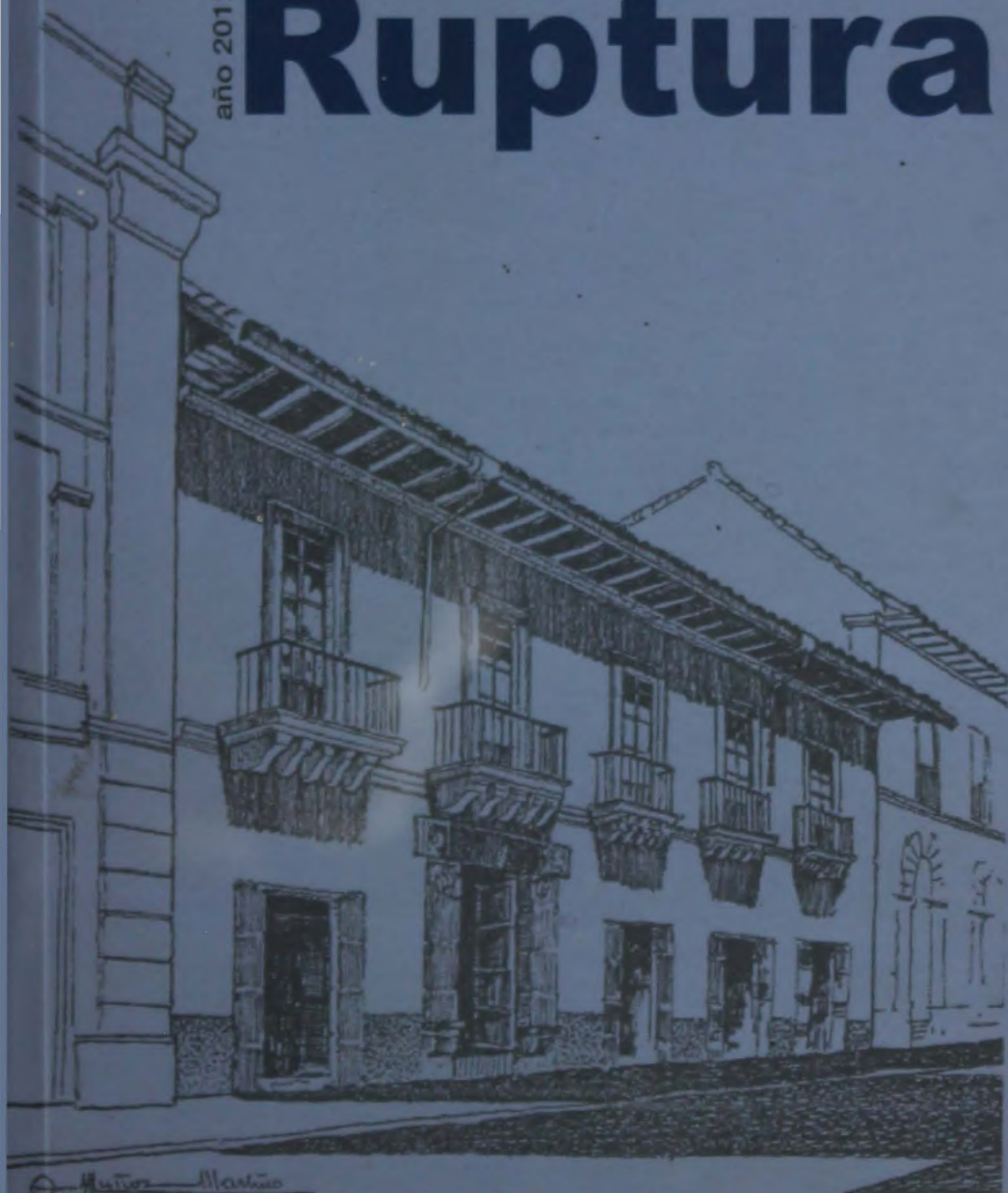


año 2012

Ruptura



56

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



ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO

64 años

RUPTURA n.º 56 Año 2012

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

María Consuelo Velasco M.

PRESIDENTE

Harold Burbano V.

VICEPRESIDENTE

RUPTURA No. 56



año 2012

ruptura

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

56

AED
Asociación Escuela de Derecho

Asociación Escuela de Derecho

Facultad de Jurisprudencia

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Av. 12 de octubre, entre Av. Veintimilla y Av. Patria.

Torre II, Piso 8.

Telf: (593-2) 2991700 ext. 2171

aed.puce.2011@gmail.com

María Consuelo Velasco Mancheno

Presidenta Asociación Escuela de Derecho 2012

Ruptura No. 56

Año 2012

Editor: María Consuelo Velasco Mancheno

Consejo Editorial

Harold Andrés Burbano Villarreal

Elsa María Carrillo Andrade

María Alejandra Almeida Albuja

Colaboradores de Edición

Dr. Hernán Salgado P.

Camilo Moreno Piedrahita

Portada:

Imagen "Casa del siglo XVIII en Quito calle Bolívar N° 343, donde se fundó la Universidad Católica - Plumilla por Oswaldo Muñoz Marino", tomada de: Libro de Amigos, Homenaje a Jorge Salvador Lara, Volumen 1, Quito, PUCE-2005, pág. 152

ISSN 1390-7182

Impresión: Imprenta Ideaz

Quito, Ecuador

1era edición: marzo 2013

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

A la Virgen Dolorosa del Colegio San Gabriel por su protección y ayuda durante nuestra gestión y la edición de esta Revista.



¡Oh Madre Dolorosa! Por tus lágrimas, por la corona de espinas, por los clavos que llevas en tus manos, por las espadas de dolor con que nuestros pecados traspasaron tu corazón; vuelve a nosotros esos tus ojos misericordiosos y alcánzanos de tu hijo Santísimo, dolor intenso de nuestras culpas y vivos sentimientos de fe, esperanza y caridad.

¡Oh Madre Dolorosa! ¡Protege a la Santa Iglesia, Protege nuestra Patria!
¡Ampara a la juventud!
¡Ampara a la niñez!
Amén.

Todos los derechos reservados. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.



DIRECTORIO DE LA ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO 2011

María Consuelo Velasco M.

PRESIDENTA

Harold Burbano V.

VICEPRESIDENTE

Juan Francisco Simone L.

Elsa María Carrillo

CONSEJO DE FACULTAD

Emilio Uzcátegui
Francesca Ramírez
Justinne García

Gabriela Fuertes
Juan Garcés
Alexander Cuenca

VOCALES DEL DIRECTORIO

Felipe Castro
David Jouve
Ginna Pasquel
Ana María Delgado
Carolina Banda
Daniela Oña
Paulina Muñoz
Carlos Izquierdo
Leonardo Velasco

JUNTAS DE FACULTAD

Contenido

Presentación	V
<i>María Consuelo Velasco Mancheno</i>	
Agradecimientos	IX
El Dr. H. Salgado comunica al Sr. Rector su retiro de la docencia	X
HOMENAJE	
Jorge Salvador Lara: Hito en la historia de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador	XI
<i>María Consuelo Velasco Mancheno</i>	
Semblanza del Dr. Salomón Soria Madrid	XIV
<i>Carmen Cecilia Soria Flor</i>	

Capítulo I:

Derecho Constitucional y Procesal Constitucional

¿Guardianes o sepultureros de la Constitución 2008? Primer Balance de la “Corte Constitucional en Transición”	3
<i>Hernán Salgado Pesantes (Ecuador)</i>	
El hábeas corpus en el sistema interamericano de Derechos Humanos	17
<i>Néstor Pedro Sagüés (Argentina)</i>	
En defensa del neoconstitucionalismo transformador: Los debates y los argumentos	25
<i>Ramiro Ávila Santamaría (Ecuador)</i>	
La reelección presidencial: el caso peruano	61
<i>Domingo García Belaunde (Perú)</i>	
Legitimidad de la justicia constitucional y ejercicio de las garantías: Una aproximación a propósito de la acción de protección	77
<i>Marco Navas Alvear (Ecuador)</i>	

La suscripción, dictamen, aprobación, ratificación y jerarquía normativa de los tratados internacionales	95
<i>Salim Zaidán (Ecuador)</i>	
Génesis de las fuentes del Derecho	123
<i>Juan Carlos Riofrio (Ecuador)</i>	
Diferentes perspectivas del Activismo Judicial desde la Doctrina y la Jurisprudencia	159
<i>María Consuelo Velasco Mancheno (Ecuador)</i>	
El Parlamento Ecuatoriano: Procedimiento legislativo y aprobación de tratados internacionales	177
<i>Ismael Quintana Garzón (Ecuador)</i>	

Capítulo II: Derechos Humanos

Indemnidad jurídica de la vida	207
<i>Roque Albuja Izurieta (Ecuador)</i>	
Aplicación de las obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos en el Derecho Penal contemporáneo: Garantismo para la víctima y el procesado	217
<i>Harold Burbano Villarreal (Ecuador)</i>	

Capítulo III: Derecho y Ciencias Políticas

Las distintas dimensiones de la independencia judicial: Comparando las cortes de justicia de Chile, Perú y Ecuador	239
<i>Santiago Basabe Serrano (Ecuador)</i>	
La crisis de la democracia a la luz de los olvidados principios de Derecho Político	265
<i>Nelson Raúl Velasco Garcés (Ecuador)</i>	

Capítulo IV: Derecho Penal y Procesal Penal

Casación y revisión en materia penal	293
<i>Arturo J. Donoso Castellón (Ecuador)</i>	
Expansión, riesgo y principio de precaución en el Derecho Penal	301
<i>Esteban Juan Pérez Alonso (España)</i>	
La justicia restaurativa como alternativa a la cultura punitiva	325
<i>Camilo Moreno-Piedrahíta Hernández (Ecuador)</i>	
Los Delitos de Peligro: Desarrollo, necesidad y aplicabilidad global y nacional	355
<i>Adrián Racines M (Ecuador)</i>	
El delito informático en el Ecuador: Una nueva tendencia criminal del siglo XXI, su evolución, punibilidad y proceso penal	367
<i>Alexander Cuenca Espinosa (Ecuador)</i>	

Capítulo V: Derecho Económico

Organización y desorganización del Estado Ecuatoriano en el Siglo XX	399
<i>Alfredo Mancero Samán (Ecuador)</i>	
Desarrollo sostenible y gobernanza. Retóricas del derecho global y de la justicia ambiental	421
<i>Pedro Mercado Pacheco (España)</i>	
El precio de referencia del barril de crudo y los problemas en su aplicación	447
<i>Juan Francisco Simone Lasso (Ecuador)</i>	

Capítulo VI:
Derecho Civil y Procesal Civil

Cobro de legados de dinero	461
<i>María de los Ángeles Montalvo Escobar (Ecuador)</i>	
Legitimaciones procesales	475
<i>Ricardo Hernández González (Ecuador)</i>	

Capítulo VII:
Propiedad Intelectual

Saberes ancestrales y el componente intangible asociado:	
marco normativo	489
<i>Mónica Ruíz Astudillo (Ecuador)</i>	
Infracción a los derechos de autor: ¿justificable?	513
<i>Carlos Renato Ortuño Cevallos (Ecuador)</i>	
Patentes de invención ecológica, la creatividad humana	
en auxilio del medio ambiente	525
<i>Andrés Chugá Porras (Ecuador)</i>	

Presentación

“Nuestro fin es la formación de una juventud ecuatoriana inamovible en su fe, íntegra en sus costumbres, regeneradora de la Patria”

Estas palabras pronunciadas por el Padre Aurelio Espinosa Pólit, cofundador y primer Rector de la PUCE, decidimos hacerlas, desde el primer día de nuestra gestión, el objetivo de la labor de la Asociación Escuela de Derecho que con dedicación y entrega realizamos durante el año 2012.

Habiendo llegado el fin de los sueños y realidades que hicieron parte de nuestro trabajo como representantes estudiantiles, podemos decir con satisfacción que cumplimos ese objetivo pues el mayor orgullo que nos llevamos es haber servido de ejemplo para que otros jóvenes no permanezcan impávidos frente a la realidad universitaria y social que nos rodea y actúen valiente y responsablemente a la hora de tomar decisiones pero, sobre todo, actúen fieles a sus valores pues querer o ser representante estudiantil significa ser humilde y, a la vez firme, cuando de defender valores e ideales se trata.

Asimismo, cumplimos nuestra importante obligación de contribuir con la academia y la investigación de nuestra Universidad y país al haber hecho el gran esfuerzo de publicar la Revista Jurídica Ruptura No 56 inmediatamente después de concluidas nuestras funciones y, ante todo, de construir una edición de gran calidad y a la altura de publicaciones internacionales.

El propósito principal de la Revista Jurídica Ruptura No 56 es rendir un merecido homenaje a dos de nuestros más destacados e ilustres profesores que lamentablemente fallecieron en el 2012, Jorge Salvador Lara y Salomón Soria Madrid, quienes, con admirable dedicación, aportaron a la construcción de una sociedad mejor, más justa, culta y orgullosa de sus raíces e historia. Con el fin de que su obra y acciones sean recordadas por siempre, de generación en generación, hemos dedicado un espacio para enaltecer la biografía de estos dos grandes hombres en la presente edición de la Revista Ruptura como un justo homenaje de todos quienes vemos en la memoria de Jorge Salvador Lara y Salomón Soria Madrid ejemplos de academia y humanidad ecuatoriana.

Por otro lado, la presente Edición de la Revista Jurídica Ruptura tiene el fin de enaltecer la gran trayectoria académica y docente del Dr. Hernán Salgado Pesantes, quien decidió retirarse de la enseñanza de Derecho Constitucional y Control Constitucional en nuestra Facultad tras 34 años de ejemplar labor como Catedrático, Decano y Tutor que dejó profundas huellas en los corazones y mentes de cientos de estudiantes, pero que seguirá dando lecciones y contribuyendo al desarrollo y análisis del Derecho a través de sus libros y artículos como el que forma parte de esta publicación.

Sobre este tema, señalo que a petición del Dr. Hernán Salgado, incluimos la carta de renuncia que presentó al Señor Rector, Manuel Corrales Pascual el 13 de noviembre de 2012.

Pasando al contenido de la Revista, queremos hacer hincapié en la diversidad de su temática, que se manifiesta en siete capítulos: Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Derechos Humanos, Derecho y Ciencias Políticas, Derecho Penal y Procesal Penal, Derecho Económico, Propiedad Intelectual y Derecho Procesal Civil. Esta diversidad es uno de los puntos centrales que demuestra la gran valía de esta obra, dirigida a satisfacer la variedad de intereses que existen en el mundo jurídico que viven estudiantes, profesores y profesionales.

En referencia a los autores, resaltamos la importante contribución y esfuerzo de los docentes de nuestra querida Facultad: Hernán Salgado, Arturo Donoso, Roque Albuja, Alfredo Mancero, Mónica Ruíz, María de los Ángeles Montalvo, Ramiro Ávila, Marco Navas y Salim Zaidán, quienes son, sin duda, referentes académicos y éticos para todos quienes tuvimos la suerte de ser sus alumnos.

Igualmente, la contribución de profesionales e importantes docentes de otras universidades de pregrado y posgrado del Ecuador, como es el caso de Santiago Basabe, Juan Carlos Riofrío y Nelson Raúl Velasco, cuyos artículos demuestran la calidad y el valor de la academia ecuatoriana.

En cuanto a los autores internacionales que contribuyeron en esta Revista, Néstor Sagiús, Domingo García Belaunde, Esteban Pérez Alonso y Pedro Mercado, cada uno de sus artículos son de gran impacto y profundidad y, por lo tanto, su lectura proporcionará bases sólidas para construir criterios propios sobre los importantes temas que tratan los autores antes mencionados.

Finalmente, los aportes de los alumnos y ex alumnos de la nuestra Facultad, Camilo Moreno Piedrahita, Harold Burbano, Ismael Quintana, Juan Francisco Simone, Renato Ortuño, Andrés Chugá, Adrián Racines, Alexander Cuenca, Ricardo Hernández y de quien les escribe, son una muestra de que la educación que hemos recibido en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, tiene frutos y un futuro prometedor.

Ante lo expuesto, esperamos que la Revista Jurídica No. 56 genere espacios de discusión y brinde a los estudiantes, profesores y profesionales elementos suficientes para analizar, con perspectiva social y económica, los diversos temas de coyuntura jurídica y política dentro del contexto nacional, regional e internacional.

María Consuelo Velasco Mancheno
Presidente
Asociación Escuela de Derecho 2012

Agradecimientos

Agradecemos especialmente, por su valiosa ayuda en la edición de la Revista Jurídica Ruptura No 56 y por su generoso apoyo durante nuestra gestión, al Dr. Hernán Salgado Pesantes y, al Ab. Camilo Moreno Piedrahita, queridos amigos y ejemplos a seguir.

Por otro lado, damos nuestros más sinceros agradecimientos a las personas y entidades que hicieron posible esta publicación. Al Estudio Jurídico Quevedo & Ponce, en particular, al Dr. Roque Albuja, a la Corporación de Estudios y Publicaciones, al Estudio Jurídico Bustamante & Bustamante, igualmente, al Estudio Jurídico Coronel & Pérez, particularmente, al Dr. Juan Carlos Riofrío, a la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica del Ecuador 2012 (FEUCE-Q), presidida por nuestra compañera y amiga, Gabriela Gallardo y al Centro de Derechos Humanos de la PUCE dirigida por el Ab. David Cordero.

Para concluir, queremos agradecer a todos los distinguidos juristas, profesores y estudiantes que participaron en esta obra, engrandeciéndola con su trabajo y experiencia, y a las autoridades de la Facultad, en especial, al Dr. Santiago Guarderas y al Dr. Wladimir García, Decano y Subdecano durante el 2012, por su incondicional apoyo y respeto.

Quito, 13 de noviembre de 2012

Señor Doctor
Manuel Corrales Pascual, SJ.
Rector de la PUCE
En sus despacho.

Apreciado Padre Rector:

Cumplo con el deber de poner en conocimiento de usted mi decisión de retirarme de la docencia que la he ejercido en esta Universidad desde que ganara el concurso de méritos con fecha **30 de mayo de 1978**. A partir del 11 de noviembre de 1982 fui designado profesor principal por el señor Rector Hernán Andrade.

Gran parte de mi docencia lo hice en calidad de profesor a tiempo completo. Bien puedo decir que dediqué mi docencia con exclusividad a la PUCE, pues no he dictado cursos de pregrado en ninguna otra Universidad. En síntesis, ingresé con 39 años de edad y me retiro con 73 años.

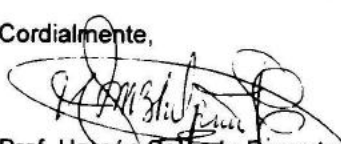
Mi retiro por jubilación es a partir del treinta y uno de enero del año 2013. En el mes de enero de 2013 solicito, si fuera del caso, tomar las vacaciones que tengo pendientes, aproximadamente 25 días. Igualmente pido se me permita seguir utilizando –durante el próximo año- la pequeña oficina que tengo asignada.

Con estos antecedentes, la presente comunicación será tomada como carta de renuncia a las cátedras que, al momento actual, he venido dictando de Derecho Constitucional y de Control Constitucional.

Me retiro con la satisfacción de haber entregado a la Facultad de Jurisprudencia mis mejores conocimientos y pedagogía, devolviendo a la juventud los talentos que recibí de Dios. Deseo retirarme de la Universidad de igual manera como vine con perfil bajo, en aplicación de la regla que me enseñaron desde niño: *el ruido no hace bien, el bien no hace ruido*.

Con esta oportunidad manifiesto a usted Señor Rector y por su intermedio a todas las autoridades de la PUCE y a las de mi querida Facultad mis especiales sentimientos de respeto y de enorme aprecio.

Cordialmente,



Prof. Hernán Salgado Resantes

Con copia para el Señor Decano de Jurisprudencia y el Consejo de Facultad.



Jorge Salvador Lara: Hito en la historia de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador¹

María Consuelo Velasco M.

Honar la memoria del Dr. Jorge Salvador Lara, maestro de juventudes, es presentarle nuestro agradecimiento.

Por esta razón, las autoridades de la Facultad de Jurisprudencia y la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, hoy por mí representada, decidimos unirnos a los múltiples homenajes en honor a la memoria del Dr. Jorge Salvador Lara.

No son mis palabras las que le rinden homenaje ya lo han hecho preclaros hombres públicos, magistrados, periodistas, escritores, intelectuales que han destacado su semblanza como una persona de excepción. Sin embargo, no puedo

¹ Discurso pronunciado el 28 de febrero de 2012 en la Misa que la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE realizó en homenaje a la memoria del Dr. Jorge Salvador Lara.

dejar de mencionar un resumen de su vida y de su amplia trayectoria en varios campos.

Jorge Salvador Lara, escritor, historiador, catedrático, diplomático, periodista y juriconsulto, nació el 4 de septiembre de 1926 en la ciudad de Quito. Sus padres fueron el Sr. Jorge Salvador Donoso y la Sra. Josefina Lara Bueno. Sus estudios primarios los realizó en el pensionado Borja, los secundarios en el Colegio San Gabriel y obtuvo los títulos de Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, y Doctor en Jurisprudencia en nuestra Universidad Católica del Ecuador.

A lo largo de su vida, desempeñó importantes cargos públicos como: Secretario de las embajadas del Ecuador en Lima, en Santiago y en París, Jefe de Asistencia Técnica y Director de Organismos Internacionales en la Cancillería del Ecuador, Plenipotenciario en Lima durante la Conferencia del Pacífico Sur, Delegado a la X Conferencia de la Unesco en París, Delegado Alterno en la Oficina Europea de la Unesco en Ginebra, Diputado por Pichincha al Congreso Nacional, Ministro de Relaciones Exteriores en los gobiernos de Clemente Yerovi y Alfredo Poveda, Presidente de la Delegación Ecuatoriana a la Asamblea de las Naciones Unidas en New York, Consejero de Estado, Vocal de la Junta Consultiva del Ministerio de Relaciones Exteriores, entre otros.

Fue miembro de las más relevantes instituciones culturales de nuestro país y del extranjero como la Casa de la Cultura Ecuatoriana, el Ateneo Ecuatoriano, la Academia Ecuatoriana de la Lengua, la Sociedad Bolivariana del Ecuador, el Instituto Ecuatoriano de Cultura Hispánica, la Academia Nacional de Historia, el Instituto Hispano-Ruso-Americano de Derecho Internacional, la Sociedad Paraguaya de Investigaciones Históricas, la Sociedad de Investigaciones Históricas de Guayaquil, la Asociación Argentina de Derecho Internacional, entre otras más.

Pero, ante todo, fue un formidable escritor e historiador cuyo pensamiento se expresó en numerosas obras y ensayos en los que esculpió su sapiencia y erudición. Entre sus obras más destacadas se encuentran: *Historia de Quito: "luz de América," bicentenario del 10 de agosto de 1809*, *Breve historia contemporánea del Ecuador*, *La Revolución de Quito, 1809-1822, según los primeros relatos e historias por autores extranjeros*, entre otras que lo llevaron a ser nombrado uno de los cronistas de la historia del Ecuador.

En este punto, me detengo casa adentro para destacar tres aspectos de la vida de Jorge Salvador que lo unieron a nuestra Facultad de Jurisprudencia para siempre: Primero, fue estudiante fundador en 1946, de hecho, tuvo la matrícula No 001, fue Presidente de la AED en 1951 y quizá su mayor aporte consistió en ser catedrático y tutor de nuestra Facultad. Esta es, sin duda, la más grande obra cumplida por esta

personalidad. No sólo atesoró conocimientos en sus escritos sino que, también, los impartió en las mentes de los estudiantes a quienes guió con formación humanista y católica.

Lecciones como las de Jorge Salvador Lara no deben ser olvidadas y siempre repetidas, por ello, quiero hacer eco de una de sus frases que más me impactó y que la pronuncio hoy para ustedes: *“Si toda memoria es conciencia, toda conciencia es determinación de identidad, más que punto de llegada, la historia es un punto de partida es a penas un hito en el camino. No para detenerse y reposar sino para cobrar aliento y volver a lanzarse a la marcha”*²

Sí, Jorge Salvador Lara, nuestra conciencia es su ejemplo, no es punto de llegada sino punto de partida, es un hito para reposar el aliento y cumplir nuestra obligación como estudiantes de nuestra alma mater, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, para servir a la patria con nuestros conocimientos en el lugar que nuestro destino nos convoque.

Finalmente, permitanme que enfoque este homenaje a un sentido íntimo y familiar pues desde mi niñez, aprendí de mis padres a ver en el Dr. Jorge Salvador Lara a un personaje de singulares virtudes, por ello, pido elevar al cielo nuestras plegarias para que su espíritu permanezca vivo en los corazones de todos que admiramos su trayectoria.

Martes, 28 de febrero de 2012, Auditorio “Julio Tobar Donoso”

2 Jorge Salvador Lara, Libro de amigos en homenaje a Jorge Salvador Lara, Discurso en agradecimiento del homenaje que realizó la PUCE a los profesores que dejan la docencia, Quito, PUCE, 2005, p. 1037.



Semblanza del Dr. Salomón Soria Madrid

Por: Carmen Cecilia Soria

Salomón Aníbal Soria Madrid nació en Salcedo, provincia de Cotopaxi el 21 de Agosto de 1932, hijo de Ursisino Soria López y de Carmen Victoria Madrid Checa. Apenas un niño quedó huérfano de padre; y, su madre, con grandes sacrificio, se quedó a cargo de la educación de sus cinco hijos.

Sus estudios primarios los realizó en la Escuela Hermano Miguel de los Hermanos Cristianos de la ciudad de Quito. La secundaria estudió en el Colegio Sánchez y Cifuentes de la ciudad de Ibarra.

Sus estudios profesionales los realizó en la facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, donde fue alumno de grandes Juristas, como los doctores: Monseñor Juan Larrea Holguín, Padre Aurelio Espinoza Polit, Padre Juan Espinoza Polit, Dr. Manuel Elicio Flor, Dr. Jaime Flor Vásquez, Dr. Víctor Hugo Bayas Valle y muchos otros notables profesionales.

Tanto en la escuela como en el colegio y la universidad se destacó por su dedicación al estudio y fue reconocido con varios premios por su excelencia académica, a tal punto que al finalizar sus estudios de francés en la Alianza Francesa de Quito, obtuvo una beca para continuar su aprendizaje en Francia, pero no pudo viajar por falta de recursos económicos.

En su matrimonio con la Sra. Mercedes Flor Rubianes procreó tres hijos:

Carlos Enrique, Francisco José y Carmen Cecilia, habiendo sido un esposo y padre excepcional.

Su vida profesional se desarrolló entre el sector público y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, a la cual dedicó más de 40 años de su vida, por el gran cariño que sentía hacia la misma, habiendo ocupado los siguientes cargos:

En la Función Judicial:

- Secretario Relator de la Corte Superior de Ibarra, de Agosto de 1963 a Noviembre de 1966.
- Juez Primero del Crimen de Imbabura, de Noviembre de 1966 a Junio de 1967.
- Secretario Relator de la tercera Sala de la Corte Superior de Quito, de Julio de 1967 a Agosto de 1970.
- Secretario Relator de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, de Septiembre de 1970 a Septiembre de 1975.
- Conjuez de la Cuarta Sala de la Corte Superior de Quito en 1977.
- Conjuez del Tribunal Fiscal de la República en 1977.
- Ministro Juez de la Corte Superior de Quito desde Enero de 1978 a Septiembre de 1988.
- Presidente de la Corte Superior de Quito en 1982.
- Ministro Juez de la Corte Suprema de Justicia de Septiembre de 1988 a Enero de 1993.
- Conjuez de la Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia en 1996.

En la Superintendencia de Bancos y Seguros:

- Asesor técnico, Asesor Legal, Asesor General, Abogado de la Procuraduría Judicial y Director de Asuntos Judiciales, desde Febrero de 1993 hasta Diciembre de 2003 en que renuncia para acogerse a los Beneficios de la Jubilación que concede la institución.

En la Pontificia Universidad Católica del Ecuador:

- Director Ejecutivo de la Fundación Consultorios Jurídicos Gratuitos

desde Enero de 2004 hasta el año 2011, cuando presenta su renuncia para acogerse a la Jubilación. No obstante de haber sido aceptada su renuncia siguió trabajando al frente de los Consultorios Jurídicos hasta el día de su fallecimiento.

Experiencia Docente:

En la Pontificia Universidad Católica del Ecuador:

- Profesor desde 1969, sucesivamente, de Ley Orgánica de la Función Judicial, Derecho Procesal Civil, de Práctica Procesal Civil y de Clínica III Perfil Litigante;
- Subdecano de la Facultad de Jurisprudencia desde 1979 a 1981.
- En la Universidad Internacional SEK:
- Profesor desde Octubre de 2003 de Derecho Procesal Civil y de Clínica Jurídica Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

En la Universidad Internacional del Ecuador:

- Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de dicha Universidad.

El Dr. Salomón Soria Madrid fue un ejemplo de vida para las futuras generaciones no solamente por los conocimientos impartidos a sus alumnos, sino sobre todo por sus sólidos valores morales y espirituales que guiaron su camino y que han sido reconocidos por todos quienes lo conocieron: maestros, alumnos, compañeros de trabajo, subalternos y amigos.

e-cep

E-BOOK LEGAL



ahora tus libros jurídicos puedes adquirirlos en formato e-book(libro electrónico),
en tu librería jurídica de confianza.

Descárgalos en tu tablet, laptop o PC.



También puedes adquirirlos ingresando a: **www.cep.org.ec**

 **cep**
CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

Quito: Acuña E2-02 y Agama telf.:2221711
Guayaquil: Centro Comercial Garzocentro
2000 Ofc: 901 telf: 2627 065
Cuenca: Honorato Vásquez 794 y
Luis Cordero Telf: 2837281

Capítulo I

Derecho Constitucional
y Procesal Constitucional

¿Guardianes o Sepultureros de la Constitución 2008?

Primer Balance de la "Corte Constitucional en Transición"

Por: Hernán Salgado Pesantes ¹

Sumario:

1. Primera ruptura de la flamante Constitución.- 2. La autoproclamada Corte como órgano de consulta.- 3. Guardianes que buscan el escudo de la inmunidad.- 4. Guardianes que desconocen a los derechos su directa e inmediata aplicación.- 5. ¿Cómo debe entenderse la probidad de los jueces que exige la Constitución? 6. Jueces independientes e imparciales como guardianes de la Constitución.

“Para los estados de América Latina la justicia constitucional ha tomado un nuevo e importante significado, especialmente en los países que nos hemos caracterizado por una inestabilidad política e institucional. La función que desarrolla la justicia constitucional impulsa el proceso democrático en que se encuentran empeñados nuestros países y, al mismo tiempo, pone a prueba la calidad de la democracia que se vive dentro de un Estado.

Pero vale reiterar que si un Estado tiene una Constitución de aquellas que llamamos nominal o semántica, Constitución “de papel” en lenguaje común, que es una simple fachada o sirve de camuflaje para un gobierno autoritario, la justicia constitucional –de haberla- no podrá desempeñar ninguna función que no sea, igualmente, de mera fachada.”

*Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana
Corporación Editora Nacional, 2004, pp.15-16*

1 Ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (períodos 1992-1997 y 1998-2003). Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Nov.2005-Oct.2008) y ex vocal del Tribunal Constitucional (Mayo:1999-Feb.2003). Profesor Principal de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (cátedra ganada por concurso de merecimientos y oposición, desde 1978).

Al realizar un análisis sobre nuestra Justicia Constitucional y en el marco de la Constitución 2008 me interrogaba si, finalmente, en esta Ley Suprema **¿se habrá estructurado un órgano de control eficiente?** ² De la lectura de las respectivas normas constitucionales me inclinaba por una respuesta afirmativa, no obstante determinadas deficiencias que se puedan encontrar. Pero, como siempre, la cuestión teórica es una y otra muy diferente es la relativa a la praxis.

Bien hacía Lowenstein cuando advertía no perder de vista a los operadores de la Constitución –desde los gobernantes y autoridades hasta los jueces- que, en definitiva, son quienes aplican los preceptos constitucionales en bien o en mal de la comunidad, subordinándose a sus mandatos o contraviniéndolos.

En efecto, corresponde a los operadores de la Constitución abrir caminos hacia la democracia y hacer realidad un auténtico Estado de Derecho, pero cuando esos caminos a la democracia permanecen cerrados la situación se vuelve regresiva. Y esto ocurre en el Ecuador a pesar de haber proclamado un nuevo paradigma de ser “*Estado constitucional de derechos y justicia...*”

Los ecuatorianos hemos visto transcurrir cuatro años de larga y confusa transición, tiempo en el cual la Constitución 2008 ha sido irrespetada por el titular del Ejecutivo, por los integrantes de los órganos del Estado y por otras autoridades menores. Estamos en el siglo XXI y nuestros gobernantes no superan las taras del pasado ¿dónde quedó la fuerza normativa de la Constitución? Ya el constitucionalismo clásico de fines del siglo XVIII destacó la supremacía de la Constitución y por ende su fuerza normativa, pero para nuestro país estas cuestiones sobran.

Muchos estudiosos –en forma interdisciplinaria- han realizado un balance de las Funciones del Estado. Por mi parte, quiero examinar al órgano cuya finalidad es defender la Ley Suprema, ser el guardián de la Constitución y de su fuerza normativa.

En un primer balance de los cuatro años del periodo de transición se observa, con pesar, que nuestros operadores de la Justicia Constitucional aplicaron la Constitución 2008 desbordados por la confusión, por el desconocimiento y sobre todo por brindar un “blindaje” al titular del Ejecutivo. Esta es la conclusión a la que se llega cuando se analiza el trabajo de control de constitucionalidad.

En un contexto jurídico-político, matizado de un surrealismo inaceptable, la mayoría de nuestros jueces de la “*Corte Constitucional en transición*” llamados a ser guardianes de la Constitución se transformaron en sepultureros de ella. Basta

2 En Lecciones de Derecho Constitucional, cuarta edición, Ediciones Legales, Quito, 2012, pp. 145 y ss.

examinar las conductas, sentencias y actuaciones de estos jueces que vienen de concluir su periodo, cuya mayoría en un marco de servilismo intolerable al Jefe del país, olvidaron que la primera obligación –y acaso virtud- que tiene un juez es la de ser independiente.

En mi concepto, la independencia del juzgador más que ser una virtud es una obligación, un deber jurídico inexcusable, propio de su idoneidad para administrar la Justicia. En consecuencia, cuando una persona que debe actuar como juez sufre de ese tipo de adicción al Poder Político está imposibilitada de ejercer como juez, pues le va a faltar la independencia y la imparcialidad indispensables para juzgar. En este primer balance desarrollaré algunos puntos.

1. Primera ruptura de la flamante Constitución

La **autoproclamación** fue uno de los primeros hechos que marcó el camino sinuoso de este órgano de control. Mediante esta decisión los miembros de un Tribunal Constitucional buscaron transformarse en la “*primera Corte*”, con el fin de arrogarse las nuevas atribuciones. Esta autoproclamación ejecutada sin fundamento jurídico-constitucional no es más que en una mera usurpación de funciones que destruye cualquier Estado de Derecho y que puso fin al utópico “*Estado constitucional de derechos y justicia*”.

Este ejemplo llevó al Consejo Nacional de la Judicatura a considerar que sus siete miembros también debían constituirse en el nuevo Consejo establecido en la Constitución 2008 y con la “autorización” de la autoproclamada Corte Constitucional designaron a dos miembros más (porque la Constitución 2008 aumentó a nueve los integrantes); y, bien sabemos como concluyó este episodio.

Suficientemente analizada ha sido la autoproclamación pero bien puede recordarse a los jóvenes universitarios las siguientes cuestiones:

Para comprender el absurdo jurídico de la autoproclamación hay que partir de las disposiciones transitorias (divididas en dos clases) que estableció la Constitución 2008: las primeras están contenidas en 30 disposiciones (a continuación del texto normativo); después se insertan otras 30, bajo el epígrafe de “*Régimen de Transición*”, aquí se destacan las regulaciones sobre el proceso de elección de las nuevas autoridades (de voto popular) y sobre la transición institucional, cuestión que interesa al presente caso.

Las disposiciones transitorias, que debieron conducir al cambio institucional de manera ordenada y gradual, fueron insuficientes por varias razones, por ejemplo: por dar soluciones inadecuadas (caso de la Corte Suprema de Justicia);

a causa de ambigüedades (caso del Tribunal Constitucional); por sus vacíos, argumento esgrimido por muchos para dar soluciones opuestas al espíritu de la nueva Constitución.

El Régimen de Transición constitucional en su Art. 25 se refiere a la integración de “la primera Corte Constitucional” y dice, en lo principal:

“Una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social se organizará la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional.

Cada función propondrá al menos nueve (9) candidatos.

Las normas y procedimientos del concurso serán dictadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. [...]”

Esta disposición se refiere de modo expreso a una **“primera Corte Constitucional”** que será integrada por las designaciones que haga **una comisión calificadora**, la cual –a su vez- **será conformada por “las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social”**.

Es decir, es indispensable la conformación de estas tres funciones: la Legislativa, denominada Asamblea Nacional, que sería elegida en abril 2009; igual el titular del Ejecutivo (presidente de la República) que no podía ser quien estaba en funciones, por eso la disposición habla de **“nuevas funciones”**. Y mayor complicación tuvo conformar a la función de Transparencia y Control Social, porque según la norma constitucional es el resultado de varias entidades (Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Defensoría del Pueblo, Contraloría y superintendencias), y había que designar a sus titulares.

Al no estar constituidas **“las nuevas funciones”** no puede organizarse **“la comisión calificadora”** que es la encargada –por el Art. 25 del Régimen de Transición- de designar a quienes **“integrarán la primera Corte Constitucional”**. Incluso el Art. 25 señala el número de candidatos (nueve) que cada función debe proponer ante la comisión.

Por su parte, el Art. 27 *ibídem*, relativo a aspectos de la transición, menciona expresamente al Tribunal Constitucional (junto al Consejo Nacional de la Judicatura y al Tribunal Supremo Electoral) para señalar que sus integrantes (aquellos que se autoproclamaron) **“terminarán sus períodos cuando se posesionen los... miembros de la Corte Constitucional...”** En el marco de esta disposición constitucional los vocales del antiguo Tribunal Constitucional no podían transformarse en miembros de ninguna Corte Constitucional. Hacerlo es una usurpación de funciones.

En este punto las disposiciones de la transición (Arts. 25 y 27) guardan coherencia y claridad. La objeción hecha por los integrantes del Tribunal Constitucional de que la Constitución omite referirse a que ellos continúan en funciones prorrogadas y que no se podrán despachar los amparos no justifica en modo alguno una violación flagrante a una Constitución que venía de ser promulgada. Al permitir el Régimen de Transición que los miembros del Tribunal Constitucional sigan al frente de la institución hasta que se posesionen los miembros de la Corte Constitucional (conforme dice el Art. 27) les prorroga obviamente en las funciones.

En el contexto jurídico expuesto es imposible aceptar que el Tribunal Constitucional se haya transformado en la nueva Corte Constitucional. Más aún, entre las competencias establecidas en la Constitución de 1998 para el Tribunal Constitucional no constaba la de interpretar la Constitución de modo obligatorio, lo cual correspondía al Congreso Nacional. ¿Cómo pudieron los vocales del Tribunal arrogarse esta competencia -de interpretar- prevista en la actual Constitución para la futura Corte, que aún no existía?

Los hechos que ocurrieron después dejan en claro que el oficialismo requería de modo urgente un organismo que interprete la Constitución, de acuerdo con el “interés general” que representa el Gobierno. Este primer acto de autoproclamación realizado sin el más mínimo pudor revela la calidad ética y jurídica de quienes pretendían ser guardianes de la Constitución.

2. La autoproclamada “Corte” como órgano de consulta

Decíamos que para solucionar la crisis judicial ocasionada por la falta de previsión de los constituyentes, al no regular adecuadamente la transición de la Corte Suprema hacia la Corte Nacional, se decidió “consultar” a la flamante Corte Constitucional, para que “interprete” los artículos pertinentes del Régimen de Transición. Otros organismos también se hicieron eco de la consulta e interpretación, así el Consejo de la Judicatura, como ya fue mencionado.

Respecto de la “consulta” vale señalar que: los Arts. 436, 437 y 438 de la nueva Carta Magna regulan las atribuciones que serán de la Corte Constitucional, pero allí no existe ninguna atribución que permita elevar consultas en casos de duda, peor cuando existen vacíos constitucionales en el Régimen de Transición.

El único caso de consulta al órgano de control constitucional es aquel en que un juez suspende la tramitación de una causa por considerar que hay una norma jurídica contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos (Art. 428 *ibidem*). Es decir, es el antiguo caso de inaplicabilidad

que fue eliminado, dándose a cambio la suspensión del trámite judicial para hacer la consulta y desesperar por la respuesta.

Para hacer posible resolver las consultas la autoproclamada Corte Constitucional dictó una especie de instructivo denominado “*Reglas de Procedimiento*” que establece una nueva atribución, la de ser un “órgano consultivo” y regula el procedimiento que debe seguirse. Lo grave del asunto es que la misma Constitución en su Art. 430 dispone, respecto de la Corte Constitucional: “*La Ley determinará su organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones*”.³

¿Cómo es posible pasar por alto este mandato constitucional? Un instructivo o reglamento no puede cambiar lo dispuesto, ni siquiera por una ley menos por la Ley Suprema. De nada sirven los argumentos sobre la aplicación inmediata de la Constitución o del interés general. O, del principio de ponderación en la interpretación. Si la Carta Fundamental prescribe que debe dictarse una ley para que un órgano pueda organizarse, funcionar y regular sus procedimientos, nada suple a esa ley.

En consecuencia, la llamada “Corte” Constitucional no puede absolver consultas, simplemente es inconstitucional. Respecto de la facultad de interpretar, esta atribución está reservada a la Corte Constitucional cuando ésta sea legítimamente constituida. Y esa atribución deberá ser utilizada en caso de dudas, ambigüedades u oscuridades que hayan en el texto constitucional, no puede utilizarse la interpretación para agregar cuestiones o decir cosas que la Constitución no lo hizo u omitió hacerlo.

Por otro lado, ateniéndonos a la Teoría del Derecho –primera disciplina que estudia quien desea ser abogado- en los casos de aplicación del ordenamiento jurídico pueden darse tres situaciones: 1) aplicación pura y simple de la norma jurídica porque ésta es clara; 2) interpretación de la norma a causa de las oscuridades, equívocos, ambigüedades que la norma jurídica presenta; y, 3) integración del derecho: porque al no existir una norma reguladora, al haber un vacío o laguna jurídicas debe el juez integrar el derecho, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de cada país.

Para el caso de la ex Corte Suprema, las antitécnicas disposiciones que orientaron el régimen de transición no pudieron prever las diversas situaciones propias de la

3 Con aquellas “*Reglas de procedimiento...*” el guardián de la Constitución ecuatoriana aceptó la **acción extraordinaria de protección con carácter retroactivo** sobre sentencias dictadas por la Corte Suprema en tiempo muy anterior al 20 de octubre de 2008, fecha en que entra en vigencia la Constitución. Esta discrecionalidad fue propia de los jueces partidarios de las doctrinas políticas de los “ismos” (todos los totalitarismos) del siglo XX.

transición, dejando vacíos o lagunas que debían ser llenados necesariamente por el órgano Legislativo mediante una ley, que integre el orden jurídico de transición; una mera interpretación no era posible porque no se trataba de aclarar contenidos oscuros o ambiguos.

Si el órgano encargado de legislar no quiere hacerlo, lo que está demostrando es una grave confusión acerca de su competencia, y por ello demandó la aquiescencia de otro órgano; lo lamentable, y que complicó la inauguración de la Constitución, fue que el órgano consultado (los guardianes de la Constitución) no tenía competencia menos legitimidad, por lo que sus pronunciamientos jurídicos carecían de validez.

3. Guardianes que buscan el escudo de la inmunidad

Con la vigencia de la Constitución de 2008 los autoproclamados jueces constitucionales se dieron cuenta que no tenían la inmunidad que la anterior Carta Política concedía al Tribunal Constitucional. Tal carencia debía ser subsanada, incluso para curarse en sano, era necesario obtener una inmunidad similar a la de los legisladores.

Este es otro acápite vergonzoso: que la misma “Corte” Constitucional, vale decir el interesado, apruebe mediante sentencia interpretativa que sus jueces gozan de inmunidad para no ser responsables por los votos, fallos y opiniones emitidas. Y después se incluya esta disposición en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Art. 186, 2 *in fine*).

Sin embargo, tal inmunidad –que la doctrina conoce como irresponsabilidad absoluta- no está establecida en la Constitución. Una cuestión de esta naturaleza tiene que constar de manera expresa en la Ley Suprema, como si lo hace respecto a los legisladores (Art. 128). Si la Constitución 2008 no lo previó es porque resultaba incongruente conceder el contenido de la inmunidad a quienes no son legisladores.

Con respecto a los miembros de la Corte Constitucional el artículo 431, primer inciso, de la Ley Fundamental es claro y completo al señalar :

“Los miembros de la Corte Constitucional no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen. No obstante, estarán sometidos a los mismos controles que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones.” (Énfasis añadido).

El artículo 431 de la Constitución procede bien al determinar que no están sujetos al juicio político y que tampoco pueden “*ser removidos por quienes los designen*”, porque esto afectaría la independencia de los miembros de la Corte

Constitucional. Lo cual no significa que no sean responsables por las opiniones, actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones, de ser responsables por las sentencias que expiden, además de estar sometidos como toda autoridad pública a los controles pertinentes.

Al ser el juez constitucional un servidor público está sometido a los mismos controles que las demás autoridades públicas y le serían imputables las responsabilidades que conlleva tal función. Así lo expresa el artículo 233 de la Constitución, que determina que ningún servidor público *“estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones...”*

En el caso de responsabilidad penal la Constitución dispone que sean acusados por el Fiscal General de la Nación y juzgados por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Donde se requerirá la votación de los dos tercios de los integrantes para sancionarlos. Además, puede haber responsabilidad civil.

Asimismo, la propia Corte Constitucional puede decidir, con el voto de los dos tercios de sus integrantes, la destitución de un miembro. Por mandato constitucional, queda para la Ley respectiva precisar el procedimiento, los requisitos y las causas de destitución de los miembros del órgano constitucional, pero no dispone en ningún momento que gozan de inmunidad.

Sabemos que todos los jueces de la Función Judicial son responsables civil y penalmente por las sentencias que dicten, pero los integrantes de la autoproclamada Corte Constitucional buscaron estar exentos de responsabilidad por sus fallos. Quienes proceden de esta manera ¿pueden ser considerados guardianes de la Constitución?

4. Guardianes que desconocen a los derechos su directa e inmediata aplicación

Una situación que atenta a los principios proclamados por la vigente Constitución y por la doctrina internacional de los DD.HH. se dio en el caso de la revocatoria del mandato. A todas luces fue un fallo inconstitucional y absurdo del órgano de control que niega la aplicación directa e inmediata de un derecho humano, al tiempo que contradice flagrantemente sus anteriores criterios.

La Constitución 2008 es portadora de abundantes “DERECHOS”, como encabeza el Título II que no se dio el trabajo de precisar a qué derechos se refiere (¿subjetivos? Vale decir a cualquier pretensión; ¿fundamentales o constitucionales? O, a lo que la doctrina internacional conoce como derechos humanos). Algunos creen que no hay problema, pues se entiende de lo que se trata. Sin embargo,

líneas más abajo, en el artículo 11 número 2, en el segundo inciso ¡cómo se entra en detalles con respecto a los posibles casos de discriminación! Se extiende la enumeración hasta el cansancio. ¿No son contradictorios estos procedimientos? Cómo se ve que la mayoría de los constituyentes de Montecristi eran legos en materia constitucional de los derechos **humanos**.

No obstante lo expresado, el artículo 11 recoge los principios esenciales que caracterizan a los derechos humanos, aquellos principios establecidos por la doctrina internacional. Destaquemos uno de ellos, que ya constó en la anterior Constitución de 1998: **los derechos son de directa e inmediata aplicación**. Es decir, los derechos humanos no requieren de una ley u otra regulación para gozar de ellos y ser aplicados. Otro principio complementario del anterior es que no se puede exigir para la aplicación de los derechos humanos regulaciones que la Constitución no ha establecido.

Este último punto me recuerda lo sucedido en el Consejo Nacional Electoral recientemente. Se exige que los candidatos a la presidencia de la República deben inscribirse acudiendo en persona a dicha entidad. Por no haber acudido el candidato del PRE el órgano electoral le niega su inscripción. Primero, nunca observé que las instituciones hicieran uso de un **formalismo tan retrógrado** como ahora y, sin embargo, algunos creen que en el Ecuador vivimos el neoconstitucionalismo.⁴

Segundo y es lo fundamental, ¿acaso no constituye un derecho político el intervenir en una elección? Así lo reconocen los instrumentos internacionales de DD.HH., como un derecho político el de elegir y el de **ser elegido**. La Constitución 2008 –como la mayoría de nuestros textos constitucionales– reconocen este derecho político del cual gozan todos: “*las ecuatorianas y ecuatorianos*” (Art. 61 número 1); y, que la Constitución prefiere llamarlo “*Derechos de participación*”.

¿Cómo es posible que bajo el paradigma “*Estado constitucional de derechos y justicia*” se violen estos derechos ya el de ser elegido, ya el de la revocatoria del mandato? En el un caso porque se da una regulación arbitraria y, en el otro, por que nuestro órgano de control encuentra que la revocatoria no está suficientemente regulada.

4 A propósito del neoconstitucionalismo del que han hecho gala algunos jueces constitucionales y sus asesores vale que se lea la crítica del Prof. español Manuel Atienza sobre el mal uso de las teorías de Alexy relativas a la ponderación y a la fórmula del peso. Y como ejemplo del mal uso cita a nuestro país y se enfoca a la sentencia 0005-2008-AN que dio el órgano de control constitucional, considera que se dio un uso completamente innecesario, aunque la sentencia haya sido aceptable. Ver: Manuel Atienza R. y Juan A. García Amado, *Un debate sobre la Ponderación*, Palestra, Lima, 2012.

Volvamos al caso de la revocatoria y a la sentencia que dictó la autoproclamada “Corte Constitucional para la transición” con motivo de una demanda que solicitaba la inconstitucionalidad por omisión legislativa, por cuanto no se han dado las leyes reguladoras sobre la revocatoria del mandato. Además de la inconstitucionalidad por omisión se pedía que tales revocatorias, cuyo proceso se encontraba en marcha, debían quedar insubsistentes (incluida la que se realizaba en contra del Presidente de la República).⁵

Como se ha reiterado, la Constitución en el número 6 del artículo 61 reconoce con amplitud el derecho político de los ecuatorianos a revocar el mandato, y en los artículos 105 y 106 *ibid* se regulan algunos aspectos procesales. Sin embargo, los constituyentes de Montecristi olvidaron señalar las causas o razones que debían servir de fundamento a la revocatoria. Aspecto que sí fue precisado por la Constitución anterior.⁶

O tal vez, con ese espíritu demagógico que caracterizó a la mayoría de quienes redactaron la actual Constitución, se quiso dar un alcance muy amplio a esta institución político-jurídica y, por ello, la norma constitucional no estableció las causales ni otras cuestiones. Téngase presente que algo igual ocurre con el **derecho a la resistencia** establecido en el artículo 98 de la Ley Fundamental y no sería de extrañar que en algún momento se argumente que el derecho a la resistencia no está regulado por la ley, en consecuencia no puede aplicarse.

Asimismo, la doctrina constitucional señala que si la Constitución no establece los elementos necesarios de la institución, **la ley no puede crearlos** porque se estaría apartando de la Constitución y afectando la supremacía que la caracteriza. El otro camino utilizado es que la Constitución (en su texto) se remita a la ley y disponga que ésta regule determinadas cuestiones (es lo que suele hacerse). Pero –como en este caso- si la propia Constitución pasa por alto estos procedimientos la única manera de integrarlos al texto es mediante la reforma constitucional.

5 Los hechos de este caso, en síntesis, fueron los siguientes. En el año 2010 hubo un crecido número de pedidos de revocatorias contra autoridades seccionales, inclusive contra el Presidente de la República. En esta circunstancia la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME) presentó una demanda de inconstitucionalidad por omisión (10 noviembre 2010) por cuanto la Asamblea Nacional omitió dar la legislación correspondiente (la ley electoral y la ley que regule la participación ciudadana), incumpliendo el mandato de la disposición transitoria primera de la Constitución vigente.

6 La Constitución de 1998 estableció como causas: los actos de corrupción; el incumplimiento injustificado del plan de trabajo (Art. 109). Por otro lado, no se incluyó al Presidente de la República en la revocatoria, por que en un país con instituciones débiles significa un alto riesgo retirar el mandato al Presidente.

La sentencia de la llamada “Corte Constitucional en transición” señaló que en este caso no hay inconstitucionalidad por omisión (la Asamblea Nacional no incurrió en ella), pero que:

“2. Se dispone como medida cautelar la suspensión por parte del Consejo Nacional Electoral de los procesos que se encuentren debidamente calificados para la revocatoria de mandato a las autoridades de elección popular, hasta que la Asamblea Nacional regule los requisitos y procedimientos para hacer efectivo este derecho de participación, y se establece que las autoridades objeto de revocatoria, cuando la solicitud esté debidamente calificada por el Consejo Nacional Electoral, podrán, en ejercicio de su autonomía de voluntad, solicitar a dicho Organismo la suspensión del proceso en base a la presente sentencia; mas, quienes así no se manifiesten, se entenderá que es su decisión continuar con la revocatoria y así deberá proceder el Consejo Nacional Electoral.” (Énfasis agregado).⁷

En consecuencia, los guardianes de la Constitución suspenden las revocatorias en curso, hasta que se dé una regulación. Este hecho antijurídico e inconstitucional borró de una plumada los principios y características que poseen los derechos humanos no solo en la Constitución ecuatoriana sino en los tratados internacionales sobre esta materia. Al ser de **aplicación directa e inmediata** no necesitan –para ser ejercidos– de ninguna normativa reguladora; tampoco pueden ser restringidos por ninguna ley, salvo que el texto constitucional así lo disponga.

5. ¿Cómo debe entenderse la probidad de los jueces que exige la Constitución?

Como señaló la opinión pública en su momento, no es una conducta aceptable, especialmente para los dignatarios de esta autoproclamada Corte (su secretario, su presidente), el verse involucrados en el denominado “**escándalo cervecero**”, que acabó con el poco prestigio institucional del órgano de control. Nunca antes se vio un hecho de esta naturaleza, realizado con tanto desparpajo.

En este contexto, importa poco o nada que un Fiscal con su consabida “independencia” archive el asunto. Si los funcionarios públicos, particularmente los jueces, deben gozar de probidad notoria –por mandato constitucional– todos nos preguntamos si esta cuestión de la probidad ¿está todavía vigente? En todo caso, en el Ecuador es una palabra hueca, pues su contenido específico ha sido vaciado.

7 Sentencia No. 001-11-SIO-CC; Caso No. 0005-10-IO. Incluso se habla en la parte final transcrita que las autoridades “*en ejercicio de su autonomía de voluntad*” pueden pedir la suspensión... Craso error, la figura de la autonomía de la voluntad es propia del DERECHO PRIVADO, no cabe en el Derecho Público. Ver: *Introducción al Derecho* del autor, Segunda edición, 2010, pág. 91.

Asimismo, no es una conducta aceptable de la mayoría de “jueces” del órgano de control hayan **dilatado** aquellos procesos constitucionales en los cuales se reclama por diversos actos y normas que vienen del titular del Ejecutivo, como por ejemplo la regulación de las “renuncias obligatorias” del sector público. No tramitar los procesos contradice la probidad del juzgador y, más aún, conlleva un delito de prevaricato ¿ante qué autoridad se podrá reclamar?

Y qué decir de los dictámenes en materia de **estados de excepción**, que han sido decretados por el Presidente de la República de manera abrumadora, a tal punto que el Ecuador ha vivido más en estado de excepción que en tiempos normales. Y, hay que tener en cuenta que aquello significa una seria limitación al Estado de Derecho, pues implica la existencia de graves alteraciones en el convivir nacional que no pueden ser solucionadas por el ordenamiento constitucional normal, por eso hay que acudir a medidas extraordinarias, que vale decir extremas.

Lo que llama la atención, especialmente a los juristas extranjeros, es que todos los estados de excepción hayan obtenido un dictamen favorable de parte de nuestros guardianes de la constitucionalidad. Para los miembros de la Corte en transición los numerosos estados de excepción no contravienen al postulado de “*Estado constitucional de derechos y justicia*”.

Este tema -por la forma como se ha llevado- merece un análisis más detenido, que permita examinar la nueva doctrina puesta en acción: el carácter **preventivo** que debe tener el estado de excepción para evitar las posibles conmociones internas. No obstante que la Constitución entre los principios del estado de excepción habla de “*necesidad*” (Art. 164 inciso segundo) y que la Ley pertinente establece en el control material de la declaración presidencial del estado de excepción: “1. *Que los hechos alegados en la motivación hayan tenido real ocurrencia*” (Art. 121 número 1).

Si nos ceñimos a lo que rezan los considerandos de tales decretos presidenciales, en el Ecuador del último quinquenio todo nos lleva a **posibles** conmociones internas graves, desde el manejo de Petroecuador, la posible falta de recursos hídricos en Manabí, hasta la crisis de la Función Judicial o de las instalaciones de la Asamblea Nacional (¿?).

Por ahora, cedo la palabra al Prof. Juan Pablo Aguilar quien analizó los estados de excepción, especialmente los decretados desde la vigencia de la actual Constitución hasta el 31 de marzo de 2010:

“Curioso resulta que una Corte que se autoproclama seguidora del ‘paradigma neoconstitucional’, no se cuestione la utilización de los estados de excepción

como instrumento normal de gobierno y no le parezca por lo menos digno de análisis el hecho de que las medidas excepcionales se hayan aplicado en diecisiete de los dieciocho meses de vigencia de la Constitución.”⁸

6. Jueces independientes e imparciales como guardianes de la Constitución

En el Ecuador inaugurado –o refundado- por la Constitución 2008 ya no es fácil encontrar Jueces independientes e imparciales tanto en la Justicia judicial como en la Justicia Electoral y peor aún en la Justicia Constitucional. Respecto de esta última recuerdo claramente lo siguiente: como juez de la ex Corte Suprema participé en dar criterios y explicar sobre posibles reformas a las instituciones de justicia; fuimos convocados a la ciudad de Cuenca a la Mesa número 7 dirigida por el sacerdote Vega.

Ante el grupo de asambleístas constituyentes se expuso –entre otras cuestiones- aspectos relativos al Tribunal Constitucional, allí el presidente de este órgano (Dr. Pazmiño) habló de crear una Corte que “**blinde**” a la nueva Constitución; esta reiterada expresión no la comprendí porque justamente para cumplir con la Norma Suprema deben existir jueces probos, independientes e imparciales.

Quizá esté por demás señalar que el sacerdote Vega apenas me permitió exponer. Posteriormente, en Montecristi se aprobaría el nuevo esquema de la Corte Constitucional con cuyas atribuciones –en general- estoy de acuerdo, pues se basan en los nuevos conceptos y doctrina del Derecho Procesal Constitucional de Iberoamérica.⁹

Sin embargo, aquello del “blindaje” no había sido una idea suelta, una vez publicada la Constitución 2008 en el Registro Oficial (20 de octubre) dicha idea se hizo presente cuando los vocales del Tribunal Constitucional se autoproclamaron en “magistrados de la nueva Corte”, decisión aceptada por el Gobierno sin importar que contravenga a la flamante Constitución 2008.

Y, desde entonces se concretó “el blindaje” no a la Constitución sino al Presidente de la República y a sus intereses políticos. ¿Jueces probos, independientes e imparciales? Son palabras mayores para nuestro país. Quizá sea pedir demasiado, al pensar o exigir que los jueces de la Justicia Constitucional –como todo juez- deben poseer prudencia, conocimientos en su materia, ponderación en sus actos,

8 Juan Pablo Aguilar Andrade: *Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: La Corte Constitucional y los estados de excepción*, en Revista Iuris Dictio, Universidad San Francisco de Quito, N° 13, septiembre de 2010.

9 Al respecto se pueden ver las publicaciones del Instituto Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, cuyo presidente es el Prof. Néstor Sagüés y al cual me honro en pertenecer.

junto a la indispensable independencia e imparcialidad. Sin faltar la probidad indispensable.

Pasando al campo de lo paradójico y constatando lo que ha sucedido en esta larga transición, diría que la Constitución 2008 hizo bien en no llamar jueces o magistrados a quienes integran la Corte Constitucional, en los artículos 431 y siguientes -de la parte orgánica constitucional- sólo habla de **miembros**.

Es únicamente en el denominado “*Régimen de Transición*” -al final del texto constitucional, artículo 25- que los califica como “magistrados”. Esta forma de redactar (en este caso y en otros) me induce a pensar que quienes escribieron lo relativo al régimen de transición no son los mismos que redactaron los 444 artículos constitucionales.

Quito, noviembre de 2012

El Habeas Corpus en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (*)

Por Néstor Pedro Sagüés

Sumario:

1. Introducción. El hábeas corpus y el control de convencionalidad.
2. Texto normativo.
3. Naturaleza del hábeas corpus interamericano.
4. Rol reparador, preventivo y correctivo.
5. Hábeas corpus a favor de desaparecidos.
6. Hábeas corpus individual y colectivo.
7. ¿Qué detenciones se discuten en el hábeas corpus?
8. Instrumentación procesal del hábeas corpus.
9. No suspensión durante los estados de excepción.
10. Evaluación.

1. Introducción. El hábeas corpus y el control de convencionalidad.

Definido como el “Gran Mandamiento”, el hábeas corpus se perfila como el padre del derecho procesal constitucional. En efecto, cronológicamente es el primero de los procesos constitucionales y el destinado a tutelar uno de los más importantes derechos, como es la libertad física y ambulatoria, derecho por cierto *fundante*, en el sentido que posibilita la realización de los demás. Y aún cuando cuenta con valiosos precedentes normativos, la sanción de la *Habeas Corpus act* inglesa, en 1679, puede igualmente reputarse como una de las partidas de nacimiento del derecho procesal constitucional.

El hábeas corpus ha figurado en la mayor parte de las constituciones actuales, y ha tenido diferentes tratamientos legislativos: muchas veces, como un capítulo de los códigos procesales penales. En una visión más avanzada, normado conjuntamente con la acción de amparo. Otra alternativa es la de injertarlo en su hábitat preciso, un código procesal constitucional. Ocasionalmente, ha tenido una ley aparte. (1)

Pero aparte de su instrumentación nacional, el hábeas corpus ha sido recogido por una serie de instrumentos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. (2) Esto implica que no solamente es un tema que ha preocupado al constituyente y al legislador local, sino también a la comunidad

internacional. Por ende, es un instituto que preocupa al bien común nacional, y por sobre él, al bien común internacional.

Entre esos instrumentos internacionales, nos interesa de modo particular el Pacto de San José de Costa Rica (1969), o Convención americana sobre derechos humanos, que lo reglamenta en su art. 7.6.

Ese atracción singular deriva de que, según la doctrina del “control de convencionalidad”, enunciada de modo enfático como obligatoria para los jueces nacionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), y ratificada por una docena de sentencias posteriores, tales jueces tienen un doble *deber*: (i) inaplicar las reglas jurídicas internas (incluso las constitucionales), opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; (ii) hacer funcionar (es decir, interpretar, aplicar, diligenciar) todas las normas jurídicas domésticas (cabe repetir: aún las constitucionales), de conformidad con dicho Pacto y jurisprudencia. (3)

Tales directrices conllevan consecuencias significativas. Por ejemplo,

- a. las reglas internas que contravengan al hábeas corpus normado por el art. 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, son “inconvenionales”, vale decir, en palabras de la Corte Interamericana, carentes de efectos jurídicos;
- b. las reglas nacionales concernientes al hábeas corpus tienen que someterse, o sea, entendidas y actuadas conforme las pautas del aludido art. 7.6, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.
- c. El derecho interno de cada Estado podrá ser más generoso que el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, conforme al principio *pro homine* y al *favor libertatis*, a tenor del art. 29.b del Pacto, (3) pero nunca más restrictivo. En otras palabras, el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana operan como *piso*, y no como *techo* jurídico de los derechos humanos.
- d. El “control de convencionalidad” que comentamos no es una mera teoría o doctrina, sino una regla obligatoria para los jueces nacionales, fijada o creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ella, en *Almonacid Arellano*, lo hizo invocando los principios de *bona fide*, *pacta sunt servanda* y del “efecto útil” de los tratados internacionales, art. 2.2. del Pacto de San José de Costa Rica).

2. Texto normativo.

El mencionado art. 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica indica lo siguiente: *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto, o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.*

Esta prescripción, de breve contenido, da lugar a diversos comentarios, que desmenuzaremos de inmediato. (4)

3. Naturaleza del hábeas corpus interamericano.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el hábeas corpus está enunciado en el referido art. 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica, y es una especie del género “amparo”. Los países pueden instrumentarlo dentro de éste o de manera autónoma. La Corte admite que en algunas naciones se lo llame “amparo de la libertad” (Opinión Consultiva 8/87, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, párrafo 34; casos *Anzualdo*, párrafos 73, 74, 77; *La Cantuta*, párrafo 111).

La inserción del hábeas corpus dentro de la familia del amparo, normado este último por el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, provoca que le sean aplicables algunas garantías allí enunciadas para el amparo, conectadas de modo particular con la sencillez, rapidez y efectividad que debe animarlo, y el compromiso del Estado a desarrollar sus posibilidades procesales y a garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte. (5)

4. Rol reparador, preventivo y correctivo.

El texto del art. 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica parece enunciar obligatoriamente para los Estados el hábeas corpus reparador, destinado a proteger a “toda persona privada de libertad”. A continuación menciona al hábeas corpus preventivo, pero indicando que el mismo, destinado para la persona “amenazada de ser privada de su libertad”, no podrá ser abolido ni restringido por los estados que ya lo tienen establecido.

Sin embargo, la Corte Interamericana ha formulado una interpretación mutativa por adición del citado inciso. En efecto, indicó en el párrafo 35 la Opinión Consultiva 8/87, ya citada, que entre los roles del hábeas corpus figura “controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o

la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". El hábeas corpus, así dibujado, engloba la variante del hábeas corpus "correctivo", destinado a tutelar el buen trato a las prisiones de los detenidos en ellas, así como ciertas variables del hábeas corpus preventivo. (6) El hábeas corpus "correctivo" ha sido llamado algunas veces como hábeas corpus impropio, en el sentido que no procura la libertad del arrestado, sino su atención adecuada y acorde con el principio de dignidad humana. Actualmente, desde el punto de vista cuantitativo, es quizá el más relevante.

5. Hábeas Corpus a favor de desaparecidos.

La Corte Interamericana ha extendido el hábeas corpus no solamente para impedir desapariciones, como hemos visto, sino también "para localizar el paradero de una persona", incluso a pesar de que haya transcurrido un tiempo largo desde su desaparición (casos *Hermanas Serrano Cruz*, párrafo 79; *Blake v. Guatemala*, párrafo 102).

6. Hábeas corpus individual y colectivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aceptado la instrumentación procesal del hábeas corpus "colectivo", o sea, del interpuesto a favor de una pluralidad de personas, al que llama "genérico" (caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, párrafos 247, 251).

7. ¿Qué detenciones se discuten en el hábeas corpus?

El Pacto de San José de Costa Rica no es aquí coherente. El art. 7.6 parece estar programado para impugnar detenciones o arrestos "ilegales". El juez debe expedirse, en concreto, sobre "la legalidad" de la restricción a la libertad. Sin embargo, el mismo art. 7, en su inciso 3, advierte que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento "arbitrarios".

En concreto: el hábeas corpus es idóneo, sin duda, para atender privaciones de libertad *ilegales*. Pero ¿incluye también a las *arbitrarias*? En doctrina, existe un fuerte debate en torno a si arbitrariedad e ilegalidad con cuasi sinónimos, o términos con un sentido multívoco y diferente (habría, en tal sentido, actos ilegales-arbitrarios, pero también legales-arbitrarios). La arbitrariedad aludiría, para algunos, a situaciones inequitativas o injustas, axiológicamente discutibles, aunque formalmente pudiesen ser legales. (7) Por eso algunos textos normativos programan al amparo, por ejemplo, para objetar actos u omisiones tanto ilegales como arbitrarios (en tal sentido, art. 43 de la constitución nacional argentina).

Un entendimiento coordinado de los incisos 7.3 y 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica nos lleva a asimilar, en lo que hace a ese instrumento internacional, los conceptos de arbitrariedad e ilegalidad. Resultaría absurdo ceñir la meta del hábeas corpus exclusivamente para discutir detenciones ilegales, sin comprender a las arbitrarias, cuando el inciso 7.3 condena explícitamente a estas últimas.

Precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Gangaram Panday vs. Surinam*, considerando 47, ha advertido que los arrestos *ilegales* son los que se han consumado violando los requisitos materiales y formales exigidos por la ley, mientras que los *arbitrarios* son los que, aunque cubriendo esos requisitos legales, resultan de todos modos irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. Ambos son contrarios al Pacto de San José. Tal pauta, destacamos, es de gran trascendencia práctica.

8. Instrumentación procesal del hábeas corpus.

El inciso 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica contiene pocas, aunque importantes, reglas procedimentales del hábeas corpus. Entre ellas mencionamos las siguientes, complementadas con la jurisprudencia de la Corte Interamericana:

- a. El recurso puede interponerse por el propio afectado en su libertad, “o por otra persona”. Esto importa consagrar una acción de tipo *popular*, con una amplia legitimación activa. No cabe restringirla, por ende, a los parientes o amigos del detenido.
- b. El hábeas corpus exige la presentación del detenido al juez del caso, a fin de verificar la legalidad de la privación de la libertad que lo afecta (Opinión Consultiva 8/87, párrafos 33 y 35).
- c. El juez del hábeas corpus debe decidirlo “sin demora”. Con razón, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado que un plazo de catorce meses y medio es al respecto sumamente excesivo y violatorio del Pacto de San José (caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, párrafo 64). También, desde luego, si transcurrieron cinco años entre la interposición de un hábeas corpus genérico, y su decisión (caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, párrafo 247).
- d. El hábeas corpus debe ser *eficaz*: no basta que esté enunciado formalmente, sino que tiene que ser realmente operativo (caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, párrafo 63).
- e. El resto de la especificación procesal del instituto queda a cargo de cada país signatario del Pacto.

9. No suspensión durante los estados de excepción.

La garantía del hábeas corpus, como la del amparo, figuran entre aquellas que no pueden suspenderse mientras esté rigiendo un estado de excepción, porque resultan “indispensables”, subraya la Corte Interamericana, para tutelar derechos a su vez insuspondibles según el art. 27-2 del Pacto de San José de Costa Rica, y asimismo, porque son necesarias “para preservar la legalidad en una sociedad democrática” (caso *Durán y Ugarte vs. Perú*, párrafo 106; *Hermanos Paquiyauri vs. Perú*, párrafo 97 y 98. Ver también Opinión Consulta 8/87, párrafo 35). En otras ocasiones, la misma Corte ha destacado como razones de la no suspensión del hábeas corpus la “preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías” (caso de los *Hermanos Paquiyauri vs. Perú*, párrafo 97).

10. Evaluación.

El Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sentado las bases del *hábeas corpus interamericano*, cuyas reglas formales y jurisprudenciales son obligatorias para los estados adscriptos al sistema del Pacto y que aceptaron la competencia contenciosa de la Corte, conforme, reiteramos, la doctrina del control de convencionalidad.

En muchos aspectos, la Corte Interamericana ha desplegado las reglas del Pacto (así, cuando incluye entre los beneficiarios de la acción a las personas desaparecidas), o realizado de vez en cuando verdaderas interpretaciones mutativas por adición. En ellas, el texto del art. 7.6 permanece formalmente intacto, pero su contenido se ha ampliado. Por ejemplo, en cuanto los objetivos del hábeas corpus, especialmente respecto del “correctivo”, que superan la mera revisión judicial de detenciones ilegales y arbitrarias. Otra ampliación de interés es la admisión del amparo colectivo. En otros supuestos, el Tribunal ha coordinado preceptos del Pacto, como los referentes al hábeas corpus y al amparo. También ha disipado dudas importantes, como las relativas a la vigencia de éstos cuando se han declarado estados de emergencia o similares.

