros se les asigna labores de limpieza de calles, transporte de escombros, limpieza de escarcha y nieve en invierno; cabe destacar que algunos presos realizaban el trabajo asignado con un collar de hierro distintivo (Berna); en el caso de prisiones femeninas su labor esta dirigida a trabajos de costura (Bordeaux). En su obra el autor describe al trabajo como una actividad propia de las políticas de los centros carcelarios, cuya ejecución esta dada de manera

obligatoria y en muchos casos como forma de castigo (trabajos forzados). Resalta el autor la actuación de ciertas prisiones donde existían talleres de zapatería y de empajado de sillas, a cuyos reos se les asignaba cierta cantidad de dinero y se les permitía contribuir económicamente en sus familias. Se rescata del autor, la idea de que el trabajo o la enseñanza de algún tipo de actividad en prisión, facilitaría la reaserción del reo en el mercado laboral, una vez que salga de prisión. Por su parte los instrumentos internacionales establecen que los centros carcelarios deben crear condiciones apropiadas para que los reclusos puedan realizar actividades laborales remuneradas, coincidiendo con Howard, en el hecho de que el trabajo permitiría su reaserción en el mercado laboral y la contribución al sustento familiar. Los Instrumentos Internacionales van más allá, manifestando que los trabajos dentro de prisión no deben ostentar carácter aflictivo. La asignación de los trabajos debe ser dada por las condiciones físicas de sus internos, Se obliga a los estados a garantizar los derechos de seguridad y salud en iguales condiciones de las personas libres. El trabajo debe ser remunerado de manera equitativa. Para el caso de detenidos en prisión preventiva, es optativa la posibilidad de trabajar.

En cuanto a la alimentación John Howard, reconoce la importancia que tiene una buena alimentación en la calidad de vida de los prisioneros, inclusive platea el tipo y las raciones adecuadas de comida. El pan, generosas raciones de agua, carne y legumbres son parte de la dieta sugerida. Los Instrumentos Internacionales estableen que la administración carcelaria, será la llamada a proporcionar a los internos de alimentos con alto valor nutritivo; realzan la importancia del agua potable en su dieta. Establecen además, que obedeciendo a las reglas de seguridad de los centros, es permitido que los internos puedan recibir de sus familiares alimentos.

En relación con la Higiene y salubridad, Howard establece comportamientos específicos sobre le manejo de la higiene y salubridad de los presos y de las prisiones. Sugiere que las prisiones deben poseer de un caudal regular de agua; para la época en que se desarrollo su propuesta evidentemente los sistemas internos de tubería no eran tan desarrollados, pero al ser un visionario innato, sugirió la adecuación de bombas de agua cerca de los cuartos de baño. De igual manera sugiere la adaptación de calderos, con el fin de obtener agua caliente y poder dar un trato preferencial a los prisioneros enfermos. A manera de esterilizador Howard propone la dotación de hornos o estufas con el propósito de desinfectar la vestimenta de los prisioneros en especial de la ropa de cama. En cuanto a las letrinas el autor propone dimensiones y ubicación específica de aquellas, considera que su ubicación debe estar fuera de las celdas, en los patios y con una distancia prudencial la una de la otra. Indica además que las prisiones deben disponer de una enfermería, ubicada en la zona con mayor circulación de aire; dentro del equipo médico que atiende debe haber un farmaceuta o un cirujano especializado. Se debe delegar al cirujano la obligación de remitir periódicamente a los jueces un informe del estado de salud de los prisioneros. La dotación de los implementos para la higiene personal así como para la limpieza de las cárceles, estará a cargo del estado. Finalmente el autor sugiere la prohibición para los presos de tener animales.

Por su parte los Instrumentos internacionales disponen que los internos de las cárceles deban gozar, sin ningún tipo de discriminación, de los servicios médicos que disponga el país. Con el fin de mantener la higiene personal de los internos, la administración penitenciaria debe dotar de agua y artículos de limpieza. Establecen además, que los presos deben disponer de utensilios para el cuidado de sus cabellos y barba, con el fin de mantener el respeto consigo mismos y hacia los demás. Contemplan además que las prisiones deben

contar con la presencia de al menos un médico calificado, sugiriendo que éste tenga conocimientos en psiquiatría. Se obliga las administraciones carcelarias, que en caso de que un preso tenga alguna enfermedad que requiera de tratamiento hospitalario, puedan ser trasladados a casa de salud.

Para el caso que las cárceles dispongan de enfermerías, estas deben disponer de instrumental médico y de productos farmacéuticos. Se sugiere que estos centros tengan la presencia de un odontólogo.

En el caso de establecimientos femeninos se recomienda la instauración de instalaciones especiales para el tratamiento de mujeres embarazadas; se debe promover que los partos sean realizados en hospitales civiles.

Los Instrumentos Internacionales sugieren también que los presos deben ser auscultados tanto al momento de su ingreso como en cesiones periódicas, con el propósito de anticiparse a la existencia de alguna enfermedad. Para el caso de presos con enfermedades infecciosas o contagiosas se sugiere su aislamiento. El servicio médico o psiquiátrico de los establecimientos penitenciarios debe asegura el tratamiento y seguimiento psiquiátrico de los reclusos que requieran esta atención.

Finalmente se sugiere que para el caso de requerir la presencia continua de personal médico, al menos uno de ellos debe residir en el centro carcelario o en sus cercanías.

Acerca de la vestimenta Howard sugiere que los prisioneros deben disponer de un Uniforme, de ropa de baño y cama, advirtiendo que estas deben ser lavadas y cambiadas periódicamente. Al respecto los Instrumentos Internacionales recomiendan que en el caso de no ser posible la dotación de uniformes, se deba permitir a los prisioneros que vistan sus propias ropas, siendo indispensable para su ingreso, una pormenorizada revisión. Se deja claro que en el caso de poseer uniformes estas prendas no deben ser humillantes para

sus portadores. Se sugiere además, que la ropa interior debe ser lavada y cambiada con frecuencia. Para el caso de que los prisioneros deban salir excepcionalmente de sus dependencias se les debe permitir el portar su propia ropa, siempre y cuando no llame la atención.

Sobre la Instrucción de los prisioneros, en su obra, Howard no desarrolla mayormente este tópico. Se encuentra excepcionalmente ciertos detalles que podrían relacionarse, como es el caso de cierta permisibilidad que tenían algunos presos en la Bastilla, a quines se le permitía leer uno que otro libro. En contraste los Instrumentos Internacionales, señalan que los reclusos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas, siempre que sean encaminadas a desarrollar su personalidad. Sugieren que cada establecimiento debe estar dotado de una biblioteca con material educativo y de recreación. Para el caso de los condenados se sugiere la instrucción de los analfabetos y en general se debe promover la educación para todos los internos. Su educación debe ser coordinada con el sistema de instrucción pública, con el propósito que al ser puestos en libertad, éstos puedan continuar con su preparación. Finalmente se sugiere que dentro de los centros penitenciarios se desarrollen actividades recreativas y culturales.

En cuanto a los oficios religiosos Howard consideraba que las prisiones debían tener una capilla, distinguiendo en ella galerías diferentes para deudores, mujeres y delincuentes comunes. Establece que el capellán no solo debía dar sus oficiosos, sino proclamar el evangelio en toda la comunidad carcelaria. Pone énfasis en la prohibición que tienen lo guardias de impedir a los prisioneros de acudir al culto.

Los Instrumentos Internacionales reconocen la existencia de varias religiones y sugieren la participación de representantes de cada culto. Se debe permitir que los reclusos tengan en su poder libros de instrucción religiosa. Señalan además, que no

se debe impedir a los reclusos que mantengan contacto directo con el representante de su religión.
Referente a los castigos, en su obra Howard considera que la soledad y el arrepentimiento benefician la reflexión y el arrepentimiento, adicionalmente señala que sobre las faltas graves ocasionadas por los prisioneros, son los inspectores o los Magistrados los encargados de resolver al respecto. Por su parte los Instrumentos Internacionales promueven la abolición de las celdas de castigo como sanción disciplinaria, además de la prohibición de penas corporales, encierros en celdas oscuras o cualquier tipo de sanción inhumana o degradante. Se señala que el control y la disciplina se mantendrán con firmeza, pero sin necesidad de imponer restricciones innecesarias. Se prohíbe otorgar facultades disciplinarias a un recluso. De igual manera el sistema de sanciones deberá ser dado por ley o reglamento del establecimiento carcelario. Finalmente se quedan prohibidos como medio de coerción las esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza.

3. Conclusiones

John Howard y su obra The State of the prisons in England and Wales constituyen el inicio de la corriente de reforma penitenciaria. Dedicó gran parte de su vida al estudio de la organización de las prisiones visitando entre 1773 y 1790 la mayoría de las cárceles británicas y numerosos establecimientos penitenciarios de Europa. En su obra recoge la experiencia vivida en sus múltiples visitas y expone su ideario en materia de ejecución penitenciaria. Sus propuestas de reformas van encaminadas a introducir en la práctica penitenciaria principios de humanidad, equidad y utilidad.
La humanidad tubo que enfrentar episodios trágicos para darse cuenta de la importancia del reconocimiento y protección de los derechos inherentes a las personas, por su

condición de ser humano. Fueron creadas la Organización de Naciones Unidas (1945) y la Organización de Estados Americanos (1948) con la finalidad de rescatar la hermandad entre países, proteger, garantizar y promocionar la defensa de los Derechos Humanos. La ejecución y logística de sus planes de protección y promoción de los Derechos Humanos se hallan ejecutados por sus órganos adscritos, para el caso de la Organización de Naciones Unidas en el 2006 la antigua Comisión de Derechos Humanos paso a ser el Consejo de Derechos Humanos y en el caso de la Organización de Estados Americanos los sigue siendo desde 1959 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Para el caso particular de la protección y defensa de los Derechos Humanos de los reclusos, actualmente los organismos de protección de Derechos Humanos del Mundo, utilizan las reglas y principios emitidos por Naciones Unidas, siendo estos: Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.

Preocupados de la penosa realidad carcelaria en las Américas la CIDH en febrero del 2004 se vio en la necesidad de crear una Relatoría Temática sobre los derechos de las personas privadas de libertad, a cargo del Comisionado Florentín Meléndez. Su actividad se halla encaminada a desarrollar la normativa del sistema interamericano mediante la adopción de una Declaración Interamericana, elaboración de un Informe Regional sobre la situación de las personas privadas de la libertad en la Américas, promover y educar sobre los derechos de las personas privadas de libertad y realizar el seguimiento de las recomendaciones emitidas por la CIDH en esta materia.

Han pasado casi 217 años de la muerte de John Howard y los problemas observados por el autor en su obra siguen

guardando estrecha relación con el fenómeno carcelario contemporáneo. En su obra el autor con menor cantidad de prisioneros y con un diseño arquitectónico rústico, pone de manifiesto como problemas centrales una inadecuada infraestructura, escasez de agua, falta de ventilación, ubicación desprolija de letrinas, ubicación y diseño de ventanas inapropiados. En relación a este hecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y relatoría (periodo 1997 – 2006), han observado el mismo fenómeno con otros matices, puesto que en varios países de las Américas (Guatemala. Honduras, Brasil, Argentina, Colombia, Ecuador, República Dominicana) se ha podido observar que sus centros carcelarios se encuentran adaptados a edificios, casas o edificaciones no creadas para albergar a una población carcelaria, si bien es cierto la piedra y la baldosa han sido sustituidos por el ladrillo y el concreto, estos centros penitenciarios no guardan relación con las reglas mínimas establecidas para su edificación. Tanto Howard como la Comisión Interamericana y su relator, ven preocupantes las condiciones sanitarias en las que se encuentran estos establecimientos y sus internos. Camas, vestuario, implementos de aseo personal, material de limpieza de celdas, dotación de un servicio de agua, una correcta ventilación, ausencia de calefacción, personal sanitario, enfermería, medicamentos, constituyen las principales falencias estructurales encontradas.

En cuanto a los malos hábitos reconocidos por Howard, la práctica de algunos de ellos han trascendido en el tiempo, por ejemplo la práctica de las llamadas "bienvenidas", descritas por Howard como el despojo de las prendas y pertenencias de los prisioneros al momento de ingresar, pudiendo causarles enfermedades letales. Actualmente los denominados "bautizos" mantienen la misma tonalidad, pero estas prácticas van acompañadas de violencia física (garrotazos, palazos, baños de agua helada). Sobre los juegos

de azar (dados, cartas, bolos, tabla, etc), Howard considera que una desmedida práctica de ellos sería perjudicial para el comportamiento de los prisioneros, puesto que se haría de ello una adicción, incrementando la deuda de unos y la riqueza de otros. Contemporáneamente al no existir programas de esparcimiento para los reclusos, el tiempo es ocupado de diferente forma, la práctica de juegos de azar se siguen dando, con apuestas en dinero, con droga, comida, por el derecho a un espacio, esta práctica desemboca en otro de los problemas contemporáneos verificados como es la violencia intracarcelaria. Estas apuestas, estos juegos constituyen el detonante para el complot y la agresión entre prisioneros, inclusive son los propios caporales o guardias quines forman parte de las mesas de juego.

Desafortunadamente las palabras de John Howard "el encierro da coraje y hace fructificar los vicios que supone que combate" o "Las prisiones son los teatros y las escuelas de la holgazanería y de todos los vicios"; siguen marcando el referente de la moral carcelaria, siguen siendo la escuela del barro y la miseria. El autor en su obra describe hechos, que siguen siendo la portada de la crónica roja actual. Jóvenes delincuentes que entran por un simple hurto, salen especializados en el arte de delinquir, salen como miembros de bandas consolidadas o como cabecillas de nuevas agrupaciones delictivas. Viendo esta realidad uno se pregunta si la pena privativa de la libertad, como método rehabilitador, ha cumplido su función. El hecho es que esta vigente y es palpable a los sentidos, trabajar sobre nuevas alternativas es una meta a largo plazo, pero por ahora la meta a priori es mejorar las condiciones penitenciarias actuales.

Son verificables los adelantos en materia de instrumentos normativos internacionales para la protección de los derechos de los reclusos, pero desafortunadamente su práctica sigue aletargada en el tiempo. Sobre el modelo de construcción ambas posturas convergen en la idea que estos centros deben

ser específicos para el tratamiento de reclusos, su construcción debe guardar coherencia con las reglas mínimas establecidas para ello, esto es, dotación de agua, ventilación, calefacción, energía eléctrica, disposición de celdas en lo posible unipersonales, disposición adecuada de ventanas y rejas. Sobre la sugerencia de los materiales de construcción, considero que dependiendo de la región donde se pretenda edificar el establecimiento, se podrá optar por una gama diversa de materiales. Si bien es cierto la piedra y la baldosa recomendada por Howard, son resistentes y perdurables, actualmente la tendencia en las prisiones de las américas es la utilización del concreto armado.

Para John Howard Inspectores y Guardias, elegidos por Magistrados o Parlamentarios son los encargados del cuidado y organización de los prisioneros. Por su parte los instrumentos internacionales desarrollan el concepto de Administración Penitenciaria a cargo de un Director elegido por autoridad competente, quien es el encargado de la distribución de tareas del personal penitenciario. Sobre las cualidades que deben ostentar los guardias e inspectores, se sigue manteniendo la idea de Howard de contar con personal honesto, humano y sobrio; adicionalmente en los Instrumentos Internacionales recomiendan personal con formación intelectual. Sobre la residencia de los guardias y del Director del establecimiento se mantiene la postura de que ellos deben residir en las prisiones. Howard en su obra no habla mayormente sobre el trabajo que brinda la sociedad civil, por su parte los Instrumentos reconocen y promueven el respeto del trabajo voluntario de la sociedad civil. Los Instrumentos Internacionales desarrollan mayormente el tratamiento de los establecimientos femeninos, sugiriendo que la dirección y control debe estar a cargo de personal femenino. Se mantiene la ida de Howard de no causar daños innecesarios a la integridad física y moral de los internos; esta idea es apoyada por las suscripción de convenios

internacionales específicos sobre la prevención y protección de víctimas de tortura y trato degradantes (Declaración sobre a Protección de Todas las Personas Contra la Tortura u otros Tratos Crueles Inhumanos y degradantes, Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, Convención contra la Tortura u otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes).

La idea de Howard de separar a los internos se sigue manteniendo, no con el propósito de descuidar las condiciones de unos y mejorar las de otras, si no de evitar la influencia negativa que ciertos internos podrían ejercer en reos jóvenes. Howard sugiere que la separación debe ser dada, por condiciones de sexo, edad, tipo de delito. Los Instrumentos Internacionales mantienen los mismos criterios de separación, solo se ha aumentado el caso de los sospechosos que se hallan en prisión preventiva para diferenciarlos de los condenados y se toma en cuenta también como criterio la peligrosidad. Los Instrumentos Internacionales ha desarrollado mayormente la situación de los enfermos metales, sugiriendo para ellos centros especializados.

Desde su postura Utilitarista Howard considera que no es buena política someter a los reclusos y reclusas a condiciones de vida que las incapacite para trabajar al salir de prisión. Howard considera al trabajo como otro elemento central en la organización de las prisiones, orientada a la corrección de los penados. En el contexto de las penas ejecutadas en las casas de corrección, el autor concibe al trabajo como una obligación. Al respecto los instrumentos internacionales se han desarrollado loablemente, estableciendo como obligación el trabajo para los reos, siempre y cuando estos no tengan carácter aflictivo y se respeten sus derechos laborales.

En cuanto a la alimentación las dos posturas confluyen en la necesidad de brindar una alimentación nutritiva para los

internos. Los Instrumentos Internacionales rescatan la posibilidad para los Familiares de proporcionar alimentos a los prisioneros, respetando la reglamentación de cada establecimiento.

Sin lugar a duda la higiene y salubridad de los prisioneros y de sus establecimientos constituye el punto más preocupante observado por Howard a finales del siglo XVII y principios del siglo XVIII. Las condiciones de salubridad y de habitabilidad en las que residían los internos llamó profundamente la atención del autor, sugiriendo entre otras cosas, el baño diario de los prisioneros, dotación de agua caliente para la limpieza de los enfermos, cuidado con el aseo de las prendas de vestir, en especial de la ropa de cama, implementación de enfermerías, presencia de un cirujano y la obligación de éste de comunicar a los jueces el estado clínico de los prisioneros. Guardando el mismo criterio los Instrumentos Internacionales coinciden en la necesidad de proteger el derecho a la salud de los internos, debiendo la administración penitenciaria hacerse cargo de esta situación entregando utensilios de limpieza y aseo personal. Enfáticamente establecen que cada establecimiento debe contar con personal médico. Se ha avanzado en el hecho que el cuerpo médico incluya obligatoriamente a un psiquiatra y a un odontólogo. Los servicios médicos o enfermerías debes estar dotadas de material quirúrgico y de medicamentos. Por otro lado se ve con beneplácito el desarrollo normativo alcanzado en cuanto a la protección y trato en los centros penitenciarios femeninos, dando mayor atención a mujeres en estado de gravidez y de lactancia.

En cuanto a la vestimenta tanto Howard como la normativa internacional, recomiendan la dotación de uniformes, recomiendan el aseo de los mismos y su cambio periódico. Los Instrumentos Internacionales han desarrollado con mayor énfasis la posibilidad de que los internos ostenten su propia ropa, respetando la reglamentación interna del

establecimiento.
Sobre la Instrucción de los prisioneros se ha podido verificar un avance memorable en la normativa internacional, llegando a ser obligatoria la adecuación de bibliotecas y material educativo, así como la obligación de estos establecimientos de incrementar las actividades culturales y educativas.
El respeto al culto es verificable en ambas posturas. Howard un hombre arraigado a su tradición cristiana, concibe a la religión como un importante componente en la corrección de las personas condenadas, considerando imprescindible que toda prisión tenga una capilla. Por su parte los Instrumentos Internacionales desarrollan el principio de no discriminación y se plantea la posibilidad de que varias religiones converjan en un mismo establecimiento.
Howard considera que los castigos impartidos a los prisioneros deben ser resueltos por los Magistrados, sugiere además una reglamentación interna de cada establecimiento, en la que consten los castigos por faltas dentro de prisión. Es evidente que con la actual situación carcelaria los desmanes entre reclusos son inevitables, pero la tendencia en la normativa internacional sigue manteniendo la línea de Howard, cada centro penitenciario, velara por el control y disciplina de sus internos, quedando prohibidas la penas que causen sufrimientos innecesarios, torturas y tratos degradantes.
En periodos históricos totalmente distintos, la actividad realizada Howard como la de Florentín Meléndez guardan coherencia en el hecho de su preocupación constante por la realidad carcelaria. En el primer caso su vivencia con interno, y su reconocible espíritu filantrópico le permitieron llegar hasta las prisiones e identificar sus principales anomalías, sugerir propuestas de mejoras y lograr textos que han perdurado en el tiempo. Florentín Meléndez en otro contexto, por una labor asignada, sin mayores recursos para lograrlo, sigue con sus visitas y reuniones con los gobiernos

en pro de la mejora del sistema carcelaria de las américas. Sus informes y las reglas mínimas de aplicación se encuentran circulando por el mundo por medio de la tecnología de la informática.

En materia de normativa se ha podido evidenciar un progreso considerable, pero desafortunadamente su aplicación sigue estancada en el tiempo, apareciendo nuevos conflictos intracarcelarios que requieren una apremiante preocupación. Fundamentalmente la elaboración de políticas de gobierno que guarden relación con las reglas mínimas, establecidas por los Organismos Internacionales, para la protección de los derechos de las personas privadas de libertad. Por otra parte lograr entender que las personas privadas de la libertad, son seres humanos que por circunstancias extraordinarias se encuentran prisioneros, pero que por ello no deben perder el cuidado y protección del Estado y de la sociedad civil.

4. Bibliografía

• Howard, John, El Estado de las prisiones, de los hospitales y de las cárceles durante el siglo XVIII. Traducción realizada por la Lcda. Silvia Naciff, disponible en la página web www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios.

• Doménech, Ernesto. Howard: un espejo de doscientos años: www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios.

• Salinas, Raúl, El problema carcelario, Ed. Buenos Aires, Capital Intelectual, 2006.

• Wacquant, Loîc, las cárceles de la miseria, Ed. Manantial, Buenos Aires,2000.

• Meléndez, Florentin, Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia, Fundación Honrad Adenauer, 2004.

• Amnistía Internacional, Cuando es el Estado el que mata, Ed. Madrid, España, 1989.

• Redacción BBC Mundo, Crisis tras las rejas en Latinoamérica, 2005.
www.news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/2005/carceles

• Organización de Naciones Unidas: www.un.org/spanish/

•Organización de Estados Americanos:
www.oas.org/main/spanish/

• Comisión Interamericana de Derechos Humanos:
www.cidh.org/

• Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas: www.cidh.org/PRIVADAS/

• King`s College London: www.kcl.ac.uk/

Normativa Empleada:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos
- Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.

La acción de amparo como garantía de derechos económicos, sociales y culturales en el derecho comparado

Javier Dávalos González[1]

Introducción

Para iniciar este trabajo, debemos realizar una clara distinción entre los conceptos de derechos y garantías. Según el criterio de FERRAJOLI, "si confundimos derechos y garantías resultarían descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales"[2]. Por ello es nuestro deber definir en forma clara la diferencia entre estos dos conceptos, el de derechos y el de garantías, con el fin de establecer los elementos necesarios para su análisis.

Se ha definido como derechos fundamentales a aquellas prerrogativas intrínsecas al ser humano que nacen de su propia naturaleza, y que constituyen un núcleo duro de derechos que no pueden ser violados ni desconocidos, por ser anteriores al Estado e incluso superiores a cualquier ordenamiento jurídico. Bien afirma HERNÁN SALGADO que, cuando se reflexiona acerca del fundamento de los derechos humanos, se conviene en señalar que ese fundamento es la dignidad que tiene la persona humana, que la diferencia de

[1] Estudiante egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE; juez invitado del III Concurso Iberoamericano de Derechos Humanos organizado por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y concursante semifinalista en el XI Concurso Interamericano de Derechos Humanos organizado por American University en Washington DC; pasante en la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE.

[2] FERRAJOLI LUIGI, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, Madrid, p. 45.

los otros seres y la eleva de su entorno, la conservación de esta dignidad genera una serie de exigencias que constituyen los derechos fundamentales.[3] El filósofo contemporáneo FRANCIS FUKUYAMA define a la dignidad humana como "la idea de que hay algo único en la humanidad que da derecho a todos los miembros de la especie a una condición moral superior a la del resto del mundo natural"[4], en otras palabras, la resume a un conjunto de cualidades combinadas en un todo humano.

Dando por hecho la conceptualización de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales (como lo hace la moderna teoría de los derechos), y por tanto partiendo de su cualidad de derechos justiciables en la misma medida que los derechos civiles y políticos, resulta posible proponer una serie de vías y estrategias que abren el campo de la exigibilidad de estos derechos y que resultan aplicables en el ámbito interno.[5] Todos los derechos humanos requieren del Estado acciones que aseguren su respeto y su protección. Esta protección se asegura en la medida en que se desarrollan mecanismos y normas para evitar su violación y para que si esta ocurre, el afectado pueda exigir su restitución y/o reparación por la vía judicial.[6]

[3] Ver SALGADO PESANTES HERNÁN, Los Derechos Humanos en el mundo de hoy, en Guía de Litigio Constitucional, Corporación Latinoamericana Para El Desarrollo CLD, Tomo II, Abya Yala, Quito, 2003, p. 6-7.
[4] FUKUYAMA FRANCIS, El fin del hombre, Ediciones B, Madrid, 2002, p. 245
[5] Ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable, Buenos Aires, diciembre de 1999, p. 24.
[6] Ver, BOLÍVAR LIGIA, Derechos económicos, sociales y culturales; derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina, en Estudios Básicos de Derechos Humanos, tomo V, IIDH, Costa Rica, 1996, p. 96.

Tomamos como base la premisa de que la ausencia de las garantías de un derecho no es razón para su desconocimiento, sino que más bien equivale a "una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación."[7] Por este motivo, el objetivo de esta investigación será demostrar la existencia de garantías reales y eficaces para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en otras jurisdicciones y su acoplamiento al estándar de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1. ¿Qué es una garantía?

Una garantía es un "mecanismo de tutela que existe para que los derechos reconocidos por un ordenamiento jurídico sean verdaderamente efectivos, de no existir garantías, la efectividad de los derechos quedaría únicamente librada a la buena voluntad del Estado o de los actores privados que tienen a su cargo obligaciones emanadas del derecho"[8]. Las garantías están diseñadas como instrumentos que cada Constitución pone a disposición de las personas para que puedan impedir la violación o la amenaza de violación de sus derechos, hacerla cesar cuando sea posible y obtener la reparación de los daños causados.[9] En resumidas cuentas, las garantías son "instrumentos o medios, generalmente de carácter procesal, que sirven para proteger los derechos cuando éstos son vulnerados, las garantías permiten que los derechos sean respetados y las personas puedan gozarlos y ejercerlos."[10]

[7] Ver FERRAJOLI LUIGI, Los fundamentos de los derechos fundamentales, p. 26.
[8] ABRAMOVICH VÍCTOR y COURTIS CHRISTIAN, El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 65.
[9] Ver TRUJILLO JULIO CÉSAR, Prólogo en El Amparo Constitucional: su aplicación y límites en Serie "Estudios Jurídicos", volumen 19, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, p. 7
[10] SALGADO PESANTES HERNÁN, Los Derechos Humanos en el mundo de hoy, p. 5.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley".[11] Esta normativa internacional obliga al Estado a ofrecer a todas las personas los instrumentos adecuados para garantizar la totalidad de sus derechos fundamentales y ha servido de base para la institución procesal del amparo, que se concreta en un recurso sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos fundamentales, recurso al que nos referiremos en detalle más adelante.

Del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ordena que "Toda persona tiene derecho a un recurso rápido y sencillo o a cualquier otro recurso efectivo ante los tribunales o jueces competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales."[12]

Otros tratados internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recogen similares mandatos y define a este recurso como "un procedimiento sencillo y breve que lo ampare contra actos que violen los derechos fundamentales" o "un recurso efectivo que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley", respectivamente.

[11] Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada y aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, artículo 8.

[12] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 25.

Todas las normas referidas son claras en distinguir la defensa en un juicio ordinario de la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los tratados o constituciones de cada país, ya que para los segundos exige, sin limitación ni recaudo alguno, un procedimiento especial, sencillo, breve, efectivo, ante los tribunales competentes.[13]

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano judicial encargado de solucionar las controversias respecto a violaciones de derechos humanos en la región, ha sido bastante clara en reforzar el mandato establecido por la Convención, cuando manifestó que "El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces nacionales competentes [...] constituye en última instancia uno de los pilares básicos no solo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática". Los Estados "se encuentran obligados, por los artículos 25 y 1(1) de la Convención, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurren en violación de los artículos 25, 1(1) y 2 de la Convención."[14]

Las garantías de los derechos fundamentales pueden ser políticas o jurisdiccionales. Las garantías políticas, que son ejercidas por el gobierno y el poder legislativo, se refieren a la intervención activa de los poderes en el establecimiento y protección de los derechos de las personas. Las principales garantías políticas son: reconocer los derechos en la Constitución Política del Estado (constitucionalización), la

[13] Ver GORDILLO AGUSTÍN, Los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, en La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales internos, p. 205.
[14] Corte IDH, caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, sentencia del 13 de septiembre de 1997, par. 18-21.

división de poderes que conlleva su mutuo control, la definición del contenido de los derechos, el establecimiento del contenido mínimo esencial de los mismos por los tratados internacionales y sus órganos de supervisión, la distinción de trato entre las personas que se encuentran en una situación diferente (discriminación positiva) y finalmente el ejercicio del poder de policía.[15]

Si bien las garantías políticas son importantes dentro del Estado de Derecho, debido al tema de este trabajo nos referiremos solamente a las garantías judiciales, que son aquellas de las que se encargan los jueces e involucran un poder independiente de los obligados a satisfacer los derechos fundamentales, que considere las denuncias y obligue al cumplimiento de las prerrogativas de los ciudadanos en materia social, repare los daños causados por el incumplimiento de ellas y sancione a los responsables de las mismas.[16] Una de estas garantías judiciales es la acción de amparo, sobre la cual abundamos a continuación.

2. El amparo como garantía de derechos fundamentales

Una forma de garantía de los derechos de las personas es el control constitucional, que existe con el fin de limitar el ejercicio de poder autoritario, subordinándolo al orden normativo superior, de otra forma, si no existiese un organismo de defensa jurídico constitucional, que haga posible la vigencia y eficacia del control constitucional, los derechos fundamentales y las garantías consignadas en el Código Político serían intrascendentes y simples declaraciones.[17]

[15] Ver ABRAMOVICH VÍCTOR Y COURTIS CHIRISTIAN, El umbral de la ciudadanía, p. 66-78.
[16] Ver FERRAJOLI LUIGI, Garantías, en Revista Jueces para la Democracia, No 38, Madrid, julio 2000, p. 39-46.
[17] Ver PÓLIT MONTES DE OCA BERENICE, La Acción de Amparo Constitucional, en Guía de Litigio Constitucional, Corporación Latinoamericana Para El Desarrollo CLD, Tomo II, Abya Yala, Quito, 2003, p. 21-22

La acción de amparo es una forma concreta de controlar que las actuaciones de las autoridades públicas y -en ciertos casos- de los particulares, estén de acuerdo con los mandatos de la Carta Fundamental.

Según el constitucionalista JULIO CÉSAR TRUJILLO, las medidas de control constitucional son de varias especies: políticas, sociales y jurídicas. La acción de amparo es una de las medidas jurídicas que la Constitución pone a disposición de los habitantes para impedir que sus derechos sean violados, lo mismo que para hacer cesar la violación cuando esto sea posible y, por último, para reclamar los perjuicios que se les ocasionare con los actos u omisiones que violaren sus derechos. La acción de amparo es una garantía para los derechos de la persona.[18]

El verbo amparar proviene del latín anteparare, que a su vez quiere decir "preparar de antemano"[19]. Esta institución jurídica es un instrumento que tenemos los ciudadanos para solicitar auxilio inmediato respecto de derechos fundamentales que están siendo vulnerados, o incluso antes de que la violación ocurra ante un peligro real de que esta suceda. Por el carácter urgente de muchas violaciones de derechos humanos, se ha establecido esta acción rápida y eficaz, como es la acción de amparo constitucional, para proteger eficazmente a los ciudadanos.

Adoptamos una definición bastante completa enunciada por el tratadista argentino ROBERTO DROMI: "El amparo es una garantía de raíz constitucional que tiene por objeto proteger los derechos reconocidos por la Constitución y su ejercicio

[18] Ver, TRUJILLO JULIO CÉSAR, La acción de amparo constitucional, en Garantías Constitucionales, INREDH, Punto Digital, 2000, p. 251-254.
[19] COUTURE EDUARDO, Vocabulario Jurídico, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, p.73.

contra toda limitación, restricción o amenaza arbitraria o contraria a la ley, generada por la actividad de órganos estatales o de particulares."[20] Partiendo de aquí veamos qué manifiesta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a esta figura.

3. Estándar internacional del amparo

Tanto los tratados y convenios internacionales, así como la jurisprudencia y la doctrina, han coincidido en establecer ciertas características que deben ser propias de la acción de amparo en cualquier jurisdicción para que esta sea considerada internacionalmente como una verdadera garantía de los derechos fundamentales de las personas. Estas características nos llevan a establecer un estándar –es decir, una serie de elementos- que este recurso debe cumplir para estar acorde a la normativa internacional vigente en nuestros días. Estos elementos o características, que serán analizados a continuación, son: eficacia, idoneidad, generalidad, rapidez y sencillez.

i. Eficacia

Para que se pueda hablar de un recurso de amparo acorde al derecho internacional de los derechos humanos este debe ser eficaz, es decir, debe lograr el objetivo para el cual fue concebido. "La importancia de la eficacia reside en que un orden jurídico solo es válido cuando es eficaz; el orden jurídico que no se aplica deja de ser tal."[21]

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos

[20] DROMI ROBERTO, Derecho Administrativo, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p.720.
[21] CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Edt. Heliasta, Buenos Aires, 2000, p. 141.

ha establecido que "no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces"[22], es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos. Según el criterio que a lo largo de los años ha establecido este prestigioso tribunal internacional, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.[23]

Como resultado de estas afirmaciones, el sistema interamericano también se ha manifestado –tanto en su jurisprudencia y luego en su normativa- en el sentido de que el requisito de agotamiento de recursos internos no es necesario antes de acudir a él cuando dichos recursos no existen o no son adecuados o efectivos para proteger oportunamente el derecho cuya violación se alega.[24]

La Observación General No. 9 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU manifiesta en el mismo sentido que no basta que exista un recurso judicial al que los ciudadanos puedan recurrir, sino que "los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado parte". Esto no sucede cuando se mantienen instituciones procesales de alta estimación como la legitimación para obrar, que por lo general, no han considerado situaciones y efectos importantes que se

[22] Corte IDH, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 161.
[23] Ver Corte IDH, caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia del 6 de febrero de 2001, párr. 136.
[24] Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 64; ver Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 37(2).

producen en la moderna sociedad de masas.[25]

De igual forma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha enunciado en varias de sus sentencias el principio de la primacía de la realidad por sobre las formas, es decir, la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, para conseguir la efectividad de los derechos, así como también ha propugnado la necesidad de asegurar plenamente la vigencia de los principios, valores, derechos, deberes y fines constitucionales al aplicar el postulado constitucional de prevalencia del derecho sustancial. Según esta Corporación, "el principio de efectividad de los derechos fundamentales se pondría en entredicho si la formalidad se impone al espíritu de la Constitución en esta materia, en cuya defensa está la tarea encargada a los jueces".[26]

De acuerdo a la doctrina desarrollada en Colombia, "el derecho a la tutela judicial efectiva puede hacerse ineficaz, no tener efectos, a través de [...] el excesivo formalismo, la incongruencia, la falta de motivación de las decisiones judiciales, la insuficiencia o arbitrariedad de la misma, así como la falta o indebida notificación de esas decisiones judiciales."[27] Algunas de estas formas de hacer ineficaz un recurso tan importante como son la tutela o el amparo, como tener una gran dificultad para obtener la legitimación o priorizar las formalidades por encima de lo sustancial de los derechos, ponen freno a la exigibilidad de estos.

[25] Ver FAIRNSTEIN CAROLINA, ROSI JULIETA, Comentario a la Observación General No. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Revista Argentina de Derechos Humanos, año 1 No. 0, CELS, junio de 2001, Buenos Aires, p. 336.

[26] Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-456 de 1998, sentencia T- 329 de 1996, sentencia T-231 de 1994, cit. por Rúa Castaño, Op. Cit., p. 124-127.

[27] RÚA CASTAÑO JHON REYMON, La tutela judicial efectiva, Edt. Leyes, Bogotá, 2002, p. 123.

ii. Idoneidad

GUILLERMO CABANELLAS define el término idóneo con sinónimos como apto, capaz, competente, dispuesto.[28] Según el criterio de varios autores se puede sostener que la vía idónea solo se determina a criterio del recurrente, y no del demandado o del juez: si su necesidad es de un pronto pronunciamiento, entonces la vía más idónea será el amparo y no el juicio ordinario.[29]

Por ello podemos reafirmar que "desde el punto de vista del actor, la vía del amparo es óptima: permite conocer de inmediato la posición de la administración, acceder a la documentación de que ésta se haya intentado valer, contestarla y quedar luego en condiciones de iniciar la vía ordinaria con mejor conocimiento de causa, si el pronunciamiento del amparo le es adverso. Es, como se ve, especialmente apta para la defensa de los derechos de los ciudadanos y particulares en general."[30]

Por otro lado, es claro que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar, pero en ese sentido debe subrayarse que, según el estándar internacional, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible,

[28] Ver CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, p. 193.
[29] Ver GORDILLO AGUSTÍN, Los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, en La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales internos, p. 216.
[30] Ídem, p. 225

sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.[31]

Los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. Además de esto pueden agregarse factores como la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial.[32]

Por otro lado, los recursos suelen perder su carácter idóneo ya que las sentencias que condenan al Estado a cumplir obligaciones de hacer no cuentan con resguardos procesales suficientes y resultan por ello de dificultosa ejecución.[33] Por esta razón, además de la norma positiva, se hace necesaria una toma de conciencia de los operadores jurídicos y una mayor preparación que conduzcan al respeto debido de los derechos fundamentales, ya que "la mayoría de las sentencias condenatorias en contra del Estado, en sus diferentes modalidades, no ejecutadas, muestran un Estado en el doble papel de protector y trasgresor de los derechos fundamentales."[34]

[31] Ver Corte IDH, caso Castillo Petruzzi vs. Perú, sentencia de la CIDH del 30 de mayo de 1999, párr. 185

[32] Ver Corte IDH, caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia del 6 de febrero de 2001, párr. 137.

[33] Ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable, p. 19

[34] RÚA CASTAÑO JHON REYMON, La tutela judicial efectiva, Edt. Leyes, Bogotá, 2002, p. 148.

iii. Generalidad

Utilizamos el término generalidad en el sentido de que la acción de amparo debe ser idónea y efectiva para la protección de todos los derechos fundamentales. La palabra generalidad es aplicable ya que se define como la mayoría o la totalidad de los individuos u objetos que componen una clase o un todo sin determinación a persona o cosa particular. En este caso sería la totalidad de los derechos inherentes a la persona humana.

El poder jurídico que toda persona tiene para exigir a los poderes legalmente constituidos el acceso a los jueces y tribunales, para plantear o defender, según los procedimientos establecidos, los asuntos que afecten sus derechos y legítimos intereses y obtener luego de un debate contradictorio, una decisión fundada y motivada en derecho que solucione en forma razonable el fondo de dichos asuntos, y que se cumpla, se debe dar para todos los derechos de las personas y con mayor razón aún para la protección de la totalidad de sus derechos fundamentales.[35]

A pesar de que "ciertamente la enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de garantías sociales o positivas adecuadas, es decir, de técnicas de defensa y justiciabilidad parangonables a las aportadas por las garantías liberales o negativas para la tutela de los derechos de libertad, [...] en el plano técnico, nada autoriza a decir que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos".[36]

[35] Ídem, p. 123.
[36] Ver FERRAJOLI LUIGI, Los fundamentos de los derechos fundamentales, p. 50-51.

A estas alturas es innegable que, por lo menos desde la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos de 1993, ha sido común enfatizar la indivisible interdependencia y la naturaleza interrelacionada de todos los derechos humanos.[37] Esta interdependencia e indivisibilidad provee una base para la justicibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, pero de ninguna manera significa reducirlos a un aspecto particular de los derechos civiles y políticos, sino que más bien asiste a su plena exigibilidad judicial por su propio valor como derechos fundamentales.[38]

iv. Rapidez y Sencillez

El término rápido o breve nos indica que algo se hace a gran velocidad, muy deprisa. No queremos, de ninguna manera, decir con esto que el análisis previo a la solución de un recurso de amparo debe hacerse a la ligera, sin profundizar, ni mucho menos dejar de lado la obligación de la motivación o juicio lógico, lo que se pretende es que este recurso, dada la gravedad de la violación o la inminencia de esta, solucione de forma rápida, aunque siempre técnica, esta situación urgente.

Cabe recordar que la motivación es una obligación de los jueces que sirve para individualizar a plenitud el objeto del caso juzgado, y cumple una función de ilustración, así como de publicidad de la decisión y sirve además de fundamento para resolver los recursos que contra ella se interpongan[39].

[37] Cfr. World Conference on Human Rights in Vienna, on 25 June, 1993, U.N. Doc A/CONF.157/24, Vienna Declaration and Programme of Action, paragraph 5 of Part 1: "All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis".

[38] Ver AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS CENTRE, The road to a remedy: current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights, UNSW Press, Sydney, 2003, p. 23. Traducción realizada por el autor.

[39] RÚA CASTAÑO JHON REYMON, op. cit. p. 126.

Se debe siempre dar esta justificación racional a la decisión tomada, y no dejarla al libre arbitrio del fallador, pero la motivación debe ser lo más precisa posible, para de esta manera proteger el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y soluciones expeditas y ágiles a conflictos que las requieren.[40]

La definición del término sencillo que más se adecua a la que ha establecido el Derecho Internacional para la acción de amparo es aquella que se refiere a algo que no ofrece mayor dificultad, por lo que se puede obtener un rápido pronunciamiento.

Somos concientes de que las normas procesales deben ser un medio para conseguir la certeza del derecho, lo que implica que estas formas sean fijas, pero al mismo tiempo proponemos que tengan vocación de adaptabilidad, lo que implica que sean simples y carezcan de aquel rigor formal que pueden lesionar los derechos fundamentales de las partes. Tal como afirma RÚA CASTAÑO, en épocas pasadas "el ritualismo excesivo caracterizó a la actuación procesal, esa preponderancia de lo formal produce en algunos eventos la pérdida del derecho. Los requisitos formales, para evitar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva deben aplicarse de modo flexible y atendiendo a su finalidad."[41]

A continuación hacemos una aplicación de este estándar de garantía a los recursos que se han establecido tanto en el Derecho Comparado. Se plantea un breve análisis de la utilización del recurso de amparo (o su similar) en otras jurisdicciones con el estudio de casos paradigmáticos.

[40] Ídem, p.147.
[41] Ídem, p. 123.

4. Litigio de derechos sociales en el derecho comparado

La actuación de los tribunales y el desarrollo de la doctrina y el litigio en materia de derechos económicos, sociales y culturales, ha logrado que en muchos países se esté creando una verdadera cultura de exigibilidad judicial de derechos sociales como son la salud, la educación, la vivienda, entre otros. Por ello presentamos un análisis de los recursos y algunos de sus casos paradigmáticos en lo referente a derechos económicos, sociales y culturales que hemos podido encontrar en dos ordenamientos jurídicos muy cercanos a nuestra realidad latinoamericana, como son los de Argentina y Colombia.

4.1. Litigio de Derechos Económicos Sociales y Culturales en Argentina

i. La figura del amparo colectivo

Con la Reforma Constitucional de 1994, se incorporaron al sistema jurídico argentino dos herramientas que han resultado muy valiosas para la exigencia de la efectiva vigencia de los derechos fundamentales y sobretodo de los derechos económicos, sociales y culturales. Nos referimos principalmente al otorgamiento de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos y a la suma de un nuevo instrumento de exigibilidad de derechos: el amparo colectivo.[42] Esta nueva acción que tienen a disposición los ciudadanos posee las características estudiadas de eficacia, idoneidad, generalidad y brevedad, tal como veremos a continuación.

[42] Ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable, p. 14.

Antes de esta reforma, "los derechos tutelados judicialmente (en particular por el amparo) eran los derechos subjetivos, individuales y exclusivos, lo que restringía la legitimación activa de esta acción a quien fuera titular de estos derechos, y cuando se trataba de la impugnación de actos estatales se exigía expresamente el previo agotamiento de la instancia administrativa y estaba además vedada la posibilidad de declarar por esa vía la inconstitucionalidad de normas."[43] Esto limitaba la posibilidad de defensa de derechos sociales, más aún cuando esos poseían dimensiones colectivas.

Pero a partir de la reforma, la jurisprudencia ha concedido, por ejemplo, legitimación a un usuario de subterráneos para cuestionar un aumento ilegal de la tarifa, a un usuario del servicio telefónico para reclamar la realización de una audiencia pública antes de la aprobación de modificaciones tarifarias, a un habitante del lugar donde pretendía construirse una planta de residuos tóxicos para impugnar la realización de la obra, a una habitante de la zona geográfica afectada por una enfermedad para exigir la producción de la respectiva vacuna.[44] Esto le proporciona el carácter de general a la acción, al permitir a cualquier persona demandar por cualquier derecho fundamental a través de la acción de amparo.

La Constitución Nacional argentina manifiesta que: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere, o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley".[45]

[43] Ídem, p. 15.
[44] Ver ABRAMOVICH Y COURTIS, El Umbral de la Ciudadanía, p. 90.
[45] Constitución Nacional de la República Argentina, artículo 43, 1er párrafo.

Con esta misma reforma, la figura del amparo en Argentina se ha ampliado, y se ha dado paso al amparo colectivo, de este modo, la norma citada manifiesta en su segundo párrafo que:"Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".[46]

La postura amplia y garantista que se adopta a partir de la creación de esta nueva y mejorada garantía, piensa que una interpretación conjunta de los términos "afectado" y "derechos de incidencia colectiva en general", mencionados en este artículo, "permite suponer una legitimación para actuar, a cualquier afectado en reclamo de derechos colectivos"[47] , postura que supone romper con los esquemas procesales clásicos tradicionales y permite mayor flexibilidad en cuanto a la legitimación activa, lo que garantiza eficacia y sencillez del recurso.

Así lo han entendido los tribunales argentinos y la postura general es remitir "en última instancia la legitimación a un punto de derecho sustancial (en la medida en que negar la legitimación equivale a negar el derecho) no cabe [...] sino sólo apreciar [...] la concurrencia de un interés jurídicamente tutelable. La legitimación amplia, implica entonces y como no puede ser de otra manera, que los efectos de la sentencia sean erga omnes, es decir que los efectos se extienden a todos aquellos que se encuentran en igual situación que el

[46] Ídem, 2do párrafo.
[47] Ver SABSAY DANIEL, El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos, en La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales, pág. 237.

'afectado' presentado en la causa, con la consiguiente ventaja de reparar la situación jurídica infringida de una clase o categoría de individuos a través de una única resolución judicial."[48] Esto le brinda el carácter de idónea a la acción, pues está cumpliendo los fines para los que fue diseñada.

En cuanto a la mención que se hace de las asociaciones que se dedican a la protección de los derechos de las personas, es interesante señalar la existencia de una "importante tendencia jurisprudencial que ante la ausencia de sanción de la ley prevista en el texto constitucional, le brinda una amplia capacidad de acción a distintas categorías de organizaciones. De acuerdo con un fallo de la justicia federal, debe modificarse el criterio según el cual un caso en justicia es solo aquel donde se controvierten derechos propios de las partes adversarias. Los derechos de incidencia colectiva son representados por asociaciones que no necesariamente tienen que estar afectadas –al menos en forma directa- por el entuerto que procuran remediar. Se trata de la defensa potencial, ya sea por razones de ideales, o por conveniencia política de derechos del conjunto, que no se quiere dejar solo en manos de los afectados directos".[49]

Con el fin de profundizar un poco más en este análisis, podemos dar una mirada a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires[50], que afina de alguna manera la redacción que se da en la Constitución nacional y logra sanear las cuestiones problemáticas que presenta aquella, dándole un alcance más amplio. Así, del texto provincial surge que para la interposición de la acción de amparo colectivo se da legitimación a cualquier habitante (recuérdese que la

[48] Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable*, p. 19

[49] SABSAY DANIEL, *El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos*, pág. 238.

[50] Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículo 14.

Constitución Nacional da legitimación al afectado, existiendo importantes divergencias doctrinarias en torno al alcance de las personas afectadas) y a las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos. Como puede observarse, el texto constitucional de la Ciudad de Buenos Aires parece dar cabida a una suerte de acción popular en defensa de intereses colectivos.[51]

Luego de esta breve reseña y análisis de las características esenciales de esta acción, pasamos a estudiar con detenimiento dos casos emblemáticos, en los que fue posible el litigio de derechos sociales con dimensión colectiva y la aplicación de la acción de amparo colectivo para la protección del derecho a la salud de dos comunidades.

ii. Caso emblemático

Hemos seleccionado un caso paradigmático para este análisis. La investigación realizada en forma directa en las oficinas del Centro de Estudios Sociales y Legales (CELS) en la ciudad de Buenos Aires nos permite dar un vistazo a los argumentos propuestos por los demandantes y el razonamiento realizado por las Cortes y tribunales argentinos a la hora de dictar sentencia.

Caso Viceconte[52]

Analizamos el caso denominado Viceconte, donde la Cámara de Apelaciones argentina aceptó un amparo interpuesto por una estudiante de derecho que representaba una colectividad y en cuya sentencia ordenó al Gobierno Federal, en particular

[51] Ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable, p. 20.
[52] Estudio de fuentes directas realizado en las oficinas del Centro de Estudios Legales y Sociales CELS, en la ciudad de Buenos Aires, durante el mes de agosto de 2006.

al Ministerio de Salud y Acción Social, proveer las partidas necesarias y adoptar las medidas adecuadas para la producción y distribución de una vacuna dirigida a erradicar una enfermedad endémica que había sido interrumpida para toda una población.[53]

La causa que motivó la necesidad de esta vacuna era la llamada Fiebre Hemorrágica Argentina, que es una enfermedad endémica y epidémica causada por un virus que afecta principalmente a las personas que viven o trabajan en el campo, aunque se extiende también a las zonas urbanas. Se trata de una enfermedad característica de la pampa húmeda argentina, cuyas áreas de contagio se concentran en las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y La Pampa.[54]

Dado que el diagnostico rápido de la enfermedad es difícil y ésta afecta a población que no tiene fácil acceso a servicios de medicina preventiva, la medida sanitaria más adecuada para combatir esta enfermedad era la producción y suministro de la vacuna Candid 1 cuya efectividad había sido determinada como del 95% y ha sido avalada por la Organización Mundial de la Salud. Se trata de una vacuna denominada "huérfana" pues no resulta rentable para los laboratorios la producción de un medicamento que es únicamente necesario en zonas determinadas de Argentina.

Entre 1991 y 1995 se aplicaron 140.000 dosis de la vacuna a los pobladores de la zona endémica con más alto riesgo de enfermarse, que habían sido adquiridas en el Instituto Salk de Estados Unidos. A partir de 1996, las 60.000 dosis restantes

[53] Ver ABRAMOVICH VÍCTOR Y COURTIS CHIRISTIAN, *El umbral de la ciudadanía*, p. 119.

[54] Ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable, p. 81

de aquella compra no eran suficientes para emprender campañas de vacunación masiva que sólo en la provincia de Buenos Aires debían contemplar alrededor de 3.500.000 de habitantes sometidos al riesgo de contraer la enfermedad.[55] Sin embargo, el Estado se vio impedido de emprender campañas de vacunación masiva debido a la escasez de las dosis restantes, como resultado de la crisis económica de comienzos de esta década.[56]

Varios diarios alertaron sobre esta situación en sus ediciones y el CELS inició una investigación, en la cual se comprobó la falta de vacunas y se confirmó su eficacia como medida sanitaria para prevenir la enfermedad[57]. La decisión siguiente fue preparar una acción de amparo fundada en el derecho a la salud que fue presentada ante la justicia federal por Mariela Viceconte, ciudadana bonaerense y alumna de ciclo de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que realizaba una pasantía en el CELS[58], quien en atención a las circunstancias reseñadas y fundada en el derecho a la salud de las personas que habitan la zona, interpuso una acción judicial de amparo.

Analizando la actuación de los jueces en este proceso, vemos que la Sala IV de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, resolvió en este caso aceptar a trámite la acción de amparo por la que se intentaba obligar al Estado a fabricar una vacuna contra la enfermedad de la Fiebre Hemorrágica Argentina, sin embargo, en primera instancia, el amparo fue rechazado.

[55] Ver Center on Housing Rights and Evictions (COHRE), Litigating economic, social and cultural rights. Achievements, challenges and strategies, COHRE, Ginebra, 2003, p. 60. La traducción es del autor.
[56] Ídem, p. 82.
[57] Ver diario Página/12, 15/08/96, Buenos Aires.
[58] En el CELS funcionan dos comisiones de Práctica Profesional que son fruto de un convenio firmado con la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

A pesar de esto, en el transcurso del año 1998, la Cámara de Apelaciones hizo lugar a la acción. En la sentencia se estableció la obligación del Estado de fabricar la vacuna y se fijó un plazo para el cumplimiento de esta obligación, tomando en consideración los plazos del cronograma oficial que pasaron a tener valor de plazos legales.

Los magistrados fundaron esta obligación del Estado en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumentos incorporados al derecho interno con jerarquía constitucional. La última de las normas citadas, prevé específicamente el deber de prevenir y tratar las enfermedades epidémicas y endémicas.

La sentencia impone también responsabilidad personal a dos Ministros por la fabricación de la vacuna en los plazos señalados. Por otro lado reafirma el rol de garante del Estado en relación con el derecho a la salud cuando determinadas prestaciones no resultan rentables o convenientes para la actividad privada: "Sin embargo, cuando en un caso determinado no está previsto -por razones de conveniencia económica o interés comercial- que las personas o instituciones privadas atiendan la salud de la población, no cabe sino concluir que incumbe al Estado, en calidad de garante, brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad".[59]

En el caso Viceconte, la interpretación extendida de la calidad de afectado, posibilitó una resolución que obliga al Estado a cumplir con un cronograma preestablecido para

[59] Caso "Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social". Cámara Nacional de Apelaciones. Sala IV. 2 de junio de 1998. La Ley, Sup. Constitucional 5 de noviembre de 1998.

producir una vacuna contra una enfermedad oriunda del interior del país. Lo interesante de este caso es que fue interpuesto por una estudiante de jurisprudencia que, bajo la figura del amparo colectivo, actuó en representación de alrededor de 3.500.000 personas expuestas al contagio de fiebre hemorrágica argentina, la enfermedad que prevenía la vacuna en cuestión. Esto es muy difícil en nuestro país, ya que la práctica nos demuestra que la iniciativa de los estudiantes en litigio académico, es para la administración una pérdida de tiempo y experimentos que no vale la pena tomar en cuenta.

En Argentina también se han planteado amparos en contra de particulares que con sus actos violan derechos fundamentales –lo que en el Ecuador solo puede darse cuando estos violan derechos colectivos o difusos o prestan un servicio público-, tal es el caso de la acción "Etcheverry c. OMINT", donde la Corte Suprema decidió que la decisión de una empresa de seguros de retirar la cobertura de salud a una persona por el hecho de tener VIH era una violación de los derechos del consumidor y el derecho a la salud.[60]

Respecto a resoluciones normativas de carácter general, la Corte Suprema argentina anuló una resolución del Ministerio de Salud que excluía del Programa Médico Obligatorio a las personas que padecían de esclerosis múltiple respecto de algunos tratamientos de alto costo para esa enfermedad, tras una acción de amparo propuesta por la Asociación de Esclerosis Múltiple de la provincia de Salta. Cabe recordar que en nuestro país no son susceptibles de acción de amparo los actos normativos de carácter general gracias a las resoluciones interpretativas de la Corte Suprema de Justicia.

[60] Ver Corte Suprema, "Etcheverry, Roberto E. c. Omint Sociedad Anónima y Servicios", 13/03/2001.

En el caso Viceconte, "la medida que el Estado ha formulado puede coincidir con la que reclaman los demandantes, pero luego de la decisión judicial su adopción cobra carácter obligatorio y su ejecución no queda librada a la voluntad del órgano que la elaboró."[61] La doctrina argentina ha considerado que gracias a los casos referidos y a muchos otros casos más, se ha consolidado un línea jurisprudencial "sobre la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos como fundamento de la las decisiones judiciales –sin perjuicio del ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional- a los efectos de fundar la responsabilidad del Estado, en su condición de garante del derecho a la salud."[62]

4.2. Litigio de Derechos Económicos Sociales y Culturales en Colombia

i. La acción de tutela

La Constitución de Colombia establece que "toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública."[63]

Sobre la base de este texto constitucional, CORREA HENAO

[61] Centro de Estudios Legales y Sociales CELS, Libro de litigio final 2006, libro en proceso de publicación, p. 35.
[62] ZILLI DE MIRANDA MARTHA, La Responsabilidad del Estado y el Derecho Humano a la Salud, en Colección de Análisis Jurisprudencial Derechos Humanos y Garantías, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 61
[63] Ver Constitución de la República de Colombia, artículo 86.

ensaya la siguiente definición: "la acción de tutela es una acción constitucional, judicial y autónoma para la protección inmediata y concreta de los derechos fundamentales, en los casos en que no exista otro remedio judicial."[64] Según JOSÉ ALBENDEA PAVÓN "la tutela dice relación a la persona en tanto que ella es el fundamento del derecho, la razón por la que existe y para quien existe el ordenamiento jurídico."[65]

Este mecanismo semejante al recurso de amparo está diseñado para la protección de los derechos fundamentales y ha logrado que la Corte Constitucional pueda generar una jurisprudencia que ha dado vida y contenido a estos derechos, ha significado un instrumento muy valioso para la población colombiana. El uso de la acción de tutela obedece más que todo a la indolencia del Estado para cumplir su obligación de proteger y satisfacer elementales derechos de la población, lo que conduce a que estos tengan que ser exigidos judicialmente.[66]

La Constitución colombiana de 1991 eliminó la famosa distinción entre derechos programáticos y derechos de aplicación inmediata e impuso al juez la obligación de velar por la efectividad de todos los derechos.[67] CEPEDA justifica la utilización de la tutela para la protección de los derechos sociales al manifestar que: "La tutela no es más que la continuación del espíritu originario del constitucionalismo en tanto rebelión contra la arbitrariedad del poder y en tanto

[64] Ver CORREA HENAO NÉSTOR, Derecho procesal de la acción de tutela, Segunda edición, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores No. 30, Bogotá, 2005, p. 32.
[65] ALBENDEA PAVÓN JOSÉ, La Acción de Tutela, Ediciones Universidad de la Sabana, Bogotá, 1994, p. 6.
[66] Ver COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Colombia, Estocolomo, 2005, p. 1.
[67] Ver CORREA HENAO NÉSTOR, Derecho procesal de la acción de tutela, p. 21

medio para la permanente y siempre inacabada construcción de ciudadanos igualmente libres y dignos en una sociedad menos injusta y más solidaria".[68] Cumple así la tutela el carácter de generalidad de protección de derechos fundamentales.

Es posible presentar una acción de tutela por la violación de un derecho fundamental que si bien no está en la Constitución colombiana, si se encuentra consagrado en un pacto o convenio internacional sobre derechos humanos aprobado por Colombia.[69] Según la Corte Constitucional, los criterios principales para identificar un derecho fundamental son: que el derecho sea esencial (es decir inalienable e inherente) y que tenga reconocimiento de fundamental.[70]

La acción de tutela es informal en su presentación (no requiere firma de una abogado), legitimidad para actuar, pruebas, impugnación, ya que sea en realidad una herramienta eficaz al alcance del ciudadano común, se ha tratado de librar la regulación de la tutela de tecnicismos y formalismos.[71] De la misma manera, se ha llegado a afirmar que la tutela es eficaz porque logra el resultado que se propone: proteger los derechos fundamentales, "prueba de esta eficacia son los poderes del juez para impartir órdenes, la celeridad del trámite, la ausencia de fallos inhibitorios, la informalidad, las sanciones por desacato, entre otras."[72] De esta manera, la tutela adquiere aquellas características de idoneidad, eficacia y sencillez que componen el estándar internacional de protección.

[68] CEPEDA MANUEL JOSÉ, La acción de tutela colombiana, en La protección constitucional del ciudadano, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1999, p. 110.
[69] Ver Ídem, p.77
[70] Corte Constitucional, sentencia T-402 de 1992.
[71] Ver CEPEDA MANUEL JOSÉ, La acción de tutela colombiana, p. 20
[72] Ver CORREA HENAO NÉSTOR, Derecho procesal de la acción de tutela, p. 57.

Vale resaltar que cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario que resultare más idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.[73]

De esta manera, los presupuestos de fondo de la tutela son tres: que se trate de un derecho fundamental, que ese derecho sea vulnerado o amenazado y que no haya otro medio de defensa judicial. Debemos resaltar el hecho de que siendo Colombia el país con mayores índices de violencia del mundo tenga al mismo tiempo uno de los mecanismos más desarrollados para la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas, como se evidencia en el caso que analizamos a continuación.

ii. Caso emblemático

Caso Celina Palacios de Moreno contra el Gobernador del Departamento del Chocó[74]

En este caso es muy interesante el análisis que realiza la Corte

[73] Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de 1993, SU-544 de 2001, T-983-01, entre otras.

[74] Estudio de fuentes directas: Corte Constitucional, Sentencia T-615/97, de 26 de noviembre de 1997.

Constitucional colombiana respecto del derecho a la seguridad social de persona de la tercera edad y la forma en que esta Corporación lo cataloga como "fundamental por conexidad" en relación al derecho a la vida en condiciones dignas y justas, mediante el pago oportuno y completo de mesadas pensionales a la demandante.

La Corte Constitucional en varias de sus sentencias ha señalado que el derecho a la seguridad social no se constituye por sí solo como fundamental, pero puede llegar a tener tal connotación en la medida en que su vulneración o amenaza pongan en peligro o afecten algún derecho fundamental. En el caso particular de las personas de la tercera edad, el derecho a la seguridad social adquiere una mayor entidad en la medida en que su mínimo vital depende del pago oportuno y completo de sus mesadas pensionales.[75]

En el análisis del fondo del caso realizado por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, al momento de revisar la sentencia de instancia proferida dentro de la acción de tutela promovida por la señora Celina Palacios de Moreno contra el Gobernador del Departamento del Chocó, se establece que cuando quien interpone la tutela es una persona de la tercera edad, ha de entenderse, que su capacidad laboral se encuentra prácticamente agotada, no pudiendo por lo tanto generarse mediante su trabajo una fuente de ingresos. De esta manera la pensión entra a constituirse en ese sustento económico, único para muchas de esas personas, que les permite llevar una vida en condiciones dignas y justas.

[75] Ver por ejemplo Corte Constitucional, Sentencia No. C-408 de 1994; Sentencia T-499 de 2006, expediente T-1298615.

Los hechos que sirven de base a la actora para iniciar la tutela, se pueden sintetizar en los siguientes puntos: la demandante, persona de 63 años de edad y de escasos recursos económicos, se encontraba pensionada por el Departamento del Chocó desde el año de 1984, pero este le adeudaba mesadas desde el mes de septiembre de 1996 hasta la fecha en la cual interpone la tutela, 27 de junio de 1997. Además le debían tres primas semestrales correspondientes a los años 94, 95 y 96 y una prima de navidad de 1996. Por último, la asistencia a la salud tampoco se le estaba prestando en debida forma, dado que el Departamento del Chocó no se encontraba al día en los pagos ante el Instituto de Seguros Sociales.

La demandante solicitó que le sean tutelados sus derechos fundamentales al pago oportuno de las mesadas pensionales, a la salud y a la vida, solicitando además que se ordene a la entidad demandada el pago de las mesadas adeudadas, ante lo cual la Gobernadora del Departamento del Chocó, al ser notificada de la tutela, respondió manifestando que la crisis financiera que vive el departamento ha dificultado el pago a los pensionados.

En primera instancia se negó la tutela interpuesta, señalando que la Gobernación del Chocó no ha causado ningún perjuicio irremediable a la actora, y en tanto eso no suceda, no tiene cabida la protección tutelar y puede la demandante acudir a las vías ordinarias laborales para cobrar ejecutivamente lo que le corresponda. En las consideraciones de la instancia se destaca la siguiente argumentación: "[...] aunque no se desconoce la crítica situación por la que atraviesa la señora Palacios de Moreno, situación que le genera preocupación y desasosiego como es natural, a juicio del Despacho no le esta generando en la actualidad un perjuicio irremediable ni la amenaza inminente e inmediata de un derecho fundamental. Aunque del acervo probatorio se

desprende que la accionante pasa por algunas dificultades económicas y de escasez debido a la falta de pago de su pensión, también es cierto que los derechos fundamentales que aduce como violados o vulnerados no lo están."[76]

Como señalamos al inicio de este análisis, la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la seguridad social no se constituye por sí sólo como fundamental, pero puede llegar a tener tal connotación en la medida en que su vulneración o amenaza pongan en peligro o afecten algún derecho fundamental. En el caso particular de las personas de la tercera edad, el derecho a la seguridad social adquiere una mayor entidad en la medida en que su mínimo vital depende del pago oportuno y completo de sus mesadas pensionales. En este sentido señaló: "El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (CP art. 46 inc. 2), adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP art. 11), la dignidad humana (CP art.1), la integridad física y moral (CP art. 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) de las personas de la tercera edad (CP art. 46)."[77]

Ahora bien, cuando quien interpone la tutela es una persona de la tercera edad, ha de entenderse, que su capacidad laboral se encuentra prácticamente agotada, no pudiendo por lo tanto generarse mediante su trabajo una fuente de ingresos.

[76] Juzgado Primero Civil Municipal de Quibdo, providencia de 17 de julio de 1997.
[77] Corte Constitucional en la sentencia T-426 de 24 de junio de 1992.

De esta manera la pensión entra a constituirse en ese sustento económico, único para muchas de esas personas, que les permite llevar una vida en condiciones dignas y justas.[78]

Además se determinó que la avanzada edad de la accionante, que la pone en una condición de debilidad manifiesta. La acción de tutela tiene en este caso el carácter de idónea ya que si se buscara esperar una resolución de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa sobre sus derechos, es muy probable que este pronunciamiento no lo obtenga en vida. Por tal motivo, según el representante de la demandante la acción de tutela no debe permitir que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias.

Aclarado el punto respecto del carácter fundamental que adquiere el derecho a la seguridad social cuando como consecuencia de su violación se afectan derechos fundamentales como la vida, integridad física, dignidad humana, salud, y reafirmada la especial protección que merecen las personas de la tercera edad, cabe analizar, dadas las consideraciones de la sentencia de instancia, las circunstancias que hacen de la otra vía de defensa judicial -proceso ejecutivo laboral o vía contenciosa administrativa- una vía no expedita ni apropiada para este caso en particular. Debido a lo dispendiosos que resultan los procesos que por vía de la justicia ordinaria se surten, la decisión que por tal camino judicial se llegue a tomar, puede ser correcta pero se corre el riesgo de su inoportunidad. Además, considerada la situación por la que atraviesa la demandante, es evidente que si solo vive de sus mesadas pensionales, el atraso en el pago de éstas no puede extenderse en el tiempo por cuanto todos

[78] Ver Corte Constitucional, sentencia T-347 del 3 de agosto de 1994

los gastos que debe atender para su subsistencia son inaplazables.

La seguridad social como derecho constitucional, adquiere su connotación de fundamental cuando atañe a las personas de la tercera edad y aquellas personas cuya debilidad es manifiesta. De esta manera cuando una entidad, pública o particular tiene a su cargo la prestación de la seguridad social, su incumplimiento acarrea un grave perjuicio. Y es como consecuencia de esa protección especial, que dicho derecho a la seguridad social adquiere su condición de fundamental, pues de su incumplimiento, violación o vulneración se colocan en peligro otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física, y por supuesto el trato especial que merecen las personas de la tercera edad.[79]

Visto lo anterior resulta evidente la vulneración no sólo del derecho al pago oportuno de las mesadas pensionales, sino también sus derechos a la vida en condiciones dignas y justas y a la salud, por ello la Corte Constitucional colombiana resolvió revocar la decisión proferida en primera instancia que denegó la tutela y la concedió respecto de los derechos a la vida, salud y al pago oportuno de las mesadas pensionales.

Las experiencias reseñadas muestran cómo la Corte Constitucional colombiana, a través del mecanismo de la acción de tutela, ha logrado acercar la sociedad al Estado, dando vida y contenido a los derechos económicos, sociales y culturales. Sus sentencias han mostrado al Estado rutas para construir un Estado social y democrático de derecho, han

[79] Ver también Corte Constitucional mediante la sentencia T-426 del 24 de junio de 1992

entendido las realidades sociales y han buscado la corrección de la desigualdad y la injusticia.[80]

5. A modo de conclusión

El recurso de amparo o su equivalente –como el amparo colectivo en Argentina o la tutela en Colombia- es una acción eficaz e idónea para la protección y exigibilidad judicial de todos los derechos fundamentales, que de acuerdo al estándar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe cumplir con las características de ser breve, rápida y sencilla.

Dentro de los derechos justiciables por esta acción deben estar los económicos, sociales y culturales, ya que la distinción entre estos y los derechos civiles y políticos es obsoleta y caduca, y los todos DESC tienen por lo menos un grado de exigibilidad judicial, sea por vías directas o indirectas.

Otras jurisdicciones han dado paso a importantes reformas constitucionales y legales, al tiempo que han acogido un litigio académico realizado por ONGs y otras organizaciones de Derechos Humanos y la actuación de sus jueces ha sido abierta a estos cambios. Todos estos hechos han permitido una evolución de la acción de amparo en sus respectivos ordenamientos.

Así, en Argentina el amparo colectivo, por tener una amplia posibilidad de legitimación activa y abarcar todos los derechos fundamentales, permite una mejor exigibilidad de los DESC, y en Colombia la acción de tutela, por ser rápida y sumamente informal, permite una mayor exigibilidad de estos derechos.

[80] Ver Comisión Colombiana de Juristas, La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia, p. 26.

Bibliografía

Libros y otras publicaciones:

ABRAMOVICH VÍCTOR y COURTIS CHIRISTIAN, El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

ALBENDEA PAVÓN JOSÉ, La Acción de Tutela, Ediciones Universidad de la Sabana, Bogotá, 1994.

AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS CENTRE, The road to a remedy: current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights, UNSW Press, Sydney, 2003.

BOLÍVAR LIGIA, Derechos económicos, sociales y culturales; derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina, en Estudios Básicos de Derechos Humanos, tomo V, IIDH, Costa Rica, 1996.

CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Edt. Heliasta, Buenos Aires, 2000.

Center on Housing Rights and Evictions (COHRE), Litigating economic, social and cultural rights. Achievements, challenges and strategies, COHRE, Ginebra, 2003.

Centro de Estudios Legales y Sociales CELS, Libro de litigio final 2006, libro en proceso de publicación.

CEPEDA MANUEL JOSÉ, La acción de tutela colombiana, en La protección constitucional del ciudadano, Fundación

Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1999.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Colombia, Estocolomo, 2005.

CORREA HENAO NÉSTOR, Derecho procesal de la acción de tutela, Segunda edición, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores No. 30, Bogotá, 2005.

COUTURE EDUARDO, Vocabulario Jurídico, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.

Diario Página/12, 15/08/96, Buenos Aires.

DROMI ROBERTO, Derecho Administrativo, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

FAIRNSTEIN CAROLINA, ROSI JULIETA, Comentario a la Observación General No. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Revista Argentina de Derechos Humanos, año 1 No. 0, CELS, junio de 2001, Buenos Aires.

FERRAJOLI LUIGI, Garantías, en Revista Jueces para la Democracia, No 38, Madrid, julio 2000.

FERRAJOLI LUIGI, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, Madrid.

FUKUYAMA FRANCIS, El fin del hombre, Ediciones B, Madrid, 2002.

GORDILLO AGUSTÍN, Los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, en La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales internos.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable, Costa Rica, diciembre de 1999.

PÓLIT MONTES DE OCA BERENICE, La Acción de Amparo Constitucional, en Guía de Litigio Constitucional, Corporación Latinoamericana Para El Desarrollo CLD, Tomo II, Abya Yala, Quito, 2003.

RÚA CASTAÑO JHON REYMON, La tutela judicial efectiva, Edt. Leyes, Bogotá, 2002.

SABSAY DANIEL, El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos, en La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales.

SALGADO PESANTES HERNÁN, Los Derechos Humanos en el mundo de hoy, en Guía de Litigio Constitucional, Corporación Latinoamericana Para El Desarrollo CLD, Tomo II, Abya Yala, Quito, 2003.

TRUJILLO JULIO CÉSAR, La acción de amparo constitucional, en Garantías Constitucionales, INREDH, Punto Digital, 2000.

TRUJILLO JULIO CÉSAR, Prólogo en El Amparo Constitucional: su aplicación y límites en Serie "Estudios Jurídicos", volumen 19, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002.

ZILLI DE MIRANDA MARTHA, La Responsabilidad del Estado y el Derecho Humano a la Salud, en Colección de Análisis Jurisprudencial Derechos Humanos y Garantías, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002.

Normativa:

Constitución de la República de Colombia.
Constitución Nacional de la República Argentina
Constitución de la Provincia de Buenos Aires.
Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Declaración Universal de los Derechos Humanos.
Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
World Conference on Human Rights in Vienna, on 25 June, 1993, U.N. Doc A/CONF.157/24, Vienna Declaration and Programme of Action.

Jurisprudencia:

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Corte IDH, caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, sentencia del 13 de septiembre de 1997.
Corte IDH, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004.
Corte IDH, caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia del 6 de febrero de 2001.
Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988
Corte IDH, caso Castillo Petruzzi vs. Perú, sentencia de la CIDH del 30 de mayo de 1999.

Argentina:

Caso "Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social". Cámara Nacional de Apelaciones. Sala IV. 2 de junio de 1998. La Ley, Sup. Constitucional 5 de noviembre de 1998.
Corte Suprema, "Etcheverry, Roberto E. c. Omint Sociedad Anónima y Servicios", 13/03/2001.

Colombia:

Corte Constitucional, sentencia T-402 de 1992.
Sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de 1993, SU-544 de 2001, T-983-01.
Corte Constitucional, Sentencia T-615/97, de 26 de noviembre de 1997.
Corte Constitucional, Sentencia No. C-408 de 1994; Sentencia T-499 de 2006, expediente T-1298615.
Juzgado Primero Civil Municipal de Quibdo, providencia de 17 de julio de 1997.
Corte Constitucional en la sentencia T-426 de 24 de junio de 1992.
Corte Constitucional, sentencia T-347 del 3 de agosto de 1994
Corte Constitucional mediante la sentencia T-426 del 24 de junio de 1992

Los derechos colectivos indìgenas en nuestra constitucion politica y la responsabilidad estatal frente a la actividad de terceros que lesionen estos derechos

Christian Pérez Escobar[1]

1.-Noción general de los derechos colectivos

Si bien el debate político sobre los derechos colectivos es de reciente aparición, su concepto como tal no es de data última, sino que ha existido desde los albores de la cultura occidental; se remonta al Imperio Romano con la tradición de otorgar derechos a colectividades que fueron sometidas a su autoridad gracias a las guerras de conquista y expansión, y que por tener características y rasgos particulares y autónomos –como son su propia religión, etnia, raza, idioma, costumbres, forma de administrar justicia, entre otras- se los anexaba al Imperio a través de la aplicación de una normativa particular y específica para cada colectividad, que no debía ser contradictoria con la idiosincrasia propia de cada una de éstas, y para que de esta manera en un futuro no existieran ninguna clase de choque cultural entre el conquistador y el conquistado[2].

Volviendo a la actualidad, la aparición de los derechos colectivos se debe a la "expansión de la noción jurídica de la institución del derecho civil de SUJETO DEL DERECHO[3], por

[1] Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

[2] Apuntes de clase de la cátedra de Instituciones del Derecho Romano, dictada por la Dra. Johana Pesantez, 2do semestre 2004.

[3] La concepción del término sujeto de derecho dentro de la doctrina tiene un ámbito netamente individualista, en efecto, la Enciclopedia Jurídica Omeba manifiesta que "ser sujeto para el Derecho es ser sujeto de derechos y obligaciones, lo cual, según la concepción jurídica tradicional equivale a ser persona. Todo ordenamiento jurídico es un sistema coactivo de conducta humana, dentro del cual la función regulativa de las normas se resuelve en la prescripción de derechos y obligaciones a los individuos".

medio de la cual se pueden tutelar varios derechos individuales, y -con esta nueva concepción- se salvaguardan derechos pertenecientes a COLECTIVIDADES –que son los nuevos sujetos del derecho -que reclaman una protección jurídica a través de los derechos humanos"[4]. En tal sentido, la noción de Sujeto del Derecho "reagrupa de alguna manera a diversas entidades sociales que reivindican o claman derechos y que están siendo configurados como derechos humanos colectivos"[5].

Gracias al debate político sobre los derechos colectivos, recién a inicios de los ochenta, comienzan a ser reconocidos dentro de la doctrina del derecho, siendo considerados como una tercera generación de derechos- además de los políticos y civiles; y los económicos, sociales y culturales-.[6]

Ya tratando de establecer una definición nos encontramos con el hecho de que el derecho colectivo, por ser de aparición normativa reciente en nuestro país, tiene pocas definiciones, pero la que sintetiza a éstas por contener los elementos que redundan dentro de las mismas es la siguiente:

Derecho colectivo es la facultad de hacer exigible todas las prerrogativas que la ley ha conferido a un determinado "grupo" de individuos que tienen un vínculo común, con particulares lazos profesionales, laborales, legales, u otras características exclusivas, elementos que los diferencian del resto[7].

Nos ayudará a comprender de una manera más amplia la definición de grupo, entendiéndose como "la colectividad de

[4] Simón Pérez Muños, *"Derecho a un Medioambiente Sano"*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito – Ecuador, Julio 2005, Pág. 31.
[5] Ibíd., Pág. 31
[6] Cesar Leonidas Gamboa Balbín, Monografía titulada *"Los Derechos Humanos de tercera generación: Noción y tratamiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la CAN"*, Universidad Simón Bolívar, Pág. 43.
[7] Apuntes de clase de la cátedra de Sujetos del Derecho, dictada por la Dra. Sonia Merlyn Sacoto, primer semestre 2000.

personas que poseen características especiales y distintivas y /o que se encuentran en situaciones especiales"[8], por lo que serán ellos los destinatarios de estos derechos.

Es importante mencionar que además de estos lazos palpables mencionados en la precitada definición, existen por otro lado también lazos imperceptibles como son la identidad, la costumbre, la tradición, la lengua, las creencias, entre otros; que son también vinculantes -en igual medida que los ya citados- dentro de una comunidad de individuos.

Tiene mucho valor añadir que estos "derechos colectivos son derechos diferenciados de individuos pertenecientes a otra identidad cultural en una situación especial de desventaja de elección"[9]. Estos derechos son diferenciados por cuanto son particularmente destinados a una colectividad específica, con rasgos e intereses idénticos con carácter de colectivos, distintos de los de la población mayoritaria y predominante de un Estado e irán a proteger los intereses particulares de ese grupo.

Es justamente esta *identidad* propia la que hace que los derechos colectivos no se destinen a toda la población de un país, sino a una colectividad muy bien particularizada de ésa población, quienes son los sujetos de estos derechos, como lo analizaremos en el siguiente acápite.

2.- Elementos para la configuración de un derecho como colectivo

Angélica M. Bernal sostiene que para que un derecho no pueda ser poseído por los individuos o en otras palabras, que

[8] Definición presentada por Teodoro C. van Boven en "Las dimensiones internacionales de los derechos humanos". Karel Vasak, Editor General. Serbal/UNESCO, II vol., Barcelona, 1984.
[9] Will Kimlicka, Liberalism, Community and Culture, Págs. 162-168.

sea colectivo, deben coexistir los siguientes elementos:

a. el objeto del derecho es colectivo,
b. el interés al que sirve es colectivo,
c. el ejercicio del derecho es colectivo"[10].

Con estos elementos se trata de identificar al derecho colectivo como tal, y que el grupo mismo en su conjunto sea el poseedor de tal derecho. Cada elemento básicamente consiste en lo siguiente:

a. Como bien lo manifiesta el experto en derechos indígenas, Dr. Julio Cesar Trujillo, "el objeto protegido por éstos derechos colectivos son los caracteres de la colectividad y las funciones por las cuales se identifica ante sí misma y se diferencia de los demás grupos con los que coexiste, caracteres que pueden ser históricos, culturales y sociales propios, y por lo tanto colectivos"[11]. No se puede hablar de derechos colectivos si no existen elementos o nexos de unión o vinculación dentro de un grupo para diferenciarse de otros.

b. Además, sus miembros deben encontrarse vinculados entre sí en cuanto a sus intereses, de tal manera que cada uno no actué de forma independiente según sus conveniencias o deseos particulares, sino que comparta el interés con el resto del grupo – "el mismo que responde a un largo proceso de formación y armonización hasta llegar finalmente a constituirse en un interés integral"[12]-, de tal forma que estos intereses no sean identificables individualmente, sino en su

[10] Angélica M Bernal., "De la exclusión a la participación – Ensayo de la Exclusión Étnica a los derechos colectivos", Quito-Ecuador, Ediciones Abya-Yala, 2000., Pág. 38.

[11] Julio Cesar Trujillo, Ensayo sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas recompilado en "De la exclusión a la participación", Quito-Ecuador, Ediciones Abya-Yala, 2000., Pág. 12

[12] Según Rodrigo Borja, en su obra Enciclopedia de la Política, al explicar sobre la comunidad dice que "[...] ella no es una asociación buscada deliberadamente o contractualmente formalizada, sino una unión espontánea que se forma a lo largo del tiempo por la mera comunión de intereses",

conjunto.

Aquí existe un debate doctrinario, dado que existen dos corrientes: la primera manifiesta que los derechos colectivos representan intereses que pueden tener los miembros individualmente y que convergen haciéndose uno solo dentro de su comunidad, mientras que la segunda sostiene que estos representan un interés colectivo, integral de todos los miembros de la comunidad[13], que no pueden ser circunscritos a lo estrictamente individual, corriente con la cual comparto.

[13] Gamboa Balbín Cesar Leonidas, Op.Cit., cita al filosofo político Joseph Raz quien define a los derechos colectivos de manera general como "el conjunto de intereses individuales convergentes, es decir, los intereses individuales convergen en un interés o "bien común" que ponderado socialmente (cualidad) o por el número de intereses individuales (cantidad) se torna en Derechos Colectivos", con lo que se explica que el interés particular de cada uno de los miembros en última instancia viene a convertirse en una voluntad generalizada de todos éstos, personalizándose como el interés de toda la colectividad.
Por otro lado; Eduardo Cifuentes Muñoz, Juez del Tribunal Constitucional de Colombia, en su sentencia ST-380 de 1993 manifiesta que los derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas de manera particular son derechos sui generis ya que "no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos. El pueblo indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicios de las acciones populares correspondientes". Reforzando esta tesis, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también hace referencia a los derechos colectivos, dentro del informe sobre *"La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas"*, 2002, Pág. 123, manifestando que desde 1990, en el proceso de preparación del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, viene desarrollando el **principio jurídico de integralidad** de los derechos humanos, por lo que el "derecho individual y derecho colectivo no se oponen, sino que son parte del principio de goce pleno y efectivo de los derechos humanos". Además añade que "el pleno goce por parte de cada individuo de ciertos derechos individuales, solo es posible si se reconoce dicho dérecho al resto de los individuos miembros de esa comunidad, en tanto grupo organizado".
Con ésta diferenciación queda claro que si bien los derechos colectivos en general son la sumatoria de derechos individuales que sean afines; de manera especifica, los derechos colectivos **indígenas** no lo son, sino que al contrario, representa un interés colectivo integral que no pueden ser circunscritos a lo estrictamente individual, posición que comparto dado que la naturaleza de los derechos colectivos obliga a que éstos sean reconocidos a la comunidad como tal y no a cada individuo.

c. De la misma manera, dado que el objeto y el interés son colectivos, el ejercicio mismo de este derecho será colectivo, puesto que representa un beneficio colectivo integral que no puede ser circunscrito a lo estrictamente individual. Por lo que el derecho deberá ser ejercido por la comunidad entera a través de un representante debidamente legitimado que actuará en nombre de la misma sin que haya un beneficio particular, sino que se extienda al grupo entero.

Entonces, únicamente si se reúnen estos tres elementos se puede considerar a un derecho como colectivo, que solo puede ser disfrutado por ciertos grupos dentro de una sociedad; caso contrario será un derecho individual. En el siguiente punto se particularizara los derechos colectivos pero teniendo como sujetos de los mismos a las Comunidades Indígenas.

3.- Derechos colectivos indígenas

Ya quedó definido el derecho colectivo de forma general, pero profundizando lo que respecta el objeto de esta investigación que es "los derechos colectivos indígenas," empezaré citando una definición de comunidades indígenas; así tenemos que:

Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellas que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades preinvasivas y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintas de otros sectores de las sociedades actualmente dominantes en estos territorios o en parte de ellos. Ellas son actualmente un sector no dominante de la sociedad y están determinadas a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su continuidad como pueblos, en concordancia con sus propias instituciones

sociales, sistemas legales y cultura.[14]
(Los subrayados son míos).

Esta definición nos brinda varios aportes importantes para identificar a las comunidades indígenas, por un lado, únicamente éstas –por su situación de vulnerabilidad ante la influencia y hegemonía de la sociedad y cultura dominante- tienden a conservar, desarrollar y transmitir varios elementos muy propios y particulares de su comunidad, ya que sin esto podrían desaparecer[15]; así mismo, esta definición añade otro elemento importante que es la individualización y distinción de las comunidades indígenas para con el resto de comunidades de nuestro país –que pueden ser otros grupos raciales, de consumidores, de sindicalistas, etc.-.; en iguales términos, el Tribunal Constitucional del Ecuador ha conceptualizado la colectividad como una "agrupación unida por lazos específicos como son los pueblos indígenas y negros, para quienes la Constitución utiliza la antedicha expresión al consagrar sus "derechos colectivos" en el capitulo V del titulo III (artículos 83 a 85) de la Ley Suprema"[16]

[14] Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Campaña Educativa sobre Derechos Humanos y Derechos Indígenas, San José - Costa Rica, Editorama, 2003, Pág. 99.

[15] Los derechos de las comunidades indígenas, si bien están revestidos de legitimidad, pueden a la vez ser contrarios o tener muy poca importancia dentro de los intereses de la sociedad nacional en su conjunto; a manera de ejemplo se puede citar el derecho a "acceder a la vida cultural de la comunidad", común a todos los habitantes del Ecuador, establecido en el Art. 23 (22) de la Constitución Política del Ecuador, éste derecho se amplia con la dimensión colectiva del Art. 84 (10) que especifica y crea la diferenciación de que son los pueblos indígenas, como colectividades, los titulares del derecho a "mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico", con lo cual se establece la particularización de intereses entre la población mayoritaria del país y las colectividades minoritarias, los primeros tienen un derecho que protege un interés muy general, que no implica la vulnerabilidad de la subsistencia de su cultura por ser ésta predominante; mientras que los segundos tienen un interés más específico y particular que es crear las condiciones para que subsista su cultura.

[16] Tribunal Constitucional del Ecuador, Caso No. 025-99-TP.

Ahora, tales "comunidades indígenas" tienen derechos diferenciados, con carácter de colectivos, que los benefician de manera particular y que son únicamente de su interés, dado que están unidos por lazos específicos en torno a sus propias características nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, tradiciones, costumbres, territorio y vinculación en parcialidades, razón por la cual se consolidan los derechos colectivos como un mecanismo de defensa suministrado por el legislador a las colectividades indígenas que, dada su condición de minoría e identidad excluyente del resto de la población nacional, se sitúan en una condición especial de vulnerabilidad -por factores políticos, económicos, sociales, culturales e históricos-, para que puedan tutelar y exigir el cumplimiento de sus derechos particulares colectivos en referencia del resto de la población, en otras palabras, "las reivindicaciones de grupos como los pueblos indígenas tienen que ver con el derecho a ser diferentes y a que el Estado proteja, respete y acomode esta diferencia" [17], dándoles tratos especiales.

Partiendo de esta diferenciación, es importante señalar que si bien existen otros derechos colectivos que todos los ciudadanos pueden reclamar o justiciabilizar, como el derecho a formar un sindicato, a no ser engañados por una publicidad mentirosa acerca de la calidad de bienes y servicios ofertados, entre otros.; las comunidades indígenas poseen derechos colectivos que única y exclusivamente pueden ser exigidos por ellos, como por ejemplo el derecho a mantenerse, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones, ocuparse de la educación y cultura, de la tierra y los recursos naturales, a aplicar su derecho consuetudinario, defender y enriquecer su conocimiento ancestral colectivo; esto por la diferencia de los intereses que protegen tales

[17] Angélica M Bernal, Op. Cit. Pág.39.

derechos.

Es precisamente por esta particularización que "cada día más Estados están aceptando que ciertas diferencias solo pueden ser reconocidas con derechos que van más allá de los derechos universales del individuo, es decir, con "derechos colectivos" diferenciados por grupo, [...] los que solo pueden ser disfrutados por ciertos grupos dentro de una sociedad"[18].

Abordando ya nuestra realidad nacional, la reforma de la Constitución Política a través de la Asamblea Constituyente del 10 de agosto 1998 introdujo varias innovaciones legales y políticas muy interesantes dentro del ordenamiento jurídico nacional, entre éstas últimas está el reconocimiento -por primera vez- de la diversidad étnica y cultural que desembocó en la consagración de los llamados "Derechos Colectivos" y con lo cual se permitió a nuestro país adherirse a las "corrientes que en toda América Latina han venido reconociéndose desde mediados de los años ochenta (la Constitución de Nicaragüense, la Constitución de Brasil de 1988, la Constitución de Colombia de 1991, la de Perú de 1993, entre otras)"[19].

Con la adopción de estos "Derechos Colectivos", en el Ecuador se da paso al reconocimiento de prerrogativas que parten de una comunidad de individuos unidos por una identidad colectiva o intereses conjuntos, y que se aparta de la doctrina clásica del liberalismo que gira en torno a la protección y libertad del individuo de manera aislada como sujeto de derecho; y además, de ésta manera, dejar a un lado el pensamiento propio –y con mucha razón- de los pueblos indígenas en general que manifestaban hasta ese entonces que "se pretende imponer valores y prácticas nacidos en la

[18] Angélica M Bernal, Op. Cit. Pág.39.
[19] Ibíd., Pág. 40.

cultura occidental sobre los demás, como si fueran derechos universales"[20], ya que anteriormente estaban sometidos bajo el rigor de las leyes que eran dictadas para la totalidad de la población nacional, sin particularizarlos.

Varios fueron las prerrogativas que se reconocieron como "Derechos Colectivos" y que tenían como sujetos a las "Comunidades Indígenas", que se contemplan en los Artículos 83 y 84 de nuestra Constitución Política, estando entre ellos: el derecho a la autodeterminación interna en relación a su cultura, identidad, lengua, auto-desarrollo, uso de recursos naturales y biodiversidad, y sus formas tradicionales de convivencia y organización social; así como también se reconoce el derecho a la educación intercultural bilingüe, a participar en organismos oficiales; el derecho a sus conocimientos y prácticas de medicina tradicional; la protección de los lugares sagrados; su propiedad intelectual colectiva; uso de símbolos y emblemas propios; la posesión ancestral de las tierras comunitarias; el derecho a no ser desplazados de sus tierras; y la propiedad imprescriptible de ésas, a las cuales se les dio la clasificación de inalienables, inembargables e indivisibles. Así como también, el Art. 84 (5) establece el derecho a ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables en sus tierras, participar en los beneficios que esos proyectos reporten, e incluso se les otorga el derecho a recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que éstos planes y programas les ocasionen.

Una vez que ha quedado establecida claramente la noción conceptual de los derechos colectivos, y de manera particular los indígenas, procederé a analizar en el siguiente acápite la

[20] Ricardo Robles, Chiapas.- Los derechos colectivos de los pueblos indios, Otra manera de ver los derechos humanos desde las sociedades comunitarias; México., D.F., Ediciones Era, S.A. 2000, Pág. 183.

"Responsabilidad Estatal" en la violación de los Derechos Colectivos Indígenas por la actividad de terceros particulares.

4.- Responsabilidad estatal frente a la actividad de terceros por la violación de los derechos colectivos indígenas

Los derechos –tanto individuales como colectivos- no solo pueden ser violados por la acción estatal, sino que también a través de la omisión en su protección, y una de estas omisiones puede configurarse ante la actividad de terceros bajo la aquiescencia del Estado que violen derechos.

Si bien nuestra Constitución Política no estipula de manera expresa la responsabilidad estatal por la violación de los derechos de sus habitantes a causa de la actividad de terceras personas o empresas particulares, si lo hace de manera tácita, al establecer como el más alto deber del Estado la obligación de "respetar y hacer respetar los derechos humanos"[21] de sus habitantes, esto a través de la garantía del "libre y eficaz ejercicio y el goce"[22] de los mismos.

De las normas anteriores se desprende que el Estado es el depositario de la responsabilidad de **velar por la garantía del libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos** a través de dos ejes: el primero, respetando, es decir, cumpliendo con la obligación de definir su actuar conforme a las normas constitucionales y legales que limitan el uso de su autoridad para que no menoscabe la garantía mencionada con el abuso de poder; y el segundo, haciendo respetar, consistiendo en el deber de obligar, tanto a sus habitantes como a las empresas particulares que realizan sus actividades dentro de su territorio, el cumplimiento de tal garantía, a través de los medios y procedimientos establecidos en la

[21] Constitución Política del Ecuador, Artículo 16.
[22] Ibid., Artículo 17.

Constitución y en la ley. Entonces, de lo anterior se colige que el Estado es responsable de los abusos cometidos en uso de su autoridad pública; pero también será responsable si omite su deber de hacer cumplir y respetar -a terceros o empresas particulares- el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos de sus habitantes.

De la misma manera, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido con respecto a este tema que un Estado viola los derechos de sus ciudadanos cuando "tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención"[23], dada la falta de debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención, en otras palabras, el Estado también es responsable por la "omisión" al momento de tomar las acciones y medidas necesarias tendientes a prevenir o detener los efectos dañinos o lesivos de las actividades realizadas por terceros particulares o compañías privadas.

[23] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, (Ser. C) No. 4 (1988), Párrafo 176.

Fundamentando lo anterior, la doctrina establece que "los Estados no solamente deben abstenerse de violar los derechos a causa de sus actos y omisiones directas, sino también de proteger a las personas de actos y omisiones de terceros que pertenecen al sector privado y que lesionen tales derechos"[24] (El subrayado es mío), por lo que el Estado esta en la obligación de "regular y vigilar las actividades de terceros o compañías privadas"[25], para asegurar que no creen riesgos significativos a los derechos de las personas.

Finalmente, a manera de conclusión, es importante mencionar que el Estado, además de su deber de proteger y garantizar el debido respeto de los derechos individuales, también debe garantizar que los derechos colectivos indígenas –y con mayor razón dado que el sujeto de estos derechos es una comunidad cuyos miembros se encuentran en un estado de vulnerabilidad mayor- no sean conculcados por la actividad de terceras personas -tanto sus habitantes individualmente como también las empresas particulares que realizan sus actividades dentro de su territorio-, siendo en consecuencia responsable por los daños ocasionados debido a violaciones de los derechos humanos de sus ciudadanos en el momento en que no cumple con su función de regular y vigilar a través de la imposición de reglamentos efectivos y apropiados para tener control y supervigilancia de las personas que realizan sus actividades dentro de su circunscripción territorial.

[24] Tara Melish, "La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", CDES, Quito – Ecuador, 2003, Pág. 281.

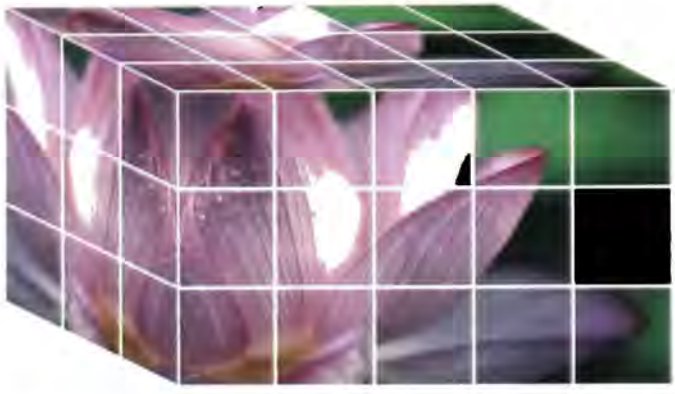
[25] Centro para Derechos Económicos y Sociales, "Violaciones de Derechos en la Amazonía Ecuatoriana. Las Consecuencias humanas del desarrollo petrolero", Editorial-Abyayala, Quito – Ecuador, 1994, Pág. 33.

Bustamante & Bustamante

Estudio Jurídico

Grafa Corp

INDUSTRIA GRÁFICA DE TRADINGSTATE S.A



Impresiones como en la vida rea

- ***Diseño Gráfico:*** *Artes, campañas gráficas*
- ***Pre-prensa:*** *película, placas terminadas.*
- ***Prensa:*** *impresión offset, tipográfica, serigráfica , plotter y digital.*
- ***Post-prensa:*** *terminados, numerados, troquelados, perforados, uv, plastificado. etc.*

Productos Gráficos en general:

- ***Papelería:*** *hojas membretadas, tarjetas de presentación, carpetas, sobres, etc.*
- ***Material publicitario, promocional y de información:*** *volantes, dípticos, trípticos, brouchures, folletos, revistas, libros, adhesivos, etc. (impreso en cualquier papel disponible en el mercado).*
- ***Gigantografía:*** *todo tipo de lona, papel fotográfico, vinyl, etc.*

TRADINGSTATE S. A.
Pedro Cobo S8-290 y Juan de Alcázar • Teléfono: 2666-334 • Telefax: 2615-577
E-mail: grafacorp@hotmail.com
Quito - Ecuador

Breves notas acerca del Conflicto en el Medio Oriente

Gary López Vélez

Introducción

El Conflicto en el Medio Oriente, (en concreto la disputa entre israelíes y palestinos que es la causa directa de la gran mayoría de conflagraciones en la región), es muy complejo, entenderlo a profundidad exige un estudio exhaustivo de todas las condiciones que lo rodean; hay un sinnúmero de factores culturales, históricos, religiosos, económicos y políticos que han tenido una influencia determinante en el desarrollo de los acontecimientos a lo largo del tiempo, además, la información que se puede encontrar acerca de este tema, muchas veces está lejos de ser totalmente imparcial y objetiva, porque existe también una división ideológica, que se ha acentuado en los últimos años y que pone a la causa palestina de un lado, y a la causa israelí del contrario, relegando el problema vital, la tragedia que viven los habitantes de esos pueblos y haciendo que algunos sectores de la Comunidad Internacional tomen partido a favor de una de las partes, en lugar de asumir posiciones neutrales que favorezcan la búsqueda de una solución objetiva

El objetivo aquí no es analizar todas y cada una de las particularidades del conflicto, que como ya se dijo antes sería una tarea en extremo difícil, sino realizar un pequeño acercamiento, muy general por cierto, que ayude a comprender en algo ciertos detalles sobre la problemática de esta región del mundo.

La denominación de Oriente Medio (en Europa se usa la expresión Oriente Próximo) es algo indefinida, en general se entiende por Oriente Medio la región situada en el suroeste de Asia y el noreste de África que incluye a los países de Egipto, Irán, Irak, Israel, Jordania, Kuwait, Líbano, Arabia Saudita,

Bahrein, Omán, Qatar, los Emiratos Árabes Unidos, Siria, Turquía, Yemen, y los territorios autónomos palestinos de Gaza y Cisjordania. Aunque se suele considerar que Oriente Medio no es solo una expresión geográfica, sino también una unidad religiosa con mayoritaria presencia Musulmana, o una unidad de raza, cultura e idioma en donde predomina el arabismo. [1]El área en la que actualmente se ubican Israel y los territorios autónomos de Gaza y Cisjordania, ha sido históricamente conocida como Palestina, es una zona de gran importancia estratégica pues se encuentra en la unión de tres continentes (Europa, Asia y África), por lo que numerosos pueblos, imperios y civilizaciones desde la antigüedad se han disputado el control de esta región.

Hasta la primera guerra Mundial, Palestina pertenecía al Imperio Otomano, derrotado éste, el territorio fue encomendado por mandato [2] a El Reino Unido, que se encargó de su administración hasta 1947, dejándole posteriormente la responsabilidad a la recién creada Organización de Las Naciones Unidas (ONU). Los británicos habían prometido a los árabes que obtendrían su independencia para crear un Gran Estado Árabe Unido, pero también habían prometido a los judíos la creación de un Estado para ellos, tal como consta en la declaración de Balfour.[3]

[1] Pedro Gómez Aparicio; El Oriente Medio, encrucijada del Mundo, segunda edición, Editorial Ateneo, Madrid 1956, p. 11

[2] El mandato era una institución de la Sociedad de Naciones que consistía en la entrega a las potencias aliadas, vencedores en la Primera Guerra Mundial, de antiguos territorios coloniales de Alemania y las antiguas provincias del Imperio Otomano, para su administración, y en algunos casos eventual independencia. Dichos mandatos fueron supervisados por la Comisión Permanente de Mandatos de la Sociedad de Naciones

[3] La Declaración en su texto decía: "El gobierno de Su Majestad ve con buenos ojos el establecimiento en Palestina de un hogar para los judíos, y utilizará sus mejores medios para facilitar la consecución de esta causa. Sin embargo, debe quedar claro que no debe hacerse nada que perjudique los derechos civiles y religiosos de las comunidades no judías existentes en Palestina, o que merme los derechos y el estatus político del que gozan los judíos en cualquier otro país."

La presencia judía en Palestina había aumentado significativamente en los años posteriores a la Primera Guerra Mundial, debido principalmente al antisemitismo que se empezaba a manifestar masivamente en Europa, y también al aparecimiento del Sionismo como movimiento social, éste fue fundado por Theodore Herlz, que en 1897 organizó en Basilea, Suiza, el Primer Congreso Sionista Mundial para abogar por la creación de una nación judía independiente en Palestina. El Sionismo era enemigo del asimilacionismo, doctrina que afirmaba que los judíos debían seguir su destino en la nación en la que vivieran; los sionistas sostenían que Palestina era una "tierra sin pueblo para un pueblo sin tierra"[4], las comunidades judías poco a poco se fueron constituyendo en un importante contingente poblacional que, aunque no era mayoritario, había obtenido gran predominio, pues durante su llegada los judíos se organizaron en kibutz[5] y fueron adquiriendo tierras e influencia económica.

La oposición árabe a la presencia de los británicos y al sionismo hizo que se produzcan numerosos levantamientos, episodios violentos y ataques entre las dos facciones, a pesar de esto, el flujo migratorio de judíos hacia Palestina aumentó mucho, con la venia de la opinión mundial, que se había solidarizado con el pueblo judío por los horrores sufridos durante el Holocausto. Dado lo conflictivo de la situación, la ONU decidió aprobar la división del territorio entre árabes y judíos[6] en 1947, pero los árabes rechazaron la propuesta. Un año después Israel, al mando de David Ben Gurión proclamó su independencia y se constituyó en estado, lo que provocó

[4] Robert Stewart; Ideas Que Transformaron El Mundo, primera edición, Círculo de Lectores, Barcelona 1997, p. 27.

[5] Comuna colectiva Israelí, compuesta generalmente por entre 50 y 1000 miembros en la que no existe la propiedad privada y el trabajo se organiza colectivamente, su objetivo principal de un kibutz es conseguir la igualdad social para todos.

[6] La división pretendía crear dos estados uno árabe y otro judío, los dos con similar extensión de territorio, la ciudad de Jerusalén no quedaba bajo la jurisdicción de ninguno de los dos estados, su estatus sería el de una ciudad internacional administrada por las Naciones Unidas.

que los países de la Liga Árabe[7] le declararan la guerra inmediatamente. La guerra la ganó Israel, lo que le permitió ampliar su territorio, como consecuencia de esto, más de medio millón de palestinos partieron al exilio y se refugiaron en los países árabes, especialmente en Jordania, pero desde el extranjero aún conservaban su identidad nacional y el deseo de volver a su tierra.

En los siguientes años las escaramuzas se sucedieron reiteradamente con episodios relevantes como:

• **La Crisis del Canal de Suez** en 1956 en donde Israel se enfrentó a Egipto, con el apoyo de Francia y el Reino Unido, y ocupó la Península del Sinaí.

• **La Guerra de los Seis Días** en 1967 que enfrentó a Israel nuevamente contra Egipto, y además contra Jordania y Siria, y que dejó como saldo la destrucción de las dos terceras partes de la Fuerza Aérea Egipcia y la ocupación por parte de Israel de Jerusalén, Cisjordania, la Franja de Gaza y la zona siria de los Altos del Golán.

• **La Guerra del Yom Kipur** en 1973, que se llama así porque Israel fue atacado justamente en el día del Yom Kipur[8], un día solemne para los judíos, esta vez la Coalición Árabe (formada por Siria y Egipto) tenía como objetivo recuperar los territorios perdidos, la coalición estaba bajo un mando militar unificado, y a pesar de eso y de que habían modernizado su ejército, Israel se impuso de nuevo.

[7] Organización de países independientes cuyos pueblos son en su mayoría de lengua árabe. Creada en El Cairo, en 1945, sus países fundadores fueron Egipto, Irak, Líbano, Arabia Saudita, Siria, Transjordania (Jordania, a partir de 1950) y Yemen, a los que se unirían más tarde Argelia (1962), Bahrein (1971), Comores (1993), Djibouti (1977), Kuwait (1961), Libia (1953), Mauritania (1973), Marruecos (1958), Omán (1971), Qatar (1971), Somalia (1974), Yemen del Sur (1967), Sudán (1956), Túnez (1958) y los Emiratos Árabes Unidos (1971). La Organización para la Liberación de Palestina fue admitida en 1976. Egipto dejó de pertenecer a la Liga en 1979 a raíz de la firma del tratado de paz con Israel, pero fue admitido de nuevo en 1989

[8] El Yom Kipur es un día sagrado para el judaísmo, es una jornada de confesión, de arrepentimiento y de plegarias para que se olviden los pecados cometidos durante el año, suele celebrarse en septiembre o en la primera mitad de octubre.

En las siguientes décadas Israel reafirmó su posición en el Medio Oriente, y trató de establecer relaciones pacíficas con los países árabes que cambiaron paulatinamente sus políticas de total oposición a su existencia por una parcial aceptación, incluso llegó a un convenio de paz con Egipto en los acuerdos de Camp David en 1978, y firmó un acuerdo con la Organización Para la Liberación de Palestina (OLP)[9], en el que pactó la paz y concedió cierta autonomía a los territorios de la Franja de Gaza y Cisjordania.

Sin embargo los palestinos exigen un territorio y que se les permita crear un estado; constantemente se han producido choques con las autoridades israelíes generando sucesos de gran conmoción social como las Intifadas[10];y las Organizaciones radicales palestinas, para enfrentar el poderío militar y económico de Israel, se han valido de actos terroristas, algunos a gran escala como la Masacre de Munich[11] en 1972 que el mundo horrorizado vio por televisión, a lo que Israel ha respondido con ataques militares y asesinatos selectivos que son parte de una estrategia que consiste en liquidar a dirigentes de organizaciones políticas y terroristas de Palestina con el fin de desarticularlas.

[9] Organización política fundada en 1964, encarna y representa las reivindicaciones del pueblo palestino, estuvo considerada en círculos internacionales como una organización terrorista debido a las acciones de sus guerrillas afiliadas.

[10] Intifada (en árabe, 'levantamiento'). Se conoce como intifadas a algunos períodos de intensificación de la campaña palestina de manifestaciones, huelgas, disturbios y acciones violentas contra el gobierno israelí en Gaza y Cisjordania, la Intifada se caracteriza por la presencia masiva de población joven, se suele hablar de La Primera Intifada en 1987, La segunda que comenzó en 1997, y la intifada de las Mezquitas que se dio en el 2000 como consecuencia de la visita del Primer Ministro de Israel a una mezquita y que ocasionó un rebrote de las agresiones.

[11] Nombre con el que se conoce al secuestro y asesinato de once atletas israelíes durante los Juegos Olímpicos de Munich en 1972

La sociedad palestina progresivamente ha ido alcanzando un grado de cohesión importante a través de los años, estableciendo organizaciones como la OLP que representan los intereses nacionales y construyen nexos entre los diferentes núcleos de comunidades palestinas repartidos por toda la zona de influencia árabe, todo esto de la mano de un líder, Yasser Arafat, quién a más de obtener el respaldo mundial a la causa palestina, consiguió que todos los grupos nacionalistas, muchas veces divididos entre si, acordaran estrategias conjuntas para conquistar sus objetivos. Además Arafat logró que muchas organizaciones extremistas suspendan sus operaciones lo que derivó en la reducción significativa de atentados terroristas. Con la instauración de esta especie de resistencia pacífica fue mucho más fácil negociar con Israel y lograr un mayor número de concesiones[12], como la autonomía de Gaza y Cisjordania, y el beneplácito Israelí para permitir una especie de autogobierno en esos territorios ejercido por la Autoridad Nacional Palestina (ANP)[13], que se encarga de el control de algunas cuestiones civiles como la recaudación de impuestos, sanidad, educación servicios sociales, etc., pero el control de asuntos exteriores, seguridad y tránsito siguen en manos de Israel.

Desde hace un lustro, a raíz del comienzo de la tercera Intifada, se ha dado un recrudecimiento de violencia en la región, lo que pone en riesgo todos los avances alcanzados hasta ahora para la pacificación, esto se debe a que los grupos de poder en Palestina están disputándose el control del gobi-

[12]Arafat fue clave para la realización de La Conferencia de Paz para Medio Oriente en Madrid en 1991 y la firma en 1993 de los Acuerdos de Oslo en los que Israel y la OLP se reconocieron mutuamente y elaboraron la Declaración de Principios para el autogobierno palestino.

[13]Órgano nacido en 1993 como consecuencia de un acuerdo de paz firmado entre Israel y la Organización Para la Liberación de Palestina (OLP), está subordinado al gobierno israelí.

erno, sobretodo después de la muerte de Yasser Arafat el 4 de noviembre del 2004; ahora mismo están al borde de una guerra civil por la pugna entre Hamás[14] y Al Fath (organización fundada por Arafat), los dos grupos políticos más influyentes de esa nación. Mientras que en Israel la llegada al poder de Ariel Sharon en el 2001, representante de la tendencia más conservadora de la política de ese país, dificultó la continuación de los diálogos de paz. Además como consecuencia del aumento de la actividad terrorista, el gobierno israelí endureció sus políticas internas y externas de defensa, la constante ahora es que Israel, en nombre de su seguridad, interviene militarmente en forma permanente en territorio palestino y se niega a retirarse

Es interesante ver como la posición de la opinión pública mundial ha variado en estos años Las réplicas excesivas de Israel han generado rechazo, pues las fuerzas están en claro desequilibrio a su favor, ya que con el apoyo constante de los países occidentales, en especial Estados Unidos, ha conseguido constituirse en una potencia militar en el Medio Oriente, y muchas veces utiliza las armas para imponerse. Basta ver que por ejemplo cuando en 1975 por iniciativa de los países árabes, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró al sionismo como una forma de racismo todo el mundo reaccionó indignado:

"Identificar al sionismo, instrumento de esta reconstrucción, con el racismo, es un trágico sofisma, que convierte en acusados a las víctimas de la mayor discriminación de la historia."[15] (Argentina: Jorge Luis Borges y Ernesto Sábato, 1975)

[14] Hamás (acrónimo de la expresión árabe Harakat al-mugawama al-islamiya, 'Movimiento de Resistencia Islámica'), fue fundado en 1987 durante la primera Intifada, este grupo no reconoce la legitimidad del Estado de Israel y declara que los diálogos entre judíos y palestinos son una pérdida de tiempo, actúa como organización política desde enero de 2006, cuando se presentó a las elecciones parlamentarias y ganó 76 de los 132 escaños..

[15] Aldor; La Reacción del Mundo ante la declaración de la ONU sobre el sionismo, El Tiempo de Bogotá, 1975.

"Ha estremecido al mundo y a la opinión independiente y justiciera, la reciente resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, (...) Tal resolución es una muestra de animadversión y falta de ecuanimidad frente a Israel y los problemas de Oriente Medio"[16](El UNIVERSO de Guayaquil, Ecuador, 16 de noviembre de 1975)

Mientras que en la actualidad casi todo el mundo opina que Israel justificando sus políticas en la necesidad de proteger su población y territorio, abusa constantemente de su poder bélico y toma medidas muy drásticas:

"Para Israel, la Intifada se convirtió en una pesadilla porque la imagen que dio Israel al reprimir violentamente las primeras manifestaciones fue la de Goliat intentando aplastar a David: soldados armados hasta los dientes con los medios militares más modernos y sofisticados se enfrentaban a mujeres y niños que solo disponían de palos y piedras"[17].