En general, todo ese trabajo de interpretación de las normas del Pacto, que ha penetrado, ocasionalmente, y con criterio activista, en el ámbito de la llamada *sobreinterpretación*, (8) puede reputarse positivo, en aras de reforzar, actualizar y lubricar al viejo pero venerable instituto del hábeas corpus. Los aportes expansivos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido aquí prudentes y provechosos.

Resulta del todo conveniente que el escueto pero útil andamiaje interamericano

referente a dicha figura procesal constitucional, que deja por cierto un gran margen de apreciación nacional en la instrumentación doméstica de los hábeas corpus, sea perfectamente conocido por los jueces nacionales y demás operadores jurídicos (v. gr., los poderes ejecutivo y legislativo). No debe olvidarse que el derecho local tiene que hacerse funcionar conforme aquellas directrices.

Notas

El presente trabajo se inserta dentro del plan de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

1. Sobre los diferentes tratos normativos al hábeas corpus, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, 4ª. ed., Buenos Aires, 2008, Astrea, t. 4 pág. 86 y sigts.
2. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de Naciones Unidas, 1966), art. 9.4., dice: *Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si su prisión fuera ilegal*. El Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 7.6, es más completo y protector que este precepto, como puede advertirse. Ver parágrafo 2 y siguientes. A mayor abundamiento, debe recordarse que la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre expresa en su art. XXV que “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes... todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.
3. Derivamos al lector a Sagüés Néstor Pedro, “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano,” en Von Bogdandy Armin, Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi Mariela, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale commune en América Latina?* México 2010, UNAM, Max Planck Institut e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II pág. 449 y sigts.
4. Ver, entre otros, y a quienes seguimos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, 2005, Corte Interamericana de Derechos

- Humanos, pág. 1078 y sigts.; Huertas Díaz Omar y otros, *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia 1980-2005*, Bogotá, Universidad Autónoma de Colombia y Editorial Ibáñez, pág. 97 y sigts.
5. Art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica: *1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*
 6. Respecto del hábeas corpus correctivo, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, ob. cit., pág. 213 y sigts.
 7. También derivamos en este punto al lector a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, 5ª. ed., Buenos Aires 2007, Astrea, t. 3 pág. 107 y sigts.
 8. Respecto de la “sobreinterpretación” de la constitución, ver Comanducci Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª. ed., Madrid, 2005, Trotta, pág. 81.

En defensa del neoconstitucionalismo transformador

Los debates y los argumentos

Ramiro Ávila Santamaría¹

Sumario

Introducción. I. La teoría neoconstitucional: aspectos generales y aclaraciones metodológicas. 1. Las precisiones metodológicas y la perspectiva crítica. 2. El neoconstitucionalismo como nominación y teoría. 3. Los teóricos del neoconstitucionalismo transformador. 4. La estratósfera académica y el rol de la teoría. II. La teoría de la norma: los principios, las reglas y los derechos. 5. Los principios y las reglas. 6. La función de los principios y la interrelación con las reglas. 7. Los principios, las normas penales y civiles, y la seguridad jurídica. 8. El rol de los jueces y los derechos. 9. El liberalismo, los derechos individuales y colectivos. 10. La constitucionalización del derecho privado. III. El neoconstitucionalismo y el estado. 11. El estado de derechos. 12. ¿Puede el estado ser titular de derechos? 13. Rol del estado ¿estado mínimo o fuerte? 14. Las políticas públicas. 15. La Constitución de Montecristi y la desintitucionalización del estado. 16. El hipepresidencialismo, el caudillismo y la plurinacionalidad. IV. La utopía andina 17. La utopía constitucional y la realidad. 18. Reflexiones finales: el saber indígena y la utopía andina. Bibliografía.

1 Doctor en jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Master en Derecho de Columbia University (New York). Actualmente se desempeña como docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador y profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Profesor de Constitucionalismo contemporáneo, Teoría General de Derechos Humanos, Sociología del Derecho, Garantismo Penal y Género y Derecho Penal. Es autor y editor de varias publicaciones, entre ellas: *Neonsitucionalismo transformador* (Quito, 2011), *Derechos y garantías. Ensayos críticos* (Quito, 2011), *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal* (Quito, 2009), *La protección judicial de los derechos sociales* (junto con Christian Courtis, 2009), *Constitución del 2008 en el contexto andino*, *Análisis de doctrina y derecho comparado* (Quito, 2008), *Neoconstitucionalismo y sociedad* (Quito, 2008). ravila@uasb.edu.ec

Introducción

La Constitución de Montecristi ha dado mucho de qué hablar y escribir. Unos la alaban, otros la critican. Unos la utilizan como excusa para violarla otros la usan para justificar sus luchas sociales. Unos sostienen que ha introducido en el sistema jurídico ecuatoriano el neoconstitucionalismo, otros dicen que esto ya existía en el año 98, finalmente hay otros que simplemente no ven teoría alguna en la Constitución. Lo cierto es que la Constitución y el neoconstitucionalismo están en debate.

Los juristas ecuatorianos por fin están creando doctrina y también están debatiendo. Esto es sano porque en la confluencia de ideas se aprende, se discute, se claudica de tesis, se perfeccionan las teorías. Creo que estamos superando aquella época en la que sólo se escribía sobre el derecho privado (basta ver en las colecciones sobre el pensamiento ecuatoriano, las recopilaciones relacionadas al derecho: todas tienen relación con el derecho civil). También estamos superando, aunque hay buenas muestras de esto, la época de los manuales y de la descripción obsesiva de las palabras de la ley. Parte de las discusiones han girado alrededor del “neoconstitucionalismo”.

El neoconstitucionalismo es una corriente de pensamiento en construcción. Qué es, para qué, cómo está estructurado, qué propone en relación a la teoría del derecho y del estado son preguntas que tienen muchas respuestas desde el mismo constitucionalismo contemporáneo y algunas de ellas son contradictorias. Mucho se ha escrito a nivel internacional sobre el tema y más de un debate ha provocado sobre su naturaleza y alcances.² Afortunadamente, también ha habido algunos debates sobre la teoría constitucional contemporánea a nivel nacional.

Me encantaría en este ensayo recoger y sistematizar algunos de los ejes temáticos alrededor de los cuales se ha debatido y seguir introduciendo ideas en el foro, sin ánimo de agotar todos los temas debatibles ni de discutir a profundidad cada uno de ellos. Al final de cuentas, el debate sobre el neoconstitucionalismo es el debate sobre la teoría del derecho, más allá de las etiquetas o membretes que se los ponga.

2 Un debate clásico es el realizado entre Luis Prieto Sanchís y Juan Antonio García Amado, “Debate sobre el neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 213-288. Sobre ese debate, argumentando como un tercero parcial, véase Carlos Bernal Pulido, “Elementos para una defensa de las tesis del neoconstitucionalismo”, en *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 92-119. Otro debate clásico es entre Paolo Comanducci y Juan José Moroso, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” y “Comanducci sobre neoconstitucionalismo” respectivamente, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 173-206.

Me parece que el derecho ecuatoriano merece pensarse y construirse. Sin duda, corro el riesgo de sintetizar subjetivamente los argumentos opuestos, de no reflejar ni extender las ideas propuestas de forma adecuada y de tener un sesgo marcado en la defensa del neconstitucionalismo. Asumo el riesgo con la sola intención de no cesar el debate.

El insumo sustancial para escribir este ensayo se encuentra publicado en varios libros.³ De esas publicaciones y de algunas otras que han aparecido en Ecuador y de las que tengo conocimiento, he extraído las ideas centrales sobre el debate en relación al neconstitucionalismo. El lector podrá recurrir a las fuentes directas para encontrar más argumentos de apoyo a las posiciones manifestadas. Esta recopilación de ideas están divididas en forma temática (a diferencia del debate que tiene una organización por intervinientes): I. La teoría neconstitucional: aspectos generales y aclaraciones metodológicas; II. La teoría de la norma: los principios, las reglas y los derechos; III. El neconstitucionalismo y el estado; y IV. La utopía andina.

El debate, por supuesto, debe seguir. Como exige una democracia deliberativa, también las tesis pueden cambiar si es que hay mejores y más viables argumentos. Aquí esquemáticamente se exponen algunos de ellos.

I. La teoría neconstitucional: aspectos generales y aclaraciones metodológicas.

1. Las precisiones metodológicas y la perspectiva crítica

El neconstitucionalismo pretende hacernos creer que, por incluir más derechos y principios en la constitución, vivimos una realidad diferente y el país ha cambiado.

Una de las dificultades mayores en el debate teórico es confundir los planos de análisis. Algunas veces la confusión se produce de buena fe; otras tantas es mal intencionada. Los planos que se confunden son el análisis descriptivo y el análisis prescriptivo. El análisis descriptivo tiene relación con la realidad, con el “ser”, y se aprecia gracias al aporte de las ciencias sociales; el análisis prescriptivo tiene relación con la norma en abstracto, con el “deber ser”, y se aprecia con la ayuda de la exégesis jurídica.

3 Luis Fernando Torres y Ramiro Avila Santamaría, “Debate: dos visiones diferentes sobre la Constitución”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores), *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador y Corporación Editora Nacional, 2009; y Fabian Corral y Ramiro Avila Santamaría, “Debate sobre Neconstitucionalismo”, en Salim Zaidán (editor), *Neconstitucionalismo, libertad de opinión y derecho a la honra*, Quito, PUCE, AED y Fundación Hanns Seidel, 2012.

Es muy fácil, cuando se debate, caer en la tentación de confundir la teoría con la práctica. Afirmar, por ejemplo, que la Constitución no sirve porque los jueces no están funcionando garantizando derechos, significa caer en lo que se conoce como falacia realista: por el hecho de que la realidad sea de violación de la Constitución, no significa que la Constitución sea inadecuada o necesariamente mala. La otra falacia en la que se puede caer, es la falacia normativa, que consiste en afirmar que la Constitución es buena, luego la realidad lo es también. Esto no se puede sostener por más defensores o detractores que seamos de la Constitución.

Luigi Ferrajoli invoca, para precisar los ámbitos de análisis, a la “Ley de Hume”, que consiste en que no se deriva lógicamente de premisas descriptivas, conclusiones prescriptivas.⁴ No se concluye a partir del ser (realidad), el deber ser (norma), y a esta conclusión la llama falacia naturalista; de igual forma, no se concluye a partir del deber ser (norma), el ser (realidad), que es la falacia normativista. Estas dos falacias llevan a una distorsión del razonamiento, confunden y acaban legitimando la posición del que las sostiene. Otros ejemplos, por el hecho de que el gobierno ejerza el poder de forma autoritaria (ser), no significa necesariamente que la Constitución sea autoritaria (deber ser); tampoco que porque la Constitución establece los derechos de la naturaleza (deber ser), significa que se ha legitimado la explotación minera a gran escala (ser). En el ámbito político y en la publicidad, las falacias son importantes; pero en el ámbito académico, las falacias llevan a construir teorías inadecuadas e indeseables. Decir una falacia no es adecuado, pero tampoco atribuírsela a quien intenta no hacerla.⁵

Una extensión de las falacias es asimilar al hablante con el adversario cuando opinan lo mismo. Por ejemplo, no por el hecho de admirar una jugada del equipo contrario, significa que soy del otro equipo. En el caso de la Constitución, defender algunas de sus instituciones, en particular la parte dogmática y las garantías, no significa para nada, que es una defensa al gobierno que la impulsó.

Finalmente, conviene transparentar la perspectiva desde la que se opina y se la puede denominar crítica. Esta perspectiva quiere decir dos cosas: la una, la mirada desde la que pretende argumentar y construir teorías es desde la de las

4 Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, Séptima Edición, 2005, p. 321 y ss.

5 Zaidán afirma que “Ramiro Avila y algunos neoconstitucionalistas del medio se han empeñado en hacernos creer que por decreto hemos superado al Estado Legal para convertirnos en un Estado Constitucional...” Nunca he sostenido ni escrito aquello porque sería incurrir precisamente en una falacia. Pero no es buen argumento atribuir falacias a otro. Véase Véase Salim Zaidán, *Neoconstitucionalismo. Teoría y práctica en el Ecuador*, Quito, Editora Cevallos, 2012, p. 25.

personas que están en terribles condiciones de vulnerabilidad y peor situadas⁶, a las que favorecen los derechos de la Constitución; y la otra, ser crítico también significa denunciar las brechas que existen entre el enunciado teórico, el enunciado normativo y la realidad.

2. El neoconstitucionalismo como nominación y teoría

El neoconstitucionalismo no tiene ninguna novedad y lo único que tiene de nuevo es el nombre.

No existe un neoconstitucionalismo y no existirá, como no ha existido jamás una escuela del derecho que sea homogénea.⁷ En el mismo positivismo, encontramos varias corrientes: el positivismo puro de Kelsen (que el mismo Kelsen lo moderó años más tarde cuando escribió su libro *Teoría del derecho y del Estado*, después de haber recibido la influencia del derecho anglosajón), el positivismo ético de Hart y Bobbio, el positivismo analítico de Ferrajoli. Lo mismo podríamos predicar del iusnaturalismo, de las escuelas del derecho penal y de las tendencias en el derecho ambiental. De igual modo, en el neoconstitucionalismo encontramos personas que podrían ser consideradas como iusnaturalistas y también como positivistas, y otros hasta comparten las dos vertientes. Así que es un error considerar que el neoconstitucionalismo es único y homogéneo. Quien critica debería precisar a la persona y a su teoría, pero no cabe la generalización.⁸ La generalización normalmente, como afirma el maestro Zaffaroni, cuando pone a todas las teorías en un solo saco, demuestran una actitud autoritaria y una opinión o teoría con pretensiones de verdad incuestionable.⁹

La palabra “neoconstitucionalismo” no es lo importante. De hecho existen

6 Sobre esta perspectiva véase 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 jurídicos críticos*, Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) y Universidad Nacional de Colombia, 2003, pp 15-66.

7 Por ello Miguel Carbonell, con mucho acierto, tituló a una de sus compilaciones como *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.

8 Por ejemplo, Salim Zaidán critica en su libro a los neoconstitucionalistas como si fueran miembros de una escuela única, ingenua e ilusa. Véase Salim Zaidán, *Neoconstitucionalismo. Teoría y práctica en el Ecuador*, Quito, Editora Cevallos, 2012.

9 Zaffaroni afirma esto cuando el sociólogo Ferri sostuvo que todas las teorías anteriores a él estaban superadas y las llamó “derecho penal clásico”, como que el positivismo penal llegó a la cumbre con él y que no podía ser superado. Pronto se develó que estaba equivocado. Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2 edición, 2002, p. 316.

autores, a los que hay que admirar por su lucha por un derecho que transforme realidades de exclusión, como Boaventura de Sousa Santos y el mismo maestro Ferrajoli, y en nuestra región Roberto Gargarella, que reniegan del término. Sin embargo, sus postulados proponen una teoría y una praxis que se encuadraría en lo que yo entiendo como neoconstitucionalismo. Así que lo importante es el significado y no la palabra. Se podría comulgar con otras expresiones más neutras, como constitucionalismo contemporáneo, o más radicales, como constitucionalismo transformador. Hay que reconocer que el solo enunciado, “neoconstitucionalismo”, nos ha permitido debatir y disentir. Quizá no hubiese pasado esto si es que simplemente le seguimos rotulando “derecho constitucional”, “positivismo constitucional”, o simplemente “constitucionalismo”. La palabra “neoconstitucionalismo” invita al debate, y ya solo por eso, vale la pena usarla.

El neoconstitucionalismo, sin ánimo de agotar la discusión ni de elaborar un concepto acabado, no es otra cosa que la teoría de los derechos fundamentales puesta en el centro de la teoría del derecho y del estado. El derecho se construye ya no a partir de la ley, de la propiedad, del mercado, de la autonomía de la voluntad, del derecho subjetivo, del estado, de orden público, de los principios generales, de la civilización, del progreso; sino que debe construirse a partir de las personas y colectividades y de sus derechos. En este sentido, la teoría del derecho ya no puede ser el título preliminar del Código Civil y la teoría del estado no debe ser solo la institucionalidad y la organización del poder. Los derechos fundamentales son un medio y al mismo tiempo el fin de la teoría, del estado y de la organización social.

Al neoconstitucionalismo hay que agregarle la palabra “transformador”, y esto significa ya una posición política. El neoconstitucionalismo transformador pretende alterar la realidad, que es de exclusión, marginalidad y discriminación, y la transformación de un sistema y una forma de vida “colonizada” a una de emancipación de las grandes mayorías de la población, que no pueden ejercer sus derechos y que el estado les ofrece políticas paternalistas o simplemente represión penal.¹⁰

3. Los teóricos del neoconstitucionalismo transformador

El neoconstitucionalismo nace en Europa y son europeos quienes tienen la autoridad para desarrollar sus teorías.¹¹ El neoconstitucionalismo se restringe a tres

10 Sobre los alcances de la teoría del derecho y del estado, véase Ramiro Avila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Abya Yala, 2011.

11 Salim Zaidán, *Neoconstitucionalismo. Teoría y práctica en el Ecuador*, Quito, Editora Cevallos, 2012, p. 30-34.

*o cuatro teóricos del norte y basta leer a Ferrajoli, Dworkin, Alexy, Zagrebelsky¹², para comprender al neoconstitucionalismo. “Da miedo y algo de lástima”, tener que recurrir a teorías y modelos de estado que nunca se ha tenido en Ecuador: no tiene sentido confiar en “mesías y profetas”.*¹³

El derecho constitucional, como toda área del derecho desde que existe la modernidad, ha tenido influencia del norte y en particular de Europa. No hay duda que la división de poderes desde nuestra primera constitución tiene influencia de la constitución francesa, tampoco que nuestro derecho civil tiene una directa inspiración en el código civil napoleónico. Toda ley, sin excepción, responde a un fenómeno de transmisión jurídica global. Piénsese, por ejemplo, en las reformas procesales penales del año 2000, que responden a un movimiento regional en la que, desde Guatemala hasta Chile, se cambiaron los códigos y tienen sus semejanzas. Lo mismo ha sucedido con el Código de la Niñez y Adolescencia, que tienen en toda la región relación con la Convención Internacional de Derechos de los Niños. La Constitución de Montecristi, sin duda, tiene influencias del sistema continental europeo de post guerra y hasta del sistema constitucional norteamericano. Entre las primeras, tenemos la idea de control de constitucionalidad y Tribunal Constitucional, entre las segundas, el control difuso de constitucionalidad. De ahí que, para ciertas instituciones, no sea descabellado recurrir a los teóricos canónicos.¹⁴

Pero la Constitución de Montecristi tiene algunas novedades que son propias de la región latinoamericana y otras que son propias de los movimientos y luchas sociales de los ecuatorianos y de los andinos: la Pachamama, el Sumak Kawsay, la Plurinacionalidad, la democracia comunitaria, la justicia indígena, la interculturalidad. Que las dos últimas ya estuvieron en la Constitución de 1998, poco importa. Lo cierto es que jurídicamente poca doctrina se ha escrito en relación a estos temas novedosos y originales de nuestra región.

Pero el dato que conviene destacar es ¿qué autor europeo habla sobre estas novedades constitucionales? Sin irnos tan lejos, ¿qué autor del derecho ecuatoriano, en todos los libros que se han publicado, hacen un esfuerzo de interpretación para mejor aplicar estas instituciones? O sea, ¿cuál es teórico del derecho

12 Véase Juan Esteban Ponce Villacis, *El neoconstitucionalismo en el Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010.

13 Juan García Amado, “Prólogo”, en Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Lima, Edilex S.A. Editores, p. 31.

14 Una buena compilación de autores canónicos, tanto de Europa como de Estados Unidos, lo encontramos en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

constitucional andino? Y aquí encontramos tres posiciones. La una es criticar por novelaría a estas instituciones, que parecería que es más falta de comprensión y muestra las distancias entre nuestros connotados juristas y las reivindicaciones de los movimientos sociales, en particular de los indígenas; la otra posición es olímpicamente ignorarlas, como sucede en la gran mayoría de los libros escritos en Ecuador, como si esas instituciones no existieran y no formaran parte del derecho constitucional ecuatoriano. La otra posición es comentarlas y hacer esfuerzos por entenderlas, que son minoritarias.

En la posición de comprender y difundir se encuentran precisamente no juristas. Curiosamente quienes han escrito sobre las novedades de la constitución ecuatoriano son indígenas, economistas, ecologistas, filósofos, activistas de derechos humanos, tales como Alberto Acosta, Magdalena León, Luis Macas, Anibal Quijano, Catherine Walsh, Vandana Shiva, Eduardo Gudynas, Nina Pacari, Esperanza Martínez.¹⁵ ¿Se puede aprender derecho de personas que no son juristas? Los teóricos tradicionales dirían que no. Sin embargo, la comprensión de la Constitución requiere precisamente de otros saberes que han sido tradicionalmente invisibilizados y despreciados por los juristas. Por su lado, los grandes teóricos del neocosntitucionalismo europeo no han dicho nada y seguramente tienen poco que decir en relación a las novedades del constitucionalismo ecuatoriano. Existe, pues, un error en recurrir solo a los autores jurídicos canónicos del norte. La democracia comunitaria, la *Pachamama*, el *Sumak Kawsay* y la plurinacionalidad se aprende con los indígenas, no con los juristas.

Finalmente, hay poca teoría porque quienes han reivindicado los derechos de la naturaleza, del buen vivir, la justicia indígena o la plurinacionalidad no están precisamente enseñando en las universidades o escribiendo cosas aburridas como las que escribo. Ellos y ellas están en el campo, sobreviven, luchan, resisten, y también producen alimentos para nosotros. Muchas reivindicaciones de los pueblos indígenas, de las mujeres, de los niños y niñas, de los grupos GLBTT, de los refugiados y migrantes, y más movimientos sociales, no tienen un autor canónico que los represente.

4. La estratósfera académica y el rol de la teoría

Los conceptos son traídos del mundo del derecho internacional de los Derechos Humanos. Pero claro precisamente el aterrizaje de ese tipo de conceptos, de prácticas,

15 Baste señalar algunos títulos de la colección dirigida por Alberto Acosta y Esperanza Martínez, publicada por Abya Yala, que se denomina "Serie sobre el debate constituyente": *El buen vivir. Una vía para el desarrollo; Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad; Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora; Soberanías; Agua: un derecho fundamental; Mal desarrollo y mal vivir*; entre otras.

de jurisprudencia, en una sociedad chiquita como es el Ecuador, va a causar problemas. Pensar sólo en teoría, no practicar el derecho, es quedarse en la estratósfera.

La teoría no es necesariamente mala, como tampoco la práctica, como forma de conocimiento, tampoco es innecesaria. La teoría y la práctica se complementan y una sin la otra generan distorsiones que deben ser evitadas. “Estratósfera académica”, por decir de otra manera a la teoría, sin práctica está condenada a ser inútil; de igual modo, práctica sin teoría, es un ejercicio sin dirección y podría ser como dar “palos de ciego”. Una norma realizada desde la teoría corre el serio riesgo de ser inaplicable; pero una norma realizada desde sólo la práctica, reproducirá inevitablemente un sistema que ha demostrado ser ineficiente e ineficaz para combatir la inequidad. Una norma adecuada debe incorporar el dato de la realidad y también el saber del que ejerce y del que teoriza. Esto es precisamente lo que debería ocurrir en una auténtica democracia.

Afirmar que la Constitución no se aplica porque fue pensada por teóricos que estaban en la estratósfera, es caer en la falacia realista. La inaplicación de normas jurídicas, la ineptitud o la corrupción en la Función Judicial, no es un problema de la Constitución de 1998 ni de la Constitución de 2008: es un problema estructural de los jueces y cultural de los abogados. La consulta popular del 2011 y la influencia directa del gobierno en el órgano administrativo de la Función Judicial no va a cambiar en nada la justicia; la única diferencia entre lo que sucede ahora y lo que podría suceder, es que los jueces van a ser de otra tendencia política, pero con la misma cultura política. Es decir, los juristas somos formalistas, civilistas, privatistas, individualistas y no estamos acordes con un derecho constitucional materializado por los derechos fundamentales, que nos está exigiendo ser profundos, solidarios, interculturales y nos demanda incluir a los grandes sectores de la población y resolver sus problemas. ¿Estar en la estratósfera es pensar en un derecho distinto y en la gran mayoría de la población que sufre cotidianamente violaciones a sus derechos?

Poco se ha teorizado sobre un modelo de organización política distinta al presidencialismo. Podemos evaluar históricamente su impacto en el fortalecimiento o debilitamiento de la democracia. Tenemos que teorizar previo a diseñar un modelo jurídico distinto y luego, si llegara a suceder, a aplicarlo. El hiperpresidencialismo diseñado en la Constitución de Montecristi no puede llevarse bien con un estado plurinacional y una democracia participativa, además la transición de la Constitución de Montecristi es harto deficiente y problemática. La transición ha sido una gran mentira y un gran fracaso. Aún con estos defectos, no significa que toda la Constitución sea mala, que las garantías no sean convenientes para exigir derechos o que la teoría que ayuda a comprenderla sea inadecuada. Insisto: la

solución ante el deficiente funcionamiento de la Función Judicial y la ineficacia de las garantías, no es suprimir las garantías sino capacitar intensamente a los jueces para que las hagan funcionar. El reto, para que funcione adecuadamente cualquier teoría jurídica alternativa y transformadora, es cambiar la cultura jurídica. No se trata tampoco de quitar o poner más poderes, sino de hacerlos funcionar de forma adecuada para que cumplan los fines para los que fueron otorgados: garantizar los derechos de los más débiles y vulnerables.

II. La teoría de la norma: los principios, las reglas y los derechos

5. Los principios y las reglas

El principio es una norma que, al no tener una hipótesis ni una obligación concreta, no establece un régimen objetivo, claro, concreto de cómo aplicar ese principio en la vida práctica. Está la norma absolutamente al arbitrio del intérprete.

La discusión en la teoría del derecho contemporánea sobre las reglas y los principios está en el centro del debate. Las reglas y los principios son normas jurídicas, que tienen algunas diferencias. Efectivamente la estructura de la norma-regla es distinta a la de la norma-principio. La regla es una norma jurídica que promueve o facilita mucho más la seguridad jurídica, que tiene dos elementos que logran ese objetivo: tiene una hipótesis y una consecuencia, que suele ser una obligación clara. En cambio, la estructura de un principio es la de una norma "tética", que tiene un mandato de optimización, pero no tiene una condición, ni obligación clara. En cuanto a la función, las reglas y los principios también se diferencian. Los principios deben legitimar a las reglas y eso va acorde a la estructura constitucional, en donde el legislador debe adecuar el sistema jurídico a los derechos. Pero no sólo eso.

El principio es una norma jurídica compleja que, en su aplicación, presenta ciertas dificultades. Pero no admito que el principio no sea aplicable o que no sea considerada norma. Si ustedes revisan la teoría propuesta por el gran jurista Hans Kelsen, en su libro *Teoría Pura del Derecho*, podrán apreciar que Kelsen advierte que una norma que no sea hipotética, ahora llamaríamos regla, simplemente no es aplicable y no es deseable establecerla, porque es ambigua y porque establece falsas promesas. Es más, Kelsen sostenía que una norma que no fuera hipotética es una norma imperfecta y que, es más, no debe siquiera de ser estudiada por la ciencia jurídica al no ser aplicable.

Pasan muchos años desde que escribió su teoría y muchas violaciones masivas a los derechos humanos. Sin las normas principistas, reconocidas desde el

artículo primero de la Ley Fundamental Alemana, que reconoce la dignidad de las personas, no pudo haberse reestructurado el sistema jurídico alemán, que era profundamente discriminatorio e injusto. Si no era a través de la aplicación directa de los principios, no se habría corregido todo ese sistema jurídico fascista. La principal fuente del derecho que utilizó el Tribunal Constitucional alemán fue precisamente los principios. De ahí toda la teoría relacionada con la inconstitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos.

Sin una teoría jurídica adecuada y sin una argumentación racional transparente, existe un problema cuando se dice que los principios son de directa aplicación. Pero el hecho de ser un problema no significa que no sea superable. El derecho positivo, entendido solo como reglas hipotéticas, es un derecho que no ayuda a resolver dos tipos de problemas que son reales: el problemas de las reglas injustas, por un lado, y el problema de los conflictos sociales que no tienen regla, por otro. Los principios, no las reglas, resuelven los problemas suscitados por leyes injustas o por la falta de reglas.

Ubiquémonos históricamente en nuestro continente para entender estos problemas. ¿Qué pasó con todos los jueces en Latinoamérica cuando, en un contexto de aplicación de normas que promovían la seguridad nacional, aplicaron un derecho que era injusto? Nadie se atrevió a sancionar una ejecución extrajudicial, una tortura por parte de un agente del estado, un genocidio o cualquier otro delito de lesa humanidad. La justificación de los jueces era que no existían normas. Por otro lado, cuando realizaron los agentes de estado actos violatorios a los derechos, argumentaban que estaban cumpliendo con la ley. No existían reglas, como tipos penales adecuados, y existían normas injustas, como el juicio de civiles por parte de militares en casos de estado de excepción. La lógica del derecho por principios ha contribuido a resolver estos problemas históricos. El principio desata las manos del juez y permite hacer justicia en el caso cuando la regla es injusta.

El principio, por otro lado, insisto, ayuda a resolver los conflictos sociales que existen y no tienen reglas para resolverlo. Actualmente, no podemos darnos el lujo, que lo hicieron los liberales en el siglo XVIII, de tener un código civil, que regulaba todas las situaciones que podía pasar a un propietario, que tenía título de propiedad y podía intervenir en el mercado usando sus libertades y su autonomía de la voluntad. El mundo del derecho estaba centrado en la propiedad y en el mercado. Pero ahora, cuando ya tenemos una constitución que establece la salud, el hábitat, la nutrición, la educación, la seguridad social universal, y en el mundo se reconoce más personas que las propietarias, no podemos esperar como sugeriría un positivista puro que los legisladores hagan códigos con normas hipotéticas para cada uno de los estos derechos, cuando sabemos que la gente no

tiene salud, no tiene educación, está discriminada, se muere por causas fácilmente prevenibles. Un juez tiene la capacidad, en el sistema jurídico por principios, de poder resolver cuando hay violaciones a esos derechos que no tienen su correlato en una regla hipotética.

6. La función de los principios y la interrelación con las reglas

La norma jurídica para ser legítima no puede ignorar ni contradecir los principios. Los principios deben inspirar las leyes. Sólo los legislador pueden determinar el contenido y el alcance de los principios que son, por naturaleza, indeterminados y ambiguos. Dejar a los jueces la determinación de principios es permitir la arbitrariedad y promover un sistema que se basaría en la inseguridad jurídica.

Los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales son principios. Los principios son “mandatos de optimización”.¹⁶ Es decir, el estado -y el obligado no estatal cuando le corresponda según el derecho, tiene que hacer todo lo que está a su alcance para cumplir al máximo el derecho. Normalmente, para cumplir un principio, se pueden tomar múltiples y hasta inimaginables caminos, por eso Alexy caracterizaba también al derecho como una “haz de posibilidades”.

Por ejemplo, la Constitución establece que “en todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso”, luego establece otras principios que configuran con más detalle este derecho. Si consideramos que este principio es un mandato de optimización y que es un objetivo que se tiene obligación de alcanzar, debemos mirar la forma de potenciarlo. Se dice en la norma que es en “cualquier orden”. Esto quiere decir que se aplica en procedimientos jurisdiccionales y administrativos estatales. ¿Puedo seguir optimizando el principio? Por supuesto, puedo considerar que se aplica en establecimientos privados, empresas y escuelas, en clubes y asociaciones, en organizaciones no gubernamentales y barriales. ¿Se puede optimizar más? Sí, también se puede aplicar en las relaciones sociales y familiares. En este último sentido, el principio podría guiar el sistema, que ahora es harto arbitrario, de sanciones a los niños y niñas. Previo, por ejemplo, a establecer una sanción, se debería discutir que normas merecen las sanciones, el derecho a ser escuchado y el tipo de sanciones que se imponen. El mandato de optimización también se refiere a los recursos que se invierten para hacer efectivo el derecho. Si se detecta que hay

¹⁶ Los conceptos de Alexy, de primera mano, se encuentran desarrollados y ejemplificados en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

problemas en el ejercicio o que simplemente no se accede al derecho al debido proceso, entonces hay que dar los pasos para que se vaya realizando el derecho.

En cuanto al “haz de posibilidades” se refiere a los caminos que se pueden seguir y a las respuestas que se pueden dar. Para aplicar el debido proceso puede suceder que sea el mejor camino la oralidad en primera instancia y lo escritural en casación; puede ser que la policía divida en secciones y bajo la dependencia de la fiscalía sea más eficiente y tenga mejor control; puede ser que las penas bajas y alternativas ayuden a flexibilizar la rigurosidad procesal que demanda la búsqueda de verdad; puede ser que las penas reparadoras sean más justas que las represivas; puede ser que la formación en derechos humanos sea más efectiva que la formación en deontología jurídica cuando se capacita a operadores de justicia. El haz de posibilidades permite que el principio sea lo suficientemente flexible para adaptarse a cualquier realidad y también para que pueda ser configurado mediante un debate democrático o un riguroso proceso argumentativo.

El debate no debería ser si las reglas son las únicas normas que deberían existir o si se oponen a los principios. Los principios y las reglas son normas jurídicas complementarias: no se puede aplicar un principio nunca si no hay una regla. La diferencia con el positivismo tradicional está en que antes el poder legislativo era la única autoridad para producir normas válidas. En el sistema jurídico constitucionalizado, también producen normas jurídicas válidas los jueces para los casos y la Corte Constitucional con carácter generalmente obligatorio. Pero siempre el juez, cuando resuelve un caso aplicando un principio, tiene que acabar creando una regla mediante un proceso argumentativo. Para explicar esta novedad jurídica, sugiero leer un libro escrito por Atienza, que se llama *El derecho como argumentación*. Si se analizan, por ejemplo, todas las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todas las resoluciones del Tribunal Constitucional alemán, todas las resoluciones de la Corte Constitucional colombiana, y en general cualquier resolución de un juez que aplica derechos y motiva sus sentencias de forma adecuada, todas se basan en principios y en reglas que han construido a través de un proceso argumentativo. La aplicación de principios mediante la argumentación jurídica requiere normas de lógica, coherencia, consistencia y razonamiento. En este sentido, es totalmente arbitrario aplicar un principio si es que no se construye una regla de forma adecuada. Y en este aspecto existe una falencia grave en el Ecuador. Al no existir proceso argumentativo, la discrecionalidad se impone. Pero otra vez, no es un problema de los principios sino de su aplicación.

Cuando los jueces resuelven por un interés económico o por influencias políticas, da igual si aplica principios o reglas, la resolución siempre será arbitraria.

Para revisar estas deficiencias argumentativas y la aplicación arbitraria de principios y reglas, existe la acción extraordinaria de protección. Insisto, la gran ventaja del principio y de su aplicación directa es que desata las manos al juez y le da la posibilidad y la competencia para que pueda resolver en contra de una regla injusta. Y, por otro lado, le da la posibilidad para que, aún en ausencia de reglas, los jueces efectivamente no nieguen justicia, apliquen un principio y construyan una regla para un caso concreto.

Para ejemplificar y de paso tratar el tema de la seguridad jurídica, quisiera citar un caso cercano, que se conoce como el “caso Massera”. En este caso, la regla decía “toda persona que no haya sido juzgada por el lapso de diez años, no podrá ser perseguida penalmente en aplicación de la regla que establece la prescripción”. Esta norma es una regla que efectivamente da seguridad jurídica y garantiza que una persona no sea perseguida por el estado eternamente. Pero ¿qué pasó en Argentina, cuando sucedieron violaciones masivas a los derechos humanos y ningún juez se atrevió a dictar sentencia o declarar culpable a algún miembro de la dictadura? Pasan veinte años y hay una Corte que se atreve a decir lo siguiente: “esa regla de la prescripción le da seguridad jurídica al señor Massera, pero es una regla que da inseguridad a los argentinos, tengo veinte mil casos de desapariciones, treinta mil casos de tortura, treinta mil casos de niños que han sido secuestrados por los militares, y si se aplica la regla, se consagra una injusticia.” ¿Qué es lo que hace el juzgador? Con argumentaciones persuasivas, recurriendo a múltiples fuentes del derecho y a instrumentos internacionales de derechos humanos, aplica el principio de la tutela efectiva y de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Al final arriba, por dos principios, a una solución contraria a la prescrita en la regla. Fíjense como opera el principio: es aplicado directamente por el juez mediante argumentación, inobserva una regla que es a todas luces injusta y los dictadores en Argentina fueron juzgados por la aplicación directa de principios y por la inaplicación de reglas. El sistema jurídico que mayores ventajas, favores y posibilidades de hacer justicia y de aplicar los derechos a casos de violaciones reales y concretas, sin duda es el sistema que incorpora a los principios como normas directamente aplicables.

Para que no se crea que esto sólo sucede en otros países, permítanme citar algunos casos ecuatorianos. Primer caso, en Azuay: personas con discapacidad de movimiento y que tienen que movilizarse en silla de ruedas, demandan ante un juez civil que elimine los torniquetes de los buses públicos, porque violan su derecho a la libertad ambulatoria. Si es que buscamos la regla para resolver este caso, no la van a encontrar. El juez aplica el principio, el derecho a la libertad de movimiento y a no ser discriminado, encuentra un obstáculo para ejercer el

derecho, declara la violación y ordena quitar los torniquetes. Segundo caso, en Pichincha: una señora vende drogas para sobrevivir, es pobre y no tiene otra fuente de trabajo. Es encerrada, enjuiciada y condenada. La ley de drogas establece que quien venda droga debe ser condenada a una pena de 12 a 16 años. El juez, aplicando el principio de proporcionalidad y estricta legalidad, impone una pena de dos años de cárcel. Tercer caso, en Cañar: una vivienda estaba a punto de caerse porque estaba en una zona de deslave; la señora que vivía en esa vivienda pide un bono al Ministerio de Inclusión Social para poder adecuar su casa. Según la regla, la señora debía tener un título de propiedad para poder acceder al bono. La señora no lo tiene pero tiene la posesión de la tierra. El ministerio le niega el bono y demanda la señora a juez de lo civil. El juez invoca el derecho a una vivienda adecuada, considera que el ministerio violó el derecho y ordena que se le conceda el bono. En este caso hay regla pero su aplicación se torna injusta. El juez invoca un principio y hace justicia en el caso. Estos jueces, en Ecuador, aplican principios por falta de regla o por insuficiencia de reglas, y administran justicia en los casos.

7. Los principios, las normas penales y civiles, y la seguridad jurídica

El mejor ejemplo de normas que dan seguridad son las normas del derecho penal, que son normas hipotéticas y permiten saber las conductas prohibidas y las consecuencias (penas). Lo mismo podría predicarse de las normas del Código Civil

Las normas penales permiten graficar la interrelación entre principios y reglas. Se suele poner como ejemplo paradigmático de reglas, las normas del Código Penal, por ser claras, determinadas y de fácil aplicación. Pero ese acierto es aparente. Las normas del derecho penal son, a la luz de los principios, moldeables, indeterminadas y de compleja comprensión. Una norma del tipo “si X roba, tendrá una pena de uno a cinco años de cárcel”, tiene que leerse a la luz de todos los principios del libro I del Código Penal. Si se analiza en el derecho penal los esquemas del delito, que se encuentran en lo que se conoce como parte general, todas y cada una de las reglas de la parte especial deben analizarse a la luz de varios principios: la legalidad, la lesividad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Podría suceder, por ejemplo, que yo crea robar cuando el objeto robado es mío, que robo por estado de necesidad al punto que si no me sustraigo un bien se muere mi hija, que robo y lo hago de forma frecuente y violenta, que es la primera vez que robo. Si aplico los principios, puede suceder que la norma que parece tan clara, se aplica de forma diferente. En unos casos no hay pena, en otros se aplica una pena de siete días de cárcel cuando hay atenuantes, en otros caso se impone una pena de cuatro años. En ninguno de estos casos se aplicó la letra de la regla porque fue modificada por principios.

Por su parte, en el Código Civil, que también podría considerarse un cuerpo

normativo ejemplar compuesto por reglas, también encontramos normas que tienen la característica de principios. Por ejemplo, aquella norma que dice que hay que cuidar como un buen padre de familia o las normas sobre la responsabilidad civil, que tienen conceptos subjetivos como el dolo, la culpa o la negligencia. Así que la novedad del derecho por reglas o principios no es tan nuevo ni amenazador al derecho como se pinta. La novedad consiste en que los principios que deben aplicarse son muchos y están en la Constitución y que estos, en gran parte, son derechos fundamentales.

Finalmente, quisiera hacer un comentario al tema de la seguridad jurídica, que amerita otro espacio para mayor reflexión. El tema de la seguridad es un tema realmente complejo. Gustavo Zagrebelsky, un ex magistrado del Tribunal Constitucional italiano, tiene un libro titulado *El Derecho dúctil*¹⁷, sostiene que la seguridad jurídica de los liberales fue la inseguridad jurídica de las grandes mayorías excluidas. Por eso conviene preguntarse seguridad jurídica “para quién”. Pensemos en un ejemplo para graficar este dilema. Por un lado, una farmacéutica que tiene marca y patente de una medicina, que le da exclusividad de venta en el mercado por diez años; por otro lado, tenemos una comunidad que requiere de esa medicina pero no puede pagar el costo. Si se respeta el derecho de propiedad intelectual, se viola el derecho a la salud de esa comunidad. Si se garantiza la producción y distribución de un genérico para garantizar la salud de la comunidad y se viola el derecho a la propiedad intelectual, ¿la seguridad jurídica de quién debemos garantizar? Sin duda, en una democracia constitucional, en donde las grandes mayorías no gozan de sus derechos sociales, el contrato que garantiza el lucro y la propiedad, podrían ceder ante las necesidades de otros.

8. El rol de los jueces y los derechos

Los derechos están en riesgo por el rol que tienen los jueces para aplicar directamente la Constitución. Los jueces pueden cambiar la letra de la ley tan sólo por su poder de interpretar y aplicar la Constitución. Los jueces pueden modular las sentencias de tal manera que la jurisprudencia nunca podrá ser clara y objetiva. En pocas palabras estamos frente a la arbitrariedad judicial. Por otro lado, los jueces no están capacitados y, para colmo, hay jueces que no son honestos y tienen ahora amplio margen de acción para ser corruptos.

El tiempo del constitucionalismo contemporáneo es el tiempo de los jueces. Si uno revisa históricamente la evolución de la organización del estado en el mundo occidental los últimos trescientos años, veremos que hay un

17 Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 4ta edición, 2002.

tránsito del poder ejecutivo al parlamentario (del absolutismo al estado legal), y del parlamentarismo al judicial (del estado legal al constitucional). La lógica es sencilla de explicar (y difícil de aplicar): cuando la constitución, y los derechos contenidos en ella, es considerada una norma, tiene que haber un juez que la haga cumplir cuando se la viola. Esto lo entendieron muy claro los liberales con la ley y el contrato. Si se violan sus preceptos, puedo acudir a un juez y pedir que haga cumplir la norma irrespectada. Lo mismo sucede cuando los derechos son directamente aplicables, puedo acudir ante un juez para que los haga respetar.

Puede suceder, y de esto somos testigos si miramos la producción legislativa de cualquier parlamento, que los legisladores se aparten de la Constitución. Si esto sucede, no cabe que un juez sea indiferente cuando hay una antinomia. Tiene que aplicar la constitución que, por el principio de jerarquía, prevalece. Ahora bien, resulta que los conflictos suceden contra leyes expresas y entre derechos con igual rango constitucional, y aquí el debate es extenso. Cuando se trata de leyes expresas, ¿tiene legitimidad que un juez pueda invalidar una ley aprobada por quienes tienen representación democrática?, y cuando se trata de derechos, ¿tiene sentido que un juez, mediante la ponderación y la argumentación pueda pulverizar derechos?

Estas preguntas han sido motivo de un interesante debate entre dos grandes filósofos: Habermas y Alexy.¹⁸ La tendencia constitucional, que tiene una fuerte carga histórica (en Europa el genocidio producido en el régimen fascista y en América Latina la aplicación de las leyes de seguridad nacional), es a que los jueces tienen competencia otorgada por la Constitución y por tanto tienen delegación democrática para controlar actos del poder público inconstitucionales. Por otro lado, la colisión de derechos es inevitable y lo que tienen que hacer los jueces, mediante motivación y argumentación, es evitar al máximo la discrecionalidad, maximizar la protección de derechos y minimizar las restricciones a los derechos, y de esto trata la ponderación.

La modulación de las sentencias, que va de la mano con el principio del *iura novit curia*, por la que el juez tiene la posibilidad de establecer el alcance de los derechos, no es otra cosa que la capacidad de los jueces para poder prevenir efectos no deseados de las sentencias. Puede suceder que las normas sean formal y materialmente constitucionales, pero que ciertos factores y el contexto en que se apliquen, puedan tener efectos violatorios a los derechos. Por ejemplo, se establece

18 Sobre la crítica a la ponderación, véase Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 2005; y sobre la defensa y contestación, en particular en el Epílogo, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

un plazo para poder ejercer un derecho, pero resulta que se presenta una situación de fuerza mayor y el plazo se torna un obstáculo para el ejercicio de derechos. En este caso el juez podría declarar la constitucionalidad de la norma, pero modular su aplicación. La Corte Constitucional de Colombia ha modulado la sentencia en el caso de los masivos desplazamientos de personas por motivos relacionados con el conflicto armado interno; en esos casos, se aplican políticas de forma experimental y se ejecuta la sentencia en forma de ensayo-error-corrección.

La falta de capacitación de los jueces es un problema y grave; de igual modo la existencia de jueces corruptos. Pero frente a esta realidad, ¿es preferible mantener el *status quo* e inmovilizarse? No parece sensato eliminar las garantías porque no funcionan. ¿No será mejor hacer que funcionen? En cuanto a los jueces corruptos, el hecho de que existan y elaboren sentencias inadecuadas, no invalida la necesidad y utilidad de los principios. Así como hay esos jueces, también hay ejemplos maravillosos en el mundo de jueces que han aplicado principios y han hecho justicia, como narraremos en breve. El enfoque tiene que ser claro. El problema no es la constitución sino quienes la aplican.

9. El liberalismo, los derechos individuales y colectivos

El liberalismo es el único movimiento que ha creado un derecho consecuente con una línea de pensamiento. El liberalismo ha reconocido los derechos individuales y ha logrado establecer mecanismos para su protección. Los derechos colectivos y sus garantías son una ficción. Por otro lado, se han postergado los derechos de libertad a un lugar secundario en el texto constitucional, con la particularidad que a los derechos de libertad se los neutralizó en su ejercicio con condicionamientos estatales.

El pensamiento liberal, en términos históricos, ha sido una de las edificaciones conceptuales más importantes que hemos tenido en los últimos trescientos años. Efectivamente, el proceso emancipatorio producido en la revolución francesa, e incluso en la independencia de los Estados Unidos, tuvo como fuente conceptual al liberalismo. De igual modo, se puede apreciar la influencia del liberalismo en los procesos latinoamericanos de independencia y en la consolidación del Estado laico. En lo que discrepo es en la consideración de que las únicas reivindicaciones sociales sean exclusivamente liberales. El siglo XX, por ejemplo, está lleno de revoluciones y reivindicaciones no liberales, como las socialistas y las culturales. Las reivindicaciones liberales tienen que seguir demandándose, porque pregonan principios y derechos que son tremendamente importantes, como el respeto a la privacidad o la libertad de expresión. Pero a estas demandas hay que sumar las reivindicaciones sociales, que vieron desigualdades sustanciales entre los seres humanos y que reclamaron mejores condiciones de vida para muchos seres

humanos que se consideraron pobres o necesitados. Y la otra reivindicación que hemos vivido en el mundo desde los años setenta, es una reivindicación de carácter cultural, que reclamaba igualdad de trato y consideración entre las personas y las culturas diversas y no hegemónicas.

¿Existen derechos que pueden ser reivindicados colectivamente? Actualmente es muy difícil negar el reconocimiento y la existencia de sujetos colectivos. Muchas sentencias de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resoluciones del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han reconocido jurídicamente como titulares de derechos a pueblos indígenas.¹⁹ Por citar un ejemplo, el caso *Awas Tingi*, que es el primer caso en el que se reconoce una forma de tener el derecho a la propiedad que no es la individual. De hecho, en este caso, la defensa del estado exigió los requisitos propios de un derecho individual, como un título en el Registro de la Propiedad; la Corte, en cambio, consideró que se trataba de una comunidad indígena ancestral, que no se adecuaba a los requerimientos del derecho civil, y que tenía derecho colectivo a la propiedad a pesar de no ser reconocido por parte del Estado. Además, existen múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos, que reconocen derechos a colectividades, comenzando por el derecho a autodeterminación de los pueblos que consta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, el Convenio N. 169 de la OIT y acabando en la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas.

En cuanto a la ubicación de los derechos de libertad, efectivamente podemos constatar en el texto constitucional que, a diferencia de la Constitución de 1998, no encabezan la lista de derechos. ¿Es esto una postergación de estos derechos? Si el argumento es válido, tendríamos que admitir que los derechos sociales, económicos y culturales, incluso los derechos colectivos establecidos en 1998, fueron intencionalmente postergados al establecer los derechos civiles y políticos en primer lugar. Esto no parece una lectura adecuada. Además, en la Constitución se afirma de modo categórico que “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”²⁰. Hemos dicho, en otro ensayo, que la finalidad de la clasificación no fue postergar

19 Véase, a manera de ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observación general N. 23 (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Comité de Derechos Humanos, Caso *Ominayak c. Canadá*, Comunicación N. 167/1984, 26 de marzo de 1990; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Aloebetoe*, Sentencia Reparaciones, 10 de septiembre de 1993. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T. 349/96, Ponente Carlos Gaviria, 8 de agosto de 1996.

20 Constitución del 2008, Art. 11 (6).

unos derechos sino de evitar establecer rangos o diferencias entre derechos, para garantizar que todos son exigibles y que tienen naturaleza común²¹.

Sobre los condicionamientos a los derechos de libertad, tenemos que sostener que es cierto. Desde la teoría de los derechos fundamentales, los derechos relacionados con la autonomía de la voluntad, los patrimoniales, los políticos y las libertades son “derechos poder”. Esto quiere decir que tienen que ser limitados como cualquier poder. Si estos derechos, que L. Ferrajoli considera secundarios, no son limitados, tienden a la acumulación, a la expansión y al abuso²². Esto no significa que están neutralizados. Limitados no es sinónimo de neutralizados. Si alguna persona, arbitrariamente, no puede ejercer sus derechos de libertad tendrá derecho a impugnar a través de una acción de protección de derechos ese acto u omisión. La famosa frase de que los derechos de unos terminan donde comienzan los derechos de otros, se aplican con absoluta claridad en los casos de los derechos de libertad.

10. La constitucionalización del derecho privado

La constitucionalización del derecho privado es una intromisión del estado regulador en la esfera particular de las personas.

Quizá uno de los hitos en el fenómeno de constitucionalización del derecho privado lo encontramos en la jurisprudencia alemana, en sus primeros casos (1953), en el conocido como Dürig, en el que se estableció que la Constitución tiene principios objetivos que influyen en el derecho privado²³, y en el famoso caso Luth, por el que se controló constitucionalmente una cláusula contractual que restringía la libertad de expresión²⁴. De ahí en adelante, podemos encontrar este fenómeno de manera constante y evolutiva, incluso en la jurisprudencia colombiana.

La Constitución del 2008, al establecer que existe la posibilidad de que particulares, por cuestiones de abuso de poder, de discriminación o por situaciones de sumisión, puedan ser controlados constitucionalmente a través de una acción de protección, lo que está haciendo es avanzar en la teoría clásica de los derechos humanos, por la que sólo el Estado podía violar derechos. La realidad nos demuestra que los particulares pueden violar derechos humanos y en los

21 Julio César Trujillo y Ramiro Avila Santamaría, “Los derechos en el proyecto de Constitución”, en *Análisis Nueva Constitución*, Revista Tendencia, ILDIS, Quito, 2008, p. 75.

22 Ferrajoli Luigi, “Derechos fundamentales y patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 29-35.

23 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2 edición, 2008, p. 469.

24 Robert Alexy, op. Cit, pp 472-481.

ámbitos que los liberales consideraban inviolables, tales como la esfera doméstica, el abuso contractual de las empresas, el poder de las multinacionales para explotar laboralmente y contaminar, la mala práctica médica. La teoría contemporánea de los derechos humanos considera que cualquier poder, público o privado, debe ser limitado por los derechos constitucionales. Ejemplos abundan. Piénsese en los abusos de los hospitales privados que se permiten limitar la libertad al encerrar a un paciente que no puede pagar, en la externalización de los costos de producción de empresas que por producir barato explotan y contaminan (y los costos los paga el Estado con fondos públicos), en el maltrato infantil y en la violencia contra la mujer, en la discriminación en los arriendos o en el acceso a trabajos por cuestiones de origen nacional o color de piel.

Tradicionalmente se ha considerado que el derecho privado regula las relaciones horizontales entre iguales, ciudadanos con ciudadanos. Alexy ha sostenido que el derecho constitucional, en particular los derechos de las personas, tiene el efecto de irradiación. Los derechos impregnan todo el sistema jurídico, lo que por supuesto incluye el derecho privado. Los derechos brindan la posibilidad de valorar el derecho privado y de controlarlo cuando afecta derechos. Tres construcciones a partir del efecto de irradiación: a. Los derechos justifican la interpretación y la eventual inaplicación del derecho privado; b. Los derechos, como principios que son, pueden aplicarse sobre o en ausencia del derecho privado en las relaciones horizontales; c. Las garantías constitucionales pueden utilizarse para defender a los particulares vulnerables de abusos o violaciones²⁵.

Sin duda alguna, la constitucionalización del derecho privado abre la puerta a la conflictividad. Desde la teoría del conflicto, el hecho de enfrentar los conflictos no es malo, lo malo está en no solucionarlos. ¿Conviene una sociedad, a pretexto de no generar conflictos, que tolere y hasta fomente la violación de derechos por parte de agentes privados o públicos? Sin duda alguna, la paz, la seguridad no puede sostenerse en la inequidad o en la violación de derechos. Si abrir la puerta a la solución de conflictos significa llegar a una sociedad más justa, la conflictividad será un sacrificio necesario. La promoción y respeto del derecho privado y el mercado, desde la perspectiva constitucional, sólo tiene sentido en tanto el derecho privado y el mercado son medios para ejercer, proteger y promover los derechos. Si el mercado y el derecho privado son fuentes, al contrario, de violación de derechos, no sólo que se puede hacer una lectura desde el derecho constitucional sino que el Estado debe intervenir para evitar y reparar por violaciones de los derechos.

25 Robert Alexy, op. Cit. pp. 464 y siguientes.

III. El neoconstitucionalismo y el estado

11. El estado de derechos

El estado de derecho en singular significa estado sometido a reglas. El estado de derechos en plural ha significado una gran expropiación de los derechos individuales por parte del estado. El estado es natural adversario del individuo por su potencial capacidad para abusar de los derechos.

No existe país en el mundo que califique en sus constituciones al estado como de “derechos”. Pero no porque nadie lo ha hecho significa necesariamente que es incorrecto. Toda novedad ha sido históricamente considerada como un disparate. Cuando se suponía que los estados protegían a sus ciudadanos de la misma manera que protegía su territorio, se consideró un despropósito que una persona demande a su estado. Era teóricamente un disparate, pero fue necesario. Desde mi perspectiva, hay un avance importante en la nominación en plural. La clave está en distinguir la diferencia entre un estado legal y un estado constitucional. En el estado legal, la autoridad estaba sometida a la ley y la ley es hecha por el parlamento; el parlamento al elaborar la ley resultaba ser la única autoridad no sometida. En el estado constitucional, en cambio, toda autoridad, incluida el parlamento, está sometida a la constitución. Pero la constitución tampoco es cualquier norma: tiene derechos que se consideran fundamentales. El estado legal puede convivir con el autoritarismo y con la violación masiva a los derechos humanos; el estado constitucional no. En términos de autoritarismo, no hay mucha diferencia entre un estado absoluto y un estado legal. El tratadista Gustav Zagrebeltzky sostiene que lo que hubo históricamente fue el paso de una monarquía aristocrática a una parlamentaria.²⁶ Además, en la lógica tradicional, sólo el estado y sus funcionarios públicos están sometidos a la ley; en el estado de derechos, la idea es que todo poder público y privado se somete a los derechos fundamentales, que están reconocidos tanto en la constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El acento no está sólo en la constitución como instrumento normativo, sino en todos los derechos, como atributos de los seres humanos y de la naturaleza; de esta forma el término supera a la denominación de estado constitucional (no basta someterse a una constitución, sino que esta constitución debe ser cargada de derechos). Finalmente, el estado de derechos también significa que se reconoce la pluralidad jurídica. El estado derecho reconoce sólo una fuente de validez normativa, que es estado, y una norma que es la ley; en el estado de derechos se está reconociendo varios sistemas jurídicos. Entre otros, el sistema

26 Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 4ta edición, 2002. Capítulo II, pp. 21-45.

regional que proviene de la OEA o la Comunidad Andina, el sistema internacional que brota de los órganos del sistema de Naciones Unidas, y uno muy importante que es el sistema jurídico de las comunidades y nacionalidades indígenas, que está reconocido con rango constitucional. Si hay varios sistemas jurídicos, con propiedad se puede hablar que el estado es de derechos.

El estado al denominarse de derechos no significa que ha expropiado los derechos de las personas y colectividades, sino que el estado es un medio que tiene como fin la realización y la protección de los derechos. En este sentido, si bien el estado siempre tiene la potencialidad de violar los derechos por ser un poder, y con mucha más razón si pensamos en el poder punitivo, lo cierto es que no hay un poder que pueda garantizar mejor los derechos, que el poder del estado. El problema, como todo poder, está en democratizarlo, pero de esto trataremos un poco más adelante.

12. ¿ Puede el estado ser titular de derechos?

El estado puede ejercer derechos y hasta demandar acciones de protección de derechos.

Considerar que el estado tiene derechos es una aberración jurídica sin nombre. Algún momento se consideró que el estado tenía derecho a ejercer el poder punitivo y a este derecho se lo conoció como *ius puniendi*. Quizá en regímenes absolutos tenía sentido esta consideración, pero desde que los derechos humanos son el centro de la teoría del derecho y del estado, debe quedar claro que el estado tiene potestades y las personas y colectividades tienen derechos fundamentales. Los derechos, como lo ha establecido con claridad y enfáticamente Ferrajoli, vinculan y limitan esas potestades²⁷. Nunca al revés.

Cuando el estado ejerce una acción de protección contra un ciudadano, está tergiversando la lógica de los derechos y del rol del estado. Las garantías son mecanismos que sirven para prevenir o reparar los daños provocados por abusos de poder. Cuesta entender que los ciudadanos puedan provocar daños a un ente que no es humano. Es inconcebible que el estado esté ejerciendo derechos limitando y vinculando a los ciudadanos. Llama la atención que el estado planté acciones de protección extraordinarias cuando pierde los juicios; pero llama más la atención cuando los gana. De igual modo llama la atención que el presidente de la República se ofenda porque alguien opine en contra de la forma como ejerce el poder, demande y, más aún, que gane los juicios. Flaco favor le hace la práctica absolutamente

27 Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal mínimo y otros ensayos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, México, 2008, p. 27.

incoherente de un gobierno que se siente víctima de violación de derechos a la teoría neoconstitucional del derecho. De igual modo, el rol de los jueces que garantizan al poder, tampoco ayudan a la comprensión de un estado garantista.

13. Rol del estado ¿estado mínimo o fuerte?

El estado no debe ser grande ni autoritario. Cuando el estado es grande y fuerte, se convierte en una amenaza para la sociedad e invade esferas que no le competen.

La cuestión de la recuperación de los derechos de los individuos y el rol del Estado, es un debate muy importante que tiene que abordarse. El Estado es una sociedad política organizada que, al momento, no se ha podido demostrar su inutilidad y justificar su inexistencia. Hay dos errores históricos en cuanto al rol del Estado, que conviene tener en cuenta para no caer en tergiversaciones ni en generalizaciones. Uno es el Estado socialista, fuerte y autoritario. El otro es el Estado liberal mínimo, sin poder ni capacidad de intervención en lo social. El primero despreció los derechos de libertad y eso fue un error que los regímenes socialistas reales lo pagaron muy caro. El segundo despreció los derechos sociales y es un error que lo estamos pagando sociedades inequitativas como las nuestras, particularmente las personas más pobres y vulnerables de la sociedad. El socialismo sin libertad se torna en un sistema de opresión; el liberalismo sin justicia social se torna en un sistema de inequidad.

Por otro lado, el estado mínimo es un mito. Joseph Stiglitz, por ejemplo, demuestra que en el capitalismo se requieren estados fuertes para impedir el abuso de los mercados por parte de los actores económicos poderosos, cómo los estados que han logrado mayor desarrollo económico son todo menos promotores del libre mercado y cómo la no intervención y regulación estatal generan crisis desastrosas. Sin regulación, impera la ley del más fuerte en economía y el más fuerte luca y aplasta.²⁸ El estado, aún para beneficio de los libertarios y como garantía del juego en el mercado, para evitar monopolios o distorsiones, tiene que existir. Pero ahí donde el mercado no satisface las necesidades de los más vulnerables, al punto que no pueden ser agentes económicos ni pueden competir, debe también haber un estado. Cuando hay muchas personas que no tienen capacidad para satisfacer sus necesidades básicas en el mercado, porque tienen precio y se convierten en inaccesibles, el estado tiene la obligación de ofrecer servicios de calidad, adecuados y suficientes. No es aceptable que la salud y la educación de calidad, por ejemplo, dependan de la capacidad económica.

28 Véase Joseph Stiglitz, *The roaring nineties. A new history of the world's most prosperous decade*, New York, Norton, 2003.

El estado, por otro lado, que requiere la plurinacionalidad y la garantía de los derechos del buen vivir, tiene que ser radicalmente democrático y fuerte. El estado tiene que ser controlado por quienes tienen derechos y por los otros poderes públicos. El estado debe ser un espacio de servicio, que promueva y garantice los derechos. No puede haber garantía de derechos, cuando estos son violados, si no hay estado. De ahí que la idea de un estado que expropia los derechos, es una idea desnaturalizada de la concepción de estado democrático y constitucional.

Sostener que el estado está hecho para violar derechos es una forma inapropiada de analizar el rol que tiene. La finalidad y la legitimidad del estado la encontramos en la medida que respete y promueva los derechos. Sin embargo, no hay que negar que la historia de la humanidad ha demostrado que las violaciones más atroces a los derechos humanos se han producido precisamente por el estado. El maestro Zaffaroni ha demostrado que en el estado coexisten dos fuerzas opuestas, la del poder punitivo y la de democracia constitucional. La una tiende a eliminar los límites, los derechos y las garantías y, por tanto, a expandirse; la otra, en cambio, a poner límites, a establecer derechos y a fortalecer y multiplicar las garantías. La primera fortalece el poder de vigilancia y represión del estado y considera que los ciudadanos son peligrosos; la segunda, en cambio, fortalece el poder del estado para expandir al máximo las libertades de las personas. El poder punitivo está conformado por agencias que usan la fuerza, como la policía y el ejército; el poder democrático está conformado por personas que tienen derecho a vivir dignamente. Estas dos caras tiene el estado.

Cuando hablamos de fortalecer el estado, nos referimos al estado de derechos y no al estado de policía.²⁹ El estado, tal como lo dibuja Santos, que tiene que ser refundado en base a una democracia radical y desde abajo.³⁰

14. Las políticas públicas

Las políticas públicas son herramientas ideológicas para ejercer dominio sobre la sociedad. Una de las manifestaciones de la política pública es el plan nacional para el desarrollo. El problema está en que las políticas y el plan nacional son potestades que no están sujetas a la ley y no tienen control constitucional.

Las políticas públicas, entendidas como las decisiones que toma el poder ejecutivo para administrar el estado y los recursos públicos, siempre han existido.

29 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2 edición, 2002, pp. 7 y ss.

30 Véase Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, UPS-Abya Yala, 2010.

No importa la ideología o la forma de gobierno, las políticas son las formas de manifestación del poder. Los medios usados y los fines pueden variar en función de las tendencias políticas de quienes gobiernen. Cuando no hay regulación, el nivel de discrecionalidad es mayor. Normalmente, las políticas públicas se manifiesta mediante distintas formas jurídicas, las más comunes son las leyes y los actos administrativos. Nadie podría negar, por ejemplo, que un código penal refleja una política pública criminal, o que el plan nacional para el desarrollo se aplica mediante múltiples actos administrativos.

Cuando la Constitución de Montecristi establece que el máximo deber del estado es garantizar los derechos, está obligando a toda autoridad pública a que respete derechos, cualquiera fuese el acto jurídico mediante el cual se manifieste: ley, reglamento, sentencia, plan nacional. Lo que hace la constitución de 2008 es establecer fines, que son la realización de los derechos fundamentales, y medios, que son los poderes públicos y sus mecanismos de actuación. Antes, en términos jurídicos, las políticas existieron y fueron arbitrarias, no vinculadas ni limitadas por los derechos.

Si esta garantía no se cumple, hay varias acciones de control constitucional para enmendar o eliminar la política pública violatoria de derechos. Si hay violación de derechos y existe una víctima concreta e individualizada, cabe la acción de protección y, cuando hay peligro de daño grave e inminente, las medidas cautelares. Está expresamente establecida la posibilidad de plantear acción de protección por políticas públicas. Si la política o el plan, en abstracto, viola la constitución, cabe la acción de inconstitucionalidad. Si existe un mandato expreso, y no se ha emitido la política pública, cabe la acción de incumplimiento. Qué más democrático y que más garantista que cualquier persona pueda impugnar la política de un ministerio o de una entidad pública. Otro punto, para discutir en otra ocasión, es si el poder judicial goza de la garantía de independencia externa para poder pronunciarse en contra de una política pública del gobierno, pero este hecho, otra vez, no es un problema de la constitución, sino de este gobierno que ha interferido de forma inadecuada en la función judicial.

15. La Constitución de Montecristi y la desinstitucionalización del estado

La Constitución de Montecristi ha desinstitucionalizado al estado, es producto de un caudillo y ha promovido una dictadura.

En realidad se debería analizar si el proceso constituyente es atribuible a un solo gobierno y a una sola persona. Juan Paz y Miño y Franklin Ramírez parecen estar de acuerdo en considerar que la Constitución de Montecristi es fruto de

varias luchas sociales. El primero, desde una perspectiva histórica de largo plazo, señala que el proceso constituyente podría señalarse como iniciado hace más de ochenta años con la Constitución Juliana de 1929 que afirmó los derechos laborales y sociales, fijó el papel económico del Estado y de la responsabilidad social de la propiedad privada. Este mismo autor, desde la perspectiva del ciclo político acierta en señalar que el proceso constituyente vivido en Montecristi es el resultado de fuerzas sociales acumuladas desde 1979 en contra de tres ejes, el modelo empresarial neoliberal, la clase política que estableció un estado de partidos, y la desinstitucionalización del estado nacional³¹. Sobre este último punto existen varios hitos que confirman lo afirmado por Paz y Miño, como el desconocimiento del nombramiento de la Corte Suprema de Justicia en el período de Febres Cordero y su influencia en la administración de justicia o las caídas de presidentes con el apoyo de los militares, los reiterados juicios políticos a los miembros del Tribunal Constitucional por resoluciones adversas a mayorías parlamentarias, y en general el desconocimiento de las instituciones estatales y de las normas constitucionales.

Ramírez por su parte hace un recorrido por lo que denomina la descomposición institucional y atrofia hegemónica, para demostrar que detrás del proceso constitucional existe un extenso proceso social que se vino construyendo a partir del descalabro de las instituciones, señalando como punto de partida el enjuiciamiento político de Alberto Dahik en 1996 por parte de su ex coideario, León Febres Cordero³². Con lo señalado queda claro que la valoración política sobre el actual régimen resulta insuficiente para explicar toda la profundidad del proceso constituyente.

Los rasgos autoritarios de una persona o gobernante, que se manifiestan en la criminalización de la protesta pública, en los juicios por opiniones y ataques a la libertad de prensa, en la intolerancia y la descalificación, en el uso inadecuado de los vetos presidenciales, nos ayudan a apreciar que el régimen presidencial no es el más adecuado.

16. El hiperpresidencialismo, el caudillismo y la plurinacionalidad

El presidencialismo, según Rafael Balda³³, se caracteriza por (1) un presidente

31 Ver Juan Paz y Miño Cepeda y Diego Paz y Miño, "El proceso constituyente desde una perspectiva histórica", en Revista La Tendencia, *Análisis de la Nueva Constitución*, ILDIS, 2008, pp. 39-40.

32 Ver Franklin Ramírez Gallegos, "El proceso constituyente y tránsito hegemónico", en Revista La Tendencia, *Análisis de la Nueva Constitución*, ILDIS, 2008, pp. 55-66.

33 Rafael Balda Santistevan, "Hacia un nuevo sistema de gobierno", en Ramiro Avila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 172.

que concentra las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno; (2) el presidente es elegido por voto popular; (3) el mandato del presidente está sujeto a período fijo; (4) el presidente designa y destituye libremente a sus ministros. Como es sabido, la Constitución del año 2008 pretendía dar soluciones a una crisis institucional, que venía arrastrándose algunos años atrás: todo poder del estado, en varios períodos, ha terminado arbitrariamente irrespetado. Más de un tribunal constitucional, corte suprema, función electoral, parlamento y presidente ha dejado de cumplir sus funciones mediante formas inconstitucionales de ejercicio del poder.

La Constitución de Montecristi apostó por el mantenimiento del presidencialismo, pero en lugar de amenguarlo o de atenuar sus debilidades, lo incrementó y lo supervalorizó. De ahí el nombre común de “hiper-presidencialismo”. La función ejecutiva ejerce mucho poder y tiene la última palabra en el sistema político, a este poder otorgado por la Constitución lo podemos denominar con propiedad como “hiper presidencialismo”.

Varios hechos históricos y fenómenos políticos explican la existencia arraigada del presidencialismo en Latinoamérica y en Ecuador: (1) el pensamiento bolivariano, (2) la tradición colonial, (3) la influencia del constitucionalismo norteamericano. Lo cierto es que el presidencialismo es el mejor sistema para engendrar caudillos. El caudillo representa la personalización del poder, la subordinación de las formas de organización política a una persona (tanto en partidos políticos, organizaciones sociales como en el gobierno), el sometimiento del poder legislativo y judicial, la corrupción del poder y el ejercicio despótico, demagógico o paternalista del poder.³⁴

¿La inestabilidad política que ha vivido el Ecuador en estos últimos años de retorno a la democracia tiene que ver con el régimen presidencialista? Sin duda es difícil dar una respuesta categórica y deben existir muchos factores de carácter político que la expliquen. Sin embargo, como hipótesis de trabajo (que no estamos en condiciones de demostrar en este trabajo), conviene afirmar que el presidencialismo es una de las causas más importantes para la inestabilidad política.

Dado el proceso político que ha existido en Ecuador desde el año 1990, cuando tuvimos la gran primera movilización indígena, hasta la Asamblea Constituyente del 2008, resulta difícil pensar que la Constitución fruto de esa Asamblea sea producto de un caudillo. Sin embargo, quizá producto de la tradición arraigada o quizá porque efectivamente ejercía el liderazgo más visible el economista Correa, nadie cuestionó que el modelo de organización del poder sea el presidencialista.

34 Véase Jorge Carpizo, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, 2007, p. 68-70.

El presidencialismo no se lleva bien con la participación ciudadana. No hay nada más contraproducente que afirmar que un sistema es democrático y participativo y al mismo tiempo confiar en que la decisión política la toma una persona. La opinión de una sola persona vale mucho más que en debate parlamentario, una consulta previa o una asamblea de un movimiento social. El dilema está en tomar las decisiones colectivamente o confiar en que una persona lo haga. El presidencialismo resuelve el problema apostando por la segunda opción. Y esto no es lo más democrático ni lo más deseable.