La intervención de Israel no se limita a los territorios palestinos, en 2006 se produjo un conflicto armado con las milicias de Hezbollah[18] asentadas en el Líbano, que habían secuestrado a dos soldados hebreos. Las Fuerzas de Defensa de Israel atravesaron la frontera y ocuparon muchas poblaciones libanesas, mientras que la fuerza aérea bombardeaba las ciudades para eliminar las posiciones de Hezbollah, el gobierno y el ejército de el Líbano se abstuvieron de intervenir durante gran parte de la ofensiva, el conflicto terminó con la resolución 1701 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que dispuso el alto al fuego. El resultado de este ataque fue de

[16] Ibid. P. 11.

[17] Antoni Segura; Más allá del Islam, primera edición, Alianza Editorial, Madrid, 2001 p. 304.

[18] Hezbollah ("Partido de Dios"), es un grupo islamista libanés fundado en 1982 para combatir la ocupación israelí del sur del Líbano, su máximo líder es Hassan Nasrallah.

1187 víctimas civiles del lado libanés y 44 del lado Israelí, además de otras tantas bajas militares, e incluso la muerte de 7 funcionarios de las Naciones Unidas, las acciones de Israel otra vez generaron el rechazo de la opinión mundial:

"Las imágenes de civiles libaneses viviendo bajo bombas israelíes, supusieron un duro golpe para la imagen del estado judío. En Estados Unidos, en Europa, las comunidades judías se inquietaban, el apoyo a Israel disminuía." (EL UNIVERSAL de México, 4 de Agosto del 2006)

"La reacción de Israel en Líbano fue más allá de lo tolerable, devastando el país y causando daño a la población civil y su infraestructura. Human Rights Watch dice que posiblemente hubo crímenes de guerra" (EL COMERCIO, 27 de Agosto del 2006)

La consecución de la paz en Medio Oriente parece ser imposible por las diferencias irreconciliables, los rencores y odios que existen entre los líderes de las partes en conflicto, mientras los desplazados palestinos y las víctimas israelíes del terrorismo se contabilizan por miles, los israelíes y los palestinos están ocupados matándose los unos a los otros, los israelíes con tanques, helicópteros y jets americanos y los palestinos con piedras y bombas humanas. De la actual crisis pende un futuro incierto, que implica un retroceso de las libertades fundamentales, en aras de reforzar la seguridad que consideran constantemente amenazada. Las perspectivas son poco alentadoras, por la división intestina que sufre Palestina, lo que seguramente acarreará violencia e impulsará el estancamiento en el que se encuentra el proceso de paz, y por las recientes acciones del gobierno de Israel que alientan la creación de asentamientos judíos en territorio palestino. Hace poco el Primer Ministro de Israel Ehud Olmert, en el cargo desde enero del 2006, admitió por primera vez que su país posee armas nucleares[19].

[19] EL COMERCIO, 16 de Diciembre del 2006

Es obligación de la Comunidad Internacional promover el avance de la concertación, despojando al conflicto de consideraciones religiosas e históricas que no son prácticas para conseguir soluciones racionales, ayudar a establecer una tregua que instaure el ambiente propicio para que cesen las hostilidades y la inútil pérdida de vidas humanas en vez de avivar el conflicto como lo hacen líderes imprudentes como el presidente de Irán Mahmoud Ahmdinejad que habla continuamente de borrar a Israel del mapa y niega el Holocausto[20], o como lo hace Estados Unidos que aboga por acuerdos pacíficos pero apoya tácitamente a Israel armando su ejército. Se deben crear las condiciones necesarias para que la negociación sea posible, para que ésta se desarrolle en igualdad y en paz.

Las dos partes tienen que ceder mucho para llegar a un acuerdo definitivo y es evidente la falta de voluntad política para hacer los grandes sacrificios que son necesarios, esto hace que fracase el mecanismo negociador ya que pareciera que nadie está dispuesto a cumplir con ninguna de las condiciones que las otras partes demandan, porque consideran que ellos pierden todo y los otros son los que sacan todas las ventajas. Para los árabes Israel es un enclave de Occidente en Oriente que debe ser erradicado, Israel representa la fuerza opresora que ejercen los países desarrollados sobre los pueblos pobres. Los palestinos consideran la actitud de Israel como de permanente provocación, por lo que buscan por todos los medios devolver la agresión. En Israel por otro lado rige el temor, al terrorismo, a los coches bomba y los ataques suicidas, esto es obviamente nocivo porque sobran ejemplos históricos de que, cuando el miedo reemplaza al buen criterio y a la sensatez al momento de tomar decisiones, no se puede esperar otra cosa que acciones irracionales, respuestas desmedidas, y políticas poco inteligentes, abusivas e irresponsables.

[20] EL COMERCIO, 15 de Diciembre del 2005

Para emitir un juicio de valor, tal vez no tenemos que preguntarnos qué es lo históricamente justo, sino qué es lo actualmente conveniente, y obvio es que las dos naciones aprendan a coexistir, que se acaben definitivamente las agresiones, que existan verdaderas intenciones de enmendar los errores y dejar de cometerlos. La paz o la libertad duraderas solo pueden venir de la mano de la legalidad, de la justicia, del respeto de los derechos humanos, de la respuesta eficaz, sensata y justa

No debemos creer que estamos presenciando una batalla entre el bien y el mal, porque todos tienen muy buenos argumentos para afirmar su posición y sus pretensiones. Palestina lucha por su existencia, Israel por su supervivencia y los dos pueblos pelean por su derecho a la autodeterminación. Israel ofrece paz por seguridad. Palestina lo hace por territorio y autonomía.

Bibliografía

• ALDOR; La Reacción del Mundo ante la declaración de la ONU sobre el sionismo, primera edición, EL TIEMPO de Bogotá, 1975

• GÓMEZ APARICIO, Pedro; El Oriente Medio, encrucijada del Mundo, segunda edición, Editorial Ateneo, Madrid, 1956.

• INSTITUTO PARA ESTUDIOS PALESTINOS; ¿Quienes son los terroristas? Aspectos del Terrorismo Sionista e Israelí, Beirut, 1973

• LEWIS, Bernard; ¿Qué ha fallado? El impacto de Occidente y la respuesta de Oriente Próximo, primera edición, Siglo XXI de España Editores, Madrid ,2002

• MONTENEGRO, Augusto y MARAÑON, Mortimer; Historia Americana y Universal, primera edición, Editorial Norma, Bogotá 1979

• SEGURA, Antoni: Más allá del Islam, política y conflictos actuales en el mundo musulmán, Alianza Editorial, Madrid, 2001

• STEWART, Robert; Ideas Que Transformaron El Mundo, primera edición, Círculo de Lectores, Barcelona , 1997.

• TERÁN CEVALLOS, Mauro; Derecho Internacional Público Contemporáneo, primera edición, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 1996

• VANCE, Vick y LAUER, PIERRE; Hussein de Jordania "Mi guerra con Israel" , primera edición, colección nuestro siglo, Madrid, 1969

• VARIOS AUTORES; El Mundo después del 11 de septiembre del 2001, primera edición, Ediciones Península, Barcelona, 2002

Del 11 de septiembre a nuestro días

Pablo Campaña

La discontinua información que recibimos de los medios de comunicación latinoamericanos sobre medio oriente invita y obliga a hacer un repaso de lo que sucede en esta región. Sin poder profundizar en los complejos procesos históricos y políticos que nos ayudarían a dilucidar el universo que hay detrás de las palabras "Islam" o "medio oriente"; si pretendemos abordar los acontecimientos que se desencadenaron a partir del 11 de septiembre.

Partiendo de la manera en que Occidente abordó la crisis, las causas a las que se atribuyó el atentado, el papel que tuvieron los medios de comunicación, las posteriores guerras que fueron la consecuencia de una guerra mayor, "la guerra contra el terrorismo", hasta llegar a un planteamiento de la situación actual, que trata de encontrar el papel de nuestros países en este escenario.

Las expectativas tras el 11 de septiembre

El punto común de las reacciones tras el 11 de septiembre fue el rechazo al atentado y las expresiones de solidaridad al pueblo norteamericano. No se tenía que estar a favor o en contra de las políticas norteamericanas para repudiar la muerte de miles de civiles inocentes. Así, Le Monde de Francia se pronunciaba en la primera plana "Todos somos americanos". Este rechazo fue acompañado, en muchos de los casos, por un sentimiento (más que un razonamiento) de revancha, de justicia a mano propia, de pasión colectiva , que se tradujo "en la guerra contra el terrorismo"[1].

[1] EDWARD SAID. Pasión colectiva. El País, 19 de septiembre de 2001.

Era la primera vez que la mayor potencia del mundo era atacada en casa propia. Solo se comparaba este ataque con el de Pearl Harbor en 1941, que antecedió a las bombas atómicas de Hiroshima y Nagasaki. El problema es que no se tenía una dimensión clara del enemigo, no se sabía quienes eran ni donde estaban, no era un Estado. Las únicas ideas, todavía difusas, eran la relación de los terroristas con Medio Oriente y el Islam[2]. Esto se reiteraba con las intervenciones de líderes mundiales, el caso del ministro italiano Silvio Berlusconi que declaró "no podemos poner en el mismo plano a todas las civilizaciones. Hay que ser conscientes de nuestra supremacía, de la superioridad de la civilización occidental"[3]. Fueron pocas las voces, entre las que se destaca la de Edward Said, las que advirtieron que Estados Unidos y el Islam son fronteras equivocadas. Existía una diversidad de tendencias en ambos casos que debían ser consideradas y no podían ser reducidas. Said también criticaba que no se analizaba el papel de los Estados Unidos como "una superpotencia que casi siempre está en guerra, o en alguna clase de conflicto, sobre territorio del islámico" . No era suficiente, el gobierno, la prensa y los ciudadanos del mundo comprendían que las cosas no se podían quedar así, que la guerra contra el terrorismo había comenzado.

[2] "Esta es la Guerra contra el Terrorismo, todo el mundo lo dice, pero dónde, en que fronteras, ¿en qué se concreta? Nadie puede dar las respuestas, excepto las vagas ideas que el Medio Oriente y el Islam son con lo que "nosotros" estamos en contra, y que el terrorismo debe ser destruido". EDWARD SAID. The Islam and the West are inadequate banners. The Guardian, 16 de Septiembre 2001.Traducción del autor.

[3] El semanario egipcio Al-Ahram se preguntaba en su sitio Web si Berlusconi dijo lo que muchos pensaban pero no podían decirlo. JOSE EDUARDO JORGE. Universidad de Chile.
http://www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre1/_2005/choque/modulo4/clase1/doc/Choque%20de%20civilizaciones.doc . Fecha de acceso:11 de Noviembre del 2006.

[4] EDWARD SAID, The Islam and the West are inadequate banners. The Guardian, 16 de Septiembre 2001.Traducción del autor.

Un choque forzado

Para este escenario había una teoría como precedente. Samuel Huntington había expuesto su tesis del Choque de Civilizaciones [5] en el año 1993, idea desarrollada en su libro pocos años después. El autor sostenía que terminada la Guerra Fría, no serían más las ideologías, ni la economía, las razones de conflicto, sino la cultura las "líneas de ruptura", las diferencias fundamentales que existen entre una y otra civilización, desatarán el choque de civilizaciones. Señala Huntington que "hay conflicto en la línea de ruptura que separa la civilización occidental de la islámica desde hace 1300 años", líneas de ruptura que consisten en "su historia, idioma, cultura, tradición y, lo más importante, por su religión. Personas pertenecientes a distintas civilizaciones consideran de distinta forma las relaciones entre Dios y el hombre, grupo e individuo, ciudadano y Estado, padres e hijos, esposo y esposa; y del mismo modo tienen un criterio diferente de la importancia relativa de derechos y responsabilidades, libertad y autoridad, igualdad y jerarquía"[6]. Son congruentes estos puntos con los de su libro "el problema subyacente para Occidente no es el fundamentalismo islámico. Es el Islam, una civilización diferente cuya gente está convencida de la superioridad de su cultura y está obsesionada con la inferioridad de su poder"[7]. Esta fue la base teórica a los que muchos medios se aferraron y sostuvo muchas de las decisiones que tomarían la comunidad internacional y Estados Unidos en los años posteriores al atentado del 11 de septiembre.

[5] SAMUEL HUNTINGTON ¿Choque de civilizaciones?. Foreign Affairs En Español, verano de 1993.
[6] Ibíd.
[7] SAMUEL P. HUNTINGTON. El choque de civilizaciones. Editorial Paidós, Buenos Aires, p. 259.

Lo que se le olvida a Huntington

Aunque se acogió esta teoría en muchos espacios (especialmente mediáticos) de occidente, hubo una serie de réplicas de intelectuales al supuesto "choque de civilizaciones". Tariq Aliq, escritor británico paquistaní, señaló que "el Islam, a lo largo de mil años, jamás fue monolítico. Las diferencias entre musulmanes senegaleses, chinos, indonesios, árabes y de Asia meridional son aún más grandes que las que los distinguen de los no- musulmanes de la misma nacionalidad"[8]. Argumento que refuerza la idea de Said de que existen diferentes Islams, como diferentes Estados Unidos y sentencia "el movimiento hoy llamado fundamentalista no es la única tradición islámica. Hay otras, más tolerantes, más abiertas (...) y podemos tener esperanzas de que esas otras tradiciones prevalecerán con el tiempo (...) Mientras tanto debemos tener gran cuidado en todos lados para evitar el peligro de una nueva era de guerras religiosas"[9].

Los hechos del 11 de septiembre, así como otros atentados terroristas, han sido cometidos por grupos que fueron apoyados y preparados por los Estados Unidos para evitar la expansión de la Unión Soviética. Es decir que estos grupos fundamentalistas no surgieron del anonimato por la líneas de rupturas generalizadas en las sociedades islámicas, sino por un apoyo directo de los Estados Unidos, este es el segundo punto de Tariq Aliq, cuando señala "después de la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos apoyó los elementos más reaccionarios, utilizándolos como una muralla contra el comunismo o el nacionalismo progresista. A menudo, reclutaban sus aliados entre los fundamentalistas religiosos: los Hermanos musul-

[9] TARIQ ALIQ. ¿Choque de Civilizaciones? EDUCERE, CONTROVERSIA, AÑO 5, Nº 16. Enero - Febrero- Marzo, 2002.
[10] EDWARD SAID, Pasión colectiva, El País, 19 de septiembre de 2001.

manes contra Nasser en Egipto; el Sarekat – y – Islam contra Sukarno en Indonesia; el Jamaat – y – Islam contra Bhutto en Pakistán; y más tarde, en Afganistán, Osama Ben Laden y otros contra el comunista laico Mohamed Najibullah"[10]. Bagdad fue una excepción, no se apoyó al fundamentalismo sino al grupo laico Bass con Sadam Hussein a la cabeza para que enfrentara al Partido Comunista, todos estos apoyos contra la lucha del comunismo se dieron en diferentes etapas de la guerra fría.

La tercera razón, para desmitificar el choque de civilizaciones, es que el antiamericanismo en medio oriente no es un rechazo a la cultura estadounidense, ni a las libertades que proclama, sino al dominio y persecución de sus gobiernos al Islam y su pueblo[11]. Recuérdese, que el Islam es un modo de vivir que atraviesa fronteras y crea un nexo de confraternidad que es la Umma (la comunidad islámica). Cuando se arremete contra un Estado islámico, se arremete contra la comunidad en su conjunto. No implicando esto que la reacción de la comunidad sea homogénea, sea toda fundamentalista, sino que las reacciones ante el ataque al Islam depende de cada tendencia. Por esto, el antiamericanismo es el efecto natural ante el apoyo parcializado de Estados Unidos a Israel en su histórica ocupación del territorio palestino. Esto se confirma con el abuso de poder de veto en el Consejo de Seguridad cada vez que en la ONU se busca sancionar a Israel. Este país es el que recibe mayor ayuda económica por parte de Estados Unidos, desde su creación ha recibido 85 billones de dólares, mucho más que

[10] TARIQ ALIQ, ¿Choque de Civilizaciones? EDUCERE, CONTROVERSIA, AÑO 5, Nº 16, ENERO - FEBRERO- MARZO, 2002

[11] RAMI KHOURI, especialista en el tema sostiene que "El creciente antiamericanismo es motivado casi de manera exclusiva por la creciente frustración y rabia con la contenido y estilo de la política norteamericana en el área, no por ninguna imaginaria oposición a los fundamentales valores americanos de libertad, democracia, equidad y tolerancia". "Politics and Perceptions in the Middle East after September 11" based on a presentation at the 2002 American Political Science Association Annual Meeting (Traducción del autor).
http://conconflicts.ssrc.org/mideast/khouri/. Fecha de acceso: 2 de diciembre del 2006.

cualquier otro país en la región, siendo Israel uno de los Estados más ricos[12]. Además que gran parte del armamento israelí que ha servido para enfrentar a Líbano o civiles palestinos procede de Estados Unidos.

El antiamericanismo también es un efecto natural ante la muerte de miles de civiles con sus ataques aéreos a Sudan, Irak y Líbano, así lo apunta Abdel Mahdi Abdallah, en su conferencia sobre el tema, además señala que a esto se suma el ataque a Irak fundado en falsas premisas, así como las escenas de abuso a los derechos humanos que se han visto en Guantánamo y en la prisión de Abu Grahib[13].

Es evidente para los árabes el apoyo que da Estados Unidos a regímenes totalitarios, que son aborrecidos por sus pueblos. Lo que entra en total contradicción con su discurso que clama democracia. Así sucede en Arabia Saudita y también en Argelia. Donde una cúpula militar usurpó el poder del Partido Islamista y no existió ninguna objeción.

También se le ha acusado a los Estados Unidos de llevar una campaña mediática en contra del Islam, lo que adicionalmente suma argumentos para su rechazo[14].

Todas éstas son consideraciones, sociales, históricas y políticas que ponen en crisis la teoría del "choque de civilizaciones". No se puede plantear tal conflicto entre occidente y el Islam, si no se tiene en cuenta el universo que implica cada uno de estos conceptos. No se puede acusar a las diferencias culturales el resurgimiento de grupos fundamentalistas o antidemocráticos, sino se considera el apoyo que estos tuvieron por las distintas administraciones de la Casa Blanca durante la Guerra Fría.

[12] ABDEL WAHAB ELMISSIRI, entrevista con al-Jazeera. 25 de Septiembre del 2003. MERIA. http://meria.idc.ac.il/journal/2003/issue4/jv7n4a6.html Fecha de acceso: 30 de Noviembre del 2006.

[13] ABDEL MAHDI ABDALLAH,Causes of Anti-Americanism in the Arab World: A Socio-Political Perspective. MERIA JOURNAL. 4 de Diciembre del 2003.

[14] Ahmed S. Salama, AFP, Cairo, 2 de Octubre del 2003. MERIA. http://meria.idc.ac.il/journal/2003/issue4/jv7n4a6.html Fecha de acceso: 30 de Noviembre del 2006.

Tampoco obedece a las "líneas de ruptura", sino a una serie de acontecimientos (conflicto israelí-palestino, sanciones y ataques aéreos a países árabes, apoyo a regímenes totalitarios, invasión a Irak, campaña contra el Islam) el sentimiento de antiamericanismo en los países árabes. Desde esta perspectiva la tesis de Huntington lo que hace es sustentar una política de guerra basada, como el ataque en Irak, en falsas premisas.

Mapa de Medio Oriente

15

[15] Medio Oriente, THE ODORA.
http://www.theodora.com/maps/new8/middle_east.jpg
Fecha de acceso 15 de Diciembre del 2006.

Lo que sucedió

Se deben enfocar los hechos posteriores al 11 de Septiembre como un conjunto de sucesos interconectados y no como hechos aislados, puesto que tienen un mismo origen que es el de la "guerra contra el terrorismo", conviene ahora analizar si los fines de ésta son los mismos que enuncia aparentemente.
La administración Bush señaló que los motivos de los terroristas eran "el odio a la libertad y la democracia, ejemplificados por los Estados Unidos"[16]. En el estado de conmoción como el que vivía la comunidad internacional y especialmente al interior de los Estados Unidos, cualquier propuesta de réplica era tomada como justa. La guerra para llevar la "democracia y la libertad" a los países árabes era justificable porque de este modo evitaremos que nos ataquen.
Pero algo se pasó por alto, como señala Edward Said, "hemos sucumbido todos -sin que el mundo académico e intelectual de EE UU hayan dicho prácticamente nada- al mal uso constante del lenguaje, que nos hace llamar 'terror' a todo lo que no nos agrada y 'bueno' a lo que estamos haciendo, aunque suponga la destrucción de vidas y riqueza"[17].

Afganistán

Como dijimos antes, el enemigo se divisaba de manera difusa. Los atentados del 11 de Septiembre se atribuyeron a Osama Ben Laden, aliado de los Estados Unidos en la guerra contra la Unión Soviética, y a la red terrorista Al Qaeda. Fue a este país donde se apuntaron las armas, no solo de los Estados Unidos, sino de toda una coalición internacional.

[16] Atentados del 11 de Septiembre del 2001. Wikipedia. http://es.wikipedia.org/wiki/Atentados_del_11_de_septiembre_de_2001 Fecha de acceso: 11 de diciembre del 2006.
[17] EDWARDD W. SAID. El precio de Oslo, El país, 21 de marzo del 2002.

Los objetivos eran dos: capturar a Ben Laden y derrocar al régimen fundamentalista Talibán. La fecha de inicio fue el 7 de Octubre del 2001 y el 13 de noviembre una coalición de países liderados por Estados Unidos impusieron un nuevo presidente: Hamid Karzai. La cobertura por parte de los medios de comunicación de la guerra fue pobre y orientada. Pocos recordarán detalles de la guerra en Afganistán, nadie olvidará el 11 de septiembre y la imagen de los aviones impactando las Torres Gemelas, aunque en Estados Unidos hubo 2973 víctimas civiles fallecidas y en territorio afgano, entre el 7 de Octubre y el 15 de Noviembre, hubo 8100 militares y 3485 civiles fallecidos[18]. Esta es una de las muestras de la parcialidad de los medios al momento de cubrir las noticias, muy frecuente en el caso de medio oriente. Cuesta pensar que fue coincidencia el bombardeo del edificio desde el cual emitía su señal Al Jazeera (la cadena árabe de noticias, reconocida por su diferente perspectiva frente los medios de comunicación occidentales)[19].

Los objetivos alcanzados: se derrocó al régimen Talibán, pero no se capturó a Osama Ben Laden, quien es prófugo hasta el día de hoy. En esta ocasión, diferente con lo que pasaría en la guerra en Irak, la comunidad internacional apoyó la guerra

[18] Guerra en Afganistán. Wikipedia. http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_de_2001_en_Afganist%C3%A1n . Fecha de acceso: 11 de diciembre del 2006.

[19] En una entrevista a Dima Khatib, corresponsal de Al Jazeera para Latinoamérica, le preguntaron qué sentía tras escuchar la noticia de que George Bush le comentó a Blair que quería bombardear la cadena de noticias en el Líbano y ella contestó: Bueno al final dijeron que era una broma (...) Es que aunque sea chiste, ¿Cómo puedes bombardear un canal de TV? Además, ellos ya lo han hecho, ya nos han bombardeado. En Afganistán y en Iraq. Ellos bombardearon nuestra corresponsalía en Afganistán, en Kabul, donde estaba Taysir Alouni, el compañero que ahora esta preso en España, bombardearon la corresponsalía pero afortunadamente no había nadie. Pero en Iraq también bombardearon nuestra corresponsalía y ese día murió nuestro corresponsal en Iraq. Estaba Taysir Alouni también. REBELION. http://www.rebelion.org/noticia.php?id=39130 Fecha de ingreso: 11 de octubre del 2006

incondicional y ciegamente, se dejó llevar por la "pasión colectiva" que la obligó a actuar sin medir sus consecuencias. Afganistán sigue ocupado por tropas internacionales y los conflictos han crecido en su intensidad, bien señala el editorial de el periódico español Gara tras el derribamiento de un helicóptero que dejó la muerte de 17 soldados españoles en agosto del 2005: "Afganistán, por mucho que se quiera disfrazar mediante gobiernos legitimados mediante elecciones teledirigidas, se encuentra en situación de guerra y en ella debe inscribirse lo ocurrido en la mañana de ayer en Herat"[20].

Irak

Con la mezcla de sentimientos después de la guerra en Afganistán (de haber derrocado a los Talibanes pero no haber capturado a Osama Ben Laden) se pensó que "la guerra contra el terrorismo" era todavía una razón suficiente para conseguir objetivos políticos del gobierno de Estados Unidos, que según varios intelectuales estaban en la agenda norteamericana con anterioridad a los atentados del 11 de Septiembre[21].

Los intereses que aparecen como más evidentes para invadir este país serían derrocar al único gobierno que significaba una amenaza para Israel y obtener el control del petróleo iraquí. Irak ha sido en su legendaria historia un líder del mundo árabe, incluso maneja los mejores índices educativos, sociales y también es uno de los Estados con mayor poder armamentístico. País, que después de la guerra del Golfo de 1991 y las sanciones impuestas por las Naciones Unidas, cortó sus lazos de colaboración con los Estados Unidos. Paralelamente a esto se ha dado desde inicios de siglo un ascenso vertiginoso de los precios del petróleo, que tienen en vilo a la comunidad

[20] EDITORIAL GARA. Guerra en Afganistán. España, 18 de agosto del 2005.
[21] MAHDI ELMANDJARA. Humillación. El Islam sometido por Occidente, Editorial Almuzara. España, 2005.

internacional. El caso norteamericano es emergente, porque pese a sus reservas petrolíferas, el creciente consumo es insostenible. A más de esto se debe recordar los nexos de la familia Bush con la industria del petróleo. Irak es el segundo país con las reservas petroleras más grandes del mundo y desde el año 2000 lo cotizó en euros y obligó a que se pague el precio en esta moneda, creando el primer grande desafío a la hegemonía del dólar[22].

Sin embargo, la misión no era sencilla, la opinión pública no entendía porque atacar a Irak si ellos no causaron el ataque del 11 de septiembre. Entonces se fundó un argumento: "armas nucleares", Irak las poseía y podía usarlas contra los pueblos de occidente. Se hicieron varias visitas por delegados de las Naciones Unidas, donde no se encontraron indicios razonables de su existencia, Estados Unidos insistía en que no se mostraban los lugares donde supuestamente se encontraban éstas armas y un desperado Colin Powell mostró ante la comunidad internacional fotos aéreas que supuestamente mostraban de manera irrefutable la existencia de estas armas.

Las Naciones Unidas desautorizó la invasión a Irak y todo el mundo fue testigo de la más flagrante violación al derecho internacional de inicios de siglo: la decisión unilateral (que seguirían otros estados) del gobierno americano de iniciar el ataque en marzo del 2003.

La respuesta mundial fue sorprendente. A pesar del ambiente de terror que se creó después del 11 de Septiembre y la campaña anti Islam iniciada en distintos medios de occidente, los ciudadanos del mundo se opusieron a la guerra[23].

[22] Invasión a Irak 2003. WIKIPEDIA.
http://es.wikipedia.org/wiki/Invasi%C3%B3n_de_Iraq_de_2003.
Fecha de acceso: 13 de diciembre del 2006.

[23] HASHIM IBRAHIM CABRERA: "Las manifestaciones masivas en toda España en contra de la guerra de Irak fueron una expresión clara y rotunda de una mayoría ciudadana que no se sentía representada por un gobierno y un partido que propugnaban el choque de civilizaciones, un inevitable genocidio en orden al control de los recursos energéticos". Crisis de civilización y cambio de horizontes tras el fin de la historia. WEBISLAM
http://www.webislam.com/BEI/crisis_civilizacion/crisis_5.htm
Fecha de acceso: 1 de diciembre del 2006.

Se calcula que fueron 10 millones de personas quienes salieron a protestar alrededor del mundo en contra de esta invasión. Las principales manifestaciones se dieron en Barcelona (500.000), Madrid (660.00), Roma (2'000.000), Londres (750.000), Los Ángeles (100.000), Nueva York (90.00), todos estos países que enviarían tropas al conflicto[24]. Hay que resaltar la marcha en Tel Aviv (3000).

Pero no fue suficiente, fue la más clara prueba de los límites de la opinión pública cuando grandes intereses políticos y económicos están en juego. Millones de personas en las calles, intelectuales de las más variadas tendencias advirtiendo las atrocidades que podría significar esta guerra, el rechazo diplomático de la mayoría de los países del mundo, sin embargo, los portaaviones se situaban en las posiciones estratégicas para que se inicie el bombardeo a la legendaria ciudad de Bagdad.

No fueron muchos los días de combate, el ejército más grande del mundo mostró de nuevo su efectividad para invadir países. Sadam Hussein desapareció y "se inicio la instauración de la democracia". Cuesta pensar que fue coincidencia el bombardeo del edificio desde el cual emitía su señal Al Jazeera (la cadena árabe de noticias, reconocida por su diferente perspectiva frente los medios de comunicación occidentales).

Lo que se constató a continuación fue la inexistencia de armas nucleares: falsas premisas para iniciar una guerra que costó miles de vidas y lo que dolería después a la administración Bush, costó billones de dólares y un fracaso político insalvable. Después se crearon nuevas razones, como los supuestos nexos entre Al Qaeda y el gobierno de Hussein.

[24] Invasión a Irak 2003 WIKIPEDIA.
http://es.wikipedia.org/wiki/Invasi%C3%B3n_de_Iraq_de_2003.
Fecha de acceso: 13 de diciembre del 2006.

25

Lo cierto es que han pasado 3 años, van a ser cuatro, de la invasión americana y la mayoría de países que acompañaron a Estados Unidos en esta desventura, han retirado sus tropas de Irak. Sadam Hussein ha sido capturado y condenado a muerte. Se reportan más de 600.000 muertes[26] relacionadas con acciones violentas después de la llegada de la ocupación. Sunitas y chiítas se encuentran en el mayor enfrentamiento que se ha visto en años. Y la administración Bush sostiene que las tropas norteamericanas se quedarán indefinidamente.

[25] Un hombre iraquí consuela a su hijo en un centro de prisioneros de Guerra. Es la foto ganadora del concurso interncional. World Photo Press 2003. An Najag, Irak, 31 de Marzo del 2004. WORLD PHOTO PRESS Jean-Marc Bouju, Francia, The Associated Press.
http://www.worldpressphoto.org/index.php?option=com_photogallery&task=view&id=202&Itemid=115&bandwidth=high Fecha de acceso: 28 de abril del 2006.

[26] Este es el número según un informe realizado mediante estudios de campo por la Universidad Mustansiriya de Bagdad en coordinación con la Escuela de Salud Pública de la Universidad John Hopkins en los meses de mayo y junio del 2006. Un informe independiente eleva la cifra de muertos en Irak a 650.000.El Periódico Extremadura. España, 13 de noviembre del 2006.

Un suceso interesante es la realización de elecciones en Irak, realizadas el 30 de enero del 2005. Noam Chomsky hace una lectura integral de los acontecimientos. Este analista norteamericano sostiene que las elecciones se dejaron ver a la comunidad internacional como un logro de Estados Unidos. Lo que se oculta es que "se ha tenido que hacer un gran esfuerzo para que los Estados Unidos aceptasen esas elecciones. Los Estados Unidos estaban totalmente en contra de convocarlas". La razón que argumenta es que se pretendía imponer un marco jurídico que garantice a Estados Unidos un sistema económico neoliberal, donde se tenga el control sobre una élite que gobierne el país, cosa solo posible mientras sea la ocupación la que gobierne el país. Sin embargo, existe en Irak un grupo de resistencia no-violenta que ha ganado fuerza y que es mucho más representativo que los suicidas, que ha estado opuesto a que se imponga un marco jurídico de la ocupación. Por lo que a regañadientes los Estados Unidos tuvieron que aceptar unas elecciones donde todos los candidatos se vieron obligados por este grupo civil a incluir en su propuesta la salida de las tropas extranjeras (incluso el candidato de Estados Unidos, Iyad Allawi, que recibió un trato especial durante la campaña, tuvo que mantener esta propuesta). Este grupo representativo de iraquíes ha pasado completamente desapercibido por la prensa internacional, pero en el momento en que se realizaron las elecciones se mostró como un logro de la ocupación. Para reafirmar su tesis Chomsky señala "Supongamos que Irak es democrático y con cierto grado de soberanía. Lo primero que haría sería mejorar sus relaciones con Irán. No es que le tengan un cariño especial a Irán, pero preferirían tener buenas relaciones con un Estado vecino Chiíta que tenerlas malas. Así que ellos intentarán mejorar sus relaciones con Irán, especialmente desde que tienen mayoría Chiíta (...) Lo siguiente que sucedería en un Irak soberano es que intentaría volver a su posición natural de Estado líder en el mundo árabe. Es el país con mayor nivel de educación, el más avanzado, etc.. En muchos aspectos, debería ser el líder del mundo árabe (...) Y ellos intentarán volver a esta posición, lo que significa que intentarán rear-

marse. Se enfrentarán al enemigo regional, Israel, que virtualmente se ha convertido en un puesto militar de Estados Unidos"[27].

[28]

Irak siempre ha sido una nación con intensos enfrentamientos religiosos y culturales, donde los intereses de un grupo entran en conflicto con los intereses de los demás. Desde la invasión del año 2003 entra a este escenario un nuevo grupo, ahora extranjero, que tiene intereses que están por encima de los de los otros grupos iraquíes. El asalto a los recursos naturales iraquíes afecta tanto a kurdos, chiítas y sunitas. Pero la diferencia es que el grupo extranjero tiene el ejército más poderoso del mundo. Esto no solo que castra la libertad de la nación, sino que ha detona un conflicto imparable. El único paso cierto en esta pantano de sangre es la salida de las tropas de ocupación.

[27] Entrevista realizada a Noam Chomsky para Znet. REBELION.
http://www.rebelion.org/noticia.php?id=14713
Fecha de ingreso: 2 de diciembre del 2006

[28] El hermano menor de un sospechoso aguarda la interrogación, mientras los soldados revisan el cuarto de alado. Esta foto es ganadora del segundo puesto en el premio de Historias del concurso internacional World Photo Press del año 2006. WORLD PHOTO PRESS. Peter van Agtmael, USA, Polares Images.
http://www.worldpressphoto.org/index.php?option=com_photogallery&task=view&id=835&Itemid=146&bandwidth=high Fecha de acceso 28 de abril del 2007.

Líbano

Desde el 12 de Julio al 8 de Septiembre el mundo fue testigo de una nueva guerra. En esta ocasión Israel acudió a la "legítima defensa" para rescatar a dos soldados de su ejército que fueron secuestrados por Hezbolá, un grupo político y armado de Líbano, que a su vez atacó a civiles y militares con el lanzamiento de misiles. El resultado de la defensa israelí fue la muerte de 1147 civiles libaneses y 44 civiles israelíes[29]. Esa cifra da una idea de la no proporcionalidad de la ofensiva israelí contra Hezbolá.

Ahora hay que poner como antecedente, que el secuestro de los soldados israelíes por parte de Hezbolá, buscaba presionar al gobierno de éste país la entrega de los prisioneros árabes menores de 18 años que se encuentran en prisión (400 de los 10.000 prisioneros).

Es interesante la respuesta de Dima Kathib, corresponsal de Al Jazeera para Latinoamérica, cuando en una entrevista la preguntan sobre el papel de los medios de comunicación occidentales de la guerra en el Líbano, la periodista manifiesta:

"Yo tuve una experiencia muy interesante este año porque me encontraba en EEUU cuando empezaba la guerra en el Líbano. Por primera vez en mi vida puede ver, de verdad, lo que significa la cobertura de los medios norteamericanos, de una guerra en Oriente Medio. Y me quede muy shockada. Me quede muy shockada porque siempre he escuchado hablar de los medios occidentales. Yo antes veía CNN internacional, pero estando allá en EEUU durante la guerra, fue una experiencia muy tremenda para mi. Porque veía todos los días la cobertura de Al Jazeera, la de Al Arabiya, etc, y luego la de CNN, de Fox, de CBS, de todos, y te digo que lamentablemente, aunque hubo momentos que yo sentí que un corresponsal americano o dos, hicieron un esfuerzo muy profesional para dar una noticia objetiva, lamentablemente, salvo esos casos, la cobertura ha sido súper pro-israelí.

[29] Guerra del Líbano 2006.WIKIPEDIA
http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_del_L%C3%ADbano_de_2006
Fecha de ingreso: 13 de diciembre de 2006.

Pero de una manera... cambiando los hechos. O sea, si mandas 3000 corresponsales a un lado de una guerra, y solo uno al otro lado, pues ya, ya estas cambiando la realidad porque no es objetivo. Los corresponsales caminaban con los soldados judíos, cubrían sus incursiones pero, por favor, si quieres ser objetivo camina también con Hezbolá, da su punto de vista... Igual que hacían con los soldados americanos en Irak, pero no con los iraquíes"[30].
Mientras tanto, a través de su embajador ante las Naciones Unidas, John Bolton, Estados Unidos vetó cualquier iniciativa para condenar la ofensiva israelí y la no proporcionalidad de sus acciones.

Para muchos analistas la enorme operación realizada por Israel (que habría movilizado a 40.000 soldados[31]) tiene motivaciones que van mucho más allá del rescate de los dos soldados secuestrados y el desarme de Hezbolá. Una de las posibilidades que se afirman es que "si Hezbolá hubiera mordido la arena en pocos días, los Estados Unidos habrían empujado a Israel a una nueva aventura militar contra Siria; luego, contra Irán"[32]. En ambos países obstruyen los intereses de Israel y Estados Unidos, especialmente en el segundo. El presidente iraní, Mahmud Ahmadineyad, maneja una propuesta beligerante e intransigente, declarando que la única salida al conflicto palestino israelí es borrar a Israel del mapa. Pero además Irán es otro país con importantes reservas petrolíferas y una potencial capacidad de producción de armas nucleares. No conviene al Estado israelí que otro Estado en la región tenga este tipo de armas, con Israel es suficiente, como lo ha reconocido públicamente el primer ministro israelí en una entrevista "Israel es una democracia y no amenaza a nadie

[30] Entrevista a Dima Khatib, corresponsal de Al Jazeera para Latinoamérica. REBELION. http://www.rebelion.org/noticia.php?id=39130
Fecha de ingreso: 11 de octubre del 2006
[31] CARLOS DILITIO, citado por Eduardo Montes de Oca. Líbano: la derrota no es huérfana, no. REBELION http://www.rebelion.org/noticia.php?id=36673
Fecha de ingreso: 27 de Agosto del 2006
[32] EDUARDO MONTES DE OCA. Líbano: la derrota no es huérfana, no. REBELION http://www.rebelion.org/noticia.php?id=36673
Fecha de ingreso: 27 de Agosto del 2006.

(...). Irán, en cambio, amenaza abierta y públicamente con borrar a Israel del mapa (...). Se puede comparar con que (Irán) quiera tener armas atómicas como Estados Unidos, Francia, Israel y Rusia"[33], era la primera vez que Israel reconocía que posee estas armas.

Otra de las razones reales para el ataque al Líbano sería el control sobre las fuentes de agua, que es una constante preocupación del Estado israelí y tiene antecedentes[34]. El analista Edelberto López, sostiene que "Las pocas precipitaciones convierte en crítica la situación para Israel, Jordania y los territorios ocupados palestinos, mientras que el Líbano con el (río) Litani y otros afluentes no tiene todavía que afrontar graves problemas, y Siria recibe una importante cantidad de suministro de los ríos Eufrates y Yarmouk". En este escario se explican los ataque a Líbano en el año de 1978 y el 2000, la operación de ese año se llamó "Río Litani". Este río se encuentra a 30 kilómetros de la frontera y ha sido una codiciada fuente de agua para los israelitas. El mencionado analista rescata un artículo de Terre E. Arnold, ex director de la Oficina de Estado contra el Terrosismo israelí, que señala "una de las principales carencias del Estado hebreo es el agua y la recompensa de la invasión al Líbano la constituyen las aguas del codiciado y estratégico río Litani -añade después- En términos brutales, en una tierra donde el agua es vida, los israelíes están dispuestos a matar, herir y desplazar a miles de personas y rehacer el mapa regional para obtener el agua"[35].

[33] AFP y EFE. Ehud Olmert es blanco de críticas dentro y fuera de Israel. Jueves, 14 de diciembre de 2006.

[34] "A principios de la década del 60 del siglo pasado, Israel bombardeó sin previo aviso una represa siria en construcción que desviaría parte de un afluente del río Jordán en las Alturas del Golán lo que limitaría la llegada del líquido a Israel (...)La Guerra de los Seis Días o la Guerra del Agua en junio de 1967 entre Israel y las naciones árabes, le permitió a Tel Aviv ocupar Cisjordania, la Franja de Gaza, el Sinaí egipcio y las Alturas del Golán sirio(...)Mientras la asignación del líquido suministrada a los habitantes de Gaza y Cisjordania se situó en 40 litros al día, a los cientos de miles de colonos israelíes llegados a la zona se les entrega de 450 a 500 litros". EDELBERTO LOPEZ BALCH. Israel, guerra por el agua. ATTACMADRID http://www.attacmadrid.org/d/7/060911182533.php.
Fecha de acceso: 14 de diciembre del 2006.

[35] Citado por Edelberto López Balch. Ibíd.

36

Considerando las razones reales de Israel en el conflicto: desarmar a Hezbolá, obtener control de las zonas petrolíferas y tener acceso a las fuentes de agua, podemos decir que Israel perdió la guerra. Hézbola se muestra en oriente medio, en el Líbano con más razón, como una fuerza que pudo detener a la inmensa maquinaria de guerra israelí, cosa que muchos gobiernos no pudieron hacerlo en el pasado. El agua del río Litani sigue en el Líbano y no prosperó el avance a Siria e Irán. De cualquier modo, el Líbano deberá estar atentado a las siempre posibles arremetidas de Israel hacia su territorio y fuentes de agua.

[36] Familias de un pueblo fronterizo del Líbano viajan a través de la peligrosa carretera costera entre Tyre y Sidon, durante el bombardeo israelí el sur del país en Julio. El gobierno libanés estimó que alrededor de 900.000 personas, aproximadamente el 25 porciento de la población, fue desplazada durante el conflicto.
Esta foto es ganadora del 3º lugar en la categoría Gente en las Noticias del concurso internacional World Photo Press,.WORLD PHOTO PRES.S Stephanie Sinclair, USA, NPR.
http://www.worldpressphoto.org/index.php?option=com_photogallery&task=view&id=843&Itemid=146&bandwidth=high
Fecha de acceso: 28 de abril del 2007.

37

Palestina

Muchas agresiones del Estado israelí han pasado a segundo plano por los ardientes conflictos en Irak, haciendo más escasa la cobertura de la situación. La política de la "limpieza étnica"[38] de Israel que busca eliminar y arrinconar a las poblaciones palestinas no ha parado. Esta lógica que la ha asumido el Estado israelí de manera permanente, con medidas que van desde la expansión de asentamientos judíos en Cisjordania y Gaza, hasta la matanza de líderes palestinos de manera selectiva, ha diezmado la población palestina y sus estructuras. Adicionalmente, tenemos la destrucción de reservas hídricas que limitan el recurso vital para los palestinos y la instalación de cientos de puestos de control.

[37] Un manifestante israelí es detenido por la policía de ese país durante una manifestación en Tel Aviv en contra de la agresión al Líbano YA LIBANAN http://yalibnan.com/site/archives/2006/07/israelis_protes.php.
Fecha de ingreso: 28 de abril del 2006.

[38] Término utilizado por Ilian Pape, historiado israelí, para describir la política israelí respecto a la población palestina. El inicio de esta lógica está marcado por el Plan Dalet de 1948.

Todo esto enmarcado en los acuerdos de Oslo que implicó la dependencia económica de aportes externos y consecuentemente la dependencia política[39].

La situación cotidiana de la población palestina en estas condiciones es asfixiante, la violencia diaria, cortes de agua y de luz, bloqueos en los puntos de control, así como lo señala Mohamed Safa[40], cuando sintetiza la situación en una frase del poeta palestino Darwish "reducir el concepto de la patria, a las necesidades de todos los días".

A partir del 11 de Septiembre no solo que el conflicto israelí palestino ha pasado a un segundo plano, sino que el término terrorista ha sido extendido ha cualquier tipo de luchas por la causa Palestina. En este escenario la "limpieza étnica" ha tenido mucho más campo de maniobrabilidad, lo que ha traído como consecuencia una división aun mayor en la Autoridad Palestina y del pueblo palestino, que es aun más grave.

Así las cosas, una salida moral y justa debe orientarse por las pautas que proponía Edward Said refiriéndose al modo de llevar las negociaciones no solo entre Israel y Palestina, sino del mundo árabe e Israel, "Toda negociación árabe-israelí que no tenga en cuenta la historia -para lo cual es necesario un equipo de historiadores, economistas y geógrafos con conciencia- no merecerá la pena"[41]. Negociaciones donde los países Europeos y Estados Unidos dejen de ser los únicos árbitros.

[39] "El pueblo palestino está pagando un precio desorbitado por Oslo, que, tras 10 años de negociaciones, le dejó con unos trozos de tierra sin coherencia ni continuidad, con unas instituciones de seguridad destinadas a garantizar el sometimiento a Israel y con una vida que le empobrecía para que el Estado israelí pudiera prosperar". EDWARD W SAID. El Precio de Oslo. El País. España. 21 de marzo del 2002.

[40] MOHAMED SAFA. Palestina sin agua, sin pan, sin luna ni estrellas. Postura para la conferencia Oriente Medio y la ofensiva imperialista. II Seminario "La Humanidad frente al imperialismo". Oviedo, 25 al 28 de octubre de 2006.

[41] EDWARD W SAID. El Precio de Oslo. El País. España, 21 de marzo del 2002.

¿Se está reaccionando?

Pese ha los atentados de Nueva York, Washington, Madrid y Londres. Pese al discurso de una "guerra de civilizaciones", "guerra contra el terrorismo", "terrorismo islámico" y otros términos que se utilizaron en los medios y gobiernos para crear una sensación de inseguridad en los ciudadanos que los obligue a justificar las guerras en medio oriente. Hay elementos para pensar que las miles de muertes civiles de Afganistán, Irak, Líbano y Palestina han generado un cambio en la manera de ver las causas de los ataques terroristas y el conflicto en medio oriente. Las personas han comenzado a cobrar interés por este asunto sobre el que se habla tanto, esto se ha traducido en "la necesidad que sienten ahora los occidentales de saber qué es el Islam y quiénes son los musulmanes"[42].

Estados Unidos

En este país George W. Bush volvió a ser electo presidente. El margen de la victoria fue estrecho, más si se considera el incremento natural de la popularidad que tiene un presidente cuando su país está en guerra, como la que mantiene Estados Unidos en medio oriente. Sin embargo tanto el número de militares estadounidenses muertos como de iraquíes han unificado a la opinión pública al calificar a la invasión a Irak como un fracaso.

Esta opinión se vio reflejada en la votación favorable que tuvieron los demócratas versus los republicanos en las elecciones para el Congreso (en el Congreso los demócratas alcanzaron 229 escaños y los republicanos 196[43]). Con esta nueva mayoría parlamentaria se dificulta mucho a la Administración Bush lograr dar el soporte financiero a sus políticas de guerra.

[42] HASHIM IBRAHIM CABRERA. Crisis de civilización y cambio de horizontes tras el fin de la historia. www.webislam.com Fecha de acceso: 1 de diciembre del 2006.
[43] Elecciones en los Estados Unidos. TERRA
http://www.terra.com/noticias/elecciones-eeuu-2006
Fecha de acceso: 13 de diciembre del 2006.

Además, esta opinión pública es obligó a Bush a replantear su estrategia en Irak, plan que lo presentado en enero del 2007. La miopía mostrada por este presidente, se ratificó con en envío de más tropas a Irak, lo que pone en entrever por lo que puedan hacer los demócratas al respecto.

España

Este país, que colaboró con tropas para la invasión a Irak, sufrió un terrible atentado el 11 de marzo del 2005. Pero la ciudadanía reaccionó de manera distinta, no se dejó llevar por la "pasión colectiva" y reflexionó sobre las causas del atentado, sobre las políticas que había tomado el Partido Popular encabezado por el presidente Aznar y decidió su voto por un cambio de las relaciones de España con otros países. Ibrahim Cabrera, analistas musulmán español comenta sobre la reacción del pueblo español ante los atentados del 11 de Marzo:
"En lugar de esconder la cabeza y reclamar orden y mano dura de los gobernantes, dijimos no a la guerra, y nos encontramos con que, por esta vez al menos, nuestras reivindicaciones iban a tener una respuesta política"[44].
La opción política que tomó España fue la del socialista Rodríguez Zapatero, quien tenía en su agenda la retirada de las tropas españolas de suelo iraquí, no hizo lo propio con las tropas en Afganistán.
No hay que desconocer el descontento del pueblo español tras el atentado de ETA, organización que estaba en el diálogo con el gobierno de Zapatero. Las apuntan a una escisión en ETA al momento de realizar las negociaciones.

Francia

A pesar de haber sido uno de los más fuertes críticos de la invasión a Irak, el gobierno francés se ha inclinado en los últimos

[44] HASHIM IBRAHIM CABRERA. Crisis de civilización y cambio de horizontes tras el fin de la historia. WEBISLAM. http://www.webislam.com/?idl=118
Fecha de acceso: 1 de diciembre del 2006.

años a tomar políticas represivas en temas de migración y conflictos sociales, lo que nos podría indicar una posible posición política externa más cercana a la política norteamericana en el futuro. Especialmente si gana la presidencia el ex ministro del interior y favorito Nicolas Sarkosy (candidato por el partido Unión por un Movimiento Popular, UMP), quién estuvo detrás del decreto de Estado de Emergencia que duró meses ante las protestas del año 2005 en los suburbios de Paris. En este período se encarcelaron a cientos de descendientes de emigrantes africanos que protestaban por la situación social que se vive en la periferia de la urbe.

Además, en este país se han tomado políticas discriminatorias para la mujer musulmana al prohibir que use el velo en escuelas públicas[45]. El velo es una manifestación de las creencias religiosas de la persona, de su derecho a la libertad de culto, que deben ser respetadas cuando no hagan daño a los demás, como no lo hace el velo. Como el Islam, el Catolicismo u otras religiones pueden ser fundamentalistas, el laicismo también puede llegar a serlo y así sucede en algunos países de Europa (Holanda se sumó a la prohibición del uso del velo). Resulta un irrespeto a las personas que viven, piensan y creen de manera distinta. Hay detrás de esta decisión gubernamental un afán de integrar a los extranjeros pero de una manera tal que pierdan su identidad religiosa y cultural. Mientras reviso este ensayo, transcurren los últimos minutos para las elecciones en este país, frente a una favorita postulación de Sarkosy, el partido socialista configura su candidatura con Senegolene Royal, como una persona que podría competir con la fuerza. La candidata ha iniciado su campaña con una gira en medio oriente en la que tuvo entrevistas con dirigentes de Hezbolá, Hamas y Ehud Olmert, primer ministro israelí. Sin embargo, también ha tenido fuertes críticas sobre sus comentarios que han dejado ver desconocimiento sobre la historia del conflicto árabe.

[45] "Prohibir el uso del velo islámico o del gorro judío y los crucifijos en la escuela pública francesa o de cualquier sociedad postindustrial, resulta tan dogmático y

Además, otro candidato que se perfila para la segunda vuelta es el centrista Bayrou, quien ha repuntado en las últimas semanas y finalmente Le Pen, cuyo electorado podría ser decisivo en la segunda vuelta. Así las cosas, Francia se convierte en una incógnita, seguirá el paso de algunos países europeos que rechazaron políticas de guerra o se perfila como un aliado a las mismas, de cualquier modo su peso es decisivo en las decisiones internacionales.

Finalmente

No se puede decir que la reacción de las personas cuyos gobiernos protagonizaron la guerra contra el terrorismo sea generalizada. Los medios de información y los discursos de muchos gobiernos continúan estigmatizando al Islam y ligándolo indisolublemente con el terrorismo. La reelección de Bush, el posible triunfo de Sarkozy, demuestran que gran parte de la población no distingue los intereses económicos y políticos que se sigue detrás de esas grandes guerras por la seguridad y la democracia. Empero, la victoria de Romano Prodi en Italia, de Zapatero en España, de los demócratas en el Congreso estadounidense, nos animan a pensar que también las muertes de civiles en Afganistán, Irak, Palestina, Líbano, han obligado a replantear las relaciones de muchos países con medio oriente, acercando a las tendencias más tolerantes y democráticas al diálogo.

Latinoamérica como espectador

Latinoamérica ha tenido a lo largo de su historia un contacto con los países árabes por efecto de olas migratorias. Se calcula que son entre 18 y 20 millones los árabes que viven en Latinoamérica[46]. Sin embargo, los gobiernos no se han preocupado de establecer lazos entre los Estados y pueblos que

[46] Entrevista a Dima Khatib, corresponsal de Al Jazeera para Latinoamérica RFBELION. http://www.rebelion.org/noticia.php?id=39130
Fecha de ingreso: 11 de octubre del 2006

profundicen las formas de cooperación de regiones que tienen más de una característica común. Justamente estas coincidencias, han llevado a que en el momento político actual las relaciones se proyecten con reales posibilidades consolidación. Se establece así un escenario donde dónde los países del norte dejan de ser el centro de nuestra comunicación.

¿Se descuidaron de Latinoamérica?

En Latinoamérica la izquierda ha ganado posiciones que no tuvo en los década de los noventa. Son diferentes las razones para encontrar el sentido al resurgimiento de esta tendencia, una de los que se sostiene con fuerza, es que los Estados Unidos en los últimos años no ha prestado atención a esta región, justamente por sus conflictos en medio oriente.
Los que sostienen esa idea, apuntan como una muestra el fracaso de la creación de un área de libre comercio que se pretendía cubriera todo el continente. La Casa Blanca pretendía hacer que todo el continente americano sea una gran área de libre comercio (ALCA). Proyecto que fracasó por la oposición de muchos países, encabezados por la MERCOSUR. Posteriormente se planteó la creación del Tratado de Libre Comercio (TLC) con regiones del continente, el cual tampoco tuvo acogida, salvo en tres de los países de la Comunidad Sudamericana de Naciones, Chile, Perú y Colombia. En los dos últimos casos el TLC no es un hecho, pues no ha sido resuelto por el Congreso de los Estados Unidos y se ha puesto en duda su aprobación tras la victoria del Partido Demócrata, donde algunos de sus integrantes consideran que estos acuerdos benefician a sectores minoritarios y perjudican a mayorías.
Además, se sostiene que Estados Unidos "se ha descuidado" de Latinoamérica, como si necesitáramos cuidado, porque la ayuda financiera y los programas de desarrollo que limpiaban el nombre del gobierno estadounidense se han destinado a Oriente Medio, sea para la guerra o para reconstruir sus consecuencias.

Si bien estos hechos son ciertos, estas razones no explican el resurgimiento de la tendencia de izquierda en Latinoamérica[47]. Se olvidan los índices de pobreza de Latinoamérica en el inicio de este siglo como consecuencia de las políticas neoliberales que se tomaron en los países de la región a partir de los años ochenta y especialmente en los noventa, siendo los ejemplos más claros el argentino y el venezolano. Así como el trabajo de los movimientos sociales, en países como Brasil, Bolivia, Ecuador. Adicionalmente, la deslegitimación de los representantes tradicionales como es también el caso de Bolivia, Ecuador y de cierto modo Argentina.

Derecho Internacional

La existencia de un Derecho que ponga en situación de iguales a los Estados, independientemente de su fuerza militar o de su tamaño, ha implicado un gran acuerdo sobre principios que deben sostener las relaciones entre Estados y que son el fundamento del Derecho Internacional Público. Sin estos principios las normas internacionales se vuelven retórica y las organizaciones internacionales pierden legitimidad y representatividad.
La flagrante violación al Derecho Internacional Público en los conflictos llevados en medio oriente sientan un precedente que debe alarmar a toda la comunidad internacional, especialmente a Latinoamérica.
El caso más ilustrativo es la invasión a Irak. Donde la intervención estadounidense abofeteó a las naciones que reconocen al derecho internacional como regulador de las relaciones entre los Estados.
Según el principio de no intervención ningún Estado puede ejercer autoridad sobre otro. Para Remiro Brotóns un acto de intervención implica "un acto por el cual un Estado, o grupo de Estados, se entromete por vía de autoridad en los asuntos de

[47] Se consideran a los gobiernos de Kitchner en Argentina, de Correa en Ecuador, de Morales en Bolivia, de Daniel Ortega en Nicaragua, y de Chávez en Venezuela como los representantes de esta tendencia. Hay quienes suman tambien a la lista a Bachelet de Chile, Lula en Brasil y Tabaré Vásquez en Uruguay.

jurisdicción doméstica de otro Estado, para imponerle un comportamiento determinado"[48]. Primer principio violado por la ocupación mientras no se realizaron las elecciones en Irak y que se sigue violando con la autoridad ilegítima que tiene el ejército de ocupación respecto a la seguridad en territorio iraquí.

"Un enano es tanto un hombre como un gigante, una pequeña república no es menos Estado soberano que el reino más poderoso"[49]. El principio de igualdad determina que si bien los Estados tienen diferencias reales, jurídicamente son iguales, por lo que las normas generales les serán aplicadas por igual. Cuando Irak invadió Kuwait, en aplicación al principio de no intervención y la soberanía de los estados, fue expulsado y sancionado por las Naciones Unidas. ¿Las Naciones Unidas expulsarán y sancionarán a Estados Unidos por su invasión a Irak?

El principio de libre determinación se explica con su nombre. La libre determinación, conforme reza el art. 2 de la Resolución 1514 de las Naciones Unidas expresa:

"Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural"

Entonces Irak, a pesar de las condiciones políticas que vive, de los conflictos entre chiítas y sunitas, puede y tiene derecho a tomar las riendas de su destino. No debe, por lo expresado en este artículo, depender del "Plan Irak" que tenga la Casa Blanca para poder decidir "libremente su desarrollo económico, social y cultural".

Podemos nombrar más principios vulnerados, como el de resolución pacífica de controversias internacionales o el de reciprocidad, todos nos llevarán a concluir que la lucha por los recursos naturales en el mundo va a rebasar la fuerza con la que la comunidad internacional y el derecho puedan controlarla.

[48] REMIRO BROTÓNS, citado por Julio Barboza. Derecho Internacional Público. Editora Zavalia, página, 281. Argentina, 2001.

[49] PHILIPPE CAHIER, citado por Julio Barboza. Derecho Internacional Público. Editora Zavalia, página, 287. Argentina, 2001.

En nuestros países

En el caso latinoamericano, a pesar de la deforestación desmedida de importantes áreas amazónicas y el desentendimiento de la importancia de los recursos hídricos, nuestra región aparece en el mapa mundial como la zona de mayores fuentes de agua dulce en el planeta y con recursos petroleros que todavía son abundantes.

Solo en el Brasil se concentra la quinta parte del agua dulce del planeta, Latinoamérica cuenta con los 25 ríos más caudalosos del mundo y el 20% de la fuente de agua revocable proviene de la cuenca del Amazonas. La demanda de agua dulce se duplica cada 20 años, a un ritmo dos veces más rápido que la tasa de crecimiento poblacional[50].

En cuanto a los recursos petrolíferos, se tiene en la zona a importantes productores. En Venezuela se concentra el 6% de las reservas mundiales de petróleo y se tienen considerables reservas en Brasil, Colombia, Perú y Ecuador.

Si bien en la actualidad parecería improbable un ataque frontal de un Estado a alguno de los Estados latinoamericanos por temas del agua. En un futuro mediato esta posibilidad posiblemente se cristalice, conforme crezca el consumo de agua y escaseen sus fuentes, igual cosa con el petróleo.

Además, analistas sostienen que las bases militares norteamericanas en Latinoamérica obedecen no solo a una persecución al narcotráfico, sino para asegurar la presencia armada en la cuenca amazónica, que como hemos señalado es una de las más ricas en recursos hídricos. El solo hecho de su presencia ya es un atentado al principio de soberanía, más si se considera que sus tareas han sobrepasado el control del narcotráfico y en más de una ocasión han hundido barcos de civiles, como es el caso ecuatoriano.

[50] TONY CLARKE Y MAUDE BARLOW. El desafío ante la privatización de los sistemas de agua en Latinoamérica. REBELION.
http://www.rebelion.org/noticia.php?id=2475
Fecha de acceso, 14 de diciembre del 2006.

Sin embargo, a los políticos latinoamericanos se les ha pasado por alto la situación de medio oriente, una zona que consideran todavía lejana, salvo el presidente Chávez que se ha ganado el aprecio del mundo árabe[51]. En primer lugar Latinoamérica debe tener un posicionamiento – la Comunidad Sudamericana de Naciones es un interesante espacio para esto- que sea enfático en el respeto al derecho internacional y a los derechos humanos que ante ojos de la humanidad han sido y son violados en medio oriente. Este posicionamiento debe darse enmarcado a los principios que unen a las naciones latinoamericanas y a sus pueblos que no pueden tolerar masacres civiles como la del Líbano, Irak o Afganistán, ni torturas sistemáticas a un pueblo como el palestino. Pero además debe ser el inicio de una reflexión de lo que puede acontecer en nuestra región si consideramos los intereses que existen sobre los recursos naturales latinoamericanos, teniendo como precedente, el cada ves más cercano, oriente.

Concluyendo

A partir del ataque del 11 de septiembre se inicia la "guerra contra el terrorismo", que da lugar a la creación de conceptos equivocados de lo que es el Islam y medio oriente. Se plantearon teorías que condenaban el mundo a un enfrentamiento de civilizaciones irremediable. Se utilizaron falacias, que generalizaban la diversidad de tendencias que existen en el Islam, reduciéndolas a "terrorismo" y "fundamentalismo". Las personas se dejaron llevar por la "pasión colectiva" y fueron cómplices de los abusos que se cometieron en Afganistán. Pese a eso Osama Ben Laden, autor de los atentados, jamás fue capturado y la sombra del terrorismo se siguió alimentando.

[51] La popularidad del presidente venezolano en Medio Oriente es mejor a la que tiene en su propio país, en una entrevista la reportera de Al Jazeera para Latinoamérica señaló: cuando el presidente Chávez habla de EEUU esta diciendo lo que tiene en mente el 99% de los árabes y a lo mejor de los musulmanes (...)Cuando el presidente Chávez retiró a su embajador de Israel; hizo lo que ningún dirigente árabe se atrevió a hacer. A mi me dicen por ejemplo que en Palestina, en las universidades, tienes ahora tres fotos; la del Che Guevara, la de Yasser Arafat y la de Hugo Chávez. Entrevista a Dima Khatib, corresponsal de Al Jazeera para Latinoamérica. REBELION. http://www.rebelion.org/noticia.php?id=39130
Fecha de ingreso: 11 de octubre del 2006

Dos años más tarde, la "pasión colectiva" había perdido intensidad. Por lo que la comunidad internacional y la sociedad civil del mundo fueron mucho más críticos ante la propuesta de una nueva guerra: Irak, era el blanco. Se sentó un precedente de las manifestaciones sociales a nivel planetario. La oposición a este enfrentamiento fue casi generalizada, pero los intereses económicos y políticos en juego abofetearon a la opinión pública y continuaron con su proyecto. El resultado de esta iniciativa ha sido la muerte de más de 600.000 personas y la detonación de un conflicto indómito.

Adicionalmente, en este contexto especial de medio oriente, Israel ha sido protagonista de confrontaciones bélicas de gran magnitud. En el Líbano el argumento de legítima defensa le sirvió a Israel para destruir la infraestructura de este país y dejar mil muertes a su paso. Mientras que en Palestina continúo con su política de la limpieza étnica.

Todos estos acontecimientos mostrados a occidente desde los difusos lentes de las grandes cadenas de comunicación que han mostrado su compromiso con los grupos de poder que tienen intereses en los conflictos de medio oriente.

De cualquier modo, las muertes y los fracasos de las misiones bélicas emprendidas que no han podido ser ocultados, han resultado en victorias de tendencias más tolerantes y democráticas en Italia, España y los mismos Estados Unidos, que nos alientan a pensar que se puede estar abriendo un paso a un verdadero diálogo.

Latinoamérica ha estado en constante contacto con poblaciones árabes producto de olas migratorias, pero los gobiernos no se han preocupado de consolidar estas relaciones a nivel de Estados. Paralelamente en el subcontinente emerge una tendencia de izquierda, que ha sido percibida por algunos analistas como resultado de la "desatención de los Estados Unidos a Latinoamérica, debido a su única prioridad de medio oriente", lo que no consideran estos analistas es el colapso de sistemas económicos neoliberales, y en algunos casos de la organización social, como verdaderas razones para que emerja esta tendencia. Sin embargo -y exceptuando el caso venezolano- nuestros países han mostrado total indiferencia con los hechos históricos que acontecen en medio oriente.

Esta indiferencia posiblemente se deba, a que no se repara en las implicaciones que tiene para Latinoamérica un precedente como el de medio oriente, en el que se viola flagrantemente el derecho internacional por la codicia de los recursos naturales. Parece ser que los gobernantes no advierten el peligro de que la misma situación se repita en nuestros territorios. En este escenario corresponde a nuestros gobernantes mostrar su posición ante masacres como la de Afganistán, Irak o Líbano, su posición ante los asesinatos selectivos en Palestina.

La Comunidad Sudamericana de Naciones aparece como una institución apropiada para consolidar estas posturas que deben tomarse en consideración de los valores que sustentan a nuestra región y con el intento de iniciar una reflexión sobre los intereses que merodean nuestros recursos naturales, teniendo como precedente lo que sucede en oriente medio.

Bibliografía

- AFP y EFE. Ehud Olmert es blanco de críticas dentro y fuera de Israel. Jueves, 14 de diciembre de 2006.

- ATTACMADRID
http://www.attacmadrid.org/d/7/060911182533.php
Fecha de acceso: 14 de diciembre del 2006. EDELBERTO LOPEZ BALCH. Israel, guerra por el agua.

- ALIQ TARIQ. ¿Choque de Civilizaciones? EDUCERE, CONTROVERSIA, AÑO 5, N° 16.
Enero - Febrero- Marzo, 2002

- BARBOZA JULIO. Derecho Internacional Público. Editora Zavalia, página, 281. Argentina, 2001.

- CHOMSKY NOAM, entrevista realizada para Znet. REBELION. http://www.rebelion.org/noticia.php?id=14713
Fecha de ingreso: 2 de diciembre del 2006

- CLARKE TONY Y BARLOW MAUDE. El desafío ante la privatización de los sistemas de agua en Latinoamérica. REBELION.
http://www.rebelion.org/noticia.php?id=2475
Fecha de acceso, 14 de diciembre del 2006.

- EDUARDO MONTES DE OCA. Líbano: la derrota no es huérfana, no. REBELION
http://www.rebelion.org/noticia.php?id=36673
Fecha de ingreso: 27 de Agosto del 2006.

- ELMANDJARA MAHDI. Humillación. El Islam sometido por Occidente, Editorial Almuzara. España, 2005.

- GARA. EDITORIAL. Guerra en Afganistán. España, 18 de agosto del 2005.

- HUNTINGTON SAMUEL¿Choque de civilizaciones?. Foreign Affairs En Español, verano de 1993.

- HUNTINGTON SAMUEL P.El choque de civilizaciones. Editorial Paidós, Buenos Aires, p. 259.

- IBRAHIM CABRERA HASHIM. Crisis de civilización y cambio de horizontes tras el fin de la historia. www.webislam.com Fecha de acceso: 1 de diciembre del 2006.

- JORGE JOSE EDUARDO. ¿Choque de Civilizaciones? Universidad de Chile. http://www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre1/_2005/choque/modulo4/clase1/doc/Choque%20de%20civilizaciones.doc. Fecha de acceso:11 de Noviembre del 2006.

- KATHIB DIMA, entrevista. REBELION. http://www.rebelion.org/noticia.php?id=39130 Fecha de ingreso: 11 de octubre del 2006

- KHOURI RAMI. "Politics and Perceptions in the Middle East after September 11" based on a presentation at the 2002 American Political Science Association Annual Meeting. http://conconflicts.ssrc.org/mideast/khouri/. Fecha de acceso: 2 de diciembre del 2006.

- LOPEZ BALCH EDELBERTO. Israel, guerra por el agua. ATTACMADRID http://www.attacmadrid.org/d/7/060911182533.php . Fecha de acceso: 14 de diciembre del 2006.

- MAHDI ABDALLAH ABDEL , Causes of Anti-Americanism in the Arab World: A Socio-Political Perspective. MERIA JOURNAL. 4 de Diciembre del 2003.

- SAID EDWARD. The Islam and the West are inadequate banners. The Guardian, 16 de Septiembre 2001.Traducción del autor.

- SAID EDWARD. Pasión colectiva. El País, 19 de septiembre de 2001.

- SAID EDWARDD W. El precio de Oslo, El país, 21 de marzo del 2002.

- SAFA MOHAMED. Palestina sin agua, sin pan, sin luna ni estrellas. Postura para la conferencia Oriente Medio y la ofensiva imperialista. II Seminario "La Humanidad frente al imperialismo". Oviedo, 25 al 28 de octubre de 2006.

- SALAMA AHMED S., AFP, Cairo, 2 de Octubre del 2003. MERIA.
http://meria.idc.ac.il/journal/2003/issue4/jv7n4a6.html
Fecha de acceso: 30 de Noviembre del 2006.

- TERRA Elecciones en los Estados Unidos.
http://www.terra.com/noticias/elecciones-eeuu-2006/
Fecha de acceso: 13 de diciembre del 2006.

- THE ODORA.
http://www.theodora.com/maps/new8/middle_east.jpg.
Fecha de acceso: 15 de diciembre del 2006.

- WAHAB ELMISSIRI ABDEL, entrevista con al-Jazeera. 25 de Septiembre del 2003. MERIA.
http://meria.idc.ac.il/journal/2003/issue4/jv7n4a6.html
Fecha de acceso: 30 de noviembre del 2006.

- WIKIPEDIA. Atentados del 11 de Septiembre del 2001.
http://es.wikipedia.org/wiki/Atentados_del_11_de_septiembr e _de_2001 Fecha de acceso: 11 de diciembre del 2006.

- WIKIPEDIA.Guerra en Afganistán.
http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_de_2001_en_Afganist%C 3%A1n . Fecha de acceso: 11 de diciembre del 2006.

- WIKIPEDIA Invasión a Irak 2003.
http://es.wikipedia.org/wiki/Invasi%C3%B3n_de_Iraq_de_200 3. Fecha de acceso: 13 de diciembre del 2006.

- WIKIPEDIA Guerra del Líbano 2006
http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_del_L%C3%ADbano_de_2006. Fecha de ingreso: 13 de diciembre de 2006.

-WORLD PHOTO PRESS Jean-Marc Bouju, Francia, The Associated Press.
http://www.worldpressphoto.org/index.php?option=com_photogallery&task=view&id=202&Itemid=115&bandwidth=high
Fecha de acceso: 28 de abril del 2006.

- WORLD PHOTO PRESS. Peter van Agtmael, USA, Polares Images.
http://www.worldpressphoto.org/index.php?option=com_photogallery&task=view&id=835&Itemid=146&bandwidth=high
Fecha de acceso 28 de abril del 2007.

- WORLD PHOTO PRES.S Stephanie Sinclair, USA, NPR.
http://www.worldpressphoto.org/index.php?option=com_photogallery&task=view&id=843&Itemid=146&ban dwidth=high
Fecha de acceso: 28 de abril del 2007.

- YA LIBANAN
http://yalibnan.com/site/archives/2006/07/israelis_protes.php .
Fecha de ingreso: 8 de abril del 2006.

LA UNIÓN EUROPEA COMO BLOQUE: INTERVENCIÓN DIPLOMÁTICA EN LAS RELACIONES ENTRE ESTADOS UNIDOS E IRÁN.

David E. Rivas Vinueza

Introducción:

A lo largo de la Historia de la humanidad las relaciones entre los pueblos se han caracterizado por un sin número de inconvenientes que han marcado a la diplomacia mundial. Esta aseveración puede hacerse por la cantidad de hechos que se han suscitado a lo largo y ancho de los continentes. Un caso que resulta ejemplificador son las incesantes negociaciones y acercamientos que llevó a cabo el Gobierno del ex – Presidente Norteamericano Bill Clinton con la finalidad de que Palestinos e Israelíes apacigüen las continuas agresiones y enfrentamientos entre sus civiles y sus fuerzas tanto regulares como irregulares.

En Latinoamérica también se dio un caso de intervención diplomática de terceros estados distintos a aquellos que se encontraban en conflicto. El caso en referencia es el acontecido hace algunos años entre Ecuador y Perú durante el conflicto en el Alto Cenepa en el cual Brasil, Argentina, Chile y Estados Unidos participaron como garantes del cese del fuego y el restablecimiento de la paz y la seguridad tanto en la zona fronteriza entre las dos naciones en conflicto, como en todo su territorio.

En ambos casos ejemplificativos hay una figura común: Estados Unidos. Esta poderosa Nación ha sido partícipe de decenas de conflictos internacionales no solo como actor principal, como en Vietnam, Irak o Afganistán, sino también como tercero imparcial "negociador", por darle un término genérico, y evitar calificarlo como árbitro o mediador[1].

[1] De esta forma actuó en los conflictos entre Palestina e Israel y en el más reciente y cercano entre Ecuador y Perú.

Cabe mencionar que en la actualidad Estados Unidos interviene directa o indirectamente en varios conflictos a lo largo del Planeta.

Luego de los ataques terroristas del 11 de Septiembre, por la paranoia y aparente esquizofrenia de parte de algunas de sus máximas autoridades, quienes en un desesperado afán por capturar a sus atacantes han acabado con pueblos y ciudades enteras, no se ha cesado en la idea de creer que sus mayores y públicos detractores internacionales, por razones políticas, económicas, religiosas y culturales pretenden desarrollar un intensivo plan armamentista nuclear en su contra. Lo ocurrido en Irak, esto es la invasión, sometimiento y ocupación con el pretexto de encontrar las armas químicas y nucleares que Sadam Hussein habría estado desarrollando y su consiguiente fracaso en la búsqueda, que solo conllevó a la captura del ex líder Iraquí y la administración, uso y aprovechamiento del petróleo de ese país, ponen en tela de duda las verdaderas intenciones de la Nación militarmente más poderosa del Mundo.

En la actualidad la preocupación mundial se centra en las acusaciones y amenazas que Estados Unidos ha emitido en contra de Corea del Norte e Irán. Con la primera de estas naciones, se mantienen tensas relaciones tanto por el desarrollo nuclear como por las políticas económicas del régimen norcoreano frontalmente contrarias a la ideología y sistema estadounidense. Con la segunda las diferencias alcanzan temas religiosos ya que el pueblo Iraní esta convencido de la culpa del régimen norteamericano de todos los males que aquejan al mundo y por eso sus ciudadanos, sean o no militares o políticos, públicamente han jurado su venganza en contra de la nación norteamericana y su población. El gobierno Iraní es un poco más cauto que su población al tratar el tema y aunque si bien mantiene claras diferencias con el Gobierno de Estados Unidos no adopta una posición tan extremista y ha presentado cierto interés frente a las distintas ofertas internacionales que proponen negociar su posición.

Es aquí en donde de manera inédita surge la figura de la Unión Europea (UE) como nuevo tercero imparcial negociador en una controversia internacional que de no alcanzar una solución podría tener gravísimas consecuencias a nivel Mundial. Por esto en este trabajo, que presentará un acercamiento a las posiciones principalmente de los tres actores de la divergencia, lo que se pretende es realizar un análisis sobre la posibilidad de que la UE actúe en bloque con éxito en las Relaciones internacionales de terceros, especialmente entre EEUU e Irán. La actuación en conjunto y su influencia positiva en el problema demostraría que el nivel de integración que ha alcanzado la Unión está descubriendo sus frutos en el contexto internacional y constituye un ejemplo de racionalidad y solidaridad en todo el mundo.

I. La posición de Irán.

Resultaría poco didáctico si se ubica y describe la posición de Irán en el problema sin previamente hacer una aproximación acerca de las generalidades que constituyen el contexto de este país.

La República Islámica de Irán cuyo nombre oficial es Jomhurii-ye Eslami-ye Irān se encuentra ubicada al suroeste de Asia, su capital es Teherán, tiene una población al año 2005 de 68'017.860 habitantes en su territorio, el cual es regido por un sistema Teocrático de Gobierno que reconoce una Constitución promulgada en diciembre de 1979 y revisada en 1989. Su economía presenta un producto interno bruto al año 2003 de 137.144 millones de dólares americanos, estando mayormente sustentada en las exportaciones de Petróleo y textiles. Sus principales socios comerciales para las exportaciones son Japón, Italia, Francia, Países Bajos, Bélgica-Luxemburgo, España, Alemania; mientras que para las importaciones además de los ya mencionados Alemania, Japón e Italia, se suman Reino Unido y Emiratos Árabes Unidos. Por su parte las principales industrias que Irán presenta son las Petrolíferas, petroquímicas, textiles, material de transporte, cemento y otros

materiales de construcción, agroalimentarias (en particular refinerías de azúcar y producción de aceite vegetal), metalurgia, armamento y equipos militares[2]. Es respecto a esta capacidad Iraní de producir armas y otros materiales bélicos en donde surge la mayor preocupación de los estados a nivel mundial.

Irán es una Nación que no ha estado libre de conflictos tanto internos como internacionales. Domésticamente, el país fue una monarquía constitucional regida por un sha, desde 1906 hasta 1979, año en el que se estableció la actual República Islámica como resultado de un inmenso levantamiento popular dirigido por clérigos islámicos. En aquel entonces el proceso de cambio de régimen produjo enfrentamientos entre quienes luchaban por mantenerse en el Poder y quienes propugnaban por la revolución. En el ámbito internacional, este Estado mantuvo un conflicto bélico de grandes proporciones con Irak entre 1980 y 1988. Fueron 8 años de guerra total a cuya consecuencia las refinerías y los campos de petróleo iraníes se vieron severamente afectados por los ataques iraquíes, provocando derrames de grandes cantidades de crudo en el mar lo cual obviamente produjo un daño ambiental del cual aun existen secuelas. Además, de aquel conflicto aun se pueden encontrar las municiones y minas antipersonales plantadas durante el mismo lo que representa un grave peligro para la vida no solo de las personas que habitan las áreas en donde se encuentran dichos materiales, sino también de los animales que son en muchos casos su medio de sustentación o transporte.

Uno de los temas principales al hablar de Irán es sin duda su religión. Esta afirmación puede hacerse sin miedo a equivocaciones por las constantes manifestaciones públicas que se aprecian en todos los medios alrededor del Mundo y que

[2] "Irán." Microsoft® Encarta® 2006 [CD]. Microsoft Corporation, 2005.

generalmente implican consignas y frases contrarios a la maayoría de creencias occidentales y que en ciertas ocasiones alcanzan posiciones tan extremas como las de jurar transformar al mundo a la fuerza si es que este no se convierte a su fe. En este país el shiísmo, representa la confesión islámica maayoritaria la cual es seguida por el 94% de la población. Asimismo se pueden encontrar musulmanes suníes que conforman el 8% de la población, y existen en menor cantidad comunidades en retroceso de cristianos, judíos, zoroastristas y behaíes[3]. A más de esto, algunos de los lugares más sagrados de esta religión en el planeta, se encuentran en Irán, como la ciudad de Qom, al sur de Teherán, que es un importante centro de peregrinación.

En referencia al Gobierno Iraní, este reconoce al Islam como la base de sus relaciones políticas, económicas y sociales, y se encuentra dividido en tres poderes: Ejecutivo, Judicial y Legislativo. El Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente el cual es elegido por voto universal para periodos de cuatro años, pero se mantiene siempre bajo el liderazgo religioso del wali faqih quien, al ser elegido por la Asamblea de Expertos, es el guía supremo del país y supervisa todos los actos del gobierno. Por su parte la función legislativa la ejerce un parlamento unicameral conformado por 290 miembros elegidos igualmente por un periodo de cuatro años en cuyas facultades se encuentra la posibilidad de hacer dimitir al Presidente luego de un proceso de censura. Además, las leyes en Irán son promulgadas previa aprobación del Consejo de Defensa y Vigilancia de la Constitución. Respecto al Poder Judicial, su máxima Institución es el Tribunal Supremo, cuyo Presidente es designado por el Wali Faqih, y presenta entidades menores reconocidas como los tribunales islámicos revolucionarios.

En cuanto a sus Relaciones Internacionales, Irán es miembro fundador y de pleno derecho de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), e integra como uno de sus miembros más

[3] Microsoft Encarta op. cit., p. 2

activos e influyentes la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP). El país Islámico, como se mencionó anteriormente mantiene relaciones comerciales con varios Estados de la Unión Europea. Así mismo se han proliferado distintas negociaciones con otros países asiáticos y del resto del mundo. Sin embargo, las relaciones con la mayor potencia internacional, los Estados Unidos, se mantienen en una tensa calma sobre todo en los últimos años. Esto no es una novedad pues durante mucho tiempo, sobretodo por los intereses generados alrededor del Petróleo, no solo Estados Unidos sino también el Reino Unido ha tenido varias discrepancias con los distintos gobiernos Iraníes.

El punto de mayor algidez de las relaciones entre Irán y EEUU se ha suscitado en los últimos años pese a que desde las elecciones iraníes en 1997 las relaciones entre ambos países habían mejorado. Esta idea era una simple apariencia pues luego de los atentados sufridos el 11 de septiembre de 2001, en enero de 2002, el presidente estadounidense George W. Bush hizo públicas unas declaraciones a través de las cuales incluyó al país Islámico en lo que él denominó "El eje del mal" junto con Irak y Corea del Norte, que en estos días también se encuentra en el centro del huracán por las pruebas militares que ha realizado con cohetes de alcance continental y por los ensayos con armas atómicas de menor poder. Así mismo, Irán integra el mencionado eje pues según el Gobierno Norteamericano se considera que apoyaba y apoya a grupos terroristas y lo que es peor se ha mantenido desarrollando armamento nuclear. La declaración realizada por el Presidente W. Bush, ha sido unánimemente condenada no solo en Irán sino alrededor del Mundo sobretodo por los antecedentes similares previos al fiasco estadounidense en Irak.

En relación al conflicto con Bagdad, iniciado en marzo de 2003, Irán se comprometió a permanecer y mantener una posición neutral. Como medida que garantizaba dicha posición, en diciembre de ese año, firmó un protocolo adicio-

nal al Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares de 1968[4] , concediendo a la Agencia Internacional de la Energía Atómica (AIEA) mayor autoridad y capacidad de acceso para inspeccionar sus instalaciones nucleares. La razón por la que internacionalmente se buscó esta colaboración, por así llamarla, de parte de Irán fue que durante noviembre del 2003 dicha agencia detectó que este país se encontraba desarrollando programas atómicos con el objetivo de enriquecer uranio y aislar plutonio lo cual es indispensable y constituye el primer paso en la fabricación de armas con poder atómico.

Efectivamente, Irán admitió que había violado las obligaciones contraídas en virtud de su acuerdo de salvaguardias por haber ocultado durante 18 años su programa nuclear que incluye la construcción secreta de una planta de enriquecimiento de uranio en la que se puede (aunque no hay pruebas de que se lo haya hecho) producir material fisionable para la fabricación de armas con alcance nuclear. Las investigaciones llevadas a cabo desde entonces por el AIEA se han visto entorpecidas en todo momento por la lenta cooperación y la falta de transparencia por parte del Irán. Por ello, a pesar de las afirmaciones acerca de un desarrollo pacífico de energía nuclear, este Organismo no ha podido determinar si las actividades realizadas son exclusivamente de tal naturaleza o si efectivamente se pueden establecer claros indicios de responsabilidad para confirmar lo contrario.

Como se puede apreciar, la preocupación mundial se centra en el enriquecimiento de uranio pues se trata de la primera etapa que se lleva a cabo para la elaboración de una bomba atómica y en general de armas nucleares. Enriquecerlo significa separar sus partículas útiles para una fisión, de las que no lo son. Al lograrlo se obtiene el uranio enriquecido el cual es apto para la fabricación de bombas como las que produjeron los desastres en Hiroshima y Nagasaki al finalizar la Segunda Guerra Mundial.

[4] Ibid. p 3.

En relación a esta intranquilidad mundial, Irán ha señalado que tiene un legítimo derecho a desarrollar programas de carácter nuclear con la finalidad de mejorar el abastecimiento de energía no solo en su territorio sino en aquellos territorios aledaños que requieran y por su puesto puedan pagar los costos del suministro de dicha fuente energética. Esto quiere decir que la nación islámica aparentemente no estaría desarrollando armas nucleares, si no que se confirmaría que la utilización de esta fuente de energía sería efectivamente para fines pacíficos.

El programa de Irán estaría sustentado en sus intereses legítimos de uso de energía nuclear. Sin embargo sus detractores indican que no se trata de fines pacíficos sino todo lo contrario, argumentando que esto es solo una pantalla para "camuflar el programa secreto"[5] de esta nación. Respecto a esto es necesario tomar en cuenta, como se mencionó anteeriormente que Irán fue uno de los primeros signatarios del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, el cual en términos generales estipula que todos los Estados que son parte de dicho Tratado y que no posean armas nucleares se comprometen a renunciar al desarrollo y posesión de las mismas. En el documento también se incorpora el legítimo derecho a utilizar la energía nuclear con fines pacíficos, lo cual sustentaría el interés Iraní. Este interés según los iraníes se enfoca en el desarrollo nuclear para proveer de energía a su territorio. Igualmente, en el Tratado, se indica que se debe concluir un acuerdo de salvaguardias (Safeguards Agreement) con la Agencia Internacional de la Energía Atómica, para que sea esta entidad internacional la que pueda controlar las actividades nucleares del país respectivo y supervisar el cumplimiento de sus obligaciones. Como vemos, existen algunas violaciones al Tratado por parte de Irán al haber desarroollado el programa en secreto y con posterioridad aceptar expresamente dicho hecho.

[5] Al existir la aceptación expresa por parte de Irán en el 2003 de que efectivamente se encontraba desarrollando un programa de carácter nuclear, este dejó de ser secreto.

II. La posición de Estados Unidos

Al igual que al referirnos a Irán y a pesar de estar mencionadas en principio las posturas de Estados Unidos frente a las actividades nucleares de la Republica Islámica, es necesario para efectos comparativos hacer un acercamiento a la realidad Norteamericana a través de una breve descripción de ella y mención de datos generales.

Los Estados Unidos de América, es la nación más poderosa del Mundo en casi todos los aspectos: política, economía, fuerzas armadas, tecnología, etc. La capital de este país de aproximadamente 295'734.130 habitantes[6] es la ciudad de Washington. Su gobierno es una República Federal conformada por 51 estados independientes entre si pero que se deben a la unión conformada por ellos. Al año 2004 su producto interno bruto superaba los 10.949 millones de dólares siendo sus principales exportaciones los bienes de capital, equipos de transporte, prendas de vestir, instrumentos científicos, materias primas, bienes de consumo, combustibles, productos químicos, productos derivados de papel, textiles, metales y los productos agrícolas. Por su parte las importaciones de mayor trascendencia son de Petróleo y productos derivados del mismo; materias primas, maquinaria, automóviles, bienes de consumo, materias primas industriales, alimentos, ganado, productos químicos, manufacturas básicas, ropa, entre otros. En cuanto a sus principales socios comerciales respecto a las exportaciones son Canadá, México, Japón, Reino Unido y Alemania, mientras que en relación a las importaciones encontramos a Canadá, México, Japón, China y Alemania[7].

Estados Unidos, al igual que Irán, ha dividido su estado en tres funciones o poderes: Ejecutivo, Legislativo o Judicial. El primero de estos incluye a la máxima representación del estado la cual le corresponde al Presidente y Vicepresidente de la

[6] Dato estimado a inicios del 2005.
[7] Microsoft Encarta op. cit., p. 2

Republica quienes son elegidos por voto indirecto, esto es, a través de Colegios Electorales cuyos miembros son nombrados por el voto popular. Entre las funciones Constitucionales del Presidente Norteamericano, se encuentra la de ser el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas lo cual le faculta para disponer intervenciones por parte de estas. Sin embargo esta no es una facultad arbitraria como podría apreciarse en primera instancia, sino que es el Congreso quien regula la autoridad del Primer Mandatario para desplegar las fuerzas a iniciativa propia. Lo contrario, es decir si no existiera este límite a la mencionada función presidencial implicaría un poder absoluto de un ser humano sobre el mundo al ser los Estados Unidos la primera potencia armada del planeta.

En cuanto a las Relaciones Internacionales los poderes diplomáticos del presidente engloban la negociación y ratificación de los tratados con otras naciones u organismos internacionales como la ONU, en todos los casos con el consentimiento expreso de las dos terceras partes de la Cámara del Senado. Además, a él le corresponde la elección de sus embajadores y demás representantes internacionales. Una de las facultades más importantes en esta área de poder es que puede negociar, bajo su autoridad, acuerdos diplomáticos con los dirigentes de otros países.

En cuanto al desarrollo de programas nucleares en Estados Unidos, el Presidente recibe la asesoría para tomar sus decisiones por parte del Consejo de Seguridad Nuclear, una agencia estatal que le informa y comunica sobre la defensa de la nación y la utilización más adecuada de la costosa energía atómica. Cabe mencionar que las centrales nucleares norteamericanas proveen del 20,32% de la energía que se utiliza en el sistema de transporte y en los sectores residencial y comercial e industrial.

Respecto a la política nuclear de Estados Unidos, un hecho sin precedentes marcó la ex Presidencia de Bill Clinton. El 14 de octubre de 1999, talvez sin medir las consecuencias en el

futuro y con la sola consigna de proteger su nación, el Senado de Estados Unidos negó la ratificación del Tratado Global de Prohibición de Pruebas Nucleares, que había sido previamente firmado (en 1996) por el ex presidente y aprobado por parte de la ONU.

Como es públicamente conocido y se ha explicado previamente en este trabajo, Estados Unidos es uno de los países (si no es el que más), que con mayor ímpetu lucha en contra de la proliferación de armas nucleares y químicas alrededor del mundo con el fin de evitar ataques que produzcan destrucciones y eliminaciones masivas. Sin embargo, lo acontecido en octubre de 1999 demuestra que no existe coherencia entre lo que al respecto esta república predica, o con mayor realidad 'dispone', y lo que decide y realiza. En todo el mundo se duda y critica la actuación del Gobierno Norteamericano que no deja de exigir que otras naciones se abstengan de desarrollar programas nucleares, pero al contrario este se excluye de los tratados que garantizan la no proliferación de armas de tipo nuclear y se mantiene desplegando cada vez de mayor manera todo su poder atómico tanto con objetivos pacíficos como dar energía a pueblos y ciudades, lo cual coincidiría con la utilización que pretende aplicar Irán, como con fines bélicos a través de sus submarinos, navíos, portaviones y bombas con características nucleares.

Con la finalidad de que su actuación respecto a Irán, como miembro del "eje del mal", no se vea desmedida o arbitraria, Estados Unidos ha llamado la atención de la Comunidad Internacional para que sea a través de ella que se logre su objetivo de detener a la república islámica en su afán de proliferación nuclear. Como se sabe, ambas naciones se han mantenido durante mucho tiempo en una constante tensión por las diferencias especialmente políticas. En la controversia que actualmente mantiene la mirada de las naciones entre Washington y Teherán por el momento la tendencia es lograr solucionar las diferencias a través del diálogo y las negociaciones.

Por esto Estados Unidos en coordinación con otros países, especialmente los que integran el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, han instado a Irán para que acceda a la creación de condiciones que hagan posible y permitan alcanzar una salida diplomática a las diferencias que ponen en peligro la estabilidad nuclear mundial, absteniéndose de esta forma de cualquier posibilidad de hacer uso de las fuerzas armadas Norteamericanas y las de los estados que seguramente se coalicionaran a la voluntad estadounidense.

III. La Controversia

Los problemas entre Estados Unidos e Irán no tienen carácter reciente. Durante décadas las relaciones diplomáticas entre ambas naciones se han mantenido distanciadas y en una constante carrera por demostrar quien tiene la razón. Ambos países rompieron sus relaciones diplomáticas durante la revolución islámica, cuando 52 ciudadanos estadounidenses fueron plagiados durante más de un año. En la actualidad, si bien Irán no ha sido el primer objetivo norteamericano, este país siempre ha estado en la mira de las ambiciones estadounidenses. En los últimos años han sido Irak y Afganistán los principales blancos de la política de Estados Unidos. Las características comunes en los tres casos son las supuestas intenciones terroristas que estos países apoyan y el acaparamiento del petróleo en todo el mundo.

Luego de que la Comunidad Internacional tuvo conocimiento del programa para el desarrollo nuclear de Irán y este fue confirmado por sus autoridades, el consenso fue buscar y alcanzar salidas diplomáticas y evitar, de cualquier manera legal y legítima, el uso de la fuerza que únicamente pondría en riesgo la estabilidad, seguridad y paz mundial. Pero la duda surge respecto a las verdaderas intenciones de ambas naciones. Irán por su parte ha aceptado públicamente que enriqueció uranio y que mantiene el programa de desarrollo nuclear pero con fines pacíficos lo cual es legal y legítimo. Además la nación islámica apuesta también al principio de la

Soberanía de las Naciones para fundamentar su derecho al uso y desarrollo de energía nuclear. En varias ocasiones, las autoridades iraníes han indicado que negociar con los legítimos derechos de un pueblo es como negociar con su independencia, haciendo referencia a su libre determinación y decisión sobre su futuro y el destino de su nación. La duda surge por los constantes obstáculos presentados por Irán en las investigaciones acerca de su programa nuclear y los continuos ataques al régimen de Washington lo cual indica que no existe una voluntad pacífica certera.

En el otro extremo, Estados Unidos busca eliminar el 'Terror del Mundo' y permitir una libertad eterna tanto para su pueblo como para las demás naciones. Esta sería una labor digna de aplausos, agradecimientos y de los mejores reconocimientos por parte de todo el Mundo. Sin embargo, a lo largo de la historia se puede comprobar que los gobiernos estadounidenses jamás han decidido actuar con objetivos filántropos, sino que siempre hay un interés oculto que busca el beneficio único del tesoro de dicha nación. En el caso de Irán, al igual de lo que sucedió en Irak, aparentemente sería acaparar la producción de su petróleo luego de colocar un régimen que administre ese país de acuerdo a las consignas e intereses norteamericanos.

Con estos antecedentes resulta inconcebible aceptar una de las dos posiciones ya que en el lado norteamericano existe el precedente de guerras inventadas por causas jamás comprobadas que empezaron con negociaciones, reuniones y mensajes diplomáticos, y terminaron con violencia, muerte, destrucción de ciudades y miles de civiles inocentes asesinados con hogares desmembrados. Por su parte, en el lado iraní el extremismo religioso hace que cualquier error de la comunidad internacional y sobretodo de Estados Unidos efectivamente ponga en marcha el desarrollo frontal de armas nucleares con la evidente amenaza que esto implica.

Algo similar es lo que ocurre en Corea del Norte, cuyo Gobierno ha decidido deliberadamente realizar pruebas con misiles de largo alcance y lo que es peor con bombas con poderío atómico, lo cual ha puesto a la seguridad mundial a sujetarse de un hilo con la inmediata intervención del las fuerzas armadas norteamericanas, específicamente de su Marina, enviando algunas de sus naves a las cercanías de Japón con el fin de interceptar naves y misiles que puedan ser enviados desde territorio Norcoreano. Además, a parte de las sanciones que la comunidad internacional ha impuesto a este país, se ha solicitado a China su mediación para evitar cualquier posibilidad de un conflicto bélico de graves proporciones.

Como vemos, es muy grande la preocupación mundial por el peligro de un enfrentamiento de carácter nuclear entre Estados Unidos e Irán u otro estado. Iniciar un conflicto bélico entre dos potencias nucleares sería sentenciar el destino de la humanidad ante la posibilidad inminente de ataques con armas de tipo atómico. Si bien la Comunidad Internacional insta a ambas naciones para que abandonen sus posiciones y cedan ante la diplomacia y la tolerancia, estas defienden lo que cada uno considera como derechos legítimos.

El Consejo de Seguridad de la ONU, máximo organismo mundial encargado de garantizar el mantenimiento de la paz a nivel global, se encuentra por ahora en un gran dilema pues el más poderoso, militarmente hablando, de sus miembros es el principal actor de la controversia que pone en crisis al suroeste asiático. Estados Unidos, Francia, Rusia, China y el Reino Unido, como miembros permanentes del antes mencionado organismo, han presentado ya a la República Iraní una propuesta para que esta nación suspenda sus programas de desarrollo nuclear y permita que expertos de distintas entidades internacionales y representantes de varios países, hagan una investigación sin trabas ni obstáculos en el camino que produzcan retrasos en la elaboración y entrega de informes que permitan establecer que efectivamente Irán se encuentra utilizando y desarrollando energía nuclear a través del

enriquecimiento del uranio, pero que dicho programa se lo realiza únicamente con finalidades pacíficas cuyo objeto es satisfacer necesidades del pueblo iraní.

Es en este punto en donde también han incursionado Alemania, la Unión Europea como tal y en menor medida Japón, España y Austria. La oferta presentada por iniciativa norteamericana, en caso de ser aceptada por Irán, comprende un plan de incentivos económicos, políticos, sociales, tecnológicos, etc. Sin embargo, en ella también se hace referencia a las posibles sanciones en caso de que esta no sea acatada por el país asiático. A estas sanciones se las puede y efectivamente se las ha tildado como amenazas de castigo para tratar de convencer a Irán que suspenda su programa de enriquecimiento de Uranio.

En este contexto de amenazas, sanciones, castigos, incentivos, inversiones, ofertas y demandas de parte de la Comunidad Internacional hacia Irán aparece, en un suceso sin precedentes, la figura del Bloque de la Unión Europea para servir de especie de mediador entre las partes en disputa.

IV. La Unión Europea

La Unión Europea es un organismo supranacional creado el 1 de noviembre de 1993, con competencia sobre los países europeos que la componen y cuyos principales objetivos son incrementar la integración económica y política de sus miembros así como reforzar la cooperación entre ellos. Esta entidad en principio conformada por los 12 miembros de la extinta Comunidad Europea: Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Reino Unido, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y España, se ha expandido aceptando como nuevos integrantes a Finlandia, Austria y Suecia (en 1995); y Letonia, Lituania, Estonia, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Eslovenia, Chipre y Malta en el año 2004 por lo que engloba a más de 455 millones de personas que con el Tratado de la Unión obtuvieron la ciudadanía europea, mayores

libertades de tránsito, vivienda, trabajo, estudios y finalmente se logró fijar una moneda única que es el Euro[8].

La Organización de la Unión Europea incluye los siguientes organismos cuyos rasgos principales son los siguientes[9]:

1) La Comisión Europea.- Conformada por 20 comisarios que duran cinco años en sus cargos y son nombrados por los miembros de la Unión con el consentimiento del Parlamento Europeo. Este organismo hace las veces de poder ejecutivo elaborando normas y presentándolas al Consejo de Ministros. Además ejerce la representación frente a los Estados ajenos a la UE y a los Organismos Internacionales.

2) El Consejo de Ministros.- También conocido como el Consejo de la Unión Europea, es la principal entidad de carácter legislativa de la Unión. A pesar de esto, no posee la facultad de iniciativa legal por lo que no puede proponer leyes, sin embargo las puede aceptar o rechazar y solicitar a la Comisión Europea que le presente nuevos proyectos legales.

3) El Consejo Europeo.- Lo integran los jefes de estado o de gobierno de los miembros de la Unión y el Presidente de la Comisión Europea. Su principal función es la de proponer e impulsar las políticas que conlleven a una mayor integración de los países que conforman la UE.

4) El Parlamento Europeo.- Quizás la muestra mas inequívoca de los objetivos de la Unión es su parlamento pues este se encuentra conformado por diputados elegidos a través del voto directo de los ciudadanos de la UE para ejercer su representación dentro del organismo agrupados no por nacionalidad sino por partidos políticos lo cual demuestra el nivel de integración al que pretenden llegar los miembros de la UE. Su principal función como organismo consultivo es la de revisar

[8] "Unión Europea (UE)." Microsoft® Encarta® 2006 [CD]. Microsoft Corporation, 2005.
[9] Ibid.

los proyectos que la Comisión prepare previo a ser enviados al Consejo de Ministros para su definitiva aceptación o rechazo. Sin embargo y a pesar de que un proyecto pueda estar en manos de los Ministros el Parlamento puede vetar su aprobación lo cual significa que existe un mecanismo de contrapesos entre las distintas 'funciones', por así llamarlas, de la Unión.

5) Los Comités.- la UE se conforma de dos Comités con distintas funciones cada uno. El primero de ellos es el Comité Económico y Social, el cual tiene como única función la de asesorar especialmente a la Comisión Europea y al Consejo de Ministros en temas relacionados con el bienestar económico y social de los ciudadanos de la Unión Europea. Por otro lado está el Comité de las Regiones el cual es un organismo asesor y consultivo a través del cual, principalmente, se expresan las autoridades regionales y locales.

6) El Tribunal Europeo de Justicia.- Es el principal organismo judicial de la Unión el cual debe asegurarse de que los gobiernos de los países miembros y sus ciudadanos acaten y respeten las leyes y tratados que la UE expide. Algo que resulta sui generis respecto a este Tribunal es que sus sentencias tienen carácter superior a las de los tribunales de mayor jerarquía o supremos de los países miembros, por lo que constituyen fallos de última instancia y no pueden ser apelados o sometidos a recurso alguno.

La imagen a continuación nos presenta los principales órganos de la Unión Europea y como se relacionan unos con otros:

Como se puede apreciar, también encontramos al Banco Central Europeo y al Tribunal de Cuentas dentro de la estructura organizacional de la Unión, pero muy distantes, por así decirlo, de los demás organismos que la integran.

La Unión Europea en su incansable búsqueda por lograr una integración que abarque mayores y mejores ámbitos para sus ciudadanos se ha visto frente a un sin número de retos que las distintas administraciones y sistemas de sus miembros han llevado consigo y han tenido que ser superadas mediante convenios y tratados. Es así que una de las principales preocupaciones fue tomar la decisión más adecuada para fijar el marco concreto en el que tendría lugar la Política Exterior y la Seguridad Común del Bloque. El PESC, como es mayormente conocido, se encuentra previsto sin haber sido desarrollado en el Tratado de Ámsterdam, el cual constituyó una reforma al Tratado de la Unión. Esta falta de desarrollo fue el principal punto de discusión que se suscitó durante la Cumbre del Consejo Europeo llevada a cabo en Alemania en la ciudad de Colonia en 1999 cuando el Mundo asistía aterrorizado y decepcionado por los acontecimientos que marcaban la terrible crisis de Kosovo y por el nuevo papel internacional que en ese entonces asumió la OTAN.

En la cumbre antes mencionada, los jefes de Estado y demás representantes de los gobiernos miembros de la Unión, que hasta esa fecha eran solo quince, acordaron que al finalizar el año 2000 la UE crearía el órgano coordinador de su política defensiva con lo cual se establecería un comité militar, un centro de satélites y diversos consejos conjuntos de los ministros de Asuntos Exteriores y de Defensa para lo cual nombraron al español Javier Solana, quien en ese entonces se encontraba culminando su mandato como Secretario General de la OTAN (Organización del Tratado del Atlántico Norte), Secretario General del Consejo de Ministros o Mister PESC. Quien ejerciera dicho cargo según lo indicado en el Tratado de Ámsterdam obtenía la máxima responsabilidad en la organización de la política exterior y de seguridad común de la UE.

Con estas decisiones y teniendo fijado el camino en cuanto a la seguridad externa común, la nueva estrategia de defensa de la Unión se orientó a incrementar las futuras intervenciones, los poderes y la influencia que la UE debería tener en el conjunto de las relaciones internacionales y el papel específico que desde la fecha tendría que desempeñar, no solo dentro del marco de la OTAN o en las misiones que tuvieran a Europa por escenario, sino en otros lugares alrededor del Mundo como en Irán. Adicionalmente, frente al caracterizado mantenimiento de políticas neutrales en cuanto a lo que defensa y conflictos armados se trata por parte de algunos de los miembros de la Unión, se alcanzó el compromiso de estos, especialmente Austria, Irlanda, Finlandia y Suecia, para incluirse, intervenir y participar activamente en las misiones de paz en las que decida intervenir la Unión.

Una vez decididas las medidas necesarias para llevar a cavo el proceso de integración en cuanto a defensa y seguridad de la Unión se refieren, en diciembre de 1999 la cumbre europea celebrada en Finlandia, en la ciudad de Helsinki, aprobó la creación de lo que se denominaría Eurocuerpo que sería la unidad encargada de las operaciones que llevaría a cabo la Unión Europea para hacer efectiva su finalidad de defensa, paz

y seguridad común.

Esta especie de 'ejercito europeo' es otro de los factores que demuestran el nivel de integración de la UE y es visto como el soporte que sirve de sustento en materia de política exterior y seguridad común del Bloque. La actividad de este cuerpo militar conjunto y permanente, integrado por 15 brigadas (entre 50.000 y 60.000 soldados), se llevaría a cabo, por medio de operaciones de acción rápida, en misiones de paz, ayuda y rescate. Esto es sumamente importante frente a la posibilidad de que la UE intervenga en conflictos tanto dentro del territorio europeo (que obviamente incluye sus límites) como fuera de este. Además puede afirmarse con seguridad que la creación del Eurocuerpo está en concordancia con lo dispuesto en el número 4 del artículo 6to. del Tratado de la Unión Europea que señala expresamente: "La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas".

V. La Unión Europea en la controversia EEUU – Irán

La intervención de la Unión Europea en el conflicto entre Estados Unidos e Irán se ha visto marcada por las constantes visitas y mensajes enviados por su Alto Representante para la Política Exterior y Seguridad Común, Javier Solana. La actuación de este funcionario en representación del Bloque marca un hito en la historia no solo del organismo Europeo sino de las relaciones internacionales en todo el mundo. La UE se ve como la entidad que puede representar no solo a sus estados miembros sino a varios países ajenos a este, como China por ejemplo, en su altísimo y sumamente honorable deseo de evitar un conflicto armado entre EEUU e Irán, y de alcanzar un acuerdo duradero con este último para que suspenda definitivamente su programa de enriquecimiento de uranio y su posible uso en armas nucleares de destrucción masiva.

La oferta busca un marco de cooperación, confianza y respeto por las partes involucradas, especialmente Irán, a través de

propuestas que contienen diversos asuntos, principalmente económicos, y que han sido presentadas en las distintas reuniones llevadas a cabo en Teherán, Jerusalén, Ramala y Viena. Como se señaló previamente, la oferta en caso de no ser acatada por Irán, conllevaría a que tanto la Unión como la Comunidad Internacional, especialmente Estados Unidos, establezcan sanciones y castigos a las relaciones internacionales del país asiático. Frente a esto, el Ministro Iraní de Asuntos Exteriores ha mencionado respecto a la reunión en Teherán que si los resultados de la visita de Solana son positivos, Irán optará por la cooperación, pero si el caso no es así la opción del país al que representa será el enfrentamiento. Estas declaraciones las realizó conciente de las sanciones que podrían imponérsele a su país en caso de no acatar las 'disposiciones' de Estados Unidos las cuales atentarían contra el legítimo interés y derecho de la nación islámica a usar y desarrollar la energía nuclear con fines pacíficos.

La participación de la UE en esta controversia se sustenta claramente en el Título V de su Tratado de Constitución, el cual contiene las Disposiciones Relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común. Iniciando por el artículo 11 en el que se establecen los objetivos de la Unión en esta materia, se busca proteger la integridad de la misma, el fortalecimiento de su seguridad, el mantenimiento de la paz, el fomento a la cooperación internacional, el desarrollo de la democracia y del Estado de Derecho, el respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales y el principio de lealtad y solidaridad mutua, todo lo cual indica y enmarca claramente el camino trazado por la Unión respecto de los denominados PESC.

Por su parte, el artículo 12 indica que los objetivos se perseguirán mediante:

a) "La definición de principios generales", lo cual concuerda plenamente con el artículo 11 antes resumido.
b) "Estrategias comunes", como crear el Eurocuerpo.
c) "Acciones comunes", como la fijada para actuar en opera-

ciones inmediatas y que se encuentran mayormente detalladas en el Art. 14.
d) "Posiciones Comunes", como la demostrada frente a Irán. (Artículo 15)
e) "Fortalecimiento de la Cooperación", esto con la finalidad de alcanzar los objetivos de sus políticas.

En el artículo 13 se destaca la actuación del Consejo Europeo que será la entidad encargada de definir los principios y estrategias referentes a la PESC, siendo este organismo quien tomará las decisiones necesarias respecto a la política exterior y de seguridad común. Además, es interesante el Art. 16 que sería plenamente aplicable al caso entre Estados Unidos e Irán pues en el se dispone que "Los Estados miembros se informarán y consultarán mutuamente en el seno del Consejo sobre cualquier cuestión de política exterior y de seguridad que revista un interés general, a fin de garantizar que la influencia de la Unión se ejerza del modo más eficaz mediante una acción concertada y convergente". Como vimos, esto es precisamente lo que se esta buscando a través de la intervención de la UE ante los máximos representantes de Irán.

El artículo 17 hace referencia a las cuestiones relativas a la seguridad común que incluyen misiones humanitarias y de rescate, de mantenimiento de paz y misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis incluyendo las misiones del restablecimiento de la paz. El texto de este artículo sería aplicable en caso de que sucediera lo peor entre Irán y Estados Unidos pues obviamente se verían perjudicados los principios e intereses de la UE.

Por su parte el artículo 18 indica que será la Presidencia la que asuma la representación de la UE en materia de política exterior y de seguridad común, y establece que el Secretario General del Consejo prestará su asistencia para la toma de decisiones. Además, el Art. 19 indica la necesidad de que los miembros coordinen sus acciones frente a los organismos internacionales y de mantenerse informados sobre cualquier asunto

de interés común. Es importante destacar el último inciso de este artículo, plenamente aplicable a la intervención del la Unión con Irán, a través del cual se dispone que "Los Estados miembros que también son miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se concertarán entre sí y tendrán cabalmente informados a los demás Estados miembros. Los Estados miembros que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad asegurarán, en el desempeño de sus funciones, la defensa de las posiciones e intereses de la Unión, sin perjuicio de las responsabilidades que les incumban en virtud de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas".

Por su parte el Art. 20 se refiere a la actuación de las misiones diplomáticas y consulares de los estados miembros; el 21 a la posibilidad de consulta de la Presidencia al Parlamento; el 22 al planteamiento de cuestiones por parte de los miembros o la comisión hacia el Consejo. Igualmente y en concordancia los Arts. 23, 24, 25, 26, 27 (del 'A' al 'E') contienen mayormente el procedimiento para tales casos.

Como vemos, es plenamente factible, legal y legítimo que la Unión Europea actúe en bloque en las Relaciones internacionales de terceros. En el caso específico entre EEUU e Irán las posibilidades de éxito son muy altas siempre que se mantengan el nivel y la tolerancia en las negociaciones, tratando de que primen los intereses de millones de ciudadanos y de esta forma se alcance una actuación en conjunto lo suficientemente influyente y positiva que solo demostraría, como se mencionó al inicio, el altísimo nivel de integración existente en Europa.

VI. Conclusión

Al iniciar este ensayo, la duda se centraba en la posibilidad de una actuación conjunta por parte de los miembros de la Unión Europea como bloque mediador o negociador frente a posibles controversias entre estados distintos a los que la integran. Hemos visto que de acuerdo al Tratado de la Unión, específicamente a su Título V, tal posibilidad es factible lo cual

significa un nuevo rumbo en las relaciones internacionales a nivel mundial.

El problema, como ha quedado planteado es lograr una aproximación entre las partes en conflicto y asegurar que ambas cedan, sobretodo Irán, en sus objetivos que conllevaron a la disputa internacional. Frente a esto sabemos que este país mantiene hasta hoy una posición inquebrantable frente a su legal y legítimo derecho de usar la tecnología nuclear, lo cual según ellos no es un asunto que pueda ser objeto de negociación, tal como lo ha confirmado en los últimos meses su líder el ultraconservador Mahmud Ahmadineyad. Por su parte, Estados Unidos ha solicitado que Irán suspenda de forma verificable el enriquecimiento de uranio pues temen que este no sea utilizado para fines pacíficos, tal como se ha señalado desde Teherán, sino que se lo desarrolle para posibles aplicaciones tanto civiles como militares.

Frente a esto la Unión Europea ha actuado a través de su Alto Representante de la Unión Europea para la Política Exterior y Seguridad Común, Javier Solana, para llegar a un acuerdo que permita la cooperación de Irán a través de ofertas seguramente de carácter económico principalmente. Esta labor es fundamental pues en caso de un conflicto armado las vidas de un total de 363'751.990 personas[10] (sin contar con las que sufrirían indirectamente) estarían en riesgo directo ante el posible uso de armas nucleares en los territorios que se enfrentarían.

Por todo esto, la labor cumplida por la Unión Europea como Bloque negociador es de suma importancia y verifica uno de sus objetivos plasmados en el Art. 2 inc. 2 de su Tratado el cual se refiere a la "afirmación de su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que podría conducir a una defensa común..." Esto en concordancia con el artículo 6

[10] Este es el total de la suma de habitantes en Irán y Estados Unidos.

Ibídem, que señala que la Unión se base en principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, nos permite llegar a la conclusión que es perfectamente posible que la UE actué como bloque en temas de política exterior y seguridad común frente a las relaciones internacionales a nivel mundial.

El proceso de integración llevado a cabo por la UE es el más vivo ejemplo de lo que el ser humano es capaz en su búsqueda por una mejor convivencia y alcance de un desarrollo y bienestar común. La UE actuará como bloque en este y en otros conflictos que seguramente surgirán en el futuro demostrando que es la comunidad internacional de mayor avance en temas políticos, sociales y de integración, y que su actuación es fundamental y trasciende más allá de las fronteras geográficas por los objetivos y principios hasta cierto punto altruistas que se encuentran contenidos en su Tratado de Constitución.