Finalmente, el régimen presidencial no es la mejor opción en un sistema plurinacional. Si bien un liderazgo fuerte puede explicar la consolidación de un Estado nacional dentro de una sociedad diversa y compleja, como fueron nuestras nacientes repúblicas; esto no es un justificativo racional para seguir manteniendo un esquema en una sociedad política que se reconoce expresamente como plurinacional y diversa. Una persona no puede representar en sí misma toda la complejidad social ni todas las diversidades existentes en nuestro país. De ahí que el presidencialismo no es la mejor opción para un estado plurinacional de derechos y este es un gran déficit de la Constitución de Montecristi.

IV. La utopía andina

17. La utopía constitucional y la realidad

La historia constitucional del Ecuador ha sido una novela de realismo mágico y de constituciones hechas a la talla de los caudillos de turno. La constitución está escrita para otro mundo. El mundo del Ecuador es muy diferente al que la Constitución dibuja y no requiere una constitución ideal, hipotética, llena de buenas intenciones, llena de análisis conceptuales, pero que no conozca realidades, y este es el drama de América Latina y del Ecuador.³⁵

Si se lee la Constitución del Ecuador, en ella encontramos tres reivindicaciones que corresponden a tres movimientos emancipadores. En la parte dogmática de la Constitución encontramos los derechos de libertad, que reivindicaron los movimientos libertarios, como la autonomías y las libertades; están los derechos sociales, que reivindicaron los movimientos obreros y campesinos fuertemente influenciados por el marxismo, como el derecho a la salud y educación; y están los derechos culturales, que reivindicaron los movimientos indígenas y feministas, como la no discriminación y el respeto a la diversidad. Todas estas reivindicaciones han tenido detrás personas que han sufrido históricamente formas de opresión, y

35 Fabian Corral, "Debate sobre Neoconstitucionalismo", *op. cit.*, p. 88.

eso no se puede despreciar.³⁶ Sería un error enorme decir que lo liberal no tiene sentido cuando ha sido un avance enorme en la historia y en el pensamiento; pero creo que es un error igualmente enorme pensar que solo lo liberal y lo individual es lo que tiene que reivindicarse. Esta perspectiva me parece errada y miope, restrictiva e inadecuada.

En cuanto al realismo mágico, la historia constitucional del Ecuador y la utopías, algunos comentarios. La gran mayoría de las constituciones están hechas efectivamente a la talla de los caudillos de la época. Si miramos a nuestro constitucionalismo, ustedes van a ver que las constituciones del siglo XIX todas son muy parecidas y no cambian sustancialmente. La única función que tuvieron aquellas constituciones fue legitimar el poder del presidente de turno. En la historia del Ecuador básicamente hay cuatro constituciones: la una es la que funda la República del Ecuador en 1830, la otra es la constitución liberal de 1906, que establece la separación del Estado con la Iglesia, la tercera es la que instaura el constitucionalismo social, que se combinan entre la del 29 y la del 45, finalmente la cuarta, la del 2008, es la que establece el constitucionalismo cultural y que junta todos los movimientos y todas las reivindicaciones emancipadoras. Esta categorización vale en perspectiva de derechos. En cuanto al poder político en general y al poder ejecutivo en particular, todas tienen el defecto de fortalecer al presidencialismo. En un par de debates con el Doctor Luis Fernando Torres, él ha afirmado que cuando se acabe este gobierno, se acabará la Constitución. Esto sólo pasará si es que -y eso es un error que está cometiendo el gobierno- se asocia e identifica la constitución con el gobierno. En cambio, cuando la Constitución es vista como la manifestación de los procesos de lucha histórica, que vienen desde décadas atrás y que se plasma en los contenidos de los derechos, la Constitución, al menos la parte dogmática, está destinada a perdurar.

Por otro lado, no puede haber Constitución en el mundo moderno que no tenga un contenido Utópico. Ni la de Estados Unidos, que es famosa por ser parca, ni la de Francia, y por supuesto ni la de Ecuador, pueden dejar de ser utópicas. El ideal utópico, que se plasma en los derechos, es la luz que guía el quehacer de una comunidad política y social. Si el ideal se cumple, deja de ser utópico. Por otro lado, siempre va a haber una brecha enorme entre lo que se quisiera conseguir con los derechos y lo que pasa en la realidad. Yo me pregunto: ¿no quisiéramos que todos los seres humanos en este país, todos lo que vivimos en este país, tengamos, ejerzamos y gocemos de los derechos a la salud, educación,

36 Véase sobre los movimientos emancipatorios, sus luchas, sus conquistas y sus déficits Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, New Directions in critical theory, Columbia University Press, New York, 2010.

seguridad social, seguridad jurídica y ciudadana, libertades, vida, integridad? Si eso es lo que queremos, entonces esa es la utopía por la que tenemos que luchar y vivir. Esa utopía, ese sueño de Ecuador, está planteada en la parte dogmática de la constitución.

La utopía tiene dos funciones fundamentales. La una es criticar y la otra es transformar o emancipar. En la función utópica hay crítica, enfrentamiento con la realidad, desenmascaramiento de las ficciones que la sostienen, hace que la realidad sea insostenible. “La utopía representa el esfuerzo por reintroducir la imaginación transformadora en una realidad reacia al cambio. El discurso utópico ataca, así lo pretende, los procedimientos de reproducción del *statu quo*.”³⁷ En cuanto a la transformación, la función emancipadora significa un abrirse a un futuro en el que se pretende que no exista dominación ni exclusión. Este futuro no repite lo dado, aunque puede inspirarse en un pasado prehispánico, como es el caso de la utopía andina que propone la Constitución de Montecristi. En palabras de Arturo Roig, “la utopía de base, la que resume todo el pensamiento utópico en general, la liberación del ser humano respecto de sus diversas formas de alienación, el nacimiento del “ser nuevo”, que cada época emergente exige, se irá expresando con los andamiajes propios de cada cultura, de cada grupo humano, de cada tiempo.”³⁸ Puesto que la opresión siempre pone en marcha la función emancipadora de la utopía. Siempre.³⁹

18. Reflexiones finales: el saber indígena y la utopía andina

Conviene plasmar algunas palabras sobre la utopía occidental de los derechos y también sobre la “el saber” indígena invocada muy reverencialmente en este ensayo. Toda declaración de derechos en las constituciones siempre como ha quedado dicho -y no puede dejar de serlo- debe ser utópica y plantear una realidad que, siendo difícil, es deseable luchar porque se la consiga. Todos y cada uno de los derechos significan una aspiración y un problema por superar. Si se establece que hay derecho a la nutrición es porque hay niños y niñas desnutridos crónicos, si se reconoce la dimensión positiva del derecho a la vida es porque hay mortalidad infantil, si se establecen los derechos del buen vivir es porque hay un modelo de desarrollo que aplasta e impide el ejercicio de todas las potencialidades del ser humano, si se establece la igualdad material es porque vivimos en una sociedad

37 Horacio Ceratti, “La latinidad: ¿discurso utópico o discurso mítico?”, citado por Arturo Andrés Roig, “El discurso utópico y sus formas en la historia intelectual ecuatoriana”, en Arturo Andrés Roig, edit, *La utopía en el Ecuador*, Quito, Banco Central del Ecuador y Corporación Editora Nacional, 1987, p. 23.

38 Arturo Andrés Roig, *op. cit.*, p.48.

39 Arturo Andrés Roig, *op. cit.*, p. 49.

que perenniza la exclusión. Si se establece los derechos de la naturaleza es que la capa de cemento que nos separa de la tierra no sólo nos separa dos centímetros sino un millón de años luz de lo que realmente somos: tierra o polvo.

Por otro lado, los derechos son siempre una herramienta contra el poder que tenemos, en terminología de Ferrajoli, los más débiles. Desde la lógica del poder, los derechos subvierten el *status quo* y se convierten en un arma para eliminar “privilegios fundados en inequitativas relaciones de poder”⁴⁰.

Así que los derechos que sustentan la Constitución y la doctrina neoconstitucional no sólo son falsas promesas sino que son instrumentos de lucha y mundos en los que queremos vivir.

Se podrá afirmar, al apelar a la filosofía andina, que estamos idealizando el mundo indígena y que estamos resucitando al “buen salvaje”. Pero aún suponiendo que los indígenas andinos están tan aculturizados que lo que se afirma en relación a su concepción de la *Pachamama* y del *Sumak Kawsay* no es cierto, nadie nos quita que la concepción de un indígena pre colonial o de unas concepciones que nos pueden ayudar a alcanzar el buen vivir son importantes, por ello debemos rescatarlas o crearlas.

La *Pachamama*, de alguna manera, se está rebelando. El calentamiento global y las consecuencias en la vida humana es una de sus manifestaciones. A diario leemos noticias que nos hablan de desequilibrios ecológicos. Por un lado, hay unas terribles sequías y seres que se mueren por no tener agua ni alimentos; por otro lado, hay unas terribles inundaciones y seres que también se mueren en cambio por tener demasiada agua y no tener vivienda ni medios de subsistencia por las inundaciones. ¿Será que el ser humano no ha sido capaz de comprender la rebelión de la naturaleza? Cuando uno lee sobre los grandes foros económicos mundiales y sus resoluciones, la primera reacción es pensar que no somos aún sensibles ante estos problemas humanos. Pero también cuando uno mira y aprende sobre la lucha que muchos movimientos sociales realizan para denunciar y promover una relación más armónica con la naturaleza, no puede sino tener la esperanza firme de que las cosas pueden cambiar.

La *Pachamama* y el *Sumak Kawsay* establecidos en la Constitución del Ecuador es al mismo tiempo un hito en una lucha de movimientos sociales y un comienzo. Las constituciones y los derechos fundamentales, al final, siempre son

40 Mario Melo, “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, p. 53.

armas ficticias, etéreas y abstractas que pretenden regular relaciones basadas en el poder. Es más fácil exigir cuando un sistema jurídico ha reconocido un derecho que hacerlo sin él. Pero el derecho como las garantías jurídicas no son suficientes. Estas conquistas jurídicas se nutren de las luchas y de los movimientos sociales. También los grandes cambios se nutren y requieren “esfuerzos audaces y mentes abiertas”⁴¹. Se ha demostrado históricamente que los poderosos nunca han cedido sus privilegios de forma voluntaria sino que lo han hecho gracias a la lucha y a la presión de la gente.⁴² Esa lucha en Ecuador y en Bolivia tienen múltiples caras y organizaciones, muchas comunidades y personas que han jugado su vida resistiendo, en ellas encontramos las claves para construir una utopía diferente, más armónica y posible.

El constitucionalismo andino funde dos utopías centrales para buscar una alternativa postcapitalista. La una es la propuesta emancipadora de los derechos humanos, que tiene un origen occidental, y la otra es la propuesta andina, que propone el respeto a la naturaleza y la armonía de todos los seres. El mecanismo es un estado plurinacional y el medio es la interculturalidad. La Constitución ecuatoriana nos da luces para seguir construyendo este camino. Faltan muchas respuestas, pero el reto está planteado.

Bibliografía

- Acosta, Alberto, “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces” en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009.
- Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (editores), “Serie sobre el debate constituyente”, Abya Yala.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- Avila Santamaría, Ramiro, “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores), *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador y Corporación Editora Nacional, 2009.

41 Alberto Acosta, “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces” en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, p. 15.

42 Véase Gerardo Pissarello, “los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática participativa y multinivel”, en *Los derechos sociales y sus garantías*, editorial Trotta, Madrid, p. 111.

- _____, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Abya Yala, 2011.
- Balda Santistevan, Rafael, "Hacia un nuevo sistema de gobierno", en Ramiro Avila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos, "Elementos para una defensa de las tesis del neoconstitucionalismo", en *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Carbonell, Miguel y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- _____, *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, 2007.
- Comanducci Paolo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Corral, Fabian y Ramiro Avila Santamaría, "Debate sobre Neoconstitucionalismo", en Salim Zaidán (editor), *Neoconstitucionalismo, libertad de opinión y derecho a la honra*, Quito, PUCE, AED y Fundación Hanns Seidel, 2012.
- Ferajoli, Luigi *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, Séptima Edición, 2005.
- _____, "Derechos fundamentales y patrimoniales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001.
- _____, *Derecho Penal mínimo y otros ensayos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, México, 2008.
- Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, New Directions in critical theory, Columbia University Press, New York, 2010.
- 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 jurídicos críticos*, Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) y Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- Habermas, Jürgen *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- Melo, Mario, "Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana" en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la*

- Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Moroso, Juan José, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Paz y Miño Cepeda, Juan y Diego Paz y Miño, “El proceso constituyente desde una perspectiva histórica”, en Revista La Tendencia, *Análisis de la Nueva Constitución*, ILDIS.
- Pissarello, Gerardo, “los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática participativa y multinivel”, en *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, editorial Trotta.
- Prieto Sanchís, Luis y Juan Antonio García Amado, “Debate sobre el neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007
- Ramírez Gallegos, Franklin, “El proceso constituyente y tránsito hegemónico”, en Revista La Tendencia, *Análisis de la Nueva Constitución*, ILDIS, 2008.
- Roig, Arturo Andrés, *La utopía en el Ecuador*, Quito, Banco Central del Ecuador y Corporación Editora Nacional, 1987.
- Stiglitz, Joseph, *The roaring nineties. A new history of the world’s most prosperous decade*, New York, Norton, 2003. Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, UPS-Abya Yala, 2010.
- Torres, Luis Fernando, “El presidencialismo constituyente y el Estado constitucional de Montecristi”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores), *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador y Corporación Editora Nacional, 2009.
- Trujillo, Julio César y Ramiro Avila Santamaría, “Los derechos en el proyecto de Constitución”, en *Análisis Nueva Constitución*, Revista Tendencia, ILDIS, Quito, 2008.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2 edición, 2002.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 4ta edición, 2002.
- Zavala Egas, Jorge *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Lima, Edilex S.A. Editores.

La reelección presidencial: el caso peruano

Domingo García Belaunde

Sumario

1. Precisiones previas. 2. Una ojeada sobre los hechos. 3. Las constituciones en lo relacionado con la reelección. 4. Sobre los textos y los hechos. 5. El eco en la realidad latinoamericana. 6. Algunas reflexiones a modo de balance.

1) Precisiones previas

El problema de la reelección presidencial requiere algunas precisiones preliminares y sobre todo fijar sus alcances, empezando por el término mismo.

Así, lo primero que hay que tener presente es que para los fines de esta ponencia, lo que se busca es un enfoque jurídico, o sea, ver cómo legalmente se ha planteado el problema de la reelección presidencial, en concreto del titular del Poder Ejecutivo. Esto es, no cómo en la práctica por métodos o medios extra-legales se ha producido la reelección, sino la manera en que ha logrado institucionalizarse a través de instrumentos y formalidades jurídicas. Y aclarado esto, ver en que medida dicha formalidad legal pretendía un fin legítimo y transparente o por el contrario lo que buscaba era mantener las cosas en su actual *status*.

El segundo punto a tratar es que la reelección debe ser considerada dentro de un régimen presidencial, con todas sus variantes, como las que existen en la América Latina. Sabemos que se dan regímenes presidenciales en otros lugares del planeta (sobre todo en la madre del modelo que es los Estados Unidos) pero es importante no olvidar el contexto al cual nos dirigimos, pues en él nos movemos. Muchas veces las mismas instituciones no son idénticas en su funcionamiento, cuando el contexto y los antecedentes históricos son distintos y difieren entre sí. No consideramos la reelección en los sistemas parlamentarios, pues la estructura del gobierno es distinta y sus alcances también lo son. Y también sus consecuencias.

Otro punto importante a considerar es la estructura del Estado, es decir, si es unitario o federal. Y en el caso de países unitarios, si tienen o no una avanzada estructura de descentralización o si por el contrario son centralistas. Y esto por cuanto si existe un estado federal que funciona de a verdad, entonces el poder presidencial no es absoluto, sino tiene ciertos límites. Pero lamentablemente, lo que se da en la América Latina, como ha sido señalado por los estudiosos, es un federalismo centralizado con diversas variantes, como son los casos de Argentina, Brasil, México y Venezuela, agravado en algunos casos como en el último de los nombrados, debido al actual régimen político que padece. En los Estados Unidos, el federalismo es una realidad y por tanto siendo el presidente personaje muy influyente en ciertos niveles, no lo es en todo ni en todos los campos.

Aspecto que hay que considerar también es el tema de la persona. Esto es, la reelección se refiere a que la misma persona sea la que continúe de inmediato en el cargo. Es decir, una persona de acuerdo a mecanismos legales- el presidente en funciones -postula al mismo cargo y obtiene la reelección. Existen sin embargo casos en los cuales no se da una reelección en sentido estricto, pues el Presidente en ejercicio se las ingenia, por mecanismos legales, para buscar un *alter ego* que lo remplace, o sea, le cuide el puesto mientras pasa un periodo y así él pueda volver tranquilamente al poder. Es el caso clásico del dictador Juan Vicente Gómez en Venezuela, y más cercano en el tiempo Rafael Leonidas Trujillo en República Dominicana. Y con otros matices, es el de Cristina Fernández de Kirchner, quien sucedió a su esposo (Néstor Kirchner) en el poder político (2007). En éstas y en otras situaciones parecidas, no se dio la reelección en sentido jurídico estricto, sino un fenómeno de carácter político al que podría calificarse como "continuismo", que es una típica figura mañosa y en cierto sentido fraudulento. Es decir, se mantiene la máscara de la no reelección, pero todo sigue igual como antes.

Tampoco debemos considerar- pero no olvidar - el caso de personajes que desde el poder dan un golpe de Estado y luego continúan en otro periodo, pero bajo la modalidad de una nueva constitución o un nuevo aparato normativo preparado a la medida, como es el caso de Bordaberry en el Uruguay (1973) y el de Fujimori en el Perú (1992).

Hay, en fin, otros como el representado por Campora (1973) en la Argentina, quien postuló a la Presidencia en representación de Perón, que no podía hacerlo pues estaba proscrito del país, y tan pronto pudo renunció al cargo, dejándole el camino abierto a quien representaba, que volvió así a la presidencia de la República.

Y existen otras figuras más que habría que analizar, pero que, como repito, no están dentro del marco estricto de nuestro propósito. Es decir, una reelección o no

reelección que corresponda a los hechos y que se encuentre institucionalizada y con apariencia de autenticidad.

Un último punto a considerar es de qué reelección estamos hablando. En principio, la tendencia y la doctrina tradicional latinoamericana, está o ha estado en contra de la reelección inmediata, o sea, de la que sigue inmediatamente después, es decir, continuidad sin espacio de tiempo entre un periodo y otro y esto es lo que ha sido rechazado como tendencia general. Más aun cuando se ha querido proscribir la re-reelección, o sea, no una reelección inmediata, sino dos o incluso indefinida, como es el caso de México.

Con lo cual queremos decir que en la mira de la crítica ha estado el tema de la reelección inmediata. Y frente a esto muchas veces lo que se ha establecido es la reelección pero mediata, o sea, mediando un periodo presidencial o incluso dos, como fue el caso de Venezuela en la Constitución de 1961, pese a lo cual Rafael Caldera respetando ese lapso, volvió a la Presidencia.

Caso singularísimo de reelección indefinida es la de Joaquín Balaguer, quien fuera presidente en República Dominicana durante seis periodos, prácticamente uno detrás del otro con un breve intervalo, y que cubrió un largo periodo, al amparo de la Constitución entonces vigente. Y que se explica como parte de la pesada herencia trujillista, de la que Balaguer fue servidor y áulico prominente.

Y otro fenómeno recurrente, sobre todo en la política peruana, es que generalmente quien ha sido presidente una vez, a través de las urnas, vuelve a la presidencia pasado un periodo, dos o más. Caso singular es Fernando Belaunde Terry, que habiendo sido presidente en 1963, es derrocado en 1968 por los militares y cuando éstos dejan el poder y convocan elecciones en 1980, vuelve a ser elegido después de doce años de gobierno militar. E igual podemos decir de Alan García Pérez (primer periodo 1980 – 1985, segundo periodo 2006 – 2011).

2. Una ojeda sobre los hechos

Los países de la América Latina inician su proceso independentista en 1809- en forma tímida y no muy definida – pero la concluyen, para efectos prácticos en 1824, con la batalla de Ayacucho en la serranía peruana, en donde se da la capitulación de las fuerzas españolas- el último virrey en la América -frente a las fuerzas de Bolívar. Con todo, la resistencia interna solo terminó en 1826, pues un grupo de españoles o realistas se mantuvieron a la defensiva si bien minoritariamente, por lo que podría señalarse esta fecha como la final. No obstante, hay que anotar que el cuadro de la independencia de las nuevas naciones va a continuar hasta 1828, en que nace el Uruguay como país independiente, y luego con la quiebra de

la Gran Colombia nacerán, en 1830, tres países: Venezuela, Colombia y Ecuador. Panamá aparece como país en 1903. Anteriormente, en 1898, había terminado el dominio español en el Caribe (Puerto Rico, Cuba y Guam) y en las Filipinas, como consecuencia de la guerra que se llevó a cabo contra los Estados Unidos.

El Perú, al igual que otros países, declara su independencia algo tarde, en 1821, si bien gran parte del territorio estaba aun en manos de tropas realistas. Pero para efectos formales esa fecha es la definitiva, pues no hay marcha atrás, sino por el contrario, avances que si bien son lentos, consolidan la situación creada.

Pues bien, desde 1821 han pasado 190 años, en los cuales se han sucedido 64 gobernantes, algunos simplemente legales y otros resultados de golpes de estado y sin contar interinazgos o cargos compartidos por breve término, que elevarían este número. De ellos, solo doce presidentes elegidos legalmente han terminado su periodo, lo cual es un dato alarmante y signo de la inestabilidad que se vivía, sobre todo en el siglo XIX.

Por el contrario, se han dado muy pocas constituciones, un total de doce, si bien existen más de veinte estatutos o proclamas normativas que rigen los gobiernos en situaciones de excepción, que son más frecuentes de lo que imaginamos.

Anotado este hecho, o sea, la abundancia de gobernantes, la reiteración de los mismos caudillos – primero militares hasta 1870 y luego civiles –veamos sin embargo que han dicho las constituciones sobre este fenómeno y cuál ha sido su suerte.

3) Las constituciones en lo relacionado con la reelección

Como lo he señalado anteriormente, existen en el Perú, desde 1821 hasta la fecha, las siguientes doce constituciones que pueden considerarse como tales, al margen de otros instrumentos, mucho más numerosos, que han hecho las veces de ellas. Transcribimos a continuación solo los artículos vinculados con nuestro tema. Y son:

i) Constitución de 1823

Art. 74º. El ejercicio del poder ejecutivo nunca puede ser vitalicio, y mucho menos hereditario. Dura el oficio de presidente cuatro años, y no podrá recaer en el mismo individuo, sino pasados otros cuatro.

Esta Constitución es la primera de nuestra historia y fue aprobada solemnemente por nuestro primer Congreso Constituyente. No entró en vigencia, pues la guerra de independencia continuaba y era necesario concentrar plenos poderes en las

fuerzas militares en acción. Además, consagró un modelo en donde el Presidente era prácticamente una sombra del Congreso, lo cual no fue seguido por ninguna de las que la sucedieron.

ii) Constitución de 1826

Art. 77º. El ejercicio del Poder Ejecutivo reside en un presidente vitalicio, un vice-presidente, y cuatro secretarios de Estado.

Esta es la Constitución preparada por Bolívar para el nuevo país, Bolivia, formado sobre lo que se conoció como Alto Perú, y que si bien históricamente estuvo vinculado al Perú, legalmente pertenecía al Virreinato del Río de la Plata desde 1776. Es una constitución que solo estuvo en vigor dos meses y además previa la presidencia vitalicia, que el propio Bolívar pensaba aplicar a su proyectada Federación de los Andes, que jamás se hizo realidad. El proyecto fue rechazado en la Gran Colombia, si bien tuvo una mayor vigencia en Bolivia.

iii) Constitución de 1828

Art. 84º. El ejercicio del Poder Ejecutivo no puede ser vitalicio, y menos hereditario. La duración del cargo de presidente de la República será la de cuatro años; pudiendo ser reelegido inmediatamente por una sola vez, y después con la intermisión del período señalado.

Esta Constitución, que es la que fija el marco conceptual de todo lo que vendrá después, permite la reelección inmediata por una sola vez y por un periodo de cuatro años, lo cual fue concebido como forma de poder continuar con un proceso de reconstrucción y consolidación del país que estaba en sus inicios. Es en rigor la primera constitución peruana y tuvo una gran influencia en las sucesivas constituciones, pero no en este punto, que jamás fue repetido, salvo en circunstancias autoritarias, como veremos luego. Curiosamente, y por las agitadas luchas políticas de la época, la cláusula reeleccionista nunca fue aplicada.

iv) Constitución de 1834

Art. 77º. La duración del cargo de Presidente de la República es la de cuatro años; y ningún ciudadano puede ser reelegido, sino después de un período igual.

Este es el principio que será el que sigan las futuras constituciones y que es la tendencia de nuestra política constitucional hasta el presente. Y si bien no siempre ha sido respetado, es lo que como norma general se ha considerado como ideal normativo.

v) Constitución de 1839

Art. 78°. La duración del cargo del presidente de la República, es la de seis años, y ningún ciudadano puede ser reelegido, sino después de un período igual.

Mantiene el principio anterior, pero introduce como variante la duración del período presidencial, que ahora es de seis años. Es interesante destacar que en la historia política del Perú los períodos presidenciales constitucionales han sido, alternativamente, de cuatro, cinco y seis años. Y nunca más de seis.

vi) Constitución de 1856

Art. 80°. El Presidente durará en su cargo cuatro años; y no podrá ser reelecto Presidente, ni elegido Vice-presidente sino después de un período legal.

Recoge lo anterior pero no introduce novedades. De corte marcadamente liberal, tuvo corta duración.

vii) Constitución de 1860

Art. 85°. El Presidente durará en su cargo cuatro años; y no podrá ser reelecto Presidente ni Vice-Presidente, sino después de un período igual.

Esta es la constitución más importante del siglo XIX y sienta un principio que durará un buen tiempo. Y si bien fue varias veces interrumpida, tuvo una duración formal de sesenta años.

viii) Constitución de 1867

Art. 76°. El Presidente de la República durará en su cargo cinco años; y no podrá ser reelecto sino después de un período igual.

Esta Constitución tuvo una vida breve de pocos meses, siendo restablecida la de 1860, que duró, como ya adelanté, hasta 1920.

ix) Constitución de 1920

Art. 113°. El Presidente durará en su cargo cinco años y no podrá ser reelecto sino después de un período igual de tiempo ¹

Esta Constitución fue fruto de un golpe de Estado en 1919 y de una Asamblea

1 Este artículo tuvo varias modificaciones: la primera por ley 4687 de 1923 que permitió la reelección presidencial: Artículo 1° Reformase el artículo 113 de la Constitución del Estado en la siguiente forma: "El Presidente durará en su cargo cinco años y podrá, por una sola vez, ser reelegido". Posteriormente fue modificado por el artículo 1° de la ley 5.857 de 1927 en estos términos: Artículo 1° "El Presidente durará en su cargo cinco años y podrá ser reelecto".

Nacional convocada para el efecto. Por sanas influencias que tuvo el gobernante al principio (Augusto B. Leguía) estableció que no podría haber reelección inmediata. Luego en 1923 cambió la Constitución permitiendo la reelección por una sola vez y posteriormente en 1927, lo hizo nuevamente para ser reelegido indefinidamente.

Un golpe de Estado lo derrocó en 1930, luego de estar en el poder once años, el más largo periodo ocupado por un solo hombre con las formalidades legales, si bien en la práctica era una dictadura encubierta y en cierto sentido moderna. Lo que pasó en este periodo marcó duramente a la elite política peruana y a todo lo que vino después.

x) Constitución de 1933

Art. 139°. El período presidencial dura cinco años, y comienza el 28 de julio del año en que se realiza la elección, aunque el elegido no hubiese asumido sus funciones en aquella fecha ².

Art. 142°. No hay reelección inmediata.

Art. 143°. (permite la reelección luego de transcurrido un periodo presidencial)

Es la más longeva después de la Constitución de 1860.

xi) Constitución de 1979

Art. 205°. El mandato presidencial es de cinco años. Para la reelección, debe haber transcurrido un periodo presidencial.

Reitera preceptos anteriores.

xii) Constitución de 1993

Art. 112: El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones.

La versión original de este artículo permitió la reelección presidencial por una sola vez, de manera tal que el presidente Fujimori pudo postular nuevamente en 1995, no obstante que de acuerdo con la Constitución de 1979, no lo podía hacer. Sin embargo, intentó por un artificio legal una nueva reelección en 2000 que legalmente también la ganó, con lo cual fue elegido presidente de la República tres

2 La ley N° 11874 de 1952 lo modificó en estos términos: "El período presidencial dura seis años y comienza el 28 de julio del año en que se realiza la elección, aunque el elegido no hubiese asumido sus funciones en aquella fecha". Es decir, aumentó el periodo presidencial de cinco a seis años.

veces consecutivas: 1990, 1995 y 2000. Sin embargo, su período 2000-2005 terminó bruscamente en noviembre de 2000: viajó a Brunei a la cumbre de la APEC y luego se dirigió a Tokio, en donde mediante fax envió su renuncia a la presidencia de la República. Y lo mismo hicieron, sucesivamente, sus dos vicepresidentes. Al producirse esta situación de acefalía, el presidente del Congreso, Valentín Paniagua fue elegido Presidente y se limitó a un periodo transitorio que duró solo ocho meses, tras lo cual convocó a elecciones generales. El ganador de ese proceso electoral fue Alejandro Toledo (2001-2006) al cual siguió Alan García Pérez (2006-2011).

Como consecuencia de estos hechos, es que en el año 2000, tras la caída de Fujimori, se modificó la Constitución y se prohibió la reelección presidencial inmediata. Se retornó así a la tradición constitucional peruana en este punto.

4. Sobre los textos y los hechos

En realidad, y salvo la muy plausible normativa de 1828, recién iniciada la República en medio de una inestabilidad manifiesta y que previó la reelección inmediata, la norma no se ha vuelto a repetir. Es decir, la constante ha sido prohibir la reelección inmediata.

Esto es, desde un punto de vista normativo y siempre y cuando nos limitemos a la historia política-constitucional que guarda las formas. Pero este panorama tiene dos quiebres importantes: el primero es el del periodo de Leguía (1919-1930) el más largo que una persona haya estado en el poder en forma ininterrumpida en el país (bastante discreta si la comparamos con otros gobiernos de la zona) y en segundo lugar, Fujimori (1990-2000). El primero once años y el segundo diez años y meses. ¿Cómo sucedió esto?

Con la excepción de la Constitución de 1828, que tiene su explicación histórica como ya lo indicamos y que adicionalmente no se aplicó, todas las constituciones peruanas han apostado a la no reelección inmediata, permitiendo la reelección transcurrido un periodo. Y las dos únicas veces que esto se modificó, acabó el régimen en forma abrupta y con lamentables consecuencias. Veamos con detenimiento ambos casos.

El primero es el caso paradigmático de Leguía, que ha pasado a la historia como un dictador sin igual, no obstante que no tuvo ni la crueldad ni los niveles de corrupción que se dieron en otras partes de nuestra América. Por el contrario, a la caída de Leguía se le inició un proceso judicial y no se detectó nada que tuviera y que no tenía antes, si bien a su alrededor muchos fueron los que se enriquecieron. Leguía fue sobre todo un hombre sobrio, amante del poder y con una egolatría inmensa, a tal extremo que fue propuesto como candidato al premio Nobel de la

paz, con el apoyo del embajador de los Estados Unidos en el Perú de entonces, que cumplió muy bien su labor.

Leguía llegó al poder mediante un golpe de Estado en julio de 1919 y trató de legitimarse con una nueva Constitución, la de 1920, la cual en su artículo 113 decía expresamente que no estaba permitida la reelección presidencial inmediata por ningún motivo. Luego, en 1923 cambió el mismo artículo constitucional para permitir la reelección presidencial inmediata por una sola vez. Y finalmente, cambió el mismo artículo en 1927 para permitir la reelección presidencial indefinida. Es decir, cumplió varios periodos unos detrás de otros: 1919-1924; 1924-1929 y 1929-1934.... este último no lo pudo terminar, pues una revuelta militar en agosto de 1930 lo desalojó del poder, lo puso en prisión y le inició un juicio inicu y sin garantías. Murió en prisión absolutamente pobre, después de haber sido un hombre acaudalado.

Este único caso de reelección sucesiva por once años marcó fuertemente a la elite política peruana, más aun cuando por el aparato electoral de la época, era más que seguro que dichas elecciones estaban amañadas. Solo en 1931 se intentó crear un organismo electoral técnico y autónomo, el Jurado Nacional de Elecciones, que con altas y bajas ha funcionado hasta ahora.

El segundo caso, más reciente y más patético, es el de Alberto Fujimori. Elegido regularmente en 1990, debía terminar su periodo en 1995. Pero como no se sentía a gusto con los controles parlamentarios, dio un golpe de Estado con el apoyo del Ejército el 5 de abril de 1992, con la idea de quedarse indefinidamente en el poder y hacer o llevar a cabo su plan de gobierno sin cortapisas ni controles. Pero el entorno internacional era distinto y fue obligado a regularizar o poner en orden su gobierno, para lo cual convocó a un congreso constituyente que elaboró la Constitución de 1993, vigente hasta ahora, y que permitía la reelección por una sola vez. Así fue sancionada y pensada en que Fujimori podía reelegirse en ese momento, ya que la derogada Carta de 1979, con la cual él había sido elegido, no lo permitía.

Lo curioso del caso es que un obsecuente parlamento le dio por hacer una interpretación mañosa de la Constitución, y señaló mediante ley 26657 de 1996, que el artículo 112 de la Constitución recién se aplicaría en el año 2000 y que ésta sería la primera reelección, no contando para nada la segunda realizada en 1995. Es decir, Fujimori fue elegido en el año 1990 sin posibilidad de ser reelegido pues la Constitución vigente en aquella época no se lo permitía. Pero fue a la reelección pues lo habilitó por una sola vez la de 1993 y eso no se discutió (no obstante que hubo un debate público y un pronunciamiento al respecto que hizo el

Tribunal Constitucional que aquí no desarrollamos). Pero el año 2000, mediante esta ley capciosa, se interpretó que ésta era la primera reelección, con lo cual se dio la paradoja que Fujimori fue elegido tres veces seguidas, no obstante que la normativa existente solo permitía dos. Y si bien las irregularidades en el proceso electoral fueron pocas, pues había muchos controles, hubo una evidente presión y manipuleo sobre la población que hizo posible su reelección, con la anuencia y apoyo de todo el aparato del Estado. Pero esto a la larga no sirvió de nada, puesto que al poco tiempo, al descubrirse los llamados “vladivideos” que demostraban la corrupción existente en el país (que alcanzaba a los poderes del Estado, los órganos públicos autónomos, medios de prensa hablada, escrita y televisada, con algunas excepciones) se vio forzado a renunciar (noviembre de 2000) frente a la huida de su hombre de confianza y gerente de la corrupción, Vladimiro Montesinos.

Poco después, se volvió al viejo sistema y se prohibió la reelección presidencial inmediata, con la consiguiente reforma constitucional. Y manteniéndose el periodo presidencial de cinco años.

5. El eco en la realidad latinoamericana

Muchas veces lo que pasa en un país, se imita en otros en el llamado efecto “dominó”. De hecho, toda la América Latina vivió durante el siglo XIX el fenómeno del caudillaje y sobre todo de dictaduras de larga duración (Francia en Paraguay, Rosas en la Argentina, Porfirio Díaz en México) que continua en el siglo XX con Juan Vicente Gómez en Venezuela, Stroessner en Paraguay, Somoza, en Nicaragua, Trujillo en República Dominicana, Augusto Pinochet en Chile, y sin olvidar que en la década del cincuenta existieron dictadorcitos de menor duración (Pérez Jiménez en Venezuela, Batista en Cuba, Odría en el Perú, Rojas Pinilla en Colombia, Duvalier en Haití, etc.) lo que ayudó a que el principio de la no reelección se convirtiera casi en una constitución no escrita en nuestros pueblos, como único modo de evitar, si bien no siempre se lograba, las largas permanencias en el poder. Emblemático hasta ahora es el caso de México que mantiene tercamente el principio de la no reelección absoluta y al parecer no piensa cambiarlo, pues es algo consustancial a la constitución histórica de 1917. Si bien se ha discutido mucho la larga presencia del PRI como partido hegemónico.

En el caso del Perú es un hecho que la larga duración en el cargo de ciertos gobernantes, y más aun la los dos casos de reelección sucesivas con visos de legalidad y en pleno siglo XX, han tenido en los hechos, consecuencias desastrosas. Es decir, trajeron cierto orden y progreso material, pero el deterioro moral y de las instituciones dejó hondas huellas en el espíritu nacional. Y por tanto, en el Perú la reelección inmediata se considera funesta. Y en la práctica lo es.

Sin embargo, hay que considerar un hecho importante. Y es que a partir del hecho de que Fujimori propugna y obtiene en 1993 que se consagre constitucionalmente la reelección presidencial inmediata, (bajo el sofisma de que es el pueblo quien debe decidir dicho punto) es que se suceden lentamente, pero sin retroceso, diversos cambios constitucionales en nuestro continente que permiten la reelección presidencial inmediata, que en ese momento no existía con la sola excepción de República Dominicana. Pero esta vez el tema de la reelección reingresa en la escena política con matices propios, como son los casos de Argentina, Brasil y Colombia, cuyos resultados no han sido funestos, sino en veces exitosos y con altos niveles de popularidad (como es el caso de Uribe en Colombia, a quien la Corte Constitucional le negó una tercera postulación inmediata). Dicho en otras palabras, la reelección presidencial ha demostrado que en los hechos puede no ser mala, es decir, puede dar buenos resultados y no conducir necesariamente a la dictadura. No obstante ello, y habiéndose flexibilizado el principio, cabe destacar que ella se limita a un solo periodo.

Problema aparte son los gobiernos que tienen un claro matiz totalitario y violador de todos los derechos, como son los casos de Venezuela (con Hugo Chávez) y Bolivia (con Evo Morales). Un caso especial lo constituye el Ecuador (con Correa, que está en el filo de la navaja, si bien no sabemos por cuánto tiempo a tenor de su discurso) y a nivel de fósil histórico, la anquilosada dictadura cubana, ahora en manos del hermano del líder histórico Fidel Castro, que se debate en un país que se va a pique y cuyo futuro es de pronóstico reservado.

6. Algunas reflexiones a modo de balance

A mediados de la década de 1930, el eminente constitucionalista peruano Manuel Vicente Villarán, escribía lo siguiente al redactar el anteproyecto de Constitución que le encargó el Gobierno de entonces y que serviría, si bien parcialmente, en los debates posteriores que dieron nacimiento a la Carta de 1933:

“La reelección del Presidente de la República es repudiada en el proyecto..... No hay en la América Latina tesis política cuya verdad esté sustentada con más abundante caudal de pruebas experimentales que la tesis que condena la reelección del Presidente. Nuestro propio ejemplo ha confirmado con abrumadora evidencia, la magnitud de los daños que, sin remedio, produce en estas repúblicas” (Exposición de Motivos del Ante-proyecto de Constitución del Estado, Imp.Torres Aguirre, Lima 1931, pág. 25).

Estas líneas fueron escritas tras la larga dictadura de Leguía (1919-1930) y reflejaban una realidad incontestada en aquel momento en nuestro país y

en la América Latina. Pero cabe preguntarse si todavía son válidas hoy en día, ochenta años después de haber sido escritas. Y sobre todo si son aplicables al resto de la América Latina, que sigue viviendo con un modelo que tiene una matriz presidencial de gobierno.

De hecho, como lo he señalado anteriormente, el Perú por iniciativa de Fujimori y con el aval de la OEA, aprobó la reelección inmediata en 1992 y la confirmó constitucionalmente en 1993. Y desde entonces se ha ido expandiendo lentamente, si bien no en forma mayoritaria. Y en muchos de esos casos-como lo son Lula en el Brasil y Uribe en Colombia- no ha demostrado los efectos perniciosos que se han dado en otras circunstancias y en épocas pasadas.

Como recordamos, el principio de la no reelección surgió en nuestra América en el siglo XIX, si bien se asentó tan solo en el siglo XX. Tenía como objetivo introducir, dentro de un sistema de corte o matiz presidencial, un límite a los poderes del presidente: no pretendía más. Es decir, que los gobernantes no se eternizasen en el poder y sobre todo, que fuesen conscientes de que el poder es efímero. Y esto frente a la ausencia de otros controles, pues los formales (el poder legislativo, el poder judicial), en la práctica no funcionaban pues a la larga dependían del poder o no se atrevían a enfrentarse a él.

No nos referimos por cierto a fenómenos patológicos como son hoy el régimen cubano (52 años el mismo régimen y la misma persona, hoy remplazada por su hermano) ni tampoco los aventureros tropicales como es el caso de Hugo Chávez y sus acólitos (Evo Morales en Bolivia). Nos limitamos a casos que tienen la apariencia y seguramente el fondo de una política sería que supone una cláusula constitucional de no reelección.

Una primera respuesta podría ser en el sentido de que el principio de no reelección, de ser absoluto, ha pasado a ser relativo. Esto es, con una mayor libertad en las instituciones, con la madurez de ciertos partidos o movimientos políticos, con el crecimiento y la presencia de una opinión política culta y un contorno internacional más atento a lo que pasa al interior de nuestros países, existen otros controles que impiden los lamentables desbordes que se daban en el pasado reciente (el caso más patético sigue siendo, lamentablemente, el de Trujillo, cf. Robert D. Crassweller, *Trujillo. La trágica aventura del poder personal*, Edit. Bruguera, Barcelona 1968).

No obstante, cabe destacar que hasta ahora lo que se ha intentado -y obtenido- es la reelección inmediata por una sola vez. Es decir, solo dos periodos consecutivos. La excepción a esto es el caso de Fujimori, que siendo elegido por tercera vez consecutiva tuvo que renunciar a los pocos meses. Y la situación de Uribe, que

como sabemos se quedó en el intento, pues la Corte Constitucional le cortó el proyecto. Y aun en el caso de Uribe, que tanto apoyo contó con la opinión pública, se alzaron voces que denunciaron favoritismos y corrupción. En el caso de Menem la situación fue más grave aún.

El problema de nuestros pueblos y sobre todo de sus dirigentes ávidos de poder y de perpetuarse en él, fue bien pintado por Bolívar en su discurso de Angostura de 1819, y es la tendencia al desorden, al desequilibrio y a los excesos. Y para impedir eso hay que tener instituciones solidas, educación en el pueblo y opinión pública que sea un referente del gobernante. Y esto no existe, o existe a medias en nuestra América. En tal sentido, el principio de la no reelección inmediata sigue teniendo importancia, si bien hay que aceptar que se ha relativizado, o sea, ha creado un espacio que constituye todavía una excepción y sobre lo cual aun no puede decirse la última palabra.

Y considerado, por cierto, solo como una reelección, o sea, como dos periodos seguidos. No más allá de esto.

Algunos comentarios pueden servir para explicar esta proclividad a continuar o a perpetuarse en los cargos: y es que por un lado hemos heredado una tendencia histórica de gobernantes fuertes que se inicia en el periodo de la conquista española - y quizá antes con las culturas precolombinas - continúa durante el periodo colonial y finalmente adoptamos un modelo presidencial porque no existía otro en aquel momento. Y porque sentimos que era necesario el poder fuerte y centralizado para evitar el caos que, pese a todo, sufrió todo el continente durante el siglo XIX y que ha sido superado lentamente en las primeras décadas del siglo XX.

A lo anterior, debe añadirse que no se han dado -también por razones históricas - motivos como para formar una elite, pues jamás fuimos educados en el autogobierno. Y la explosión demográfica de las últimas décadas lo único que ha hecho es aumentar las demandas de una población necesitada de lo mínimo, pero que no tiene la menor formación ni tampoco ningún tipo de conciencia cívica, que se contentan fácilmente y con muy poco.

Todo lo cual se refuerza con la ausencia en la América Latina de partidos políticos organizados, sólidos y con tradición, salvo contadas excepciones que se dan en algunos países (México, Colombia, Uruguay, etc.). Para concretarnos solamente al caso del Perú, hemos tenido en el siglo XIX un solo partido organizado (el Partido Civil, 1870-1919) y en la actualidad solo el Partido Aprista Peruano, fundado en 1930. Lo cual, sin lugar a dudas es muy poco para un continente tan grande y sobre todo con tantas carencias y con tantos reclamos.

Salvando las excepciones que existen -reelección inmediata por una sola vez - creo que conviene, por lo menos en las actuales circunstancias y mientras no cambie el entorno político-social - mantener el principio de la no reelección inmediata. Problema aparte es la reelección pasado uno o dos periodos, que tiene otro tipo de problemas, pero no tan complicados ni con tantos peligros. Y un tópico adicional: la necesidad de contar con organismos electorales autónomos que garanticen la pureza del sufragio y la autenticidad de los resultados electorales.

Lima, marzo de 2011
Revisado en julio de 2012

Bibliografía

Un gran panorama histórico puede verse en José Tamayo Herrera, *Nuevo compendio de Historia del Perú*, Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma, Lima 2010. Sobre el periodo republicano, la obra clásica es la de Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, Edic. Orbis Ventures, 18 tomos, Lima 2005; un tratamiento más breve, Percy Cayo, *República*, Edic. Orbis Ventures, Lima 2004. Para una mayor incidencia en el mundo político, cf. Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República*, 3 tomos, A.CH. Editores S.A., Lima 1991. Sobre el tema de la reelección existen infinidad de publicaciones anónimas, artículos periodísticos, ensayos, folletos, etc., pero no estudios rigurosos ni orgánicos. El único relativamente reciente es el de Alberto Otárola Peñaranda, compilador, *Reelección presidencial y derecho de referéndum*, Foro Democrático-Fundación H. Seidel, Lima 1997 (con colaboraciones de Alberto Borea Odría, Franklin Pease G.Y., Domingo García Belaunde, Pedro Planas, Enrique Bernaldes Ballesteros, Valentín Paniagua Corazao, Agustín Haya de la Torre, Francisco Miró-Quesada Rada, Carlos Mesía Ramírez, Ángel Delgado Silva, además del propio Otárola).

En cuanto a los dos únicos casos de reelección prácticamente indefinida que ha tenido el Perú, cf. Pedro Planas, *La república autocrática*, Lima 1994 (trata el régimen de Leguía) y Sally Bowen, *El expediente Fujimori*, Lima 2000. Con una mira más general, cf. Hugo Neira, *El mal peruano*, Lima 2001.

En cuanto a lo estrictamente constitucional, cf. José Pareja Paz-Soldán, *Historia de las constituciones nacionales (1812-1979)*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2005. Los textos pueden verse en Domingo García Belaunde, *Las constituciones del Perú*, 2 tomos, Fondo Editorial, Universidad San Martín de Porres, Lima 2006. Un gran panorama sobre el problema de la irregularidad en la sucesión en el mando supremo desarrollado históricamente desde el siglo XVI, pero centrado en los hechos violentos, cf. Gral. Felipe de la Barra, *Objetivo: Palacio*

de Gobierno, Editorial Juan Mejía Baca, Lima 1967 (curiosamente este libro entró en circulación meses antes del golpe de Estado de 1968, que era precisamente lo que censuraba).

En relación con América Latina, existe infinidad de literatura por países, así como tratamientos globales, que muchas veces exceden el ámbito político. Entre otros, vid. Carlos Pereyra, *Breve historia de América*, Edit. Aguilar, Madrid 1941; Manuel Fraga Iribarne, *Sociedad, política y gobierno en Hispanoamérica*, Instituto de Estudios Políticos, 2da edición, Madrid 1971; Francisco Morales Padrón, *América Hispana*, Editorial Gredos, Madrid 1986 (es el tomo 15 de una Historia de España) y sobre todo la monumental *Historia de América Latina*, dirigida por Leslie Bethell, Ed. Crítica, Barcelona (a partir de 1991, con reimpressiones), en especial el tomo 10 en adelante.

Legitimidad de la justicia constitucional y ejercicio de las garantías: Una aproximación a propósito de la acción de protección.

Dr. Marco Navas Alvear¹

Sumario

I. Importancia, modelos y sistema de Justicia Constitucional en el Ecuador.
II. El debate sobre la legitimidad y los criterios. III. Situación en el Ecuador:
algunos rasgos. IV. Reflexiones finales.

Abstract:

Los sistemas de justicia constitucional han sido objeto de constantes cuestionamientos en relación con la legitimidad de sus actuaciones en las democracias modernas. Esta condición es particularmente manifiesta en casos de regímenes caracterizados por débiles mecanismos de separación entre los poderes, que presentan prácticas autoritarias o bien, cuyos rendimientos resuelven son modestos, entre otros factores.

Este ensayo examina el papel de la Acción de Protección como garantía jurisdiccional principal en el marco del reforzado sistema de justicia constitucional ecuatoriano. Interesa reflexionar en qué medida esta garantía contribuye, desde un punto de vista teórico, a compensar una falta de legitimidad del sistema, al convertirse en un mecanismo de vinculación entre el juez constitucional y los ciudadanos. Interesa además, destacar algunas potencialidades de esta acción como forma de legitimación de la justicia constitucional cuando es implementada de forma efectiva, pero también se revisan algunos rasgos que definen la realidad de la aplicación de esta garantía jurisdiccional.

1 Doctor en jurisprudencia y Phd en ciencias políticas, Coordinador del Programa de Maestría y Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar y profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Profesor invitado de la Maestría en Derecho Constitucional de la UEES, marco.navas@uasb.edu.ec, 2993600 ext. 1527.

Al ser producto de una serie de mecanismos indirectos de designación, los sistemas de justicia constitucional han sido objeto de constantes cuestionamientos en relación con la legitimidad de sus actuaciones en las democracias modernas. Esta condición es particularmente manifiesta en casos de regímenes caracterizados por débiles mecanismos de separación entre los poderes, que no cuentan con modalidades transparentes de designación de quienes conforman estos sistemas de justicia, que presentan prácticas autoritarias o bien, cuyos rendimientos en cuanto a los conflictos que resuelven son modestos, entre otros factores.

Este ensayo examina el papel de la Acción de Protección (AP) como garantía jurisdiccional principal en el marco del reforzado sistema de justicia constitucional instaurado en el Ecuador por la Constitución de 2008. Interesa concretamente reflexionar en qué medida esta garantía contribuye, desde un punto de vista teórico, a compensar una falta de legitimidad del sistema, al convertirse en un mecanismo de vinculación entre el juez constitucional y ciudadanos. Interesa así mismo, destacar algunas potencialidades de la AP como forma de legitimación de la justicia constitucional cuando es implementada de forma efectiva. En ese sentido, se explora además, de manera muy somera, algunos rasgos que definen la realidad de la aplicación de esta garantía básica del así llamado Estado constitucional de Derechos y Justicia.

I. Importancia, modelos y sistemas de justicia constitucional en el Ecuador

La legitimidad, de acuerdo a Luis Prieto Sanchís, consiste en “la razón o título en cuya virtud el poder recaba el sometimiento y adhesión de los súbditos; un poder goza de legitimidad cuando es aceptado o se considera justificado por quienes son destinatarios de sus decisiones”². Lo que interesa discutir en este texto es entonces la capacidad de las instituciones del Estado de adquirir adherencia o aceptación por parte de la ciudadanía a la que van destinadas. Un punto de partida es el proceso democrático en virtud del cual una sociedad organizada en un Estado (nacional o plurinacional) se impone un proyecto de vida. Tal proyecto se cristaliza en una constitución. Ella organiza una serie de instituciones, mecanismos, principios y derechos que permiten plasmar tal proyecto, que es en esencia un proyecto político.

Una sociedad acepta la constitución mediante un procedimiento de elección de este instrumento instituyente y organizador, por mayoría, aunque tal instrumento debe contemplar reglas y principios que protejan a todos los miembros de esa sociedad, incluso quienes la han rechazado. Además, a partir de la implementación de tal procedimiento, que abarca la discusión y la formación del texto constitucional

2 L. Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2005, p. 36.

y luego, su sometimiento a la ciudadanía mediante referendo, la constitución se vuelve imperativa para todos. Se transforma en norma suprema de la que deriva el ordenamiento jurídico. Como subraya el autor ya citado, el sistema de derecho contempla no solo normas que reconocen derechos e imponen obligaciones a los ciudadanos (denominadas normas primarias) sino otras que conforman un conjunto más o menos complejo que desempeñan entre otras funciones las de identificar a las normas primarias, organizar a las instituciones llamadas aplicar las normas y designar las autoridades de estas, además de instituir los órganos encargados de estas tareas (llamadas estas normas secundarias). Se trata pues de que el sistema jurídico como uno de sus rasgos más sobresalientes se halla institucionalizado³.

La justicia constitucional y constitucionalización han sido temas relevantes en el marco del debate sobre el estado de derecho y la democracia⁴. En particular, en América Latina, la institucionalización en distintas modalidades de cortes o tribunales constitucionales y de procedimientos apropiados ha contribuido a la justiciabilidad de los derechos constitucionales ha respondido, por una parte, a las demandas de resolución de conflictos planteados desde un discurso de derechos y la necesidad de limitar tanto poderes estatales como poderes de los particulares acostumbrados a prácticas abusivas; y por otra, a necesidad de disponer de mecanismos judiciales más adecuados para exigir el cumplimiento de los derechos e ir afirmando la igualdad, la justicia y la democracia en la vida social.

Los sistemas constitucionales de la región han tomado elementos de los dos grandes modelos de justicia constitucional, a saber, el concentrado y difuso. Entre otros ejemplos podemos citar los de Colombia, Bolivia y Ecuador que cuentan con sistemas mixtos que integran dentro de un modelo básicamente concentrado basado en la existencia de un órgano superior y específico de justicia constitucional, competencias de control difuso a cargo de jueces ordinarios.

En el Ecuador, la adopción del modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia ha abierto nuevos horizontes a la dimensión de la tutela de los derechos

3 Op. cit. p. 19

4 Varios autores hablan de una "cuarta ola" de desarrollo constitucional, una de cuyas características sería justamente la constitucionalización de procedimientos judiciales que permitan reclamar derechos. V. entre otros, desde distintas ópticas, los trabajos de Donna L. Van Cott, *The Liquidation of the Past. The Politics of Diversity in Latin America*, Pittsburgh, Pittsburgh University Press 2000; L. Whitehead "Constitutionalism in Latin America: a Long and Winding Road" en A. Barrera, Nolte y Schilling (Eds.) *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective*, Hamburg, GIGA, 2011; Uprimny, R., "Transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencia y desafíos", VIII World Congress of Constitutional Law, México, 2010. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/242.pdf> (consulta 01.09.2012).

constitucionales⁵. Un aspecto destacado es la posición fuerte que ocupa la Corte Constitucional (Título IX, Cap. II CE). Este órgano es la máxima expresión institucional del sistema y posee amplísimas facultades de control político y sobre todo de ser el vínculo entre lo que se ha denominado acertadamente la semántica del sistema y la pragmática del mismo⁶. En otras palabras, se trata de un papel hermenéutico que permite vincular los principios constitucionales a la realidad.

La estructura del sistema de administración de Justicia Constitucional ecuatoriano se compone según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC (Art. 166) de los siguientes órganos:

1. Los juzgados de primer nivel.
2. Las Cortes Provinciales.
3. La Corte Nacional de Justicia.
4. La Corte Constitucional

Es decir, no solo la Corte se encarga de controlar la implementación de la Constitución sino que le acompañan los órganos de justicia ordinaria en cuanto tienen también facultades de control constitucional o bien, aplicando directamente la norma suprema en casos de justicia ordinaria de acuerdo a las facultades establecidas en el Arts. 425, inciso 2 y 426 incisos 2 y 3 CE, o bien resolviendo determinados casos relativos a violaciones de derechos constitucionales. Así, a las juezas y los jueces de primer nivel, les compete conocer y resolver, en primera instancia, la acción de protección y otras garantías, así como la petición de medidas cautelares. Igualmente a las cortes provinciales les compete resolver en segunda instancia acciones como las de protección (Art. 167 y 168 numeral 1 de la LOGJCC).

Como veremos más adelante, la discusión acerca de la relación de la Justicia Constitucional con la política y su legitimación, tiende a centrarse en la actividad de las cortes o tribunales constitucionales⁷, pero hay que ver con mayor atención lo que hacen o deben hacer estas otras instancias del sistema.

5 V. Ramiro Ávila S. "Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia", en, R. Ávila (Editor), *Constitución del 2008 en el contexto andino; análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

6 Julio Echeverría "El Estado en la nueva Constitución" en S. Andrade, A. Grijalva y C. Storini (Eds.), *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, UASB-E / CEN, 2009, p. 13.

7 V. Albert Noguera F. "El neoconstitucionalismo andino: ¿una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?", en *Revista Vasca de Administración Pública* No. 90, Mayo - Agosto 2011, pp. 167-196.

La acción de protección (AP) es la garantía básica y general contra la violación de los derechos constitucionales en el sistema ecuatoriano. Es amplia en el sentido de su legitimación activa y respecto de contra quienes puede interponerse, sea el Estado o los particulares⁸. Su trámite es sumario y las resoluciones que emanan de ella hacen énfasis en la reparación en el caso de violaciones a los derechos, es decir es de naturaleza eminentemente reparatoria⁹. Se trata de un tipo de garantía concreta¹⁰, de espectro amplísimo, es decir, permite proteger todos los derechos constitucionales y aquellos que están previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos, con excepción de algunos concretos como el derecho de acceso a la información personal o pública, o el de libertad cuando alguien haya sido privado ilegal e ilegítimamente de esta, los que están protegidos por garantías específicas como son el hábeas data, la acción de acceso a la información pública y el hábeas corpus, respectivamente.

Estas características le dan a esta garantía jurisdiccional un carácter central en el sistema constitucional como herramienta jurídica para que los ciudadanos de forma individual y colectiva puedan defender sus derechos. Por ello podríamos decir que la AP está más cerca de los ciudadanos, en las situaciones de su vida cotidiana y a la vez, en las situaciones más importantes para cada sujeto individual o colectivo.

Pero no solamente se trata de considerar esta cercanía con la ciudadanía de la AP sino que, a partir de la resolución de los casos seleccionados mediante el mecanismo llamado *certiorari*, debería generarse una jurisprudencia que permita establecer precedentes generales (erga omnes) a ser aplicados en casos análogos donde los principios constitucionales vayan aplicándose para definir posiciones claras sobre situaciones conflictivas (así lo establece el Art 86.5 de la CE y el Art. 25 de la LOGJCC). Entonces, la AP se convierte en una herramienta central para el sistema también en el sentido del desarrollo de los derechos constitucionales, una herramienta de *política del derecho* (rechtspolitik) constitucional.

8 En efecto, la acción de protección persigue el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos constitucionales, en casos de vulneración de los mismos. En el caso del Estado la AP procede: a) por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial o b) contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos. En casos de particulares accionados procede: a) si la violación del derecho por el particular provoca daño grave, b) si presta servicios públicos impropios, c) si actúa por delegación o concesión, o d) si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (Art. 88 CE).

9 Juan Montaña P. "Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección" en J. Montaña y A. Porras (Eds.) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 2, Quito, CEDEC/ Corte Constitucional para el periodo de transición, 2011, p. 105.

10 V. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 856-57.

II. El debate sobre la legitimidad y los criterios

Hay que considerar a la Constitución ecuatoriana actual como un hito en un proceso de transformación política de la sociedad. Uno de sus rasgos positivos es que esta Carta recoge una serie de demandas sociales que se expresan en una nueva variedad de derechos constitucionales¹¹. Estas demandas diversas a su vez podemos suponer que se condensan en dos demandas centrales. La primera tiene que ver con instituir otra forma de democracia. Es así que la Constitución de 2008 incorpora al sistema representativo varios derechos y mecanismos propios de formas de democracia directa, comunitaria, deliberativa y participativa¹², como cabildos ampliados, la silla vacía, la revocatoria del mandato o las veedurías como formas de control social. La segunda demanda relevante, se relaciona con la efectividad de los derechos y consiste en un sistema más efectivo de Justicia a través de la introducción de garantías jurisdiccionales reforzadas¹³. Es allí que la AP adquiere mayor centralidad.

Frente a lo expresado surgen al menos dos interrogantes: ¿Cómo relaciona la Constitución estas demandas? ¿Cómo convive este modelo de democracia, con su mezcla de mecanismos representativos y participativos de acceso y juego político, con un modelo de justicia constitucional de tipo fundamentalmente concentrado?

La relación entre el tipo de democracia y el diseño de la Justicia (constitucional) del Estado Constitucional plantea dos escenarios. Por una parte, podría argumentarse si seguimos la perspectiva del constitucionalismo tradicional¹⁴, que existe un déficit democrático que afecta tanto al órgano que preside el sistema de justicia constitucional como a los procedimientos que se usa para activarlo; esto, en

- 11 Al respecto de cómo el proceso constituyente recoge estas demandas de diversos sectores sociales ver los trabajos de J. P. Muñoz, "Movimientos sociales y procesos constituyentes. El caso de Ecuador 2008", Institut de recherche et débat sur la gouvernance, Paris, (IRG), 2008. Disponible en: <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-451.html> (Consulta 2012-06-07) y Marco Navas A, "La demanda de buen gobierno en el Ecuador. Marco jurídico institucional de la participación y retos de la sociedad civil" en P. Bandeira (Coord.) *El buen gobierno en América Latina*, Madrid, DECIDE, 2012, pp. 89-90.
- 12 V. Marco Navas Alvear, "Derechos a la comunicación y teorías de la democracia. Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano", en Ma. Paz Ávila, R. Ávila y G. Gómez (Eds.) *Libertad de Expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, UNESCO/ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012.
- 13 V. Claudia Storini "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución de 2008" en S. Andrade, A. Grijalva y C. Storini (Eds.) *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, UASB-E / CEN, 2009, pp. 287-312.
- 14 V. Albert Noguera, Op. cit. y R. Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

el sentido de que tal órgano no procede de una elección por parte de los ciudadanos y de que sus procedimientos no están sujetos a control político.

El moderno constitucionalismo usa varios mecanismos para mitigar este déficit democrático. Hay que considerar que una de las bases de legitimación del poder es que este en sus distintas expresiones, está sujeto a control. La Constitución de Montecristi establece distintos mecanismos de control sobre el poder, llamados formas de *poder negativo*¹⁵, unos accionables sin necesidad de recurrir a la justicia constitucional, por ejemplo, las referidas veedurías o la silla vacía, otros a través de la justicia constitucional por vía justamente de garantías jurisdiccionales y procedimientos constitucionales como la acción de inconstitucionalidad o la de incumplimiento. Al igual que estos procedimientos constitucionales, consideramos que la AP al permitir justamente el control del abuso del poder por parte de los ciudadanos en casos concretos referidos a una violación de derechos, puede ser considerada como un mecanismo de poder negativo indirecto, una posibilidad de defensa del ciudadano y a la vez una forma de expresión de su soberanía sobre los poderes constituidos. Los jueces, las cortes provinciales y la Corte Constitucional actúan en el caso de la AP como mediadores en este proceso y sus decisiones permiten intervenir en los asuntos de la sociedad y en el fondo, en los asuntos políticos de ésta.

En efecto, quienes ejercen el poder están vinculados al orden constitucional y limitados por este. Las garantías suponen formas de control de este poder e imposición de medidas de reparación en caso de producirse y comprobarse violaciones. Las garantías son formas procesales especiales que maximizan los derechos. Están vinculadas a la tutela efectiva al acceso a la justicia no solo a nivel de la normativa constitucional sino del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que forma parte del así llamado Bloque de Constitucionalidad del país, al tratarse de normas acogidas por el sistema parte de instrumentos reconocidos por el Estado ecuatoriano como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 25 que establece el acceso a un recurso efectivo que proteja de actos y omisiones violatorios de los derechos fundamentales.

Hay dos consideraciones que hacer en relación con esta intervención judicial. La primera tiene que ver con precisar la fuente de legitimidad, tanto de la iniciativa ciudadana expresada en la AP como de la intervención judicial que la desarrolla. La segunda cuestión se relaciona con el rol del juez al respecto: ¿se trata de un mero y neutral mediador de la iniciativa ciudadana de defensa o le da un *valor agregado* al resultado mediante su interpretación y más bien, con esto refuerza su legitimidad?

15 V. Albert Noguera, op. cit.

En el Ecuador, se ha insistido en que el papel institucional fuerte que hoy por hoy tienen los órganos del sistema de justicia constitucional, entraría en tensión con el diseño democrático. Se argumenta en tal sentido que el modelo produce un efecto de “despolitización” que entrega a un órgano judicial máximo como es la Corte (y a los demás del sistema en su conjunto hay que agregar), la capacidad de legitimar o no el juego político¹⁶. En el otro sentido, se ha insistido también en la necesidad de una actuación técnicamente neutral en la aplicación de principios constitucionales que deben trascender los límites de la ideología¹⁷.

Existe un déficit democrático potencial o formal en materia de justicia constitucional. Déficit que se podría mitigar sin embargo si consideramos a la Constitución como fuente de legitimidad del sistema y al procedimiento de nominación de los jueces como forma de vinculación con la democracia. Por otra parte, es justamente el valor agregado que los jueces puedan darle a sus decisiones desde una perspectiva garantista, lo que no significa una expresión de una ideología partidaria sino de un pensamiento conforme a los valores consagrados en la Constitución, lo que puede fortalecer la vinculación entre democracia y decisiones judiciales. El déficit democrático y las contradicciones son pues, potenciales y relativas. Estas pueden combatirse justamente desde el acercamiento que se haga con la cotidianeidad de los ciudadanos a través de la actuación proactiva de los jueces constitucionales, como ha sucedido en realidades cercanas como la colombiana donde estas prácticas han sido instrumento de un activismo judicial progresista¹⁸.

En suma, planteamos que en la Constitución ecuatoriana el régimen democrático y la demanda de justicia pueden conciliarse en una relación de mutuo reforzamiento a partir de potenciar mecanismos de poder negativo indirecto como la acción de protección. Estos procedimientos vendrían a ser desde el punto de vista de la teoría de la democracia deliberativa, como una forma de poder comunicativo¹⁹, que permite subir las demandas sociales hacia el poder, afirmándolas a través del reconocimiento de derecho vulnerados.

16 Echeverría, op. cit. pp. 19-20.

17 V. en este sentido la argumentación de Hernán Salgado, *Lecciones de Derecho Constitucional* (4ta. Ed. actualizada), Quito, Ediciones Legales, 2012, p. 21.

18 V. entre otras, la argumentación que en tal sentido desarrollan R. Uprimny y M. García Villegas, “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, en B. Souza Santos (Coord.) *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, FCE, 2004, pp. 255-288.

19 V. Juergen Habermas, *La inclusión del otro, estudios sobre teoría política*, Barcelona, Paidós, pp. 234-235.

III. Situación en el Ecuador: algunos rasgos

De cómo se haya desarrollado en la legislación secundaria la acción de protección y cómo se esté implementando en el Ecuador, dependerá si esta cumple o no con estas funciones indirectas de vehículo del poder negativo ciudadano y de legitimación del sistema de justicia constitucional.

Ahora buscamos aproximarnos a este aspecto, estableciendo por una parte algunos criterios centrales, que permitirán posteriores análisis, así como algunos acercamientos a su implementación. Resulta necesario entonces analizar los aspectos prácticos de la AP posicionándose sobre la finalidad o los objetivos que la presiden a la luz de su naturaleza. El contenido de la Constitución hace prevalecer a los derechos sobre cualquier posición de poder, pretendiendo asegurar un modelo garantista de los derechos constitucionales y constituyéndose esta norma suprema como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad en la función de protección de los derechos y garantías. La AP es central en esta tarea como hemos indicado. Habrá que verificar si este parámetro es atendido o desatendido en la práctica, y ello deberá evaluarse tomando en consideración el desarrollo que se le ha dado sobre todo a través de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

En cuanto a los criterios que permiten analizar esa relación entre el derecho en su dimensión normativa y su dimensión fáctica hay que destacar el de efectividad, que se constituye en un principio rector de la tutela judicial sobre los derechos. Igualmente, habrá que tomar en cuenta los criterios de eficacia y eficiencia.

Eficacia se refiere sobre todo a la idoneidad de la norma en función de obtener los objetivos perseguidos por el legislador constituyente. Por tanto, esto hace relación al diseño normativo de la garantía jurisdiccional examinada y su desarrollo legal. Eficiencia se refiere al análisis de los medios con los que se consiguen determinados fines que pueden ser las normas mismas como instrumento o bien las formas de interpretar y aplicar estas, tomando en cuenta además, la optimización de esos medios respecto de esos fines. La efectividad en cambio, se relaciona con la capacidad de realización de las normas a través de la actividad de sus aplicadores y el acatamiento de sus destinatarios²⁰.

La evaluación de estos criterios abarca dos dimensiones: la legislativa que implica desde el diseño de la garantía a nivel constitucional en el marco del

20 El debate doctrinario sobre los criterios mencionados es profuso, entre otras fuentes de consulta podemos citar lo referido al respecto por H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de E. García Máynez, México, UNAM, 1995, p. 30 y ss.; v. también L. Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Madrid, Ariel, 1993, pp. 206 y ss.

modelo general de Estado Constitucional de Derechos y Justicia a la capacidad de desarrollar a través de instrumentos normativos infraconstitucionales los objetivos de la Carta Fundamental. Una segunda dimensión que interesa destacar es la que hace relación a la acción del juez en cada caso para realizar los efectos deseados y un examen de los medios empleados para ello.

Como se precisó ya, este no es un espacio suficiente para un desarrollo a fondo de estos criterios en relación a la AP, lo que se busca por el momento es enunciarlos y proyectar algunas reflexiones que orienten futuras investigaciones. A la vez que, poder examinar algunos hallazgos producto de investigaciones en curso.

En cuanto al diseño de la AP hemos ya enunciado algunas de sus características. Nace en el marco del ampliamente garantista modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, caracterizado por una generosísima parte dogmática, por principios muy favorables a la aplicación de los derechos y por unos principios procesales simplificados. La AP tiene así, en este contexto, un acometido amplio, un diseño contundente, una naturaleza no subsidiaria y un gran énfasis en la reparación. En otras palabras, los objetivos de la AP como garantía central de los derechos en el sistema de justicia constitucional son bastante ambiciosos.

Respecto de la regulación de la AP a través de la LOGJCC, preocupa que se haya reducido la posibilidad de ejercicio de esta garantía. Esta reducción se siente con mayor peso en dos aspectos. La así llamada acción popular establecida en el Art. 86.1 de la Constitución en el sentido de que “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución” es reducida por el Art. 9 de la LOGJCC que faculta solamente a la víctima, es decir la “persona o colectivo vulnerado o amenazado, por sí mismo, por representante o apoderado o mediante el Defensor del Pueblo”.

Un segundo aspecto puede verse en la admisibilidad de la AP. Así el Art. 40 de la LOGJCC pone en duda el carácter vinculante de la Constitución al trasladar al juzgador la facultad de determinar si existe otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado (numeral 3), en cuyo caso la acción no procedería. El 42 de la LOGJCC establece en idéntico sentido, entre las causales de improcedencia de la acción, la siguiente: “4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. Estos condicionamientos que no se hallan ni corresponden con el diseño constitucional de la AP, constituyen una invitación a desconocer el carácter no subsidiario de esta garantía. La Constitución no establece la necesidad de agotar vías judiciales ordinarias para presentar una AP, es más, la perfila como una garantía que se desmarca claramente de las formas ordinarias

de accionar. La ambigua frase “salvo que se demuestre...” abre la posibilidad sin embargo de una interpretación reductiva de la procedencia de la AP. De hecho como más adelante expondremos, los jueces se basan en una interpretación parcial y elemental de esta disposición para evadir la aplicación de la AP, sea inadmitiéndola mediante auto o incluso usando esta norma para denegar la acción.