Bibliografía:

- Texto consolidado del Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht el 7 de febrero de 1992 con las reformas y modificaciones incluidas hasta el Acta de 23 de septiembre de 2003.

- Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares. 5 de marzo de 1970.

- Carta de las Naciones Unidas. 26 de junio de 1945.

- Biblioteca Premium Microsoft Encarta actualizada al 2006.

- Artículo "Irán se toma su tiempo para responder al G8" Diario El Comercio de julio 5 del 2006.

- Artículo "Irán no detiene su plan nuclear: AIEA" Diario El Comercio de junio 9 del 2006.

- Sitio Web: www.auswaertigesamt.de/diplo/es/ Aussenpolitik/FriedenSicherheit/Abruestung/IranNukes/Iran.html

- www.un.org

¿Existe democracia en el Ecuador?

Álvaro F. Cárdenas Z.
Elaborado en enero de 2007

Introducción

¿Existe democracia en el Ecuador?, responder a está pregunta resulta difícil ya que se debe indagar varios aspectos de la democracia para poder llegar a una respuesta debidamente fundamentada. Sin embargo resulta imperioso responder pues de la conclusión a la que lleguemos, podremos comenzar el sendero del cambio.

Un análisis de las condiciones sine qua non de la democracia, a saber: *"Un Estado muy pequeño para que se pueda juntar el pueblo sin dificultad y pueda cada ciudadano conocer fácilmente a los demás; en segundo lugar, una muy grande sencillez de costumbres, a fin de evitar la multitud de negocios y las discusiones espinosas; luego después mucha igualdad en los rangos y en las fortunas, pues sin esto no puede subsistir largo tiempo la igualdad en los derechos ni en la autoridad; finalmente, poco o ningún lujo ,porque o es efecto de las riquezas o las hace necesarias; corrompe a la vez al rico y al pobre; al uno por la posesión, al otro por la codicia; vende la patria a la molicie y a la vanidad, y priva al Estado de todos sus ciudadanos para sujetarlos los unos a los otros y todos a la opinión"*[1], es el objetivo del presente trabajo, además de la descripción de ciertos fenómenos propios del Ecuador que atentan contra nuestro sistema democrático. Sin embargo, no se limita a una simple descripción de los problemas, sino que se enfoca al aporte de propuestas viables para fortalecer nuestro Estado Social de Derecho.

[1] Rousseau, Juan Jacobo; "El Contrato Social"; Editorial Atomo, Medellín-Colombia, Pág. 61.

Las opiniones del mismo son las ideas de un libre pensador que tan solo responde a las exigencias de la razón. Son simples ideas de un ciudadano más, que no pertenece a partido político alguno, y que ha abandonado la butaca de donde observaba la realidad ecuatoriana, para poner todo su esfuerzo y conocimiento al servicio de la evolución de la nación, y del desarrollo de su pueblo.

Desarrollo

En principio, de las condiciones roussonianas[2] del gobierno democrático al parecer se podría decir que solo ha existido democracia en las antiguas comunidades griegas, y que en el Ecuador no ha existido ni existirá jamás esta forma de gobierno, no solo por la explosión demográfica de los Estados contemporáneos, sino principalmente por la gran concentración de riqueza de unos pocos, y por la complejidad de costumbres que tenemos en el Ecuador, producto de algunos "modelos semióticos estáticos"[3] que incentivan el regionalismo y la escisión étnica, racial y cultural entre los ecuatorianos.

Recordando una frase celebre: "Si existiese un pueblo de dioses, sin duda se gobernaría democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres". (Contrato Social), concluiríamos que no existe democracia en todos los Estados Modernos que se autodenominan demócratas, sin embargo, es importante analizar si está conclusión es correcta.

[2] "Descritas en la parte introductoria".

[3] Los modelos semióticos estáticos implican una sociedad en decadencia(Donoso Pareja, Miguel; "Ecuador: identidad o esquizofrenia"; Editorial Eskeletra, impreso 2000, Quito Ecuador, Pág. 93)

Bajo la perspectiva de la explosión demográfica de nuestras civilizaciones nunca existiría democracia, por lo que parafraseando con Bobbio, en los Estados Modernos se ha resuelto este inconveniente a través del sufragio universal, además de la institucionalización de mecanismos de participación ciudadana como la revocatoria del mandato, el plebiscito, el referéndum entre otros, y con el aumento del proceso de democratización (entendido como "el paso de la democracia política en sentido estricto a la democracia social") a través de ampliación de las Sedes[4]. Queda descartado entonces que digamos que no existe democracia en el Ecuador por no ser un estado pequeño como decía Rousseau. Pero el problema no es tan sencillo como parece, pues una cosa es el simple análisis intelectual de los aspectos formales de la democracia, y otra muy distinta es el analizar los diferentes fenómenos que observamos en el Ecuador, los cuales podrían convertirse en un obstáculo para que el régimen democrático sea óptimo y responda a las necesidades de la población de forma eficiente.

Las costumbres sencillas como elemento coadyuvante según Rousseau para que exista democracia es en sí una utopía, no solo en el Ecuador sino en el mundo entero. Aunque en un mundo globalizado, se diga que la cultura y costumbres empiezan a universalizarse, creo que la diversidad de formas de entender el mundo de lo seres humanos jamás cambiará, debido a varios factores antropológicos, sociológicos e incluso hasta climáticos, lo que no quiere decir de ninguna manera que no se puede hacer nada al respecto, pues el objetivo de que existan costumbres sencillas es "evitar la multitud de negocios y las discusiones espinosas"(Contrato Social), luego, se puede emprender algún tipo de medida para lograrlo.

[4] Circunstancias u oportunidades en las que debe votar una persona.

En Ecuador pese a la diversidad cultural, étnica y hasta racial propia de nuestro pueblo la democracia no ha funcionado de forma efectiva pero no por nuestra diversidad sino debido a una cultura del enfrentamiento que hemos desarrollado. Entendiendo como tal a aquella forma de actuar en política que rechaza los acuerdos con quienes piensan distinto a nosotros.

Este fenómeno, es una característica nuestra, sin embargo no quiero decir con esto, que debemos dejar de lado nuestras diversas posturas ideológicas ni nada que se le parezca, tan solo pretendo esgrimir, que hay ciertas circunstancias en las cuales es mayor el beneficio para el pueblo ecuatoriano que se obtiene mediante los acuerdos que con los enfrentamientos, y que hay momentos determinados en la política nacional en que los puntos que se discuten no son ni "derecha", ni de "izquierda", sino que son puntos que suponen decisiones inteligentes y pragmáticas en el mejor sentido de la palabra. Recordemos que el objetivo de la política y de las organizaciones colectivas del ser humano para gobernar, es el de proporcionar bienestar a los hombres, por lo que el empeño recalcitrante de permanecer en constante enfrentamiento no puede ser superior al deseo de otorgar mayor bienestar a los ciudadanos, resulta entonces imperioso que aniquilemos esa cultura del enfrentamiento que deviene en un juego de suma cero(lo que uno gana, necesariamente pierde el otro), e incluso en un juego de suma negativa en donde todos perdemos.

Las dos últimas condiciones que Rousseau observa parecen ser más complicadas de conseguir: igualdad en los rangos y fortunas, y ningún lujo. El sistema capitalista lamentablemente fomenta el individualismo (que se acerca a la indiferencia) y la competencia (que se asemeja más y más al canibalismo).

Entonces, ¿cómo conseguir estas dos condiciones?, creó firmemente que la igualdad total de riquezas es inconcebible, pues la igualdad no puede desprenderse de la justicia, y homologar a todos a la misma condición no es justo, no es equitativo, ni mucho menos ético, pero esto no impide que los individuos de nuestra sociedad tengamos condiciones similares de desarrollo, al menos las mas elementales para tener una vida digna, verbigracia la educación, la salud, el empleo, la vivienda, entre otras.

Estas condiciones de desarrollo no tienen porque ser opuestas al sistema capitalista que enfrentamos, pero si nosotros no moderamos al menos las ignominiosas consecuencias de esta forma de producir, pronto la exclusión social y la miseria se levantarán contra el mismo para destruirlo, por lo que me atrevo a decir que a través de la acción estatal o se eliminan las desigualdades que genera el mercado o las víctimas del mismo terminan destruyéndolo.

Este sistema es el más eficiente para producir de los que hasta ahora conocemos, pero pienso que no lo es para redistribuir, por lo que resulta una obligación ineludible que nuestro Estado fortalezca sus instituciones a través del cumplimiento efectivo de los principios del Estado Social de Derecho.

Solo cuando el Estado proporcione de forma igualitaria y universal las condiciones necesarias de nuestro desarrolló nos habremos acercado a las últimas condiciones para tener una democracia verdaderamente representativa y participativa, que responda a los más nobles intereses de los ecuatorianos.

Este último enunciado merece un estudio más profundo e individualizado por lo que no ahondaré en este escrito sobre el tema, anhelando hacerlo en otra oportunidad. Me encantaría decir que con estas sencillas reflexiones

intelectuales ha concluido la descripción del problema, y que si en algo atendemos mis propuestas, la respuesta a la pregunta primordial de este trabajo sería afirmativa(Si hay democracia en Ecuador), cerraríamos la página y en un eterno letargo permaneceríamos felices ignorando nuestra verdadera condición, mas la realidad es muy diferente, en Ecuador no existe democracia, pues no es suficiente la apariencia sino que exista y sobre todo que funcione. Las ideas expresadas anteriormente pueden ser la guía para fortalecer nuestra democracia, pero lamentablemente no son las únicas circunstancias que debemos modificar, por lo que sugiero que analicemos ciertos fenómenos que me hacen pensar que no existe democracia en el Ecuador.

Según el Art. 1 de nuestra Constitución vivimos en un Estado Democrático y todos los Ecuatorianos podemos elegir y ser elegidos (Art. 26 ConsP), pero ¿en realidad esto sucede?, ¿cualquier ecuatoriano puede ser elegido y elegir?

Con la instauración del sufragio universal, se podría creer que cualquier ciudadano dentro del marco jurídico puede elegir, pero este derecho no tiene ninguna base material sino existe un mínimo aceptable de cultura en el electorado, por lo que resulta imperiosa la universalización de la educación gratuita, laica, y sobre todo alejada de dogmatismos que adoctrinen a los pupilos. Sólo de esta manera se garantizará que el pueblo concientice lo que es vivir en democracia, la importancia de elegir buenos representantes para que gobiernen, lo indispensable de su participación constante y activa en las decisiones importantes que involucran al país, etc.

Debemos concienciar que sólo si nuestra gente tiene acceso a una educación competitiva de forma gratuita se puede empezar el cambio, entonces, la política estatal tiene la obligación de otorgarla sin ningún pretexto que la justifique,

pues no hacerlo es contribuir a que no exista democracia en el Ecuador, y no exigirla alzando nuestra voz de protesta nos convierte en cómplices de la ignorancia de nuestro pueblo.

Estamos acostumbrados a reprocharnos porque escogemos a tal y cual candidato sea para presidente o sea para legisladores, o cualquier otra dignidad de elección popular, empero, escogemos cantantes, bailarinas, "locos", personajes abyectos, gente iletrada, corrupta, vende patrias, infelices y otros adjetivos que mi cultura y respeto por los lectores no me permite pronunciar. Y nos quejamos constantemente y nos preguntamos el por qué escogemos tan mal, en realidad no existe un solo factor pero uno de los más importantes es precisamente esa falta de acercamiento de la cultura hacia nuestra gente, los habitantes de menores recursos sin instrucción, cómo pueden meditar su voto en pro de la democracia si ni siquiera la entienden, sino conocen los beneficios de vivir bajo esta forma de gobierno, y sobre todo si sienten que no les beneficia en nada pues ellos están olvidados sea cual sea la forma de gobierno.

Por está razón es que debemos demandar una buena educación accesible a todos, solo así comenzaremos a mejorar nuestra democracia. Simón Bolívar decía "Más que por la fuerza nos dominan por el engaño", no cabe la menor duda que Bolívar no se equivocaba ya que un pueblo que no conoce su realidad es muy fácil de dominar.

Además que el proporcionar a todos educación no sólo garantiza escoger mejor, sino también que todos tengan oportunidad de ser los elegidos, oportunidad de destacar por sus capacidades y ser reconocidos por sus pares, método que servirá para cambiar esa costumbre funesta de elegir por rostros, por sonrisas, por simpatías, sin ninguna reflexión ni criterio valorativo beneficioso, al contrario escogeremos gente

capacitada, cuyo mérito y esfuerzo les permita alcanzar las más altas magistraturas.

Pero si bien la educación es el inicio para poder tener una verdadera democracia en el Ecuador no es suficiente, en tanto y cuanto existen otros factores que pretenden coartarla. Como decía líneas arriba, de nuestro marco constitucional se podría decir que todos podemos ser elegidos, siempre y cuando cumplamos con los requisitos legales, sin embargo en el Ecuador las cosas no se manejan de forma tan sencilla. Lamentablemente existen ciertos grupos de presión que están directamente interesados en que en el Ecuador la democracia no funcione, pues caso contrario sus fraudulentos negocios se terminarían, su hegemonía desaparecería y ya no podrían dominar sobre todos nosotros y apropiarse de nuestros recursos.

A causa de estas verdaderas mafias es que no podemos todos ser elegidos. La primera de las razones es que no todos los ecuatorianos podemos competir con los millonarios presupuestos que ellos manejan para sus campañas electorales. Un gran porcentaje de la población que sobrevive en condiciones deplorables, que no tiene acceso ni a los servicios básicos jamás podrá aspirar a ser elegido; el sistema los ha excluido pese a que nuestra Constitución les diga que pueden ser elegidos, en definitiva hemos elevado a norma jurídica de rango constitucional una vil mentira. En lo que respecta a nuestra clase media, también podríamos decir que no puede ser elegida fácilmente, e incluso si pudiera, para llegar a ese objetivo seguramente tendría que recibir el apoyo (inversión) de alguien con los recursos necesarios, lo cual le comprometería a retribuir desde las arcas del Estado esa inversión con su correspondiente plusvalía desde luego.

En definitiva, parecería ser que la participación política y el acceso al poder está restringido para los que no poseen

recursos, así devienen en exclusivos detentadores y aspirantes del poder, quienes lo pueden comprar. En esta penosa situación, ¿existe democracia?, yo creo definitivamente que no, y la razón es obvia, en un juego aparentemente democrático, en donde hay ciertos privilegios para unos, e infinidad de dificultades para otros no podemos pensar que vivimos en el "gobierno de los muchos". Al contrario son "unos pocos", muy avispados por cierto, los que pueden gobernar o tener la venia de los poderosos para gobernar, el engaño es total queridos lectores: los partidos políticos más tradicionales controlan los organismos de control, y el Tribunal Supremo Electoral no es la excepción, por lo que no se cobran las multas por exceso de gasto electoral, no se descalifican a los candidatos que exceden el gasto permitido, ni se toman las medidas pertinentes por mandato legal. Ante esta realidad como podríamos competir usted, yo, y otros cuantos nobles ciudadanos que estamos cansados de la ineptitud y la ignominia.

Por otro lado, nos convencen con palabras melifluas, para convencernos que los ciudadanos podemos participar sin pertenecer a ningún partido político, siendo esta la más grande de las falacias, pues aunque podamos participar nos resulta imposible competir con ellos, dejando en letra muerta lo que nuestra Constitución promulga tan efusivamente. Debemos entender claramente que sino tenemos posibilidades reales de competir en igualdad de condiciones y sobre todo posibilidades de ganar las contiendas electorales, la democracia representativa no será más que una fachada para un gobierno aristocrático de los que pueden invertir recursos económicos en política, y no un sistema político dirigido para todos los ecuatorianos.

Seamos francos y digamos la verdad, los partidos políticos concebidos como lo están son una estructura difícil de

modificar y peor de destruir, debido a que los que están atrás de los partidos son los grupos más poderosos que existen en el Ecuador, y quienes concentran la mayor cantidad de riqueza indiferentes ante la miseria de la población, o es que acaso es un secreto que quienes financian a los partidos son la gente más rica y poderosa de la patria.

¿Como podemos hablar entonces de democracia en el Ecuador?, si sólo se les otorga la palestra política a quienes tienen la venia de los poderosos. Si analizamos cuantas candidaturas tenemos en el Ecuador solo tomando en cuenta las que son para la presidencia de la República, fácilmente se nos devela cómo se escoge a ciertos personajes para hacerles mayor publicidad y propaganda, por ejemplo en las últimas elecciones de alrededor de una docena de candidatos se escogió a cuatro, con el pretexto de que eran los más representativos, pero detrás de está artimaña se esconde un oscuro y macabro objetivo, y es el de "escogernos a quien escoger".

Añadámosle a esto el papel de los medios masivos de comunicación, pues éstos tienen su parte vital en este engaño y ésta creación de ilusión democrática, pues ellos también seleccionan solo a ciertos personas para que expongan su opinión y censuran otras. Convirtiéndose en autoridades no competentes que seleccionan y dirimen quien debe y quién no, participar en la confrontación política. Esto en mi criterio es una vil inducción del voto, ya que si de varios candidatos a la presidencia por ejemplo yo escojo a unos cuantos y de éstos solo les permito que se expresen a uno o dos y al resto no, eso induce la votación al menos visualmente, porque la gente vota en gran parte por quien ha escuchado y por quien medianamente conoce, por lo que no se puede seguir permitiendo está influencia indirecta e incluso dolosa y fraudulenta de los medios de comunicación.

En este punto del análisis la pregunta inevitable es: ¿por qué actúan así los medios de comunicación?, la respuesta es sencilla, basta con observar quienes están detrás de los medios de comunicación para darnos cuenta que son esas mismas personas y grupos de poder que gobiernan los partidos políticos, que a su vez manejan la banca de forma ineficiente y corrupta en algunos casos, mismos grupos económicos que están atrás de ciertas negociaciones petroleras perjudiciales para el Ecuador, mismos grupos que realizan jugosos negocios sin importar que para eso se tenga que vender a la misma madre, la Patria.

Con este panorama desalentador, no me queda más que decir que no hay democracia en el Ecuador, que mientras estas manipulaciones de poder se sigan gestando no podremos acceder "los muchos" al poder. Lamentablemente no tengo todas las respuestas, ni mucho menos todas las soluciones a nuestros problemas, mi modesto esfuerzo apenas comprende el problema, y mi voluntad no alcanza para cambiar casi nada, pero no pretendo cruzarme de brazos, pues "lo único que se necesita para que el mal triunfe es que los hombre buenos no hagan nada". Jamás permitiré que la apatía consuma mi tiempo para actuar, ni la costumbre aniquile mis neuronas para pensar y sobre todo jamás permitiré que el letargo me quité la fuerza para reaccionar, es por esto que creo que una forma de empezar el sendero hacia una verdadera democracia, sería a través de una reforma a la ley de elecciones.

Parece una propuesta muy simple para un problema tan grande, pero no hay que olvidar que al Ecuador le rescatará un proceso y no la improvisación de ningún iluminado, luego, hay que empezar por algo.

Creo que la propuesta es viable, porque al menos se puede

combatir algunas cosas de las que hemos hablado, entre ellas la inducción al voto, la competencia desigual entre los candidatos poderosos económicamente con los que no lo son, etc.

La reforma a la Ley de Elecciones es un tema de amplia envergadura y debería empezar explicando una serie de aspectos técnicos que tendrían que ser desarrollados, pero por la limitación de espacio, no entraré en detalles, sin embargo esgrimiré los parámetros y los principios que deberían ser introducidos en la Ley orgánica de elecciones.

Primero, creó que es indispensable que se introduzca una disposición en la que se obligue al Estado a pagar los gastos de campaña electoral, es decir encargarse de dirigir la campaña y de cubrir los gastos que esta requiera.

Ahora, lo que ganamos con está primera norma son varias cosas, por ejemplo evitamos que las campañas electorales sean un bombardeo de publicidad que resulta molestoso a los ciudadanos, además que evitamos que los candidatos que poseen mayores recursos tengan ventaja sobre los que no los poseen, advirtiendo que los gastos que deberá asumir el Estado son exclusivamente los de publicidad en masa.

Con esta reforma se pretende evitar también la ingerencia de los medios de comunicación cuando estos tengan un candidato de su preferencia y pretendan darle ventaja, por lo que la ley deberá disponer que los medios de comunicación no podrán hacer propaganda a ninguno de los candidatos, aún cuando los candidatos paguen para que se los haga, ni tampoco podrán hacer propaganda indirecta, es decir realizar programas, ni entrevistas, ni cosa parecida a los candidatos a no ser que lo realice a todos y cada uno de los candidatos de forma obligatoria. El Estado además deberá contar con un

medio de comunicación visual pues es el más efectivo y de mayor impacto en los ciudadanos, a través del cual se informará a la población de los comicios electorales, de las candidaturas, de las convocatoria a elecciones, en fin de todos los aspectos correspondientes a la elección. Además este medio de comunicación debe ser creado para que solo a través de él, se pueda proyectar publicidad de los candidatos, en tiempos iguales y en la misma intensidad, y de forma gratuita.

Por otro lado, el Estado organizará ineludiblemente los debates de los candidatos los cuales deberán ser transmitidos en cadena nacional, contando con todos los inscritos a las candidaturas sin elección arbitraria que valga. Los debates serán obligatorios para los candidatos tanto en la primera como en la segunda vuelta, bajo pena de ser sancionados con la destitución de la candidatura por no asistir a los debates.

La ley de elecciones deberá regular así mismo al menos las candidaturas para los legisladores, para lo cual se le encargará a los tribunales provinciales el que los candidatos a la diputación presenten sus propuestas por televisión estatal de forma gratuita, además que le corresponde controlar que no exista otro tipo de promoción masiva de los candidatos que la permitida por la ley.

La reforma debe contener una norma donde taxativamente se exprese que los candidatos podrán hacer su campaña visitando lugares, dando discursos en público, pero bajo ningún concepto contratando otros medios de comunicación pues el único medio que tendrán a su disposición es el del Estado. Con estas reformas de un plumazo acabaremos con los problemas del control del gasto electoral, y con la manipulación que muchos de los medios realizan en vísperas de las elecciones.

Por otro lado se debe sancionar la conducta inadecuada de ciertos candidatos que se dedican a regalar objetos bajo la condición de que voten por ellos, para lo cual la ley deberá introducir una norma en la cual se sancione previa denuncia realizada en el Tribunal Supremo Electoral a quien realiza está práctica burda con intenciones de comprar los votos.

Por otro lado resulta imperioso restringir aún más el gasto electoral pues en tanto y cuanto el Estado asuma los gastos de la publicidad masiva resulta ilógico que se siga pretendiendo que las sumas del gasto sean tan elevadas, pues ya no habrá necesidades mayores de gastos onerosos, por lo que de esta forma conseguiremos que la contienda política sea una fiesta cívica y no una prostitución burda de las conciencias.

Los recursos para que esto se logre deben ser incluidos en el presupuesto del Tribunal, y pueden obtenerse en parte, de los subsidios que da el Estado a los partidos políticos, los cuales podrían ser destinados mejor a esta actividad que en el fondo vendría a ser una forma de subsidio.

Seguramente, se me dirá que es muy onerosa la carga que se le pretende imponer al Estado, pero yo les respondo que si bien eso puede ser cierto, también es mucho lo que ganaríamos con estas reformas, ya que nos acercaría a un Estado más democrático y participativo, en donde evidentemente cualquier ciudadano que pretenda entrar en la contienda política para acceder a los puestos de poder lo hará efectivamente, sin tener que preocuparse por las campañas multimillonarias de otras personas, ni por desarrollar un icono publicitario que le permita ganar por cosas banales.

Lo costoso de este proceso será compensado al dar la base

material a un derecho político de vital importancia que lo consagra nuestra Carta Marga, "EL PODER SER ELEGIDO", por eso son importantes los debates obligatorios para mostrar las diferentes posturas, los proyectos y que se pueda escoger a las mejores, a los más preparados, y no fantoches ignorantes que después son las ruina de nuestra patria.

Esta propuesta debe ser bien analizada y puesta en la mesa de la discusión, para corregir sus errores, y para complementarla si hay deficiencias, pero en fin es un inicio y podría tener resultados al menos inmediatos. Por lo que me parece que es el siguiente paso a tomar en la vida política del Ecuador.

Queridos lectores, el camino es largo, sin duda, sin embargo nos queda la esperanza de comenzarlo al menos, "lo único que no está permitido es cruzarnos de brazos", no nos queda otra alternativa que reaccionar y protestar, recordemos que los antiguos griegos a los que no se metían en política los llamaban idiotés, que significaba persona aislada, seguramente como lo dice Savater de esta palabra viene nuestra palabra idiota, así que no lo seamos, sino participamos en política y no criticamos lo que está mal y planteamos propuestas de solución somos unos idiotas, yo no quiero serlo les preguntó ¿Ustedes sí?.

Seguramente a la pregunta precedente, su respuesta fue negativa, por lo que les comprometo a buscar métodos de solución para que tengamos democracia en el Ecuador, el enemigo es difícil en verdad y parece grande pero es porque estamos de rodillas, pero cuando aunemos fuerzas será más fácil vencerlo.

Finalmente no queda otra cosa que desear el cambio de mi país a todo nivel, un cambio de mentalidad de todos y cada uno de nosotros, un cambio que nos permita no echar toda la

culpa a otros y que nos hace sentir fuera del problema sino que nos permita entender que si no somos parte de la solución pues lo somos del problema. Un cambio, para vivir libres y en democracia, donde podamos tener condiciones dignas de vida, donde la solidaridad sea el valor imperativo de la sociedad, y sobre todo donde entendamos que el concepto de "bienestar común" implica muchas veces sacrificio del bienestar particular.

Hacia una democracia participativa: rendición de cuentas, revocatoria del mandato y estatuto de la oposición

Andrés Páez Benalcazar[1]
Elaborado en marzo de 2007

1. Crisis de la democracia representativa

La democracia, como toda creación política, es susceptible de múltiples interpretaciones -dependiendo del prisma ideológico con que se la observe- y de rigurosos análisis teóricos de doble vía que, por un lado, han demostrado la deseabilidad de la democracia, pero por otro, han develado sus limitaciones e inconsistencias. Se puede afirmar que el término democracia ha sido empleado polisémicamente, tanto por corrientes de derecha como de izquierda, quienes, de manera diferenciada, han recurrido a ésta para legitimar sus posturas ideológicas; por ejemplo, se habla de democracia política, económica y social; la primera hace referencia a un sistema de gobierno que aparece como respuesta a regímenes autoritarios o totalitarios y prepondera la igualdad en términos jurídico-políticos, es decir, privilegia la seguridad jurídica y el imperio de la ley como garantes de la libertad; en cambio, la democracia social tiene su origen en las observaciones realizadas por Tocqueville al sistema republicano norteamericano y debido a que en la naciente potencia nunca se produjeron relaciones de tipo feudal, fue

[1] Abogado y Doctor en Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Licenciado en Sociología con mención en Ciencias Políticas, Pontificia Universidad Católica de Ecuador; profesor de Derecho del Trabajo de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE (1995-2005); profesor de la Facultad de Economía de la PUCE (1996-1998); profesor de Procedimiento Laboral en la Maestría de Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, 2004 a la fecha; Presidente de la Asociación Escuela de Derecho de la Universidad Católica 1989-1990; Presidente de la Asociación Nacional de Escuelas de Derecho del Ecuador ANEDE 1990-1991; afiliado a la Izquierda Democrática por 20 años, desde 1984.

factible concebir una igualdad en términos sociales, es decir, un tipo de status en el que los miembros de la sociedad podían verse unos a otros como iguales, a diferencia de Europa en donde la aristocracia se situó en la cúspide de la pirámide social; por último, también se habla de democracia económica, que si bien no tiene un origen propiamente marxista -Marx y Lenin calificaban a la democracia como capitalista y burguesa, por tanto, incompatible con el comunismo-, es concebida por tendencias moderadas o reformistas como un tipo de democracia que propugna la igualdad económica, es decir, que busca eliminar los extremos entre pobreza y riqueza a través de un sistema de redistribución que permita alcanzar el bienestar general, su principal manifestación jurídica fue el derecho social. Concomitantemente con la última concepción de democracia, Jean-Jacques Rousseau, a mediados del siglo XIX, en su Contrato Social, advirtió que una sociedad no puede ser calificada como democrática si existe alguien tan pobre que tenga la necesidad de venderse y alguien tan rico que pueda comprar a ese alguien, máxima que tiene plena vigencia para una necesaria relectura de la democracia en la actualidad.

La realidad demuestra, al menos formalmente, que la democracia como modo de gobierno se ha universalizado y prácticamente se la ha adoptado en todos los países del orbe en cualquiera de sus variantes. Además, sus principios fundamentales: libertad, igualdad y solidaridad, han sido reconocidos como valores esenciales para la convivencia social, plasmándose la mayoría de ellos en los textos constitucionales de casi todos los Estados nacionales y en las disposiciones de los principales convenios y pactos internacionales en lo que se conoce como cláusulas democráticas. Por esta razón, tanto defensores de un liberalismo económico extremo como los de un socialismo

radical estatizante, han adoptado la democracia como fundamento ideológico de su discurso y accionar político; por ejemplo, ningún movimiento o partido político en el Ecuador -de la tendencia que fuere- contemplará dentro de su agenda programática derogar las normas que tutelan el medio ambiente, erradicar el control constitucional, impedir la libre empresa o eliminar el régimen tributario redistributivo, es decir, la democracia en la época contemporánea se ha situado más allá del bien y del mal y se ha convertido, al menos por el momento, en un paradigma inobjetable e indiscutible.

Sin embargo, y como aporte substancial de la sociología, se debe tener plena conciencia que ninguna construcción humana -y más aún las encaminadas a direccionar la conducta social-, por perfecto que sea su diseño, puede mantenerse inalterable, distante o ajena a las relaciones de poder. Así, en el siglo pasado y en lo que va del que decurre, la humanidad ha sido testigo de la inobservancia de principios democráticos elementales como el respeto de los derechos humanos, la independencia de los poderes del Estado, la supremacía constitucional, el imperio de la ley, la seguridad jurídica, la justicia social, etc., es decir, el Estado social y democrático de derecho, ha sido violentado sistemáticamente. Además, en el nombre de la paz, la justicia y la libertad se han provocado e intentado justificar horripilantes masacres, vergonzosos éxodos o la propagación de pandemias globales, que han dejado como resultando millones de seres humanos excluidos de las bondades del sistema democrático y en un estado de marginación alarmante que no solo afecta a los países de origen, sino que está incidiendo negativamente en las naciones denominadas de primer mundo, pues el principal efecto de la adopción de políticas excluyentes a nivel global son las cada vez más crecientes olas migratorias que generan conflictivas

situaciones sociales, laborales y culturales.
Coincidiendo con Giovanni Sartori, definir democracia no consiste en el ejercicio infructuoso de repetir su origen etimológico: demos = pueblo - kratos = poder; por el contrario, la democracia solo puede ser definida y dimensionada cuando es cotejada con la realidad, es decir, cuando sus principales instituciones y principios toman contacto con una urdimbre social compleja, atravesada por relaciones de poder, intereses de clase y cosmovisiones culturales diversas y en ocasiones ajenas a la lógica propia de la modernidad. En el caso de Latinoamérica se habla de una democracia incipiente, pues si bien se han incorporado sus principales instituciones, en muchas ocasiones éstas no se compaginan con la realidad y en variadas ocasiones solo han servido para precautelar intereses gremiales, partidistas o corporativos, lo que ha devenido en un desencanto popular por lo político, agudas situaciones de exclusión social y asimetrías económicas exageradas. De allí que la afirmación de Immanuel Wallerstein, en el sentido de que la democracia ha pasado de ser una aspiración revolucionaria en el siglo XIX a un slogan adoptado universalmente pero vacío de contenido en el siglo XX, peligrosamente cobra sentido en el imaginario popular latinoamericano y específicamente en el ecuatoriano. Este fenómeno socio-político no puede ser tomado a la ligera, porque entraña el peligro inminente de creer que un régimen autoritario que satisfaga momentáneamente necesidades básicas a la población es mejor que un régimen democrático, y aquello implicaría supeditar la libertad a las veleidades de un dictador o de un déspota, con todo lo contraproducente que la historia ha demostrado que son las formas autoritarias y totalitarias de gobierno.

Desde esta perspectiva, varios pensadores sociales -sintonizando con el sentir de una considerable parte de la

población- afirman que en el Ecuador no existe democracia, pues los partidos políticos no han sabido recoger las demandas ciudadanas; además, las instituciones representativas y casi todas las entidades públicas, en su gran mayoría aquejadas por la corrupción, han demostrado altos niveles de ineficiencia (herencia de un período desarrollista en que el Estado creció desmedidamente), llegando a considerárselas innecesarias. Personalmente, y coincidiendo con una tendencia progresista, creo que sí existen una cultura democrática en el Ecuador, pues paulatinamente se ha dotado a los ciudadanos de canales válidos para la defensa de sus derechos individuales, sociales y colectivos. Esto, sin embargo, bajo ningún punto de vista significa desconocer la situación de crisis por la que atraviesa el sistema democrático; por ejemplo, la administración de justicia es deficiente y aquello afecta directamente a la democracia, pues a pesar de que el individuo disponga de los procedimientos jurídicos adecuados para exigir sus derechos, si no puede acceder al sistema judicial sea por motivos económicos sea por falta de confianza en jueces, abogados y operarios judiciales; o, en su defecto, si accede pero recibe una atención inoportuna, desapegada a derecho y con falta de independencia judicial; entonces, la ley simplemente no cumple con su función social; asimismo, en lo político el país experimenta una inestabilidad prolongada y preocupante debido a una cultura de irrespeto a la institucionalidad, la Constitución y leyes y el sistema electoral, es decir, varios de los pilares fundamentales de la democracia simplemente no son observados. Por lo tanto, no debe sorprender que en el Ecuador la confianza ciudadana en los órganos representativos sea la más baja de Latinoamérica y aquello, a más de restar legitimidad al accionar del Estado, evidencia una crisis estructural que pone en riesgo al sistema democrático y los beneficios que éste conlleva.

Pienso que lo más acertado no es hablar de manera

indiscriminada de la crisis de la democracia; por el contrario, lo que existe es un desgaste de la democracia representativa, lo que no significa prescindir de ella, y aquello demanda redefinir el sistema en términos participativos, en otras palabras, y como sostiene Boaventura de Souza Santos, el reto actual consiste en conjugar democracia representativa y democracia participativa, sin privilegiar una u otra, sino compaginándolas. Sin embargo, y de manera inevitable, viene a la mente la pregunta ¿Es posible aquello? Pues bien, en este artículo se proponen tres canales de participación democrática contemplados en la Constitución Política vigente pero que no han sido debidamente reguladas, me refiero a la rendición de cuentas, la revocatoria del mandato y al estatuto de la oposición. Sin lugar a dudas, estos mecanismos de control ciudadano solo pueden aplicarse de manera efectiva a través de leyes que los reglamenten, pero más allá de lo jurídico, se requiere además de un cambio de actitud tanto de partidos y movimientos políticos como de la sociedad civil organizada (ONGs, organizaciones de segundo grado, movimientos sociales, etc.), por cuanto el ámbito de acción de unas y otras a pesar de que no es el mismo, no se contrapone, por el contrario se debe complementar, es decir, si no existe un respeto mutuo y una delimitación del campo de trabajo de cada una de ellas, evitando intromisiones mutuas, la crisis de la democracia no solo se mantendrá, sino que se agravará. Además, si no se da un giro a la concepción tradicional de democracia las instituciones representativas continuarán perpetuando su incompatibilidad con la realidad, mientras que la sociedad civil organizada seguirá pensándose y trabajando de manera aislada, y esto, sin lugar a dudas, entorpece la posibilidad de articular un proyecto nacional que incluya a todos los actores políticos, sin excepción, capaz de proveer de un norte al país.

Una nueva democracia demanda de la participación de la sociedad civil en el ámbito público, por tanto, debe ser

empoderada para que pueda incidir en la toma de decisiones. Si bien los partidos políticos han experimentado un enorme desgaste en estos últimos 26 años, lo cual les obliga a redefinirse y reestructurarse de manera estructural para recuperar su rol de legítimo interlocutor entre la sociedad civil y el Estado, no es menos cierto que la sociedad civil requiere de un mejor direccionamiento; por ejemplo, debe terminar con la actitud facilista de pensar que solo posee derechos y que su deber termina en exigirlos. Así, la sociedad civil organizada debe tomar conciencia que es su responsabilidad fiscalizar y controlar a sus mandantes, puesto que quienes han sido escogidos como representantes del pueblo tienen la obligación de ejercer sus funciones en consonancia con los intereses colectivos y demostrar fehacientemente que son capaces para hacerlo, además de rendir cuentas de sus actos y, de no hacerlo, exponerse a que su mandato sea revocado.

2. Proyectos de ley

Por las razones expuestas, y en mi condición de legislador, presenté cuatro proyectos de ley que considero de vital importancia para el país; pues, por un lado, involucran a la sociedad civil en la consolidación de una verdadera democracia participativa; y, por otro, dotan de mayor transparencia al accionar público, ya que su objetivo es erradicar las oprobiosas prácticas políticas de tipo clientelar y demagógica que tanto daño y descrédito han generado a las instituciones democráticas representativas, hecho que a su vez ha repercutido negativamente en los ámbitos social y económico.

Los proyectos presentados fueron:

1. Proyecto de ley de rendición de cuentas: Ingresado el 2 de

marzo de 2004 con el Número 25-251 y remitido el nueve de marzo de 2004 a la Comisión Especializada Permanente de Gestión Pública y Universalización de la Seguridad Social;
2. Proyecto de ley Reformatoria del Artículo 109 de la Constitución Política de la República: Ingresado el 22 de agosto de 2005 con el número 26-788 y remitido el 24 de agosto de 2005 a la Comisión Especializada Permanente de Asuntos Constitucionales;
3. Proyecto de ley de iniciativa popular para la revocatoria del mandato de dignidades de elección popular: Ingresado el 22 de agosto de 2005 con el número 26-784 y remitido el 24 de agosto de 2005 a la Comisión Especializada Permanente de Gestión Pública y Universalización de la Seguridad Social; y,
4. Proyecto de ley que regula el ejercicio del derecho a la oposición: Ingresado el 22 de agosto de 2005 con el número 26-787 y remitido el 24 de agosto de 2005 a la Comisión Especializada Permanente de Gestión Pública y Universalización de la Seguridad Social.

3. Rendición de cuentas

La Constitución Política del Ecuador, en su Art.109, exige la presentación de un plan de trabajo para inscribir las candidaturas a alcalde, prefecto y diputado, advirtiendo que en caso de incumplimiento con aquellos planes, se podrá solicitar la revocatoria del mandato; además, el Art. 120 ibídem, establece: "No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones. El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia".

Las Constitución en su Art. 26 establece el derecho de los

ciudadanos ecuatorianos a fiscalizar los actos de los órganos del poder público; en el décimo tercer numeral de su Art. 97 consagra el deber y la responsabilidad de asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad, y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad; y, en su Art. 237 instituye el control social y la obligación de rendir cuentas dentro del régimen seccional autónomo. Sin embargo, sin un procedimiento adjetivo que regule estas obligaciones constitucionales de los mandatarios, es imposible que estos correctivos democráticos se hagan efectivos y, por ende, se soslaya la impunidad y se mantiene la forma demagógica e irresponsable de hacer política.

La rendición de cuentas proporciona a la comunidad, por un lado, de un mecanismo idóneo para verificar la eficiencia de la administración pública, y por otro lado, de un medio para fiscalizar que los representantes populares cumplan con los planes de trabajo que propusieron en campaña. Además, la rendición de cuentas permite que opere la revocatoria del mandato, de tal manera que no queden exentos de sanción los dignatarios de elección popular incompetentes y/o corruptos. Así, al término de sus funciones deberán entregar, anualmente, un pormenorizado informe de sus actividades realizadas, lo que facilitará el control ciudadano de su gestión, y en caso de encontrarse incumplimientos o anomalías, la población recurrirá inmediatamente a la acción constitucional de revocatoria del mandato.

En lo principal, el proyecto de ley contiene los aspectos formales que permiten la aplicabilidad de la obligación constitucional de rendir cuentas por parte de los dignatarios de elección popular. Así, el Art. 1 determina las dignidades que deben presentar informe dando cuenta de las actividades

desarrolladas en el ejercicio de su función pública:
a) Los diputados
b) Los parlamentarios andinos
e) Los prefectos provinciales
d) Los alcaldes
e) Los consejeros provinciales
f) Los concejales
g) Los vocales de las juntas parroquiales

El Art. 2 del proyecto establece la información que debe constar en la rendición de cuentas:

a) El detalle de las principales actividades de su competencia ejecutadas durante el año inmediato anterior, con indicación de los resultados obtenidos y de los obstáculos que han dificultado el logro de los objetivos.
b) Un pormenorizado análisis comparativo con el plan de trabajo, en el caso de los diputados, alcaldes y prefectos, o de las ofertas de campaña en las otras dignidades.
c) Un balance de los logros alcanzados y de las metas propuestas.
d) Programa de trabajo a desarro11arse en el año siguiente de funciones.
e) Indicación de la fecha y notaría en la que el dignatario rindió su declaración juramentada de bienes, e indicación de la fecha y notaría en la que protocolizó su plan de trabajo.
f) Cualquier información adicional que considere pertinente para conocimiento de la ciudadanía.

Se excluirá la información considerada confidencial o clasificada.

Los informes de rendición de cuentas se presentarán anualmente hasta el 31 de enero del año siguiente al que se refiera el informe y los diputados presentarán la rendición de

cuentas ante el Presidente del Congreso Nacional; los prefectos y consejeros provinciales ante los Consejos Provinciales; los alcaldes y concejales ante los Consejos Municipales; y, el Presidente y los vocales de las juntas parroquiales ante la junta (Arts. 3 y 4).

En el Art. 5 se dispone que cualquier ciudadano o ciudadana podrá solicitar una copia simple o certificada de los informes de rendición de cuentas y su petición deberá ser atendida dentro de las 72 horas subsiguientes y tendrán derecho a conformar comisiones de análisis de los mismos. El Art. 7 establece que en caso de no rendir cuentas (anualmente) los dignatarios de elección popular, los ciudadanos podrán solicitar la revocatoria del mandato. Si incumplen injustificadamente el plan de trabajo diputados, alcaldes o prefectos, los ciudadanos y ciudadanas podrán solicitar la revocatoria del mandato luego del primer año de ejercicio de sus funciones de conformidad con lo dispuesto en el Art. 111 de la Constitución Política. Sin embargo, la falta de presentación del informe de rendición de cuentas por parte de los diputados, no impide que se apliquen las sanciones constantes en el Art. 9 del Código de Ética de la Legislatura.

En síntesis, éstas son las principales disposiciones que regulan la rendición de cuentas, las mismas que son perfectibles y sujetas a debate, pero que sin lugar a dudas deben ser elevadas a ley para que la ciudadanía tenga un camino jurídico para exigir a sus representantes, de manera detallada, un informe de su accionar en el ejercicio público y cotejarlo con sus promesas de campaña, solo así erradicaremos la demagogia como práctica política tradicional en el Ecuador.

4. Revocatoria del mandato

4.1. Proyecto de ley

La Constitución Política de la República, la Ley Orgánica de Elecciones y el Reglamento para consulta popular y revocatoria del mandato consagran expresamente la posibilidad de revocar el mandato a los dignatarios que se han visto implicados en casos de corrupción o que han incumplido injustificadamente con su plan de trabajo. Lamentablemente, los cuerpos legales antes mencionados son incompletos y confunden el procedimiento y los requisitos para que la comunidad utilice este instrumento jurídico-político que faculta a ejecutar en los hechos el derecho democrático de ejercer control ciudadano. Por ello, la promulgación de una ley que regule expresamente este derecho y armonice los textos legales con la Constitución es vital para limitar y detener uno de los peores males que aquejan al país como es la corrupción y la irresponsabilidad en el ejercicio de la función pública pues muchas personas han ocupado dignidades de elección popular y jamás han dado cuenta de sus acciones u omisiones ni se han responsabilizado por ellas.

Este proyecto de ley pretende dotar al ciudadano de una herramienta de fácil comprensión y, por ende, de sencilla aplicación que genere una cultura democrática que promueva la participación ciudadana en la esfera pública y que fortalezca las instituciones del Estado; pues, si es bien empleada, entonces los dignatarios elegidos por elección popular deberán ejercer sus funciones de manera proba y eficiente, o corren el riesgo no solo de perder su cargo, sino además de responder ante los jueces y tribunales por eventuales responsabilidades de tipo civil o penal y sanciones pecuniarias drásticas, dependiendo de la gravedad de sus actos.

La Constitución Política de la República en su Art. 109 y siguientes, establece los requisitos y el procedimiento que permitan la revocatoria del mandato de las dignidades de elección popular por actos de corrupción o incumplimiento injustificado de su plan de trabajo. El Art. 122 ibídem de la Ley Orgánica de Elecciones desarrolla el principio constitucional de revocatoria del mandato, debiendo dictarse una norma legal para que la ciudadanía pueda iniciar el proceso revocatorio de las dignidades de elección popular. El Reglamento para consulta popular y revocatoria del mandato, publicado en el Registro Oficial No. 366 de 11 de julio de 2001, establece ciertos parámetros reglamentarios respecto del tema revocatorio, pero que lamentablemente es incompleto e incoherente, motivo por el cual es urgente expedir la correspondiente Ley.

Al igual que el proyecto de ley de rendición de cuentas, el proyecto de ley de revocatoria del mandato busca reglamentar un mecanismo constitucional que busca corregir el sistema democrático y volverlo exigible para la ciudadanía. Así, el Art. 1 contempla la posibilidad de requerir con la revocatoria del mandato a todos los dignatarios de elección popular del régimen seccional y la Función Legislativa conforme a las disposiciones constitucionales y legales vigentes.

En lo referente a las normas que regulan la revocatoria del mandato, además de las que constan en el proyecto de ley, se deberá acatar lo dispuesto por la Constitución Política y el Título V, Capítulo Único, de la Ley Orgánica de Elecciones que trata sobre la consulta popular y la revocatoria del mandato (Art. 2).

El requerimiento de revocatoria del mandato se presentará y tramitará ante los respectivos Tribunales Electorales

Provinciales de la respectiva jurisdicción a la que pertenezca el accionado con la revocatoria del mandato. Asimismo, la acción de revocatoria del mandato deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho con clara determinación de las causales que invoca de los actos de corrupción o el señalamiento exacto del incumplimiento del plan de trabajo presentado por el accionado al momento que inscribió su candidatura en el correspondiente Tribunal Electoral. Cuando las acciones versen sobre actos de corrupción, la revocatoria podrá ejecutarse en cualquier tiempo del mandato. En los casos de incumplimiento del plan de trabajo se podrá solicitar después de transcurrido el primero y antes del último año del ejercicio de la dignidad para la que fue elegido (Art. 3 y 4).

El Art. 5 del proyecto establece como requisitos para que opere la revocatoria del mandato (a más de los establecidos en la Ley Orgánica de Elecciones) los siguientes:

a) Señalamiento inequívoco de la o las causales por las que se solicita la revocatoria;
b) Las pruebas fehacientes de la infracción que se le acusa;
c) La motivación y exhaustiva fundamentación de la acción; y,
d) La presentación de los formularios de recolección de firmas, en los que consten los nombres completos, profesión, número de cédula de identidad, firma, dirección domiciliaria, lugar en el que sufragó y domicilio para notificaciones de los accionantes.

En el Art. 6 constan las causales par ejercer la revocatoria del mandato en casos de corrupción y son las siguientes:

a) Haber incurrido en actos ilícitos;
b) La comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y

enriquecimiento ilícito; y,
c) Las demás infracciones contempladas en las demás leyes inherentes vigentes.

¬Las causales de revocatoria del mandato son independientes de las responsabilidades civiles y penales y de las acciones que deben iniciarse de oficio por parte del Ministerio Fiscal y de los organismos de control en contra de los dignatarios de elección popular que hayan incurrido en acciones dolosas o culposas y omisiones en el desempeño de su cargo, si el dignatario fuera revocado (Art. 7)

En el Art. 8 se ofrece a la sociedad civil la posibilidad real de aplicar este mecanismo democrático. Así, esta disposición establece que podrán impulsar la petición de revocatoria del mandato cincuenta personas en goce de los derechos políticos y de ciudadanía y que hayan participado con su voto en los comicios en los cuales se eligió al dignatario que motiva la acción revocatoria. Se denominarán accionantes para los efectos legales correspondientes, los ciudadanos que en número de cincuenta, suscribieron la petición de revocatoria del mandato. Los demás ciudadanos que respalden la misma se denominarán peticionarios. Los actores de la acción revocatoria podrán solicitar los formularios únicamente por escrito, debiendo registrarse en el Tribunal Electoral Provincial todos sus datos de identificación. La petición deberá ser suscrita por los peticionarios y reunir los requisitos establecidos en el Art. 5 del proyecto de Ley.

La petición de revocatoria del mandato debe ser debidamente fundamentada, pues de no hacerlo se entenderá como no presentada, sin que aquello deslinde de responsabilidad civil o penal a los accionantes que hayan interpuesto el petitorio de manera maliciosa o temeraria. Una vez presentada y calificada la petición, el Tribunal Provincial Electoral

solicitará a los accionantes que la formalicen, antes de entregar los formularios para que los peticionarios procedan a reunir el 30% de las firmas requeridas de los electores y electoras que hayan sufragado, formularios que serán entregados en un plazo máximo de dos meses. (Art. 9 y 10).

El Art.11 ordena que una vez obtenidas las firmas requeridas, éstas se pondrán a disposición del Tribunal Electoral Provincial, el cual deberá procesarlas dentro de los quince días siguientes contados a partir de su recepción, debiendo verificar la validez de los datos y tomando en consideración las firmas, la identidad, el domicilio habitual y el lugar en el que sufragó cada uno de los firmantes. El Art.12 dispone que el proceso concluye en su primera parte una vez que el órgano electoral correspondiente, en un término máximo de 15 días, se pronuncie aceptando o rechazando la acción de revocatoria del mandato. Si el petitorio es aceptado el accionado será debidamente notificado dentro del término de tres días (Art. 13).

La contestación a la acción deberá ser presentada en un término de quince días, debiendo acompañar todas las pruebas que sean del caso. Concluido este tiempo se escuchará en audiencia pública a los accionantes y al o los accionados cuya comparecencia deberá efectuarse en un término máximo de diez días (Art. 14). La falta de comparecencia del accionado se considerará como indicio de aceptación y justificación de los fundamentos de hecho y de derecho que motivó la acción revocatoria del dignatario involucrado en el proceso revocatorio del mandato. En el caso de que los accionantes no comparezcan, serán responsables de las acciones legales determinadas en el Art. 27 de esta Ley (Art. 15). Los accionantes y el o los accionados pueden interponer recurso de apelación ante el Tribunal Supremo Electoral en un término de tres días, el que se

resolverá por los méritos del proceso en un término de quince días debiendo pronunciarse obligatoriamente y su resolución causará ejecutoria (Art. 16). En caso de encontrar irregularidades, el Tribunal Supremo Electoral, devolverá el proceso al inferior con las observaciones pertinentes, para que enmiende y rectifique, caso contrario dispondrá que ejecute lo resuelto según el caso. De esta decisión no se podrá interponer recurso alguno y deberá cumplirse inmediatamente; y, con la ayuda de la fuerza pública de ser necesario (Art. 17). Concluido el proceso, los resultados y la sanción de revocatoria del mandato, deberán ser publicadas inmediatamente en el Registro Oficial (Art. 18).

El funcionario electoral tiene la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Público, para que se inicie la investigación correspondiente, los hechos que provoquen sospechas o indicios de la comisión de delitos o actos de corrupción. En este caso, el proceso investigativo no podrá extenderse más de noventa días bajo prevención de destitución del funcionario del Ministerio Público si incumple este plazo. Los formularios deberán reunir todos los datos que se requieran para la legitimidad, validez y convalidación del proceso. Concluido el proceso inmediatamente se activarán los mecanismos de sucesión que la Constitución y la Ley Orgánica de Elecciones contemplan (Art. 21, 22 y 23).

Según dispone el Art. 24 es inadmisible la acción de revocatoria del mandato en los siguientes casos:

a) Cuando no exista la firma de responsabilidad de los ciudadanos determinados en el Art. 8;
b) Cuando no se ha reunido el 30% de las firmas requeridas;
c) Si las firmas presentadas son falsas o apócrifas que afecten el porcentaje mínimo requerido para la calificación de la acción.

El Art. 25 dispone que el proceso revocatorio será nulo si incurre dentro de las nulidades prescritas en los Arts. 109 y 110 de la Ley Orgánica de Elecciones.

Las votaciones se efectuarán de acuerdo a los artículos 78, 79, 80 y 83 de la Ley Orgánica de Elecciones, en lo que sea pertinente a la revocatoria del mandato. Para la realización del escrutinio se estará a lo preceptuado por los Capítulos II y III del Título IV de la Ley Orgánica de Elecciones (Art. 28 y 29).

El Art. 30 establece categóricamente que el dignatario a quien se le haya revocado el mandato no podrá optar nuevamente por ningún cargo de elección popular. No están sujetos a la revocatoria del mandato los diputados alternos, salvo que durante la gestión que realizaren se comprueben actos de corrupción o delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

Dentro de las disposiciones finales más relevantes encontramos que la primera dispone los gastos para iniciar el proceso revocatorio del mandato correrán a cargo del Tribunal Supremo Electoral, debiendo éste tramitar la partida presupuestaria y distribuirla a los correspondientes Tribunales Provinciales Electorales; la segunda establece que en el caso de revocatoria del mandato de dignidades seccionales de elección popular los egresos se imputarán al presupuesto del correspondiente organismo seccional; y, la tercera ordena que las disposiciones reglamentarias existentes en el Reglamento que regula la revocatoria del mandato, deberán ajustarse, en el plazo de treinta días, al proyecto de ley, en caso de que se convierta en Ley Orgánica, contando desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

4.2. Reforma constitucional sobre revocatoria del mandato

El Art. 26 de la Constitución Política de la República establece como uno de los principales derechos políticos de la ciudadanía la revocatoria del mandato a los dignatarios de elección popular. Por otra parte, el Art. 109 ibídem, dispone: "Los ciudadanos tendrán derecho a resolver la revocatoria del mandato otorgado a los alcaldes, prefectos y diputados de su elección, por actos de corrupción o incumplimiento injustificado de su plan de trabajo." Se puede observar de la lectura de ambas disposiciones que varios dignatarios de elección popular como Concejales, Consejeros y Presidentes de Juntas Parroquiales no están constitucionalmente obligados a presentar su plan de trabajo antes de inscribir su candidatura y, por ende, a someterse a la revocatoria del mandato.

El Proyecto de Ley Reformatoria del Art. 109 de la Constitución Política de la República busca subsanar dicha omisión e incorporar a las autoridades seccionales arriba señaladas al control ciudadano. Asimismo, se incorporan como causales para iniciar la acción de revocatoria del mandato la comisión de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, pues además de la responsabilidad penal que estos delitos contra la Administración Pública genera, se debe sancionar a los funcionarios deshonestos con la salida inmediata de sus cargos por haber perdido legitimidad ya que han traicionado de la manera más vergonzosa el mandato popular.

Por las razones expuestas, en mi calidad de legislador, presenté la siguiente reforma constitucional:

"Reemplazar el actual texto del Art. 109 de la Constitución Política de la República por el siguiente:

Art. 109.- " Los ciudadanos tendrán derecho a resolver la revocatoria del mandato otorgado a los alcaldes, prefectos, diputados, concejales, consejeros y miembros de las juntas parroquiales de su elección, por actos de corrupción, incumplimiento injustificado de su plan de trabajo y por la comisión de delitos de peculado, cohecho concusión y enriquecimiento ilícito".

Disposición transitoria

El H. Congreso Nacional en un plazo de sesenta días deberá legislar la correspondiente reforma del Art. 122 de la Ley Orgánica de Elecciones con el objeto de que guarde relación con la presente reforma constitucional."

5. Estatuto de la oposición

Concomitantemente con los anteriores mecanismos participativos y correctivos de la democracia representativa, este proyecto de ley intenta afianzar una nueva forma de hacer política y consolidar una verdadera democracia participativa. A través de él se busca transformar la tradicional manera de hacer oposición por parte de los partidos políticos y de aquellos actores políticos que lucran de una actividad que debería enaltecer y no envilecer. Hacer oposición política en el Ecuador muchas veces equivale a entorpecer la labor del Ejecutivo, buscar protagonismo político, defender intereses particulares en nombre del bien colectivo, desbaratar cualquier intento de llegar a acuerdo mínimos, perseguir implacablemente a los enemigos políticos y edificar plataformas políticas para futuras reelecciones. En resumen, se ha perdido la orientación que debe tener la oposición, sumiendo al país en la ingobernabilidad.

El proyecto de ley trata de crear un estatuto de la oposición en el que prime el respeto, la altura en el debate, la crítica constructiva y bien intencionada, el diálogo e intercambio de ideas debidamente fundamentadas entre los actores políticos y la sociedad civil y, sobre todo, la participación ciudadana pues su opinión sobre los asuntos de trascendencia para el país debe ser recogida por los partidos políticos quienes se encargarán de transmitir, mediante los canales idóneos, a las esferas de poder sus inquietudes y exigir al Ejecutivo y a los gobiernos seccionales que efectúen los correctivos necesarios.

Por tratarse de un proyecto de ley sencillo y no muy extenso, lo transcribo íntegramente con la finalidad de facilitar el análisis y la formación de un criterio personal por parte del lector.

Proyecto de ley que regula el ejercicio del derecho a la oposición

Exposición de motivos

El Art. 117 de la Constitución Política de la República establece que los partidos y movimientos políticos que no participen del gobierno, tendrán plenas garantías para ejercer dentro de la Constitución y la ley, una oposición crítica y proponer sobre políticas gubernamentales.

El Ecuador no cuenta con un cuerpo legal atinente a esta garantía constitucional de la oposición, por lo que se hace indispensable contar con normas sustantivas y adjetivas que regulen el ejercicio de este derecho.

En un sistema democrático, la oposición debe tener efectos edificantes y constructivos, dimensionando a cabalidad y con

objetividad los actos de quien ejerce el poder y sugiriendo correctivos para la apropiada administración pública en función de los intereses colectivos. Se requiere además ir dotándole al sistema de herramientas que permitan la consolidación de la democracia en el Ecuador que entrañen una sintonía con el generalizado clamor de la colectividad.

Entonces, es indispensable que el H. Congreso Nacional de una respuesta categórica a la sociedad ecuatoriana dictando una ley que permita a los movimientos y partidos políticos canalizar una oposición crítica, eficaz y ética que garantice la participación de todos los actores políticos, y que a través de los medios de comunicación se difundan las posiciones asumidas por éstos.

Considerando

Que el Art. 117 de la Constitución Política de la República consagra el derecho a la oposición a los partidos y movimientos políticos que no participen del gobierno.

Que es necesario dictar una ley para normar el ejercicio de este derecho a fin de consolidar el régimen democrático.

Que el numeral 5) del Art. 130 de la Constitución de la República establece como deber del Congreso expedir leyes.

En uso de sus atribuciones constitucionales, expide la siguiente:

Ley que regula el ejercicio del derecho a la oposición

Título primero
Naturaleza jurídica de la oposición

Art. 1.- Los partidos y movimientos políticos que no participan del gobierno, tienen derecho a ejercer dentro del marco de la Constitución y de esta Ley, una oposición crítica, constructiva, de alternativas y de fiscalización a todos los actos gubernamentales, excepto a los actos que la ley declara de seguridad nacional.

Art. 2.- Para efectos de esta ley se consideran sujetos de la oposición a los partidos y movimientos políticos reconocidos por el Tribunal Supremo Electoral.

Art. 3.- El ejercicio de la oposición está garantizado para los partidos y movimientos políticos, quienes individual o conjuntamente podrán ejercer tal derecho.

Art. 4.- La oposición será ejercida públicamente, pudiendo hacerlo también a través de cualquier medio de comunicación. Esta será fundamentada a fin de que los ciudadanos conozcan de la oposición y posturas del partido o movimiento político opositor, que permitan reorientar las acciones del poder público.

Título segundo
Atribuciones de los sujetos de la oposición

Art.5.- Los sujetos de la oposición alineados como tales, tienen las siguientes atribuciones:

1.- Realizar una oposición crítica, constructiva y de proposición de alternativas a las políticas adoptadas por

quien ejerza el poder y a sus actos de gobierno en cualquier nivel de la administración pública;

2.- Vigilar los actos del poder ejecutivo y sus entidades, especialmente respecto de las políticas implementadas, designación de funcionarios y utilización de los recursos públicos;

3.- Fomentar el diálogo democrático entre los actores políticos de todos los sectores y entre éstos y la sociedad civil;

4.- Difundir en la ciudadanía sus propuestas contrastándoles de manera objetiva y sustentada a las implementadas o las que pretende implementar el gobierno, a fin de orientar debidamente a la ciudadanía; y,

5.- Designar de su seno a las personas responsables del ejercicio de la oposición.

Título tercero
De los derechos de los sujetos politicos

Art. 6.- Todos los sujetos políticos que hayan declarado públicamente su oposición al régimen tienen derecho a expresar libre y responsablemente sus posturas y a ser escuchados en las diferentes instancias.

Art.7.- Los sujetos de la oposición podrán oficializar su oposición a partir de los sesenta días desde el inicio del período presidencial o de los gobiernos del régimen seccional autónomo.

Art.8.- Los sujetos de la oposición deben recoger las iniciativas provenientes de la ciudadanía, para lo cual podrán

solicitar a los dignatarios y autoridades ser recibidos para exponer sus posiciones frente a situaciones de interés social; así como también deben difundir a través de los medios de comunicación social sus iniciativas presentadas como sujetos políticos de la oposición y sus posturas.

A modo de conclusión

La responsabilidad del Parlamento, tanto de diputados como de las comisiones legislativas, es proponer y privilegiar las propuestas que viabilicen e incentiven la participación ciudadana; pues, como he sostenido a lo largo de este artículo, se debe buscar una salida a la crisis de la democracia representativa, por tanto, la participación de la sociedad civil organizada en lo público se vuelve un complemento indispensable para el fortalecimiento de la democracia ecuatoriana, especialmente para lograr que ésta se consolide y se interiorice definitivamente en el imaginario social ecuatoriano. Las metas propuestas y las expectativas generadas por la democracia, sobre todo en el período posterior a las dos guerras mundiales, al menos en Ecuador, simplemente no se han alcanzado, por tanto, pasar a una democracia de alta intensidad construida desde lo local y que tenga al ciudadano como sujeto medular en la toma de decisiones es un paso irreversible, ya que es necesaria una nueva forma de entender la política, esto es, procurando el trabajo armónico, solidario y complementario entre la comunidad y las instituciones representativas.

Los proyectos de ley propuestos dotan a la sociedad civil organizada de un instrumento legal para que ejerza una participación democrática real, por tanto, fueron concebidos de manera integral y así deberían ser promulgados, en especial, los de rendición de cuentas y revocatoria del mandato, pues ambos viabilizan un control ciudadano

efectivo. Lamentablemente, no existe una agenda mínima legislativa que privilegie una reforma política seria en la que temas como los anotados reciban un tratamiento preferencial y expedito, pues al parece a varios sectores políticos, acostumbrado a una forma "tradicional" de hacer política, les atemoriza e incomoda la posibilidad de que su mandante -el ciudadano- fiscalice sus actos y revoque su mandato en caso de que su accionar sea ineficiente o corrupto.

La Crisis de los Partidos Tradicionales[1]

Natalia Almeida Oleas
Elaborado en enero de 2007

Introducción

En la actualidad, los partidos tradicionales han perdido su poder de coalición y chantaje. Se señalaba que estas estructuras partidistas mantenían una posición predominante a pesar de una baja aceptación del electorado y de una normativa adversa, en vista de que seguían teniendo 'activos electorales', es decir, todavía se constituían en los entes con mayor posibilidad de llegar a cargos de representación democrática (Freidenberg y Alcántara, 2001:10). Este criterio ha sido completamente rebatido por los resultados de las dos últimas elecciones en las que los partidos tradicionales no han logrado ni siquiera llegar a la segunda vuelta en comicios presidenciales y, más aún, hoy constituyen una minoría en el Congreso. Así también, nuevos actores políticos han aparecido y han tomado el espacio de los partidos tradicionales. En consecuencia, podríamos afirmar que estas organizaciones atraviesan una crisis.

En este artículo describiremos los motivos por los cuales los partidos tradicionales ya no dominan la escena política ecuatoriana. Así veremos cómo estos nunca llegaron a adaptar su estructura y sus prácticas a la demanda de los electores y, contrariamente, mantuvieron una línea de gestión poco efectiva. No podemos sostener que los partidos

[1] Los denominamos partidos tradicionales por oposición a los partidos políticos formados en/para los últimos procesos electorales. Nos referiremos al Partido Social Cristiano, (PSC), Izquierda Democrática (ID), Partido Roldosista Ecuatoriano (PRE) y Democracia Popular (DP) ahora Unión Demócrata Cristiana (UDC) los cuales desde el retorno a la democracia, han sido los actores más importantes en la política ecuatoriana.

tradicionales vivan una 'crisis' en el sentido de un cambio inesperado de la situación, pues el fracaso de los partidos tradicionales era solo una cuestión de tiempo.

Surgimiento y desarrollo de los partidos tradicionales

Para describir el decaimiento de estos actores políticos es necesario conocer las condiciones de su nacimiento y de su desarrollo interno y externo, tanto en el poder Ejecutivo como en el Legislativo.

Los partidos políticos tradicionales emergieron en un entorno político favorable pues se les dio el rol de agentes garantizadores de la democracia en la agenda de transición en la década de los 70. Además, el mismo hecho de volver de un régimen dictatorial beneficiaba su imagen. Respecto al primer punto, la voluntad de instituir a los partidos como el eje de la vida política se reflejó en la normativa expedida para regularlos ya que propendía a la formación de partidos fuertes, institucionalizados y con ideología, e incluso plasmaba una visión idealizada de estas organizaciones: se buscaba la formación de partidos[2] de masas[3]. Esta visión implicó varias consecuencias: posibilidad de que únicamente los partidos puedan presentar candidatos para elecciones populares; instauración de una segunda vuelta en elecciones presidenciales; y determinación de una presencia mínima a nivel nacional.

[2] "Una de las características de la sociedad ecuatoriana al adoptar instituciones, es que busca crear sus condiciones como ideal a lograr, pero con la complicación de que importa todo al mismo tiempo: la idea primigenia; las racionalizaciones sobre los procesos acumulados, como meta inmediata sin tener en cuenta que éstas han sido resultados de procesos; y las ideas de sus resultados sin considerar los fenómenos que los han delineado" (León, 2004: 90).

[3] Los partidos de masas son aquellos concebidos por el electorado como un medio efectivo de representación, dado que sus fines moldean un proyecto que contiene los intereses de un grupo determinado de la sociedad y hay una presencia predominante de incentivos de tipo colectivo.

Estas regulaciones concordaban con el objetivo de reducir el número de partidos de manera que se creara un ambiente propicio para trabajar en pro de los fines del Estado. Asimismo, el retorno a la democracia, per se, era una coyuntura positiva para los partidos ya que, aunque nuestro régimen militar fue mucho menos represivo en comparación al de otros países latinoamericanos, la ineficiencia en la implementación de reformas trascendentales, la no concertación en políticas económicas y el mismo hecho de que 'la mejor dictadura no se compara a la peor democracia', crearon expectativas en la población sobre una renovada forma de hacer política.

A pesar de las condiciones señaladas, los partidos tradicionales (Partido Social Cristiano, Izquierda Democrática, Democracia Popular y Partido Roldosista Ecuatoriano), se desarrollaron, de manera general, como organizaciones clientelares[4] y personalistas[5], mostrándose incapaces de mejorar o, por lo menos, mantener el nivel de de vida de los ecuatorianos. Así, el Partido Social Cristiano (PSC) resurge después de la dictadura bajo el liderazgo y dominio absoluto de León Febres Cordero. Este hecho es particularmente importante en una organización en la que sus propios miembros admiten una estructura vertical y escasa democracia interna, reflejada, por ejemplo, en la prohibición expresa a los afiliados de contradecir públicamente resoluciones aprobadas por el partido (Freidenberg y Alcántara, 2001: 71). El PSC desarrolló lazos clientelares con grupos patricios guayaquileños, miembros de las cámaras de

[4] Entendemos al clientelismo como el mecanismo por el cual se establecen relaciones políticas sobre una base material que impulsa a los sujetos políticos a actuar en función de objetivos situados fuera de los pertinentes a las instituciones políticas. En otras palabras, clientelismo es privilegiar a alguien por estar relacionado por vínculos a un partido político.

[5] Entendido como la dominación del partido por una figura determinada.

producción y comercio, lo cual se evidencia en la política económica implementada en su gobierno pues incorporó medidas de corte neoliberal sin reformar el papel intervencionista del Estado.

La Izquierda Democrática (ID) nace de la mano de Rodrigo Boja y, según algunos de sus militantes[6], mantiene internamente una estructura vertical. Inicialmente, la ID intentó diferenciarse de otros partidos a través de una imagen de compromiso total con su marco ideológico, actitud que decayó en los últimos tiempos como lo demuestra su tendencia a alinearse con partidos ideológicamente contrarios. "Este es quizás el único partido que trató conscientemente de desarrollar un 'mito partidario' ya que enfatizaron durante largo tiempo en los incentivos colectivos, en la identidad y misión como activo central del partido; por eso los interminables versos de la canción partidaria y el flamear de banderas naranjas en los eventos partidarios" (Conaghan, 1995: 240). Una vez en el gobierno, no se mostró más efectivo que el resto de partidos. Se limitó a controlar ciertos aspectos macroeconómicos de la crisis heredada del gobierno socialcristiano y perdió su oportunidad de implementar las reformas sociales prometidas en campaña a pesar de disponer de una mayoría parlamentaria.

En lo tocante a la Democracia Popular (DP), aunque en su fundación no respondió a un líder carismático, la figura de Osvaldo Hurtado ha sido sumamente influyente.

[6] "Militantes de base cuestionan la estructura 'vertical' y 'cupular', de un círculo de dirigentes encabezado por Borja y Andrés Vallejo que no habría dado paso al surgimiento de nuevos liderazgos, pues aseguran que solo se promociona a los incondicionales de esa cúpula. Según los críticos, estos hechos habrían repercutido en el sostenido retroceso electoral en la mayoría de provincias ya que 'no se dejaron crecer algunos liderazgos locales porque los dirigentes empezaron a mirarlos con recelo y había que volar esas cabezas'" Blanco y Negro, Diario Hoy, ¿Termina la era de Borja en la ID?, Noviembre 8 de 2003 en www.hoy.com.ec/Suplemen/blan265/byn.htm.

Coincidencialmente, las dos veces que ha sido partido gobernante ha respondido a las crisis con medidas económicas controversiales, nocivas para la mayoría de población. En la presidencia de Hurtado se sucretizó la deuda externa privada y se amplió la garantía de la misma y, en la presidencia de Mahuad, se decretó el feriado bancario y se creó la AGD a fin de que el Estado se hiciera cargo de las deudas de los bancos quebrados. Estas acciones demostraron fuertes lazos clientelares con los tenedores de la deuda externa y con ciertos sectores de la banca.

Por último, el Partido Roldosista Ecuatoriano (PRE) evidencia claramente el carácter personalista y clientelar de nuestros partidos tradicionales. De una parte, no se entendería su fundación sin Abdalá Bucaram, quien afirma ser hasta el día de hoy, su líder absoluto: "En el roldosismo, Bucaram es el líder pero también es la oposición. En algo me opongo a ciertos criterios vinculantes en los cuerpos legislativos, me opongo a ciertas candidaturas que provincianamente se imponen por el capricho de los líderes" (citado en Freidenberg y Alcántara, 2001: 222). Por otro lado, durante su corto gobierno, este partido propuso un plan de acción totalmente contrario a sus principios programáticos (basados en el nacionalismo y estatismo) ya que contemplaba medidas neoliberales como la privatización de empresas estatales, la convertibilidad de la moneda, entre otras.

En cuanto a los partidos tradicionales y su desenvolvimiento en la legislatura, estos han dejado mucho que desear. Su actuación ha sido básicamente opositora al régimen de turno[7], caracterizada por la poca estabilidad de las alianzas

[7] "No fue posible la formación de alianzas perdurables y la adopción de políticas de Estado. Quienes pretendían acceder al poder realizaron una oposición intransigente y desleal, sin tener en cuenta que el progreso del país dependía del éxito del gobierno" (Osvaldo Hurtado, Especial Diario Hoy 25 Años de Democracia, 2003 en http://www.hoy.com.ec/temas/cordes/hurtado.htm).

entre diferentes bancadas y el cambio de sus miembros de un partido a otro para formar mayorías ad-hoc. El Congreso pocas veces tiene iniciativa legislativa. A pesar de este hecho, vetan la mayoría los proyectos del Ejecutivo[8], lo que demostraría su poca capacidad propositiva. Ramiro González, miembro de la ID sostiene que "Nuestros partidos se han convertido en clubes parlamentarios, que sólo responden a la agenda que les pone el Ejecutivo semana a semana, pero no tenemos una agenda nacional para solucionar problemas estructurales de la nación, y sólo nos quedamos en el análisis del corto plazo...". (Pachano, 2004: 72)

En conclusión, aunque los partidos tradicionales nacieron a la vida política en una posición privilegiada, no supieron aprovecharla y no adoptaron el modelo de partidos de masas como era lo que se esperaba en la época de transición, sino que se desarrollaron como estructuras endebles, 'desideologizadas' y poco eficientes para resolver problemas económicos, políticos y sociales.

Partidos tradicionales, ¿los villanos de la era democrática?

Después de un cuarto de siglo en democracia y de una predominancia de los partidos tradicionales (tuvieron la exclusividad de la representación por más de quince años), los indicadores sociales y económicos en el Ecuador son desalentadores. En la lista de Índice de Desarrollo Humano (IDH) del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Ecuador se sitúa en el puesto 83 de 177, con un coeficiente de 0,765, por debajo de Colombia y Perú[9].

[8] Según datos del Banco Interamericano de Desarrollo, nuestro órgano legislativo solo ha aprobado un 42% de las propuestas de ley enviadas por el Ejecutivo.

[9] Tomado de http://es.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Desarrollo_Humano , 11 de diciembre 2006.

También en el informe "Panorama Social de América Latina" de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en el 2005, se señala que la esperanza de vida al nacer se sitúa en 75 %, siendo la media en Latinoamérica de 72 puntos; el PIB per cápita aumentó en un 5,4% ubicándose en 1460 USD y la tasa de analfabetismo de la población de 15 años se ubicó en el 7%. Para terminar, hay aún un 49% bajo la línea de pobreza y un 19 % bajo la línea de indigencia.

Es indudable que la falta de resultados reales de los partidos tradicionales en cuanto a desarrollo económico y social ha incidido negativamente en la confianza que tenían de parte de sus electores[10] pues se observa una correlación entre la percepción negativa de la economía nacional y de la riqueza personal[11] y su legitimación como instituciones de representación política. Incluso se los ha llegado a considerar como los principales y, tal vez, únicos responsables de la situación económica, política y social de nuestro país. Esta apreciación tiene como explicación que los partidos tradicionales escogieron un modelo de estructura partidista que los hace más volubles a la deslegitimación. Como ya dijimos, los partidos tradicionales se formaron como organizaciones personalistas y clientelares. Además, se alejaron del ideal partido de masas para convertirse en partidos catch- all. A continuación veremos cómo influyeron estas características en la idea que el electorado tiene de los partidos tradicionales.

Acerca del perfil personalista de los partidos tradicionales, este los hace más rígidos en su interacción con otros actores

[10] En 2001, los partidos tenían un 21,4% de confiabilidad y para el 2006 este índice había decaído a un 15,1% (Auditoria de la Democracia, 2006:88).

[11] Este parámetro se mide sobre la base de los artefactos que posee una persona (Auditoria de la Democracia, 2006: 89).

políticos y con el ambiente en general, lo cual dificulta los consensos en temas trascendentales para el progreso del país e impide, por ende, que tengan una imagen más amigable frente al electorado. De igual forma, la gente necesita ver rostros nuevos pues, en cierto punto, el líder llega a ser el equivalente del partido, y consiguientemente, de sus fracasos. En relación con el perfil clientelar, este tiene un importante efecto en el grado de confianza de los electores. Cuando la satisfacción de demandas de redes clientelares se realiza en términos personales o de grupos aislados y en detrimento a una mayoría de la población (como usualmente ha ocurrido en nuestro país), se percibe como corrupción, una de las principales causas de deslegitimación de los partidos (Auditoria de la Democracia, 2006: 90).

En referencia a la estructura interna de los partidos, estos no han podido institucionalizarse. Según los parámetros de Huntington (Mejía, 2003: 291), su institucionalización hubiera requerido competir bajo reglas electorales estables y transparentes, haber establecido raíces profundas en la sociedad (consistencia en sus posiciones ideológicas y tener un electorado leal), ser aceptados como canales legítimos de acceso al poder y demostrar tener fuerza organizacional (presencia nacional, recursos propios, prácticas internas regularizadas de nominación de candidatos y autonomía frente a la influencia de los líderes o miembros carismáticos). Estos requerimientos nunca se alcanzaron por múltiples causas. En primer lugar, las normas que rigen el sistema de partidos y el sistema electoral han sido modificadas, como nos referiremos más tarde, y han alterado el contexto en que los partidos deben desenvolverse. Los partidos tampoco han podido mantener sus doctrinas pues estas se han ido diluyendo en alianzas con partidos opuestos ideológicamente y en los cambios de bando de sus integrantes. Finalmente, cabría hablar de un mínimo de electorado fiel pues, desde

1979, solo hubo dos presidentes de un mismo partido y, la volatilidad media en elecciones legislativas hasta el 2002, se ubicó en 25.5
(Pachano; http://www.flacso.org.ec/docs/sp_reformapol.pdf)[12].
Sobre la fuerza organizacional, debemos insistir en que el personalismo y la verticalidad son predominantes: las cúpulas deciden verdaderamente y las bases tienen poca incidencia, a pesar de los mecanismos democráticos formales establecidos en los diferentes estatutos (Freidenberg y Alcántara, 2001). Al mismo tiempo, por su mismo carácter personalista, ningún partido tiene (o tenía hasta hace poco) autonomía frente a la voluntad de su líder.

Como resultado de la no-institucionalización, los partidos tradicionales se desarrollaron como partidos catch all los cuales se legitiman exclusivamente por su capacidad de acaparar electores para lograr representantes en el poder. Dicha estructura se caracteriza por la 'desideologización' y el enfoque en temas generales compartidos por amplios sectores de la población, la falta de peso de las bases en contraposición a la preeminencia de sus cúpulas, el fundamento financiero en grupos de interés y una relación débil entre el partido y el electorado. Otra particularidad es el considerar a los electores como simples clientes a quienes deben convencer para comprar un candidato –producto.
El elector es un cliente (al que) le estas ofreciendo un producto, es decir un candidato al que debe comprar (...) así como cuando tienes una nueva marca de leche y tienes que venderla, al candidato igual. Al elector le estás vendiendo una idea y ellos tienen que comprarla, tienen que creerte que es bueno, tienen que creerte que sirve' (Freidenberg y Alcántara, 2001: 34).

[12] En un electorado tan volátil una de las pocas tendencias que se ha logrado definir es la del 'efecto pendular' que considera que los electores utilizan su voto para penalizar a los partidos de turno en el gobierno.

Para conseguir un objetivo como este, los partidos políticos recurren a propuestas que lleguen, más eficientemente, al mayor número de personas. Por ello, desarrollan las llamadas 'campañas personalizadas' que se enfocan en temáticas abarcadoras y hacen hincapié en las necesidades a corto plazo del electorado sobre las propuestas estructurales. Otra forma común de llegar al electorado es el discurso demagógico[13].

Consecuencias de la adopción de este modelo de estructura partidista son: preeminencia de la cara externa de la organización y legitimación del partido solo en la medida en que cumplan sus ofertas de campaña.
En primer lugar, aquellos miembros del partido que ganan las elecciones se convierten en la imagen del partido hacia el electorado. Gustavo Martínez Pandiani, decano de la Facultad de Ciencias de la Educación y Comunicación Social de la Universidad de San Salvador-Argentina, con motivo de las elecciones del año pasado, manifestó al Diario el Universo el 17 de julio de 2006, que "La comunicación política moderna prioriza los mensajeros sobre los mensajes. Esto tiene que ver con que la palabra política, sobre todo en época electoral está en devaluación. Dicen que no hay nadie más mentiroso que un político en campaña. Por eso es que su mejor vehículo no es el discurso, sino la imagen". Ya que el electorado no tiene más que esta imagen, asimila la realidad exógena del partido con la realidad endógena del mismo, aunque puedan no coincidir. Por ello, cuando los partidos llegaban al poder, se daba por hecho que la voluntad del gobernante sería la voluntad de la organización como tal, aunque esta no participara activamente en la proposición de

[13] "Febres Cordero por ejemplo ganó en segunda vuelta, a pesar de que nadie lo esperaba, no por su coraje o persuasión, sino por haber vuelto sus propuesta: pan, techo y empleo" (Proaño, 2004: 1).

políticas ni en la administración de turno[14]. Por ejemplo la presidencia de Febres Cordero marginó a su partido y prefirió a independientes e incluso a miembros de otras organizaciones partidistas; el mismo fenómeno se observó en el gobierno de Mahuad y, en menor medida, en el de Hurtado puesto que, a pesar de haber una preponderancia demócrata popular en los ministerios, la política económica y fiscal eran manejadas exclusivamente por el presidente y su círculo de tecnócratas[15]. Dos son las excepciones: el gobierno de Borja, quien recurrió a miembros de su partido una vez que sus intenciones de concertación con otros sectores fracasaron, y el de Bucaram, en el cual hubo una completa fusión entre el partido y la administración.

En segundo lugar, el electorado legitima a sus representados en la medida en que cumplan sus ofertas de campaña porque son percibidas por ellos como claras e inmediatas a pesar de que en realidad no lo sean, por ser demagógicas o necesitar una implementación más larga y sostenida que un solo gobierno no puede brindar. En todo caso, la adopción de este modelo produce un mayor y más rápido desgaste de la imagen del partido por parte del electorado.

Empero, la percepción de los partidos tradicionales como los responsables de la situación actual de nuestro país debe ser contextualizada. Debemos tomar en cuenta que vivimos en un sistema de democracia formal, el clientelismo no es característica exclusiva de los partidos tradicionales, el electorado ecuatoriano es apático y volátil y en, último lugar, las contingencias son inherentes a toda gestión.

[14] Aunque esta es una opción, se justifica desde el punto de vista de que el gobierno se debe a los electores, no a su partido; desde otro punto de vista, crea una tensión entre la cara gobernante del partido y la cara interna del mismo, lo que puede causar problemas en el cumplimiento de fines del propio gobierno.

[15] Obviamente hay que ponderar el fenómeno de la tecnocracia en el sentido de que, muchas veces, es una estrategia del gobierno para legitimar su accionar. Mediante tecnicismos es menos posible que la población adopte un sentido crítico o pueda siquiera participar en la proposición de políticas (Núñez, 2002).

Como primer punto, vivimos un sistema de democracia formal[16], lo que significa que la manera más asequible de participar en política es a través del voto. En este acto, los ciudadanos depositan su confianza y expectativas en la persona a la que eligen. Si esta no cumple sus demandas, pierde legitimidad y, consecuentemente, los votos necesarios para triunfar en las siguientes elecciones. En el Ecuador, los partidos tradicionales llegaron en algún momento al gobierno central y a la legislatura y no lograron satisfacer las demandas del electorado por lo que perdieron legitimidad como clase política. Si no viviéramos en una democracia formal, si tuviéramos otros mecanismos de participación y el común de ciudadanos pudiera incidir en las decisiones económicas, sociales y políticas, entonces el desencanto del que son objeto los partidos tradicionales no sería tan fuerte.

Como segundo punto, nos movemos en un ambiente de corrupción generalizado que afecta también a otras instituciones de carácter civil y administrativo. "El Ecuador está plagado de frecuentes actos de corrupción y según los datos de la opinión pública, la corrupción ni está restringida solo a las actuaciones de los niveles de elite [...] hay actos de corrupción diaria en el trabajo, en las escuelas, en los hospitales" (Auditoria de la Democracia, 2006: 68).

Como tercer punto, es preciso considerar que el electorado ecuatoriano es altamente apático con la idea misma de una estructura partidista, tal como lo demuestra el hecho que

[16] Nos denominamos democráticos porque cumplimos con ciertos requerimientos "universales de procedimiento" entre los que se cuentan: tener un órgano legislativo, cuyos miembros hayan sido escogidos en elecciones populares, junto a un órgano administrativo, en nuestro caso el jefe de estado, que funcionen como contrapesos; que los votantes sean toda la población mayor de edad sin discriminaciones de ningún tipo y que sus votos valgan lo mismo; que hayan elecciones periódicamente en las que los partidos compitan; que se tome en cuenta el principio de mayoría numérica pero sin afectar los derechos de las minorías (Bobbio, 2005: 449).

para 1989 había un 70% de personas que no estaban afiliadas a partidos políticos o que eran indiferentes a este tipo de organizaciones. Al mismo tiempo, el electorado es volátil, no solo respecto a partidos políticos determinados sino respecto a tendencias, lo cual dificulta la formación de partidos políticos institucionalizados como ya explicamos anteriormente y configura a un electorado netamente pragmático.

En último término, , el escenario actual no dependió exclusivamente de la actuación de los gobiernos de los partidos políticos. Muchos de los problemas económicos existentes durante la dictadura (creciente deuda externa y excesivo gasto público, escondidos bajo un ambiente económico favorable[17]), salieron a la luz. Adicionalmente, este período democrático estuvo marcado por catástrofes, caídas de las exportaciones, crisis internacionales, guerras, sequías y plagas; por sus efectos más duraderos sobresalieron el fenómeno de El Niño, la caída en el precio del petróleo y la crisis de la deuda externa en los primeros años de la década de los 80. Obviamente, estas situaciones no justifican a los partidos tradicionales de haber respondido a las crisis económicas con medidas que protegían a sus clientelas y de no haber producido las políticas económicas necesarias cuando tuvieron oportunidad.

Partidos vs. partidos

Otro factor relevante para contextualizar la actuación de los partidos tradicionales, que por su importancia hemos dejado

[17] "La inflación era baja. Gracias al petróleo, la economía y los ingresos nacionales crecían a altas tasas y las instituciones estatales satisfacían la demanda de empleo. A pesar de sentir limitadas sus libertades civiles bajo el régimen dictatorial, la ciudadanía vivía una bonanza económica artificial" (Gustavo Arteta, "25 años casi sin progreso económico, pero con grandes cambios", 2003 en http://www.hoy.com.ec/temas/cordes/arteta.htm).

aparte, es la normativa que los ha regido y que ha sido descrita como de 'orientación francamente antipartidos' (Freidenberg y Alcántara, 2001: 10).

Un dato curioso es que los mismos partidos tradicionales fueron los propugnadores de la flexibilización en las formas de representación política. Es así que, en 1986, el PSC forma parte del "Frente de Reconstrucción Nacional" que auspició una consulta popular para permitir que personas no afiliadas a partidos políticos participen como candidatos a cargos de representación popular. El electorado dio una respuesta negativa al requerimiento. Más tarde, en 1994, el entonces presidente, Sixto Durán-Ballén, llamó a que el pueblo se pronuncie sobre el mismo tema y obtuvo un 65% de aceptación. P y s

Con dicho cambio en la normativa, personas independientes quedaban habilitadas para candidatizarse con la ayuda de una estructura partidista o con el apoyo de un porcentaje de ciudadanos de la jurisdicción pertinente. Esto aventaja a los independientes frente a los partidos políticos pues no necesitan presentar listas en un número determinado de provincias ni tampoco cumplir con los requisitos organizacionales exigidos a estos últimos. Por otro lado, afecta negativamente al ya bajo apego del electorado a incentivos ideológicos. La aceptación lograda por otras formas de representación política debía haber constituido un aviso para los diferentes partidos tradicionales de cómo el electorado estaba evaluando su presencia pero, al parecer, fue subestimada porque no se operó ningún cambio ni en su imagen institucional ni en su gestión posterior. Por último, en el 97, en el marco de una serie de cambios constitucionales, el pueblo votó a favor de escoger, en las candidaturas pluripersonales, a candidatos de cada lista y entre listas con lo que se fortaleció las candidaturas personalizadas.

Esta serie de cambios en las reglas de juego tuvo varios efectos adversos en cuanto al desenvolvimiento de los partidos políticos. Primeramente, la falta de un marco normativo estable ha sido uno de los factores por el que los partidos no se han institucionalizado ya que no ha permitido tener un ambiente de certidumbre en cuanto a prácticas políticas, ni tampoco ha permitido desarrollar una relación estable entre partidos y electores, con los efectos ya descritos anteriormente. En segundo lugar, las normas vigentes, tanto en tema electoral como en tema de partidos, han coadyuvado a fraccionar aún más el sistema de representación, con el consiguiente debilitamiento de los partidos. Sin embargo, el efecto que consideramos más importante es que estos cambios en la normativa dejaron la puerta abierta para que otros actores políticos pudieran acceder a cargos de representación democrática. Esto determinó que hoy en día los partidos tradicionales hayan sido marginados en los resultados electorales.

Nuevos actores políticos

Hasta hace pocos años, el entorno de los partidos políticos tradicionales no parecía haberles afectado de modo significativo. Pesar a sus bajos índices de popularidad y de una normativa desfavorable, se mantuvo constante su capacidad de llegar a ocupar cargos de representación popular. No obstante, con el aparecimiento de nuevos actores políticos la situación ha cambiado. En este apartado hablaremos del surgimiento de estas nuevas formas de representación democrática y su desenvolvimiento.

Si bien se formaron diversos grupos de la sociedad civil y movimientos sociales gracias a la flexibilización de la normativa, como vías alternativas a los partidos políticos, no lograban articularse en una fuerza que, durante las

elecciones, pudiera hacer competencia a las estructuras partidistas[18]. La situación puede resumirse como sigue:
Como reacción (a la sucesión de gobiernos ineficaces en un entorno de crisis políticas, sociales y económicas), se constata una creciente presencia de la sociedad civil en la vida pública que presenta, cada vez con mayor fuerza, sus puntos de vista y demandas sin hacer uso de las estructuras existentes de los partidos políticos. Los movimientos sociales, las organizaciones de base, los sindicatos, las cámaras de la industria, las universidades, los grupos ecologistas, los grupos de mujeres o las organizaciones no gubernamentales (ONGs) plantean propuestas que no sólo se relacionan con demandas particulares de su ámbito de procedencia, sino que también abarcan temas de interés nacional general. Sin embargo, carecen de mecanismos de coordinación y concertación entre los diversos sectores que la conforman (Instituto Internacional de Governabilita de Catalunya, 2005: 52).

Como consecuencia de esta situación, la opinión pública daba a la ID el triunfo en las elecciones presidenciales del año 2002, lo que configuraría la posibilidad de un acuerdo de gobernabilidad entre el PSC y la ID, basado en la alternancia de estas dos fuerzas políticas y apoyada en el efecto péndulo, característico del proceder del electorado ecuatoriano. Contra todo pronóstico, fueron dos partidos extraños al sistema tradicional los que llegaron a segunda vuelta[19]. Finalmente, y siguiendo la tendencia latinoamericana, un outsider fue el vencedor. Este cambio en la situación sería el comienzo de una pérdida progresiva de preponderancia de los partidos tradicionales en la política ecuatoriana, plasmada en una reducción de sus 'activos electorales'.

[18] Hay que destacar, sin embargo, la actuación del Movimiento Pluralidad Nacional Pachakutik que alcanzó una cierta representación en el Congreso durante los años anteriores al 2002.
[19] No sucedió lo mismo con las elecciones legislativas de ese año por las que el PSC obtuvo 24 escaños, la ID, 16 y el PRE 15, escaños.

Otros partidos o movimientos, como el Partido Renovador Institucional Acción Nacional (PRIAN), el Partido Sociedad Patriótica (PSP) y, más recientemente, el Movimiento Alianza País, han tomado importancia en la escena política. Como los partidos tradicionales se crearon a partir de un líder carismático, se han constituido en estructuras personalistas y han desarrollado lazos clientelares que les han permitido tener una buena acogida electoral. En cuanto al PSP, este no se puede entender sin Lucio Gutiérrez, figura surgida como contraria a los partidos tradicionales. Su campaña no distó mucho de las prácticas acostumbradas: se basó en la imagen de un caudillo, esta vez, con uniforme de combate y huipala, y en un discurso populista (entendido como demagógico). Este candidato supo aprovechar una posición desde la cual podía ser frontal y duro con los partidos tradicionales; el hecho de no haber formado parte de ellos le permitió encarnar la imagen de cambio que el electorado ecuatoriano buscaba, busca, siempre. Igualmente, logró erigirse como líder de movimientos y partidos de izquierda que, olvidándose de su proverbial tendencia a la división, lograron aliarse y así llegar al poder. Durante su presidencia, se dedicó a pactar con los partidos tradicionales[20] y a cimentar redes clientelares[21] con sectores usualmente rezagados (grupos indígenas y clase media baja). Su corto gobierno cayó por movilizaciones que, tomando en cuenta los resultados del PSP en las elecciones presidenciales y legislativas del año pasado, representaban exclusivamente a un sector de Quito.

Si bien la caída de Gutiérrez se sintió como una consolidación de los partidos tradicionales, en realidad constituía también un fuerte llamado de atención para ellos. No olvidemos que el grito en las movilizaciones de abril fue

[20] Produjo una 'alianza fantasma' con el PSC para después aliarse definitivamente con el Partido Roldosista (Burbano de Lara, 2005).

[21] Si bien esto le impidió quedarse en el poder, ayudó a apuntalar a su hermano como tercero en los últimos comicios presidenciales y a constituir a su partido como la segunda fuerza en el actual Congreso.

'Que se vayan todos, primero el dictador'. A pesar de esto, como lo señaló un editorialista, se dedicaron a 'jugar al gato y al ratón':

"Es evidente que los partidos políticos que se encuentran controlando el parlamento, particularmente los dos mayores del país: la socialdemócrata Izquierda Democrática en alianza con el derechista Partido Social Cristiano, quieren una reforma política controlada por ellos, pero no alcanzan las dos terceras partes de la votación de diputados para iniciar esa reforma, porque los bloques de minoría temen que los partidos grandes incluyan reformas electorales que los afecten en las elecciones de presidente y diputados de octubre de 2006; por lo tanto, la reforma no se llevará a cabo"(Ponce, 2005).

En cuanto al PRIAN, este partido encarna todas las peculiaridades de un partido tradicional: se fundamenta totalmente en su líder y, aunque ha querido construir redes clientelares con electores de estamentos bajos, creería que, para el público, prima su calidad de representante de su grupo económico. En definitiva, no obstante este partido nunca ha llegado a la presidencia, su paso por el Congreso ha demostrado suficientemente su asimilación a las prácticas de los partidos tradicionales, al punto de que mucha gente cree que es parte de ellos[22].

Por último, el movimiento Alianza País surgió en las últimas elecciones de las que salió victorioso[23].

[22] Ivan Sierra, experto en Marketing, citado en el Diario el Comercio el 6 de abril de este año afirma que: "aunque el PRIAN sea un partido nuevo [...] ha adoptado las prácticas de las organizaciones políticas tradicionales".

[23] Para ese año, el que se perfilaba con mayores posibilidades era León Roldós con su movimiento RED. Sin embargo, su alianza con la ID hizo que su candidatura perdiera credibilidad: "Las encuestas también demuestran que a Roldós le perjudicó la alianza con la Izquierda Democrática (ID). Al ser un candidato independiente y con su trayectoria, la gente consideraba que él podía garantizar estabilidad política. Ahora consideran que estarán manejados por los mismos partidos políticos como ID" (CEDATOS; 2006 en http://www.cedatos.com.ec/contenido.asp?id=1290)

Es importante resaltar el impactante del ascenso político de Rafael Correa que en solo un año logró atraer el apoyo de varios movimientos sociales independientes[24], partidos y grupos de izquierda que lo catapultaron a la presidencia. En su caso también explotó su imagen de líder carismático surgido de un estrato social bajo en contraposición a su contrincante. Perfiló sus propuestas estructurales sobre la base de la perspectiva de cambio que tenía el electorado[25]. Durante su gobierno ha construido lazos clientelares con gente de escasos recursos a través del bono solidario y créditos, pero no se puede señalar que sus propuestas de campaña hayan sido demagógicas, como es el caso de los otros actores políticos.

En conclusión, los nuevos actores políticos no han desarrollado prácticas políticas distintas a las de los partidos tradicionales pues presentan formas parecidas de llegar al electorado tales como el clientelismo, el populismo, el personalismo y las campañas personalizadas. Sin embargo, debemos señalar que también existen elementos diferenciadores entre estos dos grupos. En primer lugar, estos muestran aceptación del electorado a escala nacional. Por ejemplo, Correa triunfó en 17 provincias, algo poco común en el sistema político tradicional[26]. En segundo lugar, estos actores políticos han logrado el apoyo de grandes sectores de la sociedad civil por el mismo hecho de mostrarse apolíticos, e incluso en ciertos casos han logrado el favor de las bases de

[24] Su movimiento Alianza-País surge de la unión de varios grupos como el de los Forajidos, grupos de DDHH, militantes bolivarianos, entre otros. Para las elecciones se alió con el Partido Socialista y, en la segunda vuelta, recibió el apoyo de partidos como la ID, el MPD y el movimiento Pachakutik.

[25] La convocatoria a una asamblea constituyente se reducía, para los electores más legos, a una manera de cesar en sus cargos a los diputados.

[26] "Una de las características sobresalientes del sistema de partidos del Ecuador es la regionalización o incluso la provincialización en términos de distribución de su votación" (Pachano, 2004: 83).

los propios partidos tradicionales[27]. Así también se han apoyado en clases sociales usualmente rezagadas, como los indígenas y la población rural. Como vemos, en ellos ha primado el apoyo popular más que de cúpulas sociales o políticas, lo que los hace menos estables en el poder si no se legitiman en su accionar (esta observación obviamente no se aplica al PRIAN). En última instancia, su diferencia y fortaleza más importante es el hecho mismo de ser outsiders y de no poseer un pasado político pues les permite ganar la confianza del electorado y explotar la ya mencionada percepción de que la clase política tradicional es la culpable de la mala situación del país.

¿Fracaso de los partidos tradicionales?

A pesar que en las elecciones anteriores se vivió ya el triunfo de alguien fuera de los círculos tradicionales, la novedad que trajo el último proceso electoral es la aplastante derrota de los partidos tradicionales no solo en cuanto a elecciones presidenciales, sino en cuanto a elecciones legislativas. Los números hablan por sí solos[28]. En una democracia formal en la que, por añadidura, los partidos se han desarrollado como empresas electorales, una derrota en las urnas, como la que han sufrido estos actores políticos, es preocupante ya que podrían estar poniendo en duda su propia existencia. En esta parte del ensayo veremos por qué los partidos tradicionales perdieron sus activos electorales.

[27] "Recuerden que León Roldós fue el chimbador en el 2002 y lo hizo perder a Rodrigo Borja y todo esto se lo entiende también como un acuerdo de cúpula, porque la base del partido está con nosotros, aclaró." Declaraciones de Rafael Correa en Canal UNO, 9 de abril de 2006.

[28] En las elecciones presidenciales de este año, la alianza ID/ RED alcanzó un 14,84% frente a un 9,63% del PSC y a un 2,08% del PRE. La UDC no presentó candidato. En elecciones legislativas el PSC logró 13 escaños, la ID, 12 y el PRE, 6 escaños al igual que la UDC (frente a 28 y 24 diputados provenientes del PRIAN y PSP).

Toda organización tiene una multiplicidad de interacciones biunívocas con su entorno, ya que, por un lado, el ambiente ejerce una influencia en la organización y, por otro, la organización modifica el ambiente. Como vemos, estas fuerzas son contrarias y transcurren en varios niveles que, finalmente, resultan en una dominación de una sobre otra, dependiendo de quien pueda reducir más efectivamente los niveles de incertidumbre del entorno. Esto se relaciona a las condiciones ambientales y las características endógenas de la organización.

En nuestro caso, aunque en un principio los partidos tenían mayores posibilidades de controlar los niveles de incertidumbre del entorno, esto es, del sistema político, al tener el monopolio de la representación democrática y al cumplir requisitos organizacionales que los configuraban como partidos de masas, fue la influencia del ambiente la que primó. El cambio en la normativa, el multipartidismo y la baja aceptación de estas organizaciones por parte del electorado (debida, en parte, a prácticas que los partidos tradicionales desarrollaron y que, en definitiva, se volvieron en su contra como el clientelismo, el populismo y la personalización) pesaron más que las débiles estructuras partidarias, lo que resultó en una reducción drástica de su participación en el ambiente frente a otros actores.

Consecuentemente, era urgente que las organizaciones replanteasen los principios bajo los que fueron constituidas y manejadas y reoriente n sus objetivos en función de la naturaleza de las nuevas demandas del electorado: menos incentivos selectivos a personas o grupos (ya que se los percibe como corrupción) y una mejor gestión política económica y social. Esto significaba inexorablemente una innovación que, en materia de organización, nunca es políticamente neutral; todo cambio altera la distribución de recursos entre los distintos grupos, modifica su capacidad de control sobre las zonas de incertidumbre endógenas a la

organización y altera, por lo tanto, el sistema de intercambios en el que se basa el poder de la organización. En pocas palabras, requiere de sacrificios.

Reflexiones finales
¿Por qué son importantes los partidos en un sistema democrático?

En primer término, hay que señalar que los partidos políticos son necesarios siempre y cuando se institucionalicen. Precisamente son ellos los que permiten competir por el poder y acceder a él de forma legítima. Son los partidos los encargados de agrupar demandas y llevar a cabo una agenda en base a ellas, y de diluir a través de sus mecanismos organizativos el interés individual para propender a un interés general, más aún si son partidos nacionales. Por lo demás, los partidos son los que más fácilmente pueden proporcionar información sencilla y barata a los electores acerca de los distintos enfoques de la realidad y las propuestas existentes al respecto. En un electorado tan pragmático como el nuestro, esto es muy importante pues permite identificar a los candidatos con una tendencia, una manera de ver y hacer las cosas, y brinda seguridad sobre el tipo de acciones que pueden esperarse de ellos. Así los partidos son "los mediadores por excelencia entre el gobierno y los ciudadanos, pues en ellos descansa la doble función de canalizar y expresar los intereses de los gobernados frente a los gobernantes" (Mejía, 2003: 290).

Entonces los partidos son fundamentales en un sistema democrático solo si cumplen con roles que vayan más allá de su actividad electoral. Consiguientemente, los partidos tradicionales deberían empezar a trabajar con miras a institucionalizarse. Por un lado, estas organizaciones deben fomentar una verdadera democracia interna mediante el

establecimiento de procesos de selección de directivas. Debe dejar de entenderse la estructura interna de poder de los partidos como una relación unidireccional entre dominantes y dominados y comprenderla en su verdadera dimensión, en otras palabras, como una relación de intercambio recíproco que, aunque favorece a una de las partes, también toma en cuenta a la otra. Por último, los partidos políticos deben establecer posiciones y lineamientos y cumplirlos en su accionar con la finalidad de que logren una mayor confianza por parte del electorado.

¿Cuál ha sido la reacción de los partidos tradicionales?

Justo después de la última derrota, los partidos tradicionales reaccionaron positivamente. Empero, esta actitud no se mantuvo y volvieron a sus acostumbradas formas: falta de recepción a las demandas del electorado y oposición al régimen de turno.

En un principio, tanto el PSC como la ID, accionaron mecanismos de evaluación de la situación determinando fortalezas y oportunidades[29]. En efecto, vimos que finalmente los partidos parecían estar apartándose de sus estructuras verticales y de sus líderes históricos. Sin embargo, los últimos acontecimientos en la pugna entre el Congreso y el Ejecutivo, han demostrado que los partidos tradicionales tratan de mantener su porción de poder a pesar de su impopularidad. Así se han embarcado en un conflicto que los ha desgastado frente a los electores que, cada vez, confían menos en su

[29] "El ex candidato presidencial del PSC Xavier Neira, presentó ayer su desafiliación de esa organización aduciendo 'violaciones constitucionales, legales y de procedimiento' en la decisión del Tribunal de Disciplina que lo expulsó el viernes anterior" (El Universo, 8 noviembre 2006).

palabra[30]. No contentos con el 81% de apoyo a la Asamblea Constituyente, lo cual es un rechazo a la su forma de manejarse, exigían que no se principalicen como legisladores miembros de sus propios partidos. Esto demuestra, una vez más, la verticalidad y personalismo de sus organizaciones.

A pesar de que en toda organización hay cierto sector que mantiene una postura reaccionaria al cambio dentro de la estructura de poder interna, hay también un sector innovador que propende a la implementación de las transformaciones necesarias para manejarse dentro de un nuevo entorno. La velocidad y la intensidad con la que una reforma se transmite en una organización depende del nivel de institucionalización de la misma, lo que significa que, mientras este sea menor, los cambios son más fáciles. 'Afortunadamente' nuestros partidos no poseen una coherencia estructural elevada, por lo que la interdependencia entre los factores externos y la velocidad e intensidad de promoción de cualquier alteración dentro del partido puede ser rápida. Finalmente, se entenderá que hay una variación de orden organizativo no solo cuando la configuración de la coalición dominante del partido es otra, sino sobretodo cuando sean capaces de agregar y responder demandas de grupos mayoritarios de población que sabrán darles su voto recompensa.

¿Cuál es la importancia de los nuevos actores?

La manera en la que se desarrollen los nuevos actores políticos es crucial. Estos tienen la responsabilidad histórica de legitimarse a sí mismos y al sistema democrático a través

[30] Según una encuesta de CEDATOS, citada en el Diario El Comercio el 6 de abril de este año, muestra que solo un 4% de la población cree en la palabra de los diputados.

de su accionar. Hasta ahora, una serie de felices coincidencias respecto a las condiciones económicas mundiales, sumadas a un manejo económico prudente, han logrado que los resultados de sus gestiones sean más positivos, y han conseguido, por ende, el apoyo de la población. Si llegaran a fracasar, lamentablemente se correría el peligro de que los electores y, más ampliamente, los ciudadanos, rompan la relación entre la idea de democracia y la de desarrollo; esto es preocupante, sobretodo en un país donde ya solo el 53% de la población (Latinobarómetro, 2006) prefiere la democracia sobre cualquier otra forma de gobierno.

Agradecimiento a la Dra. Mónica Yépez por su ayuda en la corrección de estilo de este artículo

Bibliografía

Alcántara Sáez Manuel; Partidos políticos en América Latina: Precisiones conceptuales, estado actual y retos futuros; Fundación CIDOB, Barcelona 2004.

Arteta Gustavo; 25 años casi sin progreso económico, pero con grandes cambios, 2003 en http://www.hoy.com.ec/temas/cordes/arteta.htm

Bobbio Norberto; Diccionario de política; Siglo Veintiuno Editores; México 2002

Burbano de Lara Felipe, compilador; Antología Democracia, gobernabilidad y cultura política, FLACSO, Sede Ecuador, Quito, Ecuador, 2003

Catherine M. Conaghan, Políticos versus Partidos: discordia y desunión en el sistema de partidos ecuatoriano, 1995.

Anita Isaacs, Los problemas de consolidación democrática en Ecuador.

Andrés Mejía, Partidos políticos: el eslabón perdido de la representación, 2003.

CEPAL; "Panorama Social de América Latina", Santiago de Chile 2005

Costafreda Andrea; Los partidos políticos, pieza clave del engranaje democrático; Revista Internacional para el desarrollo humano; Institut Internacional de Gobernabilitat de Catalunya

Freidenberg y Alcántara, Los dueños del poder: los partidos políticos en el Ecuador (1978 – 2000); Editorial Atrio; Quito 2001

Gajardo Lagomarsino Patricio; Liderazgos, instituciones y crisis democráticas en América Latina; Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública Universidad Central de Chile

Informe Latinobarómetro 2005 y 2006

Internacional Institute for Democracy and Electoral Asistente; Partidos Políticos en la Región Andina: entre la crisis y el cambio; Suecia 2004

Pachano Simón, El territorio de los partidos.
Ecuador 1979 – 2002

León Jorge; Democracia Real versus Democracia Idealizada, Ecuador de 1978 a 2003; Revista Política; Chile 2004

Pachano Simón, El tejido de Penélope, reforma política en el Ecuador, en http://www.flacso.org.ec/docs/sp_reformapol.pdf

Panebianco Angelo; Modelos de Partido; Editorial Alianza; Madrid 1990

Paramio Ludolfo; La crisis de la política en América Latina; Praxis Sociológica; 2002

Pazmiño Catalina, La frágil legitimidad del príncipe democrático, Facultad de Comunicación Social UCE; Quito 2005

Ponce Javier; Una de cal y otra de arena (I); La Insignia. Ecuador 2005.

Seligson Mitchell, Auditoria de la Democracia: Ecuador , CEDATOS, 2002

Núñ José; Democracia ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?; Siglo Veintiuno Editores; Madrid 2002

Plan estratégico de la función judicial para el mejoramiento de los servicios de justicia 2007 - 2012

Dr. Gustavo Jalkh Röben
Director Ejecutivo ProJusticia

A fin de garantizar los derechos de todos y todas y que nadie esté por encima de la ley; para fortalecer la vida institucional del estado garante del bien común y que la dignidad de cada uno y la libertad de todos estén garantizadas, toda democracia constitucional debe contar con un sistema de Justicia independiente y accesible al ciudadano.

La historia institucional del Ecuador está marcada por el deseo de parte de la clase política de capturar y controlar la Administración de Justicia. Pero también está presente en esa historia un creciente anhelo ciudadano de poner de manera definitiva a la Justicia en total libertad; como lo demuestra también la amplia participación social en el proceso desarrollado durante el año 2005 para recuperar la institucionalidad de la Corte Suprema de Justicia.

Uno de los principales objetivos institucionales de ProJusticia es propiciar en las instituciones del Sector Justicia, un creciente fortalecimiento de su independencia y una mayor accesibilidad de sus servicios para toda la comunidad.

En ese proceso, junto a los esfuerzos inmediatos, era necesario realizar una planificación estratégica, con clara visión de futuro, que muestre la dimensión de la problemática, que grafique la complejidad de las acciones que son indispensables de emprender, que aglutine compromisos institucionales y constituya una demanda para la construcción de una política de estado, sin la cual, no será posible superar los obstáculos que involucra su ejecución.

Con este propósito ProJusticia, en el marco del Convenio de Donación Japonesa PHRD-JPN-54617-EC, para la elaboración del Plan Estratégico de la Función Judicial para el Mejoramiento de los Servicios de Justicia contó con el valioso soporte profesional de la consultora ecuatoriana Alfredo Paredes & Asociados.

Este proceso fue apoyado decididamente por el Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Jaime Velasco Dávila y contó con la valiosa contribución de los señores Magistradas y Magistrados, quienes en las diferentes reuniones que se llevaron a cabo definieron los ejes considerados claves en la transformación institucional: seguridad jurídica, acceso de la ciudadanía a la justicia, eficiencia en el manejo de recursos, independencia y transparencia del sistema; y, el sistema de recursos humanos y capacitación judicial.

Las metodologías utilizadas en la elaboración del Plan Estratégico para el Mejoramiento de los Servicios de Justicia, garantizaron el cumplimiento de una política institucional que comprende la realización de un extenso proceso de consulta tanto al interior como al exterior de la Función Judicial.

Compromisos de estado, recursos y una verdadera vocación democrática de las autoridades de todas las Funciones del Estado constituyen requisitos indispensables para el éxito en la ejecución del Plan Estratégico de la Función Judicial para el Mejoramiento de los Servicios de Justicia, de tal manera que los planes operativos anuales que se deberán desprender del mismo cuenten con los medios y respaldos necesarios. Igualmente, una activa participación y monitoreo de la sociedad civil en su conjunto, garantizará que estos compromisos institucionales se sostengan en el tiempo.

"Nunca más" se denominó al informe sobre la violación de derecho humanos durante las dictaduras en el Cono Sur. Nunca más, debemos decir los ecuatorianos, para rechazar cualquier intento de capturar al sistema de administración de justicia. Por ello es importante alcanzar una aplicación integral de este Plan Estratégico como la mejor garantía de una real voluntad institucional y política de consolidar la democracia y el Estado Social de Derecho.

Marco de referencia conceptual sobre el plan estratégico de la función judicial para el mejoramiento de los servicios de justicia

Es un documento que contiene la visión estratégica conjunta de los Magistradas y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia sobre el Mejoramiento de los Servicios de Justicia.

Propósitos del plan estratégico de la función judicial para el mejoramiento de los servicios de justicia:

- Disponer de un instrumento técnico que contribuya a concienciar a los actores sociales sobre la alta prioridad que tiene el mejoramiento de los servicios de justicia en la agenda nacional.
- Ser una herramienta de comunicación entre la Corte Suprema de Justicia y los actores sociales para unir esfuerzos en pro de una acción común.
- Disponer de un documento que contribuya a facilitar la ejecución de programas y proyectos de mejoramiento continuo de los servicios de justicia.
- Servir de guía para orientar los procesos de planificación estratégica y la ejecución de acciones de control y evaluación de la gestión.
- Constituirse en un insumo para la generación de lineamientos y políticas de estado para el fortalecimiento de

la Administración de Justicia.
• Concienciar a las autoridades del ejecutivo y del legislativo de la urgencia de atender las necesidades de reforma para mejorar los servicios de justicia.
• Orientar las decisiones de financiamiento de programas de la cooperación internacional.