Además de lo enunciado, aspectos de la calidad con la que el operador de justicia, el juez –y el personal que le ayuda- aplican las normas son relevantes. Así entramos en la segunda de las dimensiones aludidas. Y allí entran entonces otros parámetros a tomar en cuenta al momento de considerar si el juez contribuye o no a la realización de las normas. La calidad de la motivación es uno de esas variables, tanto al momento de la admisibilidad como en la fase de la decisión de fondo, la forma y calidad de la argumentación, los tipos de interpretación (si se trata por ejemplo, de ponderaciones o meras subsunciones respecto de las colisiones de normas de derecho fundamental) son puntos fundamentales para estudiar la actuación de los jueces. Otro elemento trascendental es la reparación, en cuanto a la extensión y razonamiento de la misma. Complementariamente, habrá que analizar algunas variables cuantitativas relativas a las admisiones o inadmisiones, número de acciones por instancia, naturaleza de las partes, tipos de derechos demandados, cantidad de resoluciones favorables o negativas, entre otras.

En el mundo académico nacional, el análisis de la implementación de las garantías y concretamente de la AP es hasta ahora incipiente. Podríamos decir que recién está empezando. Destacan dos trabajos, el de Agustín Grijalva que ha sido recogido en los Informes de Derechos Humanos de la UASB²¹ y el que adelantamos con la colega profesora Claudia Storini²². No es posible comparar ambos trabajos por las diferencias de objeto, muestra y metodología. Se trata de destacar sin embargo, a grandes rasgos lo que sobre la efectividad y eficacia de la AP nos dicen.

Los resultados que presenta Grijalva en los Informes de Derechos Humanos de 2010 y 2011 hacen un panorama crítico. Si bien en la Constitución de 2008 ha habido un “decidido fortalecimiento de las garantías jurisdiccionales”, tanto las prácticas como el desarrollo legislativo no favorecerían la efectividad de la AP. En cuanto a las prácticas, las tendencias identificadas son las siguientes²³.

- 21 V. *Develando el Desencanto. Informe de Derechos Humanos 2010*, UASB-E/ Abya Yala, Quito, 2011 e *Informe de Derechos Humanos 2011*, Quito, UASB-E, 2012.
- 22 C. Storini, M. Navas y otros, “El funcionamiento de la acción de protección en las provincias de Azuay y Guayas 2008-2011”, proyecto de investigación, Quito, Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional para el periodo de transición, 2011 – 2012, en ejecución.
- 23 Cfr. *Develando el desencanto...*, op. cit., pp. 41 – 42 e *Informe de Derechos...*, op. cit., pp. 56 – 60. El estudio se circunscribe a la provincia de Pichincha.

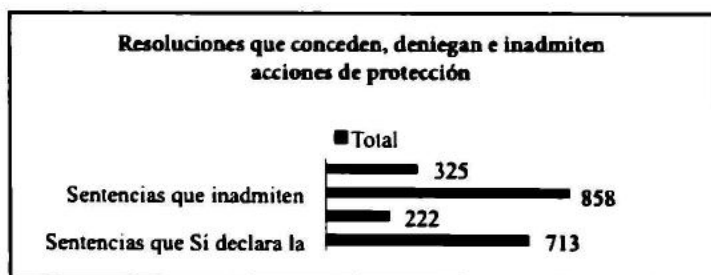
- Entre 6 y 7 de cada 10 procesos por garantías constitucionales corresponden a acciones de protección (en Pichincha entre enero y octubre de 2010 y 2011 respectivamente).
- Las AP tienden a concentrarse en los derechos de protección (debido proceso sobre todo), en relación a problemas laborales y contencioso-administrativos de policías, militares y funcionarios públicos. Siguen los derechos de libertad y los del buen vivir, siendo muy escasa la reivindicación de otros derechos.
- El carácter residual que la LOGJCC ha dado a la AP “ha determinado una alta tasa de rechazo”. En primera instancia se negaron 8 de cada 10 casos en 2010 y 9 de cada 10 en 2011 en Pichincha, en muchos de los cuales “el juez argumenta que el accionante tiene otras vías”. Una situación similar se presenta a nivel de la Corte de Pichincha.
- En cuanto al género referido a todas las acciones de garantía se registra una predominancia de hombres frente a mujeres respecto de los accionantes. Las AP presentadas por mujeres alcanzan entre un 24.9% en 2010 y en 2011 tan solo un 17.15%.

En el caso de la investigación de la profesora Storini, el autor de este artículo y otros, ésta a diferencia de la de Grijalva se concentra en las provincias de Azuay y Guayas en 2011 y busca articular una base de datos que sirva tanto para un análisis cuantitativo como para un posterior estudio cualitativo. Se seleccionaron 3880 resoluciones sobre AP, 2333 en Guayas y 1547 en Azuay. Además de la recopilación de los archivos físicos que servirá para futuras investigaciones, actualmente se está terminando la base de datos para desarrollar los análisis cuantitativo y cualitativo.

Total de resoluciones analizadas	3880
Distribución de resoluciones	
Guayas 2333	Azuay 1547

Informe de avances / Storini, Navas y otros 2012.

De este total en primera instancia se contaron 2116 resoluciones sobre AP, repartidas así:



Se muestra de esta forma que entre autos de inadmisión, sentencias que inadmiten lo cual es de por sí cuestionable porque rompe el procedimiento aplicando una regla previa al conocimiento del proceso y sentencias que no declaran la vulneración del derecho, se cuentan 1403, mientras que solamente 713 admiten la demanda. Es decir, casi un 66.64% de resoluciones rechazan de alguna forma de pretensión, mientras que 33.36% la reconocen, algo más de dos de tres, porcentaje alto aunque más bajo que lo mostrado por Grijalva arriba²⁴.

A pesar de lo preliminar del estado del proceso de investigación, podemos adelantar algunos hallazgos interesantes del estudio²⁵:

En referencia a la celeridad de los procesos que constituye un parámetro de análisis importante dada la naturaleza de la garantía estudiada, en primera instancia, en Cuenca se toma aproximadamente unos 13 días la resolución mientras que en Guayaquil son 34 días. En segunda instancia en Azuay son 23 días y Guayas unos 115 días en promedio. De la revisión de la LOGJCC esta establecería una duración brevísima aproximada de 4 días para la resolución. Un equivalente a 5% del total de las AP analizadas hasta el momento registra una duración en este periodo mínimo y 80 de estas corresponden a procesos que concluyeron mediante auto definitivo.

Los parámetros de celeridad son extremadamente altos e ideales, lo que choca con circunstancias de la realidad que tienen que ver con la gestión de todos los procesos a cargo de estos jueces a la vez ordinarios y constitucionales.

En segundo término, se puede percibir a grandes rasgos que la acción de protección es utilizada con mayor frecuencia para reclamar derechos laborales, de homologación de sueldos, jubilaciones, reintegros a puestos laborales. Los derechos que se consideran mayormente vulnerados por los accionantes son además del acceso al trabajo, la no discriminación laboral, la estabilidad en el puesto de trabajo (un 46% aproximadamente), los del debido proceso y la seguridad jurídica (20%). En cuantía mínima en cambio se reclaman derechos al honor, la libertad de tránsito, de niños, niñas y adolescentes, a la identidad, a la educación o el medio ambiente sano. Hay pues, coincidencia con la investigación de Grijalva. Esto evidenciaría el hecho del desuso de la vía ordinaria, sea contencioso administrativa o laboral para este tipo de reclamos.

24 Hay que aclarar que de las 2116 no se conoce aún cuantas acciones habrían sido apeladas a las cortes provinciales, sin embargo puede inferirse de la información que está siendo procesada que la mayoría de estas resoluciones (aproximadamente un 90%) ha sido apelada por una de las partes o ambas cuando esto es posible.

25 Basado en hallazgos constantes en los informes de avance del proyecto desarrollado por C. Storini y otros ya citado.

En tercer lugar, en cuanto al accionante y accionado, predominan en lo primero las personas naturales (87% aprox.) y en este grupo los servidores públicos (un 42% aproximadamente de las personas naturales). Luego vienen grupos (personas con intereses comunes) y colectivos en menor medida (12% aproximadamente). En el grupo de los accionados predominan las personas naturales, grupos y colectivos con un aproximado de 54% y un 46% corresponde a personas jurídicas, de la que las estatales y de carácter mixto son un 42.2%. Un dato interesante se refiere al porcentaje de admisiones de AP, especialmente aquellas interpuestas en contra el Estado, en primera instancia en Guayas y Azuay: En Azuay de 400 procesos seleccionados para análisis: 174 (un 43.5%) sí declaran la vulneración, mientras un 56.5% son negadas o inadmitidas (70 no declaran la vulneración, 104 son inadmitidas en sentencia y 52 fueron inadmitidas por auto definitivo). En Guayas, de 473 AP seleccionadas contra el Estado 173 sí declararon la vulneración (36.6%), mientras un 63.4% las inadmiten o niegan (45 no declararon la vulneración, 194 inadmitieron en sentencia y 58 fueron inadmitidas por auto definitivo). Se desprende que la tendencia de negación o inadmisión de acciones no es tan alta como lo mostrado en Pichincha. Del estudio cualitativo puede adelantarse que hay un predominio de acciones negadas por debido proceso relacionado con sumarios y faltas disciplinarias, temas administrativos como declaratoria de expropiación y cuestiones de ordenamiento urbano. De las concedidas, estas se refieren por ejemplo, a cuestiones de estabilidad laboral vulnerada por los así llamados “contratos sucesivos” ocasionales, por desalojos de parte de intendentes de policía o por reclasificaciones de puestos que han causado discriminación laboral.

En cuanto a la amplitud y calidad de la argumentación, se pueden encontrar sentencias que abarcan una página y que contienen todos los datos necesarios para la comprensión del asunto, como también sentencias de 64 fojas con extenso contenido de doctrina que dificulta su comprensión. La argumentación tiende a centrarse en un análisis legalista por vía de la combinación entre interpretación literal de normas legales y constitucionales, y subsunción entre normas y hechos. La norma constitucional en gran parte de la sentencias no es desmenuzada, sino meramente invocada (transcrita) al igual que la doctrina. Raros son los casos donde se intenta una suerte de ponderación, muchas veces elemental, por ejemplo en casos de colisión entre el derecho al trabajo de un maestro y el derecho a la educación de los alumnos, o el derecho a la propiedad versus el derecho difuso al patrimonio histórico y común representado el la obligación del Estado de proteger este.

Hay factores adicionales que hay que seguir explorando en relación a por qué fallan así los jueces. A más que la falta de conocimiento de los métodos

interpretativos adecuados como serían la ponderación y más específicamente la aplicación de la fórmula de proporcionalidad, puede haber otros factores como la rutina en el manejo de procesos, la carga procesal en su conjunto²⁶ y el temor a fallar contra el Estado en el contexto de un ambiente caracterizado por un débil independencia de la Justicia frente a los demás poderes (funciones) del Estado. Se advierte en ese sentido la tendencia a evadir el conocimiento de AP contra el Estado parapetándose el juez en una causa de inadmisión.

Un sexto aspecto hace relación a la reparación. Las sentencias que conceden la AP ascienden a un promedio de 35% entre primera y segunda instancia en las provincias analizadas. La gran mayoría de estas resoluciones lo que hace es restituir el goce del derecho (de la fuente de trabajo, homologación de contratos, definición de jubilación etc.) y en medida mucho menor se dispone reconocer el daño emergente y lucro cesante. Son muy escasas aquellas que ordenan otras medidas como investigar o reparación al honor (inmaterial). Es decir, la reparación es actuada en la dimensión material mayoritariamente. En los fallos que implican pago en dinero su determinación suele definirse en la misma resolución. Un 93% de sentencias estudiadas no establece condiciones acerca del modo, tiempo o lugar para la afianzar garantía de cumplimiento de las mismas.

A esto hay que agregar el tema de la selección por parte de la Corte Constitucional. Existe a penas un caso donde se ha seleccionado una sentencia de AP para el desarrollo de jurisprudencia, lo que según las estadísticas de la Relatoría de la Corte de Transición corresponde al 1% de los casos resueltos²⁷.

IV. Reflexiones finales

Cabría sostener que la efectividad de la AP es importante para la legitimación del modelo de justicia constitucional del ECDJ. El valor que este modelo le da a los

26 Un argumento común entre los jueces es el de la carga procesal específica relativa a las AP y otras garantías. Si comparamos no obstante, el número de AP en 2010 en el Azuay (último año del que se dispone cifras según la página WEB de la Función Judicial en esa provincia). Ver: www.funcionjudicial-azuay.gob.ec (consultado el 03.08.2012), con el de causas atendidas en esa jurisdicción, solo a efectos de contraste, veremos que resulta muy poco representativo. Frente a un total de 42770 causas, las AP presentadas serían aproximadamente unas 600, un 1.4%. De esto podría suponerse que AP, al contrario de lo que suele afirmarse en el discurso de los jueces es escasamente utilizada aun, aunque la carga procesal del resto de asuntos sometidos a su competencia si es significativa.

27 Información de la página WEB de la Corte Constitucional: <http://prezi.com/qy5shzuyvdyt/la-corte-constitucional-en-numeros-cualitativos/>. La Sentencia se puede ver en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/074e12e4-b0dc-493e-af71-4a54eb38b126/JurisprudenciaVinculante001.pdf> (consultado el 02.09.12).

juzgadores es muy alto. Les corresponde trasladar los principios constitucionales desde la abstracción y generalidad hacia casos concretos a través de lo cual se configura una forma dinámica de ese ordenamiento siendo solo así capaz de ser efectivo, es decir de realizarse en la vida de las personas.

Si el control concentrado y abstracto en manos de la Corte Constitucional permite emplazar y revisar los grandes asuntos políticos, el control difuso pero concreto en manos de los jueces ordinarios posibilita al sistema aterrizar en asuntos de la vida cotidiana de las personas pero situándolos en la esfera pública.

La AP adquiere entonces una dimensión de “publicización” de estos asuntos constitucionales²⁸. En otras palabras, la gente puede discutir asuntos de interés común en torno al desarrollo de los procesos constitucionales que en inicio atañen a las partes pero que gracias a esa discusión alcanzan interés general. Habría así que seguir explorando en qué medida debates como el de la discriminación por motivos de identidad sexual (conocemos que hay una AP lista para decisión de la Corte Constitucional que crearía jurisprudencia al respecto) o el irrespeto a los derechos a la tutela judicial y el debido proceso que hacen justamente que se recurra a la AP en lugar de a la justicia ordinaria, por citar dos ejemplos, a través de la discusión procesal se convierten en temas de interés público.

La AP se transforma en efecto, en un mecanismo para subir demandas por vía de la justicia constitucional al sistema político. Pero para que eso ocurra, la AP tiene que alcanzar un aceptable grado de efectividad como garantía. El nivel de constitucional garantismo como hemos mostrado, es elevado si como referente se toman en cuenta las disposiciones correspondientes, sin embargo, el mismo disminuye considerablemente si se toma en consideración el desarrollo normativo de estos procedimientos y sobre todo las prácticas efectivas frente al modelo.

Por último, habría que profundizar en algunos aspectos:

Dilucidar en qué medida la AP permite un activismo ciudadano por medio de la acción popular, tomando en cuenta que esta ha sido reducida por medio de la regulación de la LOGJCC. Es urgente revisar esta normativa para plasmar en su real dimensión la acción popular. El activismo ciudadano es una forma de

28 Publicización es un término introducido por el sociólogo francés Daniel Cefai y lo usamos para explicar cómo las personas y los grupos de la sociedad construyen problemas públicos, no abarca solo la deliberación sino formas de performance, de demostración pública y actuación (en sentido escénico) en diversos espacios de la vida pública. V. al respecto el desarrollo del concepto en M. Navas, *Lo público insurgente. Crisis y construcción de la política en la esfera pública*, Quito, UASB-E/CIESPAL, 2012, Cap. 2.

participación, de ejercicio de poder negativo perfectamente concordante con el espíritu de la Constitución y con el modelo de democracia que esta instituye²⁹.

La Constitución de 2008 amplía decididamente las formas de participación, habría que explorar en qué medida tendrían estas que articularse con la justicia alrededor de la AP. ¿Será posible expandir la deliberación a través de la AP? Otro aspecto crucial a explorar es ¿cómo ven el tema los actores? En suma determinar ¿cuál es el papel de los actores no judiciales en la recreación del orden constitucional?

Del otro lado, habría que determinar si existe una suerte de activismo de parte de los jueces ecuatorianos. Tal activismo debería sustentarse en la conjunción de dos factores: un adecuado conocimiento doctrinario y una labor de técnica interpretativa, por una parte y una labor de tipo político en el sentido de una coherencia con los valores constitucionales. No obstante, la evidencia disponible parece mostrar que los jueces no están preparados para ello. De un somero análisis de las sentencias de Guayas y Azuay en 2011, así como de los autos de inadmisión de las AP, destacan deficiencias en la motivación. Esta es como se indicó ya, de corte formalista y se muestran prácticas para esquivar una adecuada argumentación o abundar en ella con retórica irrelevante, o bien la recurrencia a la declaración de inadmisión como manera de evadir la responsabilidad constitucional y la carga procesal. Hay que destacar finalmente, que la ausencia de selección de los casos para la creación de jurisprudencia es una tarea pendiente en la que hay que avanzar si se quiere la efectividad del Estado Constitucional.

29 En un reciente texto, hacemos referencia a que la actual Constitución ecuatoriana establece un modelo mixto de democracia, con elementos representativos y participativos. Estos últimos son muy fuertes (ver p. ej. El Art. 95 CE). Cfr. M. Navas, "Derechos a la comunicación y teorías...", op. cit.

La suscripción, dictamen, aprobación, ratificación y jerarquía normativa de los tratados internacionales

Salim Zaidán¹

*A la mujer de mi vida, mi pequeña Isabella,
con profundo amor, nostalgia y esperanza.*

ABSTRACT

La vigencia de un tratado internacional de derechos humanos está precedida de varias etapas en las que concurren distintas autoridades: la suscripción a cargo del Presidente de la República, el dictamen de la Corte Constitucional, la aprobación por parte de la Asamblea Nacional y la ratificación del Presidente de la República.

Poca claridad de la Constitución de la República en la mención de las atribuciones de los distintos actores. Confusa regulación legal y reglamentaria en cuanto a los procedimientos a seguir. Enorme responsabilidad de la Corte Constitucional como fiscalizador técnico responsable de la detección de cualquier incompatibilidad normativa a la luz de la Constitución.

El control de la Asamblea Nacional y de la Corte Constitucional, que se produce entre el acto inicial de suscripción y al acto final de ratificación debe propiciar una política exterior más seria y sensata para hacer que el Ejecutivo no asuma compromisos imposibles de cumplir y no provoque choques entre los principios del *pacta sunt servanda* y la supremacía constitucional. Lo óptimo: ejercer un control previo, lo excepcional: el control posterior.

-
- 1 Catedrático de "Técnicas de litigio en derechos humanos", "Garantías Jurisdiccionales" y "Control Constitucional" en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. En esta Universidad impartió también "Fundamentos de los Derechos Humanos". Fue profesor de "Derecho Constitucional", "Modernización del Estado" y "Garantías Constitucionales" en la Universidad Internacional SEK. Fue docente de "Derechos humanos" en la Universidad de las Américas. Fue docente de "Teoría Política y Constitucional", "Garantías Constitucionales" y "Derecho Interamericano" en la Universidad Regional Autónoma de los Andes. Fue agente del Estado ecuatoriano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sumario

Notas introductorias. 1. La suscripción y adhesión a los tratados internacionales por el Presidente de la República. 2. La ratificación de los tratados internacionales por parte del Presidente de la República previo informe y dictamen de la Corte Constitucional y aprobación de la Asamblea Nacional. 3. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho ecuatoriano. 4. Criterios para resolver eventuales conflictos entre la Constitución de la República y los tratados internacionales de derechos humanos. **Conclusiones y recomendaciones.**

Notas introductorias

El tratado internacional es la primera fuente de las obligaciones internacionales, mediante el cual un Estado, a través de la cesión de una porción de su soberanía, manifiesta su voluntad de vincularse a una normativa determinada y a ciertos organismos internacionales que la interpretan y aplican².

La vigencia de un tratado internacional está precedida por varias etapas en las que concurren varios actores: la negociación, la suscripción y la adhesión a cargo del Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores; la aprobación, a cargo de la Asamblea Nacional y la ratificación, a cargo del Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores.

En este proceso también interviene la Corte Constitucional. Los tratados internacionales, una vez suscritos, se someten a un examen de apego a la Constitución y, una vez ratificados, son objeto de exámenes de convencionalidad. La Corte Constitucional ejerce el control de constitucionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces internos el control de convencionalidad.

Una vez incorporados al ordenamiento jurídico nacional, los tratados internacionales pueden entrar en contradicción con las fuentes del derecho interno. Para resolver estos inevitables conflictos normativos en el ámbito nacional se encuentra la Corte Constitucional. En proceso aparte se determina la responsabilidad internacional de los Estados que puede ser atribuida por los organismos internacionales. El régimen jurídico aplicable "*se regula en dos niveles*

2 Curioso resulta ver que la Asamblea Constituyente, a través del artículo 436 (1) de la Constitución, le haya otorgado a la Corte Constitucional la calidad de máximo intérprete de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano.

*distintos: en cuanto al conjunto de actos internacionales, está regido por el Derecho internacional, especialmente, por la Convención de Viena de 1969. Y, en cuanto al ámbito nacional, cada sistema jurídico contiene normas sobre esta materia, cuya finalidad es regular la actividad de los órganos de cada Estado en orden a la expresión de voluntad estatal*³.

La problemática en torno a la jerarquía normativa se ha presentado por las reglas generales de prevalencia que rigen en el derecho internacional y en el derecho interno. Los conflictos se presentan porque la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴ tiene un espíritu monista internacionalista⁵, mientras que la Constitución de la República se caracteriza por consagrar un monismo constitucionalista⁶. En todo caso, como veremos más adelante, si se cumplen ciertas condiciones, pueden convivir el principio internacional del *pacta sunt servanda* con el principio de supremacía constitucional en el orden interno.

1. La suscripción y adhesión a los tratados internacionales por el Presidente de la República.-

La dirección de la política exterior corresponde al Presidente de la República y su ejecución al Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.

El artículo 418 de la Constitución de la República faculta al Presidente de la República suscribir tratados internacionales, debiendo informarlo siempre de manera inmediata a la Asamblea Nacional, indicando el carácter y contenido del tratado.

La negociación, suscripción o adhesión de instrumentos internacionales corresponde al Presidente de la República y al Ministro de Relaciones Exteriores. La

3 Castillejos, Mónica, La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, Editorial Porrúa, México, pág. 70.

4 La Convención de Viena señala que el Estado ecuatoriano al aplicar disposiciones internas contrarias a un tratado e incumple una obligación internacional compromete su responsabilidad internacional, lo cual aparentemente va en la misma línea del artículo 416 (7) de la Constitución de la República que entre los principios de las relaciones internacionales, proclama que el Estado ecuatoriano exige el respeto de los derechos humanos y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos.

5 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, parte III: Observancia, aplicación e interpretación de los tratados, sección primera: Observancia de los tratados, artículo 27.- El derecho interno y la observancia de los tratados: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

6 Constitución de la República del Ecuador, artículo 424: "*La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico (...)*".

Corte Constitucional para el período de transición se ha referido a la participación que tiene el servicio exterior en la suscripción o adhesión a un tratado internacional, al afirmar que *“si bien la norma constitucional establece que la suscripción de un Tratado corresponde a la Presidenta o Presidente de la República, no es menos cierto que los Ministros de Relaciones Exteriores actúan con plenos poderes en representación de un Estado para la celebración de un Tratado, de conformidad con el artículo 7, numeral 2, literal a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, instrumento ratificado por el Estado ecuatoriano el día 28 de julio del 2003, publicado en el Registro Oficial No. 134”*.

Una vez suscrito el tratado internacional, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República lo envía a la Corte Constitucional para que examine su constitucionalidad, previo a su ratificación.

2. La ratificación de los tratados internacionales por parte del Presidente de la República previo informe y dictamen de la Corte Constitucional y aprobación de la Asamblea Nacional.-

La definición y conducción de la política exterior, específicamente la negociación, la suscripción o adhesión de los tratados internacionales, es una atribución del titular del Ejecutivo. La aprobación una atribución del titular del Legislativo. La interpretación del tratado⁸ y la emisión del dictamen de constitucionalidad, responsabilidades de la Corte Constitucional. La ratificación un acto del titular del Ejecutivo.

El artículo 147 (10) de la Constitución de la República establece como atribución del Presidente de la República, la suscripción y ratificación de los tratados internacionales.

En medio del acto de suscripción y el acto de ratificación se encuentran los actos de control político y constitucional. El artículo 120 (8) confiere a la Asamblea Nacional la atribución de aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda. El artículo 438 (1) de la Constitución de la República aunque erróneamente refiere un acto de ratificación por parte de la Asamblea Nacional⁹ (solo los aprueba, no los ratifica), establece que la Corte Constitucional

7 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 0011-09-DTI-CC, de 8 de octubre de 2009, dentro del caso No. 0005-09-TI, Análisis de compatibilidad del Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano, pág. 16.

8 Artículo 436 (1) de la Constitución de la República.

9 Art. 438.- La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: Tratados internacionales, **previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.**

emitirá dictamen vinculante de constitucionalidad con respecto a los tratados internacionales previo a su ratificación.

Resta esclarecer cómo opera la ratificación, etapa crucial para la vigencia de los tratados internacionales.

El artículo 418 de la Constitución de la República faculta al Presidente de la República ratificar los tratados internacionales y precisa que *“un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo”*.

El Primer Mandatario puede ratificar los tratados internacionales directamente, sin la aprobación de la Asamblea Nacional, salvo en los casos enunciados en el artículo 419 de la Constitución de la República, en que la ratificación debe producirse previa revisión de constitucionalidad y aprobación legislativa, es decir con la intervención de la Corte Constitucional como organismo técnico de revisión de la constitucionalidad y la intervención de la Asamblea Nacional, como organismo de control político.

La intervención de la Corte Constitucional se encuentra regulada en el artículo 438 (1) de la Constitución de la República, que obliga a este organismo emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad con respecto al proceso de aprobación y el contenido de los tratados internacionales, previamente a su aprobación por parte de la Asamblea Nacional, cuya intervención a su vez está regulada en el artículo 419 (4) de la Constitución que establece que la ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación de la Asamblea en el caso que se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.

2.1. El control de constitucionalidad de los tratados internacionales.-

El control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales se realiza para evitar que continúe el trámite de aprobación y ratificación de un tratado que contiene cláusulas inconstitucionales.

El Secretario Jurídico de la Presidencia de la República es quien remite el tratado internacional a la Corte Constitucional. El trámite continúa con la aprobación de la Asamblea Nacional y con la ratificación del Presidente de la República.

La principal razón para que se privilegie el control previo a la ratificación del tratado antes que el posterior, es la necesidad de intervención de un organismo que no solo asegure la supremacía constitucional sino que evite que el Estado asuma compromisos internacionales que le sea imposible cumplir.

Aunque lo deseable y oportuno es el control previo, el control posterior, aunque excepcional, no puede ser desechado. Los tratados internacionales, una vez ratificados e incorporados al derecho interno, también pueden ser objeto de control constitucional. No cabe admitir que un tratado inconstitucional pueda continuar en vigencia dentro del sistema jurídico y que no pueda ser declarado inaplicable ni inconstitucional, pues aquello no considera la Constitución en su conjunto, genera inseguridad jurídica y socava la supremacía constitucional¹⁰. Lo que si hay que señalar es que el control posterior aunque está previsto en el Reglamento, debe ser el último recurso, pues genera complicaciones en el ámbito internacional.

Si un tratado internacional, una vez ratificado, es declarado inconstitucional, el Estado incurriría en la inobservancia del principio del *pacta sunt servanda*. Existen tratados internacionales que contienen una disposición que faculta a los Estados denunciarlos (artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sin embargo hay otros que no prevén esa posibilidad (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y ahí surge un inconveniente en la esfera internacional. En ese escenario podría configurarse la responsabilidad internacional del Estado pues *“todo acto de cualquier órgano estatal, incluido el Tribunal Constitucional, que altere la validez, vigencia, aplicación y eficacia de un tratado internacional válidamente incorporado al derecho interno genera responsabilidad internacional”*¹¹.

En lo atinente a la normativa reguladora, el control de constitucionalidad de los tratados internacionales en el Ecuador está regulado en el capítulo III del título V del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. El artículo 69 del Reglamento parte por caracterizar al control como abstracto y automático. El artículo 108 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional aclara en qué consiste el examen de constitucionalidad confiado a la Corte Constitucional: *“El control constitucional de los tratados internacionales comprende la verificación de la conformidad de su contenido con las normas constitucionales, el examen del cumplimiento de las reglas procedimentales para su negociación, suscripción y aprobación, y el cumplimiento del trámite legislativo respectivo”*.

La determinación de los tratados internacionales sujetos al control de constitucionalidad se encuentra en el artículo 110 de la Ley Orgánica de Garantías

10 Ribera Neumann, Teodoro, *Los Tratados Internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional*, en Estudios Constitucionales, Año 5, No. 1, Universidad de Talca, 2007, página 106.

11 Nogueira Alcalá, Humberto, *Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional. ¿El Tribunal Constitucional poder constituido o poder constituyente en sesión permanente?*, en Estudios Constitucionales, Año 7, No. 1, Universidad de Talca, 2009, página 411.

Jurisdiccionales y Control Constitucional que enlista los siguientes:

1. Los tratados internacionales que requieran aprobación legislativa, antes de su ratificación, previo a iniciarse el proceso de aprobación legislativa.
2. Los tratados que se tramitan a través de un referendo (únicamente por vicios de procedimiento ocurridos con posterioridad a la convocatoria respectiva).
3. Las resoluciones mediante las cuales se imparte la aprobación legislativa para la ratificación de dichos tratados internacionales (únicamente por vicios formales y procedimentales).
4. Los tratados internacionales suscritos que no requieran aprobación legislativa (podrán ser demandados dentro del plazo de seis meses siguientes a su suscripción).

Uno de los problemas se genera por la imprecisión y deficiente técnica normativa en esta regulación y por la vigencia de una democracia eminentemente plebiscitaria. El problema se presenta con respecto a los tratados que se tramitan a través de aprobación popular en referendo, pues solamente pueden ser impugnados por inconstitucionales, por vicios de procedimiento ocurridos con posterioridad a la convocatoria. Aquello podría dar lugar a varias interpretaciones. La más preocupante: para “no irrespetar la voluntad popular”, para respetar esa “relación directa del pueblo” y dado que el examen de constitucionalidad se restringe a la identificación de vicios de procedimiento, quedaría exento del control previo el contenido del tratado, cuyo control posible sería únicamente el posterior.

En cuanto al trámite respecto al control de constitucionalidad de los tratados internacionales, el artículo 111 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el artículo 71 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional lo hacen de la siguiente manera:

1. El Presidente de la República envía a la Corte Constitucional copia auténtica del tratado internacional.
2. El Pleno de la Corte designa por sorteo al Juez Ponente, quien debe presentar su informe, dentro del término de cinco días, estableciendo si el tratado internacional requiere o no aprobación legislativa.
3. Si el tratado no requiere aprobación legislativa, se lo devuelve a la Presidencia para que continúe con el trámite de ratificación del tratado. Si requiere aprobación legislativa, la Corte Constitucional efectúa el control de fondo, mediante dictamen, para lo cual, el Pleno de la Corte remite el expediente al

juez ponente designado, quien debe presentar el proyecto de dictamen para conocimiento y resolución del Pleno, dentro del término de quince días contados a partir de la finalización del término de diez días de la publicación en el Registro Oficial.

4. Según el artículo 111 numeral 2 literal c) de la Ley Orgánica, la Corte Constitucional deberá resolver dentro del término de treinta días contados a partir de la finalización del término para la publicación del tratado para la impugnación de la ciudadanía. En caso de no hacerlo, se entenderá que existe informe favorable de constitucionalidad y el respectivo tratado será remitido para la aprobación legislativa. Los artículos 71 y 72 del Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional otorga del término de cinco días al juez ponente, para que presente un informe estableciendo si el tratado internacional requiere o no aprobación legislativa. En caso de requerir aprobación legislativa, la Corte Constitucional dispondrá la publicación del tratado internacional y remitirá el expediente al juez ponente, quien presentará el proyecto de dictamen dentro del término de quince días contados a partir de la finalización del término de diez días de la publicación en el Registro Oficial. El Pleno de la Corte Constitucional debe emitir el dictamen, dentro del término de quince días contados desde la notificación de recepción del proceso, por parte de la Secretaría General¹².

12 Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional: "Art. 71. Modalidades de control.- Para el control constitucional de los tratados internacionales, la Corte Constitucional procederá de la siguiente forma:

1. Emitirá dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa, para lo cual, el Pleno designará por sorteo al Juez Ponente, quien presentará informe, dentro del término de cinco días, estableciendo si el tratado internacional requiere o no aprobación legislativa. En caso de que, a juicio del Pleno, el Tratado Internacional no requiera aprobación legislativa, no se publicará el tratado internacional en el Registro Oficial y el Pleno dispondrá su devolución a la Presidencia de la República, para el trámite correspondiente.

2. En caso de requerir aprobación legislativa, la Corte Constitucional efectuará el control automático, mediante dictamen, para lo cual, el Pleno de la Corte dispondrá la publicación del tratado internacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 111 literal b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional y remitirá el expediente al juez ponente designado, quien presentará el proyecto de dictamen para conocimiento y resolución del Pleno, dentro del término de quince días contados a partir de la finalización del término de diez días de la publicación en el Registro Oficial.

3. El control previo de constitucionalidad de las denuncias de los tratados de que trata el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, se sujetará a lo dispuesto en el numeral anterior.

4. El control posterior respecto de las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa, así como de los tratados internacionales vigentes, se realizará a través de la acción de inconstitucionalidad establecida en la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Art. 72.- Dictamen.- El Pleno de la Corte Constitucional emitirá el dictamen, dentro del término de quince días contados desde la notificación de recepción del proceso, por parte de la Secretaría General".

Buscando una interpretación que armonice la regulación constante en el artículo 111 de la Ley y aquel que consta en los artículos 71 y 72 del Reglamento, me atrevo a afirmar que de la regulación reglamentaria se desprende un desglose del control (un examen de la materia del tratado de conformidad con el artículo 419 de la Constitución que se materializa en un informe y un examen de la conformidad del tratado con la Constitución que se materializa en un dictamen) y un desglose del término establecido en la Ley (el juez ponente tiene quince días para presentar el proyecto de dictamen y el Pleno tiene otros quince días para emitir el dictamen).

De la normativa invocada se desprende que el control que realiza la Corte Constitucional, en primera instancia, consiste en verificar si la Presidencia de la República necesita la aprobación de la Asamblea Nacional para continuar con el trámite de depósito del instrumento de ratificación del tratado internacional. El examen preliminar que realiza la Corte, materializado en un **informe**, se efectúa de conformidad con el artículo 419 de la Constitución, es decir consiste en verificar si el tratado internacional versa sobre algún tema territorial o de límites, si establece alianzas políticas o militares, si contiene el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley, si se refiere a los derechos y garantías constitucionales, si compromete la política económica del Estado, si compromete al país en acuerdos de integración y de comercio, si atribuye competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional o si compromete el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético¹³.

En una segunda fase del control de constitucionalidad, ya más de fondo, que culmina con la expedición de un **dictamen**, la Corte valora la conformidad del contenido del tratado internacional con la normativa constitucional. Si encuentra contradicción entre ambos cuerpos normativos, la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad del tratado para que las autoridades renegocien sus cláusulas, analicen la posibilidad de depositar reservas o incluso la denuncia del tratado.

De la lectura de los dictámenes se observa que la práctica de la Corte Constitucional, para el período de transición, es efectuar un control diferenciado, en el ámbito formal y material. Así se desprende del dictamen de la Corte que analiza la compatibilidad del "*Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador*" con la Constitución de la República. En esta decisión, el Pleno de la Corte Constitucional comenzó por declarar su competencia para conocer y emitir el dictamen de conformidad con los artículos 438 (1) de la

13 Similar regulación consta en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa que enuncia aquellos tratados internacionales que deben ser aprobados por la Asamblea Nacional.

Constitución de la República, 75 numeral 3 literal d) y 107 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y 71 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. La Corte aclaró en esta oportunidad que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales es previo a su perfeccionamiento y anterior a la ratificación de la Asamblea. Preciso que su dictamen al decidir sobre la compatibilidad o no del tratado o instrumento internacional para que la Asamblea lo apruebe, excluye la revisión posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad¹⁴. La Corte en esta oportunidad informó que el Convenio requería aprobación previa de la Asamblea Nacional, porque la materia objeto del tratado se encontraba dentro de los casos que establecía el artículo 419 numeral 4 de la Constitución de la República y dictaminó que las disposiciones contenidas en el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador, es compatible con la Constitución de la República del Ecuador, en consecuencia, declaró su constitucionalidad¹⁵.

En cuanto a los efectos de las sentencias y dictámenes, el artículo 112 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece los siguientes:

1. Cuando el tratado requiera la aprobación legislativa y la sentencia declare la conformidad del tratado internacional con las normas constitucionales, se envía a la Asamblea Nacional para la aprobación.
2. Cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado por razones de fondo, la Asamblea Nacional debe abstenerse de aprobarlo hasta tanto se produzca la enmienda, reforma o cambio constitucional. De ser procedentes las reservas, se podrá aprobar cuando se las formule.
3. Cuando se declara la inconstitucionalidad por razones de forma, se deberá enmendar el vicio por el órgano que lo produjo.
4. Cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional.

14 En realidad el artículo 71.4 del Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional si posibilita la interposición de una acción de inconstitucionalidad para impugnar el tratado internacional cuando ya se encuentra en vigencia. La expedición de la sentencia fue posterior a la vigencia del Reglamento, por lo que la Corte Constitucional debía tomar en cuenta esta modalidad de control que aunque excepcional no se descarta.

15 Corte Constitucional del Ecuador, dictamen No. 0028-10-TI, "Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador", de 7 de julio del 2010.

El artículo 71.4 del Reglamento no descarta el control posterior para impugnar los tratados internacionales vigentes así como las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa, que se realizará a través de la acción de inconstitucionalidad establecida en la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁶.

2.2. La aprobación de los tratados internacionales por la Asamblea Nacional.-

La aprobación previa de la Asamblea Nacional es requerida en los casos descritos en el artículo 419 (4) de la Constitución de la República. Dentro de las materias referidas, se encuentran los tratados internacionales que se refieren a los derechos y garantías constitucionales.

Una vez examinada la constitucionalidad de un tratado internacional, la Asamblea Nacional da su aprobación para la ratificación del tratado por el Presidente de la República. Los asambleístas constituyentes al redactar la Constitución, confirieron la atribución de suscripción y ratificación de los tratados internacionales al titular del Poder Ejecutivo y la atribución de aprobación al titular del Poder Legislativo. En este último punto, cabe hacer una puntualización: la Asamblea solo expresa su aprobación luego del control de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional y previamente a la ratificación del tratado internacional por parte del Presidente de la República.

La primera puntualización es que la Asamblea Nacional no ratifica el tratado internacional, como erróneamente refiere el artículo 438 (1) de la Constitución, únicamente da su aprobación para que continúe el trámite de ratificación. La segunda puntualización es que la Asamblea interviene antes de la ratificación del tratado, no antes de su suscripción¹⁷, como equivocadamente lo señaló la Corte Constitucional para el período de transición: *“la Asamblea Nacional, como el órgano de representatividad directa de los intereses de los administrados-ciudadanos tiene dentro de sus competencias el control de los tratados internacionales a suscribirse”*, en una clara confusión entre la suscripción y la ratificación.

La propia Corte Constitucional en su dictamen No. 0003-09-DTI-CC, dentro

16 Para revisar algo de derecho comparado, útil es referir que el artículo 161 (1) literal a) de la Constitución española prevé además del control previo de los tratados internacionales, uno a posteriori. El artículo 54 (1) quinto inciso de la Constitución chilena en cambio acepta que las disposiciones de un tratado sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados, por lo que no está previsto el control posterior.

17 El artículo 418 de la Constitución de la República faculta al Presidente de la República suscribir tratados internacionales, debiendo informarlo siempre de manera inmediata a la Asamblea Nacional, indicando el carácter y contenido del tratado.

del caso No. 0001-09-TI, aclaró el alcance de la competencia de la Asamblea Nacional en torno a la aprobación previa que debe hacer para que proceda la ratificación de un tratado internacional: *“ratificación no es sinónimo de aprobación. Esta diferencia claramente es recogida por la doctrina constitucional, misma que establece cuál es el itinerario normal de un Tratado. Así, de acuerdo a la Constitución, le corresponde a la Presidenta o Presidente de la República la ratificación de los Tratados y otros instrumentos internacionales (artículo 418) de modo directo, o, en su defecto, mediante referéndum solicitado por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República (artículo 420) de modo indirecto. La Asamblea Nacional aprueba el texto del Tratado - no lo ratifica - siempre y cuando se cumplan los presupuestos normativos consagrados en el artículo 419 numerales 1,2,3,4,5,6,7 y 8”*.

En la misma línea, la Corte señaló que: *“El dictamen que emita esta Corte Constitucional constituye un paso previo a la aprobación o no por parte de la Asamblea Nacional del texto del Protocolo en cuestión. Así, de acuerdo a la Constitución, le corresponde a la Presidenta o Presidente de la República la ratificación de los Tratados y otros instrumentos internacionales (Art. 418) de modo directo o, en su defecto, mediante referéndum solicitado por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República (art. 420), de modo indirecto. La Asamblea Nacional aprueba el texto del Tratado no lo ratifica siempre y cuando se cumplan los presupuestos normativos consagrados en el arto 419, numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8. En el caso de análisis, se requiere previamente la aprobación del Protocolo por parte de la Asamblea Nacional, previo a la ratificación por parte del Ejecutivo, por tratarse de un instrumento internacional que se refiere a los derechos y garantías establecidos en la Constitución. (Art. 419 numeral 4)”¹⁸.*

La Corte Constitucional en otra oportunidad reiteró la pertinente diferenciación entre aprobación y ratificación por esta aparente confusión de términos en que habría incurrido la Asamblea Constituyente¹⁹, al referirse a la participación de la Asamblea Nacional en el proceso de recepción de instrumentos internacionales en el ámbito interno.

Una vez precisado el alcance de la participación de la Asamblea Nacional en este proceso, corresponde referir el trámite de la aprobación. De conformidad con el capítulo XI de la Ley Orgánica de la Función Legislativa²⁰, en los casos enunciados

18 Corte Constitucional del Ecuador, dictamen No. 0010-09-DTI-CC, de 13 de agosto del 2009, dentro del caso No. 0009-09-TI, literal b. Del trámite de aprobación del Instrumento Internacional.

19 Ver: Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 0011-09-DTI-CC, Caso No. 0005-09-TI, de 8 de octubre de 2009.

20 Ley Orgánica de la Función Legislativa, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 642, 27 de

en el artículo 419 de la Constitución de la República (que también se reproducen en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa) la Presidencia de la República deberá remitir a la Asamblea Nacional, el tratado internacional y el dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional, en un plazo máximo de diez días después de que se emitió dicho dictamen. El Presidente de la Asamblea Nacional, verifica la documentación y remite el tratado a la comisión especializada, para que en el plazo máximo de veinte días, emita el informe que será puesto a conocimiento del Pleno. La aprobación de estos tratados requerirá el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.

El artículo 109 de la Ley referida establece que en todos los casos que no se refieran a las materias enumeradas en el artículo 108, el Presidente de la República podrá suscribir y ratificar los tratados internacionales sin aprobación de la Asamblea Nacional. El Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido.

Posteriormente al control político de la Asamblea Nacional, el Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores realizan el trámite de depósito del instrumento de ratificación ante la Secretaría del organismo internacional que corresponda.

Una vez formalizada la ratificación, el Presidente de la República remite el tratado internacional al Registro Oficial para su publicación. A partir de ahí se lo recepta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y es generador de derechos y obligaciones jurídicamente vinculantes no solo para jueces y autoridades sino para todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado.

Se considera que la publicación de un tratado internacional una vez ratificado no es un requisito de validez, sino un requisito de plena eficacia, específicamente para la aplicación directa interna²¹.

3. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho ecuatoriano.-

En el Ecuador, los tratados internacionales una vez ratificados pasan a formar parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano y tienen rango supralegal

julio de 2009.

21 Gómez Fernández, Itziar, *Los tratados internacionales en el ordenamiento ecuatoriano: su función como objeto y parámetro de control de constitucionalidad*, en Pérez Tremps, Pablo (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Tribunal Constitucional del Ecuador-Universidad Carlos III, Corporación Editora Nacional, Quito, página 168.

y generalmente rango infraconstitucional. Es claro el lugar que ocupan los instrumentos internacionales en la pirámide jerárquica normativa. La regla general es que la Constitución prevalece sobre los tratados internacionales y estos a su vez sobre la normativa infraconstitucional. La regla especial en materia de derechos humanos está dada en función del principio *pro ser humano*: se debe aplicar preferentemente la norma más favorable a la vigencia de un derecho si ella consta en un tratado internacional.

La normativa internacional cuando reconoce derechos humanos tiene una característica peculiar, se rige por principios especiales y produce efectos propios, por lo que es necesario puntualizar la naturaleza jurídica especial que tienen los tratados internacionales de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que *“los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”*²². Reafirmando lo citado la Corte ha dicho que *“en el ámbito de los derechos humanos (...) los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano (...)”*²³.

En la relación entre el derecho internacional y el derecho constitucional, es claro que nuestra Constitución establece que la Carta Magna se encuentra en un rango superior a los tratados internacionales²⁴, pero no podemos dejar de tener en cuenta el tratamiento especial que debe otorgarse a los tratados internacionales de derechos humanos, pues el *“poder constituyente debe respetar las normas contenidas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, aunque*

22 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-2/82* del 24 de septiembre de 1982, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo 29.

23 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-1/82* del 24 de septiembre de 1982, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). párr. 24.

24 Constitución de la República, artículo 425.- *“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”*.

*no, precisamente, por el instrumento en el que se consagran sino por la materia de la que se ocupan*²⁵.

El artículo 424 de la Constitución de la República como regla general la reconoce como la normativa suprema y la ubica como la normativa prevaleciente con respecto a cualquier otra del ordenamiento jurídico, pero establece una salvedad a dicha prevalencia: los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Dicha preeminencia y la aplicación preferente de la normativa más garantista está dada en resguardo de la vigencia de derechos²⁶.

4. Criterios para resolver eventuales conflictos entre la Constitución de la República y los tratados internacionales de derechos humanos.-

En las constituciones de los Estados latinoamericanos, el criterio predominante respecto a la convivencia del derecho constitucional y el derecho internacional, es reconocer prevalencia interna a las constituciones sobre los tratados internacionales. En el ámbito supranacional es inevitable el reconocimiento la preeminencia del derecho internacional según los organismos internacionales, pues no admite objeciones.

Desde el punto de vista del derecho internacional, cuando un Estado enfrenta una contradicción entre una cláusula de un tratado internacional y una norma constitucional, tiene la obligación de modificar la normativa interna, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional²⁷. Desde el punto de vista constitucional, con el fin de no incurrir en inconstitucionalidades, el Estado debe revisar sus compromisos internacionales.

Si bien se debe procurar una armonización entre el derecho internacional y el derecho constitucional, las contradicciones entre ambos derechos son inevitables.

25 Oyarte, Rafael, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II: La Función Legislativa, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, página 169.

26 La Constitución establece una excepción sobre la supremacía de la Constitución: confiere una prevalencia en el orden interno a aquellos tratados internacionales de derechos humanos que ofrezcan una mayor protección. En la esfera internacional, la primacía de los tratados internacionales se da también en aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

27 Deber de adecuación normativa constante en los primeros artículos de algunos tratados internacionales de derechos humanos, que obliga a los Estados a expedir normativa interna conforme con las obligaciones internacionales y a derogar aquella que sea incompatible. Ver por ejemplo el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por ello, es necesario establecer mecanismos y criterios de resolución de conflictos normativos para no solo recurrir a la jerarquía normativa.

4.1. La jerarquía normativa.-

Aunque el orden internacional no depende de la Constitución ni de los responsables de interpretarla y aplicarla y es innegable que corresponde a los organismos internacionales verificar la observancia de obligaciones internacionales, no tengo duda que es el derecho interno el que debe decidir en primera instancia el lugar que ocuparán los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico, específicamente los tratados sobre derechos humanos. Y es que *“tradicionalmente, el Derecho internacional clásico, ha reservado a las legislaciones nacionales, en general, a las normas constitucionales, la decisión sobre la forma de integración del Derecho internacional al orden jurídico vigente en un Estado (...). Es el derecho interno de cada Estado el que decide, por ejemplo, entre una doctrina monista o dualista en la incorporación del Derecho internacional a su orden normativo: es el Estado el que elegirá si el Derecho internacional ingresa automáticamente al orden normativo local o si, por el contrario resulta en todos los casos necesario una legislación interna que recepte la normativa internacional para su aplicación local”*²⁸.

Para resolver eventuales conflictos entre el derecho constitucional y el derecho internacional, los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecen reglas claras: la Constitución de la República consagra un monismo constitucionalista y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados tiene un espíritu monista internacionalista.

La Constitución del Ecuador aunque tiene una regulación bastante confusa en torno a la jerarquía normativa parecería inclinarse por reconocer por regla general la prevalencia de la Constitución de la República incluso sobre los tratados internacionales. El constituyente por un lado plasmó el principio de la supremacía constitucional en el primer inciso del artículo 424 al referir que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre *“sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”*, dentro de los cuales se encuentran los tratados internacionales y adicionalmente incorporó la pirámide de jerarquía normativa en el artículo 425 de la Constitución²⁹, pero por otro lado estableció excepciones confusas

28 Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), en *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, pág. 67 y 68.

29 Constitución de la República, artículo 425: *“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las*

en los segundos incisos de ambos artículos: el segundo inciso del artículo 424 señala que *“la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”*, mientras que el segundo inciso del artículo 425 de la Constitución establece que *“en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”*.

Por su parte, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al regular la observancia, aplicación e interpretación de los tratados, establece que *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

La lectura y análisis de las normas citadas me lleva a afirmar que es evidente que la posición de los constituyentes que redactaron la Constitución de 2008 no es coincidente con la de los diplomáticos que redactaron la Convención de Viena de 1969 y eso deriva en un problema para resolver conflictos entre el derecho constitucional y el derecho internacional desde los criterios de jerarquía normativa.

En todo caso no puedo dejar de hacer alusión a las teorías clásicas que registra la historia del derecho internacional público en torno a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, que contribuyeron a provocar discusión y proponer solución a los conflictos entre ambos derechos.

La teoría dualista, desarrollada en Alemania e Italia por Triepel y Anzilotti, enseña que el derecho interno y el derecho internacional tienen fuentes diversas y regulan distintos tipos de relaciones, por lo que el derecho internacional no puede ser aplicado directa y automáticamente en el derecho interno. Para que el derecho internacional tenga validez debe ser transformado en derecho interno o al menos tiene que haber un sistema de recepción o un acto de incorporación, con lo que se marginaría la posibilidad de un conflicto. En caso de conflicto prevalece el derecho interno, sin perjuicio de la generación de la responsabilidad internacional para el Estado.

La teoría monista, desarrollada en Alemania por Kelsen (monismo radical) y en Austria por Verdross (monismo moderado), en cambio plantea que el derecho internacional y el derecho interno forman un único sistema jurídico.

leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

El monismo presenta dos variables. El monismo constitucionalista que defiende la primacía del derecho interno y considera que la obligación internacional se funda exclusivamente en la voluntad de los Estados y por otro lado el monismo internacionalista que defiende la supremacía del derecho internacional con respecto al derecho nacional.

Cuando surgieron estas teorías los cuestionamientos no estuvieron ausentes y se concentraron en cuestionar la teoría monista. Los reparos a la teoría monista se centraron en su incompatibilidad con las reglas del derecho internacional (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: un Estado no puede incumplir una obligación internacional invocando una norma interna). Adicionalmente se dice que frente al monismo radical, es decir *“frente a la concepción monista, kelseniana, de un sistema jurídico entendido como un todo unitario, parece más adecuada una visión pluralista capaz de mantener una compatibilidad entre sistemas que se solapan e interactúan mutuamente”*.³⁰ El monismo constitucionalista también es cuestionado pues conduce a la incertidumbre de las relaciones internacionales. Se dice también que un monismo internacionalista radical, no cabe pues no es cierto que toda norma interna contraria al derecho internacional sea automáticamente nula en el plano interno de los Estados, pues los jueces internos deben obediencia en primera instancia a su ordenamiento jurídico. Finalmente se dice que *“(...) ambos sistemas jurídicos no funcionan totalmente separados e independientes, como lo plantea el dualismo, pero tampoco se confunden y forman uno solo como lo sostiene el monismo, pues las normas públicas internacionales requieren normalmente de los ordenamientos jurídicos internos para detentar real eficacia. Más acertado será afirmar que ambos órdenes están coincidiendo de manera progresiva en cuanto a los sujetos y a las materias que regulan, pero siguen siendo todavía dos órdenes jurídicos diversos, puesto que los generadores de las normas son distintos”*³¹.

Los cuestionamientos que formularon los representantes de una y otra teoría generaron propuestas interesantes que ahora han sido retomadas. El mismo Alfred Verdross y otros autores defendieron una tesis intermedia e integradora que la Corte Constitucional colombiana califica de *“monismo moderado”*, que parte por reconocer que el derecho interno no deriva del derecho internacional y por lo tanto no puede estar subordinado a él porque es en principio superior y anterior y

30 Jauregui, Gurutz, Estado, Soberanía y Constitución: algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI, en Carbonell, Miguel (compilador), Teoría de la Constitución, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pág. 436.

31 Ribera Neumann, Teodoro, Los Tratados Internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional, en Estudios Constitucionales, Año 5 No. 1, Universidad de Talca, 2007, página 92.

por otro lado no cabe asumir compromisos internacionales que posteriormente el Estado eluda por decisión soberana de las autoridades.

La lectura que debe darse a la Convención de Viena sobre los Tratados y su monismo internacionalista, no debe estar distanciada de la interpretación de la Constitución de la República y el monismo constitucionalista, puesto que la Constitución no se encuentra en una prevalencia absoluta con relación a los tratados internacionales.

Una convivencia pacífica entre ambos cuerpos normativos siempre es saludable y es lo óptimo, siempre y cuando se ponga cuidado al control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales.

Finalmente considero que se debe respetar que los Estados sean los que decidan qué normas y bajo qué condiciones los tratados internacionales de derechos humanos pasan a formar parte del derecho interno y cómo solucionar eventuales conflictos normativos, pero tomando en cuenta que la prevalencia no puede estar dada en abstracto y únicamente por criterios de jerarquía normativa sino también atendiendo el contenido del derecho de la Constitución y del tratado internacional, en función de la normativa más progresista y garantista, con cierta independencia de la jerarquía normativa de la fuente, pero con una cuidadosa motivación que debemos exigir a los jueces cuando resuelvan conflictos normativos.

4.2. La importancia de integrar los tratados internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad.-

Uno de los mecanismos para evitar conflictos entre el derecho constitucional y el derecho internacional, es equiparar el valor de un tratado internacional de derechos humanos al de la Constitución a través de su inclusión al bloque de constitucionalidad.

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas sentencias, normas y principios que, sin aparecer formalmente en la normativa constitucional, se encuentran integrados a la Constitución, por diversas vías. Como lo afirma Rodrigo Uprimmy, una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supraleales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita³².

32 Uprimmy, Rodrigo, Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal, disponible en <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf?rd=1>, pág. 2.

El bloque de constitucionalidad, invocado por primera vez por el Consejo Constitucional de Francia, consideró que, como el Preámbulo de la Constitución de ese País hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes³³.

Posteriormente, Colombia habló con mucho vigor del bloque de constitucionalidad, aunque aclaró que no todos los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad. Solo constituyen parte del bloque y por tanto están sujetos al control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos³⁴. En el Estado colombiano, el bloque de constitucionalidad en sentido estricto está compuesto por los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Constitución y la jurisprudencia de los tribunales internacionales u órganos de control de los tratados de derechos humanos en relación con esas normas internacionales restrictivamente y sólo en determinados casos.

En el Ecuador, aunque algunos constitucionalistas consideren que normas como las constantes en el artículo 11 (5) y 424 de la Constitución de la República llevan implícita la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, es necesario reforzar esos principios con jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional.

Un paso importante lo dio el Tribunal Constitucional, mediante resolución No. 001-2004 -al declarar la inconstitucionalidad de una norma del Código de Procedimiento Penal que prohibía a los jueces pronunciarse luego de sus fallos y al calificar a la norma de censura previa- en la que aludió por primera vez al bloque de constitucionalidad e incorporó a su dominio a los tratados internacionales de derechos humanos. En esa ocasión el Tribunal recurrió a la normativa y jurisprudencia interamericanas, invocando el artículo 1.1 de la Convención Americana y la interpretación de la Corte del artículo 2 del Pacto. El Tribunal, amparó su decisión también en normas constitucionales vigentes a la fecha de promulgación de la resolución, que establecían que las normas de instrumentos internacionales una vez promulgados en el Registro Oficial pasan

33 Fajardo Arturo, Luis Andrés, Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia, Universidad Sergio Arboleda, pág. 17, disponible en <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista13/Contenido%20y%20alcance%20jurisprudencial.pdf>.

34 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-582-99, de 11 de agosto de 1999.

a formar parte del ordenamiento jurídico de la República³⁵ y que los derechos reconocidos en instrumentos internacionales son directa e inmediatamente aplicables³⁶.

En la resolución, el Tribunal para establecer la supremacía de la libertad de expresión de jueces y magistrados, recurrió al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y agregó que el Ecuador, al firmar y ratificar los tratados internacionales de derechos humanos no puede anteponer una norma del derecho interno que contravenga el contenido de los tratados y por ello debe prevalecer el contenido de la libertad de expresión plasmado en instrumentos internacionales y el principio hermenéutico de aplicación de la norma que más favorezca el ejercicio del derecho.³⁷ El Tribunal al resolver lo medular consideró que *“la disposición impugnada contenida en el inciso del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal en cuanto impide formular declaraciones públicas a jueces y magistrados de manera posterior a la expedición de sus fallos, implica el establecimiento de censura previa a la libertad de expresión de la que gozan jueces y magistrados, sin que se cumplan los supuestos de establecimiento legítimo de restricciones a tal derecho, por lo que se contraponen al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y al artículo 2 de la misma Convención Americana por establecer una norma contraria a un derecho humano establecido en la convención (...)”*³⁸. Es evidente que el Tribunal Constitucional al resolver esta acción se erigió como un tribunal de control de la convencionalidad e hizo referencia por primera vez a la figura del bloque de constitucionalidad.

Asimismo, en la Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, con ocasión de la revisión de la constitucionalidad de la Ley de Minería, la jueza Nina Pacari Vega, al formular un voto salvado, consideró que *“los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, forman parte del bloque de constitucionalidad del Ecuador, una vez que hayan sido ratificados por nuestro país estableciéndose en el artículo 424 que cuando dichos instrumentos reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Entonces, los Derechos Humanos, positivizados se convierten en derechos fundamentales, consagrados en*

35 Constitución Política del Ecuador 1998, artículo 163.

36 Ibid, artículo 18.

37 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 001-2004-DI, Registro Oficial No. 374, de 9 de julio de 2004, considerando décimo quinto.

38 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 001-2004-DI, Registro Oficial No. 374, de 9 de julio de 2004, considerando décimo octavo.

varios instrumentos internacionales y esencialmente en las Constituciones de los respectivos países”³⁹.

Agregó que “El Ecuador al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José”, aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de julio de 1984, ante lo cual las líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también forman parte del sistema jurídico Ecuatoriano”⁴⁰. La jueza Pacari no solo se mostró partidaria de la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad sino de ciertas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que interpretan extractos de aquellos, como en este caso a través de un precedente jurisprudencial en el cual el Tribunal interpretó el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4.3. Las tensiones entre el *pacta sunt servanda*, la prevalencia de los tratados internacionales y la supremacía de la Constitución: la variación del criterio en la interpretación del art. 27 de la Convención de Viena por la Corte Constitucional colombiana.-

En la sentencia C-276, de 22 de julio de 1993, la Corte Constitucional de Colombia resolvió inhibirse de pronunciarse respecto de la constitucionalidad del “*Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional*”. Lo hizo bajo algunas consideraciones. Primero invocó el “*Contrato Social*” de Rousseau para resaltar la importancia del respeto a lo pactado a nivel internacional. A partir de este criterio, un tratado internacional aprobado por un Estado, que no va contra su integridad, le genera obligaciones frente a otro sujeto de derecho internacional, pues, con relación al extranjero, resulta ser un ser simple, un individuo. Fue así que en aplicación de la teoría contractualista se recordó que el soberano frente a otros soberanos se comporta como un individuo frente a otros individuos. Así como entre los hombres puede haber un pacto que es fruto de la libertad, entre los Estados puede haber también pactos como fruto de la soberanía.

La Corte aclaró que la Constitución diferencia las funciones que competen a cada órgano del poder público. La Corte recalcó que el examen constitucional no se puede ejercer respecto de instrumentos públicos internacionales ya perfeccionados

39 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, de 18 de marzo del 2010, dentro de los casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 3. Instrumentos internacionales como parte del bloque de Constitucionalidad, pág. 25 del voto salvado de la dra. Nina Pacari.

40 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, de 18 de marzo del 2010, dentro de los casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 3. Instrumentos internacionales como parte del bloque de Constitucionalidad, pág. 27 del voto salvado de la dra. Nina Pacari.

y enfatizó que después de perfeccionado un tratado, se pierde la capacidad de su juzgamiento interno, haciendo tránsito al campo del Derecho Internacional. La Corte habló del efecto de la supranacionalidad y de los compromisos que generan los convenios con respecto al Estado, como persona de derecho público internacional, en un acto en el que ha perfeccionado su voluntad y en donde ningún organismo de carácter interno, ni siquiera el órgano encargado de la jurisdicción constitucional, puede entrar a revisar aquello que es ley entre las partes, siendo tales los Estados vinculados. Agregó la Corte que el control constitucional tan sólo se puede ejercer con anterioridad al momento en que se perfeccione el Tratado.

En la sentencia C-400 de 1998, en la que la Corte Constitucional colombiana revisó la “*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*”, de 21 de marzo de 1986 y la Ley No. 406 del 24 de octubre de 1997 por medio de la cual se aprobó dicha Convención, la Corte cuestionó y modificó el anterior criterio diciendo que es evidente que una inhibición de la Corte en examinar la constitucionalidad de un tratado perfeccionado en manera alguna asegura un mejor cumplimiento de las obligaciones internacionales del país, ya que el tratado materialmente inconstitucional es de todos modos inaplicable en Colombia, debido a la supremacía de la Constitución.

En el escenario internacional en cambio la Corte consideró que para un juez internacional, el hecho de que la Corte Constitucional colombiana declare inconstitucional la ley aprobatoria de un tratado no tiene implicaciones sobre la validez del tratado como tal, pues ésta se rige exclusivamente por el derecho internacional, según el cual, una parte no puede invocar su derecho interno para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales, por lo que la sentencia de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional no tiene frente al derecho internacional ningún significado jurídico particular.

El nuevo criterio de la Corte se sustenta en que si bien Colombia respeta el principio *Pacta sunt servanda*, en el evento de un tratado inconstitucional, es deber de las autoridades modificar el compromiso internacional del país a fin de ajustarlo a la Carta, o reformar la Constitución para adecuarla a las obligaciones internacionales asumidas. Lo que es inadmisibles, dijo la Corte en esa ocasión, es el mantenimiento de una incompatibilidad entre un tratado y la Constitución por cuanto las autoridades quedan sometidas a situaciones insostenibles pues deben aplicar la Constitución, aun cuando ello implique desconocer obligaciones internacionales y comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

En las consideraciones, la Corte Constitucional de Colombia plantea una interesante interrogante aplicable a nuestra realidad local: ¿es compatible

el monismo internacionalista de la Convención de Viena con el monismo constitucionalista que deriva del artículo 4 de la Constitución?. Al absolver la interrogante *“la Corte considera que, a pesar de la aparente contradicción, es posible armonizar los mandatos del artículo 4º constitucional y del artículo 27 de las convenciones de Viena, siempre y cuando se tenga en cuenta que, como se verá a continuación, de un lado, la Carta no consagra un constitucionalismo rígido, y que, de otro lado, la primacía de los tratados prevista por el derecho internacional no implica una invalidación automática de todas las normas internas contrarias a un convenio”*⁴¹. La Corte agregó que *“es natural que el derecho internacional defiende la primacía de los tratados sobre el ordenamiento interno de los Estados, pues cualquier otra concepción acarrea una erosión de la posibilidad misma de regular jurídicamente y en forma pacífica las relaciones internacionales, puesto que un Estado podría invocar un cambio de su normatividad nacional para disculpar la violación de un compromiso derivado de un tratado. Por ello, incluso mucho antes de las convenciones de Viena sobre los tratados, la doctrina y la jurisprudencia internacionales habían adoptado el monismo internacionalista (...) desde el punto de vista del derecho internacional, no sólo es dominante el monismo con primacía de los tratados sino que es razonable que así sea”*⁴².

La Corte constitucional colombiana concluyó que *“la Carta de nuestro país no defiende un monismo constitucionalista rígido, como podría entenderse a partir de una lectura aislada del artículo 4º superior, puesto que la Constitución establece que Colombia reconoce los principios de derecho internacional aceptados por el país y que el Estado debe promover la internacionalización sobre bases de equidad y reciprocidad (CP arts 9º y 226). Ahora bien, como la primacía de los tratados sobre el ordenamiento interno es un principio del derecho internacional que ha sido ampliamente aceptado por Colombia, y constituye la base para la formación de relaciones equitativas entre las naciones, ese principio se entiende en cierta medida también incorporado en la Carta, por la vía indirecta de los artículos 9º y 262.”*⁴³.

41 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-400 de 1998, revisión de constitucionalidad de la *“Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales”*, de 21 de marzo de 1986 y la Ley No. 406 del 24 de octubre de 1997 por medio de la cual se aprobó dicha Convención, párr. 38.

42 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-400 de 1998, revisión de constitucionalidad de la *“Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales”*, de 21 de marzo de 1986 y la Ley No. 406 del 24 de octubre de 1997 por medio de la cual se aprobó dicha Convención, párr. 39.

43 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-400 de 1998, revisión de constitucionalidad de la *“Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales”*, de 21 de marzo de 1986 y la Ley No. 406 del 24 de octubre de 1997 por medio de la cual se aprobó dicha Convención, párr. 40.

La solución que propuso la Corte Constitucional colombiana es el monismo moderado, doctrinas coordinadoras o de la integración dinámica entre el derecho internacional y el derecho interno.

Conclusiones y recomendaciones.-

- Se han explicado los actores estatales que intervienen en las etapas de suscripción, dictamen, aprobación y ratificación de los tratados internacionales.
- Se asignó tratamiento especial al estudio de los efectos de la ratificación de tratados en el ámbito interno e internacional y se puso especial énfasis en los criterios para resolver eventuales conflictos normativos, a través de criterios de jerarquía normativa. Se resaltó la importancia de integrar los tratados internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, recurriendo a precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana para interpretar el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- El desarrollo de esta breve investigación reafirmó que para el juez internacional, rige el principio de la prevalencia del derecho internacional, por lo cual un Estado puede comprometer su responsabilidad internacional si sus jueces aplican normas internas contrarias a un tratado, mientras que para las autoridades internas y el juez constitucional, la Constitución prevalece sobre cualquier otra normativa, inclusive sobre los tratados internacionales, al menos como regla general y los tratados tienen el valor que la constitución les asigna. El fundamento del orden constitucional es la unidad y coherencia del ordenamiento en torno a la Constitución, en función del principio de supremacía constitucional y el fundamento del orden internacional es el cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales, en función del principio *pacta sunt servanda*.
- Una armonización del fundamento del derecho constitucional y el derecho internacional propiciada por nuestra Constitución era lo óptimo. Habrían brindado mayor certeza disposiciones claras y coherentes en la Constitución de la República que refieran claramente los tipos de tratados internacionales que se encuentran en el mismo rango que la Constitución de la República. Frente a ello, la opción es que la Corte Constitucional, a través de sentencia vinculante, aclare este asunto. Y es que la normativa constitucional es clara en cuanto a conferir a los tratados internacionales jerarquía inferior en relación a la Constitución y jerarquía superior con respecto a las leyes, pero no es muy clara en cuanto a establecer la jerarquía específica de los tratados internacionales de

derechos humanos. El principio de aplicación de los derechos *pro ser humano* que admite la posibilidad de aplicar preferentemente una norma de un tratado internacional cuando ofrece mayor protección que una norma constitucional, ciertamente es una pauta válida a tener en cuenta, pero no existe coherencia en los dos artículos que se refieren a ello. Algunos juristas afirman que prevalece la norma más protectora, con independencia de la fuente, pero la autoridad o juez que lo decida debe valorarlo con parámetros constitucionales más claros.

- Otra manera de enfrentar las inevitables contradicciones que pueden existir entre el derecho constitucional y el derecho internacional, es abandonar las tesis clásicas dualista y monista, que pretenden eliminar en abstracto el inevitable conflicto entre los tratados y las constituciones. Debemos, en su lugar, defender una tesis que reconozca que excepcionalmente se pueden producir errores en el proceso de ratificación de los tratados internacionales que deben procurar ser subsanados en la esfera internacional activando los mecanismos de denuncia y de reservas. Asimismo se debe considerar que en la legislación interna pueden producirse cambios que ameriten una revisión de los compromisos internacionales. Pero en toda revisión de un compromiso internacional, tiene que ponerse especial cuidado de que no implique el desconocimiento del principio del artículo 11 (8) de la Constitución de la República, que sostiene que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas y la jurisprudencia. Si la regresividad en el contenido de un derecho de la Constitución con respecto al contenido del derecho establecido en un tratado internacional responde a intereses políticos, es obvio que configuraría un retroceso injustificable. Otro escenario es que nuestra Constitución, al proteger determinado derecho, lo regule de manera más acorde a la realidad actual y resulte más progresista y adecuada desde la perspectiva local. Lo importante es que la autoridad o juez que resuelva en torno al conflicto normativo entre los contenidos de un derecho no incurra en una liberalidad interpretativa y lo haga de manera motivada, de conformidad con el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución.
- Desde el punto de vista internacional, la supremacía de los tratados internacionales sobre las constituciones de los Estados no implica la invalidación automática de la normativa interna contraria a los compromisos internacionales. En el ámbito nacional, la normativa interna puede seguir teniendo validez y eficacia. Obviamente si las autoridades y los jueces aplican esas normas contrarias a un tratado internacional, eventualmente pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado, porque la regla internacional dice que el Estado no puede invocar el derecho interno para incumplir una obligación internacional.

Por esta razón lo adecuado es hablar de la inaplicabilidad de un tratado internacional que resulte inconstitucional que puede ser dispuesta por la Corte Constitucional. Un organismo internacional puede disponer la inaplicabilidad de una norma constitucional por ser contraria a una obligación derivada de un tratado que puede ser dispuesta por un organismo internacional, pero no puede disponer directamente la expulsión del ordenamiento jurídico. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no supone la nulidad interna de las normas constitucionales contrarias a un tratado internacional.

- Asimismo un tratado puede ser válido ante el derecho internacional pero inaplicable en el ámbito interno. No está prevista la intromisión de un organismo en los procesos de formación y expulsión de la normativa que le es ajena. Es importante que tanto organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y organismos judiciales internos como la Corte Constitucional estén conscientes de que carecen de competencia para declarar la nulidad de disposiciones jurídicas ajenas a su ámbito de acción. Así, la Corte Interamericana no puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una norma interna y la Corte Constitucional si bien puede declarar el desapego de una norma convencional con la Constitución, no puede anularla, sino a lo sumo declarar su inaplicabilidad. Jueces y autoridades nacionales están en la obligación de no aplicar los tratados internacionales que sean violatorios de la Constitución.
- Los criterios expuestos en este artículo para solucionar conflictos normativos entre el derecho constitucional y el derecho internacional constituyen parámetros útiles para las autoridades y jueces que, en ciertas ocasiones, se enfrentan a una compleja decisión: violar la Constitución, para cumplir una obligación internacional y no comprometer la responsabilidad internacional del Estado o, por el contrario, inobservar el tratado internacional, con el fin de respetar y hacer respetar la Constitución. Es claro que declarar inconstitucional un tratado internacional colocaría al Estado ecuatoriano en una situación de descrédito frente a la comunidad internacional porque se lo vería como un Estado que no honra sus compromisos internacionales. Pero a pesar de los variados efectos que esto puede generar, se debe valorar en cada situación en particular qué tan grave resulta que el Estado incurra en una violación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o si vale la pena asumir las consecuencias derivadas de un tratado inconstitucional para cumplir con una obligación internacional.
- Finalmente es fundamental que la Corte Constitucional efectúe un adecuado control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales. Los tratados

deben ajustarse a la supremacía constitucional. Es importante destacar la importancia que tiene un control de constitucionalidad previo, oportunamente despachado y prolijo, como mecanismo válido para evitar la incompatibilidad entre la Constitución de la República y un tratado internacional. La valoración desde el plano político de la conveniencia de ratificar un tratado internacional también es importante. El control previo en el campo político y constitucional evita conflictos normativos y propicia una política exterior más seria y sensata para que nuestras autoridades y representantes diplomáticos no asuman compromisos imposibles de cumplir y faciliten la convivencia pacífica de los principios del *pacta sunt servanda* y de la supremacía constitucional.

Génesis de las Fuentes del Derecho

Dr. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba¹

Abstract

El presente documento explica cuándo y de qué forma empezaron a operar las diferentes fuentes del derecho, entendidas en su sentido más amplio. Al principio se define la noción de fuente de la que partimos (todo aquello que es capaz de crear, modificar o extinguir la relación jurídica) y sus clases generales. Luego ya se expone el estudio de cómo surgieron y cuál fue el contexto histórico de cada fuente del derecho. Se ha evitado realizar un abrumador estudio exhaustivo, que no hubiera servido para los fines de esta investigación; en cambio, se ha hecho un esfuerzo por seleccionar cuidadosamente los lugares, las fuentes y los autores más representativos de cada época, a fin de proporcionar una conveniente visión histórica de conjunto.

Palabras clave

Fuentes del derecho, fundamentación del derecho, orígenes del derecho, máximas, brocardos, auctoritates

Sumario

I. Planteamiento del tema. II. La expresión «fuente del derecho». III. La edad antigua. IV. La edad media. V. La edad moderna. VI. La edad contemporánea. VII. Conclusiones.

I. Planteamiento del tema

En estas líneas procuramos determinar cuándo y cómo empezaron a operar los diferentes tipos de fuentes del derecho. Para ello hacemos una sucinta relación histórica del sistema de fuentes utilizado en cada época, recogiendo las normas y la doctrina más representativa. En consecuencia, no se encontrará aquí una historia acabada y exhaustiva de cada tipo de fuente del derecho, sino sólo su comienzo y

1 Asociado de CORONEL & PÉREZ, ABOGADOS, profesor de Derecho constitucional en la Universidad de los Hemisferios, Telfs.: 0-8379-8379 / 02-601-4000 (ofic.) jcriofrio@coronelyperez.com

bajo una visión de conjunto.

En este estudio adquieren especial relevancia a aquellas fuentes “reales” de derecho, aquellas que son capaces de incidir en una relación jurídica, formándola, mutándola o extinguiéndola. Se trata de la *fons iuris essendi*, fuente del ser del derecho, que por tanto es la fuente «ontológica» o «real» de derecho, a la que de intento damos la más amplia significación.

En concreto, trataremos de tres clases de fuentes: (i) las *fuentes tradicionales* que contienen las leyes, actos y negocios jurídicos; (ii) las *fuentes fácticas* que comprenden los hechos, el azar, la guerra y la violencia; y, (iii) de las *fuentes gnoseológicas*. Estas últimas comprenden la voluntad divina (llamada ley divina, eterna o natural), los aforismos y máximas; las *auctoritates*, las nociones jurídicas, los principios del derecho, la analogía, la equidad y la epiqueya, la *ratio lex*, la *mens legislatoris* y la jurisprudencia; la doctrina y la opinión común, la cultura, los valores y fines del derecho; la costumbre, el derecho repentino, la objeción de conciencia; el *stare decisis*, el *common law* y la *naturalis ratio*.

En el estudio de los sistemas jurídicos no nos entretendremos mucho distinguiendo el nombre de las autoridades (como «magistrado», «presidente», «ministro»...) o el las normas (como «edicto», «decreto», «reglamento»...). Tendencialmente trataremos al conjunto de las autoridades simplemente como «la autoridad» y al conjunto de las normas producidas por ellas como «la ley».

II. La expresión «fuente del derecho»

La palabra «fuente» tiene un primer significado natural y obvio muy lejano al mundo jurídico: alude al «manantial de agua que brota de la tierra»². Por ello es comprensible que la expresión «fuente del derecho» naciera con un sentido más metafórico. Esta concepción metafórica fue la que tuvieron los antiguos. Entre los juristas más célebres que la usaron se cuentan Cicerón, Livio y Aulo Gelio³.

Con el tiempo la expresión se tornó más abstracta, y servía para indicar cualquier «principio, fundamento u origen de algo»⁴ y en el campo jurídico comenzó a usarse para designar «la razón primitiva», «la causa generatriz o productora del derecho»⁵.

2 Diccionario de la Real Academia Española, 22ª ed., Espasa, Madrid 2001, voz «fuente», primera noción.

3 CICERÓN se preguntaba: *visne ergo ipsius iuris ortum a fonte repetamus?* (*De legibus*, I, 6, 20); LIVIO sostenía que la Ley de las XII Tablas era el *fons omnis publici privatique iuris* (III, 34, 6), y AULO GELIO indicaba que la *rogatio* del magistrado era como el *fons* de la ley (*Noctes Atticae*, X, 20, 7).

4 Diccionario..., voz «fuente», octava noción.

5 Sánchez Román, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, Establecimiento Tipográfico Sucesores de

La expresión fue de uso pacífico hasta el advenimiento del positivismo jurídico, cuando la palabra «fuente» se volvió controvertida, equívoca y, por último, cuestionada. Para los positivistas solo la ley dictada por la autoridad era fuente de derecho; al resto de «fuentes» —llamadas así en el mejor de los casos— las calificarán de indirectas, secundarias, derivadas, etc. Esto propició que durante el siglo XX se redactaran numerosas clasificaciones de fuentes, que más que aclarar, levantaron otra Torre de Babel.

Dentro de tal caos resulta comprensible la aparición de autores que prefirieron no usar la palabra «fuente». Unos por considerar obvio o superfluo el mismo concepto de fuente⁶ y otros simplemente para ahorrarse equívocos. En este caso suelen rebautizar la noción con otro término. Hervada, por ejemplo, no habla de fuentes, sino de «momentos del derecho»⁷.

Basten por ahora las disquisiciones filológicas, las mismas que hemos realizado sólo para terminar de cerrar el objeto de nuestro estudio. Aquí no nos ceñiremos a los autores y textos que literalmente hablen de «fuentes del derecho», sino que buscaremos a los que aluden al concepto de *fons iuris essendi*, que a continuación definimos.

III. La edad antigua

III.1. La prehistoria del derecho

Pocos datos tenemos de las fuentes del derecho que existieron antes de que comenzara a documentarse nuestra historia. Nos constan únicamente aquellas cosas que vienen por naturaleza: la alianza matrimonial, las provenientes de las relaciones familiares... Mientras duró la vida nómada el padre de familia prácticamente constituía la única autoridad.

Rivadeneira, t. I, Madrid 1890, p. 21.

6 Buena parte de la doctrina contemporánea identifica la fuente *stricto sensu* con el sujeto productor de la norma (bajo el entendido norma=derecho). V. gr. Diez Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona 1975, pp. 124-125. Cfr. MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *Las fuentes del derecho*, Universidad de Murcia, Murcia 1993, pp. 13-14. Otros conciben la fuente en sentido más adjetivo, atendiendo al procedimiento de producción de la norma. V. gr. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid 1991, pp. 41 y ss.; Norberto BOBBIO, para quien las «fuentes del Derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas» (*Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá 1987, p. 158). En el campo canónico, cfr. MARTÍN MARTÍNEZ, Isidoro, "La terminología de las fuentes de la norma jurídica, La norma en el derecho canónico", en *Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 10-15-X-1976, Pamplona 1979, 799-816).

7 Cfr. HERVADA, Javier, *Lecciones de filosofía del derecho*, 3ª ed., EUNSA, Pamplona 2000, pp. 374-375.

Cuando el hombre se asentó habrá comenzado a configurarse un orden comunitario muy básico, que asumía las normas de conducta legadas por los antepasados, algunas acuñadas en forma de dichos, como sucede en toda cultura. Algunos de estos inmemoriales aforismos nos son conocidos: la Ley del Talión, el «*quid pro quo*»... Por otro lado, el padre de familia y el jefe del clan tendrían un papel protagónico. Sus directrices, que tendrían un peso enorme, versarían sobre prácticamente cualquier asunto religioso, político, jurídico o moral.

Por regla general, la función de administrar justicia solo fue ejercida por magistrados distintos al gobernante en las comunidades mayores. En las menos pobladas una persona acumulaba fácilmente los cargos de legislador y juez, por no haber quién los ejerza⁸. Con frecuencia se dejó esta función en manos de la clase sacerdotal.

III.2. Los imperios de la antigüedad

La historia del derecho inicia con la aparición de los primeros textos jurídicos. Aunque se conocen algunos textos anteriores⁹, el Código de Hammurabi (aprox. 1760 a.C.) no deja de ser un emblemático hito histórico por compendiar las leyes sumerias y el pensamiento de su época. Fue tallado en piedra de basalto y colocado sobre el templo de Sippar. La piedra muestra la figura de Hammurabi, rey de Babilonia —a quien se denomina «hijo del Señor Ea, el dios del derecho»—, recibiendo las leyes del dios-sol Schamasch. Esta compilación de 282 leyes comienza estipulando la pena de muerte para el que embruje injustificadamente a otro (Ley 1). Inmediatamente después establece cómo ha de averiguarse si el embrujo era justificado o no: «el embrujado irá al [dios] río, se arrojará; si el río lo ahoga, el que lo ha embrujado heredará su casa; si el río lo absuelve y lo devuelve salvo, el brujo es pasible de muerte y el embrujado tomará su casa» (Ley 2).

Es muy significativo que justamente en los albores de la historia del derecho el Código de Hammurabi nos comience hablando desde su encabezado de la divinidad como fuente del derecho. Había una especie de consciencia implícita de que la divinidad y el derecho estaban fuertemente relacionados: ella conocía mejor el derecho o lo podía dirimir. El problema consistía en cómo hacer para que la divinidad hable, problema que venía resuelto identificando la voz de la divinidad con el hado, con los augurios y auspicios¹⁰, o con el azar.

8 Avalan tales hechos varios testimonios históricos, v. gr. Aristóteles, *La Política*, II (mb 214; Bk 1273b8-18).

9 V. gr. las Tablas de Lipit-Isthar, Rey de Babilonia, y las Leyes de Eshnuna.

10 El término *auspicium* (proveniente de *avis* y *spicere*) significa la consulta a la voluntad divina mediante la observación de las aves u otros signos celestiales. *Augurium* (proveniente de *augeo*,

Además, el Código incluye también disposiciones acerca de varios contratos: el matrimonio, el arriendo, la compraventa de campos, ganado, esclavos, etc. el préstamo monetario... Regula los procesos judiciales, estipula penas, consagrando en buena medida la Ley del Talión. Así encontramos recogidas como fuentes de derecho la voluntad de los dioses expresada en el destino o en el azar, la ley de la autoridad (rey, oficiales, jefe de familia), las sentencias y los contratos.

De forma semejante en Egipto el *Libro de los Muertos*, en India las *Leyes de Manú* (hacia el 200 a.C.), en China el libro de aforismos *Taoteking* y en otros lugares la concepción jurídica es semejante. Estamos en una época donde aún aparecen mezclados el orden religioso, moral, jurídico y político; todos estos órdenes penden los dioses, llegando algunas veces hasta identificarse con el mismo dios.

Un punto de discontinuidad aquí es Israel, en muchos aspectos. Este pueblo no mitificó la justicia y el derecho personificándolos en forma de divinidades. Tampoco es el israelita el que suele ir en busca de la voluntad divina, sino que es la Divinidad la que sale al encuentro, hablándole continua, repetidamente, con insistencia a lo largo de los siglos, por medio de patriarcas, jueces y profetas, tallándole incluso unas tablas que constituyen un perfecto compendio de un derecho y de una moral¹¹. Aunque fuera de la fe pueda ponerse en duda el origen divino de mensaje, a nadie escapa que la doctrina contenida en ese mensaje rebasaba con mucho el derecho y la moral de todos los pueblos de la época. No es raro, por tanto, que hasta los no creyentes hablen del «milagro hebreo».

III.3. Las ciudades griegas

Fue en Grecia donde primero se verificó la lenta transición entre lo mítico y lo filosófico¹². Testimonio de ello fue la célebre obra de Sófocles (aprox. 497-405 a.C.) *Antígona*, donde poéticamente se justifica la desobediencia al rey Creonte cuando sus mandatos contrariaban las «las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses» que «que viven en todos los tiempos y nadie sabe cuándo aparecieron»¹³. Suelen considerarse como los primeros filósofos a los pensadores denominados *presocráticos*, entre los que se encuentran Anaximandro de Mileto, Pitágoras y

de donde deriva también *auctoritas*), es un concepto más amplio, pues la función del augur no es sólo de mera interpretación, sino también de control de la legitimidad de la vida política. Cfr. Domingo, Rafael, *Teoría de la "auctoritas"*, EUNSA, Pamplona 1987, p. 64.

11 Cfr. Sancho Izquierdo, Miguel y HERVADA, Javier, *Compendio de Derecho natural*, t. I, Pamplona 1980, p. 77.

12 Cfr. *ibid.*, t. I, p. 83.

13 Sófocles, *Antígona*, vv. 446-460.

su escuela, Xenófanes, Parménides, Heráclito, Empédocles y Anaxágoras¹⁴. En general, estos filósofos tienden a ver el cosmos bajo un esquema de causalidad necesaria: el universo es un perpetuo fluir donde hay una ley, razón o *logos*, que constituye el principio ordenador de todo. Los pitagóricos y Empédocles incluso llegarán a hablar de «la justicia cósmica»; esta creencia revivirá de forma aislada en diferentes partes de la historia y dará pie a sostener la idea de una justicia y de un derecho en los animales y en las cosas inanimadas¹⁵.

En este sector destacan los sofistas, quienes depuraron la distinción entre *nómos* y *physis*, entre la ley positiva y la naturaleza, entre lo justo por ley (*nómoi díkaion*) y lo justo por naturaleza (*physei díkaion*). A continuación les sucederían Sócrates, Platón y Aristóteles, que marcarían una cúspide en el pensamiento de la que se nutrirán los siglos venideros, aunque su pensamiento tarde en calar. Conviene ahora detenerse un poco en el «príncipe de los filósofos», en el «padre del derecho natural», según le conocieron en la Roma antigua y en los últimos siglos, respectivamente.

Aristóteles (384-322 a.C.) penetró agudamente en el concepto de derecho. Ello le permitió distinguir varias fuentes de lo justo: las leyes de naturaleza y las leyes particulares (provenientes de la voluntad del hombre); dentro de este último grupo se encuentran leyes escritas y no escritas, leyes domésticas y civiles, las decisiones judiciales y las decisiones de gobierno. Distinguió diversas formas de gobierno y también ahondó en el campo de la interpretación jurídica y de la equidad, la que dirimía los conflictos entre las palabras de la ley positiva y lo justo legal.

Aristóteles comprendió el derecho como «la cosa justa». En primer término esa cosa justa se refería a lo debido a otro, aquella relación de igualdad entre lo que se recibe y lo que se da: se debe dar exactamente lo que pertenece a otro. Otras veces la cosa justa implica una relación proporcional, relación que aplica a la justicia distributiva y al dar a las potencias humanas algo acorde a sus fines. Alguna vez llega a señalar «que la ley es una cosa justa»¹⁶.

14 Sobre su visión del derecho, cfr. Corts Grau, José, *Historia de la filosofía del derecho*, t. I, Editora Nacional, Madrid 1952, pp. 55-71.

15 V. gr. Ulpiano († 228 d.C.) entenderá el derecho natural como «aquél que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es sólo propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar, también es común a las aves. (...)» (D. 1, 1, 1). También en nuestros días el ecologismo extremo boga por los «derechos de la naturaleza», supeditando a ellos algunos derechos del ser humano. La visión ha llegado a expresarse en innumerables normas; quizá la más extrema hoy sea la Constitución del Ecuador (2008), que dedica un capítulo entero a «Los derechos de la naturaleza» (arts. 71 a 74), donde se trata a la naturaleza como sujeto de derechos.

16 *La Política*, I, 4, 5 (traducida al español por Manuela GARCÍA VALDÉS, en la edición de Gredos, Madrid 1988, p. 60, donde se concuerda el pasaje con *Ética a Nicómaco* V 3, 1129b12). Otras

Conviene precisar que para él lo «natural» del derecho es esto: la relación de igualdad o proporcionalidad, y no el destino emanatista que imponían los dioses de los antiguos. ¿Jugaba algún papel jurídico la divinidad en su sistema filosófico? Tal parece que no, al menos de modo inmediato. Dios era, sin duda, el primer motor, la causa de las causas, pero luego de la creación la divinidad —pensaba el Filósofo— se había desentendido bastante del mundo y permanecía en la distancia.

A partir de estos conceptos distingue las clases de leyes. «Llamo ley —dice—, por una parte, a la que es particular, y por otra parte, a la que es común; particular a la que viene determinada por cada pueblo para sí mismo de las cuales unas son escritas, otras en cambio no escritas; y la ley común es la que es según naturaleza. Porque hay algo que todos adivina que, comúnmente, por naturaleza, es justo o es injusto, aunque no haya ningún mutuo consentimiento ni acuerdo entre unos y otros; así, por ejemplo, aparece diciendo la Antígona de Sófocles, que es justo, aunque esté prohibido, dar sepultura a Polinices, puesto que ello es naturalmente justo»¹⁷.

Pertenece al Estagirita la explicación del hombre como animal social y político¹⁸. En esta naturaleza le corresponden varios niveles de gobierno: el gobierno conyugal con la mujer, el gobierno regio con los hijos¹⁹, el despótico o de dominio con los esclavos²⁰, el político con los ciudadanos. Acorde a este esquema, concibe al ciudadano como aquel que puede participar en las funciones judiciales y de gobierno²¹. Todos estos gobiernos están supeditados al bien común de la ciudad, que por ser el bien total es superior a los individuos²².

La versátil configuración política de Grecia ofreció un abundante material de estudio a sus pensadores. Las ciudades griegas experimentaron una amplia gama de regímenes políticos y de leyes. Cada una constituía una pequeña unidad política

ediciones menos cuidadas traducen la acotación como: «una ley tiene siempre las apariencias del derecho». Sobre el concepto de ley cfr. también a PLATÓN, citando a Píndaro, en *Gorgias* 484b y *Leyes* IV 714 e.

- 17 Retórica, I, 13. En la Ética a Nicómaco, V, 7, precisa la distinción entre lo justo natural y lo justo legítimo: «aquello es justo natural, que dondequiera tiene la misma fuerza, y no porque les parezca así a los hombres o deje de parecerles. Justo legítimo es lo que al principio no había diferencia de hacerlo de esta manera o de la otra, pero después de ordenado por la ley ya la hay».
- 18 *La Política*, I, bk 1253a7-18. Tomás de Aquino acotará en su Comentario a este libro que «el hombre es naturalmente un animal doméstico y civil», «un animal social político».
- 19 Cfr. *La Política*, I, bk 1259a37 - 1260a36.
- 20 En este sentido dice: «(...) la mayoría de la gente parece pensar que el gobierno despótico es político (...). Esto es absurdo a no ser que por naturaleza unos sean dominables [los esclavos por naturaleza] y otros no dominables» (*La Política* [trad. M. García Valdés], VII, 2 bk 1324b).
- 21 Cfr. *La Política*, III, Bk 1275a22-34.
- 22 Cfr. *La Política*, I, Bk 1253a.

recluida bajo unos muros, autónoma, regulada por sus propias leyes. Filósofos como Aristóteles criticaron varias de estas leyes, observando, por ejemplo, que en Cartago la aristocracia se quiso inclinar hacia la democracia, pero cayó en la oligarquía de los reyes, los ancianos y los magistrados; la causa estaba en que se elegía por la riqueza y no por los méritos. También criticó a Solón de Atenas, quien debilitó la oligarquía del Areópago y abolió la esclavitud, mostrándose demasiado democrático²³.

Sobre la separación de las magistraturas sostuvo que «si la ciudad no es pequeña, es más constitucional que participen muchos de las magistraturas, y más popular; pues es más general, como hemos dicho, y cada una de ellas se desempeña así mejor y con más rapidez»²⁴.

En el campo de la hermenéutica jurídica el Filósofo enseñó que las leyes debían ser interpretadas no según el tenor de las palabras, sino teniendo en cuenta la voluntad del legislador²⁵. Y al hilo de este pensamiento sostenía que los jueces eran la ley viva.

Otro aporte de peso fue la noción de epiqueya. Aristóteles puso como objeto de la epiqueya lo *equitativo*, algo justo, «aunque no según la ley, sino como rectificación de lo justo legal»²⁶. Reconoce, por tanto, que aunque la ley sea recta, puede darse un cierto desajuste entre esa ley que «habla universalmente»²⁷ y «la naturaleza de las obras humanas»²⁸.

En cuanto a la guerra, considerada por los pueblos como fuente de derechos, Aristóteles matiza esta idea. La considera justificada cuando es un medio ineludible para establecer el orden, rechazar la agresión y mantener la justicia; pero también cuando se emprende para dominar a los pueblos de cultura inferior y cuando este dominio pretende ejercerse en beneficio de ellos mismos²⁹. Otros puntos flacos, fácilmente explicables dentro de la mentalidad de la época, son: el disgusto que guarda con la *crematística* de cambio (que comprende el comercio, el trabajo asalariado y el crédito a interés) que tacha de antinatural³⁰, y la justificación

23 Cfr. *La Política*, II, Bk 1270a - 1272b.

24 *La Política*, II, lect 16,9 (mb 214; Bk 1273b8-18).

25 Cfr. *La Retórica*, *passim*.

26 Aristóteles, *Ethica Nicomachea*, V, c10, 1137 b 15-18.

27 Aristóteles, *Ethica Nicomachea* V, c10, 1137 b 18-20. Sobre el análisis de la relación justicia legal y epiqueya en Aristóteles, cfr. JUAN CRUZ CRUZ, *Fragilidad humana y ley natural*, EUNSA, Pamplona 2009, pp. 78-81.

28 Aristóteles, *Ethica Nicomachea*, V, c10, 1137 b 22-24.

29 *La Política*, IV, cap. 13.

30 Cfr. *La Política*, I, Bk 1258a-1259a.

que hace de la esclavitud. Para él algunos esclavos, los más robustos, lo son por naturaleza; otros llegan a serlo sólo por voluntad humana; así mismo algunos son libres por naturaleza y otros por voluntad³¹.

III.4. Roma

Para el estudioso de hoy el Derecho romano tiene un gran atractivo por muchas razones: por su experiencia acopiada durante más de un milenio, por la influencia que tuvo en los sucesivos sistemas jurídicos, pero especialmente —sobre todo en lo referente a las fuentes del derecho— por la forma en que nació: fluyó naturalmente de la realidad cotidiana, de los problemas del día a día. La especulación jurídica sobre el derecho llegó tarde, sobre todo al finalizar la República. Y cuando elaboraron la doctrina, los juristas romanos no expusieron el derecho por la vía de fórmulas abstractas o definiciones, sino con referimiento a casos singulares traídos de la práctica.

Suele dividirse el Derecho romano en tres etapas, que a continuación analizamos:

(a) Período legendario

En esta primera etapa comienza con la misma fundación de Roma (754 a.C.) y dura seis siglos. Contamos con pocos datos de este período, donde el derecho tendría un carácter más consuetudinario. El mismo Livio se quejaba que de ese período *parvae et rariae literae fuere*.

Pertenece a este período la lenta fragua del derecho consuetudinario (civil, procesal, penal, etc.) de los ciudadanos del Lazio, los quirites, costumbres que luego serían recogidas por escrito en las Doce Tablas (a. 303-305). Las Doce Tablas carecen ya de esos matices sagrados³² propios de los antiguos textos jurídicos, aunque todavía muestran un excesivo rigorismo donde el mínimo error en el uso de las inmutables fórmulas y palabras produce la nulidad del contrato o la pérdida de la litis.

El derecho quiritario, tanto el material como el adjetivo, era de uso exclusivo de los *cives*. A los peregrinos se les aplicaba otro estatuto jurídico que entonces comenzaba a formarse, el *ius gentium*.

31 Cfr. *La Política*, I, Bk 1255b4-4-15.

32 La única disposición en las Doce Tablas que posee tales matices sagrados es meramente teórica y trata sobre los clientes.

(b) La República (del 509 al 27 a.C.)

Roma cambió mucho a partir de las guerras púnicas (la primera data del 241 a.C.), en las que se adueñó de Cartago y de la cultura greca³³. Su boyante campaña bélica pronto la llevó a convertirse en el centro comercial donde afluirían gentes de todo el mediterráneo, creándose así numerosas relaciones entre los ciudadanos romanos y los peregrinos. Para resolver esos conflictos, también numerosos, nacidos entre unos y otros se instituyó al *praetor peregrinus* (año 512 *ab urbe*) al finalizar la primera guerra púnica. Este pretor dio un gran impulso al *ius gentium*, que terminó siendo un derecho universal que se aplicaba a todos los hombres libres³⁴, contrapuesto al *ius Quiritium* que permanecía siendo eminentemente personal de los nacionales.

La flexibilidad y simplicidad del *ius gentium*, que daba tanto valor a la buena fe y a la justicia material, terminó poniéndose en contraste ante los ojos del pueblo con el rígido derecho quiritario y de los demás pueblos antiguos. No sin razón data de ésta época el aforismo *summum ius summa iniuria*³⁵, nacido como grito de rebeldía. La máxima sintetiza el clásico conflicto que aparece a la hora de aplicar la ley injusta.

Lo mejor de este nuevo derecho, más libre y confiable, se mezcló con las diversas formas solemnes de las *legis actiones*, y fue promulgado para los *cives* en la *Lex Aebutia* a mediados del siglo II a.C. La ley fue muy aplaudida por los juristas³⁶, por cuanto daba a los *cives* la opción de adoptar uno u otro derecho, según lo eligieran las partes en el proceso.

Cobraron entonces inusitada fuerza los principios de la equidad, de la *fides*, de la lealtad, del comportamiento honesto, del mantener la palabra dada³⁷. A principios

33 Cicerón constata el influjo griego en el mundo romano luego de las guerras púnicas: «*influxit etiam non tenuis quidam a Graecia rivulus in hanc urbem, sed abundantissimus amnis*» (*De rep.*, 2, 19).

34 Cfr. Gayo I, I; D. I, I, 4.

35 Cfr. Riccobono, Salvatore, *Storia delle fonti e del diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano 1949, p. 117, donde se apunta que «di qui quel dualismo del diritto, di cui fu detto sopra e quel grido di ribellione contro l'arcaica tradizione giuridica riferito già da Terenzio (*Heaut.*, 795): *ius summum saepe summast malizia*, e ripetuto da Cicerone (*De officiis*, II, 33) in una forma più vibrata ed assoluta: *Summum ius summa iniuria*. Notevole che sia noto a Terenzio, morto nel 605 a. u., e posto nella commedia il «*Punitore di se stesso*», rappresentata nel 591 (...)».

36 En este sentido iban las quejas contra el riguroso formalismo procesal de Gayo (IV, 30) y las críticas de Cicerón contra la interpretación excesivamente apegada a lo literal de la ley, que no dejaban espacio a la equidad (cfr. *Pro Mur.*, 17). Aulo Gellio dirá que *cum proletarii et adsidui et sanates et vades et subvades et XXV asses et taliones furtorumque quaestio cum lance et licio evanuerint, omnisque illa XII tabularum antiquitas — lege Aebutia lata consopita sit* (*Noctes Atticae*, 16, 10, 8).

37 Cfr. Cicerón, *De officiis*, I, 7. Interesante es la distinción que hace entre lo honesto y virtuoso,

del siglo II Celso puede afirmar que el *ius est ars boni et aequi*³⁸. Polibio se gloriará de que «entre los griegos, quien presta aunque sea sólo un talento, necesita diez escribanos, otros tantos sellos y el doble de testigos, pero no se encontrará en ellos confianza (*fides*). En cambio, la buena fe (*fides*) se la encontrará entre los romanos que, aún tratándose de sumas más vistosas, son fieles a la religión de la palabra dada»³⁹.

Al finalizar la República se inicia la elaboración científica del derecho. Según una tradición recogida por Pomponio († 172)⁴⁰, la primera forma de enseñar el derecho se reporta al Pontífice Máximo Tiberio Coruncanio (de mediados del s. III a.C.), del cual, si bien no dejó obras escritas, se recuerdan numerosas respuestas. En un principio la enseñanza era más rudimental, expuesta en forma de respuestas a consultas concretas. Con el tiempo los estudios fueron ordenándose, hallando ya una sistematización en Mucio Scevola⁴¹.

El estudio genera sus frutos y crea jurisconsultos de renombre. A ellos les presentan las causas y frecuentemente sus pareceres logran imponerse sobre la conciencia de los jueces⁴². Al elevarse el número de expertos en derecho, se elevan las disputas y las escuelas se dividen. Aparecieron dos: la escuela de los Proculanos, fundada por Labeone y seguida por Nerva y Proculo, y la escuela de los Sabinianos (o Casianos), abierta por Capítón, seguida por Sabino y Casio que le dieron el nombre. Ambas escuelas inauguran una nueva interpretación del derecho, menos ligada a las palabras; ello generó muchas disputas sobre la correcta interpretación del texto de las leyes. Según parece, tales discusiones fueron más de orden positivo, que teórico o filosófico⁴³.

Conforme penetró la cultura griega en el mundo romano, ésta fue aprovechada por la incipiente ciencia jurídica. Buen soporte dieron, como materias auxiliares, la filosofía, la gramática y la retórica griega. Otras ciencias como la etimología, la medicina o la psicología, que todavía eran bastante imperfectas, también dejarán su huella en el derecho.

de lo meramente útil: *honestum igitur id intelligimus quod tale est, ut detracta omni utilitate, sine ullis praemiis fructibusve, per se ipsum possit jure laudari* (*De finibus bonorum et malorum* II, 14). Repárese en la estrecha conexión entre la ética y la concepción del derecho ciceroniana.

38 Fr. I, D. 1, 1.

39 Polib., 6, 36, 13.

40 Pomp. 5.

41 Cfr. Schulz, Fritz, *History of roman legal science*, Oxford 1946, *passim*.

42 Cfr. Cicerón, *Topica*, 28; *pro Mur.* 29; Riccobono, *op. cit.*, p. 63.

43 Sobre el desarrollo de las escuelas de derecho, cfr. Riccobono, *op. cit.*, pp. 55, 64 a 72.

Durante el último siglo a.C. descuella un heredero de la cultura estoica greca, Marco Tulio Cicerón (103 a 43 a.C.). Entre los pensadores estoicos fue el que más y mejor se ocupó del derecho, y, sin duda, fue el que más influyó.

Cicerón adhirió a la percepción estoica emanatista, prendada de panteísmo, donde el *logos* —la «ley eterna» en frase suya— deviene necesariamente de la divinidad. Como buen estoico creía que los dioses guiaban todos los eventos mundanos con su voluntad y que existían unos principios innatos en el alma humana. «Los principios que se imprimen en el alma de aquella inteligencia esbozada de que hablé antes —nos dice—, están impresos en todos por igual»⁴⁴. Si en algunos hombres y pueblos estos principios se han obscurecido parcialmente, ello es debido al error y a la mala voluntad⁴⁵.

A su vez, Cicerón hace suyas todas las conquistas de la ciencia jurídica hasta entonces desarrollada. Por eso puede identificar estos principios con los principios de la *fides*, de la lealtad, de la equidad, del honesto vivir, a los que da cause en el pensamiento jurídico⁴⁶. Estos principios que conforman la ley eterna son la suma razón, y consecuentemente se hallan ínsitos en la naturaleza racional del hombre⁴⁷.

Como suma razón, esta ley es la que fundamentan el derecho. «No hay que tomar por origen de la ciencia jurídica ni el Edicto del pretor, como hacen casi todos hoy, ni las Doce Tablas, como los antepasados, sino propiamente la filosofía esencial»⁴⁸. No es que desconozca las tradicionales fuentes de derecho —de hecho, en sus escritos las enumera todas—, sino que las pone bajo la razón. «Es absurdo pensar que es justo todo lo determinado por las costumbres y las leyes de los pueblos. ¿Acaso también si son leyes de tiranos? (...) Hay un único derecho que mantiene unida la comunidad de todos los hombres, y está constituido por una sola ley, la cual ley es el criterio que impera o prohíbe; el que la ignora, esté escrita o no, es injusto (...)

44 *De legibus*, I, 10. Cfr. *De Republica*, III, 8 y 22.

45 Cfr. *De legibus*, I, 17.

46 Así, por ejemplo, Cicerón critica la exegética interpretación de los pontífices, que no dejaban espacio a la equidad (Cic., *Pro Mur.* 17), y en otro lugar la equidad le permite despegarse de la letra del testamento, para interpretarlo con más justicia según la voluntad del testador (Cfr. Cicerón, *Brutus*, 52; *de or.*, I, 57; *Topica*, 10,44).

Sobre la incidencia del principio de la equidad en el ordenamiento jurídico romano, cfr. Riccobono, *op. cit.*, pp. 30, 51 y ss.

47 Al respecto, CICERÓN señala que «muchos doctores varones estiman que hay que tomar como punto de partida la ley; y seguramente con razón, siempre que entienda que, como ellos la definen, la ley es la razón suma o primera, ínsita en la naturaleza, que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario. Tal razón, una vez que se concreta y se afirma en la mente humana, es ley. Así, pues, entienden los tales que la prudencia es una ley consistente en ordenar que se obre rectamente y prohíbe delinquir» (*De legibus*, I, 6.).

48 *Ibid.*, I, 5.

Que si los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos, las decisiones de los príncipes y las sentencias de los jueces, sería justo el robo, justa la falsificación, justa la suplantación de testamentos, siempre que tuvieran a su favor los votos o los plácemes de una masa popular (...) Y es que para distinguir la ley buena de la mala no tenemos más norma que la de la naturaleza. No sólo lo justo y lo injusto, sino también todo lo que es honesto y lo torpe se discierne por la naturaleza. La naturaleza nos dio así un sentido común, que esbozó en nuestro espíritu, para que identifiquemos lo honesto con virtud y lo torpe con el vicio. Pensar que esto depende de la opinión de cada uno y no de la naturaleza, es cosa de locos»⁴⁹.

Esta última línea parece contradecirse con las frecuentes alusiones que Cicerón hace al consenso común⁵⁰. Por ejemplo, afirma que *omni in re consensio omnium gentium, lex naturae putanda est*⁵¹. Nos parece, por el contrario, que es acorde con su pensamiento: si existe una ley universal, señal de ello será que la comparta mucha gente. Pero no será más que esto, una *señal* de la razón primera, no una prueba irrefutable.

En síntesis, para Cicerón las leyes humanas, costumbres, sentencias, votos, etc., junto con el consenso común, son verdaderas fuentes de derecho, pero sólo cuando concuerdan con los principios de lo justo, de lo honesto, de lo leal, contenidos en la ley eterna. Comparándolo con Aristóteles, y como punto de crítica, observamos que el más insigne jurista de Roma no maneja categorías metafísicas, ni es capaz de dar una buena definición de naturaleza humana, de causa final, formal, etc. lo que le impide llegar con consistencia a la razón última de lo justo por naturaleza. Con todo, mantiene el mérito de desarrollar algunos conceptos filosóficos traídos desde Grecia e implementarlos en la cultura jurídica romana.

Las grandes variaciones del ordenamiento jurídico sufridas dentro de la República dan fe de cuánto puede cambiar el derecho cuando cambia la concepción cultural. Además hemos constatado que, como resultado de la profundización doctrinal, esta época vio nacer varias de las fuentes gnoseológicas del derecho.

(c) El Imperio

En este período que va desde Augusto († 14 d.C.) hasta Dioclesiano († 316 d.C.), el derecho se desarrolló a la sombra del poder Imperial, que ya había llegado a sus cotas más altas. El derecho y, especialmente, la jurisprudencia, mantienen

49 *Ibid.*, I, 16.

50 La constante referencia al consenso común ha sido advertida por CORTS GRAU, *op. cit.*, p. 178, a quien, por de más, parece excesiva.

51 Cfr. *Quest. Tusculanae*, I, 13 y IV, 15. Vide *De officiis*, I y III.

su dimensión sacra. Ulpiano, por ejemplo, escribirá: *publicum ius in sacris in sacerdotibus in magistratibus consistit*⁵². Aún así, para un ciudadano de aquel entonces más o menos avezado en temas jurídicos, las fuentes del derecho vigentes eran aquellas que Gayo enunciaba en el siglo III: *constant autem iura populi romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*⁵³. No se nombra la costumbre, norma que ya resultaba ya bastante lejana⁵⁴.

La mayor parte de la literatura jurídica de la República se había perdido. Aún así, aquella que había sobrevivido al Imperio podía «cargarse en camellos», según expresión de Justiniano. Doctrina y jurisprudencia seguían funcionando en tándem: unas letras remitían a otras.

La función de los jurisconsultos, que desde la República ejercían una autoridad de hecho ante los magistrados, se institucionalizó de derecho. Augusto aprovechó esta tradición y concedió a los juristas más insignes el privilegio de dar respuesta *ex auctoritate Principis*⁵⁵. Paralelamente, comenzó a desarrollarse el concepto de la *communis opinio*, formada con las respuestas acordes sobre un mismo punto de derecho; en los escritos viene designada con la frase: *placuit, ominibus placuit, omnes in hoc consenserunt receptum est, sententia N. prevaluit, ecc;* o también: *hoc iure utimur, et ita utimur*, expresiones que denotan una norma asentada en la práctica judicial, y luego en la ciencia.

La abundante jurisprudencia comenzó a formar varias líneas concordes de decisión, lo que propició la creación de un cuerpo de *regulae iuris*. Algunas de estas reglas provienen de la jurisprudencia pontificia, como por ejemplo, el *nulla hereditas sine sacris y bis de eadem re ne sit actio*⁵⁶.

52 D. I, I, 1, 2. Esta concepción persistirá durante mucho tiempo y se recogerá en máximas como la famosa: «*jurisprudencia est divinarum humanarumque rerum notitia iusti atque iniusti scientia*» (I, I, I, 1; D. I, I, 10,2).

53 Gayo, I, 2.

54 Se discute en la época Imperial la costumbre subsistía como fuente de derecho, y hay quienes en atención a este único texto concluyen que había desaparecido totalmente. Otros traen a colación un texto de Juliano que aparece en el Digesto (D. 1, 3, 32) y que habla de las leyes abrogadas por inobservancia (*desuetudinem abrogentur*), figura que parece no encaja en los moldes mentales de la época. Por eso, algunos creen que se trata de un texto interpolado. Con todo, quienes lo defienden suelen admitir que «per la funzione della consuetudine come creatrice di diritto, bisogna invece dire che se è indubbiamente esagerata la teoria radicale che vuole negarle ogni valore, tuttavia essa non potè mai esercitare in Roma quella funzione diretta e preminente, come in altri diritti; perché vi erano organi e sistemi che, non appena una consuetudine germogliava, la assumevano e le trasformavano in diritto positivo» (ROCCOBONO, *op. cit.*, p. 147).

55 Conforme a Pomp. 49, la institucionalización y práctica del *ius respondendi* es de tiempos de Augusto.

56 Gayo, 4, 108; Quintiliano VII, 6,4.

Con todo este bagaje comienzan a delimitarse mejor las instituciones jurídicas, los conceptos, los principios... En el siglo II Javoleno alzará su voz para prevenir que *omnis definitio in iure civili periculosa est*, por cuanto es difícil que no tenga que ser alterada⁵⁷. Javoleno no hace una consideración meramente teórica; al contrario, lanza una fuerte advertencia porque observa como una mala definición influye en malas decisiones judiciales. Pero la labor de definir lo mejor posible los conceptos continúa. Las definiciones son cada vez más abundantes. Datan del siglo III los libros *Definitiorum* de Q. Mucio y de Papiniano. Ambos recopilan definiciones elaboradas en la doctrina y en la ya milenaria jurisprudencia. Otras obras vendrían luego (v. gr. los *Regularum* de Marciano, Ulpiano⁵⁸, etc.), e incluirían principios generales del derecho, redactados en forma concisa y sin un sistema preestablecido. Estas definiciones dejan sentir su impacto en el Derecho romano y Occidente construirá sus sistemas jurídicos sobre ellas.

Como dice Hervada, «la gran lección de los juristas romanos no residió en sus definiciones, sino en la integración de la *ratio naturalis* a su quehacer práctico. El derecho natural, la *naturalis ratio* aparece en numerosos pasajes como un elemento de interpretación del derecho y de la búsqueda de la solución justa para los casos concretos»⁵⁹.

En esta última etapa observamos el esfuerzo romano por controlar e institucionalizar bajo el poder aquellas fuentes del derecho que habían nacido fuera del ámbito de la autoridad Imperial.

III.5. Irrumpe el cristianismo

Huelga recordar que el mensaje cristiano no es un conjunto de normas de derecho, ni un sublime texto jurídico. Consideramos que contiene la mejor expresión de la ley natural, de los fines y valores humanos, expresada en diferentes formas y géneros literarios. Mas nunca terminaremos de calar su insondable hondura. Pasarán los milenios y el Evangelio seguirá siendo siempre nuevo, capaz de ofrecer a todas las generaciones una doctrina y un ideal de vida muy superior al imaginable.

El mensaje evangélico desde el principio ha contenido una serie de valores que marcaron un contrapunto en la cultura antigua: el primero de todos, la dignidad del hombre y de la mujer; luego, la valorización del trabajo, la concepción de que no

57 Fr. 202, D, 50,17.

58 Entre las reglas enseñadas por Ulpiano nos interesan especialmente dos, que rezan: *nuda pactio obligationem non parit et cum nulla subest causa propter conventionem, hic constant non posse constitui obligationem* (D. 2, 14, 7 § 4). Al menos para el derecho contractual la dogmática jurídica exigía una causa real, so pena de quedar estéril lo acordado.

59 Sancho Izquierdo y Hervada, *Compendio...*, op. cit., t. I, p. 121.

éramos tanto propietarios absolutos de los bienes, como sus administradores...⁶⁰. Pero su comprensión e implantación se dio lentamente. El Evangelio fue esa pequeña semilla de mostaza enterrada en la cultura antigua, que paulatinamente creció y dio sus frutos⁶¹.

En los primeros tres siglos la vida jurídica de los cristianos no se diferenciaba de la de los paganos: seguían casándose según su antigua costumbre (aunque no se divorciaban); seguían heredando, comerciando, pagando los impuestos, asistiendo a los censos, trabajando como obreros, soldados, esclavos, etc. según la ley imperante. De hecho, eran escrupulosos cumplidores de la ley y obedecían en todo al César, salvo en un punto: el de rendir honores divinos a seres que no eran Dios. En esta materia el César había perdido una buena tajada de su jurisdicción. Como se sabe, millares de mártires probaron con su vida y con su muerte que una nueva fuente del derecho se alzaba jerárquicamente sobre la autoridad del emperador: la autoridad de Dios.

A partir del año 313, bajo el amparo del nuevo emperador que ya no perseguía a los cristianos, el espíritu cristiano comenzó a introducirse lentamente en la normativa del Imperio. Roma seguía siendo bastante similar a los reinos paganos: en la construcción de templos para sus divinidades (variaba solo su pluralidad), en el control político de la religión (que aún conservaba el César en buena medida), en sanción de los «pecados» contra la religión nacional... Solo con el pasar de un buen número de años algo el ordenamiento tomará un nuevo cariz: la legislación sobre el matrimonio se reforzará, vendrán condenas mayores al belicismo sin causa⁶², se tipificarán nuevos delitos, se moderará el *usus et abusus*... A través de los siglos la conciencia cristiana actuó como verdadera fuente de derecho.

Los Padres de la Iglesia no presentaron una concepción jurídica extraña a la de su época. Sin embargo, casi todos tenían un conocimiento agudo de la ley natural, de la cual escribieron no pocas páginas. Casi todos hablaron de una ley natural impresa en la razón de todos los seres humanos, mediante la cual podíamos discernir el bien del mal, lo honesto de lo réprobo, lo virtuoso del pecado. El contenido de esa ley proveniente de Dios, Creador de todo, era el mismo en todo tiempo y lugar⁶³.

60 Cfr. CORTS GRAU, *op. cit.*, p. 213...

61 Aplica aquí lo dicho por C. Dawson: «el Catolicismo se irguió para sostener la vigencia de los valores espirituales absolutos en un mundo desilusionado y desesperanzado» (*Cristianismo y Sexo; Los nuevos tiempos*, p. 19.).

62 San Agustín, por ejemplo, será mucho más restrictivo que Aristóteles a la hora de definir la guerra justa. Cfr. *De civitate Dei*, III a IV, XIII, 19; XIX; XV, 4 y 5; *Epístas* 138 y 139. Isidoro de Sevilla será aún más tajante al decir: *nullum bellum justum habetur nisi denuntiatum, nisi indictum, nisi de repetitis rebus* (*Etimologías*, XVIII,1).

63 Sobre la noción del derecho natural de los Padres de la Iglesia, cfr. SANCHO IZQUIERDO y HERVADA, *Compendio...*, *op. cit.*, t. I, p. 130 y ss., especialmente p. 132.

Destaca entre los Padres san Agustín, quien remarcará el aspecto racional de la ley y su finalidad: *lex aeterna est ratio in mente Dei existens, quae res omnes per consentanea media in suos fines diriguntur*⁶⁴. Para él Dios era fuente del ser de las cosas al crearla, de la verdad de las cosas y de nuestro mismo conocimiento de tales cosas. Entendía que nuestra forma de conocer la ley natural venía por una iluminación directa del Verbo que irradia sobre los intelectos.

Esta visión contrasta con la antigua. La ley eterna es ciertamente divina, pero no *emana* necesariamente de los dioses, confundiendo con la ley de los hombres, al estilo del panteísmo estoico; la ley eterna estaba muy por encima de la ley humana. Dios es absolutamente distinto al hombre; su ley es única, pero está en él como Legislador supremo de una forma (como causa) y en la razón de los hombres de otra (como efecto). Tampoco los cristianos sienten la necesidad de «forzar» a los dioses para que se pronuncien sobre el derecho, como lo hacían los babilónicos; Dios ya había dicho cuanto tenía que decir con la Palabra encarnada. Esa era la Palabra que comenzaba a informar el derecho.

Vale aclarar que el primer ordenamiento jurídico que se «cristianizó» no fue el romano, sino el de la misma iglesia naciente. En el primerísimo tiempo, cuando la mayoría de los cristianos moraban en la Palestina, el derecho eclesial que los regía tenía un marcado carácter hebreo. Luego, al anclarse la Iglesia en Roma, se romanizó. Y con la caída del Imperio el derecho canónico se «ruralizó» (siglos VI a VIII), adoptando las normas, costumbres, instituciones del régimen feudal. Y en un momento dado, este derecho estaba absolutamente germanizado⁶⁵.

No obstante lo anterior, el derecho de la Iglesia se diferenciaba cualitativamente de tales regímenes. Desde el principio vetó el divorcio vincular, creó una sociedad para ayudar a las viudas, puso algunos bienes en común para auxilio de los necesitados, trató con más benevolencia a las mujeres y a los esclavos... Recordamos que muchos siglos antes de la abolición de la esclavitud ya se admitieron esclavos dentro de la jerarquía eclesiástica. Paradigmático es el caso del santo Papa Calixto (217-222), que era esclavo, hijo de esclava; luego de su liberación fue ordenado diácono y elegido Papa⁶⁶. De esta manera, el derecho canónico empezaba a ser verdadero *speculum iustitiae*⁶⁷ ante las naciones.

64 *De libero arbitrio*, I, 5.

65 Cfr. Fantappiè, Carlo, *Introduzione storica al diritto canonico*, il Mulino, Bologna 2003, pp. 42-46, 66-67.

66 Cfr. Lortz, Joseph, *Storia della Chiesa in prospettiva di storia delle idee*, I, Edizioni Paoline, Milano 1992, p.178; ZEILLER, Jacques, «La sede romana», en FARINA, Raffaele (ed.), *Storia Della Chiesa*, II, Torino 1972, pp. 577-578.

67 Cfr. Discursos de Juan Pablo II a la Rota Romana de 17-II-1979, n. 1, y de 26-I-1989, n. 10.

IV. La edad media

IV.1. La primera escolástica

La escolástica es un movimiento intelectual surgido en el siglo IX que busca profundizar en el conocimiento de Dios y de las Escrituras. Tal investigación parte de dos fuentes principales: (i) de los escritos legados por los Padres de la Iglesia, especialmente los de san Agustín, que durante la Edad media fue considerado el más grande de los padres; y, (ii) de la herencia filosófica recibida de la antigüedad. En un principio Platón fue el filósofo más conocido y estudiado, pues de los escritos aristotélicos solo se contaba con malas y escasas traducciones. Adquirió un gran protagonismo cuando a partir del siglo X fue traducido sistemáticamente. La escolástica buscó armonizar estas dos fuentes de conocimiento (los postulados de la fe y la razón, la ciencia teológica y filosófica) con un método lógico de base metafísica⁶⁸.

Esta primera escolástica duró hasta el siglo XV y abarcó una gama pensadores muy dispares, como san Anselmo, Abelardo, santo Tomás, Duns Escoto o Guillermo de Ockham. Pero como hay una tendencia, no siempre justificada, a identificar el todo por sus partes más sobresalientes, no extraña que suela identificarse el pensamiento escolástico con el de Tomás de Aquino (1225-1274), que llegó a ser una cumbre intelectual de todos los tiempos. Nos detendremos un poco en él.

Santo Tomás dedicó sus esfuerzos principalmente a la teología, que era, según la entendía, la ciencia que veía el universo material y espiritual con los ojos de los bienaventurados. Bajo estos ojos caía todo lo eterno y todo lo terreno, también la moral y el derecho. Recurre continua y conjuntamente a las fuentes de la Revelación y a las de la razón. Cita siempre la Biblia y a los Padres de la Iglesia —guardando predilección por san Agustín—, y varias veces aparece el Decreto de Graciano; mas no descuida recoger los aciertos de los paganos. Denota un especial afecto por dos: por Aristóteles y por Cicerón, a quienes suele citar textualmente, refutándolos rara vez.

Se han dado muchas lecturas al pensamiento jurídico de santo Tomás, de las que hablamos en el Anexo, al cual me remito. Aquí me limitaré a señalar tres claves que considero facilitarán entenderlo. En su orden, son:

(i) *Nivel metafísico*. La persona humana es un acto de ser intenso, donde inhiere la forma sustancial, con sus potencias pasivas y activas. Las potencias humanas marcan las inclinaciones humanas y —más importante— los fines ontológicos de

⁶⁸ Las mencionadas son las características de la escolástica comúnmente aceptadas. Cfr. Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, t. II, Madrid 1960; É. GILSON, *El espíritu de la filosofía medieval*, Buenos Aires 1952, y del mismo autor, *La filosofía en la Edad Media*, 2ª ed., Madrid 1965; Vanni Rovighi, «Scolastica», en *Enciclopedia filosófica*, V, 2ª ed., Florencia 1967, pp. 1171-1176.

la persona. Los múltiples fines humanos están jerarquizados según la perfección de su entidad, habiendo uno que es el primero (en la vida natural la contemplación, en la vida sobrenatural la beatitud⁶⁹). El derecho es una relación de justicia (accidente relación) condicionado fuertemente por la metafísica humana.

(ii) *Nivel gnoseológico*. El conocimiento humano de la realidad es progresivo (nace *tam quam tabula rasa*) y puede errar. Tanto el entendimiento teórico, como el práctico, parten de unos principios: el de no contradicción, el deber de hacer el bien, etc. Cuando la razón teórica conoce el ser humano y su naturaleza, y la razón práctica señala las directrices de la actuación, entonces aparece la noción de fin y de los medios para alcanzar ese fin, todo lo cual determina lo que se conoce como «ley natural». La ley natural es esencialmente racional, es una razón basada en la realidad humana. Muchas acciones guiadas por el entendimiento práctico tienen una dimensión jurídica que es conocida como *derecho natural*.

(iii) *Nivel volitivo*. La ley natural permite en potencia un sinnúmero de actuaciones, que pueden agruparse en distintos géneros de actos y hábitos (las virtudes si son actos buenos, los defectos si son malos). El derecho está relacionado con la actuación *justa*, con el dar a cada uno lo suyo. Esa gran potencialidad humana de actuar en la práctica se reduce por diversos motivos: el principal de ellos es la voluntad humana (los actos y negocios jurídicos, diríamos hoy) que *determina* la ley natural, actualizando y especificando lo potencial. Así, quien compra un lote pierde una relación específica con el dinero pagado y gana otra relación específica con el lote; quien se casa pierde infinitas mujeres potenciales y se queda limitado a tener una mujer real. La ley positiva —precepto de esencia racional— es una especificación de la ley natural; si no lo fuera, no sería «racional» y carecería de fuerza para obligar.

Por último, la epiqueya se entiende como el juicio correcto de la razón práctica que determina cómo aplicar lo fundamental de la ley positiva al caso concreto, quizá inaplicando lo literal del texto.

IV.2. La construcción de un «corpus iuris»

En el hombre antiguo se encontraba poco perfilada la noción de la caída del vigor de la ley, por desuso o por derogación de la ley posterior⁷⁰. En la mentalidad

69 Santo Tomás no sigue en este punto a Aristóteles, para quien solo existía un fin, el de la vida natural.
70 Esto se evidencia en las contraposiciones entre las diferentes partes del *corpus iuris civilis*. En algunos casos aplicaba el principio *lex posterior derogat priori*. En el resto Justiniano asegura que con un examen más atento del contenido de la ley se descubrirá que la antinomia es solo aparente. V. gr. c. *Tanta* § 15 «*contrarium autem aliquid in hoc Codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet, sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem*». Al respecto, cfr. Riccobono, *op. cit.*, pp. 218-219.

de aquella época las leyes humanas eran más estables, como lo eran las leyes de los dioses. Los nuevos edictos, decretos, constituciones imperiales, etc. no perdían vigencia, y se incrementaban cada vez más formando gruesos cuerpos normativos.

Bajo estos antecedentes se entienden bien la naturaleza de las primeras «codificaciones». El Código de Hammurabi, las Doce Tablas, las Leyes de Manú, eran principalmente «recopilaciones» del derecho vigente, hechas por necesidad de claridad. En la última etapa de Roma los juristas, saturados de doctrinas, aforismos, normas, opiniones comunes, líneas jurisprudenciales, etc. sintieron la misma necesidad de claridad. Ello movió a recopilar lo más importantes en un cuerpo escrito. Así, surgieron el Código Hermogeniano y el Código Gregoriano. La regulación no paró de crecer y en el año 429 Teodosio II ordenó una nueva codificación doble: una que recogiera los dos códigos anteriores y otra que fuera la compilación de los *iura*, es decir, un extracto de máximas de las obras de los jurisconsultos clásicos. Hoy se conoce esta obra bipartita como el Código Teodosiano.

Como es de esperar, la regulación siguió creciendo y para el siglo VI Justiniano volvió a sentir la necesidad de claridad. A esta labor dedicó cuatro obras: (i) Las *Institutiones seu Elementa*, del año 529, que contienen partes importantes de las obras de Gayo, Marciano, Florentino, Ulpiano y otros juristas; (ii) El *Digestorum seu Pandectarum*, del año 529, con 9142 fragmentos provenientes de ciento cincuenta mil *versus* extraídos de las obras de 39 juristas del Imperio; (iii) El *Codex Iustinianus*, del año 529 (actualizado el 534 con las «*repetitae praelectionis*»), con casi 4700 constituciones imperiales dispuestas en orden cronológico; y, (iv) las *Novellae leges*, del año 564.

El conjunto de esta colosal obra de Justiniano —a la que en 1583 Dionisio Godofredo denominó *Corpus iuris civilis*, título con el que se quedaría ya para siempre— se convirtió en la fuente principal de estudio del derecho romano. No recoge los usos antiguos, ni el derecho quirritario, sino el derecho romano cristiano.

Luego del hundimiento del Imperio el «*corpus*» caerá parcialmente en el olvido. El feudalismo conocerá varios de sus libros, pero los encontrará tan extraños a su contexto vital, que prácticamente se desinteresará de ellos. Hará falta esperar hasta la época de los glosadores para que renazca la ciencia del derecho. Según una tradición transmitida por Odofredo (s. XIII), fue un maestro de Artes de Bolonia llamado Irnerio (c. 1060-1125) quien comenzó a estudiar los *libri legales*, una vez que fueron traídos a esa ciudad. Parece ser que él fue el que inició la costumbre de glosar los textos estudiados con aclaraciones.

Los judíos no escaparon a la tendencia general. La *Mischne Torah* representa el intento de codificar la ley hebrea, una vez superadas varias fases: contiene desde los preceptos del Pentateuco, la recopilación de Judá el Santo (220 d.C.), y las dos redacciones del Talmud en Jerusalén (s. IV) y en Babilonia (s. V).⁷¹

Análogo camino recorría el derecho canónico, quizá con un ligero retraso inicial⁷². En los tres primeros siglos sólo pocas y modestas compilaciones se realizaron: la *Didaché* (entre el siglo I y II), la *Traditio apostolica* (en torno año 218), la *Didaskalia Apostolorum* (en torno al 230) y los *Canones ecclesiastici Sanctorum Apostolorum* (en Siria cerca del año 300). Los textos son breves y muestran una mezcla de moral, religión y derecho, típica en la cultura antigua.

Al convertirse el Imperio al cristianismo, el Emperador romano no soltó las riendas del hecho religioso, sino que las aferró (cesaropapismo). Sin embargo, facilitó la a la Iglesia la realización de concilios, que constituyeron la fuente principal de su normativa universal. Conforme aumentaron en número, se fueron compilando, generalmente en orden cronológico. A fines del siglo IV aparecieron los *Canones apostolici* (de 85 cánones) y las *Contitutiones apostolicae* (colección de colecciones redactada en torno al año 381). En el siglo V varias más: la *Collectio latina codicis Veronensis*, el *Testamentum Domini nostri Iesu Christi*, la versión griega del *Octateuchus Clementis*, las *Constitutiones per Hippolytum*, los *Novem canones synodi Antiochena Apostolorum...*

Con la caída del Imperio de occidente (año 476), que se dio junto con la cristianización de los pueblos germanos, la Iglesia ganó bastante libertad de movimiento. Para los germanos la evangelización supuso una fuente de moralización y civilización, que mucho apreciaron. En este clima resultaba fácil que la enseñanza de la *lex naturalis* quede inconscientemente subsumida en la enseñanza de la *lex evangelica*, como en efecto sucedió⁷³.

Se configuró entonces la *respublica christianorum* que influiría enormemente en los sistemas jurídicos occidentales. En la cristiandad imperaban dos leyes (sistema

71 Cfr. Corts Grau, *op. cit.*, pp 280-286.

72 Considero que la demora en compilar la regulación de la Iglesia fue debida principalmente a tres factores: (i) el cristianismo recién había aparecido en el mundo y necesitaba un tiempo para crear un cuerpo normativo; (ii) además, en los primeros siglos la falta de libertad religiosa limitaba o condicionaba el desarrollo jurídico autónomo de la Iglesia; (iii) por último, la percepción del texto Evangélico como ley perfecta y completa —en un ambiente donde difícilmente se diferencia moral, derecho y religión— aminoraba la necesidad de acudir a un «corpus» distinto del Evangelio para resolver los problemas de vida.

73 Esta interpretación, a la que adherimos, consta en Sancho Izquierdo y Hervada, *Compendio...*, *op. cit.*, t. I, p. 149-150.

de la *utraque lex*): la ley evangélica y la ley mundana. La primera comprendía la ley natural y las normas de derecho eclesiástico; la segunda las leyes propias de cada reino (*ius civile*) y el derecho común a todas las naciones (*ius gentium*)⁷⁴.

Paralelamente el papado fue ganando en prestigio y comenzó a ejercer de hecho la autoridad que le había sido conferida por Cristo. Entre el primero y segundo milenio se revitalizó la figura del papado, como autoridad máxima de jurisdicción universal. Las Iglesias particulares fueron consultándole cada vez más cuestiones al Romano Pontífice, a las que respondía con gran sabiduría al tenor de la ley evangélica y de las costumbres de la Iglesia. Se fueron acumulando así las cánones de concilios, respuestas pontificias, directrices regionales... se fue formando una praxis en la curia, costumbres en los pueblo... colecciones de normas, colecciones de colecciones, colecciones de colecciones de colecciones...⁷⁵. Y al final había un mar de cosas revueltas, y se sintió la necesidad de la *concordantia en la discordancia*, que eso es el Decreto de Graciano (1140). Este fue el primer gran código de derecho de la Iglesia⁷⁶.

El Decreto abre sus páginas hablándonos justamente de las fuentes del derecho. Leemos en el primer *dictum* del Maestro: «el género humano se rige por dos derechos, a saber por el derecho natural y por las costumbres. El derecho natural es el contenido en la Ley de Moisés y en el Evangelio, por el cual se manda que cada cual haga a los otros lo que quiere que a él le hagan y se prohíbe hacerles lo que no quiere que le hagan a él»⁷⁷. El texto transparenta nítidamente la concepción de que la *ley natural* está perfectamente explicada y contenida en la ley evangélica (Antiguo y Nuevo Testamento), y muestra cómo se pensaba que el derecho humano venía más por la vía de la tradición, de la costumbre: lo que siempre fue derecho, eso será.

74 San Isidoro de Sevilla (556-636), por ejemplo, distingue por un lado las leyes divinas que se plasma en la naturaleza y las leyes humanas, que son convencionales de cada pueblo y se manifiestan en las costumbres (*Etymologiarum sive originum libri XX, V.II.*). Por otro afirma: *ius aut naturale est aut civile aut gentium* (*ibid.*, libro V, 4-6). Este autor concibe el *ius gentium* como derecho humano, *quod eo iure omnes fere gentes utuntur*. Otros autores tienen un concepto distinto de *ius gentium*.

75 Para un elenco de estas colecciones se pueden consultar muchas obras. Cfr. ERDÖ, Péter, *Storia delle fonti del diritto canonico*, Marcanum press, Venezia 2008.

76 La labor codificatoria fue precedida por varios canonistas (v. gr. Algero di Lüttich, Bernoldo de Costanza, etc.). El más eminente canonista del siglo XI fue Ivo di Chartres, quien escribió varias obras (la *Collectio tripartita*, su Decreto, los *Panormia*), donde intentó resolver los conflictos de cánones. Para ello puso atención en escoger los textos más seguros y mejor estimados, en interpretarlos según el significado de cada palabra, del contexto o de las circunstancias; también se sirvió de algunos principios teóricos, con los cuales se podían resolver más o menos las contradicciones. Además, admitió la posibilidad de la *abrogatio* y de la dispensa, desarrollando la teoría de la jerarquía de fuentes (la autoridad inferior no podían abrogar las normas del superior). De todo este material se sirvió Graciano para elaborar su célebre Decreto.

77 *Dictum ante c. 1, D. 1.*

Hoy se considera que el largo Decreto inicialmente fue el conjunto de apuntes de un profesor llamado Graciano —de quien casi nada se sabe—, que durante varias décadas fue enriqueciendo con citas, fragmentos, etc., reeditándolo sucesivamente él y sus seguidores hasta llegar a la forma que hoy conocemos⁷⁸. Lo seguro es que pronto se comenzó a usar en la enseñanza del derecho y en la práctica jurídica, sin que nadie lo hubiese promulgado oficialmente. Para el siglo XIII nadie discutía su vigencia, que venía más por «la fuerza de la verdad», que por la sanción de la autoridad. El Decreto es el ejemplo más emblemático de cómo una doctrina puede constituirse en fuente de derecho.

No nos detendremos a analizar las bondades del Decreto, ni revisaremos los avances que supuso para la ciencia del derecho. Basta aquí destacar que el Decreto de Graciano encabezó el *corpus iuris canonici*, que junto con el *corpus iuris civili* fueron los dos grandes textos que se enseñaban en las Universidades. La formación completa del jurista implicaba el conocimiento de *uno y otro derecho*. A través de las Universidades ambos cuerpos nutrieron el orden jurídico de toda Europa, y posteriormente dieron forma a los diferentes sistemas jurídicos que aparecieron en la modernidad.

IV.3. La peculiar historia inglesa

Es paradójica la evolución del derecho inglés medieval. Mientras los juristas desarrollaban solventemente los principios prácticos del derecho natural, los filósofos comenzaron a socavarlo. No llegó a la isla el movimiento comentador del *Corpus Iuris Civilis*, que tan fuerte se dio en el continente. Por esta causa los juristas ingleses rara vez usaron la clásica división del derecho en *ius civilis*, *ius gentium* y *ius naturalis*.

Los juristas ingleses, a base de consideraciones de derecho natural, desarrollaron —mejor que en el continente— un conjunto de poderosas instituciones basadas en este derecho: el *common law* que aún hoy da un gran juego a la *naturalis ratio*, a la *equity* inglesa (sobre todo antes de codificarse en los siglos posteriores), a la *natural justice*, al *stare decisis*⁷⁹ y al marcado carácter consuetudinario de sus principales normas, entre ellas, la constitucional. Esta interesante amalgama de instituciones era la tierra fértil donde pudieron germinar las más depuradas fuentes del derecho: los principios generales de la ciencia⁸⁰, los fines de la persona

78 Cfr. Larrazain, Carlos "El siglo de Graciano (1140-1234) (A propósito de una monografía de S. Kuttner)", en *Ius Canonicum*, vol. 29 (1989), pp. 725-733.

79 La expresión proviene de la antigua máxima *stare decisis et non quieta movere*. Fue aplicada en Inglaterra por primera vez en el año 1670 por el juez Hale.

80 Desde temprano se recogieron las principales máximas del derecho común. V. gr. las famosa *Institutes of the Laws of England* de EDWARD COKE (1552-1634) y las *Maxims of the Common Law* de WILLIAM NOY (1577-1634).

sus valores, la dignidad del ciudadano... el respeto de sus costumbres, la razón que se pronuncia sobre lo justo concreto (la epiqueya), etc. Por esto, mucho antes que en otros lugares, en Inglaterra pronto aparecieron varias conquistas de derechos del ser humano, como la de la Carta Magna arrancada al Rey Juan sin Tierra en el año 1215, el *Habeas Corpus Act* de 1679 o el *Bill of Rights* de 1689, documentos que inspirarán las posteriores declaraciones de derechos.

Sucedía lo contrario en el mundo de las ideas, donde la visión realista del derecho comenzaba a resquebrajarse con un franciscano inglés, Guillermo de Ockham (1300-1350), padre del *nominalismo*. Esta corriente entendía que los conceptos universales carecen de fundamento *in re* y no son más que generalizaciones mentales o simples nombres. Minada la capacidad de conocer leyes universales coherentes, en seguida se cae en contingentismo moral prácticamente absoluto, en un voluntarismo a ultranza donde se identifica lo bueno, honesto y justo con el capricho de la voluntad.

Ockham era ciudadano del medioevo, y como tal lo refería todo a Dios: era su voluntad libérrima la que determinaba en cada momento lo que era bueno o malo. Si Dios hubiese querido entregar a Moisés un Decálogo distinto, lo hubiera podido hacer, pues la voluntad divina puede querer lo contrario de lo que de hecho ha querido⁸¹. Llega a decir que la divinidad podía haber mandado a las creaturas racionales que le odiasen⁸². En definitiva, no hay ley eterna, ni parámetros racionales en la voluntad.

Ockham fue un punto de quiebre en el pensamiento medieval. Sus seguidores, no pocos, dejaron de anclar la moral en la libérrima voluntad divina, y pusieron en su puesto a la voluble voluntad la humana. Grabmann afirmará que fue «el pensador que ejerció mayor influencia desde los comienzos del siglo XIV hasta Lutero, en el movimiento científico y religioso de esas dos centurias»⁸³. Aunque no se ocupó directamente de la teoría del derecho, ciertamente abrió las puertas al relativismo moral, y consecuentemente abrió también las puertas a la posibilidad de un derecho injusto⁸⁴, de una ley sustentada únicamente en el dato positivo. Una nueva fuente del derecho asomaba: la omnímoda voluntad, fuente capaz de llamar derecho a «lo que quiera».

81 *In II Sententiarum*, q. 19 O.

82 *In IV Sententiarum*, q. 14.

83 Grabmann, Martín, *Historia de la Teología Católica*, ed. castellana (Madrid 1940), pág. 139.

84 Por ejemplo, en España el jurista Vázquez de Menchaca († 1569) seguiría su línea voluntarista al compartir la idea de un derecho natural desprovisto de base objetiva, que resulta de la imposición libérrima de Dios al hombre.

V. La edad moderna

V.1. La segunda escolástica

En los siglos XVI y XVII vuelve a germinar la visión escolástica del mundo que armoniza los postulados de la fe y la razón, la teología y la filosofía, contando con un método lógico de base metafísica. Este *renacimiento escolástico* continuará el estudio de las materias tratadas por los maestros de la primera escolástica (san Anselmo, Abelardo, santo Tomás, Duns Escoto, Ockham, etc.), aunque también abordará nuevas cuestiones surgidas con el advenimiento del Renacimiento y con la nueva configuración geopolítica y religiosa de Europa. El afianzamiento del sistema universitario facilitó la investigación y el intercambio de ideas entre los profesores, que ahora en general se presentaban más humanistas y menos metafísicos, cargados con pocos o muchos resabios nominalistas.

España vivía su Siglo de Oro. La península ibérica albergó entonces las más insignes figuras de la época: Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Gabriel Vázquez, Francisco Suárez, quienes cultivaron en armónico equilibrio la ciencia teológica y la jurídica. El primero de ellos, Francisco de Vitoria († 1546), fue el restaurador del tomismo y el padre del renacimiento teológico español. Recogió la visión de las fuentes del derecho de sus antecesores, pero tuvo la genialidad de proyectarlas al ámbito internacional redefiniendo⁸⁵ el *ius gentium*, ya no como mero derecho positivo. «El derecho de gentes —escribe— no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes. De donde se desprende que pecan mortalmente los que violan los derechos de gentes, sea de paz, sea tocantes a la guerra, en los asuntos graves como en la inviolabilidad de los legados. Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe»⁸⁶.

Fuera de este punto, en lo relativo al tema de las fuentes del derecho la Segunda escolástica no abre nuevas líneas de investigación. Simplemente acopia lo recibido de la primera escolástica y de los filósofos griegos, lo medita, lo concilia, lo actualiza y lo repropone al siglo en largas lecciones y numerosos escritos. Algunas materias cobraron especial interés: el conocimiento de la ley natural, su aplicabilidad a los indios de las Américas, los títulos de la guerra justa, el sentido de la epiqueya...

85 En los *Comentarios a la Secunda Secundae* (q. 57, a. 3) Vitoria entiende el *ius gentium* como derecho positivo, enmarcándose claramente en la tradición romana. Notamos una evolución en sus *Relecciones de indios*, donde dice que el derecho de gentes es derecho natural o deriva de él. En este sentido, cfr. Sancho Izquierdo y Hervada, *op. cit.*, t. I, p. 270.

86 *Relección de la potestad civil*, n. 21.

En la conciencia general del siglo XVI había calado la idea de que la ley eterna era fuente de todas las leyes. La mayoría de los pensadores siguen aún de cerca de santo Tomás. Unas líneas de Domingo de Soto († 1560) lo reflejan bastante bien: «el derecho primeramente se divide en natural y positivo. Prueba de la conclusión. El derecho o lo justo, es lo mismo que igual, o equivalente. Esta igualdad, o equivalencia no puede conseguirse más que de una de estas dos maneras: o mediante la naturaleza misma de las cosas, o mediante convenio entre los hombres (...). Por lo tanto como lo justo y equitativo sólo puede lograrse de estas dos maneras, síguese que estas dos partes dichas totalizan el derecho»⁸⁷.