Alcance del plan estratégico de la función judicial para el mejoramiento de los servicios de justicia:

De acuerdo con criterios técnicos generalmente aceptados, el Plan Estratégico de la Función Judicial para el Mejoramiento de los Servicios de Justicia, tiene los elementos que se presentan a continuación:

• Misión de los Servicios de Justicia;
• Visión de futuro;
• Principios fundamentales;
• Objetivos estratégicos;
• Indicadores de gestión; y,
• Estrategias.

Visión de los servicios de justicia

La visión de los servicios de justicia es posicionar a la justicia y a los servicios judiciales como sector prioritario en la agenda nacional, mediante el cumplimiento de los objetivos formulados en el plan estratégico, en forma coordinada con las otras funciones del Estado.

Principios fundamentales del plan estratégico

- Idoneidad y probidad;
- Respeto a la constitución y las leyes;
- Imparcialidad e independencia;

- Tratamiento igualitario;
- Vocación de servicio;
- Transparencia y rendición de cuentas; y,
- Compromiso con la sociedad.

Objetivo 1: posicionar a la administración de justicia y a los servicios judiciales como tema prioritario en la agenda nacional

Estrategias planteadas:

1. Establecer sistemas de comunicación interna y externa, para informar sobre la gestión de la Función Judicial, a objeto de mejorar la imagen institucional.

2. Generar alianzas estratégicas con las organizaciones representativas (tales como: Universidades, Colegios de Abogados, ONG's) y con la ciudadanía y medios de comunicación, para generar conciencia de los resultados alcanzados por la Función Judicial y la necesidad de que el Estado invierta en justicia.

3. Establecer vínculos de relación permanente, entre los órganos de la función judicial, las instituciones que conforman el Sector Justicia y los organismos de la administración pública en general.

4. Editar publicaciones especializadas en el ámbito de su actividad.

5. Realizar estudios sobre la percepción de la ciudadanía respecto a la calidad de los servicios de justicia.

Indicadores de gestión:

1. Nivel de percepción de los actores sociales respecto a la prioridad de la administración de justicia y los servicios judiciales.

2. Incorporación de la administración de justicia y los servicios judiciales como tema prioritario de la Agenda Nacional.

3. Nivel de coordinación interinstitucional orientada a posicionar la administración de justicia y los servicios judiciales.

Objetivo 2: mantener y fortalecer la independencia de la función judicial

Estrategias planteadas:

1. Impulsar reformas constitucionales y legales en pro de la independencia judicial, asegurando el financiamiento para su gestión y delimitando las competencias de la Corte Suprema de Justicia (en el ámbito de gobierno, jurisdiccional y normativo), y del Consejo Nacional de la Judicatura (en el ámbito administrativo y disciplinario).

2. Mantener la vigencia del mecanismo de cooptación y la aplicación de la carrera judicial de acuerdo a la Ley.

3. Redefinir el sistema disciplinario a base de criterios objetivos e implementar los diversos subsistemas de recursos humanos.

Indicadores de gestión:

1. Reformas constitucionales realizadas para mantener y fortalecer la independencia de la Función Judicial.

2. Vigencia del mecanismo de cooptación y de la carrera judicial.

3. Nivel de percepción de la sociedad sobre la transparencia, efectividad y agilidad de la prestación de los servicios de justicia.

Objetivo 3: contribuir a la consolidación de la seguridad jurídica

Estrategias planteadas:

1. Impulsar reformas normativas del derecho sustantivo y del derecho procesal, con enfoque integral (racionalizar el uso de la apelación y casación, para cumplir con los principios de economía procesal; aplicación efectiva de la oralidad para el cumplimiento de los principios de concentración, inmediación, economía procesal; racionalizar uso de incidentes; revisar plazos y términos). Para este efecto, se generarán alianzas estratégicas con las organizaciones representativas de la ciudadanía.

2. Impulsar reformas a la Ley de Control Constitucional, con especial énfasis en la racionalización del uso de las acciones constitucionales de garantía de los derechos y creación de las judicaturas especializadas en la materia.

3. Rediseñar la sistematización de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para mejorar la comprensión de su alcance y efectos, y facilitar su consulta.

4. Lograr financiamiento para la realización de estudios que determinen si los usuarios consideran que la justicia es previsible y que las líneas jurisprudenciales son claras.

Indicadores de gestión:

1. Número de reformas normativas propuestas por la CSJ para lograr la seguridad jurídica (eliminación de normas contradictorias, obsoletas, excesivas).

2. Nivel de percepción de la sociedad respecto a la seguridad jurídica.

3. Porcentaje de reducción de existencia de fallos contradictorios.

4. Identificación de los fallos de triple reiteración.

Objetivo 4: asegurar la asignación presupuestaria del estado y otras fuentes de financiamiento para la gestión y modernización de la función judicial

Estrategias planteadas:

1. Impulsar reformas constitucionales y legales que garanticen una asignación presupuestaria para la Función Judicial, acorde con sus necesidades, no menor al 5% del Presupuesto General del Estado; y, otras formas de financiamiento.

2. Elaborar un plan de sostenibilidad financiera (alternativas de ingresos adicionales a los actuales) de la Función Judicial, con su respectiva reglamentación, para la aprobación correspondiente.

3. Desarrollar un estudio de costo público por tipo de caso

resuelto (civil, familia, etc.).

4. Revisar y ajustar las políticas de recaudación de tasas judiciales.

5. Establecer aranceles notariales y registrales de carácter general y proporcional para todo el país.

6. Regular el sistema de pago de derechos a los depositarios, alguaciles y martilladores.

7. Concretar alianzas estratégicas con las organizaciones representativas de la ciudadanía, para crear conciencia de los resultados alcanzados por la Función Judicial y la necesidad de que el Estado invierta en justicia.

8. Proponer las reformas normativas sobre las funciones registral y fedataria, para que los ingresos de sus actuaciones sean parte de los ingresos de la Caja judicial.

Indicadores de gestión:

1. Incremento del porcentaje asignado en el presupuesto general del Estado para la operación y modernización de la Función Judicial.

2. Porcentaje del presupuesto general de la institución de ingresos distintos a la asignación estatal.

Objetivo 5: fortalecer la capacidad de gestión de los recursos humanos de la función judicial para mejorar la calidad de los servicios

Estrategias planteadas:

1. Perfeccionar el Sistema de administración de personal en función a elementos de objetividad.

2. Impulsar propuestas y reformas para que la selección, designación o nombramiento y remoción de los servidores judiciales se efectúe con estricta aplicación de criterios basados en el mérito.

3. Revisar el sistema de nombramientos y regulación de ingresos de los depositarios y alguaciles.

4. Reformar el sistema de designación de los notarios y registradores, a efectos de que se base en un sistema de méritos y oposición.

5. Operativizar el sistema de concursos de merecimientos y oposición para el nombramiento de los depositarios, alguaciles y martilladores.

6. Rediseñar el sistema de designación de conjueces; suplentes y encargados de las demás funciones, incorporando criterios de mérito.

7. Redefinir e implantar la carrera judicial, con estricta aplicación de los principios de igualdad de género y oportunidades.

8. Redefinir e implantar el sistema de formación inicial y continua para magistrados, jueces y servidores judiciales.

9. Rediseñar e implantar el sistema de evaluación de desempeño de jueces, magistrados y servidores judiciales.

10. Mejorar la cultura organizacional de los jueces.

11. Implantar la estructura funcional del Consejo Nacional de la Judicatura.

12. Redefinir el sistema disciplinario, sobre la base de criterios objetivos, e implementar los diversos subsistemas.

13. Fomentar la participación de la ciudadanía, a través de veedurías, en los concursos públicos para nombramiento de administradores de justicia.

Indicadores de gestión:

1. Porcentaje de servidores judiciales evaluados que superaron el estándar de eficiencia establecido.

2. Porcentaje de servidores judiciales capacitados según los criterios del plan nacional de capacitación judicial.

3. Opinión de las autoridades, servidores y funcionarios judiciales sobre la eficacia y objetividad de los subsistemas de recursos humanos de la Función Judicial.

4. Opinión de los usuarios sobre la atención recibida.

Objetivo 6: asegurar la transparencia, efectividad y agilidad de la prestación de los servicios de justicia

Estrategias planteadas:

1. Diseñar mecanismos que optimicen el modelo de gestión de los juzgados y tribunales.

2. Implantar sistemas de auditorías de gestión del despacho de causas.

3. Mejorar los sistemas de seguridad y conservación de los procesos.

4. Establecer mecanismos de descongestión de los procesos acumulados a partir de datos estadísticos reales.

5. Establecer criterios efectivos y eficientes de despacho de causas.

6. Generar puntos de información electrónica de procesos, servicios de justicia y estadísticas judiciales.

7. Racionalizar la cobertura de los servicios de Justicia en función a variables predefinidas.

8. Establecer mecanismos para facilitar la aplicación de la tecnología informática.

9. Elaborar y ejecutar el Plan Quinquenal de Tecnología de la Función Judicial del Ecuador.

10. Elaborar y ejecutar el Plan Quinquenal de mejoramiento de la infraestructura Física según la proyección de recursos disponibles.

11. Modernizar los servicios judiciales, tales como oficina de citaciones y sorteos.

12. Propiciar el intercambio de experiencias regionales sobre procesos de modernización de la justicia.

Indicadores de gestión:

1. Nivel de percepción de la sociedad sobre la transparencia, efectividad y agilidad de la prestación de los servicios de

justicia.

2. Reducción de la tasa de congestión (desagregado por materias, instancia, región, etc.)

3. Incremento de la tasa de resolución (desagregado por materias, instancia, región, etc.)

Objetivo 7: garantizar y ampliar el acceso a la justicia

Estrategias planteadas:

1. Estimular el uso de conciliación intra procesal.

2.Crear centros de mediación, adscritos a las cortes superiores.

3. Racionalizar la cobertura de los servicios de Justicia a base de criterios de acceso (entre otras variables).

4. Capacitar a los jueces en la aplicación de los derechos humanos, con énfasis en los difusos y colectivos y los de grupos vulnerables.

5. Divulgar los derechos que tienen los ciudadanos para acceder a los servicios de justicia.

6. Generar alianzas estratégicas con las organizaciones representativas de la ciudadanía que apoyan la implementación de mecanismos de acceso a la justicia.

Indicadores de gestión:

1. Creación de centros de mediación.

2. Número de eventos de capacitación en derechos humanos con énfasis en los difusos y colectivos y los de grupos vulnerables.

3. Número de eventos de difusión de los derechos de los ciudadanos para acceder a los servicios de justicia.

4. Proporción y características de las demandas interpuestas por demandantes pobres o desfavorecidos. (desagregado por ingreso, género, raza, etnia u otra característica que se considere relevante).

Para concluir es necesario evocar las palabras del Dr. Jaime Velasco Dávila, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien en la presentación del Plan Estratégico de la Función Judicial para el Mejoramiento de los Servicios de Justicia, hizo un llamado a toda la sociedad "para que desde los diferentes ámbitos del quehacer público o privado impulsemos la traducción de estas acciones como una prioridad nacional. Desde nuestra visión institucional y ciudadana, esperamos también contar con sus aportes al documento para perfeccionamiento del mismo. Estamos convencidos que con el trabajo conjunto y coordinado con los más amplios sectores de la sociedad, se podrá posicionar a los Servicios Judiciales como prioritarios en la agenda nacional impulsando la generación de una política de Estado que ponga todos los medios y recursos para la total implementación de este plan estratégico, en beneficio de la institucionalidad democrática y de la comunidad en su conjunto".

Un Vistazo al Semipresidencialismo.

Jorge Benavides Ordóñez

1. Orígenes del Sistema Semipresidencial.

Cronológicamente hablando el antecesor del modelo clásico francés contenido en la Constitución de 1958; que se perfeccionó con las reformas de 1962, es la Constitución de Weimar de 1919.

La Alemania de los años 20 era un país que salía de la primera guerra mundial, por lo tanto su situación de crisis era profunda no solo en el aspecto económico productivo sino que la dignidad misma del pueblo germano estaba seriamente golpeada, debido a que por el Tratado de Versalles, que puso fin al gran conflicto, se le impusieron una serie de sanciones como las indemnizaciones de guerra, la definición de nuevas fronteras territoriales y la prohibición de organizarse militarmente.

Es en ese contexto en que los constituyentes alemanes reunidos en la tierra donde Goethe desarrolló su obra poética decidieron adoptar este nuevo estilo de gobierno, que fue visto como un sistema parlamentario disminuido ya que, fortaleció al presidente. Los Constituyentes alemanes querían optar por un gobierno estable que les permita salir de su situación, y por otro lado, impedir el gobierno por asamblea que se estaba dando en Francia con motivo de su tercera República.

A decir de Sartori los alemanes lo evitaron otorgándole al presidente facultades para: a) gobernar por decreto, lo que significa que en casos de emergencia puede emitir de acuerdo con el canciller decretos con fuerza de ley, (Art. 48 de la Constitución de Weimar); b) nombrar y destituir al primer ministro, destituir a miembros del gabinete, y la posibilidad de conformar gobiernos que no se encuentren

sujetos al voto de confianza parlamentario; c) disolución del Parlamento a su discreción; d) el someter cualquier norma aprobada por el Reichstag a consulta popular, en reemplazo del poder de veto. En lo que se refiere al Parlamento, continúa Sartori, no se le pedía que nombrara a los gobiernos con un voto de confianza, pero podía hacerlos renunciar con un voto de censura, situación que ve como una posible diferencia del sistema francés, debido a que los gobiernos franceses requieren ser investidos por el voto de confianza parlamentario y como vimos en el caso de Weimar podían ser destituidos por voto de censura. Finalmente Sartori concluye su análisis de la Carta de Weimar, que tuvo vigencia de 1919 hasta 1933, (final que coincide con la ascensión del nacional socialismo), manifestando que la corta vida de Weimar no se debía a errores constitucionales, sino que más bien sucumbió ante un sistema partidista en exceso fragmentado, que se veía impulsado por un poderoso sistema de representación proporcional, considerando además que otra debilidad era que el presidente era electo por una pluralidad, ya que en la votación final existía la posibilidad de la participación de tres candidatos, lo que imposibilitó sin duda una final bipolar.

Esto llevo al politólogo italiano a no concordar con otros teóricos, en decir que el uso del referendo y la disolución del congreso sean los mecanismos que causaron el fin de la Carta Política de Weimar, puesto que disposiciones similares se encontraban en otras constituciones y no han sido causantes de graves daños.[1]

Duverger opina que en Weimar se llevaron acabo apenas dos elecciones con sufragio universal y directo, la primera que se realizó en 1928, y la segunda en 1932; tomando en cuenta, que el sistema acabó en 1933, el análisis se enmarca a un pequeño período, por lo que analizar comparativamente a los países que han tenido formas semipresidenciales resulta

[1] Sartori Giovanni, Ingeniería Constitucional Comparada, Fondo de Cultura Económica Pg 144-146

complejo debido a sus diferencias, (entre los regímenes semipresidenciales enlista a Austria, Alemania de Weimar, Francia, Finlandia). A pesar de esto Duverger distingue dos casos:

a) El primero cuando el régimen semipresidencial coincide con un parlamentarismo mayoritario, lo que significa tener una mayoría estable en el Parlamento, a la que pertenece el presidente de la República, ejemplo Francia de 1962, en este caso el sistema funciona bien porque se asienta en el acuerdo entre el Presidente y la mayoría del Parlamento que se representa en el Gobierno.

b) El segundo caso, cuando el régimen semipresidencial coincide con el parlamentarismo no mayoritario, en esta situación la estabilidad del Presidente no basta para garantizar la estabilidad del Gobierno, que carece de mayoría en el Parlamento.

Respecto al criterio de mantener el Presidente al Gobierno "por el juego de mayorías alternativas" con la amenaza a la Asamblea de la disolución nos dice, que la experiencia de Weimar fue opuesta, ya que en épocas normales el Presidente tuvo bajo perfil, pero se convertía en un cuasi dictador en tiempos conflictivos, que gobernaba con gabinetes que se mantenían en el poder contra el Parlamento a base de constantes disoluciones.[2]

En Francia el sistema semipresidencial, como ya se dijo, entró en vigencia con el Gral. Charles de Gaulle bajo la Constitución de 1958, en la cual el presidente era electo por un cuerpo colegiado; posteriormente en 1962, se produjo una reforma en la cual se establecía la elección del presidente a través de sufragio universal y directo. De Gaulle fue un impulsador del nuevo sistema, pero algunas de las reformas que se dieron se debieron a la misma personalidad del líder

[2] Duverger Maurice, Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Ariel S.A. 1970, Pg 215-217

que rayaba en ciertos momentos con prácticas autoritarias.

2. Definición, elementos y características del semipresidencialismo.

Tratar de construir una definición exacta del semipresidencialismo es algo que la mayoría de teóricos han evitado y más bien han tratado de buscar definiciones y conceptos más flexibles partiendo de las características, elementos y condiciones necesarias para que se pueda hablar de un régimen semipresidencial.

Por tanto, tomando como referencia formulaciones realizadas por doctrinarios trataré de dar una definición aproximada de lo que a mi criterio es un sistema semipresidencial. El semipresidencialismo es el sistema en donde el poder ejecutivo es ejercido por un presidente electo por votación universal y directa, por tanto, tiene mayores facultades que un jefe de Estado parlamentario, pero que al mismo tiempo tiene que compartir el poder ejecutivo, con un primer ministro al que nombra de acuerdo a la relación de fuerzas en el parlamento, por lo que puede ser de la misma línea del presidente o no, finalmente, este primer ministro preside el gabinete que es responsable ante el Parlamento. En síntesis, el sistema semipresidencial, es aquel en el cual el gobierno responde ante el órgano legislativo y existe un presidente que es elegido democráticamente.

El primero en utilizar el término semipresidencialismo fue Maurice Duverger, analizando el nuevo sistema que se acababa de introducir con la Constitución de 1962, ya que este sistema mixto no respondía a la fórmula presidencialista, pues el presidente tenía menores poderes, pero tampoco al tipo parlamentario, ya que, el presidente provenía de una legitimidad democrática directa, esto daba a entender que se trataba un nuevo régimen de gobierno en donde conviven elementos típicos del presidencialismo como: elección de

presidente por sufragio universal, poseedor de una serie de potestades y facultades ejecutivas; y elementos del parlamentarismo como: un gobierno surgido de la Asamblea y responsable ante la misma. Existen algunos textos constitucionales que contemplan sistemas muy similares, así tenemos el de Finlandia, Portugal, Rumania, Austria, Sri Lanka, pero sin lugar a dudas el modelo paradigmático es el francés.

Ramiro Larrea Santos en su obra Elementos de Derecho Político cita una descripción dada por Duverger sobre el semipresidencialismo en la cual dice que es un sistema intermedio entre el parlamentarismo europeo y el presidencialismo norteamericano, ya que la dirección efectiva del gobierno es compartida por dos personas; un primer ministro al cual los diputados pueden hacer lo dimitir, igual que en el parlamentarismo; y un presidente elegido por votación universal, como ocurre en los sistemas presidenciales.[3]

Por su parte Julio César Trujillo nos dice que, Francia inauguró esta forma mixta presidencial y parlamentaria en su quinta República, entregando la conducción del aparato estatal a varias instituciones, las mismas que son: Presidente, Gobierno, Parlamento, Consejo Constitucional, Autoridad Judicial y Consejo Económico y Social. Más adelante Trujillo cita a Hauriou cuando manifiesta que representan "una diarquía desigual, con distribución incierta de poder y responsabilidades", en alusión a que el Poder Ejecutivo en el país galo se ejerce entre el presidente de la República y el primer ministro que encabeza el gobierno. Después el autor ecuatoriano, analiza la figura del presidente de la República Francesa, comentando que es elegido para siete años, mediante sufragio universal y directo con la mayoría de votos

[3] Larrea Santos Ramiro, Elementos de Derecho Político, Centro de Publicaciones Universidad Católica de Guayaquil, 1992, Pg 324-325

depositados en las urnas; en caso de que ningún candidato obtenga la mayoría se procede a una segunda vuelta llamada ballotage, entre los dos candidatos mayormente favorecidos con el voto popular, el presidente no es responsable por lo actuado en el ejercicio del poder, salvo por delitos de alta traición, además es jefe de Estado con funciones propias y otras compartidas con el gobierno.[4]

El tipo de gobierno semipresidencial aparece con la V República en Francia, cuando en 1962 se procedió a la elección popular del presidente, reformándose la elección indirecta a través de un grupo de notables, los cuales eran los encargados de elegir al presidente; esta disposición estuvo vigente con la Constitución de 1958 y bajo esta normatividad fue electo, para uno de sus mandatos, el presidente Charles de Gaulle.

El presidente de la República no es a la vez jefe de gobierno, si no que nombra como primer ministro al líder de la mayoría parlamentaria surgida de las elecciones, y con éste escoge el resto de ministros que conformarán el gabinete. Posteriormente el gobierno escogido por el presidente no necesita del voto de confianza de la Asamblea, pero ésta puede votar una moción de desconfianza, en tal situación el presidente tiene dos salidas, por un lado aceptar la dimisión del gobierno o disolver la Asamblea y llamar a elecciones, facultad de la que puede hacer uso después de un año de elegida la Asamblea. El gobierno en este caso formado por un gabinete, con un primer ministro al frente nombrado por el presidente, y finalmente el gobierno responsable ante la Asamblea, lo que combina características de presidencialismo y parlamentarismo al nuevo régimen.

La razón porque se optó por el nombre de semipresidencialismo y no semiparlamentarismo, según

[4] Trujillo Julio César, Teoría del Estado en el Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito 1994, pg.199-201

Duverger, fue porque la dualidad de esta nueva forma política estaba localizada en el interior del ejecutivo.

Los tratadistas argumentan que durante la vigencia de la V República ha primado el poder presidencial y posteriormente el parlamentario. La primera situación desde los albores hasta Pompidou y Giscard, en donde coincidieron presidente y la mayoría parlamentaria, siendo por tanto manifiesta la tarea presidencial. Pero a partir de 1981 con los gobiernos de Mitterrand y Chirac, la preeminencia de mayorías parlamentarias del bando contrario al presidente ha dado como resultado la primacía parlamentaria.

El fenómeno de tener presidente de un bando y una mayoría parlamentaria de otro es conocido como "cohabitación". Para Rodrigo Borja el término cohabitación implica la relación entre un presidente y un primer ministro de militancias políticas antagónicas y la consagración del término se produjo en el período de 1986 a 1988 en que compartieron el poder en Francia el presidente socialista Francoise Mitterrand y el primer ministro conservador Jacques Chirac. El presidente fue elegido por votación universal en 1981 para gobernar siete años, mientras que el primer ministro fue elegido

en 1986 por una nueva mayoría parlamentaria opuesta al presidente, abriéndose así un período de dos años de cohabitación en que Mitterrand y Chirac se vieron volcados a entenderse por encima de las diferencias ideológicas, finalmente nos recuerda que el fenómeno se repitió en 1997 siendo Chirac presidente y el líder socialista Lionel Jospin primer ministro.[5]

Como elemento de la figura semipresidencial se menciona la dependencia del gabinete a la coalición parlamentaria, cuestión fundamental para el mantenimiento del gobierno, viéndose complementado por mecanismos políticos como las

[5] Borja Rodrigo, Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económica, Pg 191-192

salidas institucionales para las graves crisis políticas, como el voto censura, la disolución anticipada del Congreso y la convocatoria de elecciones generales.

Para Sartori las características del semipresidencialismo son:
a) El presidente es elegido por voto popular, sea de manera directa o indirecta, para un período determinado
b) El presidente comparte el poder Ejecutivo con un primer ministro, estableciéndose una autoridad dual cuyos criterios decisivos son:
-El presidente es independiente del Parlamento, pero no gobierna directamente por lo que sus designios son procesados a través de su gobierno
- El primer ministro y el gabinete dependen solo del Parlamento, sujetándose al voto de confianza y al voto de censura, requiriendo para estos menesteres el apoyo de una mayoría parlamentaria.
- El dualismo permite diferentes balances de poder así como predominios de poder dentro del ejecutivo, pero subsistiendo la autonomía de cada parte que compone el ejecutivo.[6]
De las características expuestas por Sartori se puede colegir que deben existir ciertas condiciones para que se pueda desarrollar el semipresidencialismo, condiciones que de faltar alguna se estaría hablando de otro sistema que no fuera el semipresidencial, y estas serían:
- Un poder ejecutivo dual, conformado por el presidente y el primer ministro
- Que el presidente de la República sea electo por votación universal y directa
- Que el presidente goce de las debidas facultades legales y políticas para desempeñar su cargo de buena forma
- El presidente que nombra al primer ministro que tenga apoyo en la legislatura, y como jefe de Estado el presidente

[6] Sartori Giovanni, Ingeniería Constitucional Comparada, Fondo de Cultura Económica 2003, Pg 148-149

preside el Consejo de Ministros
- Finalmente el gobierno es responsable ante el Parlamento.

En cuanto al poder ejecutivo dual ya se ha expuesto que son el presidente y el primer ministro los que se encuentran al frente; el presidente como jefe de Estado y el primer ministro como jefe de Gobierno, aunque éste se encuentra subordinado aquel, ya que el jefe del Ejecutivo es el presidente, esto incide en las tareas de cada uno. Así tenemos como el primer ministro es el que se encarga de las tareas cotidianas de la administración, estableciendo sus políticas gubernamentales, incluyendo el tema de la dotación de servicios públicos, esto hace que el presidente como jefe de Estado se encuentre a cargo de los temas nacionales, como delinear la política estatal, ser el comandante en jefe de las fuerzas armadas y la dirección de las relaciones internacionales; vale recordar que los órganos políticos del semipresidencialismo son el Presidente, el Consejo de Ministros, Primer Ministro y Parlamento cada uno con sus competencias propias y efectivas.

Que el presidente de la República sea electo por votación universal y directa le da gran legitimidad, porque se encuentra una situación jerárquica igual a la del Parlamento, pudiendo servir como árbitro mediador en la relación de los tres poderes del Estado, asumiendo una posición neutral típica de los jefes de Estado parlamentario.

Cuando el presidente goza de amplias potestades constitucionales quiere decir que, a la par de poseer los poderes de un jefe de Estado en el sistema parlamentario, disfruta además de competencias ejecutivas. Estas competencias se constituyen en una esfera propia del ejecutivo, ya que no las comparte con el Consejo de Ministros y dichas facultades, entre otras son: nombrar al primer ministro y reservarse el derecho de presidir el Consejo de Ministros, la capacidad de convocar a sesiones extraordinarias el Parlamento, participa en la sanción y

promulgación de la ley, tiene la facultad para disolver el Congreso, asumir ciertos poderes especiales en caso de una grave crisis, comandante de las fuerzas armadas y convocar a referendums.

La situación del Presidente de la República en un semipresidencialismo es que tiene más facultades que un jefe de Estado parlamentario que es casi una figura decorativa, pero tiene menos potestades que un presidente en un presidencialismo, ya que está expuesto a más controles, además que para ejecutar sus políticas requiere necesariamente del Primer Ministro, es decir, se encuentra en una posición intermedia entre los dos sistemas clásicos.

La obligación de elegir a un Primer Ministro que tenga apoyo parlamentario es precisamente una posibilidad real de buscar acuerdos con el Congreso y no entrar a peleas bizantinas que obstruyen la tarea gubernamental, esto en el terreno de la llamada cohabitación, en el supuesto de que el primer ministro sea de signo distinto del presidente, por lo tanto, la mayoría parlamentaria sería corresponsable de las tareas de la administración a través su apoyo al primer ministro y su gabinete, en el caso contrario, cuando el presidente coincide con la mayoría parlamentaria la colaboración evidentemente funciona de forma adecuada.

La responsabilidad del gobierno frente al parlamento significa que, debido a ciertas circunstancias, la confianza del parlamento depositada en el gobierno podría acabar y por tanto sufrir un voto de censura que implicaría el fin de sus funciones.

El gobierno en el semipresidencialismo difiere del gobierno en el parlamentarismo porque no goza del derecho de disolución, facultad tradicionalmente parlamentaria, la disolución pertenece al presidente en su calidad de jefe del Poder Ejecutivo, y a pesar de poseer atribuciones ejecutivas, no se encuentra sometido a una moción de censura, así la estabilidad del presidente se encontraría garantizada y podría

ser depuesto solo por responsabilidad penal o alta traición.

3. Tipos de semipresidencialismos.

Los tratadistas coinciden en que el tipo de semiprecidencialismo tiene que ver con la existencia o inexistencia de mayorías parlamentarias y la situación a favor o en contra en que se ubique respecto de éstas el presidente. De tal forma que el desempeño del sistema semipresidencial tiene mayor dependencia de factores de carácter político que de situaciones de tipo legal constitucional, esto quiere decir que, de cómo estén compuestas las mayorías congresales va a depender la suerte del gobierno.

En el parlamentarismo las fuerzas que detentan la mayoría tienden a poner en manos del primer ministro la dirección del gobierno y del parlamento mientras que si no existe una mayoría fuerte es muy posible un gobierno débil, con inestabilidad para los ministros. En el sistema presidencial que se caracteriza por la división de funciones, llega a existir una suerte de desaparición de la división de funciones, fenómeno que según Duverger se produce, cuando coinciden del mismo partido, presidente y mayoría congresal, puesto que las dos funciones caminan en un ambiente de estabilidad y cooperación.

En nuestro país, en el gobierno de Rodrigo Borja 1988-1992, se produjo un fenómeno interesante de que a la vez de tener el ejecutivo, obtuvo su partido, además el mayor número de diputados; Mahuad, en 1998 también llegó a Carondelet con la primera bancada legislativa, la que de la mano con los socialcristianos llevó a la presidencia de este organismo a Juan José Pons; este tipo de acuerdos ha dado origen a las llamadas "aplanadoras". El sistema de partidos es clave en estas circunstancias ya que por la fragmentación partidaria es muy difícil que un partido político llegue a acercarse a tener la mitad del congreso con sus diputados, más bien lo que se

producen son alianzas con partidos y movimientos de la tendencia, pero lamentablemente no pasan de ser eso, simples alianzas y no coaliciones que perduren, ya que se alían para ciertos temas y posteriormente pueden pasar a la oposición, esto ocurre tanto si se trata de sistemas multipartidistas, como el nuestro, como se ha expuesto, o si, se trata de sistemas bipartidistas, que dentro del presidencialismo hacen que el presidente tenga un gran apoyo o que la mayoría conformada en el congreso por el partido contrario ejerza una feroz oposición.

Entonces, en el semipresidencialismo, nos encontramos ante tres posibles escenarios, dependiendo de la situación en la Asamblea o Congreso.

El primer escenario se trataría de un presidente que posea la mayoría en el parlamento, como se ha expuesto, esto constituye en una situación ideal, un ejemplo de esto sería la Francia de Giscard.

La segunda posibilidad hace referencia a que el presidente tanga una mayoría de diputados opuestos en el parlamento, en este sentido nos encontramos frente a la llamada cohabitación, término incluido a la actividad política por los franceses en clara alusión a la década de los 80, como quedó expuesto en páginas anteriores.

Y, por último, la situación en que la mayoría en el parlamento coincida con el presidente de la República sin que a pesar de ello se lo reconozca como líder; este escenario de semipresidencialismo, de afinidad sin reconocimiento de liderazgo presidencial, conduce a devaluar la talla política y constitucional del presidente, por lo tanto, aunque legalmente estemos ante un semipresidencialismo, por las relaciones políticas se inclina hacia un parlamentarismo.[7]

[7] Martínez Rafael, El Semipresidencialismo: Estudio Comparado, Universidad de Barcelona, Working Paper No. 154, Pg 34-35

Los piratas, la Audiencia y el corregidor: reflexiones en torno a un proceso penal en la colonia.

B. A. Sebastián Donoso Bustamante

Resumen.

Este trabajo es un estudio sobre la historia, las instituciones y las implicaciones jurídicas y sociales de un interesante proceso penal que se dio en el Reino de Quito a fines del siglo XVII. El hecho de la captura de Guayaquil por piratas en 1687 abrió muchas incertidumbres entre los vecinos y las autoridades. Las acusaciones de negligencia en la defensa llevaron a la instauración de una pesquisa por parte de la Audiencia de Quito. Con el resultado de la pesquisa, el fiscal de la Audiencia determinó que había suficientes elementos para acusar criminalmente al corregidor de Guayaquil y sus oficiales por seis delitos relacionados con negligencia en la defensa de la plaza.

La segunda instancia se inició con el nombramiento del mismo pesquisidor como juez y su envío a Guayaquil. Sin embargo, la reacción del vecindario guayaquileño fue de total apoyo para con los reos y de rechazo hacia el juez y hacia el proceso emanado de la Audiencia de Quito. El cabildo de Guayaquil consiguió que la competencia para conocer de la causa recayera al virrey y no a la Audiencia de Quito, por cuanto los militares gozaban de fuero y la jurisdicción de los asuntos relacionados con la milicia correspondía al virrey. Finalmente, el virrey sobreseyó en sentencia al corregidor y sus oficiales desechando los cargos y declarando que habían cumplido con sus obligaciones en la defensa de la plaza.

Los piratas

La fatídica madrugada del domingo 20 de abril de 1687 unos

doscientos sesenta piratas franceses e ingleses llegaron frente a Guayaquil por los esteros, remando desde la isla Puná. El combate empezó hacia las cuatro de la mañana en el estero de Villamar (actual calle Loja), donde unos cincuenta valientes, al mando del capitán José de Salas y Valdés, se enfrentaron con los invasores. Luego de una resistencia tenaz, los enemigos se impusieron gradualmente y avanzaron por las calles mientras los defensores se retiraban hacia el cerro Santa Ana.

La lucha se prolongó hasta el mediodía cuando los piratas alcanzaron la cima del cerro y rodearon el fuerte de San Carlos, último reducto de la defensa. Entonces el corregidor[1] Fernando Ponce de León hizo lo único que le quedaba: salió a la puerta del fortín y entregó su espada a Pierre Le Picard (célebre capitán pirata francés, discípulo de Morgan y de El Olonés), para luego caer desvanecido por la pérdida de sangre.

Los filibusteros permanecieron en Guayaquil hasta el 24 de abril, cuando se marcharon a la isla Puná con doscientos cincuenta rehenes, todas las riquezas, barcos y provisiones que encontraron. Previamente despeñaron los cañones del fuerte y quemaron (accidentalmente) las dos terceras partes de la ciudad.

Abandonaron Puná el 26 de mayo para combatir con una flotilla enviada desde El Callao hasta el 2 de junio, y luego se alejaron definitivamente del Reino de Quito. Cruzaron Nicaragua por tierra a fines de 1687 y llegaron al Caribe en

[1] Donoso Bustamante, Sebastián I. Piratas en Guayaquil. Historia del asalto de 1687. C. A. El Universo, Quito, 2006, p. 102. El corregidor era la máxima autoridad de un distrito llamado corregimiento (equivalente a las actuales provincias). El corregidor cumplía con las funciones propias de un gobernador, presidía las sesiones del cabildo y tenía competencia para resolver las causas judiciales en primera instancia. En lo militar era el comandante de la plaza y máximo responsable de la defensa. Pese a su autonomía debía consultar los asuntos militares con el virrey, comandante supremo de los ejércitos del virreinato.

enero del año siguiente a disfrutar del pingüe botín.

La pesquisa

Las más polémicas consecuencias del asalto de Guayaquil fueron sus implicaciones jurídicas. La pérdida de la plaza generó muchas interrogantes en los ministros de la Audiencia de Quito[2], pues Guayaquil se había preparado para la defensa desde fines de la década de 1670, cuando llegaron las primeras noticias de piratas. Además, en diciembre de 1684 (solo dos años y cuatro meses antes), los guayaquileños triunfaron frente a una tentativa por capturar la ciudad.

A todas luces, parecía que Guayaquil nunca tuvo mejores defensas en el pasado y que claramente contaba con más armas, soldados y fortificaciones que las existentes en 1624, cuando los corsarios holandeses invadieron la ciudad en dos ocasiones, siendo repelidos con éxito. Sin embargo, a fines de abril de 1687 Guayaquil yacía en ruinas y muchos de sus habitantes estaban de rehenes en la isla Puná.

Por otro lado, los guayaquileños estaban confundidos y, sin haber asimilado el porqué de tantas desgracias ni haber establecido el monto de las pérdidas, querían determinar las causas de tan fulminante descalabro. En tales circunstancias fue inevitable que los propios vecinos y residentes comenzaran a buscar responsables dentro de la propia sociedad. Iban y venían las acusaciones de negligencia y cobardía entre unos y otros, pero en general los testigos

[2] Herzog, Tamar. Los Ministros de la Audiencia de Quito (1650-1750). Ediciones Libri Mundi, Quito, 1995, pp. 14-15. La Audiencia fue un cuerpo colegiado conformado por un presidente, cuatro oidores (jueces), un fiscal y un protector de indios. Era el tribunal de primera instancia para las causas emanadas de la ciudad y como corte de apelaciones y de súplicas (segunda instancia) para asuntos del resto del reino. En lo político, debía coordinar, controlar y dirigir toda la administración local teniendo competencias incluso en lo militar y económico. Como Audiencia suele designarse tanto al cuerpo administrativo-judicial como al territorio bajo su control. La única institución civil superior fue el virrey (con sede en Lima en el siglo XVII).

coincidieron en las siguientes causas de la derrota: el mayor número de enemigos y su destreza superior en el manejo de las armas, la fuerte lluvia que cayó durante el combate, la mala ubicación de los cañones en los fuertes, el factor sorpresa que no dio tiempo para preparar la defensa, y la negligencia del corregidor y sus oficiales en la preparación de la defensa, que tuvo como consecuencia la rendición de la plaza frente a las armas de los piratas.

Todos estos factores explican parcialmente el desastre, pero fue el último: la supuesta negligencia del corregidor y sus principales oficiales, el que requería ser investigado con mayor cuidado por la gravedad de sus implicaciones. Muchos afirmaban que el corregidor y sus subalternos no habían organizado una defensa efectiva, y los reclamos llegaron hasta los oídos del presidente de la Audiencia: Lope Antonio de Munive.

Con la llegada a Quito de las primeras noticias, fue obvia la necesidad de emprender una investigación de carácter judicial para averiguar todo sobre la captura de Guayaquil y sus antecedentes. El licenciado Munive lo comprendió así, y obró acertadamente al ordenar de oficio la práctica de una pesquisa.[3] Los poderes del encargado de efectuar la pesquisa o pesquisidor se restringían al hecho determinado sobre el que se investigaba, y no tenía capacidad de juzgar por sí mismo, sino que debía remitir el resultado de sus

[3] Tobar Donoso, Julio. Las instituciones del período hispánico, especialmente en la presidencia de Quito, Editorial Ecuatoriana, Quito, s/f, p. 218. La pesquisa era una institución del derecho español parecida a la visita, consistente en el envío de un comisionado para la averiguación o inquisición de un asunto específico cuando había evidencias de irregularidades, escándalos o negligencia cometidos por uno o más funcionarios en el ejercicio de su administración. Los poderes del pesquisidor eran restringidos: remitía todo lo actuado a la Audiencia para que ésta resolviese. Pese a ser una actuación de oficio (es decir que no se requería de una denuncia previa para ordenarla) en este caso parece que los testimonios en contra el corregidor fueron tomados como denuncias que justificaban la pesquisa para determinar su veracidad.

investigaciones al fiscal de la Audiencia para que éste resolviera, conforme a los hechos y al derecho, la conveniencia de iniciar un proceso penal.

La Audiencia fue extraordinariamente eficiente al ordenar la pesquisa. Una junta de guerra reunida en Quito el 29 de abril de 1687 consideró de tanta gravedad el asunto que implicaba el envío inmediato de un oidor a Guayaquil. Pero el despacho del togado se suspendió porque la ciudad aún estaba invadida, y se aplazó para cuando se hubiera recuperado su control. Entretanto, la junta comisionó al capitán Sebastián García Franco de la Calzada[4] para que baje a Guayaquil y realice una pesquisa e información sumaria: una investigación exhaustiva de los hechos ocurridos antes, durante y después del asalto.[5]

El pesquisidor bajó a Guayaquil en compañía del general Domingo de Iturri[6]. García Franco hizo un meticuloso examen físico de la ciudad y el 25 de junio redactó un informe señalando que los puestos de combate, los fuertes y las entradas a la ciudad estaban desmantelados y desprovistos de defensa. Las trincheras estaban caídas y había grandes maderos cruzados sobre el estero de Villamar, que sirvieron de puentes a los enemigos para entrar a la ciudad. Además, antes del ataque no se reparó adecuadamente el fuerte de San

[4] Donoso Bustamante, Sebastián I. Op. cit. p. 295-296. Sebastián García Franco de la Calzada era un veterano y experimentado militar español de cincuenta y cinco años de edad, entonces gobernador de Quijos y Macas, considerado por la Audiencia de Quito como la persona más idónea para ejecutar esta delicada misión.

[5] En relación con el actual sistema procesal penal, la pesquisa equivale a la indagación previa y el trabajo del pesquisidor es similar al de la policía judicial. La pesquisa en sí era la primera instancia dentro del proceso penal colonial, una actuación judicial de oficio que daba inicio al proceso.

[6] El general Domingo de Iturri Castelú había sido corregidor de Guayaquil entre 1681 y 1686. En vista de que Fernando Ponce de León se hallaba prisionero de los piratas en Puná, la Audiencia lo nombró corregidor interino hasta que Ponce recupere su libertad. En caso de que el titular pereciera en manos de los enemigos, Iturri se quedaría en el cargo hasta la llegada de un nuevo corregidor nombrado por el rey.

Carlos, que se había quemado parcialmente poco después de que Ponce de León asumiera el cargo de corregidor de Guayaquil. En sus conclusiones, sentenció: "... que si los puestos hubieran estado con providencia y gente y levantadas las trincheras y las avenidas limpias no se hubiera perdido la ciudad, y que antes si, halla en su inteligencia, que sobre seguro se pudo defender, y se perdió por falta de providencia militar."[7]

Las pruebas[8] testimoniales

Luego de efectuar el examen físico de la ciudad de Guayaquil y la situación de sus defensas, el pesquisidor se concentró en obtener las pruebas testimoniales necesarias para establecer la responsabilidad del corregidor y demás mandos militares en la pérdida de la plaza.[9] García Franco se sorprendió de que muy poca gente estuviera dispuesta a hacer declaraciones sobre el caso. Las investigaciones avanzaban lentamente, y los guayaquileños fueron perdiendo el miedo a declarar. El primero en hacerlo fue Manuel de Larios, cura de

[7] Título y Comisión a favor del Gobernador Sebastián García Franco de la Calzada en: Archivo Histórico del Guayas. Actas del Cabildo Colonial de Guayaquil - Tomo VI: 1682-1689, versión de Juan Freile Granizo basada en la de J. Gabriel Pino Roca revisada por Rafael E. Silva, Publicaciones del Archivo Histórico del Guayas, Guayaquil, 1980, p. 167.

[8] Granja Maya, Roberto. Derecho penal en la Audiencia de Quito, Fundación Antonio Quevedo, Quito, 1996, p. 179-180. Los medios probatorios más utilizados en el proceso penal colonial fueron el tormento, la prueba material y el testimonio. En ese entonces, según las Siete Partidas, ley 1, tít. 14, P.3 "Prueba es el averiguamiento que se hace en juicio en razón de alguna cosa que es dudosa: y naturalmente pertenece la prueba al demandador cuando la otra parte le negare la demanda, o la cosa o el hecho sobre que la hace la pregunta..."

[9] Ídem, pp. 183-184. Para el derecho hispánico: "El testimonio es un instrumento autorizado por el escribano o notario en que se da fe de un hecho, se traslada total o parcialmente un documento o se le resume por vía de relación." Y sobre cómo debe ser el testimonio: "El testigo debe referir la forma cómo pasó el hecho, en dónde se ejecutó, quién lo cometió, y a qué hora, por las negativas coartadas, y la causa que movió a ello; los que auxiliaron a los Reos antes, o después del hecho, y si alguno los persuadió a ejecutarlo; los que se encontraron presentes, o lo pudieron ver..."

Yaguachi que testificó en Quito el 6 de mayo de 1687. El domingo 20 de abril, como a las 6 de la mañana, escuchó disparos desde su pueblo. Viajó a Guayaquil el 28, donde el capitán Juan Álvarez de Avilés le contó los pormenores del asalto.[10] Habló de la poca prevención de la plaza, la mala condición de las armas, la huída de varios capitanes que no hicieron uso de la artillería y responsabilizó de negligencia en la defensa al corregidor Ponce de León y a sus oficiales.

El regidor Juan Pérez de Villamar también culpó de la tragedia al descuido y mala dirección del corregidor y otras autoridades, que antes y durante el combate no proporcionaron a los defensores la pólvora y municiones necesarias. Los guayaquileños Bartolomé Alvarado, Juan Caballero, Lázaro de Mayorga, Juan de Molina y Miguel de Medrano corroboraron los amargos recuerdos de Villamar. Todos testificaron entre el 25 y el 28 de mayo. Coincidieron en que muchas armas y municiones estaban embodegadas en los fuertes y almacenes, pero fueron distribuidos con mucha avaricia apenas dos días antes del ataque. Además, la capacidad defensiva se vio disminuida porque Quito no envió suficientes hombres ni pertrechos. También dijeron que el fortín de San Carlos carecía del personal suficiente, y que al darse cuenta de la inminente derrota, Francisco de Herrera Campuzano se escabulló por la espalda del cerro hasta la playa, donde huyó en una canoa que tenía preparada.

Lázaro de Mayorga aseguró que el mayor error del corregidor fue no tener dispuesto para la defensa al estratégico fuerte de San Carlos. En el momento del asalto final, aparte de él, dentro del fuerte solo quedaban dos artilleros para manejar

[10] Juan Álvarez de Avilés estuvo a cargo del fuerte de San Carlos ubicado en la cima del cerro Santa Ana. Cuando los piratas se marcharon a Puná llevándose al corregidor y a 250 rehenes, quedó a cargo de la ciudad, de juntar el rescate exigido por respetar la vida de los prisioneros y de enviar víveres para alimentar a rehenes y piratas en Puná mientras llegaba el dinero.

los siete cañones. Sin embargo, de haber contado con una buena artillería de mosquetes, hubieran frenado a los piratas que subían agotados por las laderas del cerro.

Otro testimonio fue el de Andrés de Sopeña, un comerciante que también identificó como las principales causas de la derrota a la pésima distribución de las armas y la pólvora y a la huída de los cabos principales en medio del combate. Según su opinión, de haber estado bien preparados para la defensa, hubieran bastado cincuenta hombres para detener a los enemigos.

El alférez Pedro Granja de Zea testificó el 2 de junio de 1687. A la vez que quiso justificar su propia actuación como soldado, dejó entrever la negligencia del corregidor en la forma de disponer la defensa de la plaza. Contó cómo los avisos de peligro fueron llegando a Guayaquil desde un mes antes del ataque hasta la misma víspera, pero las autoridades fueron indiferentes. Estableció que la indolencia en la preparación de la defensa recayó más en los altos mandos que en los medios, y confirmó la deserción de Herrera Campuzano y otros comandantes, cuya huída anuló toda posibilidad de resistencia.

La pesquisa arrojó hechos y denuncias con serias implicaciones. En vista de su gravedad, el presidente Munive convocó a una junta del real acuerdo y, con su voto consultivo, el 11 de enero de 1689 dispuso que el fiscal revise todos los autos y elabore un informe estableciendo la existencia de responsabilidades penales en la pérdida de la plaza.

El informe del fiscal

Luego de analizar los dos cuadernos de informes,

averiguaciones y declaraciones de la pesquisa, el fiscal Ignacio de Aybar y Eslava determinó que había suficientes elementos para acusar criminalmente al corregidor Fernando Ponce de León y demás encargados de la defensa de Guayaquil en 1687. En particular, y sin perjuicio de que aparecieran otros implicados durante el proceso, además del corregidor fueron acusados: el maestre de campo Francisco de Herrera Campuzano, el teniente de corregidor y capitán de artilleros Blas García de la Peña, el tesorero Alonso de Enderica, su hermano Andrés, el ayudante Cristóbal de Valverde y José de Iturralde.

El prolijo dictamen del fiscal[11] se inicia con el relato de los hechos: "Y refiriendo el caso y causas que justifican su acusación y querella, representa que el domingo veinte de abril del año pasado de ochenta y siete, entre cuatro y cinco de la mañana, fue invadida y sorpresada dicha ciudad y plaza de enemigos corsarios que infestan este mar, entrando por el río en once piraguas hasta cuatrocientos y cincuenta piratas con poca diferencia, los cuales se apoderaron de la plaza y sus fuertes y de las vituallas, municiones y armas,

[11] Granja Maya, Roberto. Op. cit. p. 166-167. El Fiscal definido por las Siete Partidas, ley 12, tít. 18, P. 4: "Patrus Fisci tanto quiere decir en romance como hombre que es puesto para razonar y defender en juicio todas las cosas y los derechos que pertenecen a la Cámara del Rey." Era el representante de los intereses del rey en la Audiencia, actuaba como acusador en las causas de interés público o real, y vigilaba la obediencia de las leyes en materia de gobierno. La institución del fiscal revistió dos aspectos: velar por el buen manejo de la Hacienda Real e intervenir en los juicios como defensor de la sociedad. Este último es el que interesa al proceso penal, siendo el fiscal un sujeto en el proceso, dentro del cual tuvo los derechos de pedir la iniciación de un proceso, solicitar pruebas, dar dictámenes antes de sentencia y apelar el fallo emitido por un juez inferior, al juez superior. Sobre su trabajo como acusador, la ley 38, tít. 18, lib. 2 de la Recopilación de 1680 manda: "Que los Fiscales no acusen sin preceder delator: salvo en hecho notorio, o en cuando fuere hecha pesquisa. Y declaramos, que saliendo por sí solos, o coadyuvando al delator, no tienen obligación de dar fianza de calumnia y costas, y que el delator debe afianzar, conforme a derecho aunque nuestro Fiscal le asista y coadyuve." En la colonia, el informe equivale a la etapa de instrucción fiscal en el proceso penal actual.

aprisionaron toda la gente en número de más de quinientas personas de ambos sexos, robaron los caudales, despojaron los templos, saquearon la república, se llevaron el pillaje, municiones y pedreros y despeñaron la artillería, precipitándola por no poderla cargar; y con todos los despojos y prisioneros se retiraron a la isla y puerto de la Puná, después de haber practicado los estragos, muertes y hostilidades, que son notorias y constan del proceso, como también los lamentables casos y fatalidades subsecuentes, que por su notoriedad se omiten..."[12]

Seguidamente estableció seis delitos[13] en contra de los imputados afirmando que "...no se perdió la plaza ni se experimentaron los insultos y estragos porque asistiese al enemigo mayor fuerza de gente y armas ni más osadía o valor de sus soldados, sino por omisión culpable y manifiesta negligencia y militar impericia de los dichos don Fernando Ponce y sus cabos y oficiales, que parece quisieron por su propia y voluntaria desprovidencia rendir la plaza y ocasionar

[12] Título y Comisión... Op. cit, p. 162.

[13] Granja Maya, Roberto. Op. cit, pp. 87 – 88. Para el antiguo derecho español e indiano, las palabras delito y yerro son conceptos similares. Yerro, según el diccionario de la Real Academia de la lengua se define como "Falta o delito cometido, por ignorancia o malicia, contra los preceptos y reglas del arte, y absolutamente contra las leyes divinas y humanas". También "Equivocación por descuido o inadvertencia, aunque sea sin dolo". La norma introductoria de las Siete Partidas conceptualizó el delito de la siguiente manera: "porque tales hechos como estos (los yerros) se hacen con soberbia, deben ser escarmentados cruamente (cruelmente), porque los hacedores de ellos reciban la pena que merecen, y los que lo oyeren se espanten y tomen escarmiento." Y más adelante: "los malos hechos (los yerros), que se hacen a placer de la una parte y a daño y a deshonra de la otra, ca estos hechos tales son contra los mandamientos de Dios, y contra las buenas costumbres, y contra los establecimientos de las leyes y de los fueros derechos." P. 111. Los delitos enumerados por el fiscal fueron públicos, es decir aquellos que ofendían al bienestar del conjunto social.

[14] Título y Comisión... Op. cit. p. 162.

tan sangrientos e irreparables daños..."[14]
El primer delito imputado tenía que ver con los múltiples, e irresponsablemente ignorados, avisos de peligro que llegaron a Guayaquil. Un mes antes del ataque el teniente de Tumbes informó que dos barcos tripulados por piratas anclaron esa localidad y lo tomaron prisionero. Quince días después, el teniente de Manta alertó el avistamiento de dos barcos en el cabo Pasado dirigiéndose hacia el sur. Al cabo de ocho días, llegó una inquietante carta de Juan de Robles, teniente de Santa Elena, informando haber visto cuatro embarcaciones grandes, y que filibusteros desembarcaron en Chanduy donde robaron y faenaron ganado.

La noche del viernes dieciocho de abril los vigías en del puerto de Balsas[15], vieron dos fogatas en Puná, señal inequívoca de que los piratas habían desembarcado. Remaron hasta Guayaquil y avisaron al corregidor hacia las once de la noche, pero éste no tomó ninguna prevención. Por el contrario, en opinión de Ponce de León y del tesorero Enderica se trataba de unos barcos de cabotaje esperados por esos días. Despacharon a José de Iturralde hacia la punta de Santa Elena para que averigüe su identidad y ajuste con ellas el ingreso al puerto. En el trayecto interceptó un mensaje del teniente Robles confirmando la presencia de enemigos. Iturralde detuvo al mensajero, se guardó las cartas y mantuvo las noticias en secreto, compartiéndolas solamente con el corregidor y el tesorero. Así, la madrugada del 20 de abril, cuando llegaron los piratas, el vecindario guayaquileño estaba desprevenido.

El segundo delito fue consecuencia del primero, pues el corregidor debió tomar las prevenciones militares necesarias desde que recibió el primer aviso de peligro. Sin embargo no

[15] A fines del siglo XVII el puerto de Balsas se ubicaba en el malecón, más o menos donde hoy se encuentra el Palacio de la Gobernación.

necesarios, no acuarteló gente en los sitios estratégicos, no pasó lista a los soldados y vecinos con armas, y tampoco dobló las rondas y centinelas a lo largo del río. Todas estas prevenciones se omitieron con indecible negligencia y los bucaneros llegaron hasta la ciudad sin ser sentidos.

Pese a que la ciudad contaba con ciento cincuenta soldados de tres compañías además de trescientos hombres comunes armados, no hubo más resistencia que la que hicieron los cuarenta y cinco hombres del capitán Salas, que guardaban el puente del estero de Villamar, por donde atacaron los bucaneros luego de desembarcar en el astillero. Los vecinos y soldados ignoraban el peligro, y salieron de sus casas desconcertados con los disparos, cuando los piratas ya estaban en las calles. No hubo municiones ni tiempo para organizarse y ocupar los puestos de combate. Si se hubiera dispuesto de más centinelas a lo largo del río desde el 18 de abril, los enemigos hubieran sido vistos anticipación suficiente para preparar la defensa y evacuar a las mujeres y tesoros.

El tercer delito fue no haber reclutado más tropas de los pueblos aledaños. Luego de tan repetidas advertencias, Ponce de León debió convocar a los habitantes de Daule, Yaguachi, Baba y Ojiva, con los cuáles en veinticinco horas se hubiese reunido setecientas almas, a decir de Domingo de Iturri.[16]

[16] Donoso Bustamante, Sebastián I. Op. cit, p. 403. Se decía que cuando Iturri fue corregidor, siempre hubo cuatrocientos hombres armados en Guayaquil y que con una sola llamada en treinta y seis horas se juntaban setecientos cincuenta de los pueblos vecinos, completando un ejército de más de un millar de almas. En el gobierno de Iturri, el cerro Santa Ana tenía una compañía permanente de soldados compuesta por un capitán, ocho artilleros y doce indígenas. Iturri advirtió a su sucesor de la necesidad de reparar la explanada y terraplén que rodeaban al fuerte de San Carlos. Sin embargo, Ponce de León no lo hizo y despachó a la compañía dejando solo cinco o seis guardias.

Había suficientes armas limpias y listas en las bodegas, y balas y pólvora en los fortines. Pero Ponce de León no repartió las armas y municiones entre las tropas. Así, como parte del pillaje, los piratas se beneficiaron con veinte mil balas, veinte botijas de pólvora, gran cantidad de cuerda y cinco pedreros.

El cuarto delito fue no colocar soldados y artilleros en el fuerte de San Carlos. Situado en la cima del cerro Santa Ana, era la defensa principal de la ciudad, pues protegía las calles junto con otro fortín situado a un tiro de arcabuz de distancia y provisto de dos cañones. Cuando llegaron los bucaneros, el fuerte no tenía artilleros expertos y solo se hicieron cuatro o cinco disparos con muy poca pericia. Los piratas que combatían en franca retirada con los hombres de Salas, al ver que la artillería no les afectaba, redoblaron sus esfuerzos y cruzaron el puente.