El siglo XVII registra algunos cambios de tendencia. A partir de Gabriel Vázquez († 1604) el derecho natural se irá desvinculando de su base divina⁸⁸. En Holanda tomarán cuerpo las antiguas elucubraciones sobre la posibilidad de un derecho natural sin Dios, doctrina que Hugo Grocio († 1654) admitirá plenamente. Para él la ley natural «fluye de principios internos al hombre», de su tendencia social; pero como Dios existe, a Él puede imputarse que estos principios naturales existan en nosotros⁸⁹. En el fondo, Grocio se ha pasado a una concepción inmanentista del derecho natural.

Otro giro de importancia, comenzado en el siglo XV, fue el de concebir el derecho, ya no como *cosa justa*, sino como facultad. Contribuirá a dar este paso Francisco Suárez († 1617), jesuita que ejercerá un enorme influjo en todo el orbe. El fraile granadino dejará de concebir el derecho como lo igual, como la «cosa justa» objeto de la justicia, para definirlo como un «derecho subjetivo» sobre la cosa justa⁹⁰. Así, en varios autores de finales de la Segunda escolástica las fuentes del derecho dejaron de ser las causas de *lo justo*, y pasaron a ser las causas del *derecho subjetivo*.

V.2. El racionalismo en el derecho

Aunque ya en el Medioevo el derecho civil, el derecho canónico, la moral y la

87 *De Iustitia et Iure*, libertad. III, q. I, a. 2 (edición de Salamanca 1556-57 hecha por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1967-68, t. II, pág. 194).

88 Vázquez profesa un objetivismo moral y jurídico extremado, donde la razón última del bien y del mal creado no se articulan correctamente con la razón divina creadora, la misma que deja de ser medida, para ser ella misma medida por las cosas. Cfr. SANCHO IZQUIERDO, Miguel y Hervada, Javier, *Compendio de Derecho Natural*, EUNSA, Pamplona 1981, t. II, pp. 282-285.

89 Cfr. GROCIO, Hugo, *Prolegómenos*, nn. 11 y 12.

90 Suárez sostiene que en sentido estricto «suele llamarse con propiedad *ius* o derecho, a cierta facultad moral, que cada uno tiene, acerca de lo suyo o de lo debido a sí; y así, el dueño de una cosa se dice que tiene *derecho en la cosa*, y el operario se dice que tiene derecho al salario, por razón del cual derecho se dice que es digno de su paga» (*De legibus*, lib. I, cap. II, n. 4).

teología contaban cada uno con cátedras separadas, sin embargo, estas ciencias se mantenían interdependientes y la teología seguía siendo la *regina scientiarum*. Un cambio de rumbo se verificó en el siglo XVII, cuando el saber científico continuó seccionándose y se perdió la cohesión de pensamiento. En el ámbito jurídico, el sistema *utraque lex* empieza a descomponerse. Hasta ese momento el derecho natural se subsumía en la *lex evangelica*; pero al desligarse la teología de las ciencias, el sistema entro en crisis. Las causas fueron varias: la dolorosa experiencia de las guerras religiosas incentivó la búsqueda de unos principios comunes a todos los hombres, el pensamiento protestante atizó la división entre lo natural y lo sobrenatural, junto a la influencia del laicismo que postulaba la autonomía del saber. Con ello, «el derecho natural, de ser una de las leyes de la convivencia humana, pasó a ser la ley básica de esa convivencia»⁹¹.

El *ius naturale* se entendió o bien naturalistamente, o bien de forma racionalista. Hobbes, Spinoza, Locke y Rousseau lo concibieron como libertad natural o ausencia natural de vínculos, genuinos del hombre en estado natural. Leibniz, Pufendorf, Thomasio y Wolff compartieron la visión racionalista. Las luchas contra el *Ancien Régime* desprestigiaron bastante al derecho positivo — identificado con el *quod principi placuit*—, ante el cual solo cabía aducir un *derecho racional*. El derecho natural se configuró entonces como un sistema de innumerables reglas lógicas y rígidas, que derivaban de diversos silogismos que tenían como premisas las definiciones de las instituciones y los principios del derecho. Este método de hacer derecho se plasma en los «códigos» de derecho natural redactados por Samuel von Pufendorf († 1694) y por Christian Wolff († 1754), que son mas bien tratados con contenidos éticos y jurídicos, cuyas normas abarcan la totalidad de las acciones humanas. Así, para estos autores la razón se convirtió en la fuente primaria del derecho.

V.3. Las revoluciones y el movimiento codificador

El siglo XVIII termina con grandes revoluciones bélicas, civiles y doctrinales, las cuales terminan reconfigurando la mentalidad popular y la conformación de las naciones. Las ideas del contrato social, del tercer Estado, de la voluntad general del pueblo, de la división de los poderes... propugnadas por Montesquieu, Rousseau, Bodin, Sieyes y otros hacen efecto en Europa. También en la Isla Thomas Hobbes y John Locke —quien mantiene una curiosa versión del derecho natural— escriben sobre temas semejantes, y a través de estos autores las ideas llegarán a América, donde ya chispea la llama revolucionaria.

91 Sancho Izquierdo y Hervada, *Compendio...*, t. II, p. 303.

En 1781 estalló la Revolución francesa. La monarquía tenía contados sus días. Rápidamente las doctrinas iluministas se difundieron por Europa y las cabezas de la realeza comenzaron a caer una tras otra. Bajo la égida de estas doctrinas *el pueblo* —o quienes así se autotitulaban— tomaron el poder de la nación. Para asegurar los derechos del pueblo, los franceses redactaron la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789) y la Constitución de 1791, pero en la realidad cotidiana no había garantía alguna, sino revolución y caos.

En la práctica, el absolutismo solo había cambiado de manos: se había trasladado del *Ancien Régime* al «pueblo», que imponía intolerantemente su voluntad sobre la gran mayoría de ciudadanos. Así la ley, entendida ahora como la «voluntad general del pueblo», se tornó en la única fuente de derecho, a costa de las demás fuentes. Por ello pronto se sintió la necesidad de dictar más leyes, de más orden, de más claridad. Probablemente por eso fue justamente en Francia donde germinó el movimiento codificadorio.

A lo largo del siglo XIX florecen los códigos nacionales, empezando por el *Code Civil* de 1803 de Napoleón. Siguieron esta línea el Gran Ducado de Baden en 1810, el Reino Unido de los Países Bajos (Bélgica y Holanda) en 1830, Rumanía en 1863, Italia en 1865, Portugal en 1867, España en 1889... A la par, y sobre todo desde Augusto Comte († 1857), el positivismo estricto fue ganando terreno en el pensamiento europeo. Tal positivismo renunciaba a buscar las causas últimas de los fenómenos y tendía únicamente a descubrir las leyes que expresaban las relaciones constantes e invariables de los fenómenos. Ello provocó que con el paso del tiempo la teoría de las fuentes del derecho se redujera a ser únicamente una superficial teoría de la ley.

El ideal codificadorio pretendía compendiar la totalidad del derecho existente, de tal manera que lo que no estuviese en el Código, era como si no existiese. En el Código Napoleónico no caben las lagunas: están prohibidas. Cuando se estipula la obligación ineludible del juez de dictar sentencia, se le prohíbe excusarse en el silencio, en la obscuridad o en la insuficiencia de ley⁹², y, como si fuera poco, también se le prohíbe justificar su fallo en los aspectos generales de la ley⁹³. No se

92 Código Civil francés (1803), Título preliminar, art. 4: «el juez que rehuse juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia». El art. 4 del Código Civil vigente (2003) recoge la misma disposición.

93 Código Civil francés (1803), Título preliminar, art. 5: «queda prohibido a los jueces pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que se les sometieran». La norma vigente hasta el día de hoy, recoge una disposición anterior dada a los tribunales, en la que se le prohibía todo género de interpretación. Cfr. Decreto legislativo francés de 16-29-VIII-1790, arts. 10 y 11.

Por el art. 12 del Decreto los jueces podían pedir al cuerpo legislativo, cuando lo creyesen necesario

mencionan los principios generales del derecho, ni la *ratio legis*, ni la analogía, ni la equidad, recursos que parecen estar más bien vetados⁹⁴. El Código lo contiene todo; el juez debe limitarse a aplicarlo mecánicamente.

En Alemania se levantó como contraola la tendencia anticodificadora, representada principalmente por Friedrich Karl Von Savigny († 1861) y su Escuela histórica. Defendía el derecho como producto histórico, como algo que permanentemente estaba en evolución, que no siempre era consistente. Según su doctrina, el derecho tenía su origen en el espíritu del pueblo. Aspiraba construir un sistema científico unitario con conceptos aplicables al derecho vigente, sobre la base del Derecho romano. Por ello se preocupó de actualizar el estudio romanístico, el Derecho de Pandectas (*Pandektenrecht*). Gracias a sus trabajos y a los de otros juristas como Puchta, Windscheid y Ihering⁹⁵, en el año 1900 Alemania entró en vigencia el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Este nuevo Código, de traza más abstracta, recogía en su articulado varias de las fuentes del derecho aparecidas en Roma: el recurso a la equidad, a los principios del derecho... Su influencia fue grande, paragonable a la del Código Civil francés.

El BGB nunca reguló la jerarquía y uso de las fuentes del derecho, sobre las que Savigny había escrito bastante. Pero la práctica aceptó su doctrina como si fuera ley, hasta el día de hoy. Otros países sí la redujeron a escrito, poniendo siempre como fuente primaria a la ley y como fuentes subsidiarias —en caso de obscuridad o falta de ley— a la costumbre⁹⁶, la analogía, la equidad, el espíritu de la legislación⁹⁷,

para resolver un litigio, aclaraciones, interpretaciones de la ley o, incluso, que se promulgase otra nueva ley. Además, a través de un nuevo organismo (la Corte de casación) se facultó al Estado poder casar las sentencias que hubieran interpretado o fueran contrarias a la ley.

- 94 No obstante, en materia contractual la hermenéutica está mejor desarrollada. Cfr. Código Civil francés (1803), Título preliminar del Código, art. 6, y Libro III, arts. 156 a 164, donde se admite que puedan existir dudas sobre la correcta interpretación del contrato, para lo cual debe recurrirse a la intención, al uso general de las palabras, según el contexto, etc. Además, rescata la doctrina romana de *causa* de las obligaciones (arts. 1108, 1131 y 1133), sintetizada por Bigot Preameneu en la Exposición de motivos: «no hay obligación sin causa: ella está en el interés recíproco de las partes o en la beneficencia de una de ellas». *Vid.* nota 57.
- 95 A diferencia de los dos primeros, Rudolf von Ihering († 1892) es un reaccionario de la dogmática pandectista. Para él el derecho se fundamentaba más bien en la realidad fáctica actual. Siendo afín al positivismo sociológico de Comte y al utilitarismo de Bentham, no guardó reparos en sostener que la determinación del contenido del derecho queda entregado por completo al arbitrio de los intereses en controversia. En última instancia, el único fundamento del derecho termina siendo la voluntad individual o social.
- 96 V. gr. el Código Civil español, art. 6, *in fine*: «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho».
- 97 El Código Civil chileno trata de la analogía (art. 22 §2), de la equidad natural y del espíritu genera

los principios universales del derecho⁹⁸ y hasta la doctrina⁹⁹. Desde ese momento el Legislador se sintió con potestad absoluta para regular las fuentes del derecho, vetándolas o admitiéndolas a su gusto.

Bajo este orden de ideas, pasó a ser moneda común algo que no nos parece tan obvio y que no lo fue en la antigüedad: que cada nación tuviera sus propias fuentes de derecho, reguladas según lo previsto por el legislador. Castán, por ejemplo, señala¹⁰⁰ que en Francia Marty y Raynaud consideran fuente a la ley, la costumbre, la jurisprudencia, los actos jurídicos, los principios generales y la equidad (excluyendo el derecho corporativo, las máximas tradicionales, las máximas de experiencia y la doctrina). En Bélgica Du Pasquier admite la ley y la costumbre, y con menos fuerza la jurisprudencia y la doctrina. En Italia Rotondi incluye la ley, los reglamentos, las normas corporativas y la costumbre (no la equidad, la doctrina, la jurisprudencia, ni la naturaleza de los hechos); mientras Bárbero sólo acepta el derecho producido por el Estado (niega como fuente la equidad, los principios generales, los negocios jurídicos, los estatutos, las sentencias y la doctrina). En Brasil Orlando Gomes admite la ley y la costumbre (la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales son, en el mejor de los casos, fuentes subsidiarias). En España Albaladejo reconoce únicamente la ley, costumbre y principios generales (negando el carácter de fuente a la analogía, la equidad, las reglas y máximas jurídicas, la jurisprudencia y la doctrina científica); en cambio, a estas fuentes oficiales Puig Peña añade matizadamente a la jurisprudencia y a la doctrina científica. Por nuestra parte nos limitamos a observar que si los autores discuten, la materia no es tan evidente; luego, el legislador no tiene poderes absolutos para regular a su antojo sobre las fuentes del derecho.

La corriente francesa y la alemana elaboraron sendas teorías sobre los factores que modifican la realidad jurídica, que no son sino dos formas distintas de entender las fuentes tradicionales del derecho. La concepción civilista francesa distingue tajantemente los hechos de los actos jurídicos, se excluyen recíprocamente.

de la legislación (art. 24), dentro del capítulo dedicado a la interpretación de la ley (arts. 19 a 24). El mismo Código fue copiado casi integralmente en Ecuador (1858), El Salvador (1859), Nicaragua (1867), Honduras (1880), Colombia (1887) y Panamá (1916).

98 V. gr. el Código Civil español, art. 6, citado a nota 95, y el Código ecuatoriano, art. 18, regla 7ª: «a falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal».

99 V. gr. el Código Civil colombiano, art. 26: «los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares».

100 Cfr. Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, 10ª ed., t. I-1, Reus, Madrid 1962, pp. 300 y ss.

Acte juridique es todo acto personal realizado con el fin de producir un efecto jurídico. Estos actos pueden ser unilaterales, bilaterales o plurilaterales (v. gr. los contratos). El resto de sucesos cósmicos o humanos, voluntarios o no, si causan efectos jurídicos han de tenerse como hechos jurídicos.

Para la concepción pandectista alemana más reciente¹⁰¹ los hechos lo comprenden todo, incluidos los actos jurídicos (actos humanos voluntarios), que no son sino una subcategoría de hechos. A su vez, hay actos negociales y no negociales, según la norma que los rija. En los actos negociales (*negocios jurídicos*) las partes autodisciplinan sus propios intereses. Los demás son regulados por normas exteriores a la voluntad (v. gr. por la ley penal, procesal, etc.). Como se ve, dentro del esquema de ambas teorías, que han llegado a ser clásicas, no caben más fuentes del derecho que las tradicionales.

V.4. La aparición de los Estados Unidos

En la otra orilla corrían nuevos vientos. Estados Unidos firmó en 1776 el Acta de independencia para constituirse bajo un régimen federado, republicano y democrata. El mismo año las trece colonias suscriben la Declaración de derechos de Virginia, que en dieciséis artículos garantiza los derechos que todo hombre tienen por naturaleza¹⁰². Por consiguiente, la naturaleza humana adquiere un

101 Pese a la disparidad de opiniones, se debe a los primeros pandectistas alemanes (Hugo, Heise, Thibaut, Savigny) la consagración del *Rechtsgeschäft* (negocio jurídico) como término técnico. Decisiva fue la intervención de Savigny, quien utilizaba como sinónimos los términos declaración de voluntad y negocio jurídico. Aunque durante el siglo XIX esta doctrina se difundió en Alemania, Austria y Bélgica, la legislación tardó en utilizar el concepto. El Código Civil de Sajonia (1863) fue el primero en dar el paso: «un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica» (§88). Se ha criticado que de atenderse a lo literal de la definición, una oferta de una compraventa sería un negocio jurídico y la aceptación otro. Esta deficiente definición fue expresamente aceptada en los «Motivos» de los redactores del BGB, pero no se incluyó en el texto legal. Se creó una fuerte discusión sobre el alcance del término, a tal punto que Windscheid llegó a aceptar que el «científico está autorizado para construir este concepto como crea oportuno, con tal que no se ponga en contradicción» (*Lehrbuch*, 6ª ed., § 59, nota 1). Las disputas fueron creciendo de tono hasta principios del siglo XX y sólo amainaron por cansancio en los años cincuenta. Con todos estos inconvenientes y desprovisto de definición legal, el concepto del negocio jurídico fue imponiéndose en la doctrina. Muchos otros países siguieron el ejemplo de discreción alemana. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid 1985, pp. 19-22.

102 La Declaración de Virginia comienza diciendo «que todos los hombres son, por naturaleza igualmente libres e independientes, y poseen determinados derechos inherentes, de los cuales cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados (...)». Los documentos constitutivos de los Estados Unidos hablan y presuponen los *derechos naturales* del hombre. Ha sido puesto de relieve que la concepción de tales derechos se halla fuertemente influida de las ideas de Locke.

puesto de primera categoría en las fuentes del derecho. Colonia tras colonia, conforme va independizándose, se impone a sí misma una constitución propia. En 1787 las colonias independizadas firman la Constitución federal. Inicia entonces el movimiento constitucionalista que durará hasta nuestros días.

Menos mella dejó el ideal codificadorio en los Estados Unidos¹⁰³. Heredera del derecho inglés y de sus instituciones jurídicas¹⁰⁴, a partir de la independencia comenzó a formar su propio cuerpo doctrinal, legal y jurisprudencial. Un hito en su historia constitucional fue el caso *Marbury vs. Madison*¹⁰⁵, donde se inauguró el *judicial review* (un control de legitimidad constitucional difuso); desde ese momento cualquier juez ordinario se encontró facultado para revisar los actos de los demás órganos estatales, incluidos los del Legislativo. Con el pasar del tiempo también se confeccionó un *common law* propio (parcialmente compartido por Canadá), cuyos postulados se movían dentro de criterios muy cercanos a los del derecho natural clásico: así se proclama que deben respetarse los puntos de derecho que pertenecen a la conciencia común de la gente.

Otro punto de quiebre en la concepción de las fuentes del derecho se dio durante la guerra de Estados Unidos contra México. Para financiarla en el año 1845 se impuso un impuesto especial que suscitó controversia. David Thoreau se negó a pagarlo, alegando que contrariaba sus principios éticos. Así, la conciencia individual empezó a establecerse como una fuente autónoma de derecho, con una jerarquía superior a la ley federal.

VI. La edad contemporánea

VI.1. Las diversas doctrinas

La historia contemporánea del derecho es bastante compleja y aún nos falta perspectiva para evaluarla. Si duda presenta matices nuevos. Muchas veces los autores buscan compaginar la ciencia jurídica con la ciencia que está de moda (v. gr. evolucionismo, psicología, sociología, etc.), de lo que salen curiosas mezclas. Con todo, en el tema de las fuentes del derecho durante el siglo XX no aparecen grandes cambios; se replican las antiguas teorías dándoles un toque de originalidad al poner el acento en algún punto. Messner las sintetiza así:

103 Ciertos estados de Norte América de tradición jurídica continental, como la Louisiana, Quebec y México, durante el siglo XIX publicaron también sus códigos civiles.

104 Sobre estas instituciones ya hemos hablado en el punto IV.3.

105 Sentencia *Marbury v. Madison* (1, Cranch, 137, de 24-II-1803).

Las diversas teorías de la Filosofía del Derecho y del Estado buscan en última instancia el origen del Derecho: 1) en el contrato social: el individualismo jurídico; 2) en la «institución social»: la escuela francesa; 3) en la autonomía del individuo: el racionalismo y la escuela kantiana; 4) en la voluntad del pueblo: la teoría liberal; 5) en el espíritu del pueblo: escuela histórica; 6) en la experiencia social: las teorías puramente empíricas y evolucionistas; 7) en la utilidad individual: la escuela individualista y utilitarista; 8) en el poder de mando efectivo: la escuela positivista y analítica; 9) en la coacción: la teoría de la fuerza física; 10) en la «forma de producción de la vida material»: la doctrina del materialismo dialéctico; 11) en la utilidad social: la socialista y utilitaria; 12) en las funciones sociales: escuelas colectivistas; 13) en la utilidad del pueblo: la doctrina nacionalsocialista; 14) en el espíritu objetivo: la escuela idealista, hegeliana y neohegeliana; 15) en la hipótesis jurídica fundamental: la teoría pura del derecho; 16) en la eficacia jurídica real: la escuela sociológica; 17) en el sentimiento del Derecho: la escuela subjetiva y psicológica; 18) en la conciencia del deber: la teoría del reconocimiento; 19) en los valores de la personalidad: la escuela de la ética de los valores; en los fines existenciales del hombre: nuestra propia idea del Derecho, que sigue a la doctrina iusnaturalista tradicional.¹⁰⁶

A principios del siglo XX predominó el positivismo jurídico, que repitió la lección de las fuentes del derecho aprendidas en la modernidad. La fuente por antonomasia era la ley y el resto de fuentes eran muy secundarias. Los emblemáticos Kelsen y Mehl nada añadieron al tema. Pero con las dos guerras mundiales, donde muchos genocidios fueron llevadas a cabo en perfecta regla, cumpliendo estrictamente la ley, el positivismo perdió buena parte su prestigio. Teólogos y juristas volvieron a cuestionarse sobre el verdadero fundamento del derecho, que a todas luces ya no podía ser ni la fuerza, ni la voluntad del tirano, ni la anarquía, ni una voluntad social desquiciada. Esta vez el fundamento se encontró o en la naturaleza del hombre, o en los derechos humanos o en la fe. Hubo una gran vuelta al iusnaturalismo¹⁰⁷, aunque algunos se empeñaron en que si los derechos humanos no estaban en una declaración, no había tales derechos.

106 MESSNER, Johannes, *Derecho natural*, Rialp, Madrid 1967, p. 246.

107 Desde la modernidad, varias veces se ha avisado que se está produciendo un cambio de tendencia a favor del iusnaturalismo. ROMMEN lo llama «el eterno retorno al derecho natural». Cfr. ROMMEN, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2ª ed., Kötel, München 1947. En lo que respecta al siglo XX, pienso que aún necesitamos un poco de perspectiva histórica para constatarlo. Por de pronto quizá solo se pueda afirmar que las tesis iusnaturalistas, clásicas o renovadas, han vuelto a escucharse en las aulas universitarias y en el debate público.

Un sector protestante avanzó en la posibilidad de elaborar una teología jurídica, que incluso constituiría el fundamento mismo del derecho (v. gr. Barth, Ellul, Heckel, Ernst, Eric Wolf, Dombois). Mas tarde la misma semilla cayó también en campo católico¹⁰⁸. Tales doctrinas, al menos desde nuestra prematura perspectiva, no han influido mayormente en la práctica jurídica.

Por otro lado, en el derecho eclesial se registró una corriente antijuridicistas. Desde que la Iglesia católica cambió su milenario *corpus iuris* por un Código cerrado de cánones en 1917, el estudio del derecho se había tornado muy rígido y exegético. Ante estos hechos los protestantes renovaron su vieja crítica contra el derecho canónico, manifestando que era imposible unir la esencia espiritual de la Iglesia con el mundano derecho, preñado de discusiones y de abuso de poder¹⁰⁹. Klaus Mörsdorf y sus discípulos intentaron una apología del derecho canónico teologizándolo¹¹⁰. Las discusiones que se armaron y la entrada en crisis del principio de autoridad, contribuyó a que años más tarde, durante el post-concilio, tomara fuerza la corriente antijuridicista. Dentro de este grave paréntesis de la ciencia canónica, pocas cosas son rescatables: a nuestro juicio, resulta invaluable la intuición de que las fuentes de la Revelación de alguna manera podían ser fuentes de conocimiento del derecho.

Durante el cambio de siglo han tomado fuerza dos movimientos. El primero es el de los filósofos analíticos del derecho, quienes generalmente enfocan toda su especulación a la forma de entender, interpretar o procesar lógicamente el derecho positivo. El segundo movimiento, que ha dejado más mella en la realidad jurídica, es el del llamado neoconstitucionalismo. Sus contornos aún no están

108 Entre los católicos actualmente hay dos posiciones: la de quienes solo admiten una teología del derecho canónico, y la de quienes también admiten una teología del derecho secular.

Sobre la «teología jurídica» cfr. F. PUY, «Teología del derecho», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada 1964, pp. 9-49; BRUFAU PRATS, Jaime, «Entre la filosofía jurídica cristiana y la teología del derecho», en BONILLA HERNÁNDEZ, José Antonio (ed.), *Salamanca y su proyección en el mundo*, pp. 345-354; VELA SÁNCHEZ, Luis, en CORRAL, Carlos y URTEAGA EMBIL, José María (eds.), *Diccionario de derecho canónico*, Tecnos, Madrid 2000, pp. 659-661; ROUCO-VARELA, Antonio María, «¿Filosofía o Teología del Derecho?. Ensayo de una respuesta desde el Derecho Canónico», en «Wahrheit und Verkündigung», *Miscelánea en honor de M. Schmaus*, München 1967, 1967-1741; GHERRI, Paolo, *Lezioni di Teologia del Diritto canonico*, Lateran University Press, Roma 2004, p. 321, entre otros.

109 Esta crítica viene desde 1520, cuando Lutero quemó públicamente el *Corpus iuris canonici*. La oposición Iglesia-derecho la desarrolla RUDOLF SHOM († 1917) en *Kirchenrecht*, 2ª ed., Duncker und Humblot, Berlin 1923, I, pp. 1-2.

110 Cfr. MÖRSORF, Klaus, *Fondamenti del diritto canonico*, (trad. y ed. S. Testa Bappenheim), Marcianum, Venezia 2008. Sobre sus discípulos, cfr. E. CORECCO, A.M. ROUCO VARELA, L. GEROSA y L. MÜLLER, *Chiesa e diritto. Un dibattito trentennale su fondamenti e metodo della canonistica*, Eupress, Pregassona (Suiza) 2002.

del todo definidos: viene a ser una peculiar versión y mezcla de ciertas doctrinas iusnaturalistas que ponen los derechos de la persona en primer lugar, de algunos postulados de derecho constitucional anglosajón que vigorizan la autoridad del juez, de intuiciones sobre los fines y valores del derecho (en su versión actual de Rawls, Dworkin y otros, no en la versión escolástica). En base a ello se diseñan algunas normas de interpretación: la ponderación, la proporcionalidad, etc. Sin embargo, aún nos falta perspectiva histórica para evaluar los aportes de estos dos movimientos en la materia. La labor ya quedará para quienes nos sucedan.

VII. Conclusiones

De este breve repaso histórico podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Las *fuentes tradicionales* han gozado de gran estabilidad milenaria práctica y en buena medida teórica. Ellas son las leyes, los actos, los contratos o negocios jurídicos, que en la historia han merecido diferentes calificativos. Esto nos sugiere que estamos ante una materia de derecho natural original y primario.
2. En general, las *fuentes fácticas* han sido más controversiales en la teoría, aunque en la práctica tienden a imponerse con el tiempo. La noción de los hechos como fuente de derecho es tardía, aunque desde el principio han influido en el derecho, lo quiera o no la sociedad. Hay una resistencia teórica y práctica a reconocer como fuentes del derecho al azar, a la violencia, a la guerra, que se admiten solo excepcionalmente, bajo algunas condiciones.
3. Respecto de las *fuentes gnoseológicas* hemos constatado que en todo tiempo han funcionado de una u otra manera, aún en las épocas donde impera un cerrado positivismo. En las civilizaciones menos desarrolladas las costumbres, los dichos y máximas suelen jugar un papel protagónico. Las sociedades más refinadas acuden a elementos más abstractos: la doctrina, los principios del derecho, la analogía, los fines y valores del derecho, la equidad, la conciencia individual... Algunas de estas fuentes han adquirido autonomía propia en la teoría de las fuentes del derecho; otras sólo han logrado encuadrarse dentro del estudio de la hermenéutica jurídica.
4. A la larga, ningún pueblo ha escapado al influjo que la cultura (con sus valores, principios, máximas, normas, etc.) causa en el derecho. Aunque inconsciente, su influencia es decisiva.

Diferentes Perspectivas del Activismo Judicial desde la Doctrina y la Jurisprudencia

María Consuelo Velasco Mancheno¹

Abstract

A partir del cuestionamiento neoconstitucionalista sobre el papel que debe desempeñar el juez en el proceso y el cambio de la actitud judicial de pasiva a activa, resurgió la tendencia conocida como “activismo judicial” cuyo origen proviene de la Corte Suprema de Estados Unidos, específicamente, de la mítica Corte Suprema, liderada por el juez Earl Warren y su más célebre sentencia que puso fin al precedente “*equal but separate*” en el caso “*Brown v. Board of Education*”. En los últimos años, el activismo judicial ha sido discutido y analizado desde dos ópticas diferentes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La primera perspectiva surge desde el plano adjetivo del proceso y plantea la necesidad de que el juez tenga mayores atribuciones en la dirección del mismo. La segunda óptica, desde el plano sustantivo, exige una mayor intervención material del juez con el fin de realizar y efectivizar los derechos fundamentales. En este artículo, pretendo demostrar que ambas perspectivas se desenvuelven en ámbitos diferentes y, por lo tanto, sus características y efectos difieren. Además, analizaré los argumentos a favor y en contra de estas dos posturas que me he permitido clasificarlas en activismo judicial adjetivo y sustantivo con el propósito de establecer si su práctica realmente aporta o no al mejoramiento cualitativo de los resultados de la actuación judicial.

1. 1. Antecedentes del activismo judicial

El deber ser del resultado de la actuación judicial es la obtención de una sentencia justa que sea coherente con la Constitución. Sin embargo, en la realidad, dicho resultado suele ser distinto del ideal planteado, situación que ha llevado

1 Presidente de la Asociación Escuela de Derecho 2012 y mejor egresada de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE en el primer semestre académico 2011-2012.

a algunos neoconstitucionalistas como Gustavo Zagrebelsky a preguntarse si la forma pasiva en la que actúa el juez es el factor determinante que no permite alcanzar justicia y potenciar la aplicación de los derechos fundamentales al finalizar los procesos judiciales. Este cuestionamiento es uno de los puntos centrales del neoconstitucionalismo pues, a raíz de su esparcimiento y estudio, resurgió una tendencia conocida como “activismo judicial” que plantea un mayor protagonismo del juez en el proceso.

Para entender mejor los fundamentos del activismo judicial, es necesario analizar la corriente teórica en la que se fundamenta, el neoconstitucionalismo, desde tres puntos de vista: primero, como un proceso histórico; segundo, como una nueva visión institucional del Estado y, finalmente, como una postura ideológica acerca de la función que deben desempeñar los jueces dentro del Estado Constitucional.²

En primer lugar, el neoconstitucionalismo, como proceso histórico, inició con la profunda transformación que se verificó en los ordenamientos jurídicos europeos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Esta transformación se vio plasmada, especialmente, en constituciones como la italiana de 1947 o en la alemana de 1949, que marcaron una clara diferencia entre el constitucionalismo de posguerra y el constitucionalismo clásico europeo del siglo XVIII.³ Posteriormente, en la década del setenta, el filósofo angloamericano Ronald Dworkin y el alemán Robert Alexy plantearon la necesidad de darle un enfoque moral al derecho dando importancia al contenido del mismo y no sólo a su perfección formal.

En segundo lugar, el neoconstitucionalismo plantea una nueva institucionalidad estatal vinculada, por un lado, a la noción de que la ley está subordinada a la constitución debido a que esta es la manifestación del poder constituyente y, por otro, a la idea de que los derechos humanos deben ser el fundamento de la organización estatal.⁴

Finalmente, la noción histórica y la institucional del neoconstitucionalismo han influenciado en la construcción de una postura ideológica acerca de la misión de los jueces en un estado constitucional pues la nueva visión del ordenamiento jurídico reclama una conducta distinta por parte de los integrantes de la función

2 Alfonso Santiago, *Neoconstitucionalismo*, www.ancmip.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf (23 de abril de 2012)

3 Cfr. Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2010, p. 24 y 25.

4 Cfr. Ramiro Ávila, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 35 a 40.

judicial, quienes están llamados a defender los derechos humanos, garantizados constitucionalmente o reconocidos en los instrumentos internacionales. Además, esta noción del neoconstitucionalismo plantea y promueve una nueva relación del poder judicial con los demás poderes del estado y con la sociedad civil con el fin de alcanzar la vigencia efectiva de los derechos humanos.⁵

A pesar de que el neoconstitucionalismo pertenece a la tradición europea, varios de sus principios, instituciones y corrientes hallan su fuente de inspiración en la tradición norteamericana. Un claro ejemplo, como lo podemos apreciar en la postura ideológica del neoconstitucionalismo, es el activismo judicial.

El activismo judicial nació en el seno de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, liderada por el juez Earl Warren y, más tarde, por juez Warren Burger, que se destacaron por su activa defensa de los derechos constitucionales de igualdad e integración racial, de libertad de expresión, de debido proceso y de privacidad pero, también, por motivar profundos debates sobre el verdadero papel del poder judicial respecto a los otros poderes del Estado.

En este punto, es preciso aclarar que el neoconstitucionalismo es el fundamento principal de lo que conocemos por activismo judicial en el campo constitucional. No obstante, en el ámbito del derecho procesal, se utiliza también el término "activismo judicial" para referirse a una tendencia que impulsa una mayor intervención del juez pero, únicamente, en la esfera adjetiva del proceso. Por ejemplo, juristas como el peruano Carlos Parodi Remón y el argentino Osvaldo Gozaini sostienen que el activismo sólo debe incidir en el trámite propiamente dicho del proceso sin que el juez roce si quiera el derecho material de las partes.⁶ Este criterio se diferencia ampliamente del sostenido por juristas como los colombianos César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, quienes sostienen que el juez activista debe intervenir materialmente en el proceso con el propósito de realizar y efectivizar los derechos constitucionales que han sido violados en el caso en cuestión.⁷

Estas diferentes perspectivas que el término activismo judicial encierra, me han llevado a clasificar las posiciones sobre el papel del juez activista y el ámbito

5 Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *Jueces constitucionales* en www.iidpc.org/pdf/doctrinar6Zagrebelsky.pdf+Gustavo+Zagrebelsky,+Jueces+constitucionales (23 de abril de 2012)

6 Cfr. Carlos Parodi Remón, *¿Activismo o Garantismo Judicial?* en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo (coord.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 2008, p. 318.

7 Cfr. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Un giro en el estudio de los derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia*, en Christian Courtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 321.

en el que debe actuar en dos categorías. A continuación, un análisis de ambos enfoques que me he permitido dividir en: activismo judicial adjetivo y activismo judicial sustantivo.

1.2. Clases de activismo judicial

1.2.1. Activismo judicial adjetivo

Para los juristas que plantean que el activismo judicial solamente debe tener incidencia adjetiva, mantienen la posición de que el juez debe tener mayores atribuciones respecto al proceso mismo, es decir, en su regulación formal, en el control de los presupuestos procesales y en el impulso del proceso sin que las partes lo soliciten. De esta forma, según anota Carlos Parodi Remón, se plantea al activismo como una saludable dirección del proceso por el juez con el propósito de lograr la igualdad procesal de las partes excluyendo toda posibilidad de que el magistrado actúe abusivamente en el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual devendría inevitablemente en el indebido favorecimiento de una parte en detrimento de la otra.⁸

El activismo judicial adjetivo es manifiestamente contrapuesto al garantismo judicial, que se caracteriza por sostener que el proceso es un problema entre las partes y, por ello, cualquier conflicto celebrado ante jueces o tribunales se rige por el principio dispositivo. Es decir, el proceso debe iniciarse necesariamente a instancia de parte, nunca por iniciativa de un juez, quien debe atenerse a las pruebas presentadas sin tener ninguna iniciativa probatoria dentro de los límites de la pretensión del demandante y la contestación del demandado. Por estas razones, según esta corriente, hacer lo contrario sería convertir al juez en un ente parcializado que se entromete en el derecho material de las partes.⁹

No obstante, para quienes defienden el activismo judicial adjetivo, la conducta garantista fomenta que las partes privilegien su éxito en el proceso prescindiendo de cualquier otra consideración pues importa más convencer al juez que alcanzar justicia y veracidad en la sentencia.¹⁰ Además, según el mismo autor, en el garantismo, para lograr esa “seguridad” puede recurrirse a extremos durante la tramitación procesal como llegar a lo que se conoce como “ritualismo”, figura en la que la forma prima exageradamente sobre el fondo. Es decir, con el pretexto de mantener la seguridad jurídica, se exagera en el apego a las formas y a los trámites.

8 Cfr. *ibidem*, p. 317.

9 Cfr. Osvaldo Gozaini, *Problemas Actuales del Derecho Procesal*, México, UNAM, 2008, p. 32.

10 Cfr., *ibidem*, p. 45.

Otra crítica importante del activismo judicial adjetivo al garantismo es que, en la actitud garantista, se privilegia la aplicación de la norma positiva. Es preciso aclarar que el activismo adjetivo no niega que la ley es una parte importante del proceso pero sostiene que esta no lo agota. Esto quiere decir que cuando la invocación a la ley es extremadamente rígida, la solución del conflicto y la proyección social del fallo corren el riesgo de no producirse.

Comentando este tema, Parodi Remón expone que, en este caso, existe una clara colisión entre dos valores. Por un lado, la seguridad jurídica que parece mejor satisfecha con un estricto apego a una interpretación rígida de la ley y, por el otro, la eficacia del sistema judicial. Sin embargo, si por eficacia se entiende otorgar más facultades al juez para conducir el proceso, limpiándolo de trabas ilegales y antijurídicas generalmente propuestas por la parte demanda y propiciando la necesaria igualdad procesal de las partes para asegurar un mínimo de certeza en el fallo, no se acierta a ver por qué razones se va a lesionar la seguridad jurídica y, peor aún, las garantías procesales o los derechos fundamentales de las partes.¹¹ Por esta razón, el activismo judicial adjetivo plantea que el juez debe tener las facultades necesarias para dirigir e impulsar el proceso con el fin de extraer lo mejor de la norma positiva para que, a través de su aplicación, se alcance la justicia o, por lo menos, se tienda a ella.

A continuación, resumo y comento las funciones judiciales más importantes que son consideradas activistas dentro del ámbito adjetivo por Carlos Parodi Remón y Osvaldo Gozaini, mencionados anteriormente.

a) Resolver de oficio sobre presupuestos procesales:

La calificación previa de la demanda y su eventual postergación por omisión de algún requisito que conlleve la invalidez del proceso, es una atribución del juez que decide el inicio o no de un proceso. Estas atribuciones, anota Parodi Remón, son expresiones judiciales que tienen rasgos activistas y que no rayan en excesos ya que no se rozan el derecho material y, sin ellas, se corre el peligro de admitir un proceso carente de efectos válidos procesales y legales.¹²

Desde mi punto de vista, esta atribución del juez no es realmente una expresión activista puesto que es evidente que la calificación de la demanda es el necesario punto de partida para el correcto desenvolvimiento del proceso y, además, que se encaja en una de las atribuciones judiciales admitidas incluso por los partidarios del garantismo.

11 Cfr. Carlos Parodi Remón, op. cit, p. 342.

12 Cfr. Ibidem, p. 343.

b) Convocar de oficio en cualquier momento del proceso a las partes para intentar una conciliación o un convenio que ponga fin al conflicto:

Propiciar la conciliación de las partes en cualquier estado del juicio es una saludable expresión del activismo judicial adjetivo según Parodi Remón.

Esta facultad que está establecida en varias legislaciones como la ecuatoriana¹³, en manera alguna incide en el derecho material de las partes porque, al fin y al cabo, son ellas mismas las que llegarán o no a un acuerdo.

Conviene aclarar que esta opción no puede ni debe darse en todos los casos. Depende de la naturaleza de cada proceso, de la oportunidad de la convocatoria y, especialmente, de la visión del juez que con conocimiento pleno del expediente determine si se puede llegar o no a una conciliación.

c) Dirigir de oficio el proceso, progresándolo aunque no lo pidan las partes:

Este deber del juez es una clara manifestación del activismo y una respuesta a la dilatación injustificada de los procesos. Parodi Remón señala que la lógica nos indica que si una persona se convierte en demandante para que se le reconozca su derecho o se elimine una incertidumbre jurídica, es el primer interesado en que esa declaración judicial se efectivice lo más pronto posible. De igual forma, quien es demandado desea quedar absuelto de una demanda sin sustento. Y en el caso de que el demandado actúe de mala fe, dilatando el proceso con pedidos improcedentes o artilugios procesales, brilla más en el supuesto la facultad del juez de avanzar en el proceso, no en beneficio del demandante sino en aras de una justicia más pronta.

Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que la posibilidad de que el juez “dirija” de oficio el proceso conlleva varias consecuencias que, de una u otra forma, pueden incidir en los derechos procesales de las partes. Por ejemplo, en el caso de que el juez decida hacer caso omiso a los reclamos o peticiones del demandado y avanzar a la siguiente etapa debido a que, según la opinión del juez, el demandado está poniendo trabas injustificadas al proceso, es menester que se motive dicha decisión e inclusive que se pruebe la mala fe del demandado pues, de lo contrario, estaría cayendo en subjetivismos que imposibilitan la obtención de una sentencia justa. Por esta razón, es imprescindible que cada una de las decisiones del juez, tendientes a impulsar el proceso, sean plenamente motivadas pues, así, se aseguran los derechos procesales y hasta constitucionales de las partes.

13 En el Código Orgánico de la Función Judicial, art. 130, numeral 11 se establece que una de las facultades esenciales de los jueces es convocar de oficio a las partes en cualquier estado del proceso con el fin de lograr conciliarlas exceptuando los casos en que se halla prohibida la transacción.

d) Iniciativa probatoria del juez:**1. Disponer de oficio la actuación de pruebas que el juez considere conveniente**

La posibilidad de otorgar al juez la facultad de solicitar de oficio pruebas es el punto angular del activismo judicial adjetivo y un tema paradigmático para elegir entre garantismo y activismo.

Como sabemos, probar significa convencer al juez de la verdad de los hechos positivos o negativos presentados por las partes,¹⁴ pero cuando las pruebas presentadas no son suficientes para generar convicción en el juez sobre su decisión, los propulsores del activismo judicial adjetivo proponen que este debe tener la facultad de solicitar otras pruebas que le permitan llegar a una conclusión y, ante todo, a una sentencia justa que cuente con sustento.¹⁵ Sin embargo, Parodi Remón señala, en base al criterio del jurista español Joan Picó I Junoy, que esta iniciativa probatoria debe limitarse a los hechos discutidos en el proceso y a las pruebas que ya consten en la causa. Además, es vital que se permita ejercer el derecho a la defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas.¹⁶ Esto quiere decir que el juez está en la obligación de ceñirse a los hechos y elementos probatorios cuya existencia resulte de autos para poder ordenar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente para alcanzar una decisión sólida y fundamentada.

Esta solución saludable impide que se genere la posibilidad de que el juez actúe autoritariamente favoreciendo a una u otra parte y, de esta forma, que se vulnere el principio de imparcialidad judicial y de tutela judicial efectiva. Por otro lado, es importante destacar que, con el fin de garantizar cabalmente el derecho a la defensa de las partes, el juez debe poner en su conocimiento las pruebas que disponga de oficio para que tengan la oportunidad de refutarlas. Llegar a plantear que las pruebas, presentadas por el juez, deben ser incuestionables es, prácticamente, otorgarle poderes de carácter dictatorial dentro del proceso y eso, definitivamente, afectaría al sistema judicial en su conjunto.

Finalmente, la iniciativa probatoria debe conllevar la obligación de que el juez motive las razones que lo llevaron a solicitar nuevas pruebas dejando menos espacio a la arbitrariedad.

14 Cfr. James Goldshmidt, *Teoría General del Proceso, Vol. I: Principios Generales del Proceso*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 46.

15 Carlos Parodi Remón, op. cit, 350.

16 Cfr. Joan Picó I Junoy, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2004, p. 263.

2. Valoración razonada de las pruebas:

De acuerdo a las enseñanzas del maestro Hernando Devis Echandía, la valoración o apreciación de la prueba judicial es "*la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido*"¹⁷. De este tradicional concepto, podemos colegir que es deber del juez realizar la valoración ponderada y razonada de cada una de las pruebas ya que, sin un análisis meticuloso de las mismas, es imposible que la decisión judicial se traduzca en una sentencia justa. Mas, en este punto, ¿en qué sentido el juez puede ser activista dentro de la valoración de la prueba? La respuesta a esta pregunta tiene que ver con el punto anterior que trató la iniciativa probatoria, pues si el juez requiere más elementos probatorios para llegar a una conclusión certera y una valoración efectiva del conjunto de pruebas, lo óptimo sería que el juez pueda solicitar de oficio las pruebas que requiera para brindarle convicción a su decisión. Además, es importante que el juez no se sienta constreñido por parámetros predeterminados que limiten su poder de análisis a la hora de decidir porque la valoración de las pruebas, al ser el punto clave de la decisión judicial, necesariamente debe realizarse sin interferencias de ningún tipo y con meticulosa reflexión pues de esto depende que se alcance o no justicia en la sentencia.

En conclusión, el activismo judicial adjetivo busca dotar al juez de ciertas facultades que le permitan alcanzar los elementos de juicio suficientes para que su decisión final no sólo signifique la aplicación de la ley, sino también, la expresión de la justicia sin atentar de modo alguno con el derecho material de las partes y, sobre todo, sin llegar a extremos que convertirían al juez en arbitrario. Situación que haría del activismo judicial adjetivo una tendencia negativa que, en realidad, obstaculizaría la realización de la justicia.

En este punto hago una reflexión necesaria para la comprensión del activismo judicial adjetivo y es que su campo de acción se desenvuelve dentro de la justicia ordinaria pues es allí donde encuentra los desafíos, establecidos por el garantismo judicial que fueron expuestos anteriormente. En cambio, el activismo judicial sustantivo tiene otras motivaciones que encuentran mayor sentido en la justicia constitucional. A continuación, un análisis de los principales argumentos y puntos de quienes plantean que el activismo judicial debe hacerse presente en la dimensión en la dimensión sustantiva del Derecho.

17 Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Fidenter, Buenos Aires, 1974, p. 287.

1.2.2. Activismo judicial sustantivo:

El activismo judicial sustantivo plantea que el juez, cuando el caso lo amerite, debe intervenir materialmente en el proceso con el fin de proteger y garantizar los derechos de la parte afectada y dar proyección social a su decisión.

Este tipo de activismo judicial ha tomado gran fuerza en las últimas décadas en varios países del mundo y, en especial, en América Latina, gracias a la judicialización de casos o litigios de carácter estructural cuyo fin más importante es garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de grupos humanos que han sido afectados por el Estado, personas jurídicas o personas naturales.

Según los juristas colombianos César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, los litigios o casos estructurales se caracterizan por:

1. *Afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos ya sea directamente o por medio de organizaciones que litigan la causa.*
2. *Involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de varias fallas sistemáticas de políticas públicas.*
3. *Implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no sólo a los demandantes del caso concreto).¹⁸*

Importantes ejemplos de litigios o casos estructurales en la que los jueces han intervenido sustancialmente, los encontramos en la jurisprudencia colombiana, como la sentencia T- 025 de 2004 sobre el caso del desplazamiento forzado en este país¹⁹, la sentencia T-760 de 2008 sobre el derecho a la salud.²⁰

No obstante, es importante anotar que el activismo judicial sustantivo puede manifestarse tanto en casos estructurales como en aquellos que un solo o pocos individuos son los afectados pues el punto central del activismo judicial sustantivo es que las sentencias que ponen fin a estos casos tengan repercusión social y sean la materialización del esfuerzo para lograr una justicia limpia, pronta y lo más acertada posible. Por esta razón, el activismo judicial sustantivo se manifiesta cuando en el proceso están en juego la protección de los derechos fundamentales y,

18 César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, op. cit, p. 324 y 325.

19 *Ibidem*.

20 Cfr. María Paula Saffon y Mauricio García Villegas, *Derechos Sociales y Activismo Judicial: La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2011, p. 100.

consecuentemente, como ya lo mencione anteriormente, generalmente tiene lugar dentro de la justicia constitucional.

1.2.2.1. Justificación del activismo judicial sustantivo: la maximización de los derechos fundamentales

El activismo judicial sustantivo se basa en el núcleo de la justicia constitucional que, en palabras de Ramiro Ávila quien, a su vez, cita a Luigi Ferrajoli, es la protección de los derechos humanos, llamados también fundamentales.²¹

Según el Doctor Hernán Salgado Pesantes, los derechos humanos o fundamentales “poseen un contenido trascendental, pues abordan cuestiones de índole universal que se consideran esenciales desde la perspectiva humana.”²² Por esta razón, entre sus características más relevantes, podemos anotar su universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, irrenunciabilidad, interdependencia e igual jerarquía.²³

Por la complejidad y gran proyección que tiene los derechos fundamentales, autores como Carlos Bernal Pulido y Luis Prieto Sanchis los definen como principios ya que no se especifican sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros y donde se fijan objetivos y conductas.²⁴ Por ello, se los debe entender como mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas.²⁵ Siguiendo este orden de ideas, el mismo Bernal Pulido aclara que la maximización de la que habla, tiene límites que están establecidos en la semántica de la Constitución y de los Tratados Internacionales, pues en ella se encuentra el objeto del derecho que tiene su significado posible en la literalidad de su texto.²⁶

Es ahí donde entra el juez en escena pues es él quien debe indagar en la semántica de los derechos fundamentales para determinar qué se debe aplicar en el caso concreto. En este punto, es importante comprender que no siempre

21 Cfr. Ramiro Ávila, *Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el Derecho Ecuatoriano*, en Christian Courtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 561 a 564.

22 Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, 4ta ed., Ediciones Legales, 2012, p. 64.

23 Cfr., *ibidem*, p. 72.

24 Cfr. Luis Prieto Sanchis, *El constitucionalismo de los derechos*, en Miguel Carbonell (Ed). *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 289 y Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 93 y 94.

25 p. *Ibidem*, 117.

26 Cfr. *Ibidem*, p. 118.

las disposiciones constitucionales contienen mandatos claros y definidos, por ello, existe una dimensión implícita que solo puede ser concretada por el juez constitucional ya que él es el competente para interpretar y dilucidar el objeto y la aplicación judicial del derecho fundamental en el caso que se está resolviendo.

Esta trascendental tarea requiere de un método de interpretación más completo que el clásico método subsuntivo. Este método que posee mayor grado de racionalidad y lógica filosófica- jurídica es el principio de proporcionalidad y, dentro de este, la ponderación según los neoconstitucionalistas Luis Prieto Sanchís y Carlos Bernal Pulido a los que me uno por las siguientes razones: Primero, porque el examen de constitucionalidad que realiza el juez cuando no es claro si el principio constitucional o derecho fundamental ha sido aludido, va más allá de las restricciones normativas aparentes al derecho fundamental pues se reconoce que es imposible que el Constituyente, en primer plano, y el Legislador, en segundo, hayan previsto todas las situaciones en las que podía entrar en conflicto la realización del derecho fundamental. Segundo, porque el examen de constitucionalidad a la luz de la ponderación tiene dos fases (La primera, *prima facie* y la segunda, definitiva) al lugar de una sola como en el caso del método subsuntivo. Según Carlos Bernal Pulido, en el análisis *prima facie*, cuando existe duda sobre un caso, este debe considerarse relevante constitucionalmente y, por ende, toda norma o conducta que se le relacione debe ser tomada como parte del ámbito de protección inicial del derecho fundamental. Posteriormente, el análisis pasa a una segunda fase donde se restringe el ámbito de protección inicial para determinar cuál es el contenido efectivamente garantizado del derecho fundamental. Esto quiere decir que se analiza si el conjunto de normas y posiciones estudiadas por el juez, son o no definitivamente vinculantes desde el punto de vista jurídico. Si efectivamente son vinculantes, debido a que los poderes públicos y, en especial el Legislador, tenían la competencia para restringir el ámbito inicial de derecho fundamental, el juez no actúa en ese caso. En cambio, si la intervención en el derecho constitucional no halla justificación, el juez debe actuar en función de proteger y garantizar los derechos fundamentales vulnerados o desconocidos.²⁷

Es importante tener en cuenta que el proceso lógico y racional en el que se basa la ponderación no garantiza una perfecta objetividad como, de hecho, ningún método de interpretación lo puede hacer. Al respecto Carlos Bernal Pulido dice lo siguiente:

Una perfecta objetividad sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinasen por completo el contenido de los principios.

27 Cfr. *Ibidem*, p. 99 a 109.

En un sistema semejante, la Constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícitamente normas individuales que prescribirían con exactitud qué está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva.²⁸

Evidentemente, plantearse la existencia de un sistema semejante no es posible ni tampoco adecuado porque, en primer lugar, restaría las posibilidades de deliberación política y, en consecuencia, el legislador prácticamente se convertiría en un ejecutor de las disposiciones constitucionales. Adicionalmente, todo cambio requeriría de reforma constitucional. Por esta imposibilidad e inconveniencia de una objetividad perfecta, es justificable que la tarea de determinar el contenido de los principios suponga un margen de deliberación del juez, la cual debe propender a alcanzar el mayor grado de racionalidad posible.

Por otro lado, es meritorio recalcar que el juez activista debe contribuir a que, dentro del esquema constitucional planteado, se maximice la protección y garantía de los derechos fundamentales pues el juez no es un sujeto todopoderoso que puede pasar por alto la organización y el funcionamiento de las instituciones políticas o desconocer las competencias constitucionales de los otros órganos del Estado. Por el contrario, el juez activista debe ayudar a fortalecer la institucionalidad constitucional y mejora, a través de sus decisiones, la forma en la que los otros poderes han planteado la protección y garantía de los derechos fundamentales.

En conclusión, el análisis que acabo de realizar, tiene el fin de aclarar que el único motivo que justifica que la actuación del juez sea activista es la maximización de los derechos fundamentales, que como bien señala el Doctor Hernán Salgado Pesantes, son esenciales para los seres humanos. Más, esta maximización se produce en situaciones en las que existe intervención (u omisión) negativa, la cual es concluida por medio el proceso analítico que plantea la ponderación. Las sentencias caracterizadas por el activismo judicial sustantivo, fundamentadas en la maximización de la protección y garantías de los derechos fundamentales provocan importantes efectos que, en muchos casos, dan paso a la efectivización de las sentencias que han sido producto del activismo judicial sustantivo. Los principales efectos los analizo a continuación.

28 *Ibidem*, p. 110.

1.2.2.2. Efectos del activismo judicial sustantivo:

a) Efectos en la conducta de grupos e individuos:

Los sentencias activistas sustantivas generan efectos instrumentales que implican cambios materiales en el actuar de los individuos, relacionados con el caso en cuestión, y de entidades nacionales e internacionales que deciden crear o involucrarse en programas de atención a los grupos o individuos afectados, financiar los procesos de seguimiento del cumplimiento de las órdenes judiciales o colaborar en la ejecución de la sentencia. Por otro lado, cuando los fallos involucran a diversos grupos de actores sociales, una las consecuencias es el surgimiento de coaliciones de organizaciones de la sociedad civil para participar en el proceso de seguimiento de la sentencia ²⁹ Por ejemplo, a raíz del caso T-025 sobre desplazamiento en Colombia, se formaron organizaciones como la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado y la Comisión de Seguimiento de la Universidad Nacional que en los años 2007, 2008 y 2009 realizaron una serie de encuestas nacionales de verificación del nivel de goce efectivo de derechos de la población desplazada. Lo que permitió medir la evolución de la situación de la población desplazada, a la luz de los parámetros establecidos por la Corte Constitucional Colombiana en la T-025. ³⁰

Otro ejemplo importante en el que se evidencian los efectos del activismo judicial en la conducta y accionar de los individuos y grupos es el caso: “*Minister of Health v Treatment Action Campaign*”, resuelto por la Corte Constitucional Sudafricana en el año 2002. En este caso, en el que los accionantes reclamaban la adecuación de los esfuerzos del Estado para prevenir la propagación del VIH y, en particular, de la transmisión del VIH de madres a sus recién nacidos en el momento del nacimiento, participaron varias organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud y todo un colectivo de ONG y movimientos sociales que abogan por una mejor prevención y opciones de tratamiento para el VIH/SIDA. ³¹

Como se puede apreciar, estos efectos se reflejan en un grupo o grupos y en individuos; mas, las decisiones judiciales también pueden modificar las percepciones de la sociedad en su conjunto y legitimar las visiones de los activistas y los litigantes que acuden a las cortes a través de los medios de comunicación.

29 Cfr. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, op. cit, p. 332.

30 Cfr. *Ibidem*, p. 336.

31 Cfr. Danie Brand, *El experimento de Sudáfrica con los derechos socioeconómicos justiciables*, en Christian Courtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 512 y 513.

A continuación, la explicación de cómo se expresan los efectos de las sentencias judiciales activistas en la opinión pública.

b) Efectos en la opinión pública:

Los efectos del activismo judicial en la sociedad consisten, principalmente, en los cambios de ideas, percepciones e imaginarios sociales sobre el tema objeto del litigio. Es decir, implican cambios culturales o ideológicos en relación al problema del caso. Estos efectos, considerados como indirectos del activismo judicial, son para varios juristas y politólogos como el estadounidense Michael McCann, más importantes que los efectos relacionados con el cumplimiento de los fallos ya que, generalmente, implican que se le dé mayor visibilidad al problema en los medios de comunicación, en las universidades y en los espacios ciudadanos y políticos.³²

Uno de los casos concretos en el que se evidenció cambios en la opinión pública es la ya referida sentencia T-025, pues su discusión y difusión ayudó a transformar la percepción pública sobre la gravedad del desplazamiento, lo que contribuyó a que se vea este fenómeno como una violación a los derechos humanos.³³ En el análisis del activismo judicial estadounidense, veremos que el caso "*Brown vs. Board of Education*" fue uno de los puntos clave que contribuyó a fortalecer la discusión sobre los derechos de los afro-descendientes en el país del norte.

En resumen, como pudimos ver, las sentencias activistas sustantivas tienen, generalmente, incidencia en los individuos, en las organizaciones y en la sociedad. Por ello, la responsabilidad del juez que decide intervenir en los derechos sustantivos de las partes e, incluso, de aquel que hace uso de mayores facultades adjetivas, es extremadamente grande y, por esta razón, debe tener extremo cuidado de no caer en posiciones negativas y extremistas.

c) Efectos frente al poder legislativo y al poder ejecutivo:

Uno de los efectos que el activismo judicial sustantivo ha presentado en varios casos es un grado de injerencia, a veces alto, del poder judicial en los otros clásicos poderes del Estado, el poder legislativo y el poder ejecutivo.

Este efecto del activismo judicial sustantivo se ha convertido en el principal punto de choque entre algunos defensores del positivismo jurídico y del neoconstitucionalismo, pues tal como lo señala Juan Antonio García Amado, estas dos corrientes son dos extremos que colisionan puesto que para los positivistas, el legislador es el único portavoz de los intereses objetivos de la nación y la ley, la plasmación perfecta de la justicia ideal.³⁴ En cambio, para algunos

32 Cfr. Michael McCann, *Rights at work*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, p. 283

33 Cfr. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, op. cit, p. 337.

34 Cfr. Juan Antonio García Amado, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, en Fabricio

neoconstitucionalistas como Luis Prieto Sanchís, el juez está llamado a controlar a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las normas y principios constitucionales.³⁵

Para Salim Zaidán, el neoconstitucionalismo parecería tener una fe ciega en el juez pues ha depositado en él su confianza asumiendo que estará a la altura intelectual para tener legitimidad técnica, que reemplazaría a la legitimidad democrática del legislador.³⁶

Por otro lado, respecto a la Función Ejecutiva, el activismo judicial, basado en las posturas de neoconstitucionalistas como el mencionado Prieto Sanchís, promueve que el juez solicite el enderezamiento de la actuación de la autoridad e impugne una política pública por violatoria de derechos, lo que puede traducirse, para juristas como Fabián Corral, en excesiva intervención si los jueces tienen arbitrariedad interpretativa y si actúan subjetivamente.³⁷ Sobre este tema, García Amado comenta que las cortes, como instituciones no responsables democráticamente, no deben colocarse en una posición en la que pueden cuestionar las elecciones de la política social y económica del poder ejecutivo, democráticamente responsable.³⁸

Frente a estas críticas según las cuales el activismo judicial invade las competencias de los funcionarios del ejecutivo y el legislativo que son elegidos popularmente, juristas como César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco que defienden la posición neoconstitucionalista, señalan que la intervención judicial profundiza la democracia, en lugar de erosionarla pues ayuda a liberar el estancamiento estructural que frustra la realización de los derechos fundamentales, en especial, de los derechos económicos, sociales y culturales. Pues, cuando las órdenes de los fallos judiciales activistas están dirigidas a autoridades, sus efectos se expresan en el diseño y ejecución de políticas públicas, en la implementación de nuevas normas o en la mejoría en la prestación de algunos servicios. Más, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, destacan que para que el activismo judicial sea eficaz, debe estar acompañado de mecanismos de seguimiento del cumplimiento de las sentencias judiciales. Por ello, enfatizan la necesidad de la apertura de espacios participativos y deliberativos de implementación de los fallos, especialmente estructurales, que involucren a todos los afectados y que, al

Mantilla (Coord.), *Controversias Constitucionales*, Bogotá, Universidad de Rosario, 2011, p. 26.

35 Cfr. Luis Prieto Sanchís, *El Constitucionalismo de los derechos*, en Carlos Bernal Pulido, *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p.91.

36 Cfr. Salim Zaidán, *Peligros del Empoderamiento del Juez en el Esquema Neoconstitucional Ecuatoriano*, en Luis Fernando Torres (Ed.), *Debate Constitucional*, Quito, Corporación Autogobierno y Democracia, 2012, p.71.

37 Cfr. Fabián Corral, *Memorias del debate sobre Neoconstitucionalismo*, IV Ciclo de Debates, Técnicas de Litigio en Derechos Humanos, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, 2011, p. 99.

38 Cfr. Cfr. Juan Antonio García Amado, *op. cit.*, p. 28.

mismo tiempo, establezcan incentivos y plazos para avanzar en la protección de los derechos vulnerados.³⁹

1.3. Síntesis y conclusiones:

- a) El activismo judicial se fundamenta en la postura ideológica del neoconstitucionalismo acerca del papel de los jueces en una democracia constitucional pues, en ella, se requieren jueces creadores, intérpretes de la norma constitucional y que sean conscientes de la importante misión que deben cumplir.
- b) Es importante recalcar que la clasificación de activismo judicial que he trazado en este artículo, no ha sido planteada anteriormente en la doctrina; sin embargo, he encontrado necesario realizar esta diferenciación ya que la mayoría de juristas que tratan el activismo judicial encierran bajo el mismo concepto al incremento de atribuciones procesales a favor del juez y a la mayor actuación judicial con el objeto de maximizar, garantizar y promover el respeto de los derechos fundamentales cuando son dos posturas distintas y que se han iniciado y desarrollado en campos diferentes.
- c) En el caso de lo que he llamado “activismo judicial adjetivo” se plantea que el juez, sin atentar de modo alguno con el derecho material de las partes, conduzca el proceso dotado de ciertas facultades que le permitan alcanzar los elementos de juicio suficientes para que su decisión final, no sólo signifique la aplicación de la ley, sino también, la expresión de la justicia. Además, los defensores del activismo judicial adjetivo son contrarios al garantismo judicial, pues desde su punto de vista, esta actitud judicial promueve que se ignore el aspecto social del proceso ya que sólo importa el éxito individual de una de las partes que luchan por convencer al juez que su posición es la correcta y, sobre todo, el apego irrestricto de las normas procesales. Es importante mencionar que el activismo judicial desde el plano adjetivo nació como respuesta a las críticas de la actividad pasiva del juez en la justicia ordinaria no en la constitucional.
- d) En cambio, el activismo judicial que he llamado “sustantivo” plantea que el juez debe intervenir materialmente en el proceso cuando estén en juego derechos fundamentales. Por ello, lo he identificado con la justicia constitucional pues, en ella, la principal función de los jueces es proteger y garantizar los derechos fundamentales o constitucionales.
- e) Por otro lado, es importante entender que el activismo judicial sustantivo no tiene cabida en todos los casos, sólo en aquellos que verdaderamente no exista otro camino previsto en el ordenamiento jurídico y que sea constitucionalmente

39 Cfr. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, op. cit, p. 325 y 326.

válido para lograr la maximización de la aplicación y garantía del derecho que se argumenta que se ha vulnerado y esto únicamente se puede determinar después de que el juez realice un análisis minucioso, en base a la ponderación, que dilucide si la intervención que se ha producido en derecho fundamental halla o no justificación constitucional.

- f) Esta maximización no es indeterminada y a discreción del juez pues debe sujetarse a los límites establecidos por la semántica del derecho y de aquellos que el Constituyente fijó. De lo contrario, la actividad judicial podría caer en subjetivismos que pueden llegar a arbitrariedades.
- g) Los efectos que el activismo judicial sustantivo puede generar, recaen sobre los individuos, las organizaciones y en la opinión pública. Estos efectos dan verdadero valor y sentido al activismo judicial sustantivo pues viabilizan la ejecución de la sentencia. Mas, cuando los efectos se traducen en intervención de la función judicial en los otros poderes del estado, la actuación del juez puede considerarse como antidemocrática y vulneradora del principio de separación de poderes.
- h) Para finalizar, concluyo que el activismo judicial, ya sea adjetivo o sustantivo, representan el cambio cualitativo de la función judicial pues contemplan la naturaleza social del proceso y la proyección de la sentencia a la colectividad; sin embargo, el activismo judicial sustantivo ha logrado, en casos como el T-025 sobre desplazamiento en Colombia, dar mayor y más amplia trascendencia social a la sentencia ya que sus efectos se propagan en el Estado y la sociedad y no se quedan simplemente entre las partes litigantes.

Bibliografía:

- Ávila, Ramiro, *Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el Derecho Ecuatoriano*, en Christian Courtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ávila, Ramiro, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Brand, Daniel *El experimento de Sudáfrica con los derechos socioeconómicos justiciables*, en Christian Courtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2010.
- Corral, Fabián, *Memorias del debate sobre Neoconstitucionalismo*, IV Ciclo de Debates, Técnicas de Litigio en Derechos Humanos, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, 2011

- Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Fidenter, Buenos Aires, 1974.
- García Amado, Juan Antonio, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, en Fabricio Mantilla (Coord.), *Controversias Constitucionales*, Bogotá, Universidad de Rosario, 2011.
- Goldshmidt, James, *Teoría General del Proceso, Vol. I: Principios Generales del Proceso*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- Gozaini, Osvaldo, *Problemas Actuales del Derecho Procesal*, México, UNAM, 2008.
- McCann, Michael, *Rights at work*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.
- Neoconstitucionalismo en* www.ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf (23 de abril de 2012)
- Parodi Remón, Carlos, *¿Activismo o Garantismo Judicial?* en Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldívar Lelo (coord.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en Homenaje a Héctor Fix- Zamudio, México, UNAM, 2008.
- Picó I Junoy, Joan, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2004.
- Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, en Miguel Carbonell (Ed). *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana *Un giro en el estudio de los derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia*, en Christian Courtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Saffon, María Paula y García Villegas, Mauricio, *Derechos Sociales y Activismo Judicial: La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2011.
- Salgado Pesantes, Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, 4ta ed., Ediciones Legales, 2012.
- Santiago, Alfonso, *Neoconstitucionalismo*, www.ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf (23 de abril de 2012)
- Zagrebelsky, Gustavo, *Jueces constitucionales en* www.iidpc.org/pdf/doctrinar6Zagrebelsky.pdf+Gustavo+Zagrebelsky,+Jueces+constitucionales (23 de abril de 2012)
- Zaidán, Salim, *Peligros del Empoderamiento del Juez en el Esquema Neoconstitucional Ecuatoriano*, en Luis Fernando Torres (Ed.), *Debate Constitucional*, Quito, Corporación Autogobierno y Democracia, 2012.

El Parlamento Ecuatoriano: Procedimiento Legislativo y Aprobación de Tratados Internacionales¹

Ismael Esteban Quintana Garzón ²

Abstract

El presente ensayo es un extracto de un estudio realizado sobre el Parlamento ecuatoriano; el mismo pretende, desde la óptica del Derecho Constitucional y Parlamentario, ofrecer una visión crítica del sistema legislativo diseñado en Montecristi. Los Estados modernos con régimen presidencial de gobierno como el Ecuador, establecen, constitucionalmente, las funciones previstas para el legislativo; no obstante, por la separación de poderes, el ejercicio de estas atribuciones está sujeto a un muto control, principalmente, por parte del ejecutivo y, en el caso ecuatoriano, del “poder constitucional”.

Para los efectos señalados, de las funciones parlamentarias previstas en el artículo 120 del Código Político, se han seleccionado dos: el procedimiento legislativo y la aprobación de tratados internacionales entendiendo que, las dos atribuciones, traen consigo una serie de dificultades, como se estudiará, de conformidad con la Constitución, la Ley Orgánica de la Función Legislativa y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

-
- 1 El presente trabajo constituye un extracto de un estudio efectuado sobre el Parlamento ecuatoriano. Asimismo, dentro del ensayo, se utilizan abreviaturas para hacer referencia a las siguientes normas: Constitución de la República (CRE); Ley Orgánica de la Función Legislativa (LOFL); Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC); Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas del Ecuador, Código de la Democracia (IOEPECD) y Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (LOPGE).
 - 2 Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, ayudante de cátedra en las materias de Teoría del Estado y de la Constitución y Derecho Constitucional en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, electo representante a Junta de Facultad para la Asociación Escuela de Derecho para el periodo 2010-2011

En general, el Derecho Parlamentario establece que, en los Estados de Derecho, la competencia y el ámbito de actuación de los Parlamentos; que, en el caso específico de nuestro país, se plasma a través de la función legislativa ejercida por la Asamblea Nacional, se encuentra delimitada por la Constitución de la República. Siguiendo la tesis de la “división de poderes”, propia de los Estados contemporáneos, la función legislativa parece ser la específica de los órganos parlamentarios, siendo, por el contrario, más claro el panorama en el caso de los sistemas presidencialistas como el nuestro, donde la división es, al menos en teoría, más nítida; razón por la cual, es preferible llamar en nuestro caso al órgano legislativo como Asamblea y no Parlamento, ya que el segundo correspondería más bien para asambleas políticas modeladas en el patrón inglés, siendo ésta expresión más utilizada en el derecho angloamericano.

Dentro de este esquema, el rol legislativo no es el único ni excluyente que tiene la Asamblea Nacional, ya que la Constitución le ha reconocido múltiples atribuciones como son la fiscalización, el rol de posesión de funcionarios, el control, la concesión de beneficios, entre otros; no obstante, para efectos del presente ensayo, se han seleccionado dos importantes funciones del legislador que se estudiarán a continuación: el procedimiento legislativo y la aprobación de tratados internacionales.

1.- EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Se podría decir que esta es la principal atribución que todo Parlamento tiene, y por la que se lo caracteriza. Este es el rol por excelencia que debe cumplir un órgano legislativo.

La tarea legislativa, la tarea de elaborar, reformar y derogar leyes, es el modo en que, preponderantemente, los cuerpos legislativos se ocupan de ejercer sus competencias y funciones para las cuales han sido electos, pero en modo alguno debe considerarse que esa sea su principal misión. Legislar es el medio, no el fin. El fin es gobernar o, mejor dicho, participar de la responsabilidad del gobierno.

La función de dictar normas de conducta reguladoras de la vida social con alcance general y coactivas, caracterizadas por la abstracción y la innovación es otra de las funciones del Parlamento, aunque esta característica no es esencialmente del órgano legislativo, por lo que se deben hacer algunas aclaraciones, ya que existen otros organismos e incluso la misma ciudadanía, que tienen iniciativa legislativa, claro está, dentro del ámbito de su competencia, aunque el órgano de aprobación en, “última instancia”, sea la Asamblea Nacional.

A criterio de Rafael Oyarte, la ley, desde su aspecto formal, es un acto normativo aprobado por el órgano legislativo competente, mediante el procedimiento de

creación previsto en el texto constitucional.³ No obstante, siguiendo el criterio vertido por el citado profesor, nuestro orden jurídico, en sí, no define, desde el punto de vista material, lo que se debe entender por ley, es decir, un cuerpo normativo emitido con carácter general, abstracto, obligatorio, permanente y constitutivo de las bases del orden jurídico de un Estado, cuya obligatoriedad se evidencia por la coacción, es decir, por la fuerza; por tanto, los aspectos que no son básicos, no se desarrollan mediante ley, sino mediante otros cuerpos normativos, por ejemplo, reglamentos. Fácilmente, la definición material de ley vertida en líneas anteriores podría ser confundida con la finalidad reguladora que persigue un texto constitucional; no obstante, hay que señalar que, el mismo, si bien trae consigo normas fundamentales, lo hace para regular, lo que a criterio de HERNÁN Salgado refiere a: organización y funcionamiento de poder estatal y reconocimiento y amparo de derechos fundamentales, cuestiones que, en razón de la materia y cumpliendo con los mandatos constitucionales, deberán ser regulados mediante la ley.

Los tipos de leyes: Ausencia de diferenciación formal y material respecto de leyes orgánicas y ordinarias: Nuestra Carta Magna, en el artículo 132, establece que la Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común que:

1. Regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales
2. Tipifiquen infracciones y establezcan las sanciones correspondientes
3. Creen, modifiquen o supriman tributos, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los Gobiernos Autónomos Descentralizados
4. Atribuyan deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados
5. Modifiquen la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias
6. Otorguen a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

Dentro de la clasificación de los tipos de leyes que realiza nuestro Código Político, se establece que éstas son ordinarias y orgánicas; aunque también se habla de proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica, que tienen un tratamiento especial y que será revisado más adelante.⁴

3 Oyarte Martínez, Rafael, Curso de Derecho Constitucional: la función legislativa, Tomo II, pp. 63.

4 A criterio del profesor Rafael Oyarte, la ley orgánica, como la ordinaria, es simplemente eso, una

El artículo 133 de la Constitución establece que, las leyes orgánicas serán las que:

1. Regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución
2. Regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales
3. Regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados
4. Sean relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.⁵

Dejando, al resto de normas, como ordinarias.

La Constitución ecuatoriana de 1998 introdujo ya en la enumeración del

ley y no otra cosa, a pesar de la pretendida preeminencia normativa de la primera sobre la segunda, a base del principio de jerarquía normativa. No son categorías normativas distintas, sino que, cada una, tiene su propio ámbito de competencia material a base de las respectivas reservas legales, compartiendo las mismas características generales.

Continuando con el citado autor, concordamos que, desde 1998 se incorporó, en el texto constitucional, dentro de nuestro sistema de fuentes, a las denominadas leyes orgánicas, cuyo origen se encuentra en Francia, en el texto constitucional de 1958. Dicho ejemplo fue seguido por predecesoras constituciones a nivel de Iberoamérica, entre ellas, España en 1978, Chile, Colombia, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela.

En Ecuador, en la Constitución de 1998, para el caso de las leyes orgánicas, como rasgo distintivo formal, de las ordinarias, se previó una mayoría específica para la votación de dichos proyectos, pues, en cuanto al control de constitucionalidad, no existía diferencia alguna (de ahí que, los primeros criterios para diferenciar ambos cuerpos normativos, en el aspecto formal sean: el quórum de votación y el tipo de control constitucional que se efectúa sobre cada uno). Ya en el aspecto material, se pone de manifiesto la reserva legal máxima para leyes orgánicas y la mínima para ordinarias, dicha diferencia se hace por medio de un mandato constitucional que determina, específicamente, cuáles contenidos constitucionales serán desarrollados mediante ley orgánica y cuáles mediante ley ordinaria, cuestión que no ocurre en nuestro Código Político.

- 5 En este aspecto resulta impreciso el texto constitucional (artículos 132 y 133) al no establecer una clara diferencia material entre las leyes orgánicas y las ordinarias. Este criterio se atisba cuando, en el artículo 132 no se hace diferencia entre dichas leyes al mencionar que, serán dictadas mediante ley, todas las materias enumeradas en dicho precepto constitucional, con lo cual, efectivamente, podrían regularse mediante ley orgánica u ordinaria ya que no existe reserva legal alguna. No obstante, en el artículo subsiguiente se señala que, serán leyes orgánicas las enunciadas en dichos numerales quedando, como reserva mínima para el resto de leyes, la categoría de ordinarias. En dicho artículo se hace referencia a aquellas que regulen el ejercicio de garantías y derechos constitucionales y las facultades, competencias y atribuciones de los gobiernos autónomos descentralizados, categorías que se repiten tanto en el artículo 132, como en el 133; por tanto, en lo material, no existe diferencia entre estos cuerpos normativos.

En el aspecto formal, tampoco se vislumbra una diferencia puesto que, el quórum requerido para votar sobre leyes orgánicas y ordinarias es el mismo, es decir, mayoría absoluta conforme el artículo 133 del Código Político.

artículo 142 las leyes orgánicas y las materias reservadas a su regulación. La diferencia fundamental estriba en que, en la aplicación estricta de los principios de competencia, jerarquía normativa y especialidad, en este aspecto, las leyes orgánicas prevalecen sobre las leyes ordinarias y, precisamente por ello, no puede regularse mediante ley orgánica cualquier materia sino, exclusivamente, las que la Constitución manda que deban ser desarrolladas mediante una ley de ese tipo, bien entendido que delimitar el lindero con otras leyes puede acarrear dificultades de interpretación.⁶

Sin embargo, el legislador ecuatoriano ha omitido en la actual LOFL, cómo se realizará el trámite de las leyes orgánicas, ya que como está señalado anteriormente, al ser normas de mayor jerarquía, requieren de procedimientos especiales para su aprobación, que, en el caso de nuestro país, no está previsto; razón por la cual se puede concluir que para nuestros actuales legisladores, da lo mismo aprobar una ley ordinaria que una orgánica, ya que, incluso, el número de asambleístas cuyos votos se requieren para aprobar cualquiera de los dos tipos de proyectos de ley (sea orgánica u ordinaria), es el mismo (mayoría absoluta). Como corolario se concluye, entonces que, constitucionalmente, no hay diferencia material ni formal entre los dos tipos de leyes aludidos.

La iniciativa legislativa: Rafael Oyarte señala que la iniciativa es, de modo general, la potestad de formular y presentar proyectos de ley a la legislatura

6 Brevemente, examinemos en qué consisten estos tres principios:

Competencia: Según Adrián Lovato, este principio debe ser entendido como el conjunto de materias que una norma determinada está llamada a regular por expreso mandamiento de otra que goza de jerarquía superior.

Lo mencionado supone que, si la ley superior (en general la Constitución), ordena que tal o cual materia sean normadas por ley orgánica y no por ordinaria, será aquella la que se aplique sobre la ordinaria; no por jerarquía, sino por competencia; situación similar puede pasar con una ordinaria que se aplique sobre una orgánica, pese a que esta última le sea superior en orden jerárquico. Si una ley está fuera de la reserva legal, no puede primar sobre la que sí lo está.

Jerarquía: Este principio señala que, una norma se aplica sobre otra por ser aquella, jerárquicamente superior a esta; de ello se colige que, en este caso, la norma a aplicar, en conflicto entre ley orgánica y ordinaria, será siempre la primera, por ser de jerarquía superior. Aunque este principio es el que menos problemas supone, hago presente que se aplica de manera subsidiaria; es decir, siempre y cuando la antinomia no pueda ser solucionada mediante la aplicación del principio de competencia.

Especialidad: Supone la existencia de leyes general y especial; no obstante, pueden existir normas orgánicas que sean especiales respecto de otra norma orgánica que puede ser general (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, ya derogada), aplicándose la primer sobre la segunda. La controversia surge cuando se busca la aplicación de una ley ordinaria, pro sobre una orgánica, a título de ley especial; situación que haría resolver el conflicto a favor de la ordinaria, no solo por ser norma jerárquica, sino por su competencia. De ello se concluye que, este principio, aplica únicamente entre leyes de similar jerarquía; por tanto, no cabe aplicar el principio de jerarquía.

aunque, como señala el citado autor, esta no sólo implica la facultad de presentar proyectos de ley, sino el derecho de que éstos sean tratados por la legislatura, aunque, no en necesidad aprobados.⁷ En esta materia, la iniciativa, según el esquema constitucional diseñado en Montecristi, se divide en tres: total, general y mínima o restringida; por tanto, en virtud de lo previsto en el artículo 134 del texto constitucional, gozan de iniciativa normativa, los siguientes cuerpos colegiados, autoridades y ciudadanos:

1. Asambleístas, con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional.⁸
2. Al Presidente de la República.⁹
3. A las otras funciones del Estado en los ámbitos de su competencia.¹⁰
4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones.
5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el

7 Op.Cit., Oyarte Martínez, Rafael, pp. 93.

8 Las bancadas legislativas, en virtud del artículo 124 del texto constitucional, se forman con un mínimo del diez por ciento del total de los legisladores, de no conseguirse la formación de un bloque legislativo que responda a los intereses de una misma organización política, la misma Constitución permite formar alianzas. En el texto constitucional de 1978-79, bastaba con que un congresista presente el proyecto de ley para que su trámite se inicie. El texto constitucional pretérito permitía la iniciativa de un diputado con el apoyo de diez legisladores más o un bloque legislativo, cuyo número era similar al exigido por el actual texto fundamental.

9 En el caso del jefe de Estado, hago presente la facultad absoluta y total para presentar proyectos de ley sobre cualquier materia. Incluso, la propia Carta Política, en su artículo 135 señala que, solamente el Presidente de la República puede presentar proyectos de ley en materia de división política administrativa del país, de creación, modificación o supresión de impuestos (lo que excluye las tasas y contribuciones) y sobre el aumento del gasto público; sin embargo, a ello se suma la facultad única de proponer proyectos de ley en materia de urgencia económica en virtud de lo previsto por el artículo 140.

10 Una de las novedades, respecto de la iniciativa reconocida a las funciones del Estado, fue la eliminación expresa de la facultad de presentar proyectos de ley que le fue reconocida, en el texto de 1998, a la ex Corte Suprema de Justicia; no obstante, bajo la premisa prevista en el numeral 3 del artículo 134 de la Constitución, estimo que, dicha entidad podría presentar proyectos de ley dentro del ámbito de sus atribuciones. Similar situación ocurriría en el caso del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, superintendencias y Contralor General del Estado, pues, la anterior Constitución reconocía, expresamente, iniciativa normativa tanto para el Tribunal Supremo Electoral, contralor general del Estado y superintendencias, órganos que, *mutatis mutandis*, actualmente, integran las funciones: electoral y de transparencia y control social, respectivamente.

cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.¹¹

Tomando en cuenta la norma constitucional citada y la clasificación establecida respecto a la iniciativa normativa, se puede inferir, con meridiana claridad que, quien posee iniciativa normativa total es el Presidente de la República, puesto que puede presentar proyectos de ley en cualquier materia y respecto a cualquier reserva legal (aunque, como se explicó, en Ecuador, no existe diferencia en este aspecto). Asimismo tiene una amplia participación en el proceso de formación de las leyes, ya que la Constitución le da el derecho de objetar o vetar los proyectos de ley que a su criterio o discreción no convengan a los intereses del país, o, que estime, son inconstitucionales. Esta es una de las amplias facultades que un sistema presidencialista otorga al Poder Ejecutivo, a través de un sistema de coordinación y colaboración que debe existir entre las funciones del Estado, aunque, en la práctica, se vuelva difícil por las constantes pugnas entre las partes; de ahí que se diga que, en Latinoamérica, exista un régimen *hiperpresidencialista*, donde el Presidente de la República va acumulando importantes atribuciones para sí mismo al ser jefe de Estado y jefe de Gobierno al mismo tiempo, esto, claro está, dentro de un sistema presidencial de gobierno.

La iniciativa normativa general queda reservada para el Parlamento, pues puede iniciar cualquier tipo de proyecto de ley (orgánico y ordinario); no obstante, no puede hacerlo sobre cualquier materia (se excepcionan las materias previstas en los artículos 135 y 140 de la Constitución), y, la restringida o mínima, para los

11 En este aspecto, parece existir una contradicción entre la disposición del artículo 134.5 y el artículo 103 de la Constitución, pues, en este último, al hablar de iniciativa legislativa, hace referencia al 0.25% de los inscritos en el registro electoral jurisdiccional, mientras que, la disposición citada en el texto, hace referencia al padrón electoral nacional.

El goce de los derechos políticos, que son aquellos previstos en el artículo 61 del texto constitucional, se hace presente, desde mi punto de vista, al momento de la presentación del proyecto de ley, con lo cual, las causales de suspensión de dichas facultades, prevista en el artículo 64 del Código Político, bien pueden ocurrir antes de presentar el proyecto de ley, siempre que, asimismo, antes de que este último evento suceda, se haya recuperado el goce dichos derechos. La duda que se atisba es qué pasaría si, una vez presentado el proyecto de ley, el ciudadano o miembro de la organización social con iniciativa, pierde el goce de los mismos por causas supervinientes.

En cuanto al registro electoral nacional, es evidente que, quien presenta un proyecto de ley, debe, a ese momento, estar inscrito en el mismo; por tanto, de conformidad con el artículo 80 de la LOEOPECD, constarán en los padrones electorales las personas que hayan obtenido su cédula de identidad o ciudadanía hasta el día que el Consejo Nacional Electoral determine el cierre del registro. Quienes se hubieren cedulado con posterioridad a dicha convocatoria, constarán en el registro que se elabore para el siguiente proceso electoral. De ello se concluye que, quienes queden fuera de dicho padrón electoral, aunque estén en goce de los derechos políticos, no podrán presentar proyectos de ley, sino hasta la siguiente elección en la que consten como registrados.

ciudadanos, colectivos (cualquier rango normativo, salvo los casos previstos en la restricción a la iniciativa general), funciones del Estado (en el ámbito de su competencia) y los entes públicos detallados en el numeral 4 del artículo 134 de la Constitución (únicamente, en el ámbito de sus competencias).

La participación en los debates: El numeral 6 del artículo 134 del Código Político reconoce, dentro de la iniciativa normativa, el derecho de quienes, haciendo uso de dicha potestad, han presentado, ante el organismo legislativo, el respectivo proyecto de ley, a participar en los debates que se desarrollen en el seno del Parlamento, esto, claro está, y aunque la norma constitucional no lo mencione, sin voto (porque no son legisladores, salvo el caso de que el proyecto provenga de la iniciativa del legislador) pero con voz, como se verá más adelante.

Hago presente que, la participación puede ser en persona o mediante delegado. Estimo que la figura de la delegación se pone en evidencia en el caso de que el proyecto de ley nazca de la iniciativa del jefe de Estado, legisladores, fiscal general del Estado, procurador general del Estado, defensor público y defensor del pueblo, quienes; no obstante, pueden comparecer personalmente. En el caso de los cuerpos colegiados como lo son las funciones del Estado (básicamente la electoral, judicial y de transparencia y control social, pues las otras, legislativo y ejecutivo, gozan de iniciativa propia) y la Corte Constitucional, se hace presente la necesidad de que comparezcan, sus máximos representantes, aunque no se advierte la necesidad de la comparecencia de aquellos, pues bien podrían asistir y participar del mismo cualquiera de los integrantes de dichos cuerpos colegiados o un delegado (Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Contraloría General del Estado, superintendencias, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Consejo de la Judicatura, Corte Nacional de Justicia, Corte Provincial de Justicia y Corte Constitucional). En el caso de la ciudadanía y las organizaciones sociales, llama drásticamente la atención la eliminación del requisito de nombrar dos delegados, previsto en el artículo 149, inciso 2 de la Carta de 1998, puesto que, por principio, cualquiera de los ciudadanos o miembros de la organización social que hubieren apoyado la iniciativa normativa, estaría legitimado para actuar en los debates.

Requisitos de los proyectos de ley: En este aspecto, el Código Político, en el artículo 136 trae consigo los requisitos a observarse para la presentación de un proyecto de ley, similar disposición fue acogida por la LOFL, en el artículo 56, aunque, agregó uno más: cumplir con los requisitos que la Constitución y dicha ley traen sobre la iniciativa legislativa. No obstante lo mencionado, los requisitos son los siguientes:

Que el proyecto refiera a una sola materia: Los proyectos de ley deben hacer referencia a una sola materia, aunque no se impide, necesariamente que, los mismos, modifiquen o deroguen otras normas que contengan materias conexas con las que se pretende legislar, pues, como se sabe, existen varios cuerpos normativos que regulan aspectos atinentes a una misma materia; no obstante, la jurisprudencia constitucional ha resultado no ser clara en esta materia.¹²

Que el proyecto contenga la exposición de motivos y el articulado: De trascendental influencia e importancia es la motivación y fundamentación respecto al por qué el proyecto de ley presentado debe ser tramitado, aprobado y entrar en vigencia, cuestión que le permite al legislador evidenciar, de manera clara, la intención de quienes proponen dicha norma. Similar importancia reviste la exposición del articulado con el cual se pretende dar vida al proyecto de ley presentado pues, sin este, evidentemente, no podría existir iniciativa normativa, sería imposible que, quien tiene iniciativa, delegue al legislador la creación de las normas cuando aquel está facultado, constitucionalmente, para hacerlo y someterlo a la aprobación del Parlamento.

Que el proyecto cumpla con los requisitos para la procedencia de la iniciativa legislativa: Los requisitos y titulares de la iniciativa normativa fueron analizados y estudiados anteriormente.

El trámite ordinario del proyecto: La LOFL señala que los proyectos de ley son calificados por el CAL, quien los recibe, mediante Secretaría General, de parte del Presidente de la Asamblea, autoridad ante quien deben ser presentados, para asignarles la prioridad correspondiente y disponer que se ponga en conocimiento de una de las comisiones especializadas permanentes para que lo trate, asignando, a dicho proyecto, la fecha de inicio de trámite (art. 56 LOFL).¹³

Las comisiones especializadas que conozcan el proyecto de ley, mediante orden de su presidente, deben publicar un extracto de la resolución del CAL, con el resto de los miembros de la Asamblea Nacional y con el resto de la ciudadanía. De esta manera, tomando en cuenta la fecha de inicio de trámite impuesta por el CAL, la comisión especializada, dentro de 45 días, debe presentar, al Presidente de la

12 Resolución del ex Tribunal Constitucional No. 193-2002-TP, dentro de las causas No. 029 y 033-200, acumuladas.

13 En este aspecto, el artículo 56 de la LOFL exige que, para la calificación emitida por el CAL, se deben verificar los siguientes requisitos: 1. Que se refiera a una sola materia, sin perjuicio de los cuerpos legales a los que afecte; 2. Que contenga exposición de motivos y articulado; y, 3. Que cumpla los requisitos que la Constitución de la República y esta Ley establecen sobre la iniciativa legislativa. Esta disposición empata con lo señalado por el artículo 136 del Código Político, aunque su no observación acarrea la no calificación a trámite del proyecto.

Asamblea, un informe con las observaciones que se hayan realizado; aunque, en caso de no cumplir con este mandato, puede solicitar una prórroga.¹⁴ De igual modo, la ciudadanía puede comparecer ante la comisión que trate el proyecto para exponer sus argumentos sobre si se debería aprobar o no.¹⁵

Una vez que se ha remitido el informe de la comisión especializada al Presidente de la Asamblea, éste dispondrá su inclusión en el orden del día para que se realice el primer debate, en una sola sesión, donde los asambleístas presentarán, por escrito, sus observaciones el mismo día o hasta tres días después de finalizada la sesión. En este debate, el Pleno puede decidir el archivo del proyecto de ley con la votación de la mayoría absoluta de sus integrantes.¹⁶

Toda vez que ha sido clausurada la sesión del primer debate, la comisión tiene 45 días para acoger o no las observaciones previstas en el primer debate. Una vez realizado esto, la comisión presentará un nuevo informe al Presidente de la Asamblea, para segundo debate, donde, igualmente, se puede dictar una nueva prórroga que, en este caso, queda a merced de la comisión y a la aceptación del Presidente de la Asamblea Nacional, pues no se prevé un plazo como sí ocurre con el informe realizado previo al primer debate.¹⁷

Elaborado el segundo informe y, previa colocación en el orden del día, el Presidente de la Asamblea convocará a segundo debate en una sola sesión, donde se podrán incorporar cambios al proyecto por sugerencia del Pleno. Se podrá mocionar para votar por el proyecto íntegro, por capítulos, títulos o artículos, pudiendo el Pleno archivar el proyecto de ley. En este caso, la LOFL omite establecer con qué mayoría; no obstante, se estima pertinente hacer presente la mayoría requerida, para misma actividad, en el artículo 60 del citado cuerpo normativo.

En caso de negarse el proyecto de mayoría, puede aprobarse el de minoría, por mayoría absoluta de votos (art. 61 LOFL). El proyecto de ley se aprueba con el voto conforme de la mayoría absoluta de los miembros del Parlamento (art. 133 CRE)

14 La prórroga es de 20 días, aunque no se prevé consecuencia alguna en caso de que la comisión tratante omita elaborar el proyecto, dentro del plazo originario de 45 días o, luego de transcurridos los 20 días de prórroga. (art. 58 LOFL)

15 Se considera positiva esta apertura que trae consigo la ley de la materia, en este aspecto, los ciudadanos o colectivos que crean ser afectados por la emisión, modificación o derogación de un cuerpo normativo legal, deben ser escuchados dentro de los primeros 15 días que están incluidos dentro de los 45 días que tiene la comisión especializada para remitir su primer informe. De igual manera, el informe no puede ser emitido en menos de 15 días. (art. 58 LOFL)

16 Hago presente que, en el primer debate, el Pleno del Parlamento, no vota sobre el proyecto de ley, sino que discute y efectúa observaciones al mismo.

17 Igualmente, como ocurre en el caso del primer informe, no existe consecuencia frente a la omisión de la comisión tratante en caso de no presentar el informe para segundo debate.

La sanción y objeción presidenciales: Aprobado el proyecto de ley, dentro de los dos días hábiles siguientes a la sesión de segundo debate, la Asamblea Nacional remitirá el mismo al Presidente de la República para que lo sancione u objete de forma fundamentada. Sancionado el proyecto de ley o de no haber objeciones dentro del plazo de 30 días posteriores a su recepción por parte del Presidente, se promulgará la ley y se publicará en el Registro Oficial.¹⁸

El artículo 138 de la CRE habla sobre las formas de veto a los proyectos de ley a que tiene derecho el Presidente de la República, así, existen dos tipos de objeciones: 1. Por razones de generalidad (puede ser total o parcial) y, 2. Por razones de inconstitucionalidad (puede ser total o parcial, por el fondo o por la forma, aunque, en este último aspecto, nada señalan tanto la Constitución, la LOGJCC y la LOFL).

Cabe hacer presente que, las objeciones presidenciales deben ser motivadas, es decir, deben llevar consigo el fundamento jurídico y constitucional suficiente con el cual se conmine al legislador, en caso de objeciones por generalidad, a incorporar en el texto proyectado, las observaciones que el presidente hiciera, claro está, salvo el caso de objeción general total, en la cual no existe texto alternativo, pero sí fundamentación y, en caso de ser objeciones por inconstitucionalidad, debe hacer lo propio, mucho más cuando la LOGJCC exige dicha cuestión (art. 131)

Objeción total: Si el jefe de Gobierno, por motivos de generalidad, objeta totalmente el proyecto de ley, la Asamblea podrá volver a considerarlo solamente después de un año contado a partir de la fecha de la objeción. Transcurrido este plazo, la Asamblea tiene, a diferencia de lo que ocurre con el veto parcial, una sola opción: podrá ratificarlo en un solo debate, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, y lo enviará inmediatamente al Registro Oficial para su publicación; no obstante, no se señala, en la LOFL, el plazo en proyecto ratificado por el legislador, deba ser remitido al diario estatal. En este aspecto resulta peligrosa la mayoría requerida para la ratificación del proyecto de ley posterior al veto total, mucho más cuando la Constitución, en el artículo 133 dispone que las leyes (orgánicas y ordinarias) se aprueban con la mayoría absoluta de los votos de los legisladores. En todo caso, en la práctica legislativa, se torna mucho más peligroso si se toma en cuenta la existencia de un Parlamento que obra a la guisa del Ejecutivo, cuestión que dificultaría el alcance de la mayoría calificada exigida por la CRE (art. 138) y la LOFL (art. 64)

18 En el Ecuador, el constituyente ha omitido establecer un plazo dentro del cual el texto sancionado o no objetado por el primer mandatario sea remitido al Registro Oficial para su publicación, cuestión que, a criterio de HERNÁN Salgado, entorpece el procedimiento legislativo. Esta cuestión ha sido subsanada en normas constitucionales precedentes como la de 1945 (art. 47) y 1946 (art. 75)

Objeción parcial: Si la objeción fuera parcial, el Presidente de la República presentará un texto alternativo, que no puede incluir materias no contempladas en el proyecto; igual restricción observa la Asamblea Nacional en la aprobación de las modificaciones sugeridas.

No obstante lo establecido, creo pertinente recalcar el límite dentro del cual está comprendida la facultad de vetar parcialmente un proyecto de ley por parte del ejecutivo, pues, este veto no podrá contener observaciones o modificaciones que vayan más allá de lo aprobado por la legislatura, toda vez que, la propia LOFL permite, en segundo debate, aprobar los proyectos de ley en todo o en parte (art. 60).

En todo caso, la Asamblea examinará la objeción parcial dentro del plazo de treinta días, contados a partir de la fecha de su entrega y podrá, en un solo debate, allanarse a ella y enmendar el proyecto con el voto favorable de la mayoría de asistentes a la sesión, es decir, mayoría simple. En este aspecto la LOFL, en el artículo 64, prevé dos especies de allanamiento: total y parcial, cuestión no prevista en el Código Político, lo cual induce a pensar que, en caso de existir allanamiento total, opera la mayoría simple ya enunciada, pero, en caso de existir allanamiento parcial, opera, únicamente, respecto a este, la mayoría simple y, en el resto que, estimo, puede ser objeto de insistencia por el legislador, opera la mayoría calificada de las dos terceras partes del Parlamento. También podrá, por otro lado, ratificar el proyecto inicialmente aprobado, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, similar restricción a la prevista para la ratificación en caso de veto presidencial total. De ello se colige que, si el legislador decide allanarse, ha de incluir, en el texto aprobado, los cambios o adiciones que hubiere propuesto el jefe de Estado; en cambio, si insiste en el texto originalmente remitido al ejecutivo, se entiende que rechaza las variaciones o cambios efectuados por aquel al proyecto de ley aprobado en segundo debate.

En ambos casos (allanamiento o insistencia en el texto proyectado), la Asamblea enviará la ley al Registro Oficial para su publicación, aunque, si la Asamblea no considera la objeción parcial, en el plazo señalado, se entenderá que se ha allanado a ésta y el Presidente de la República dispondrá la promulgación de la ley y su publicación en el Registro Oficial. El riesgo que se corre en este aspecto es que, dentro del plazo constitucional establecido (30 días), el legislativo no logre consolidar las mayorías requeridas para allanarse o para insistir, cuestión que indudablemente, induciría a la consecuencia lógica del allanamiento tácito y le otorgaría al jefe de Estado la posibilidad de publicar la ley en el Registro Oficial por tanto, no basta con que el Parlamento trate o conozca de la cuestión en un debate, sino que, a más de ello, se requiere de la deliberación sobre el veto, so pena

empero, de no conseguir las mayorías señaladas por la CRE. De lo manifestado se concluye que, el primer mandatario, está plenamente facultado para disponer la publicación del texto del proyecto, únicamente, en caso de que el legislador no lo trate y no delibere sobre el mismo, pues, en caso de haber sido tratado, pero no haberse podido consolidar la mayoría requerida en la votación, no opera, a mi parecer, el allanamiento tácito a favor del Presidente de la República, pues, el proyecto ha sido conocido y tratado por el legislador; con lo cual, si se quisiera impulsar el proyecto de ley, el procedimiento debería volver a iniciar, simplemente, porque no ha prosperado.

La objeción por inconstitucionalidad y el control constitucional: En caso de existir objeción presidencial por razones de inconstitucionalidad y objeción presidencial total o parcial, por razones de generalidad, debe resolverse, en primer lugar, la objeción por inconstitucionalidad.

Respecto de la objeción de proyectos de ley por razones de inconstitucionalidad, esta puede ser total o parcial, para lo cual, la CRE, en el artículo 139 prevé que se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional, el cual debe ser emitido en un plazo de treinta días, aunque, en todo caso, no existe consecuencia jurídica alguna para el efecto de la omisión en la emisión de dicho examen por parte del organismo constitucional. Concordante con la disposición constitucional del artículo 139, la LOGJCC, en sus artículos 131 y 132, señala el trámite a seguir para la emisión del aludido dictamen. Así, la Asamblea Nacional debe remitir, a la Corte Constitucional, la documentación prevista en el artículo 131 *ibidem*, dentro del plazo de diez días siguientes a la presentación de la objeción presidencial, agregando que, si no se cumple dicha disposición, la Corte Constitucional debe conocerla de oficio. Las normas comunes a todo procedimiento constitucional, deben ser aplicadas a este (art. 131.3 LOGJCC).

Una vez aprobado y emitido el dictamen, este puede surtir los siguientes efectos:

- 1.- Declaratoria de inconstitucionalidad total, la cual obliga al archivo del proyecto.¹⁹ Respecto a este primer efecto, hago presente la posibilidad de que la Corte Constitucional se pronuncie, también, sobre la inconstitucionalidad parcial, mas no total, necesariamente, pues, quien puede lo más, puede lo menos.

¹⁹ Respecto al archivo del proyecto, tanto la Constitución, como la LOFL (arts. 139 y 65, respectivamente), refieren, a mi gusto, a un archivo definitivo; no obstante, la LOGJCC, en el numeral 3 del artículo 132, hace referencia a un archivo provisional al hacer referencia al desaparecimiento de los fundamentos de hecho y de derecho que motiven al sentencia, situación obsoleta, desde mi punto de vista, toda vez que, aunque la objeción se archive, la ley, ya en vigencia, es susceptible de una acción pública de inconstitucionalidad.

- 2.- Declaratoria de inconstitucionalidad parcial, con la cual, en virtud del numeral 3 del artículo 132 de la LOGJCC, artículo 65 de la LOFL y 139 del texto constitucional, el proyecto, junto con el dictamen, regresan al Parlamento para que, en un sola sesión, luego de que la comisión respectiva acoja las observaciones de la Corte Constitucional, apruebe el proyecto y lo remita, de nuevo, al primer mandatario para el veto.²⁰ Hago presente que, en esta materia, la Constitución omitió establecer un plazo dentro del cual debe ser remitido el dictamen junto con el proyecto al legislativo para seguir el trámite indicado ni en el cual, este último deba aprobarlo, tampoco se indica la mayoría con la cual debe volver a ser aprobado el proyecto reformado, aunque, en todo caso, estimo que se deberá aprobar por mayoría absoluta.

Ahora bien, en caso de existir veto por inconstitucionalidad parcial, la Corte Constitucional no podrá extralimitarse y declarar una eventual inconstitucionalidad total del proyecto, pues, en virtud de lo previsto den el numeral 2 del artículo 438 de la CRE, deberá fijar su examen en los preceptos vetados por el ejecutivo, en todo caso, lo que puede hacer es aceptar todas o algunas de las objeciones parciales presidenciales sobre esta materia.

- 3.- Declaratoria de constitucionalidad, con la cual, se entiende, la Corte Constitucional ha rechazado las objeciones total y parcial en esta materia, propuestas por el Presidente de la República y, por tanto, regresa el proyecto a la Asamblea para que lo promulgue y ordene su publicación.

Creo pertinente determinar que, si el examen de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional dictamina la inconstitucionalidad parcial por el fondo o por razones materiales, el texto debe volver al legislativo para ser corregido, tal como ya se indicó arriba; sin embargo, si el dictamen determina la inconstitucionalidad parcial por cuestiones de forma o vicios de procedimiento, el proyecto debe volver a iniciar el trámite ordinario previsto en la CRE y en la LOFL; sin embargo, estos efectos no han sido regulados por la LOGJCC ni la LOFL, mucho menos por el Código Político.

²⁰ Hago presente, en este aspecto que, luego de aprobado el proyecto de ley (por segunda ocasión), existe la posibilidad de que el Presidente de la República lo vete de nuevo, con lo cual, evidentemente, podrá objetarlo por razones de generalidad (de manera total o parcial) o volverlo a vetar por razones de inconstitucionalidad (total o parcial), puesto que ni la Constitución, la LOFL y la LOGJCC, prohíben volver a vetar el proyecto de ley, cuestión que no permitiría, de manera óptima, la publicación de un proyecto de ley. En esta materia, la única salvedad prevista por la Constitución, es el caso de que un proyecto de ley sea tramitado por iniciativa popular, en cuyo caso, el jefe de Estado, podrá vetarlo parcialmente, pero no en su totalidad; no obstante, nada se dice sobre la posibilidad de veto por razones de inconstitucionalidad (art. 103, inciso tercero CRE)

El conflicto entre objeción simultánea parcial por razones de generalidad y la objeción por inconstitucionalidad: Se hizo presente que, el Código Político, deja abierta la posibilidad de que el jefe de Estado pueda vetar, al mismo tiempo, un proyecto de ley por razones de generalidad y, por razones de inconstitucionalidad; no obstante, la CRE no zanjó un eventual conflicto: ¿Qué ocurre con un proyecto de ley objetado, simultáneamente, por razones de generalidad de manera parcial y por razones de inconstitucionalidad, si es que, concluidos los 30 días, la Corte Constitucional no emite su dictamen y la Asamblea no lo trata en similar plazo o, habiéndolo tratado, no existe dictamen de constitucionalidad sobre las objeciones presidenciales respecto a dicha materia? Evidentemente, el Código Político no trajo consigo consecuencia o presunción alguna respecto al tópico en análisis; por tanto, se evidencia que, en caso de objeciones parciales y por inconstitucionalidad presentadas a la vez, cuya objeción por esta última materia, no sea resuelta por la Corte Constitucional, en el plazo previsto (30 días), imposibilita al legislador a ordenar la publicación del proyecto de ley, en el evento de haber tratado dicha objeción parcial, o al Presidente de la República a hacer lo propio, en caso de no haber pronunciamiento, también, por parte del Parlamento, esto en virtud de que, en estos casos, debe tratarse, en primera instancia, la objeción por inconstitucionalidad.

El trámite en casos de proyectos de ley en urgencia económica: Cabe destacar que el Presidente tiene la facultad de presentar proyectos de ley calificados como urgentes en materia económica. Como el plazo para conocimiento y aprobación de esta clase de proyectos que da la CRE es de 30 días a partir de su recepción en el órgano legislativo, los plazos para la realización de informes y de los debates, se reduce drásticamente (artículos 59 y 62 de la LOFL).²¹ Lo señalado no constituye

21 Para el caso de los proyectos de ley, calificados por la Presidenta o Presidente de la República de urgencia en materia económica, las comisiones especializadas dentro del plazo de diez días, contado a partir de la fecha de inicio del tratamiento del proyecto de ley, presentarán a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, sus informes con las observaciones que juzguen necesarias introducir. Dentro del referido plazo, se deberá considerar un plazo no menor a los cinco primeros días, para que las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, puedan acudir ante la comisión especializada y exponer sus argumentos. En ningún caso, la comisión especializada podrá emitir su informe en un plazo menor a cinco días (art. 59 LOFL).

Concluido el primer debate, la comisión especializada analizará y recogerá las observaciones al proyecto de ley, efectuadas por los asambleístas en el primer debate del Pleno. Transcurrido el plazo de cuatro días, contado a partir del cierre de la sesión del Pleno, la comisión especializada deberá presentar a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional el informe para segundo debate, al que deberá adjuntarse la sistematización de todas las observaciones presentadas. La Presidenta o Presidente, recibido el informe para segundo debate, ordenará por Secretaría de la Asamblea Nacional, la distribución del informe a las y los asambleístas. Concluido el plazo de

obstáculo para que, cualquiera de los enunciados en el artículo 134 del texto constitucional, presenten proyectos de ley sobre materia económica; sin embargo, de darse el caso, los mismos deberán seguir el trámite ordinario ya estudiado; en cambio, los proyectos de ley calificados por el jefe de Estado, como de urgencia económica, deben seguir, en general, el trámite ordinario, tomando en cuenta los plazos y algunas variaciones que revisten, a este procedimiento, en especial.²²

A criterio de Rafael Oyarte, para que un proyecto de ley de esta naturaleza sea considerado como tal, se deben cumplir con tres parámetros: 1. Que el Presidente de la República genere el proyecto de ley, 2. Que sea calificado de urgente por el mismo y, 3. Que verse sobre materia económica.²³

Hago presente que, por la naturaleza del proyecto de ley analizado, no se atisba la posibilidad de veto presidencial, toda vez que, el mismo, surge por iniciativa exclusiva del jefe de Estado.

La CRE, en el artículo 140 establece una restricción y una excepción simultánea en esta materia: el jefe de Estado, mientras se tramita un proyecto de ley sobre esta materia, no puede enviar otro, con la salvedad de que se hubiere decretado estado de excepción, similar disposición se estableció en la CPE de 1998; por tanto, el primer mandatario, puede calificar cuanto proyecto estime conveniente como urgente en materia económica; no obstante, no lo puede remitir a la Asamblea, la cual solo podrá tramitar uno a la vez (art. 155, inciso 3).

El último inciso del artículo 62 de la LOFL presenta una consecuencia en caso de que le proyecto no sea tratado por el legislador: la inmediata publicación en el Registro Oficial, por orden del Presidente de la República, como decreto ley, quedando a salvo la potestad del Parlamento de modificarlo o derogarlo en cualquier tiempo, con sujeción la trámite ordinario, lo que implica la aprobación legislativa, según como se vio y el posterior veto presidencial²⁴;; similar consecuencia

cuarenta y ocho horas, contado desde la distribución de los informes, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, lo incluirá en el orden del día del Pleno para segundo debate, en el que se aprobará, modificará o negará el proyecto de ley. El segundo debate se desarrollará en una sola sesión. Se podrá mocionar la aprobación del texto íntegro de la ley, o por títulos, capítulos, secciones o artículos. Asimismo, por decisión del Pleno de la Asamblea Nacional, se podrá archivar un proyecto de ley (art. 62 LOFL)

22 En esta materia, la Constitución y la LOFL guardan notoria diferencia con el Código Político de 1998, pues, en aquella norma fundamental (arts. 155 y 156) se regulaba, específicamente, el procedimiento a seguir cuando de la creación de este tipo de normas de tratase, distinguiendo el procedimiento ordinario (para leyes orgánicas y ordinarias) del procedimiento urgente (para proyectos de ley en urgencia económica).

23 Op.Cit., Oyarte Martínez, Rafael, pp. 112.

24 Respecto de lo señalado, considero innecesaria la disposición constitucional en cuanto al veto

trae consigo el artículo 140 del texto constitucional; sin embargo, cabe señalar la obligatoriedad de que la norma sea publicada como decreto ley, pues, de lo contrario, el primer mandatario incurriría, en mi criterio, en inconstitucionalidad por omisión (art. 436.10 CRE) lo que, a diferencia del sistema constitucional pretérito, abriría la vía constitucional para que, mediante la señalada acción, se vincule al Presidente de la República a cumplir con el mandato constitucional y dejando, en este caso, abierta la posibilidad de que la Corte Constitucional legisle, de forma temporal, hasta que el órgano competente dicte a norma permanente, por tratarse de omisión normativa absoluta (art. 129 LOGJCC), sin perjuicio de la facultad legislativa enunciada en líneas anteriores, en este mismo párrafo. El problema que salta a la vista es el siguiente: ¿Qué ocurriría si, a la misma vez, la Corte Constitucional dicta su fallo emitiendo reglas temporales para suplir la omisión normativa del jefe de Estado, luego de verificar la misma y, la Asamblea Nacional, modifica o deroga dicho decreto ley?. Estimo pertinente que, en este caso, al ser el legislativo el órgano competente para aprobar, modificar o derogar normas, al producirse modificación o derogatoria del cuerpo normativo, el fallo dictado por la Corte Constitucional quedaría insubsistente.

La interpretación de leyes: En esta materia, hago presente la eliminación que trajo consigo el Código Político actual, respecto de la posibilidad de que sea el Parlamento el que interprete, mediante ley especial interpretativa, las normas contenidas en la CRE, facultad prevista para el ex Congreso Nacional (art. 130, numerales 4 y 5 CPE 1998), pues esta potestad, en virtud del modelo concentrado de constitucionalidad adoptado en Montecristi, fue entregada a la Corte Constitucional (arts. 429 y 436, numeral 1 CRE). Actualmente, el procurador general del Estado, tampoco cuenta con la potestad de inteligenciar normas constitucionales, como se establecía en el artículo 3 de la LOPGE²⁵; por tanto, la emisión de leyes especiales interpretativas de la CRE y de dictámenes del procurador general del Estado en esta materia, como sí se previó en el texto constitucional pretérito, no forman parte del actual sistema constitucional, en el cual, la Corte Constitucional se erige como el máximo intérprete de la norma fundamental.

De ahí que el numeral 6 del artículo 120 del Código Político le otorgue, al Parlamento, la potestad de interpretar, únicamente, leyes, mas no normas

presidencial frente a la posibilidad de derogar el decreto ley publicado ante la omisión legislativa, pues, hacer lo contrario contraviene, expresamente el numeral 6 del artículo 120 del Código Político, mucho más cuando, a mi criterio, el veto presidencial surge en caso de crear, modificar o interpretar un cuerpo normativo, mas no en caso de que legislador decida derogarlo.

25 Corte Constitucional, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, dentro del caso No. 0005-08-AN, Registro Oficial Suplemento No, 566 de 8 de abril de 2009.

constitucionales. De esta manera, en virtud de lo previsto en el artículo 69 de la LOFL, la legislatura puede interpretar, con carácter de obligatorio, las leyes, mediante ley interpretativa. Aunque, conforme el artículo 70 *ibidem*, quienes tienen iniciativa normativa (art. 134 CRE), también pueden presentar proyectos de ley interpretativa.

El trámite a seguir para la aprobación de estos cuerpos normativos es el ordinario (art. 71 LOFL).

La novedad que trajo consigo la LOFL, es el establecimiento de una excepción a la facultad presidencial de sanción u objeción de proyectos de ley, pues, con evidente inconstitucionalidad, el artículo 72 de la citada norma señala que, si el Pleno de la Asamblea Nacional aprueba, con mayoría absoluta, el proyecto de ley interpretativa, el presidente de dicho ente ordenara su publicación en el Registro Oficial; caso contrario, es decir, si no se aprueba, el proyecto se archiva, sin indicar la mayoría requerida para dicha decisión. Sostengo la existencia de inconstitucionalidad por la forma de dicha norma legal pues, el tercer inciso del artículo 137 del Código Político, no hace excepción alguna respecto la facultad de veto o sanción presidencial; por tanto, todo proyecto de ley (orgánica, ordinaria o interpretativa de aquellas) debe pasar al veto presidencial, de ahí que se estime incomprensible que la LOFL no solo que menoscabe la aludida atribución del jefe de Estado, sino que, abiertamente y de manera arbitraria, modifica el procedimiento constitucional previsto para la formación de las leyes, además que contradice lo previsto en el artículo 71 de la misma norma, pues, para expedir este tipo de leyes, hay que observar el trámite ordinario, el cual, sin duda alguna, trae consigo el veto o sanción del ejecutivo.²⁶

2.- APROBACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

El Derecho Constitucional ecuatoriano, clásicamente, ha consagrado, como atribución inherente al titular del ejecutivo, la facultad de dirigir la política internacional y de suscribir tratados y demás instrumentos internacionales, además de nombrar embajadores y jefes de misiones diplomáticas (art. 147. 10 CRE). Sin perjuicio de lo destacado, hago presente la posibilidad de que, el jefe de Estado, mediante cualquier representante, sea este un ministro de Estado (para el caso, el de Relaciones Exteriores) o cualquier delegado o plenipotenciario, pueda efectuar la suscripción de tratados internacionales.

²⁶ Situación similar ocurrió con el segundo inciso del artículo 63 de la LOFL, al negarle la posibilidad de veto o sanción al Presidente de la República en el caso de aprobación modificación o derogatoria de la misma LOFL, cuestión subsanada, mediante declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional en el caso No. 0067-11-IN resuelto, mediante sentencia, con el No. 001-12-SIN-CC.

En la historia constitucional, hasta el texto de 1978-79, no se hacía distinción entre los procesos de aprobación y ratificación de tratados internacionales, en el derecho interno ecuatoriano; por tanto, todos los tratados internacionales suscritos por el Presidente de la República, o su delegado, debían ser aprobados por el organismo legislativo.

No obstante, a decir de Vladimiro Naranjo Mesa, el Parlamento se reserva, en efecto, el derecho de autorizar al Ejecutivo, a poner en vigencia los tratados que esta ha negociado con otras naciones, particularmente, en ciertas materias importantes.²⁷ Tomando en cuenta este criterio, el Código Político de 1998 trae consigo una diferenciación en los procedimientos internos de aprobación de tratados internacionales, pues, aquellas materias previstas en el artículo 161 del mismo, requerían, necesariamente, aprobación del legislador y un control constitucional *ex ante* o *a priori* por parte del ex Tribunal Constitucional, como requisito para su posterior ratificación, mediante canje o depósito; sin embargo, respecto de aquellos tratados excluidos de las materias reservadas por la norma citada *up supra*, no se requirió aprobación legislativa ni control constitucional previo, cuestión que permitió que, tratados internacionales que, eventualmente resultaren inconvenientes políticamente para el Ecuador o pudieren contradecir, abiertamente, el texto constitucional y, que no estuvieren consagrados en el artículo 161 de la norma mencionada, podía ingresar a formar parte del derecho interno, sin control político y constitucional previo. Asimismo, hago presente la ausencia de un control constitucional *ex post* o *a posteriori* en esta materia

Esta atribución prevista para el Parlamento, entonces, no es novedad en el constitucionalismo ecuatoriano, pues, insisto, similar disposición y procedimiento estaba contenida en el texto constitucional de 1998; no obstante, en el texto referido se incluyó el acápite respectivo al trámite de aprobación de los tratados internacionales por parte del Parlamento; pero, esta disposición, no fue incluida en el texto de 2008.

Actualmente, el sistema, con la variación indicada en el párrafo anterior, se mantiene en similar forma, únicamente que, las materias de aprobación se incrementan respecto de la previstas en 1998, asimismo, como novedad, y de manera inconstitucional, a mi criterio, se establece un sistema de control constitucional *ex post* de tratados internacionales, cuestión no prevista en el Código Político (art. 110, numerales 2, 3 y 4 LOGJCC). Estas cuestiones serán analizadas posteriormente.

27 Naranjo Mesa, Vladimiro, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, pp. 274.

Así, el inciso segundo del artículo 418 del texto constitucional señala que la Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido, idéntica disposición se encuentra recogida en el artículo 109 de la LOFL. El primer defecto que podemos encontrar de la norma constitucional y legal citada es que no se establece un plazo en el cual, el Primer Mandatario, deba remitir el tratado suscrito a la Asamblea Nacional, únicamente señala que deberá hacer de manera inmediata. En todo caso, el problema se agrava cuando, el numeral 1 del artículo 438 exige que, la Corte Constitucional emita dictamen previo y vinculante respecto de los tratados que requieran aprobación legislativa, razón por la cual, el texto constitucional omite señalar el procedimiento a seguir para que operen tanto el control constitucional, como la aprobación del Parlamento, cuestión ya señalada anteriormente.

La solución a lo reseñado fue propuesta tanto por la LOFL (art. 108), como por la LOGJCC, señalando que, para el control previo, el jefe de Estado debe remitir el tratado a la Corte Constitucional, en plazo razonable, sin indicar cuál; no obstante lo indicado, habrá que hacer presente que, una vez suscrito el tratado, el Presidente de la República, por disposición señalada en el inciso segundo del artículo 418 del texto constitucional, debe remitir, de inmediato (sin plazo), el tratado a la Asamblea Nacional, para su aprobación; sin perjuicio de que sea recibido en el Parlamento, este se abstiene de aprobarlo hasta que la Corte Constitucional emita su dictamen, conforme lo indica el artículo 11 de la LOGJCC, pues, es esta última la que conoce en primer lugar el tratado, por efectos del control previo que desarrolla

Casos en los que se requiere aprobación legislativa en materia de tratados internacionales: El artículo 419 de la CRE y el 108 de la LOFL traen consigo los casos en los cuales es menester el control político u aprobación por parte del Parlamento, así tenemos los siguientes:

1. Se refieran a materia territorial o de límites.
2. Establezcan alianzas políticas o militares.
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.
5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.
6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.

7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.
8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

Hay que hacer presente que, en virtud del artículo 109 de la LOFL, en los casos no descritos anteriormente, el Presidente de la República los podrá ratificar, inmediatamente, sin necesidad de aprobación legislativa previa. Además, respecto de aquellos, no existe control de constitucionalidad previo, pues, el mismo, es *a posteriori*, en virtud de lo previsto en el numeral 4 del artículo 110 de la LOGJCC, tal como será señalado a la postre.

El control constitucional previo a la aprobación legislativa: El numeral 1 del artículo 438 del Código Político señala que, la Corte Constitucional, efectúa un control previo respecto a los tratados internacionales que requieran la **ratificación** de la Asamblea Nacional. Respecto de dicha norma, se hace presente el error conceptual en el que incurre el constituyente al confundir el proceso de aprobación legislativa con la potestad presidencial de ratificar un tratado suscrito. Por ello, deberá entenderse que, el constituyente, quiso hacer alusión a la aprobación legislativa y no a la ratificación, materia propia de la Función Ejecutiva.

La LOGJCC, en el artículo 107 señala las modalidades de control constitucional en esta materia:

Dictamen previo sobre la necesidad de aprobación legislativa: En virtud de lo establecido en el artículo 109 del mismo cuerpo normativo, los tratados internacionales, previamente a su ratificación por el Presidente de la República, serán puestos en conocimiento de la Corte Constitucional, quien resolverá, en el término de ocho días desde su recepción, si requieren o no aprobación legislativa. Se entiende, entonces, que este es un primer control previo realizado por la Corte Constitucional, en el cual, únicamente, deberá estudiar el tratado y verificar si se enmarca en las arterias reguladas por el artículo 419 del Código Político. De ser así, emitirá su dictamen señalando la necesidad de aprobación legislativa; caso contrario, en el evento de que la Corte Constitucional verifique la no necesidad de aprobación legislativa, el tratado deberá ser ratificado por el jefe de Estado, en los términos previstos en el artículo 418 de la norma fundamental; aunque, cabe señalar, estas consecuencias, fueron omitidas en la CRE y en la LOGJCC. En este aspecto, la misma LOGJCC omite determinar qué sucede con el tratado internacional, una vez que ha sido determinada la necesidad de aprobación legislativa, por parte de la Corte Constitucional, hasta su examen de constitucionalidad, previsto en el numeral 2 del artículo 107 y numeral del artículo 110 del mismo cuerpo normativo.

Control constitucional previo a la aprobación legislativa: Luego de que la Corte Constitucional verifique la necesidad de aprobación legislativa de un tratado, cuestión que no resulta tan simple, como ya será analizado con posterioridad, deberá pronunciarse, mediante control automático, es decir, obligatorio, sobre la constitucionalidad del tratado, previo a la aprobación legislativa. Así, el trámite previsto en el artículo 111. 2 ibídem señala que el Presidente de la República enviará a la Corte Constitucional copia auténtica de los tratados internacionales, en un plazo razonable (no se indica cual). En caso de no hacerlo, la Corte Constitucional lo conocerá de oficio. Una vez efectuado el sorteo para la designación del juez ponente, se ordena la publicación a través del Registro Oficial y del portal electrónico de la Corte Constitucional, para que dentro del término de diez días, contados a partir de la publicación, cualquier ciudadano intervenga defendiendo o impugnando la constitucionalidad parcial o total del respectivo tratado internacional. Así, la Corte Constitucional deberá resolver dentro del término de treinta días contados a partir de la finalización del término para la publicación antes mencionada. En caso de no hacerlo, se entenderá que existe informe favorable de constitucionalidad, y el respectivo tratado será remitido a la Asamblea Nacional para la aprobación legislativa. Este control es ratificado por el numeral 1 del artículo 110 de la LOGJCC.

Control constitucional posterior: Respecto a esta temática, hay que hacer presente la ausencia del mismo en el texto constitucional; por tanto, el numeral 3 del artículo 107 y los numerales 2, 3 y 4 del 110 de la LOGJCC, pecan de inconstitucionales; no obstante, los tipos de control son los siguientes:

Control posterior sobre las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa: En virtud de lo establecido en el numeral 3 del artículo 107 y el numeral 3 del 110 de la LOGJCC, las resoluciones mediante las cuales se imparte la aprobación legislativa para la ratificación de dichos tratados internacionales (art. 419 CRE), podrán ser demandadas ante la Corte Constitucional dentro del plazo de dos meses siguientes a su expedición, únicamente por vicios formales y procedimentales, lo que excluye, de forma tácita, demandas de inconstitucionalidad por cuestiones de fondo o materiales, respecto de esas resoluciones.

El trámite a seguir es el previsto para la acción de inconstitucionalidad (art. 111, numeral 1 LOGJCC)

Control posterior para tratados internacionales ratificados por referendo: En virtud de lo previsto por el numeral 2 del artículo 110 de la LOGJCC, la Corte Constitucional está facultada para ejercer control *ex post* y abstracto respecto de aquellos tratados ratificados por referendo. El problema que se hace presente aquí, a más de su inconstitucionalidad ya establecida, es que el primer inciso del artículo

420 de la CRE no hace alusión a qué tipo de tratados internacionales pueden ser sometidos a ratificación por referendo, por parte de la ciudadanía o por el jefe de Estado, cuestión que induce a pensar que, cualquier tratado internacional (que requiera o no aprobación legislativa), que ha sido ratificado por referendo, es susceptible de este control de constitucionalidad *a posteriori*.

Para estos tratados, el procedimiento a seguir es el previsto para la acción pública de inconstitucionalidad (art. 11, numeral 1 LOGJCC).

Control posterior respecto de tratados internacionales ratificados por el Presidente y que no requieren aprobación legislativa: Como se vio, existen tratados que, por no constar en las materias previstas en el artículo 419 del Código Político, deben ser ratificados por el Presidente de la República, sin necesidad de aprobación legislativa y control constitucional previo, sistema similar al de 1998. No obstante, la LOGJCC, en el artículo 11, numeral 4, permite que, ante la Corte Constitucional, se demande la inconstitucionalidad posterior de dichos instrumentos internacionales, dentro del plazo de 6 meses siguientes a la suscripción del mismo. En este aspecto, la ley citada no hace exclusión sobre la materia por la cual podría versar dicha demanda, es decir, puede recaer sobre temas de fondo, como de forma. El trámite a seguir es el indicado en los dos casos anteriores.

Respecto al sistema de control diseñado en la LOGJCC, cabe puntualizar lo que sigue:

1. En cuanto al control constitucional sobre la necesidad de aprobación legislativa y el control constitucional previo a la aprobación del tratado, la ley no hace referencia a qué es lo que ocurre con el tratado internacional una vez verificada la necesidad de aprobación legislativa hasta antes de que se efectúe el control constitucional previo del tratado, es decir, no hay una consecuencia jurídica o referencia alguna al tiempo que media entre ambos controles.
2. El artículo 438, numeral 1 de la CRE estableció control previo respecto a tratados internacionales que requieran aprobación legislativa; por tanto, no diseñó un sistema de control constitucional posterior para esta materia, como ocurre en el caso del control sobre las resoluciones de aprobación legislativa y aquellos tratados ratificados por el jefe de Estado que no requieren de aprobación legislativa o que han sido ratificados por referendo, por iniciativa del jefe de Estado o la ciudadanía; por lo cual, se insiste, los tratados internacionales que requieren aprobación legislativa, únicamente están sujetos al control previo, no gozan del control posterior, pues, una cosa es el tratado y otra, harto distinta, la resolución legislativa de aprobación, la misma que, en cambio, sí goza de control posterior, por vicios de forma, exclusivamente. De lo mencionado

cabe hacer presente que, dicho control, elaborado en la ley, resulta obsoleto e inconstitucional.

3. Como corolario, se hace presente precisar que, el control previo está reservado a la necesidad de aprobación legislativa y al examen formal y material previo a dicha aprobación; por tanto, estos tratados no gozan de control posterior. En cambio, las resoluciones de aprobación legislativa, los tratados ratificados por refrendo y aquellos ratificados que no han requerido aprobación legislativa previa, sí gozan de control posterior, con lo cual, el problema suscitado en 1998 no se zanjó por completo.

Efectos del control constitucional previo y su incidencia en la aprobación legislativa, efectos respecto del control posterior para los casos previstos en los numerales 2 y 4 del artículo 110 de la LOGJCC y ausencia de regulación en el caso previsto en el numeral 3 de la misma norma:

El artículo 112 de la LOGJCC, señala, entre otros, los siguientes efectos:

1. Cuando el tratado requiera la aprobación legislativa y la sentencia declare la conformidad del tratado internacional con las normas constitucionales, se enviará a la Asamblea Nacional para la aprobación respectiva. En este caso, el efecto es el esperado, pues, si efectuado el control previo sobre la necesidad de aprobación legislativa y sobre el fondo y forma previo a dicha aprobación, la Corte Constitucional determina la constitucionalidad del mismo, es procedente que se remita al legislador para que efectúe el control político de aprobación.
2. Cuando se declara la inconstitucionalidad de uno de dichos tratados (estimo que hace referencia a los que requieren aprobación legislativa) por razones de fondo, la Asamblea Nacional se abstendrá de aprobarlo hasta tanto se produzca la enmienda, reforma o cambio constitucional. De ser procedentes las reservas, se podrá aprobar cuando se las formule.
3. Cuando se declara la inconstitucionalidad por razones de forma, respecto del mismo tipo de tratados, es decir, de aquellos que requieren aprobación legislativa, se deberá enmendar el vicio por el órgano que lo produjo.
4. Para el caso de tratados internacionales ya ratificados, como son los casos de control constitucional posterior previstos en los numerales 2 y 4 del artículo 11 de la LOGJCC, se señala que, si la Corte Constitucional dictamina su inconstitucionalidad, debe proceder el respectivo proceso de denuncia, renegociación o cambio constitucional (enmienda o reforma), razón por la cual, estimo, el sistema de control posterior en esta materia resulta obsoleto, pues, el objetivo del legislador no es expulsar del orden jurídico dicho tratado

considerado inconstitucional, sino, más bien, enmendar sus vicios por las vías antes previstas. Esto tiene un sentido: Evitar que Ecuador alegue falta de norma interna para incumplir un tratado internacional ya ratificado, por la influencia de los principios de *pacta sunt servanda* y *bonna fide*. La LOGJCC, no determina el efecto en caso de declaratoria de constitucionalidad; no obstante, si así procede, se entiende que la pretensión de la demanda ha sido rechazada, por lo cual, el tratado, sigue vigente en el orden jurídico interno.

5. Un efecto no previsto por el cuerpo normativo en análisis es el respectivo al dictamen emitido en materia de control constitucional posterior de las resoluciones de aprobación legislativa. Considero que, por estar previsto, únicamente, para vicios de forma, de declararse la inconstitucionalidad de dicha resolución, caben dos efectos: 1. El legislador debe volver a resolver, corrigiendo los vicios forma, cuestión que podría hacer incurrir al Estado en violación de los principios señalados en el párrafo anterior, pues, se infiere, el tratado ya ha sido ratificado y cajeado o depositado. 2. El dictamen de inconstitucionalidad dejaría fuera del mundo jurídico a dicha resolución, cuestión que acarrearía la nulidad, también, de la ratificación del tratado. Por estos motivos sostengo, con insistencia, la poca utilidad y el peligro que trae consigo el control constitucional posterior en esta materia, pues en cualquiera de los dos casos, el efecto es el mismo, el Estado incumpliría el tratado, lo cual, en Derecho Internacional Público es inadmisibles. Efecto distinto tiene la declaratoria de constitucionalidad de dicha resolución, pues, con ello, la resolución sigue subsistente y no se producen los efectos señalados. Todo lo enunciado en este numeral no ha sido regulado en la LOGJCC.

¿Cómo se efectúa la aprobación previa por parte del organismo legislativo luego de efectuado el control constitucional? Como ya quedó señalado, el texto constitucional, en su artículo 418 obliga al Presidente de la República a informar, inmediatamente de suscrito el tratado, al Parlamento. La norma constitucional es amplia y general, no determina los casos en que el Jefe de Estado deba informar el Parlamento sobre los tratados suscritos por aquel, por tanto, parecería ser que, el constituyente, tuvo la intención de obligar a que el Presidente informe de todos los tratados suscritos al Parlamento, sin importar si estos requieren o no su aprobación.

No obstante la disposición constitucional señalada, en la cual se evidencia que, es la Asamblea Nacional la que conoce de todo tratado suscrito por el Presidente de la República, el inciso segundo del artículo 108 de la LOFL trajo consigo una disposición bastante alejada de lo señalado, puesto que señala que, quien conoce primero los tratados internacionales enmarcados en los 8 casos anteriores, es la Corte Constitucional, quien, de conformidad con el artículo 109 de la LOGJCC,

deberá pronunciarse, mediante dictamen, respecto a la necesidad o no de aprobación legislativa, en el plazo de 8 días. Luego de emitido dicho dictamen, en el plazo máximo de 10 días, el Presidente de la República debe enviar a la Asamblea Nacional el tratado y el dictamen constitucional para la aprobación legislativa. Para ello, el Presidente del Parlamento, verifica dicha información y remite el tratado a la comisión especializada para que, en 20 días, emita su informe para ponerlo a conocimiento del Pleno. Así, la aprobación del tratado se efectúa con la mayoría absoluta de los miembros del Parlamento.

Del proceso descrito cabe puntualizar lo siguiente:

1. Existe contradicción entre la disposición constitucional del artículo 418 con la disposición legal del artículo 108 de la LOFL, pues, se insiste, quien conoce, en primera instancia, los tratados internacionales que requieren aprobación legislativa, es la Corte Constitucional, mas no el Parlamento. Similar cuestión ocurre con lo descrito en el artículo 109 de la LOGJCC, normativa que obliga la remisión de los tratados internacionales que requieran aprobación legislativa, para que, este ente, se pronuncie sobre su necesidad; por tanto, cabe señalar que, no es la Corte Constitucional la que califica si el tratado requiere o no aprobación legislativa, sino es el Presidente de la República el que lo hace.
2. El procedimiento arriba descrito resulta ser oscuro confuso a la hora de la praxis constitucional, pues, en al LOFL, tampoco se estableció, con meridiana claridad, el camino a seguir para la aprobación legislativa de los tratados que la requieran. La ley de la materia, únicamente, se limita a copiar, textualmente, lo indicado por la Constitución, por tanto, no se señala la manera en que se incluirá en el orden del día, la forma en que se realizará el debate, si se lo aprueba en una o más sesiones y no indica la comisión especializada a la que deberá dirigirse.
3. La resolución del Parlamento, respecto a la aprobación legislativa previa a la ratificación presidencial está atada y subsumida al control de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional. Sin embargo, este control también es ex post facto, pues, el numeral 3 del artículo 110 de la LOGJCC, establece que, dicho control se efectuar hasta dos meses después de expedida la resolución de aprobación legislativa y se limita, únicamente, a cuestiones de forma y procedimiento.

Respecto a lo descrito en el numeral 3, resulta bastante cuestionable pensar que pueda darse un control constitucional posterior respecto a dichas resoluciones legislativas, esto por dos motivos, a más de lo ya descrito:

- 3.1. Porque una vez emitida la resolución de aprobación, el Presidente de la República está habilitado para ratificar dicho instrumento internacional y, el efecto de la denuncia posterior a dicha ratificación, está prevista en el caso de que el tratado no haya requerido aprobación legislativa y no haya tenido control ex ante de constitucionalidad, en virtud de lo previsto en el numeral 4 de los artículos 110 y 112 de la LOGJCC. Por tanto, no existe efecto jurídico alguno respecto del control de constitucionalidad posterior que se pueda hacer frente a las resoluciones de aprobación legislativa.
- 1.2. Porque el control al que se hace alusión se prevé, exclusivamente, para cuestiones de forma y, dichas cuestiones no han sido reguladas por la LOFL, por tanto, el control se torna inoficioso al no existir un procedimiento legislativo preciso respecto a esta atribución parlamentaria.

Bibliografía:

- Naranjo Mesa, Vladimiro, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Décima Edición, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia, 2006.
- Oyarte Martínez, Rafael, Curso de Derecho Constitucional, Tomo II: La Función Legislativa, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito-Ecuador, 2005.
- Salgado Pesantes, Hernán, Lecciones de Derecho Constitucional, Tercera Edición, Ediciones Legales, Quito-Ecuador, 2004.

Capítulo II

Derechos Humanos

Indemnidad Jurídica de la Vida

Dr. Roque Albuja Izurieta

Para abordar desde un aspecto legal el tema del aborto, considero que es preciso determinar previamente:

- a. Los más frecuentes argumentos de quienes se encuentran a favor que se lo practique, para establecer luego si éstos tienen fundamento jurídico:
 - a.1. Que las mujeres gozan del reconocimiento y garantía de tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud reproductiva y decidir cuándo y cuántos hijos tener, lo cual se encuentra previsto en el Art. 66 No. 10 de la actual Constitución; por lo que ellas pueden decidir si interrumpen el embarazo a su sólo arbitrio, por ser quienes enfrentan sus “consecuencias”.
 - a.2. Que el hecho de no poder interrumpir su embarazo implica un grave discrimen en relación a otras mujeres de mayor nivel económico y cultural que pueden acceder a abortos más seguros.
 - a.3. Que sancionar penalmente el aborto no implica que éste no se produzca en los países en los que no se lo permite y que su práctica cobra muchas vidas de madres, que de otro modo no peligrarían.
 - a.4. Que el embrión no es persona, porque no es una sustancia completa, compuesta de materia y forma y por ende no es un sujeto, ni hay en aquél vida humana, ni existe con relevancia jurídica y carácter ontológico. Al respecto, las principales teorías son:
 - a.4.1. La de la anidación: relativa a que únicamente cuando el embrión se implanta en la pared interna del útero se pueden diferenciar sus células y tejidos y por ende, antes hay vida, pero un conjunto de células no de un ser humano determinado y concreto, sino sólo de uno potencial.
 - a.4.2. La de la formación del sistema nervioso central: que se refiere a que hay vida humana desde la aparición del surco neural, que permite emitir impulsos eléctricos verificables y que luego se transforma en corteza cerebral, después de la segunda semana de evolución, entre el décimo quinto y el cuadragésimo día posterior a la fecundación. Por tanto,

antes de la segunda semana no es un embrión, sino un pre embrión. Se sostiene además, que si el fin de la vida se manifiesta por la falta de actividad eléctrica del encéfalo; tampoco puede concederse la calidad de persona a una entidad que no posee ni rudimentos cerebrales y de la cual es imposible afirmar con certeza que los poseerá. ¹

a.5. Que la mujer no podrá llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, porque repudiará a la criatura que está gestando.

a.6. Que si no se interrumpe el embarazo, los niños que nazcan, por no haber sido deseados no serán queridos y por ende, serán infelices.

b. Argumentos de la posición contraria:

b.1. El espermatozoide y el ovocito tienen un código genético propio. Desde el momento en que penetra el primero en el segundo se crea la célula diploide, en la que los dos pronúcleos quedan enfrentados entre seis y doce horas, mientras van aproximándose hasta encontrarse y fusionarse, produciéndose la singamia por la unión de los veinte y tres cromosomas femeninos con los veinte y tres masculinos, intercambiándose la información genética y formando un ser con un código genético único y diferente al de sus padres. ²

b.2. "...Es en el momento de la fecundación cuando de dos universos diferentes surge una realidad nueva, un genotipo distinto del de sus padres, que se muestra activo desde el primer momento, aunque esa actividad vaya desplegándose gradualmente. Tan pronto los veinte y tres cromosomas paternos se encuentran con los maternos se encuentra reunida toda la información genética necesaria para la conformación del nuevo ser y <nada se añadirá a este ser entre el momento de la fecundación y el momento de su muerte al llegar a la vejez, excepto el tiempo, la nutrición y el oxígeno. ³

b.3. Que normalmente, si no se interrumpe el embarazo, nacerá un nuevo individuo humano, que tiene un derecho autónomo a la vida, sin que ninguna persona o autoridad, pueda privarle de tal derecho, menos aún la mujer que lo gesta y que está obligada a garantizar su desarrollo, quien naturalmente está llamada no sólo a protegerlo y asegurar su supervivencia,

1 Escudero De Quintana, Beatriz. "Derecho Civil, Parte General, Manual de Cátedra", Primera Edición, Salta, Universidad Católica de Salta-Eucasa-2009.

2 Blasi, Gastón Federico, "Sobre el Inicio de la Existencia del Ser Humano. Un Análisis Jurídico". www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm.

3 Escudero de Quintana, Beatriz. "Derecho Civil, Parte General, Manual de Cátedra", Primera Edición, Salta, Universidad Católica de Salta-Eucasa-2009.

sino a quererlo y promoverlo, con independencia de cómo lo concibió.

- b.4. "Si se acepta el derecho al aborto, se le da la vuelta a todo: se crea el derecho de la mujer a matar al niño concebido y se protege esta ejecución. De esta manera se hace excepción en el derecho natural de todo ser humano a la vida y se acepta la existencia de categorías de seres humanos a los que el Estado puede negar este derecho.

Naturalmente se protege no al asesinado, sino al asesino. Con estas acciones el crimen del asesinato pierde, sobre todo en la mentalidad de la gente, el carácter de delito; se legaliza y adquiere el rango de ley. El derecho al aborto no sólo excluiría el derecho a la vida de los seres humanos antes de nacer, sino que, al ser reconocido como derecho fundamental, obligaría a los Estados a legalizarlo, realizarlo y protegerlo."⁴

- b.5. Que la mujer tiene la opción de dar en adopción al niño cuando nazca, en lugar de acabar con su vida por medio del aborto, porque un feto no es una cosa desechable.

- b.6. Que si se justifica la legalización del aborto para evitar que muchas mujeres se lo practiquen clandestinamente disminuyendo el riesgo de su integridad o de su vida; se incurre en el grave error de considerar que únicamente se ampara y garantiza a la madre porque ha nacido, creando una cruel jerarquía del derecho a la vida, en contra del indefenso no nacido.

- b.7. "...despenalizar el aborto es propiciar la muerte de la vida. Es ir de frente contra la esencia misma de lo justo: que es dar a otro lo que es suyo. El aborto no sólo no da la vida a quien ya la tiene, sino que se la quita."⁵

- c. Desde el punto de vista jurídico debemos forzosamente analizar:

¿En lo referente a la protección de la vida, la familia y cada uno de sus integrantes, brinda nuestra legislación un grado de protección máximo o uno mínimo y si habrá algún fundamento, por débil que sea, para interpretar que aquello de que la mujer tiene derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener implica que está facultada por la ley para truncar el desarrollo de la vida que lleva en su ser o si por el contrario está legalmente obligada a garantizarla y protegerla?

4 Lexicón: "Términos Ambiguos y Discutidos Sobre la Familia, Vida y Cuestiones Éticas.", Ediciones Palabra, Segunda Edición Actualizada, marzo de 2006. Consejo Pontificio para la Familia.

5 Fernandez Gomez, Lorenzo, "Temas de Filosofía del Derecho". Cuarta Edición 2007, Publicaciones UKCAB.

El Art. 6 de la Convención de los Derechos del Niño preceptúa que;

1. “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

El diccionario de la Real Academia de la Lengua⁶ define a “intrínseco” como -interiormente, íntimo, esencial.-

Es indudable que si se trata de un derecho de la esencia del niño e íntimamente ligado a su naturaleza, éste se encuentra garantizado desde que tiene vida, aún antes de nacer, asegurando así su supervivencia y desarrollo.

El Art. 45 de la actual Constitución que se refiere específicamente a las niñas, niños y adolescentes, empieza refiriéndose a que éstos gozarán de los derechos comunes al ser humano y expresa que: “...El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción y luego se refiere a su derecho a la identidad física y psíquica y después entre muchos otros, al de tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar.”

Por ende, es meridianamente claro que según nuestra norma fundamental, todo niño, niña o adolescente goza de los derechos comunes al ser humano y que la vida, que no puede ser otra que la suya y la de todos, está reconocida y garantizada desde su concepción, para asegurarle su integridad física y psíquica, derechos que sin duda alguna deben ser salvaguardados, protegidos y custodiados por su madre, que no puede entrar en contraposición de intereses con aquéllos y menos aún decidir sobre la vida de otro ser, autónomo y absolutamente distinto al suyo.