El fiscal consideró particularmente grave a este delito: "Es tan criminal este cargo y de tan criminosa consideración que... ...respecto de estar la eminencia del cerro y fuerte 'San Carlos' dominando a toda la ciudad y sus entradas, si hubiese tenido solo cincuenta mosqueteros de guarda y dos artilleros para cada pieza y pedrero, derrotara mil hombres del enemigo y fuera imposible de que pudiese llegar a las trincheras, y caso que las venciese perecieren todos a los tiros de infantería y cañones, de que no pudiera escaparse ninguno, porque aquel puesto lo alcanza y predomina todo, en que hubiera sido segura la retirada de la gente, banderas y armas e invencible la oposición a la mayor fuerza de enemigos. Y por la desprevención fueron los éxitos tan contrarios que allí se ejecutaron los estragos y muertes de las primeras personas por su total indefensión, pues los piratas subían la cuesta tan fatigados y rendidos que con cualquiera diligencia fuera fácil matarlos..."[17]

[17] Título y Comisión... Op. cit. p. 165.

El quinto delito fue no mantener en buen estado las trincheras que rodeaban la ciudad, siendo particularmente grave no haber reparado las que bordeaban el estero de Villamar. Además Ponce de León permitió que se montaran astilleros en el lugar y, durante el combate, los tres barcos en construcción sirvieron a los piratas de parapeto para cubrirse de las balas y disparar desde sitios cubiertos. Además, los maderos atravesados sobre el estero les sirvieron de puente para llegar a la ciudad. Al respecto, el fiscal hizo las siguientes reflexiones: "...si el dicho Don Fernando hubiese tenido, como debió, limpio el estero y las trincheras, limpias y levantadas, convienen todos en que el enemigo no hubiera entrado a la ciudad por parte alguna de las que acometió, pues por la puente principal se le hizo tal resistencia que si no se refugia en dicha fragata no le queda hombre vivo, y por las demás se soterrarán hasta los pechos, a cuyo riesgo o no se precipitaran o perecieran en él, y con lograr esta fácil entrada cortó la plaza y consiguió el triunfo."[18]

El sexto y último delito fue no haber provisto de balas, pólvora y cuerda a los combatientes durante el combate. A pesar de que la plaza se hallaba bien provista, los soldados siempre estuvieron faltos de municiones y solo les dieron cinco o seis balas a cada uno y la cantidad justa de pólvora para realizar esos disparos. En palabras del fiscal: "...a la segunda o tercera carga que dieron al enemigo les faltaron todas (las) municiones y... ...clamaban por ellas con tan gran congoja que sus voces (fueron) oídas de los piratas..." que, al comprender la situación doblaron sus esfuerzos y conquistaron la plaza.[19]

Los principales implicados eran el tesorero Alonso de Enderica y su hermano Andrés, porque "...no solo no se

[18] Ídem.
[19] Ídem, p. 165.

socorría a los soldados con la escasez referida de pólvora y balas, sino que al tiempo de las pagas quitaban a cada uno cuatro reales con pretexto de que no consumiesen la pólvora sin ocasión de pelea, y que con esta extorsión muchos no acudían a pedirla por no perder los cuatro reales... ...y, en especial, ...al soldado de posta no se le daba más pólvora que la precisa... ...al entrar las guardas no se permitían salvas, tanto que a un soldado porque disparó le dio de bastonazos el ayudante Juan Antonio Artunduaga."[20]

Varios testigos acusaban al maestre de campo Francisco de Herrera Campuzano de haber menospreciado los avisos de peligro y negligencia en las prevenciones militares. Uno afirmó que poco antes del combate subió al fuerte de San Carlos a pedirle una botija de pólvora por orden del corregidor y que se la negó. Pero la más grave de todas sus culpas fue abandonar el fuerte que le había sido encomendado. Decían que, disfrazado de mujer, y junto con García de la Peña, se embarcó en una canoa y huyeron por la ría.[21]

En palabras del fiscal "...correspondió con tan notoria culpa, que le desamparó y la plaza y ciudad, embarcándose en una canoa en compañía del capitán de la artillería (Blas García de la Peña), el cual se disfrazó en traje de mujer poniéndose saya

[20] Ídem, pp. 165-166. El tesorero Enderica había recibido orden de proveer de municiones a las tropas, pero dijo que lo haría solo cuando fuera necesario. Un día antes del ataque y por orden del corregidor, los soldados le pidieron balas y pólvora pero se las negó. Al siguiente día, ya en pleno combate el capitán Juan de Aguirre acudió a casa del tesorero a pedir pólvora para sus hombres, que iban a cerrarles el paso a los filibusteros junto con el capitán Nicolas Alvarez de Avilés. Enderica respondió desde el balcón que fuese a buscar a un esclavo suyo llamado Madrid, que tenía la llave de la bodega. Pero parece que el esclavo huyó con la llave y los soldados tuvieron que rendirse por falta de pólvora.

[21] Ídem, p. 166. Posteriormente, el hecho de que intimidaran a los testigos para que no se aclare la verdad sobre esta reprochable actuación se consideró como agravante de los delitos y quizás hasta como un nuevo delito.

y paño de cabeza, y el dicho maestre de campo llevó consigo una papelera y otros trastos; y en esta forma se pusieron en huída, aun antes que el enemigo entrase en la plaza, atendiendo solo a escapar las vidas y no a la defensa y cumplimiento de su obligación..."[22]

Las conclusiones del fiscal eran contundentes: no cabía duda de que la fatalidad fue consecuencia de la negligencia en la defensa de la plaza, aún suponiendo que la fuerza y violencia del enemigo hubiesen sido mayores. Conforme al derecho vigente, el corregidor, sus oficiales, auxiliares, y cualquier otra persona que pudiera resultar involucrada, eran culpables[23] tanto de la invasión y pérdida de la plaza como

[22] Granja Maya, Roberto. Op. cit, p. 111-112. El delito de abandonar el puesto en medio de un combate ha sido considerado como una ofensa seria desde hace siglos. En las Siete Partidas, ley 1, tít. 2, P. 7. se estableció el delito de traición con catorce formas diferentes. A continuación dos que pueden aplicarse a este caso: "cuando el que tiene por el rey castillo, o villa, o otra fortaleza, se alza con aquel lugar, o lo da a los enemigos, o lo pierde por su culpa o por algún engaño que él hace"; y "si alguno desamparase al rey en batalla y se fuese a los enemigos en batalla." En la actualidad estas normas se hallan contenidas en el Código Penal Militar: Art. 131.- "Incurren en ausencia ilegal y serán sancionados con prisión de tres meses a un año, en tiempo de paz, y hasta con prisión de cinco años, en tiempo de campaña: 1. Los que no estando de facción ni desempeñando ningún cargo o funciones del servicio, y sin intención de separarse de las Fuerzas Armadas o desertar de ellas, faltaren al cuartel, fortaleza, buque, instituto u otro lugar en que estuvieren destinados, por más de once días en estado de paz y por más de tres en estado de guerra, siendo individuos de tropa; por más de seis y tres días, respectivamente si fueren oficiales; Cuando la ausencia ilegal consistiere en separarse de la plaza de su guarnición, serán castigados con el máximo de la pena. Si este acto se hubiere perpetrado frente al enemigo, se sancionará con reclusión mayor ordinaria de nueve a doce años. Si se cometiere en complot o motín, se impondrá el máximo de las penas señaladas, caso de perpetrarse en tiempo de paz, en campaña o frente al enemigo." Art. 62.- "En los casos de alta traición a la Patria o al Gobierno constituido y en aquéllos en que los oficiales hubieren incurrido en abandono de sus puestos, deserción o cobardía frente al enemigo o en acción de guerra, no se tomarán en cuenta las circunstancias atenuantes." Art. 71.- "Tanto la acción como la pena, para perseguir o sancionar el crimen de alta traición a la Patria, son imprescriptibles."

[23] Granja Maya, Roberto. Op. cit, p. 103. En las Siete Partidas, ley 11, tít. 33, P. 7 se diferenciaron tres formas de culpa: lata, leve y levísima. La primera fue asemejada con el dolo (engaño). La segunda fue definida como pereza o negligencia, siendo la negligencia tenida como descuido o pereza en el actuar de las personas (ley 16, tít. 7, P. 1). La última fue concebida como "no haber hombre aquella femencia en aliñar y guardar la cosa, que otro hombre de buen seso si la tuviese."

de sus funestas consecuencias.

Consecuentemente, el 30 de mayo de 1688 Ignacio de Aybar recomendó continuar con la sumaria e interrogación de testigos, que las acusaciones en contra de los inculpados tengan fuerza de querella y que para cada uno de los cargos se les imponga la pena más cruel y afrentosa existente en la ley. También pidió que la audiencia despache órdenes de prisión y secuestro de sus bienes y que sean encerrados en la cárcel real de Quito, donde debían rendir sus confesiones mientras se desarrollaba el proceso penal y se estudiaba la posibilidad de plantearles acciones civiles por daños y perjuicios.

Las penas por omisión y negligencia[24] debían hacerse extensivas a toda la gente armada que estuvo en la plaza el 20 de abril de 1687, pues "habiendo en la ciudad ciento cincuenta hombres pagados y más de trescientos con armas a mano, no fueron cuarenta y cinco los que hicieron rostro al enemigo, debiendo todos haber concurrido con prontitud y esfuerzo, aunque no fuesen convocados, porque el mismo hecho del rebato y la natural obligación de defender la tierra interpelan precisa y perentoriamente por leyes de milicia..."[25] A pesar de la dureza de sus conclusiones jurídicas y recomendaciones, el fiscal reconoció en su informe lo que los testigos admitían: que a pesar de que todas sus desgracias posteriores fueron consecuencia de su negligencia, durante la

[24] Ídem, p. 91. Con la excepción de la deserción de Herrera Campuzano y García de la Peña durante el combate, los demás delitos descritos por el fiscal son de omisión. Actualmente entendemos que la omisión es un no hacer voluntariamente. Pero para que esa omisión constituya un hecho punible, debe encajarse en un no hacer algo que el ordenamiento jurídico determina que la persona haga. Así, la calificación por parte del fiscal de las omisiones del corregidor y sus oficiales como delitos se justifica plenamente, dado que entre las obligaciones de estos funcionarios, emanadas de la ley, estaban las de preparar la defensa y defender la plaza de ataques de enemigos.

[25] Título y Comisión... Op. cit, pp. 167-168.

invasión Ponce de León "...asistió con valor y constancia hasta ser herido de un balazo que le atravesó el muslo, y viendo cortada la ciudad y apoderado de ella el enemigo mando a toda su gente se retirase con él a dicho fuerte San Carlos, donde quedó prisionero con su mujer y familia, y padeció en tierra y mar los infortunios y trabajos que son notorios."[26]

Las penas y los condenados

Como se ha visto, durante la ejecución de la pesquisa algunos testigos afirmaron haber recibido amenazas del maestre de campo Francisco de Herrera Campuzano y del teniente de corregidor Blas García de la Peña, quienes les ofendieron y coaccionaron con violencia para impedir que declares sobre su vergonzosa actuación durante el combate. Y, en efecto, García Franco comprobó que muchos vecinos permanecieron escondidos para no declarar, temiendo las represalias de estos oficiales.

El 25 de mayo de 1687 ambos fueron confrontados por el pesquisidor, y afirmaron desafiantes que la competencia para juzgarlos por su actuación durante el combate no le correspondía a Quito sino a la corte virreinal en Lima, que era el único tribunal para asuntos militares.[27]

[26] Ídem, p. 167.

[27] Granja Maya, Roberto. Op. cit, p. 162. En efecto, aunque la Audiencia de Quito tenía jurisdicción militar, en esa materia el virrey fue la máxima autoridad judicial según el tít. 11, lib. 3 de la Recopilación de leyes de Indias de 1680. Así, los militares acusados no estaban equivocados en pedir la competencia de del virrey para su juzgamiento. Sin embargo, siendo notoriamente culpables, les convenía librarse de ser juzgados por la Audiencia donde los testimonios y las animosidades eran abrumadores en su contra. Escudándose en sus importantes relaciones sociales, les era ventajoso acudir donde el distante virrey que, menos informado del caso y de las primeras reacciones, lejos de los testigos, y basándose en los informes del cabildo y procurador de Guayaquil (que estaban a favor de ellos), tenía menos elementos de juicio para condenarlos.

García Franco informó al presidente Munive que los citados y el ayudante Cristóbal de Valverde habían impedido por la fuerza la averiguación del caso, pues "...consta haber amenazado injuriosamente a las personas que pudieran declarar, diciendo públicamente que a los que testificasen les daría de palos y otras contumelias graves y amenazando con el castigo de doscientos azotes de Lázaro de Mayorga por la declaración que hizo ante vuestra señoría..."[28]

Enterado de las graves denuncias en contra de Herrera Campuzano y García de la Peña, el fiscal de la Audiencia de Quito, Ignacio de Aybar, ordenó su inmediata comparecencia en la capital. Después de revisar los autos remitidos por García Franco, los ministros de Quito calificaron a la postura de los reos como un desacato[29] a la autoridad, y determinaron que su presencia en Guayaquil entorpecía la pesquisa. El 16 de junio, en la sala del real acuerdo de justicia de Quito, en presencia del presidente Munive, los oidores Matías Laguñez, Juan de Larrea y Gaspar de Luna y el fiscal Aybar, el asunto fue sometido a voto consultivo.

Francisco de Herrera Campuzano y Blas García de la Peña fueron declarados culpables de impedir las averiguaciones y sancionados con la pena[30] del destierro, a cumplirse en el

[28] Título y Comisión... Op. cit, pp. 168-169.

[29] Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, vigésima segunda edición, tomo 1, Madrid, 2001, p. 755. Desacato. En algunos ordenamientos, delito que se comete calumniando, injuriando, insultando o amenazando a una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, ya de hecho o de palabra, o ya en escrito que se le dirija.

[30] Granja Maya, Roberto. Op. cit, p. 144. La definición de pena en el derecho colonial se halla en las Siete Partidas, ley 1, tít. 31, P. 7: "Pena es enmienda de pecho (=pago) o escarmiento que es dado según la ley a algunos por yerros que hicieron. Y dan esta pena los juzgadores a los hombres por dos razones: la una es porque reciban escarmiento de los yerros que hicieron; la otra es porque todos los que vieren y lo oyeren, tomen ende ejemplo y apercibimiento para guardarse que no yerren por miedo de pena..."

plazo de veinticuatro horas, a veinte leguas de distancia de Guayaquil, con la prohibición de volver sin previa autorización del presidente, y remitiendo testimonio de haber cumplido con la condena.[31] En caso de incumplimiento, se les impuso una multa de cuatro mil pesos cada uno.[32] Finalmente declararon que los asuntos de justicia en Guayaquil que atendía García de la Peña, quedaban en manos de los alcaldes ordinarios.

Hacia fines de mayo de 1688 los condenados aún no habían cumplido con el destierro, por lo que el fiscal reclamaba la ejecución del auto de 16 de junio de 1687, amenazando con acusarlos de desacato, ponerlos en prisión y embargarles sus bienes. Todas estas medidas fueron infructuosas, pues los reos continuaron desobedeciéndolas abiertamente con la ayuda y complicidad de muchos guayaquileños.

Para el 11 de enero de 1689 el fiscal aún pedía que la audiencia ordene la suspensión de Herrera Campuzano y García de la Peña en sus cargos y el nombramiento de reemplazos para los cargos de corregidor, maestre de campo, capitán de artillería y tesorero, hasta la resolución del proceso. Sin embargo, escudándose en su alta posición social y apoyo de la población local, aparentemente nunca cumplieron con la condena. La audiencia tampoco tomó otras medidas coercitivas adicionales para que lo hicieran, quizás para evitar una peligrosa rebelión y estallido social en

[31] Ídem, p. 156. En las Siete Partidas, el destierro perpetuo o temporal sin confiscación de bienes era una pena menor según la ley 4, tít. 31, P. 7, y consiste en la prohibición de permanecer en el territorio del cual se expulsaba al delincuente. P. 204 En el proceso penal colonial las medidas cautelares fueron la prisión (que hoy podría calificarse como preventiva) y el embargo de los bienes. Las sanciones tomadas contra estos reos no fueron por su actuación durante el combate con los piratas sino por entorpecer la pesquisa.

[32] Ídem, pp. 157-158. Las penas pecuniarias se llamaron penas de Cámara. Fueron de dos tipos: la confiscación de los bienes y la multa. La primera consistía en la adjudicación a la Corona de todos los bienes del sancionado. La segunda fue una cantidad de dinero que el delincuente debía pagar a favor de la Corona.

Guayaquil.

El proceso

El 11 de diciembre de 1687 la Audiencia delegó la sustanciación de la causa al fiscal, licenciado Ignacio de Aybar, con la facultad de dictar sentencia. Aybar se excusó porque había sido fiscal interino durante la pesquisa, y reconocía estar parcializado en contra los reos por lo que le era difícil dictar una sentencia justa. Por lo tanto pidió que en su lugar se nombre a un oidor, como se había planteado en la junta de guerra del 29 de abril de 1687. Así, el 2 de diciembre de 1688 La Audiencia nombró juez al oidor Juan de Larrea, que también se excusó.

Entonces se extendió el nombramiento y comisión a favor de Sebastián García Franco, quien había actuado previamente como pesquisidor, bajo estas consideraciones:"Y atento a que urge su importancia y que en la persona del gobernador Don Sebastián García Franco de la Calzada, que lo es de las provincias de Quijos y Macas, concurren la autoridad, inteligencia y experiencias militares y que se le encargó la sumaria de dicha averiguación, con que se halla con más conocimiento para la prosecución de la causa, se nombra por juez, para que vaya a la dicha ciudad de Guayaquil y sustancie dicha causa contra los cabos principales y demás personas que resultaren culpados en ella, a costa de ellos, prendiéndolos y secuestrando sus bienes, y observará las instrucciones que le diere el señor fiscal. Y puesta la causa en el estado de sentencia traerá a este tribunal de la guerra, con los dichos presos, y la guarda y custodia necesaria y despáchese comisión."[33]

[33] Título y Comisión... Op. cit, p. 170. A partir de este punto, es decir el nombramiento del juez, una vez realizada la pesquisa, en el derecho penal colonial se iniciaba la segunda y definitiva instancia en el proceso, que concluía con la sentencia emitida por la Audiencia de Quito.

El 3 de diciembre de 1688 el presidente Munive expidió los nombramientos y conformó la comisión que viajaría a Guayaquil y regresaría a Quito al cabo de cien días, con el proceso penal en estado de sentencia, los acusados en calidad de prisioneros y sus bienes secuestrados. García Franco, con un sueldo diario de cinco pesos de oro, llevaría un escribano para tomar nota de todas las actuaciones procesales, y un alguacil mayor, ambos con un sueldo de tres pesos de oro diarios. Irían acompañados por un intérprete encargado de recoger los testimonios de los indígenas en su propia lengua, con un sueldo diario de dos pesos de oro.

Para el 15 de diciembre de 1688 Munive notificó al cabildo guayaquileño del envío de la comisión y "...mandó al corregidor de la dicha ciudad..., su lugarteniente y demás jueces de justicia... y a los demás oficiales principales y particulares de milicia, no le pongan ni consientan poner impedimento alguno con ningún pretexto, antes, siendo necesario, le den y hagan dar todo el favor y ayuda que les pidiere y hubiere menester, so las penas que en nombre de Su Majestad les pusiere, en que, desde luego, los doy por incursos y condenados lo contrario haciendo y en más quinientos pesos para la cámara de Su Majestad."[34]

A causa de la derrota del 20 de abril de 1687 y la posterior destrucción de la ciudad, el cabildo guayaquileño dejó de sesionar por siete meses. La siguiente reunión fue el 20 de noviembre y uno de los temas tratados fue la necesidad de reponer los muchos documentos destruidos en la invasión, particularmente los libros de cuentas del mayordomo del cabildo.

Desde fines de 1687 el cabildo retomó el control de la

[34] Ídem, pp. 172-173.

administración y comenzó a evaluar sus posiciones y argumentos frente al juicio que se tramitaba en Quito. Los primeros en tratar de explicar la derrota fueron los comandantes militares de la plaza, que sentían la necesidad de justificar su actuación frente al resto de la ciudad, responder de las acusaciones, librarse de responsabilidades y defender su honor como soldados. Entre ellos estaban el corregidor Ponce de León y el capitán Juan Álvarez de Avilés. Ambos consideraban que el elemento determinante del fracaso fue que el número de piratas doblaba al de los defensores, y que los filibusteros eran mucho más hábiles en el manejo de las armas.

En principio parecería que el factor determinante de la derrota fue que los piratas superaban a los defensores. Juan Álvarez de Avilés, en su informe al presidente Munive del 25 de abril de 1687, estimó en seiscientos hombres el número total de enemigos que infestaban el Mar del Sur, de los que unos cuatrocientos cincuenta tomaron Guayaquil. Y Fernando Ponce de León, en una carta al rey Carlos II del 10 de octubre de 1687, afirmó que fueron quinientos los piratas que atacaron la ciudad y que "...no pudiendo ser bastante el número de gente con que se hallaba al de la muchedumbre de los piratas, se rindieron..."[35] Es decir que, frente al número abrumador de enemigos, los defensores no tuvieron más opción que rendirse. El corregidor se justificó relatando cómo al principio se les resistió, pero los piratas volvieron a acometer y el número de defensores era insuficiente, por lo que capitularon. Resaltó las heridas que recibió y se quejó de la falta de fortificaciones y la necesidad de construirlas.

[35] El Rey al Virrey del Perú remitiéndole copia de la carta que escribió el Corregidor de Guayaquil para que informe lo que ha pasado en el saqueo de aquel puerto y sobre los puntos que propone el dicho Corregidor (1688) en: Documentos para la historia de la República del Ecuador - Tomo III. Dirección de Historia y Geografía Militar del EMC. de las FFAA, Editorial de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1977, p. 639.

El Consejo de Indias revisó la carta y remitió una copia al virrey Palata, con fecha 23 de septiembre de 1688, pidiéndole información sobre todo lo sucedido desde la invasión y una evaluación de las posibilidades de reedificar y fortificar el puerto "por ser de los más principales de la costa del Sur."[36]

Cuando se produjo la invasión, Guayaquil contaba con una fuerza de entre doscientos cuarenta y doscientos setenta hombres. De este número, ciento cincuenta eran gente especialmente entrenada en el manejo de armas blancas y de fuego. El resto eran oficiales, vecinos, residentes, mercaderes y centinelas, de los cuales presumiblemente solo los oficiales eran expertos en el uso de las armas, y el resto contaban con las nociones básicas del arte de la guerra, buena voluntad de colaborar con la defensa y sus propios instintos de supervivencia.

En el caso de que hubiesen sido correctos los cálculos de Álvarez de Avilés y Ponce de León, la diferencia entre el ejército de atacantes y el de defensores habría sido abrumadora, con los primeros duplicando en número a los segundos, y ese solo factor explicaría la victoria contundente de los piratas. Pero lo cierto es que las fuerzas estaban equilibradas en número.[37] Las cifras exageradas que proporcionaron estos oficiales sin duda tenían por objeto justificarse como comandantes militares de la plaza y explicar la derrota.

[36] Ídem.

[37] Donoso Bustamante, Sebastián I. Op. cit, pp. 414-415. El pirata Raveneau de Lussan proporcionó las cifras exactas de filibusteros desde que zarparon desde Centroamérica con rumbo a Guayaquil. Eran trescientos cuatro hombres, la mayoría eran franceses y unos cincuenta ingleses. Unos doscientos sesenta remontó el Guayas y asaltó Guayaquil, mientras que en Puná se quedó una guardia de cuarenta o cincuenta. Así, se habrían enfrentado dos ejércitos de alrededor de doscientos cincuenta hombres cada uno, demostrando que el número de enemigos no fue el elemento determinante de la derrota. Pero Raveneau también exageró el número de contrincantes para hacer parecer más meritoria la acción de los piratas, pues afirmó que fueron setecientos los defensores que les hicieron frente en el estero de Villamar.

Lo que sí puede ser considerado como un factor importante del triunfo pirata es la reconocida maestría con que manejaban las armas y la estrategia de combate, que era indudablemente muy superior a la de los defensores. Esto lo dejó entrever el propio Álvarez de Avilés en su carta al presidente Munive cuando afirma "...que es tan hábil, Señor, esta gente que lo que era despeñadero para nosotros era tierra llana para ellos...", y más adelante "...avanzó el enemigo por todas partes no en marcha formal sino descompuestos, que ese era siempre su modo de guerrear, divididos uno de otro dos y tres pasos saltando y agachándose y disparando..." con lo que en poco tiempo los defensores quedaron acorralados en las trincheras cercanas a la cima del cerro y capitularon.[38] Evidentemente los bucaneros encontraron defensas deleznables y a la población poco dispuesta a resistir, y lograron en pocas horas lo que no pudieron los holandeses en 1624 durante dos asaltos encarnizados de todo el día. Habían pasado más de seis décadas desde entonces, y tantos años de tranquilidad sirvieron para el desarrollo de las actividades económicas de los guayaquileños quienes, para fines del siglo XVII, eran pacíficos comerciantes y agricultores, muy distintos de los aguerridos conquistadores que llegaron ciento cincuenta años antes. La disciplina y capacidad defensiva se habían corroído durante el largo y tranquilo período entre 1624 y 1687, y difícilmente podían resurgir súbitamente. Pero no es menos cierto que las defensas generales del virreinato peruano estaban descuidadas por negligencia, o fueron sacrificadas para satisfacer las necesidades financieras del Imperio Español, hasta el punto que para 1687 ya no existía una armada permanente en la Mar del Sur.

[38] Carta de Juan Álvarez de Avilés al presidente Munive en: Bernal Ruiz, María del Pilar. La toma del Puerto de Guayaquil en 1687. Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Sevilla, 1979, pp. 99 - 104.

La airada reacción del cabildo guayaquileño

Todos los hechos debían dilucidarse en el proceso judicial que se desarrollaba para determinar la culpabilidad o inocencia de los mandos militares en la defensa de la plaza. El 8 de enero de 1689, el procurador general de Guayaquil, José de Salas, informó al cabildo de la pronta llegada de la comisión encabezada por Sebastián García Franco. Los cabildantes estaban recelosos e inconformes con el proceso, y le pidieron analizar la comisión y preparar un informe. Cautelosamente el cabildo declaró que aceptarían el proceso solamente en lo que consideraran justo y conveniente para los intereses de la ciudad.

Durante los días posteriores, el vecindario guayaquileño supo con más detalles los términos de la comisión, las acusaciones y los autos en contra del corregidor y sus oficiales. Se produjo un sentimiento de indignación y rechazo al juicio y a los comisionados, mientras que mucha gente expresó apoyo y solidaridad hacia los acusados. El procurador Salas recomendó que el cabildo pida la recusación,[39] o cambio de juez, considerando que la pesquisa efectuada durante junio y julio de 1687 ya había causado suficiente malestar al vecindario. En su criterio, continuar con el juicio solo serviría para ahondar las diferencias y resentimientos entre los guayaquileños y alterar la paz de la ciudad. Consideraba que la pesquisa y el proceso judicial eran injustos, porque los guayaquileños habían servido al rey con lealtad y valor, y constituían un castigo adicional para quienes ya habían sufrido bastante por causa de la propia invasión, donde se perdieron tantas vidas y riquezas.

[39] Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, tomo 2, p. 1920. En el siglo XVII el término recusación tenía el mismo significado que en la actualidad: Recusación. Acción y efecto de recusar. Recusar. Poner tacha legítima al juez, al oficial, al perito que con carácter público interviene en un procedimiento o juicio, para que no actúe en él.

La razón principal para pedir la recusación era que el gobernador García Franco era amigo y parcial del general Domingo de Iturri, antecesor de Ponce de León al frente del corregimiento. Se decía que Iturri era enemigo personal del corregidor, de Guayaquil y de sus comandantes militares, como lo había demostrado cuando se produjo la invasión, y ejerció el cargo de gobernador interino durante las semanas en que Ponce de León estuvo prisionero.

El 14 de enero de 1689, sesenta guayaquileños se reunieron en un cabildo abierto, en el cual votaron mayoritariamente por la recusación del juez García Franco y pidieron formalmente que el cabildo de trámite a esta solicitud ante la Audiencia y el virrey. En primer lugar intervinieron los religiosos, quienes dijeron que el procurador general había dado razones suficientes para la recusación, y que por las tragedias y conflictos experimentados, sus consciencias les decían que era inconveniente recibir al juez y aceptar su comisión. Solo el cura de Baba Fernando de Alvía Holguín fue de la opinión contraria, pues dijo que se debía recibir al juez para que los acusados presenten sus alegatos y se defiendan conforme a las leyes. Además propuso que se elabore un informe para el virrey y la audiencia explicando las justificaciones del procurador para pedir la recusación, para que ellos las analicen y dispongan las medidas más convenientes para el bien de la ciudad.

Francisco de Herrera Campuzano, Alonso de Enderica y Juan Álvarez de Avilés dudaban de la imparcialidad del juez García Franco por su estrecha amistad con Domingo de Iturri, y opinaban que era inconveniente para los intereses de la ciudad el autorizar el uso de su comisión sin antes hacer una exposición de las causas de la recusación ante al virrey y la Audiencia. Fueron apoyados con los votos de algunos vecinos prominentes. Pedro Granja de Zea (a pesar de que previamente testificó en contra del corregidor y sus oficiales),

se adhirió a las razones expuestas por el procurador y votó porque no se reciba al juez, por haberse parcializado en contra del corregidor.

El sargento mayor Jorge de Acosta (que fue prisionero de los piratas), luego de oír la exposición del procurador, declaró que era pública y notoria la enemistad del juez para con el corregidor y muchos vecinos, y que si la recusación era procedente por hechos mucho menos graves, con mucha más razón lo era por estos.

Los cabildantes Juan Pérez de Villamar y Diego Ruiz de Eguiño fueron de la misma opinión que la mayoría, pero se reservaron el voto para el día en que se presente el juez. El alcalde ordinario Francisco de Castañeda también coincidió con ellos, pero declaró que su obligación era recibir al juez y que para no hacerlo requería autorización del rey o del virrey.

Fernando Ponce de León habló al final de la reunión, y votó porque "...no se reciba el dicho Juez al uso y ejercicio de su comisión, porque halla que es en grande perjuicio de la ciudad y en deservicio de Dios y que halla que la recusación hecha por el Procurador General es justificada y se debe dar por recusado y dar cuenta a Su Alteza y al Señor Virrey y que está pronto sobre lo que resultare a parecer ante el Excelentísimo señor Virrey de estos Reinos y ante la Real Audiencia si le llamaren a dar satisfacción de todo, mirando solo al bien y utilidad de la república, ciudad y los vecinos y vasallos leales, como lo son los de esta ciudad; en cuya consideración y atento a que todos los vecinos son de sentir que no se reciba al uso de su comisión al dicho Juez, lo hubo desde ahora por recusado y a sus Ministros, para que si solos ni acompañados actúen, hasta tanto que Su Excelencia determine lo que más convenga, con la representación que se le espera hacer, de que se dará, asimismo, cuenta al señor

Presidente y señores Oidores de la Real Audiencia de Quito, para que asimismo, determinen lo que fuere de Justicia."[40]
Entretanto, Sebastián García Franco, cumpliendo con el encargo había interrogado a nueve testigos en el trayecto de Quito hasta Chimbo, desde el 13 de diciembre hasta el 6 de enero de 1689. Llegó a Guayaquil alrededor del 15 de enero de 1689 y presentó su comisión detallada en un escrito de catorce hojas. Inmediatamente el escribano del cabildo le informó de las protestas, le mostró la petición del vecindario para que se le impida ejecutar la encomienda, y le manifestó la exigencia de que la averiguación de la pérdida de la plaza se someta a la competencia[41] del virrey en lugar de la Audiencia de Quito.

El 21 de enero, el alcalde ordinario Francisco de Castañeda se dirigió a García Franco y le entregó un escrito del 18 en el que le comunicaba de forma oficial que el 14 de enero, en cabildo abierto, la mayoría de los vecinos votó a favor de que se le impida hacer uso de la comisión y se suspenda el proceso hasta que la Audiencia y el virrey se informen de los motivos para pedir su recusación y se pronuncien al respecto. Además, en caso de desobedecer este mandato del cabildo, se les impuso una multa de mil pesos al juez y a su comitiva.

El proceso quedó temporalmente en suspenso y el juez García Franco y su comitiva regresaron a Quito. Es evidente que en todas las actuaciones en defensa de los acusados, el

[40] En cabildo abierto los vecinos de Guayaquil acuerdan a petición del procurador general recusar al juez Sebastián García Franco de la Calzada, enviado por la Audiencia de Quito para investigar la invasión de los piratas, en: Archivo Histórico del Guayas. Actas del Cabildo Colonial de Guayaquil - Tomo VI: 1682-1689, versión de Juan Freile Granizo basada en la de J. Gabriel Pino Roca revisada por Rafael E. Silva, Publicaciones del Archivo Histórico del Guayas, Guayaquil, 1980, pp. 152-156.

[41] Granja Maya, Roberto. Op. cit, p. 174. Según Víctor Manuel Peñaherrera "Competencia es... la facultad que tiene el juez para administrar justicia dentro de los límites de su jurisdicción."

cabildo actuó bajo las influencias y la alta posición social y política de la que gozaban Ponce de León, Herrera Campuzano, García de la Peña y los hermanos Enderica en la sociedad guayaquileña.

Mientras García Franco viajaba de vuelta a Quito, el cabildo guayaquileño no perdió tiempo para redactar informes y enviar delegados al virrey y a la Audiencia. El 25 de enero escribieron una carta memorial para el Duque de la Palata y la enviaron a Lima. En el informe le explicaban la situación de la ciudad y los detalles de la defensa del 20 de abril de 1687, cuando los guayaquileños "...con tanta gloria de sus Reales armas y defensión de su patria disputaron en la ocasión de la pelea con el enemigo, resistiendo con el esfuerzo que es notorio la entrada, muriendo de nuestra parte durante la batalla, en larga distancia de más de un cuarto de legua que hay desde el estero (de Villamar), a donde principió la batalla, hasta la corona del cerro de Señora Sancta Ana adonde tuvo el fin, más de setenta personas, sin (contar los) muchos heridos, y que la del enemigo no hay duda que murieron ciento catorce, sin (contar los) más de treinta heridos, causa de su irritación para las crueldades que ejecutaron en los prisioneros; cuyos trabajos y los pasados en tres años de continuas guerras y los que al presente queda padeciendo esta infeliz república, robados sus vecinos sus haciendas, quemadas sus casas, que andan peregrinando y mendigando esos campos tan pobres huérfanos y viudas al abrigo de sus parientes..."[42]

[42] Carta dirigida por el Cabildo de Guayaquil a la Audiencia de Quito sobre los agravios causados por la investigación del gobernador Sebastián García Franco de la Calzada, en: Archivo Histórico del Guayas. Actas del Cabildo Colonial de Guayaquil - Tomo VI: 1682-1689, versión de Juan Freile Granizo basada en la de J. Gabriel Pino Roca revisada por Rafael E. Silva, Publicaciones del Archivo Histórico del Guayas, Guayaquil, 1980. p. 180.

Aseguraban que los mandos militares y vecinos demostraron con valentía y esfuerzo sus firmes intenciones de lograr la victoria frente a los piratas, y sin embargo "...ha hallado lugar en Quito a la calumnia, adelantándose los malos efectos a lo más sagrado que es la honra, cuya voz ha contristado generalmente los corazones de todos los habitadores de este país, que solo les queda en su aflicción la esperanza que le ofrece su alivio en la mayor justificación de Vuestra Excelencia, en cuyo superior tribunal se presenta esta ciudad para que la juzgue en sus causas..."[43]

Decían que a pesar de que el corregidor cumplió con sus obligaciones y que los vecinos padecieron tantas desgracias y humillaciones, estaban siendo víctimas de maliciosas calumnias provenientes de Quito y fraguadas por un residente de esa ciudad: el general Domingo de Iturri Gastelú.[44] El 30 de abril de 1687 había bajado a Guayaquil llevando el dinero donado por los quiteños para el pago del rescate por los rehenes que estaban en Puná. Según los cabildantes debió enviarse a otro en su lugar, pues "...halló Don Domingo la ocasión que con rayos de justicia logró su depravada intención en descrédito de toda esta república, pasando a lo sagrado de las honras, solicitando y adquiriendo con diabólica maña a algunos descontentos y a otras personas de baja esfera... para que declarasen contra nuestro corregidor y militares y vecinos contra el hecho de la verdad, induciendo a los testigos a medida de su pasión y venganza..."[45]

[43] Carta del cabildo de Guayaquil al Virrey Duque de la Palata sobre los agravios causados con motivo de las pesquisas sobre la invasión de los piratas, en: Archivo Histórico del Guayas. Actas del Cabildo Colonial de Guayaquil Tomo VI: 1682-1689, versión de Juan Freile Granizo basada en la de J. Gabriel Pino Roca revisada por Rafael E. Silva. Publicaciones del Archivo Histórico del Guayas. Guayaquil, 1980. pp. 177 178.

[44] Corregidor entre 1681 y 1686, se decía que este oficial albergaba un gran resentimiento en contra de mucha gente porque su juicio de residencia había sido polémico y lleno de disturbios por los cargos y los testimonios planteados en su contra.

[45] Carta del cabildo de Guayaquil al Virrey Duque de la Palata. Op. cit. p. 178.

Según estas denuncias, los testimonios en los que se basaba el proceso carecían de veracidad porque provenían de personas de baja condición social que fueron manipuladas por Iturri. Por ese medio, y exagerando con respecto a las fortalezas y supuestas defensas erigidas durante su mandato, el antiguo corregidor habría pretendido quedarse nuevamente con el gobierno. Además, bajó a Guayaquil en compañía de Sebastián García Franco, con quien compartió una casa y comió en la misma mesa. Los acusaban de mantener una estrecha amistad y afirmaban que el juez era parcializado con Iturri, quien le convenció de sus argumentos en contra del corregidor y los demás acusados.

En palabras de los cabildantes: "...con la ocasión de haber bajado juntos de Quito y haber vivido en una casa en esta ciudad y comido a una mesa, como parciales y amigos, unió su voluntad con la de Don Sebastián García, juez despachado de segunda instancia a esta ciudad a influencias del dicho Don Domingo de Iturri, quien, asimismo, para dar crédito a sus informes y hacer cuerpo de delito en los militares y vecinos y comprehenderlos su dañada intención en delito de crimen, cuando deben ser premiados por su valor, dispuso se introdujese aparte en la causa fulminada al dicho gobernador Don Sebastián García, quien por vía informativa se adelantó en su informe no tan solamente a acreditar la afición de voces del dicho Don Domingo, si no que pasó su malicia a calumniar a los vecinos, siendo todo lo que hasta ahora ha actuado a contemplación de su fiel amigo don Domingo de Iturri..."[46]

[46] Ídem, pp. 178 - 179.

Además, acusaban a Iturri de haber convencido a la Audiencia de que nombre como juez de segunda instancia al mismo García Franco con el fin de vengarse de Ponce de León y sus oficiales asegurando sus condenas. Basados en estos argumentos, sostenían que los términos de la comisión eran indignos y cuestionables, por lo que apelaban ante el virrey para que retire al juez y deje sin efecto la encomienda por las peligrosas consecuencias de su aplicación, que solo serviría para introducir nuevamente la cizaña entre los vecinos. Pedían la suspensión del juicio emanado de la Audiencia de Quito "...por sus malas consecuencias y las que se pueden originar de perturbaciones perniciosas a esta ciudad, que en lo presente y para lo de adelante tanto necesita de una sincera paz y concordia entre sus vecinos..."[47], y que el virrey se haga cargo de la causa porque el conocimiento de asuntos relacionados con la milicia era de su competencia.[48]

También que nombre un juez imparcial, emanado de su tribunal en Lima, y lo envíe a Guayaquil en lugar del gobernador de Quijos. El nuevo juez debía ser un ingeniero y militar experto, capaz de reconocer en el terreno las dificultades para organizar una defensa efectiva por la mala ubicación de la ciudad y levantar fortificaciones por lo

[47] Ídem, p. 178.

[48] Granja Maya, Roberto. Op. cit, p. 177. Esta excepción planteada se basaba en que los militares gozaron de un fuero especial según la Recopilación de 1680, ley 1, tít. 1, lib. 3: "...que los Virreyes como Capitanes generales de las Provincias... conozcan de todos los delitos, casos y causas, que en cualquier forma tocaren a los Capitanes, Oficiales... y demás gente de guerra, que nos sirviere a sueldo en todas dichas Provincias, siendo convertidos como reos cada uno en las que fueren de su distrito y Virreinato." Y más adelante "...que por el tiempo, que así estuvieren en arma no conozcan nuestras Audiencias, Alcaldes del Crimen, ni otras justicias ordinarias de pleito civil, ni causa criminal de ningún Soldado, hasta que cese el arma: y en el conocimiento de las cosas y causas en que los Virreyes procedieren como Capitanes generales en segunda instancia para su mayor satisfaccion de las partes, demás de su Asesor Letrado, nombren otro en los casos que les pareciere."

irregular del suelo. Pero muy especialmente pedían que este juez "...acredite o desacredite, a vista de ojos, la voz que ha impetrado la perniciosa malicia de las regulares fortificaciones que se ha supuesto tiene esta ciudad, siendo ninguna, y que no padezca mal informe Su Majestad..."[49], pues Iturri se jactaba de haber dejado la ciudad plenamente fortificada y lista para rechazar cualquier ataque. Los cabildantes concluyeron el informe asegurándole al virrey la veracidad de sus argumentos y la validez de sus reclamos, probados por los instrumentos jurídicos que le enviaron.[50]

El 3 de febrero de 1689, los cabildantes redactaron un informe similar para el presidente Munive que enviaron a Quito informándole del memorial enviado al virrey y notificándole de la suspensión de la comisión del juez García Franco. También le hacían saber su petición de que sea el virrey quien tramite la causa, asegurándole que "...los malos efectos de la pasión, ...se adelantaron a lo más sagrado que es la honra, cuya voz ha contristado generalmente los corazones de los habitadores de este país, que sólo les queda en su aflicción el consuelo que se prometen mediante el adelantamiento de sus créditos, dignos a todo premio; pues de introducir el enemigo común sus cizañas por medio de la conocida pasión del general Domingo de Iturri, de quien proceden las calumnias y muestras contra... los vecinos de ésta ciudad, se originarán en ella dañinas consecuencias y perturbaciones perniciosas dignas de reparo, por lo que se necesita esta frontera en lo presente y para lo de delante de una sincera paz y conformidad entre sus habitadores."[51]

[49] Carta del cabildo de Guayaquil al Virrey Duque de la Palata... Op. cit, p. 178.
[50] En esta carta el cabildo guayaquileño también pedía al virrey autorización para mudar la ciudad a un sitio mejor, donde pudieran erigirse fortificaciones regulares, y que 100.000 pesos de los impuestos sobre los frutos de la provincia no ingresen a la real hacienda y se destinen a la construcción de las casas del cabildo y la casa real. Y ofrecían diez mil pesos anuales para reparar las fortificaciones, comprar armas y municiones, limpiar las armas existentes y colaborar con el pago de de la guarnición militar de la ciudad.
[51] Ídem, pp. 180 - 181.

Le aseguraban que las causas de la derrota fueron la mala ubicación de la ciudad, los diestros espías que introdujeron a los enemigos por varias entradas y el inmenso número de piratas, imposible de ser vencido por un reducido número de defensores, a quienes no les faltó valor en el combate pero si les afectó el rigor del invierno, pues era difícil pelear bajo la lluvia y sobre un terreno anegado. Además le recordaron los tres años de guerra continua en el Pacífico, con la amenaza latente de un ataque para el que siempre estuvieron preparados, gracias al "...cristiano celo de Vuestra Señoría (el presidente Munive) en el real servicio y las continuas asistencias con sus socorros y municiones que a prevención se repartieron muchas veces durante la guerra, y en la ocasión las tuvieron todos con anticipación a la batalla, y lo contrario a esta verdad no tiene más fundamento que el que le quiere de ninguna sustancia dar la malicia en la introducción de sus calumnias indignas de proceder de aquellos a quien las inclinó tan declaradamente en venganza de su pasión..."[52]

Así le explicaban que decidieron suspender todas las acciones legales hasta que el virrey conozca sus argumentos, delibere, y decida lo que sea más favorable al servicio del rey y al bienestar de los guayaquileños "...tan perseguidos y molestados cuando esperaban el más digno premio de sus servicios, siendo su lealtad y fidelidad en la continuación de ejercitarse en este empleo y sacrificar sus vidas por su Dios, su Rey y su Patria, que, en medio de la pobreza que experimentaron... ...y por este nuevo servicio y los que esta ciudad tiene hechos al rey desde su fundación, que son bien especiales, espera este cabildo y sus vecinos merecer la benignidad y recta justicia de Vuestra Señoría todo alivio y un general gozo al desconsuelo en que quedamos..."[53]

[52] Ídem, p. 181.
[53] Ídem.

La sentencia

El virrey, y también el presidente Munive, comprendieron las implicaciones del conflicto y se pronunciaron a favor de las demandas del cabildo guayaquileño y en procura de la paz de la república. El virrey asumió la competencia de conocer este caso y se la retiró a la Audiencia, presumiblemente porque los reos eran militares y tenían fuero reservado al juzgamiento del virrey.

El 20 de junio de 1689 se leyó en el cabildo una carta del licenciado Juan de Moncada Galindo, nombrado juez por el virrey en reemplazo de García Franco. Moncada Galindo había llegado a Guayaquil la noche anterior, y se preparaba para investigar las causas de la pérdida de la plaza y continuar con el proceso. Inmediatamente el cabildo dispuso que los alcaldes ordinarios junto con el procurador Salas y el escribano, acudan a darle la bienvenida y le asistan en todo lo que sea necesario.[54]

El nuevo virrey, Conde de la Monclova, interpretó la muerte de cerca de cincuenta defensores y muchos filibusteros como prueba fehaciente de la recia defensa que hicieron los guayaquileños. Cinco años y medio después de iniciado el proceso, el 13 de diciembre de 1692, dictó la sentencia[55] de

[54] Este trabajo ha sido realizado en base a los autos y el proceso emanados de la Audiencia de Quito. Lamentablemente no tenemos conocimiento del contenido del informe de Moncada Galindo (si lo hubo), aunque es fácil suponer que sus conclusiones fueron muy similares a las expresadas por los informes del cabildo guayaquileño en que se pidió la recusación de García Franco y que la competencia de conocer esta causa pase de la Audiencia de Quito al virrey en Lima.

[55] Granja Maya, Roberto. Op. cit, p. 190. Según las Siete Partidas, ley 1, tít. 22, P. 3 "Juicio en romance tanto quiere decir como sentencia en latín: y ciertamente juicio es todo mandamiento quel juzgador haga a alguna de las partes en razón del pleito que mueven ante él; pero debe ser tal que no sea contra natura ni contra el derecho de las leyes deste nuestro libro, ni contra buenas costumbres."

última instancia en la que sobreseyó[56] al corregidor Fernando Ponce de León y sus oficiales de todos los cargos imputados, declarando que eran inocentes y que habían cumplido con sus obligaciones: "...en 11 de este presente mes de diciembre y año de 1692, el Excelentísimo Señor Conde de la Monclova, Virrey de estos Reinos, con parecer del Señor Don Antonio Pallares y Espinosa, de la Orden de Santiago, Oidor de esta Real Audiencia y Auditor General de la Guerra, pronunció sentencia ...en que se absolvió y dio por libre al General Don Fernando Ponce de León, Corregidor de la ciudad de Santiago de Guayaquil, de la culpa que se le imputó tener en la causa que fulminó Don Sebastián García Franco de la Calzada, Gobernador de los Quijos, sobre la invasión que hizo el enemigo pirata en dicha ciudad... ...el día 20 de abril ...de 1687, y declaró que el dicho Fernando Ponce de León cumplió con las obligaciones de su puesto y sangre y, para que conste de oficio donde convenga, doy la presente, en la ciudad de los reyes del Perú, en 13 de diciembre de 1692 años."[57]

[56] Idem, p. 205. El sobreseimiento es la terminación del proceso por ser evidente la inexistencia del delito o de la irresponsabilidad del inculpado. Reig Satorres José y Juan Larrea Holguín. Manual de Historia del Derecho en el Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2000, p. 188. El virrey estaba plenamente capacitado para sobreseer, perdonar o indultar delitos, especialmente cuando se podían producir alteraciones e incluso rebeliones. Dada la delicada situación que se presentó en Guayaquil por las tensiones entre las autoridades con el juez García Franco y el general Iturri, y el apoyo del vecindario a los reos, este era un típico caso en que podía estallar una rebelión si es que el virrey declaraba a los acusados como culpables.

[57] Archivo Histórico del Guayas. Actas del Cabildo Colonial de Guayaquil - Tomo VII: 1690-1694, versión de J. Gabriel Pino Roca, revisión de Rafael E. Silva, segunda revisión de Juan Freile Granizo, Publicaciones del Archivo Histórico del Guayas, Subgerencia del Centro de Investigación y Cultura, Banco Central del Ecuador, Guayaquil, 1988, pp. 90 - 91. El desafortunado corregidor continuó en el cargo durante todo el proceso y hasta el día de su muerte, por causas naturales, el 7 de mayo de 1694.

Conclusiones

Las acusaciones en contra de las autoridades militares de Guayaquil que dieron origen al proceso por negligencia en la defensa de la plaza en 1687 no se originaron ni en la Audiencia de Quito como cuerpo colegiado, ni en ninguno de sus ministros en particular. Fueron los propios vecinos y residentes de Guayaquil quienes demandaron una investigación para determinar la inocencia o culpabilidad de quienes estuvieron encargados de la defensa. Por tal motivo, es aventurada y carente de todo fundamento la afirmación de que la pesquisa ordenada por la Audiencia se haya debido a una animadversión en contra de los guayaquileños, o a una malévola de causar más perjuicios a Guayaquil que los ya sufridos por causa de los piratas.

No existen pruebas que sugieran que los ministros de la Audiencia hayan albergado odio en contra de Guayaquil y que esa fuera la causa del envío de un juez a realizar la pesquisa. Por el contrario, siendo ésta investigación una demanda de los propios guayaquileños, al ordenar la pesquisa, la Audiencia estaba cumpliendo con su deber y ejerciendo sus atribuciones judiciales. Habiendo sospechas de negligencia en la organización de la defensa, el haber dejado de ordenar la pesquisa hubiera sido considerado como una falta grave por parte de los ministros en sus respectivos juicios de residencia, pues hubiera demostrado una clara despreocupación por parte de la Audiencia de Quito hacia los asuntos de Guayaquil.

Puede que sea verdad, hasta cierto punto, que el proceso judicial haya sido ensombrecido por la enemistad personal que se dijo que albergaba Domingo de Iturri en contra de Fernando Ponce de León, y que hubo vicios y excesos, causados por los odios y rencillas que Iturri metió en la

cabeza del juez García Franco, y que le impidieron actuar de forma imparcial. También resultan sospechosos los oscuros intereses que puede haber tenido el crítico más severo del corregidor, quien estaba al frente de Guayaquil en 1684 cuando otro grupo de piratas fracasó en su intento de capturar la ciudad. Parece cierto que, durante el proceso, Iturri se sintió en derecho de censurar fuertemente a su sucesor y reforzar los cargos que se hicieron en su contra, con la intención de resaltar sus propios logros en la defensa y compararlos con el fracaso de Ponce de León. Sin embargo, es injusto establecer comparaciones entre ambas situaciones porque la ciudad había recibido armas y municiones en 1680, que todavía estaban en buenas condiciones en 1684, mientras que en 1687 esas mismas armas ya estaban viejas y mohosas, la pólvora húmeda y las balas oxidadas.

La superioridad en el manejo de las armas y la estrategia militar fueron los factores decisivos para la victoria de los piratas. Todos eran expertos en el uso de armas de fuego y la lucha cuerpo a cuerpo con armas blancas, pues de esa experticia dependía su propia supervivencia en tierras tan lejanas a sus bases del Caribe. Asaltaron Guayaquil luego de más de tres años de correrías en el Pacífico sobrellevando las condiciones más duras gracias a la eficacia de sus armas. En ese tiempo adquirieron amplia experiencia en el combate con las fuerzas hispanoamericanas luego de sus varios asaltos a poblados de América Central. Para cuando llegaron a Guayaquil estaban cansados y decididos a dar un golpe maestro que les asegurara un botín suficiente para volver al Caribe y asegurar una vida cómoda.

Enfrentarse con los bucaneros no era cosa fácil, como lo habían comprobado muchos poblados hispanoamericanos desde el siglo XVI. El 20 de abril de 1687 les tocó el turno a los guayaquileños, que fueron víctimas de una muy bien armada, despiadada y valiente banda de criminales

dispuestos a todo con tal de asegurarse un pingüe botín y dar por terminada la aventura en el Mar del Sur. La superioridad numérica de los piratas podría ser aceptada como causa de la derrota guayaquileña si se considera que eran un ejército de doscientos sesenta profesionales de la guerra muy bien armados, mientras que los defensores eran un número similar de hombres, pero solo ciento cincuenta, además de un puñado de oficiales, pueden ser tenidos como soldados expertos.

Los trágicos sucesos de 1687 no fueron responsabilidad directa del desgraciado corregidor y sus oficiales. Tampoco se les puede echar la culpa a las autoridades de Quito, ni a cualquier otro grupo o individuo de estas tierras, sino a la mala fortuna de que Guayaquil haya sido identificado como un rico botín por un grupo de criminales inescrupulosos y aguerridos, mucho más dispuestos a matar y a morir por oro que cualquiera de los valientes defensores que les hicieron frente.

Finalmente, cabe reflexionar sobre algunos vicios generales que se visualizan de este proceso, y en la mentalidad de quienes estuvieron inmersos en él hace más de tres siglos, y que sin embargo parecen tan actuales hoy como en ese entonces: "Por ejemplo la manida solución de abrir por todo un juicio penal, generalmente sin resultados. La ineptitud de los funcionarios, que falsean los informes para eludir sus responsabilidades. La imprevisión de los ciudadanos que, advertidos de la expedición bucanera, esperaron hasta cuando ya era tarde para defenderse. La codicia de quienes prefirieron salvar sus riquezas en lugar de la cuidad y sus habitantes. Pero también el coraje de los guayaquileños que, en medio del combate y ante la incapacidad de los militares, lucharon casa por casa contra el enemigo."[58]

[58] Vaca S., Fermín. Piratas en Guayaquil: una historia emocionante. Artículo publicado en Diario Expreso de Guayaquil, 15 de abril del 2007, p. 25.

El autor

Sebastián Donoso Bustamante nació en Quito (Ecuador) el 11 de mayo de 1976 y obtuvo el título de abogado en la Universidad San Francisco de Quito en el año 2006 con la tesis titulada: Hacia la creación de un sistema sui generis de protección intelectual para los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos en el derecho ecuatoriano. Los miembros del tribunal resolvieron por unanimidad calificar el trabajo escrito y la disertación oral con la nota de 100/100. Sebastián ha sido también profesor asistente en la Universidad San Francisco de Quito y en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador en Quito. Previamente obtuvo un título de B. A. (Bachelor in Arts) en Relaciones Internacionales en el año 2000 y un B. A. en Ciencias Jurídicas en el 2004. Ha sido miembro del estudio jurídico Bustamante & Bustamante desde el año 2002 y fue previamente funcionario administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores. Escribió el artículo Ecuador: Use trade marks to protect cultural expressions, publicado en la revista Brand Management IP Focus, cuarta edición 2007. También ha escrito para la revista Iuris Dictio y es autor del libro de historia Piratas en Guayaquil. Historia del Asalto de 1687.

LIBRO RUPTURA 50

ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO

Eduardo Esparza Paula
Presidente del Consejo Editorial

Consejo Editorial

Amparo Esparza Paula
Francisca Sánchez del Hierro
Gabriela Arpi Romero

Facultad de Jurisprudencia

Decano

Dr. Ernesto Vásconez S. J.

Subdecana

Dra. Graciela Monesterolo

60 AÑOS

1946

Fue un año decisivo para la Universidad. El 2 de julio, el Presidente de la República, Dr. José María Velasco Ibarra, expidió el decreto que autorizó el funcionamiento de universidades particulares.

El 4 de noviembre de 1946

se dió por fundada la Universidad Católica del Ecuador. El Arzobispo de Quito, Monseñor Carlos María de la Torre, celebró una misa y bendijo la sede de la calle Bolívar No.343, en un establecimiento donado por el Colegio de los Sagrados Corazones.

al día siguiente

empezó el primer ciclo académico con la facultad de Jurisprudencia. Y en los años siguientes se crearon las facultades de Economía, Ciencias de la Educación e Ingeniería Civil.

TOMADO DE LA PAGINA WEB DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR . WWW. PUCE.EDU.EC

ProJusticia
Unidad de Coordinación para la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
LEXVALOR
ASESORIA LEGAL
Bustamante & Bustamante
Estudio Jurídico
Grafa Corp
INDUSTRIA GRÁFICA DE TRADING STATE S.A.
ESTUDIO JURÍDICO
Dr. Gustavo Rodríguez Fajardo
Abg. María Susana Rodríguez León