En concordancia con dicho precepto constitucional y complementándolo, el Art. 20 del Código de la Niñez y Adolescencia, no sólo que reproduce el principio constitucional relativo a que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción y que es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo; sino que con claridad y precisión prohíbe los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.

Siendo tal código el especial en materia de niños, niñas y adolescentes, cobra suma importancia que no se limite a concordar con la norma

6 Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Vigésima Segunda Edición

constitucional en lo relativo a que su vida está garantizada desde su concepción, sino que como norma de desarrollo la refuerce con la prohibición de todo experimento y manipulación desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento, por lo que si ni aquello está permitido, mucho menos la posibilidad de truncar criminalmente una vida por medio del aborto.

Entre otras acepciones de manipular, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua⁷, incluye la de “operar con las manos o con cualquier instrumento”. Por su parte, según tal diccionario experimentar significa: “4. En las ciencias fisicoquímicas y naturales, hacer operaciones destinadas a descubrir, comprobar o demostrar determinados fenómenos o principios científicos.”

Por ende, si tal código impide interferir de manera alguna desde que el óvulo es fecundado y menos aún interrumpir criminalmente el embarazo, no es necesario siquiera analizar desde cuándo se supone que hay concepción, ya que la vida está protegida desde la fecundación, esto es, aún antes de la implantación del cigoto.

En adición a lo anterior, según el Art. 2 del prenombrado Código de la Niñez y Adolescencia, el ser humano lo es desde la concepción, su vida está garantizada desde ese momento. En efecto dicho artículo contempla: “Sujetos protegidos.- Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código.”

Un precedente constitucional importante constituye la resolución 14, emitida el 23 de mayo de 2006 por el entonces Tribunal Constitucional, publicada⁸ en la que se demandó la suspensión definitiva del otorgamiento del Registro Sanitario para la comercialización y expendio de la pastilla “Postinor 2”, denominada “pastilla del día siguiente”. La relevancia de tal resolución consiste en que complementa la protección constitucional de la vida desde la concepción, con la del referido Art. 20 del Código de la Niñez y Adolescencia relativo a prohibir manipulaciones médicas desde la fecundación del óvulo; efectúa una interpretación de la constitución entonces vigente a favor de la persona y el derecho a la vida y hace la necesaria ponderación entre tal derecho como fundamental para el ejercicio de los demás derechos, frente a los sexuales y reproductivos de la mujer y la imposibilidad

7 Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Vigésima Segunda Edición.

8 R.O. S. 297 de 22 de junio de 2006.

de disponer del que está por nacer, como se aprecia de los párrafos que cito a continuación:

“DECIMO.- No existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una norma específica que defina cuando se produce la concepción. No obstante, el Art. 20 del Código de la Niñez nos da una pauta, en tanto que garantiza el derecho a la vida desde de la concepción, y en el segundo inciso expresa que se prohíbe las manipulaciones médicas desde la fecundación del óvulo.

De todas formas, esta Sala consciente de todo el debate científico y social, no puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero tampoco puede estar seguro de lo contrario. Es decir, en el análisis de la presente materia se ha generado una duda razonable que nos obliga, en nuestra calidad de jueces constitucionales, a realizar la interpretación de la norma contenida en el Art. 49 de la Constitución, con un alcance a favor de la persona y del derecho a la vida, por disposición del Art. 18 segundo inciso de la citada Constitución que dice: “En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. Se trata pues de aplicar el universal principio del in dubio pro homine, esto es que en caso de duda, se debe estar a favor de la persona.”

“DECIMO SEGUNDO.- En consecuencia, al analizar la norma constitucional contenida en el Art. 49 de la Constitución Política de la República, que dice: “El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción”, el juez constitucional debe realizar una interpretación que garantice la vida del ser humano, desde el momento mismo de su formación, y para ello, aún frente a la duda, asumir por prudencia que ella se produce desde la fecundación del óvulo, momento en que se transmite toda la información genética del ser humano, sin que ella pueda ser modificada en lo posterior. Visto de esta forma, se debe concluir que al actuar el medicamento POSTINOR - 2, en una de sus fases, como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaría contra la vida del nuevo ser humano.”

Por otro lado, ante la argumentación manifestada por grupos interesados en el proceso, que consideran que la suspensión de la comercialización del producto POSTINOR - 2, atentaría contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, esta Sala considera necesario anteponer el principio de interpretación de la concordancia práctica, que obliga

a realizar una ponderación de los valores contenidos en los principios constitucionales, de la que resulta en forma indubitable que en este caso se debe dar prioridad al bien jurídico constitucional de la vida, por sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual, pues si ninguna persona puede disponer de su propia vida, mal podría decidir sobre la vida ajena o sobre la del que está por nacer. Además que sin el derecho efectivo a la vida, no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales.”

Una vez esclarecido el hecho que el niño, la niña y el adolescente gozan del derecho intrínseco a la vida e incluso de los derechos comunes al ser humano y que su vida está garantizada desde su concepción; que están constitucional y legalmente protegidos desde la fecundación del óvulo; que no pueden ser objeto de ningún experimento o investigación y que si se dudare del momento en que se produce la concepción debe ponderarse los derechos privilegiando el de la vida como fundamental sobre cualquier otro, preciso sin embargo que nuestro ordenamiento contiene otros preceptos fundamentales al respecto:

El Art. 61 del Código Civil dispone: “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.”

Este precepto, concordando con toda la legislación citada, es también muy claro y amplio ya que protege la existencia de todo aquel que aún no ha nacido, otorgándole al juez la facultad de precautelarla, aún de oficio, si cree que su vida peligra.

Más allá de lo que dispone el Código Civil en su Art. 60, del análisis de las normas legales expuestas es indudable que el nasciturus tiene la calidad de persona y que debe ser tratado según la naturaleza humana, por lo que se le deben aplicar las siguientes garantías contempladas en la Constitución que rige:

El artículo 66 que en su numeral 1 reconoce y garantiza a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida.

El artículo 35 que expresa que el Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. Obviamente que el nasciturus se encuentra en esa condición, puesto que es indefenso y absolutamente dependiente de su madre.

El artículo 44 relativo a que el Estado, la sociedad y la familia promoverán

de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Esta rápida relación de nuestro ordenamiento jurídico me lleva la conclusión que sin duda la vida y el nasciturus están absolutamente garantizados y protegidos, por lo que puedo sostener con absoluta convicción y certeza, que hay una verdadera indemnidad jurídica del no nacido y de su derecho a la vida.

Al respecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define a la Indemnidad como “Estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio”

Preciso que el término indemnidad ha sido usado recientemente en nuestro país, por parte del Consejo Nacional de la Judicatura en su resolución No. 69^o, que se refiere a dar prioridad en procesos por delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Obviamente que si hay indemnidad sexual, con mayor razón se la reconocerá para la vida y para el no nacido.

Por tanto, siendo indudable que el derecho a la vida está sobre todos los demás derechos y que éste está absolutamente garantizado por el Estado, no cabe duda que no sólo que debe ponderárselo respecto del de la madre, sino que ésta tiene la obligación jurídica de protegerlo y salvaguardarlo y en ningún caso atentar contra aquél, cuanto más que no está facultada para decidir sobre la vida de otro ser absolutamente autónomo e independiente.

En lo que atiende a permitir el aborto de mujeres que han sido violadas, que es lo que se está discutiendo en estos días por haberse previsto en el Proyecto de Código Penal Integral, además de lo ya expresado, de lo que se colige que no hay excepción a la protección al derecho a la vida, resulta cruel, por decir lo menos, que al brutal trauma de la violación se sume otro, el de haber abortado, que sin duda le hará sentir culpabilidad a la mujer, por toda por su vida. Adicionalmente, si la vida y el nasciturus están absolutamente protegidos, un precepto de esa naturaleza sería absolutamente inconstitucional e ilegal, como ya lo he demostrado.

En cuanto a quienes sean gestados por violación, que al parecer son muy pocos, ¿cómo podría quien está llamada a custodiar su vida atentar contra aquélla, cuanto más que jamás se sabrá qué les deparará el futuro a esas personas, como ha sido el caso de tantas cuyas expectativas no eran auspiciosas de manera alguna y que se superaron de modo tal de llegar a destacar mundialmente?

Por otra parte, el hecho que muchas mujeres cieguen la vida de los hijos que

9 Registro Oficial Suplemento 746 de 16 de julio de 2012

están gestando no constituye una justificación para legislar a favor del aborto, ya que todos tenemos el mismo derecho a vivir y ese derecho está por sobre todos los demás; por lo que no por que se cometa una gran cantidad de delitos de determinada naturaleza se los puede legalizar. En efecto el hecho que, por ejemplo, se asesine o mate a miles de personas, no justifica el genocidio, el cuál por el contrario es mucho más condenable.

Por último, en mi criterio, por la gravedad del aborto, las penas con las que se lo sanciona deberían equipararse a las del asesinato, porque se le priva de la vida a un indefenso, en lugar de protegerlo.

BIBLIOGRAFIA:

- Blasi, Gastón Federico, "Sobre el Inicio de la Existencia del Ser Humano. Un Análisis Jurídico". www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm, Escudero de Quintana, Beatriz. "Derecho Civil, Parte General, Manual de Cátedra", Primera Edición, Salta, Universidad Católica de Salta-Eucasa-2009.
- Fernandez Gomez, Lorenzo, "Temas de Filosofía del Derecho". Cuarta Edición 2007, Publicaciones UKCAB
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Vigésima Segunda Edición
- Lexicón: "Términos Ambiguos y Discutidos Sobre la Familia, Vida y Cuestiones Éticas.", Ediciones Palabra, Segunda Edición Actualizada, marzo de 2006. Consejo Pontificio para la Familia.
- R.O. S. 297 de 22 de junio de 2006.
- R.O. S. 746 de 16 de julio de 2012

ABSTRACT

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, sin duda la vida y el nasciturus están absolutamente garantizados y protegidos, por lo que puedo sostener con absoluta convicción y certeza, que hay una verdadera indemnidad jurídica del no nacido y de su derecho a la vida.

Aplicación de las obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos en el Derecho Penal contemporáneo: Garantismo para la víctima y el procesado

Harold Burbano Villarreal¹

Introducción

Por muchos años las víctimas de delitos no fueron consideradas como actores relevantes dentro del proceso de investigación y sanción por parte del Estado; simplemente eran vistas como sujetos pasivos, que recibían agresión y violencia por la ejecución de una infracción penal.

Pero, la realidad misma del proceso penal ha evidenciado que la participación de las víctimas, tanto como la de los testigos y los operadores de justicia, constituye un factor determinante para el exitoso desarrollo de la causa. Estas personas con distintos tipos de perfiles sociales, económicos y culturales, características psicológicas complejas y situaciones de vulnerabilidad agravadas, requieren un tratamiento especializado por parte del Estado, el cual, debe asumir como obligación, la protección especial que garantice su integridad física y psicológica, su vida, y que genere un camino expedito para iniciar el proceso de reparación integral.

En concordancia con lo dicho, varios tratadistas han señalado que, ineludiblemente se debe considerar el análisis de la situación jurídica de las

1 Estudios Superiores en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ha realizado varias capacitaciones y seminarios nacionales e internacionales en Derechos Humanos y Derecho Internacional público. Ha trabajado en varias investigaciones relacionadas a Derechos Humanos y mejoramiento de la justicia. Ex becario del Centro de Derechos Humanos PUCE con experiencia en trabajo de exigibilidad de derechos desde sociedad civil. Ha sido coordinador jurídico de la Dirección Nacional del Sistema de Protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal de la Fiscalía General del Estado en Ecuador. Actualmente es asesor jurídico de la Fundación regional de Asesoría en derechos Humanos - INREDH.

víctimas como elemento orientador del proceso penal y del cumplimiento de las obligaciones del Estado, que hará posible, un sistema de justicia más próximo a las necesidades de los y las ciudadanas², en concordancia con lo prescrito en la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos³.

Así mismo, las víctimas al aceptar ser parte de un proceso penal, en esencia re-victimizante⁴, tienen derecho a vivir este ciclo en un ambiente libre de presiones externas para que puedan enfrentar una nueva situación que se fundamente en el pleno ejercicio de sus derechos; pero también, el compromiso de responder adecuadamente para la mejor administración de justicia, recibiendo seguridad y asistencia como parte del cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales de respeto, garantía y tutela de los derechos humanos.

Por otro lado, cabe destacar que la seguridad ciudadana, según la Constitución del Ecuador, es parte de los derechos del buen vivir o *Sumak Kausay*, que involucra la interrelación de múltiples actores, condiciones y factores entre los cuales se cuentan las instituciones del Estado, la producción normativa, la planificación y ejecución de políticas públicas y la vigencia de los derechos económicos, sociales, culturales.

Es así que, la seguridad ciudadana se ve amenazada cuando el Estado no cumple con su función de brindar protección no solo ante el crimen y la violencia social sino además, incumple su deber de garantizar un nivel de vida digna con mínimos para todos los ciudadanos y ciudadanas, por lo que, la perspectiva de los derechos humanos permite abordar la problemática de la criminalidad y la violencia y su impacto en la seguridad ciudadana mediante el fortalecimiento de la participación democrática y la implementación de políticas centradas en la protección de la persona humana⁵.

En este sentido, la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* ha expresado que, la construcción de una política sobre seguridad ciudadana debe incorporar los estándares de derechos humanos como guía y a la vez como límite infranqueable para las intervenciones del Estado⁶. Estos límites, se encuentran

2 Cfr. López, Wilson, "Victimología, Aproximación Psicosocial a las Víctimas", Colecciones, Saber Sujeto y Sociedad. Bogotá, 2008. p. 35.

3 Podemos hacer referencia al Art. 78 de la Constitución del Ecuador, o a lo prescrito en la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional.

4 En toda participación en un proceso penal, la víctima tendrá que someterse a un nivel de re-victimización, propia de las diligencias en los procesos judiciales.

5 Cfr. CIDH, "Seguridad ciudadana y Derechos Humanos" Informe temático, 2009, disponible en: www.cidh.org.

6 Cfr. CIDH, "Seguridad ciudadana y Derechos Humanos" Informe temático, 2009, disponible en: www.cidh.org.

constituidos por el marco jurídico emanado de la Constitución y los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como por los pronunciamientos y la jurisprudencia de los organismos de control que integran los diferentes sistemas internacionales de protección⁷.

Finalmente, cabe destacar que la protección a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, constituye la manera más idónea y eficaz de cumplir con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y evitar la impunidad, al poder realizar de forma expedita los procedimientos de investigación y sanción, y además iniciar el proceso de reparación integral de la víctimas.

El presente trabajo tiene como objetivo determinar, en primer lugar qué enfoque ha asumido nuestra legislación penal, conforme a la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Ecuador; y en segundo lugar, defender este enfoque por sobre un discurso securitista que ha llevado a más de un país en el mundo a niveles de criminalización y violencia incontrolables para finalmente establecer su influencia en la participación de la víctima y la situación de los procesados en el proceso penal.

La nueva visión del derecho penal en el Ecuador.

Históricamente el Derecho Penal ha sido concebido en esencia punitivo, siendo este, la expresión plena del *ius puniendi* del Estado, herramienta mediante la cual, se ha pretendido regular las relaciones intersubjetivas de los individuos⁸. Ésta rama del derecho es la más peligrosa y represiva pues se ha utilizado especialmente en gobiernos dictatoriales para sostener un sistema de inequidades acallando la voz del pueblo y sus líderes sectoriales.

Desde la conquista y evolución de los Derechos Humanos en occidente y su constitucionalización en los países del mundo, se han generado posiciones contrapuestas en relación al uso y aplicación del derecho penal, entre las que se pueden encontrar el Garantismo Penal y el Derecho Penal máximo con enfoque de Derecho Penal del Enemigo. El primero, fundamentado en el respeto a la Constitución, su rigidez y aplicación directa, con el objetivo de democratizar el derecho penal evitando el abuso del poder, sometiendo toda la institucionalidad a la Constitución y los derechos, reconociendo a todos los ciudadanos como iguales y observando al delito desde sus dimensión integral sociológica, antropológica y

7 Cfr. CIDH, "Seguridad ciudadana y Derechos Humanos" Informe temático, 2009, disponible en: www.cidh.org.

8 Cfr. Garófalo, citado por Zaffaroni Eugenio (2006). *El Enemigo en el Derecho Penal*. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá.

jurídica⁹; y el segundo, que tiene como objetivo la presencia punitiva del Estado en todas las esferas de la vida humana, partiendo de una marcada división entre los enemigos (quienes se han apartado de la ley) y ciudadanos quienes son los exclusivos titulares de los derechos, pues los enemigos, en ningún supuesto podrían ser tratados como personas¹⁰.

La misma disyuntiva se ha observado en el escenario del Derecho Internacional, en donde podemos encontrar dos ramas marcadas en relación al tratamiento jurídico de la sanción penal. La una ligada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con su base fundamental en el debido proceso, con instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos o la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos; y la otra, con una marcada agenda y visión producida desde las potencias mundiales, esencialmente represiva, con tratados como: La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos adicionales sobre Trata y Tráfico de personas.

Partiendo de las premisas anteriormente expuestas, es necesario entender qué posición político-jurídica ha tomado el Estado Ecuatoriano en relación al derecho penal, para poder determinar su necesaria vinculación al Sistema de Protección a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal.

El art. 76 de la Constitución del Ecuador establece que:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que

9 Cfr. Ferrajoli Luigi (1998). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Tercera edición. Madrid.

10 Cfr. Jakobs y Cancio Meliá, El derecho Penal del Enemigo y el Derecho penal del ciudadano, Berlín 2006.

contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la defensa (...)"

Así mismo, el art. 424 inciso segundo, prescribe que,

" (...) La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público."

La lectura de las normas constitucionales anteriormente citadas nos marcan un camino de interpretación jurídica y de producción de normativa penal, pues, el procedimiento y los tipos penales, siempre deben ser consecuentes con la Constitución y los Tratados internacionales de derechos humanos; además, nos lleva a comprender que el sistema penal ecuatoriano debe ser esencialmente garantista, por lo que todas sus actuaciones estarán encaminadas a la promoción, protección y tutela de los derechos humanos de todos los ciudadanos y ciudadanas, ejemplo de ello sería que se deroguen figuras tales como el sabotaje, el terrorismo, la rebelión, o aquellas que tengan verbos rectores como incitar, conspirar o cualquier otra resolución manifestada.

En este punto, surge la pregunta común en la opinión pública de la mayoría de los países que han adoptado este Sistema: ¿el Garantismo penal, protege al delincuente y desprotege a la sociedad?. La respuesta a esta pregunta debe ser abordada desde 3 perspectivas: una jurídica, una social y otra filosófica, siendo la primera referente a la práctica efectiva del derecho y las dos siguientes, al fin del derecho en sí mismo.

Desde la *perspectiva jurídica*, el principio de igualdad ante la ley, categorizado en el Derecho Internacional de los derechos humanos como norma de *ius cogens*¹¹, es una máxima de aplicación e interpretación de la norma jurídica establecida en el artículo 11 de la constitución, que prescribe que, "*nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud,*

11 Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos(...)”, por lo que hacer una primera diferenciación entre ciudadano y delincuente, se contrapondría con este principio constitucional. En el mismo sentido, el principio de mínima intervención penal, debe asegurar que no se tipifiquen formas de vida, sino actos relevantes que puedan alterar drásticamente la realidad social, sin discriminar a ningún grupo social por sus características o actuaciones.

Paralelamente a esto, cabe resaltar que, el juez en el Estado Garantista, al dejar de ser boca de la ley, y constituirse en activista¹², tiene la posibilidad de analizar en cada caso concreto la aplicación o no de las normas jurídicas constitucionales y/o penales, teniendo herramientas de interpretación tales como la ponderación, con el objetivo de motivar resoluciones alcanzando la justicia. Ejemplo claro de esta posibilidad es el caso de “Los Guardianes del Muro” en donde la Corte Constitucional alemana, ponderando los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas directas e indirectas de ejecuciones extrajudiciales, deja de aplicar el principio de irretroactividad de la ley y la prescripción de la acción¹³, alcanzando así una resolución válida y justa.

Desde la *perspectiva social*, cabe resaltar que por el contrario del derecho penal clásico u otras corrientes punitivistas, el Garantismo observa al delito como un fenómeno de origen social y no fundamentalmente legal¹⁴, por lo que para que una norma penal sea aplicable, esta no debe estar solamente vigente en el ordenamiento jurídico, sino también debe ser válida, es decir consecuente con el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos emanados de la Constitución, los Tratados internacionales y la dignidad humana¹⁵. En este sentido, los operadores de justicia penal (Fiscales, Jueces, etc.), siempre en aras de alcanzar el fin último del derecho penal que es lograr la justicia y la armonía social, deben analizar el caso concreto en su contexto, tomando en cuenta las características y necesidades de cada uno de los actores dentro del proceso, haciendo incidencia no solamente desde el impulso de una investigación y/o sanción, sino también tomando acciones encaminadas a la prevención y la reparación¹⁶.

12 Cfr. Ferrajoli Luigi (2008). Democracia y garantismo. Editorial Trotta. Madrid.

13 Cfr. Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Bundesverfassungsgericht). “Guardianes del Muro” –Mauerschützen - (BverfGE 95,96).

14 Cfr. Zaffaroni, Eugenio et al. (2009) Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

15 Cfr. Constitución Ecuatoriana, Art. 11. 7.

16 Cfr. Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Finalmente, desde la *perspectiva filosófica*, el desarrollo teleológico del derecho penal ha demostrado que la sanción no es el único fin del mismo, sino por el contrario, al ser la máxima expresión del poder punitivo del Estado, esta debe ser evitada. El derecho penal debe propender a cumplir con las obligaciones del Estado de prevenir, investigar y reparar integralmente en relación a los actos tipificados como infracción penal¹⁷.

Es así que, el fin del derecho penal debe traducirse en un proceso donde las partes se encuentre en igualdad de condiciones, se evite la re-victimización y además se produzca una sentencia justa y ejecutable, en la que se establezcan no solamente sanciones sino también medidas de reparación para la víctima y la sociedad.

Por lo expuesto se concluye que en el Ecuador, debemos entender el derecho penal desde una perspectiva más amplia, pues el fin último del Estado es la plena vigencia de los Derechos Humanos de todas y todos los ciudadanos y ciudadanas, por lo que la ley penal constituye una herramienta para lograr los objetivos establecidos por la Constitución y la ley y no solamente la persecución y sanción de un delito; y adscribiendo este discurso a la necesidad de un verdadero Sistema de Protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, concluiremos que este constituye una herramienta fundamental para lograr el cumplimiento real de las obligaciones del Estado.

Transversalización del enfoque de Derechos Humanos en el derecho penal contemporáneo: una mirada desde las obligaciones del Estado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Estado ecuatoriano tiene una línea garantista firmemente marcada en torno al sistema penal, debemos determinar las obligaciones que debe cumplir a través de la legislación en cualquier tipo de materia, pero en especial desde la normativa penal.

Es así que, la Constitución de la República al constituir al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y de justicia, y al haber éste ratificado una amplia gama de Tratados internacionales especialmente en materia de derechos humanos, ha generado 3 obligaciones básicas que son: respeto, garantía y tutela.¹⁸

17 Cfr. Zaffaroni Eugenio (2006). El Enemigo en el Derecho Penal. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá.

18 Cfr. Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, Párr. 234. Corte IDH, Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr 79; Corte IDH, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196 Párrs. 72 y 73. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 164

Ahora bien, explicando cada una de ellas, podemos expresar que la obligación negativa de *respeto* se refiere básicamente a restringir el poder estatal para precautelar los derechos y libertades;¹⁹ por otro lado, la obligación positiva de *garantía*, que puede ser cumplida de diferentes maneras en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección de cada uno de los derechos y titulares de los mismos²⁰, implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, como la legislación, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.²¹ Como parte de dicha obligación, el Estado debe “prevenir las violaciones de los derechos humanos, investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.²² Finalmente se encuentra la obligación de *tutela*, entendida como la necesidad de generar recursos judiciales adecuados y efectivos con las debidas garantías para las partes.²³

Bajo estos preceptos, la seguridad ha sido desde siempre uno de los discursos principales de los Gobiernos. Indudablemente, con la evolución de los Estados autoritarios hacia los Estados democráticos ha ido evolucionando también el concepto de seguridad²⁴. El concepto de seguridad que se manejaba en un Estado de

- 19 Cfr. Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211 Párr. 185 Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166 párr. 80; Corte IDH, Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 75. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Op.cit. párr. 164.
- 20 Cfr. Corte IDH Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, Párrs. 111 y 113; Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195 Párr. 298; Corte IDH Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Op.cit. Párr. 236; Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, Párr. 62.
- 21 Cfr. Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Op.cit., Párr. 236
- 22 Cfr. Corte IDH, Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Op.cit., Párr. 62
- 23 Cfr. Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. Párr. 222, Cfr. CEDH. Campbell and Fell judgment of 28 June 1984, Series A No. 80, Párr. 68.
- 24 Cfr. CIDH, “Seguridad ciudadana y Derechos Humanos” Informe temático, 2009, disponible en: www.cidh.org.

derecho se preocupaba únicamente por garantizar el orden como una expresión de la fuerza y supremacía del poder del Estado²⁵. Hoy en día, los Estados “democráticos” de derecho promueven modelos policiales acordes con la participación de los habitantes, bajo el entendimiento de que la protección de los ciudadanos por parte de los agentes del orden debe darse en un marco de respeto de la institución, las leyes, pero siempre pensados desde la represión y la contención²⁶.

Por el contrario, desde la perspectiva de los derechos humanos y en el marco de un Estado constitucional de derechos y justicia, cuando hablemos de seguridad no podemos limitarnos a la lucha contra la “delincuencia”, sino que debemos hablar de cómo crear un ambiente propicio y adecuado para la convivencia pacífica de las personas²⁷ en contextos de igualdad y justicia social. Por ello, el concepto de seguridad debe poner mayor énfasis en el desarrollo de las labores de prevención y control de los factores que generan violencia e inseguridad, que en tareas meramente represivas o reactivas ante hechos consumados²⁸.

En razón al enfoque expuesto, el concepto de seguridad ciudadana es el más adecuado para el abordaje de los problemas de criminalidad y violencia desde una perspectiva de derechos humanos²⁹, en lugar de los conceptos de “seguridad pública”, “seguridad humana”, “seguridad interior” u “orden público”. Éste deriva pacíficamente hacia un enfoque centrado en la construcción de mayores niveles de ciudadanía democrática, con el ciudadano o ciudadana, el pueblo o la nacionalidad indígena como objetivo central de las políticas a diferencia de la seguridad del Estado o el de determinado orden político³⁰.

25 Cfr. CIDH, “Seguridad ciudadana y Derechos Humanos” Informe temático, 2009, disponible en: www.cidh.org.

26 Cfr. Presentación del Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante el Grupo Especial de Trabajo para Preparar la Primera Reunión de Ministros en Materia de Seguridad Pública de las Américas, Washington DC, 20 de junio de 2008, citada en: CIDH, “Seguridad ciudadana y Derechos Humanos” Informe temático, 2009, disponible en: www.cidh.org.

27 CIDH, “Seguridad ciudadana y Derechos Humanos” Informe temático, 2009, disponible en: www.cidh.org.

28 Presentación del Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante el Grupo Especial de Trabajo para Preparar la Primera Reunión de Ministros en Materia de Seguridad Pública de las Américas, Washington DC, 20 de junio de 2008, citada en: CIDH, “Seguridad ciudadana y Derechos Humanos” Informe temático, 2009, disponible en: www.cidh.org.

29 Cfr. ONU-PNUD, Informe sobre el Desarrollo Humano, disponible en: <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh1994/capitulos/espanol>. 1993.

30 Cfr. Aguilera, Javier, “Sobre seguridad ciudadana y democracia” en Buscando la seguridad. Seguridad ciudadana y democracia en Guatemala, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) - Programa Guatemala, Guatemala, 1996. citado en: CIDH, “Seguridad ciudadana y Derechos Humanos” Informe temático, 2009, disponible en: www.cidh.org.

En este orden de ideas, se debe entender la seguridad como la condición que permite ampliar las opciones de los individuos que van desde el disfrute de una vida prolongada y saludable, el acceso al conocimiento y a los recursos necesarios para lograr un nivel de vida digna, hasta el goce de las libertades y los derechos económicos sociales y culturales (derechos del buen vivir)³¹.

En este sentido, cabe destacar que el enfoque de derecho penal clásico meramente sancionador, no se constituye en el camino correcto por el cual lograr un verdadero ambiente de seguridad ciudadana; por lo que, la represión o el aumento de penas, en poco o nada cambiará las realidades sociales que vivimos actualmente, por el contrario, agudizará los problemas esenciales como la desigualdad y la acumulación monopólica del poder y el capital.

Es así que, el reto de la construcción de un nuevo derecho penal se encuentra en lograr dimensionar efectivamente las obligaciones del Estado, para el cumplimiento de los derechos humanos de todas y todos los actores desde la tipificación hasta la ejecución de infracción penal.

Con estas condiciones, la obligación de *respeto* debe traducirse, en la no tipificación de delitos que puedan servir para criminalizar a defensores y defensoras de los derechos humanos y de la naturaleza, y por el contrario prescribir infracciones que generen un ambiente propicio para la protesta social, en donde el sujeto activo sea aquel miembro de la fuerza pública que promueva torturas, detenciones ilegales, tratos crueles inhumanos o degradantes etc.

En relación a la obligación de *garantía*, esta debe cumplirse en una doble vía:

- 1) La generación de un *Sistema de Rehabilitación social*, que otorgue la garantía del pleno goce de todos los derechos constitucional e internacionalmente reconocidos para las personas privadas de la libertad, sin importar su situación jurídica de procesados o condenados.

En relación a este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Centro de Reeducción del Menor vs. Paraguay* del año 2004 o en el caso *Vera Vera y otra vs. Ecuador* del año 2011, estableció que:

Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas

31 Cfr. ONU-PNUD "Guía de Evaluación de la Seguridad Ciudadana en América Latina y El Caribe". Centro Regional de conocimientos y servicios para América Latina y el Caribe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006.

*a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna*³².

- 2) La institucionalización de un Sistema de protección y asistencia, a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, con el objetivo fundamental de proveer servicios para garantizar la protección integral y la asistencia temporal, además de otorgar un alto nivel de seguridad personal y/o familiar, evitar la revictimización e iniciar el proceso de reparación integral de la víctima.

Finalmente, en relación a la obligación de *tutela*, cabe citar lo prescrito en los Arts. 25 y 8 #1 y 2 literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 25: Protección Judicial

1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*
2. *Los Estados partes se comprometen:*
 - a. *a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
 - b. *a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
 - c. *a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

Artículo 8: Garantías Judiciales

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

32 CorteIDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 152

inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Conforme a los artículos previamente enunciados, el Estado debe, no solo garantizar el cumplimiento de todas las garantías del debido proceso, entre ellas la de recurrir de un fallo de primera instancia, sino además generar recursos adecuados e idóneos para precautelar la situación jurídica infringida y lograr la verdadera consecución de la justicia.

A modo de conclusión de lo expresado en líneas anteriores, cabe considerar que derecho penal contemporáneo para ser realmente efectivo, requiere la implementación de todas las garantías nombradas en párrafos anteriores. En consecuencia, cuando el ejercicio de cualquiera de los derechos se vulnere de jure y/o de facto, el Estado debe actuar con la debida diligencia³³, sin ignorar, tanto la situación del victimario, como la situación de vulnerabilidad y desprotección en la que se encuentran las víctimas.

Papel de la víctima en el proceso penal: en búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación.

Tratadas ya las obligaciones básicas del Estado en razón a los derechos humanos de los ciudadanos y ciudadanas con un enfoque garantista, debemos analizar las necesidades propias de las víctimas de los delitos y de graves violaciones a los derechos humanos, que se sintetizan en: la búsqueda de verdad, la lucha por la obtención de justicia y la necesidad de reparación integral.

En un sistema penal acusatorio, el concepto de delito se identifica como el acto, típico, antijurídico y culpable, sin poner mayor énfasis en la lesión de los derechos de la víctima de esta infracción³⁴; por lo que, dentro del proceso penal, es imprescindible probar, tanto la existencia del acto como la responsabilidad del imputado³⁵.

Es así que, la evolución de la teoría del bien jurídico significó la desaparición de los intereses de la víctima del concepto de delito³⁶. No importaba las lesiones

33 Convención Belém do Para artículo 7.b

34 Cfr. Eser, Albin. "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima", traducción de Manuel Cancio, en: El mismo. Temas de Derecho penal y procesal penal, Idemsa, Lima.

35 Cfr. Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, segunda edición, Civitas, Madrid, 2001,

36 Buitrón, Andrés. "Doctrina de Protección a las víctimas", manuscrito no publicado. Quito - 2012.

psicológicas de la víctima, sino los derechos jurídicamente vulnerados³⁷. No importaba la víctima en particular, sino la lesión que el hecho delictivo causaba a toda la sociedad, generalizando la importancia del concepto de bien común³⁸.

Toda esta tendencia logró extremos como la Teoría victimológica formulada por el penalista alemán Bernd Schünemann³⁹, que partiendo del principio de derecho penal de mínima intervención penal, excluyó del ámbito de lo penalmente relevante aquellos casos en que la víctima, por su intervención en la interacción subjetiva que derivó en el acto delictivo, no merece ni necesita intervención ni protección por parte del Estado⁴⁰.

Asumir este enfoque significaría darle una carga desproporcionada sobre la víctima⁴¹ y además el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, pues, no tiene una visión de derechos humanos⁴².

La evolución del derecho penal hizo que se piense en que la reparación de los daños producidos al ofendido (víctima) pueda constituirse en una tercera vía de la reacción punitiva⁴³.

Hoy en día, la víctima se convierte en la piedra angular del Derecho procesal penal. Ejemplo de esto es que, desde la expedición del Código de Procedimiento Penal en el año 2001 y ahora con la Constitución de la República del año 2008, se ha reconocido a favor de la víctima más derechos y por ende un mayor protagonismo en las diferentes etapas del proceso penal.

En este sentido, la Constitución del Ecuador en su artículo 78 establece que:

- 37 Buitrón, Andrés. "Doctrina de Protección a las víctimas", manuscrito no publicado. Quito - 2012.
- 38 Cfr. Eser, Albin. "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima", traducción de Manuel Cancio, en: El mismo. Temas de Derecho penal y procesal penal, Idemsa, Lima,
- 39 Schünemann, Bernd. "El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: Un concepto de tres escalas", en: Schünemann, Bernd/ Albrecht, Peter Alexis/ Prittwitz, Cornelius/ Fletcher, George. La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal, traducción de Luis Reyna, Grijley, Lima, 2006.
- 40 Cfr. Schünemann, Bernd. "El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: Un concepto de tres escalas", en: Schünemann, Bernd/ Albrecht, Peter Alexis/ Prittwitz, Cornelius/ Fletcher, George. La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal, traducción de Luis Reyna, Grijley, Lima, 2006.
- 41 Cfr. Feijoó Sánchez, Bernardo. Resultado lesivo e imprudencia. Estudio de los límites de responsabilidad penal por imprudencia y el criterio de 'fin de protección de la norma de cuidado', Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- 42 Cfr. Feijoó Sánchez, Bernardo. Resultado lesivo e imprudencia. Estudio de los límites de responsabilidad penal por imprudencia y el criterio de 'fin de protección de la norma de cuidado', Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- 43 Cfr. Roxin, Claus. "La reparación civil dentro del sistema de los fines penales", en: Universitas, N° XXIV, Stuttgart, 1987.

“Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales”⁴⁴.

Así mismo, el artículo 118 del Código de Procedimiento Penal establece que:

“...los testigos tendrán derecho a la protección de la Fiscalía General del Estado para que se garantice su integridad personal, su comparecencia al juicio y la fidelidad de su testimonio” asumiendo un concepto más extenso que permite incorporar la protección a las víctimas por parte del Estado⁴⁵.

En este orden de ideas, la administración pública, no debe desconocer que el concepto amplio de víctima del delito tenga fundamento en una serie de instrumentos internacionales y organismos de control, como: las líneas directrices del Consejo de Europa sobre la protección de las víctimas de actos de terrorismo, del 02 de marzo de 2005; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder de la Organizaciones de Naciones Unidas; el Convenio N° 116 del Consejo de Europa sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos⁴⁶.

Así mismo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha reconocido el derecho a la verdad que conforma, junto con el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación, el conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad⁴⁷. En Latinoamérica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en doctrina consolidada a través de reiterada jurisprudencia como en los casos *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, *Aleboetoe y otros vs Suriname*, *Castillo Páez vs Perú*, *Las Palmeras vs Colombia* y *Bámaca v. Guatemala*, ha reconocido que una de las derivaciones del principio

44 Constitución de la República del Ecuador. Art. 78

45 Beristáin, Antonio. Transformaciones del Derecho penal y la criminología hacia la victimología, Ara Editores, Lima, 2008.

46 Cfr. Fernández de Casadevante, Carlos. “Los derechos humanos y las víctimas del terrorismo”, en: Cuesta, Cristina & Alonso, Rogelio (Coordinadores). Las víctimas del terrorismo en el discurso político, Dilex, Madrid, 2007.

47 Cfr. Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250

de dignidad de la persona viene conformada por el derecho de los familiares de la víctima de delito: *"a conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos"*⁴⁸. Esta vinculación del derecho a la verdad puede observarse con claridad en las palabras del Juez Cancado Trindade, en el voto razonado contenido en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, correspondiente al caso *"Bámaca vs Guatemala"*: *"La búsqueda de la verdad (...) constituye el punto de partida para la liberación así como la protección del ser humano; sin la verdad (por más insoportable que ésta venga a ser) no es posible liberarse del tormento de la incertidumbre, y tampoco es posible ejercer los derechos protegidos"*⁴⁹. Tal "derecho a la verdad" da a las víctimas del delito legitimación procesal, esto es, la capacidad de actuar como litisconsorte adhesivo e incluso como acusador particular, y además las hace indispensables para probar tanto la existencia del acto, como la responsabilidad del imputado.⁵⁰

Adicionalmente, es necesario reconocer que la introducción del derecho a la verdad ha dejado, en palabras de José Cafferata Nores: *"un amplio margen para re-discutir el rol de la administración de la justicia penal y hasta el fundamento del propio derecho penal, pues permite inferir que consideran al derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima del delito como la base insustituible de legitimación del ejercicio del poder punitivo"*.⁵¹

Por otro lado, la legitimación de la víctima en relación al objeto del proceso penal puede encontrarse, también, recurriendo al derecho al debido proceso⁵². En efecto, si la víctima tiene expectativas de índole reparatorio (reparación civil tal cual manda el Art. 78 de la Constitución) en el proceso penal, la única forma de alcanzarlas es logrando que se determine judicialmente la responsabilidad penal del imputado a través de su participación activa en el proceso. Desde esa perspectiva, la protección y asistencia a la víctima, al testigo o a cualquiera de los participantes en el proceso penal se torna indispensable para cumplir con las obligaciones del

48 Cfr. Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250; Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de Septiembre de 1998. Serie C No. 4.

49 Cfr. Voto Razonado Juez Cancado Trindade Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

50 Buitrón, Andrés. "Doctrina de Protección a las víctimas", manuscrito no publicado. Quito - 2012.

51 Cafferata Nores, José. Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Del Puerto, Buenos Aires, 2003, pág. 69

52 Reyna, Alfaro, Luis, "Las víctimas en el Derecho Penal Latinoamericano: presente, y perspectivas a futuro", Lima - Perú: disponible en: http://www.ivac.ehu.es/p278content/es/contenidos/boletin_revista/eguzkilore_numero22/es_numero22/adjuntos/06%20Reyna.indd.pdf

Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar.

En este orden de ideas, conscientes de que es fundamental la comparecencia de las víctimas y los testigos en el proceso penal y que se constituyen en la piedra angular de una investigación y un enjuiciamiento eficaz, estos actores deben ser protegidos por un verdadero sistema de justicia penal⁵³.

Las víctimas y los testigos necesitan tener la confianza suficiente para ofrecerse a ayudar a las autoridades judiciales⁵⁴. Necesitan tener la certeza de que recibirán asistencia y protección por parte del Estado, que no serán re-victimizadas, y que serán reparadas integralmente, tomando medidas de satisfacción y no repetición⁵⁵.

Por lo expuesto, un Sistema Nacional de Protección a Víctimas, Testigos y otros participantes en el proceso penal fortalecido, creado con enfoque interinstitucional y con la finalidad brindar seguridad a las personas que han sufrido directa o indirectamente las acciones u omisiones de un hecho delictivo, conformado desde el bloque de constitucionalidad, con aplicación directa de los estándares internacionales de derechos humanos, y estructurado con enfoques de género, intergeneracionalidad, interculturalidad, y territorialidad, se constituirá en la herramienta fundamental para el Estado, a través del cual, asegurará la prueba testimonial en los procesos penales, logrará sanciones efectivas e iniciará así mismo el proceso de reparación integral de las víctimas, cumpliendo así de forma adecuada las obligaciones constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos.

El enfoque de género como eje transversal en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en el proceso penal.

Los delitos sexuales, de explotación y de violencia contra la mujer, constituyen aproximadamente un tercio de las noticias del delito que ingresan al sistema de justicia penal⁵⁶, sin contar con que por la especificidad de esta problemática social, solamente 1 de cada 3 de ellos son denunciados⁵⁷, por lo que es de fundamental importancia la especialización para la efectiva prevención, erradicación y

53 Cfr. Fred Montanino, "Unintended victims of organized crime witness protection", *Criminal Justice Policy Review*, vol. 2, No. 4 (1987), págs. 392 a 408.

54 Buitrón, Andrés. "Doctrina de Protección a las víctimas", manuscrito no publicado. Quito - 2012.

55 Cfr. Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250

56 Fuente, Fiscalía General del Estado.

57 Cfr. Motta, Cristina y otra. "La Mirada de los Jueces: Género en la Jurisprudencia Latinoamericana", Colección Equidad y Justicia, Siglo del Hombre Editores, American University Washington Collage of Law, Bogotá - Colombia, 2008.

restitución de los derechos de las víctimas de este tipo de violencia.

Existe una gran brecha entre el principio de igual adjudicación de los derechos humanos, a todos y a todas y la práctica legislativa y judicial dentro de los Estados⁵⁸. Las normas del ordenamiento jurídico responden a patrones socio culturales y si la historia nos demuestra que las mujeres han tenido un acceso limitado a los parlamentos nacionales y las asambleas internacionales, no es de extrañar que la concepción y aplicación de los derechos humanos tengan una visión androcéntrica.

A pesar de esto, la evolución histórica hacia la igualdad se abre paso en todos los ordenamientos legales y sistemas internacionales de protección de derechos humanos; diversos instrumentos internacionales⁵⁹ impusieron a los Estados obligaciones para hacer a un lado los prejuicios que dejaban a la mujer al margen del goce y ejercicio de todos los derechos humanos,⁶⁰ esto mediante la aplicación de medidas, legislativas, judiciales, administrativas y educativas.

El implantar estereotipos de roles a hombres y mujeres es una costumbre cultural que encontramos presente a lo largo de la historia de la humanidad. Utilizar la perspectiva de género permite entender, cómo las instituciones jurídicas o sociales perpetúan dichos estereotipos en desmedro de la igualdad real entre hombres y mujeres. El acceso de hombres y mujeres en iguales condiciones a todos los espacios de la sociedad requiere salvar la brecha de desigualdad histórica entre los dos sexos, es por esto que la teoría de los derechos humanos, que está en constante evolución y cambio, ha contemplado protección especial y reconocimientos explícitos de los derechos a las mujeres.⁶¹

Es así que, en la Declaración de la *Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena*, en 1993, se señala expresamente que: “[...] los Derechos Humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales”.⁶² Así mismo, la *Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer CEDAW* (por sus siglas en

58 Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos , “Los derechos Humanos de las Mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional”, CEJIL, Ed. Mundo Gráfico, San José, Costa Rica, 2004, Pág.73

59 ONU, Convención de Bogotá, 2 de mayo de 1948; Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, 3 de septiembre de 1981, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, Belém do Para, 5 de marzo de 1995 etc.

60 Cfr. Harari, SOFÍA y otras, “El derecho en el Género y el Género en el Derecho”, CADEL, Ed. S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 2000, Pág. 121.

61 Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos , “Los derechos Humanos de las Mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional”. Op.cit. Pág. 73

62 Conferencia Mundial de Derechos Humanos Viena, 14 a 25 de junio de 1993

inglés) de 1979 avanzó a una visión integral de la temática, abordando los derechos de la mujer en todas las áreas de la vida y en todas las situaciones. La CEDAW clama por la modificación de patrones socio culturales⁶³ y destaca el principio de la igualdad y no-discriminación,⁶⁴ principio que la Corte Interamericana desarrolló en su *Opinión Consultiva No.18 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, llevándolo a la esfera y dominio del *jus cogens*.⁶⁵

Sin embargo, a pesar de los grandes esfuerzos por alcanzar la igualdad jurídica y social, se puede evidenciar que en varios países del mundo, como Ecuador, se encuentran todavía normas, sentencias, resoluciones administrativas, judiciales e instituciones que no se adecuan a los avances internacionales en la materia al mantener una visión inmutable de los roles de género.⁶⁶

Tal es el caso de la violencia en contra de la mujer, a la cual no se le da un tratamiento especial respecto a otros delitos,⁶⁷ a pesar de que ésta ocurre en espacios privados donde reunir elementos probatorios es más complicado. Quizá el mejor ejemplo es la violencia sexual dentro del matrimonio, a pesar de que es ampliamente aceptado que el vínculo conyugal no autoriza la violencia de este tipo,⁶⁸ en donde la falta de investigación y sanción de este tipo de violencia sexual promueve la resignación de la víctima.⁶⁹

En el mismo orden de ideas, es común que en los Estados se le es negada la protección a las mujeres que son víctimas de agresiones por parte de su cónyuge, pues los agentes estatales, en ocasiones señalan que estos ataques responden a alguna culpa de la víctima, un comportamiento desobediente o una actitud consentida hacia los actos de violencia ejercidos por sus victimarios, incumpliendo tajantemente la obligación de protección que se debe hacia ellas.⁷⁰

63 CEDAW, artículo 5

64 Cfr. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, Voto Razonado Juez Cancado Triand, Párr, 58

65 Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, Párrs. 97-111.

66 Cfr. Lamas MARTHA, "Cuerpo, diferencia social y género", en Debate Feminista, Ed. Ciudad de México, Distrito Federal. Estados Unidos Mexicanos, 1994, Pág. 10.

67 Cfr. Motta, Cristina y otra. "La Mirada de los Jueces: Género en la Jurisprudencia Latinoamericana", Op.cit. Pág. 361

68 Cfr. Motta, Cristina. "La Mirada de los Jueces: Género en la Jurisprudencia Latinoamericana", Op.cit. Pág. 360.

69 Cfr. Motta, Cristina y otra. "La Mirada de los Jueces: Género en la Jurisprudencia Latinoamericana", Colección Equidad y Justicia, Siglo del Hombre Editores, American University Washington Collage of Law, Bogotá - Colombia, 2008, Pág. 346

70 Cfr. Motta, Cristina y otra. "La Mirada de los Jueces: Género en la Jurisprudencia Latinoamericana",

Según Alda Facio, para realizar un análisis de perspectiva de género se debe identificar cual es la concepción o estereotipo de mujer que sirve de sustento para establecer el contexto, es decir si solo se toma en cuenta a la mujer-madre, a la mujer-familia o solo cuánto se asemeja a los roles del hombre⁷¹ sus derechos tienen efectiva vigencia.

En este sentido, a través de la capacitación como mecanismo de prevención, se debe dejar de entender a la familia como un espacio de privacidad que debe ser tutelado por el Derecho Penal, pues el fin último de la tutela judicial en casos de agresiones físicas o psicológicas hacia una mujer en la esfera del hogar comúnmente es reforzar la familia nuclear y no sancionar al agresor y reparar integralmente a la víctima. En virtud de lo anterior, es necesario exponer que en varios casos denunciados, un argumento principal para la impunidad ha sido consciente o inconscientemente por prejuicios de los administradores de justicia, darle a la mujer el rol de esposa o de madre, sumiéndola en una estructura en la que al final solo ella sale perjudicada⁷² al enfrentarse a episodios de violencia intrafamiliar y no encontrar tutela efectiva del Estado.

Es así que, mediante el análisis y la transversalización del enfoque de género es posible de-construir la definición tradicional que en la familia nuclear se plantea para la identidad social femenina.⁷³ Se debe plantear un análisis renovado, que permita un enfoque sobre las severas desigualdades de poder que existen en casi todas las familias y la violencia de la que son víctimas muchas mujeres en la esfera del hogar, abrir la puerta para mirar procesos de evolución en la materia y solo, a partir de estos procesos será posible observar y respetar a las mismas mujeres como negociadoras de su propia identidad sin subyugarse a un estereotipo creado por la misma sociedad.⁷⁴

Es por esto que, los principios más importantes en relación al Acceso a la justicia por parte de las mujeres víctimas de violencia, establecen que la obligación

Op.cit. Pág. 353 - 354

71 Cfr. Facio, Alda, "Metodología para el análisis del género del fenómeno legal", en Alda Facio y Lorena Fries (Editoras), "Género y Derecho", Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, Pág. 99 - 136; citado en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (copiladoras) , "El género en el derecho". Ministerio de Justicia, Quito, Ecuador 2009, Pág. 182.

72 Cfr. Motta, Cristina y otra. "La Mirada de los Jueces: Género en la Jurisprudencia Latinoamericana", Op.cit. Pág. 267 - 292

73 Cfr. Instituto Aguascalentense de las Mujeres, "La violencia como causal de Divorcio", ed. Primera. Ed. D.R.A. IAM, México D.F. - México, 2007. Pág.16.

74 Cfr. Instituto Aguascalentense de las Mujeres, "La violencia como causal de Divorcio", Op.cit. Pág. 17.

de los estados frente a casos de violencia contra las mujeres incluya los deberes de procesar y condenar a los responsables, así como el deber de “prevenir estas prácticas degradantes”.⁷⁵

Los procesos penales, son espacios donde se denota una carencia de análisis de género por parte de los agentes de justicia, la víctima tiene pocos o nulos espacios de participación y es constantemente re-victimizada. La obligación del Estado en este sentido, se traduce en capacitar constantemente a operadores de justicia sobre la necesidad de realizar análisis de perspectiva de género en cada caso concreto, tomando en cuenta a todos los participantes del proceso penal y además, tomar a su cargo a las víctimas, proporcionando servicios de acogimiento o albergue temporal conjuntamente con la garantía del acceso a servicios que efectivicen el pleno goce y ejercicios de derechos en especial salud, educación, trabajo y vivienda.

75 Cfr. CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *María Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, 16, abril de 2001, Párr. 56.



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

El Centro de Derechos Humanos es una unidad adscrita a la Facultad de Jurisprudencia y es un área de práctica pre-profesional de los estudiantes de derecho que promueve la reflexión académica, la investigación, la acción jurídica en relación al reconocimiento, respeto, y exigibilidad de los derechos humanos.



Tiene como objetivos la difusión, asesoría, y patrocinio de casos de violación de derechos humanos de personas, y colectivos, a nivel nacional e internacional.

El Centro es coordinado por un docente de la facultad de jurisprudencia; además son parte del mismo, catedráticos, asesores, y estudiantes quienes participan como becarios, pasantes, y voluntarios.

Nuestros ejes de trabajo son:

- 1. Litigio:** Se trabaja a través del litigio estratégico o de alto impacto. Los casos que se receptan son llevados en jurisdicción nacional e internacional, y reciben insumos de investigación de jurisprudencia nacional, internacional, análisis de contexto nacional e informes internacionales. Varios de ellos son coordinados con organizaciones no gubernamentales, abogados externos, y profesores de la facultad.
- 2. Investigación:** Se promueve la investigación dentro de la Facultad. El Centro ha participado en investigaciones relacionadas con el acceso a la información pública, y la argumentación de las sentencias de la Corte Constitucional.
- 3. Promoción:** Se participa en espacios de coordinación con instancias públicas y privadas que influyen en la modificación de políticas públicas.
- 4. Difusión:** Se realiza actividades como foros y talleres. Además, el coordinador atiende las solicitudes de ponencias sobre derechos humanos en los eventos a los cuales es invitado el Centro de Derechos Humanos o la Facultad de Jurisprudencia (bajo delegación del Sr. Decano).
- 5. Educación clínica:** Se genera un espacio de análisis profundo de la materia alrededor de los casos reales, por lo que se acoge cada semestre a estudiantes de las materias de Consultorios Jurídicos, y se recibe el apoyo de voluntarios y becarios, en coordinación con los Consultorios Jurídicos de la Facultad.

Centro de Derechos Humanos - Facultad de Jurisprudencia

Av. 12 de Octubre s/n y Ladrón de Guevara • Teléfono: 299 1700 ext. 1427 • Correo: cdh@puce.edu.ec

Capítulo III

Derecho y Ciencias Políticas

Las distintas dimensiones de la independencia judicial: Comparando las cortes de justicia de Chile, Perú y Ecuador¹

Santiago Basabe-Serrano²

Abstract

Este artículo analiza de forma comparada los desempeños de los Poderes Judiciales de Chile, Perú y Ecuador durante las últimas dos décadas. En primer lugar se describen las variaciones en cuanto a independencia judicial externa, independencia frente a las partes procesales -corrupción judicial- e independencia judicial interna. Posteriormente se identifican las variables que explican los diferentes valores asumidos en la actualidad por la independencia de los jueces respecto a los políticos -independencia judicial externa-. A partir de evidencia empírica proveniente de encuestas y entrevistas en profundidad realizadas en Santiago, Lima y Quito, el artículo propone que la concentración del poder en el ejecutivo, la competencia partidista, la aceptación ciudadana al presidente y la complejidad de los mecanismos de selección ejercen influencia sobre la independencia judicial externa. Además, los hallazgos empíricos dan cuenta de que las tres dimensiones de la independencia judicial presentan rendimientos dispares en cada país analizado. Mientras la independencia judicial externa y la corrupción judicial son un problema mayor para Perú y Ecuador, la independencia judicial interna es una dimensión en la que incluso Chile presenta resultados deficitarios.

- 1 Una versión preliminar de este artículo fue presentada en el panel "Challenges for the Judiciary: Stability, Independence, and Compliance" organizado dentro del XXX Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), San Francisco, 23-26 de mayo de 2012. El trabajo de campo fue financiado con el Fondo de Desarrollo Académico (FDA) de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador. El autor agradece a Jorge Jocelín Almendras, Jorge Morel Salman y Sergio García Rendón por su asistencia en la recolección de información en Santiago, Lima y Quito, respectivamente.
- 2 Profesor Investigador del Programa de Estudios Políticos de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Sede Ecuador. Comentarios y sugerencias: sbasabe@flacso.org.ec

Una panorámica de la independencia judicial en América Latina³.

Dentro de los estudios sobre independencia judicial para América Latina, la producción académica ha sido dispar en cuanto al énfasis otorgado a las diferentes dimensiones que conforman dicho concepto. De hecho, el interés generado hacia el análisis de los vínculos entre políticos y jueces y la autonomía de éstos para decidir, comúnmente conocido como independencia judicial externa, es la dimensión que se ha desarrollado mayoritariamente. De las diversas variantes que puede asumir dicha dimensión, una de las más exploradas es la que tiene que ver con los motivos que llevan a los ejecutivos a delegar poder a las cortes y la naturaleza jurídica de dicha delegación (Larkins, 1998a; Magaloni, 2003; Finkel, 2005, 2008). Las cortes argentina y mexicana son las más analizadas aunque tomando a cada Poder Judicial como estudio de caso⁴.

Por otro lado, la capacidad de las cortes para incidir sobre las decisiones políticas y el tipo de relaciones que esto produce frente al entorno es otra faceta de la independencia judicial externa con trabajos investigativos y con un mayor énfasis en la comparación entre varios países de la región (Faro de Castro, 1997; Domingo, 2004; Sieder et al, 2005). En este grupo se puede incluir también a los trabajos que consideran a las cortes constitucionales como jugadores de veto de las políticas públicas (Basabe-Serrano, 2012a, 2011, 2009; Stein et al, 2006; Wilson y Rodríguez Cordero, 2006; Ríos-Figueroa y Taylor, 2006; Wilson, 2005; Rodríguez et al, 2003; Arantes, 2000).

No obstante lo dicho, el principal punto de atención para el estudio de la independencia judicial externa ha sido el análisis del papel que cumplen los jueces para controlar la actividad política del Ejecutivo y el Legislativo. Aunque los trabajos siguen siendo mayoritariamente descriptivos existe una tendencia creciente hacia la explicación (Iaryczower et al, 2002; Chávez, 2003, 2004; Finkel, 2003; Scribner, 2004; Uprimny, 2004; Staton, 2004; Smulovitz y Peruzotti, 2000, 2003). Al respecto, la observación de variables institucionales es la más recurrente (Domingo, 2000; Brinks, 2005; Navia y Ríos-Figueroa, 2005; Ríos-Figueroa, 2006) aunque los trabajos centrados en la teoría del elector racional ocupan también un espacio importante (Helmke, 2002, 2003, 2005; Helmke y Rosenbluth, 2009). El caso chileno -junto al mexicano y argentino- es uno de los más analizados, no sólo en el período democrático sino también en la época dictatorial (Staton, 2002; Hilbink, 2003, 2007; Couso, 2002, 2004, 2005). En general, el principal

3 En esta parte me apoyo fundamentalmente en el trabajo de revisión de la literatura existente sobre políticas judiciales realizado por Kapiszewski y Taylor (2008)

4 En el trabajo de Larkins (1998b) se compara el caso argentino con el peruano.

vacío detectado en la literatura que analiza la independencia judicial externa es la ausencia de mediciones sistemáticas que capturen varios períodos temporales y a lo largo de diferentes países.

En cuanto a la independencia judicial frente a las partes procesales, entendida como el grado de influencia que puede ejercer sobre las decisiones de los jueces cualquier forma de pago ilegítimo proveniente de los litigantes, la literatura es amplia aunque con hallazgos empíricos contradictorios. Respecto a los trabajos que buscan explicar la presencia de dicho fenómeno, conocido comúnmente como corrupción judicial, se han identificado al menos cinco factores clave: de contexto social, de funcionamiento interno de las cortes, de naturaleza económica, de origen institucional; y, de entorno político. En el primer caso se enfatiza en la influencia que podrían ejercer sobre la corrupción variables como la tolerancia social a la comisión de actos ilegítimos (Pepys, 2007), la acción de grupos criminales organizados (Buscaglia, 2007) o la presencia de mecanismos de transparencia y rendición de cuentas (Rose-Ackerman, 2007)⁵.

Respecto a los factores relacionados con el funcionamiento interno de las cortes, la literatura identifica a la formación profesional de los jueces, la carga de trabajo que soportan y el respeto a la carrera judicial como variables determinantes de la corrupción judicial (Pepys, 2007; Rose-Ackerman, 2007; Hammergren, 2007; Salazar y Ramos, 2007). En cuanto a los factores económicos, el bajo salario de los jueces, el PIB per cápita y el grado de apertura al mercado son las motivaciones a las que con mayor insistencia se acude (Rose-Ackerman, 2007). En relación a los factores institucionales, se señala a la concentración de competencias jurisdiccionales y administrativas en el mismo juez (Buscaglia, 2007), los costos de transacción que implican un número mayor de pasos que deben seguirse hasta obtener una sentencia judicial (Voigt, 2007; Rose-Ackerman, 2007; Pepys, 2007; Buscaglia, 2007) y la presencia o no de oficinas encargadas de perseguir los hechos de corrupción como las variables decisivas en la presencia de tal fenómeno social.

Finalmente, la influencia del entorno político sobre la corrupción judicial se verifica en función del grado de dispersión del poder dentro de la arena política. Así, a medida que el poder se encuentra compartido entre un mayor número de actores políticos existirían mayores probabilidades de un “buen gobierno”, entendido en términos de menor corrupción no sólo en el Poder Judicial sino en

5 El caso costarricense daría cuenta de la validez de la hipótesis planteada (Salazar y Ramos, 2001: 191). No obstante, el trabajo efectuado por Voigt (2007: 299) en 63 países arroja resultados estadísticos poco significativos de esta variable en la explicación de la corrupción judicial.

la esfera pública en general (Montinola y Jackman, 2002). Como se dijo, aunque la literatura es amplia, los hallazgos empíricos son contradictorios⁶.

De las tres dimensiones de la vida judicial que interesan a este artículo, la relacionada con la independencia judicial interna es la que reporta avances menos significativos en América Latina. Entendida como el grado de influencia que los jueces superiores pueden ejercer sobre las decisiones de sus colegas de inferior nivel, la independencia judicial interna encuentra en el trabajo de Ríos-Figueroa (2006) uno de sus pocos referentes investigativos. Allí se analiza el grado de autonomía de los jueces inferiores respecto a sus superiores en función de variables institucionales relacionadas con los mecanismos de selección, los períodos de funciones, las vías utilizadas para obtener ascensos, transferencias o aplicar sanciones; y, la autonomía salarial. En esencia, se asume que si las cortes supremas o superiores controlan -por la vía institucional- los procesos de selección de jueces o la aplicación de incentivos selectivos de diverso orden, entonces será más probable que tales jueces puedan ejercer influencia sobre las decisiones de sus colegas inferiores. Una explicación similar ofrece Gamarra (1991) al estudiar la independencia judicial interna en Bolivia.

Otra de las investigaciones inscritas en el estudio de esta dimensión de la independencia judicial es la realizada por Pérez-Liñán et al (2006). Allí se plantea que las probabilidades de que los jueces inferiores se sometan a las cortes superiores aumentan si: a) en unos y otros jueces existe similitud de criterios respecto a la interpretación de la ley; b) los jueces inferiores pueden anticipar que si dictan los fallos acorde a su propio criterio serán sujetos a revocatoria por parte de los jueces superiores; y, c) los jueces inferiores temen una manipulación política de sus carreras profesionales. Aunque este trabajo se halla enmarcado en la teoría de juegos y específicamente en el modelo de principal-agente, el argumento planteado fundamentalmente en el literal c) guarda coherencia con el expuesto por Ríos-Figueroa (2006). En otras palabras, se parte del supuesto que, si los jueces superiores tienen capacidades institucionales de remover o transferir a sus colegas de inferior nivel jerárquico, entonces la independencia judicial interna estaría en cuestionamiento.

Los desempeños de la independencia judicial en Chile, Perú y Ecuador.

A fin de analizar las trayectorias asumidas por las distintas dimensiones de independencia judicial en América Latina se seleccionaron las cortes de Chile,

6 Mientras Melgar Peña (2007: 214) verifican una relación directa entre dispersión del poder político y reducción de la corrupción judicial, el trabajo de Voigt sobre 63 países arroja resultados poco significativos.

Perú y Ecuador. Los Poderes Judiciales de estos países resultan valiosos para la comparación pues, a pesar de mantener una tradición jurídica similar, ofrecen rendimientos diferentes en cuanto a la independencia judicial externa, interna y a la corrupción judicial. De otro lado, dicha selección de las unidades de análisis es metodológicamente justificada pues, por un lado, garantiza la existencia de varianza en la variable dependiente; y, por otro lado, disminuye los sesgos de variable truncada que podrían aparecer cuando se recurre a unidades de análisis con valores extremos en la variable dependiente. Dado que Chile ha sido considerado tradicionalmente como un país con un Poder Judicial altamente autónomo, Ecuador como un caso diametralmente opuesto y Perú como un país con una situación intermedia, los posibles efectos de sobreestimación o subestimación originados por la presencia de variables truncadas se hallan controlados.

En cuanto al período analizado, se consideraron tres momentos históricos críticos para cada uno de los Poderes Judiciales. En el caso de Chile, el primer corte temporal va del 11 de marzo de 1990 al 11 de marzo de 1994. Este es el período de retorno a la democracia y en el que aún se podría notar la influencia de enclaves dictatoriales en las formas de relacionamiento dadas entre jueces y de éstos respecto a los actores políticos.

El segundo período va del 11 de marzo de 1994 al 31 de diciembre de 1997. Dicho corte corresponde al afianzamiento del régimen democrático, lo que debería traer como consecuencia una mayor independencia de los Poderes del Estado y, a la par, mayor autonomía externa e interna de las cortes. Finalmente, el tercer período va del 1 de enero de 1998 hasta junio de 2011. La puesta en vigencia de un agresivo proceso de reforma judicial a inicios de 1998, que englobaba no sólo al campo procesal sino además al relacionado con los mecanismos de reclutamiento de jueces, permiten asumir que aquí se marca la etapa de despegue del Poder Judicial chileno en términos de mayor autonomía interna y externa de las cortes y jueces inferiores. A la par, se presume que la evolución de la corrupción judicial debería seguir el mismo curso que las otras dimensiones de ya anotadas.

En el caso del Perú, el primer corte temporal va del 28 de julio de 1985 al 5 de abril de 1992. Esta es una época de profunda dominación política del Partido Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA). Para la independencia judicial en general este sería un período de injerencia política abierta en la designación de jueces y, por tanto, de aparente declive de la autonomía de las cortes. El segundo período va del 5 de abril de 1992 al 22 de noviembre de 2000. Este momento histórico inicia con el "auto golpe" del Presidente Fujimori y concluye con su salida del poder. Esta es una época en la que la vigencia de reglas mínimas del régimen democrático se encuentra claramente en duda. En el caso de la independencia

judicial, el escenario político descrito haría pensar que se trata de una etapa en la que los rendimientos de las distintas dimensiones de dicho concepto tenderían a la baja. El tercer período va desde el 22 de noviembre de 2000 hasta junio de 2011. El retorno a la democracia y la efectiva reforma judicial, tanto en lo relacionado a las estructuras institucionales como a las estrategias utilizadas para la capacitación de los jueces, harían prever que durante este período la independencia judicial ha mejorado en relación al momento histórico previo.

En el caso del Ecuador, el primer corte temporal va de octubre de 1997 a diciembre de 2004. Puesto que este momento histórico es correlativo a la designación de jueces de la Corte Suprema por períodos vitalicios, dicha estabilidad en la máxima instancia de la justicia ecuatoriana haría prever que en el resto de las cortes y, por ende, en las relaciones entre jueces existiría un mayor respeto por la independencia judicial interna y externa. En el caso de la corrupción judicial, el escenario descrito haría suponer que dicho fenómeno tendería a mantenerse estable. El siguiente período va de diciembre de 2005 a diciembre de 2008. Este corte temporal coincide con la reinstalación tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional, luego de un período de acefalia de ambos órganos de justicia como consecuencia de la salida anticipada del Presidente Gutiérrez (Basabe-Serrano, 2012a, 2012b). Se esperaría, por tanto, que los rendimientos de la independencia judicial guarden cierta armonía con la observada en el período previo. El último período va de diciembre de 2008 hasta junio de 2011. Este momento histórico es correlativo con la vigencia de un nuevo diseño constitucional y, sobre todo, con el surgimiento de un proceso político con rasgos hegemónicos (Basabe-Serrano et al, 2010). En dicho escenario, la independencia judicial tendería a menoscabarse.

A pesar de que los cortes temporales seleccionados para cada país no coinciden exactamente en cuanto a los años analizados, lo que en términos cuantitativos provocaría el problema metodológico de panel des balanceado -*unbalanced panel*-, el punto de comparación está dado por el hecho de que cada uno de tales períodos corresponde a diferentes momentos de la vida institucional de los respectivos Poderes Judiciales. Por tanto, las variaciones apuntadas sirven solamente para identificar metodológicamente las distintas etapas de vida institucional del Poder Judicial de cada país analizado.

Para capturar los valores de las tres dimensiones de la independencia judicial que interesa analizar -externa, interna y en relación a las partes procesales- se tomaron cincuenta encuestas ($n=150$) recolectadas en cada una de las ciudades capitales de los países analizados -cincuenta (50) en Santiago, cincuenta (50) en Lima y cincuenta (50) en Quito-. Por la naturaleza de la información que se pretende recabar, los informantes fueron seleccionados de entre los abogados en ejercicio

profesional más prestigiosos de cada país. En este punto, una de las ventajas de la selección realizada, a diferencia de aquellas en las que se consideran a empresarios, es que los encuestados son personas que están en contacto permanente con la administración de justicia y, por tanto, tienen un conocimiento de la realidad que no está dado en función de casos particulares sino de un escenario más general. Por otro lado, al plantear un mayor número de encuestas a las que comúnmente se suele utilizar se capturó un mayor número de opiniones sobre la temática analizada⁷. La batería de preguntas se tomó de forma personal en las tres ciudades mencionadas entre los meses de abril y junio de 2011. A fin de asegurar la fidelidad de los datos obtenidos se garantizó el anonimato a los informantes. Finalmente, la selección de encuestados procuró mantener equilibrio de género y a la par una diversidad de tendencias ideológicas.

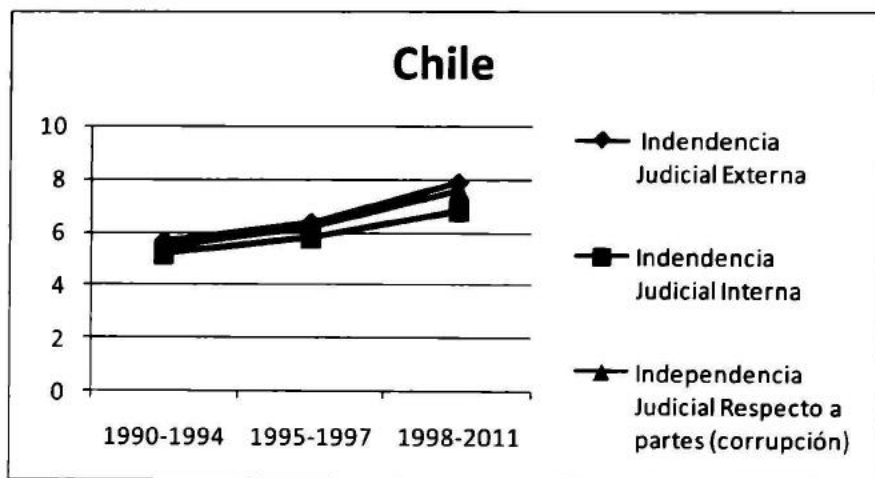
Sobre este tema, la encuesta incluyó una pregunta relacionada con auto ubicación ideológica de los informantes. Para ello, se pidió a los encuestados que califiquen su propia tendencia ideológica en una escala que inicia en “1” y que corresponde a extrema izquierda y que concluye en “10”, que corresponde a extrema derecha. La media ideológica de los encuestados en Chile es de 5,22/10 mientras que en Perú arriba a 4,95/10; y, en Ecuador, a 4,92/10. Tales resultados reflejan la existencia de posiciones moderadas en los informantes de la encuesta y el consiguiente efecto sobre la disminución de sesgos atribuibles a tales personas. No obstante, la posibilidad de que las respuestas se hayan racionalizado en función del recuerdo de lo ocurrido en períodos históricos previos, y que dan cuenta del sesgo conocido como *recording bias*, se mantiene. Dada la inexistencia de estrategias alternativas para medir la independencia judicial a lo largo del tiempo, es necesario asumir el error de medición anotado como parte de la incertidumbre propia de la investigación científica. De todas maneras, el hecho de que los informantes sean expertos en la temática judicial disminuye los problemas de medición ya anotados.

Para triangular la información ya referida, adicionalmente se realizaron entrevistas semi estructuradas con expertos que, en su gran mayoría, no habían sido considerados para las encuestas. De esta forma se capturó información más cualitativa que permitió corroborar los hallazgos empíricos previos. En total se realizaron 87 entrevistas -26 en Santiago, 29 en Lima y 32 en Quito-, todas tomadas de forma personal entre los meses de abril y julio de 2011. Por la naturaleza de la investigación y dado que muchos de los entrevistados litigan frecuentemente en las cortes de los países analizados, se les garantizó que se guardaría reserva de sus

7 El aporte de mediciones como las del *Doing Business* consiste en que, a pesar de considerar pocas encuestas por país, abarcan buena parte de los Estados a nivel mundial con lo que la posibilidad de realizar comparaciones de mayor amplitud se viabiliza.

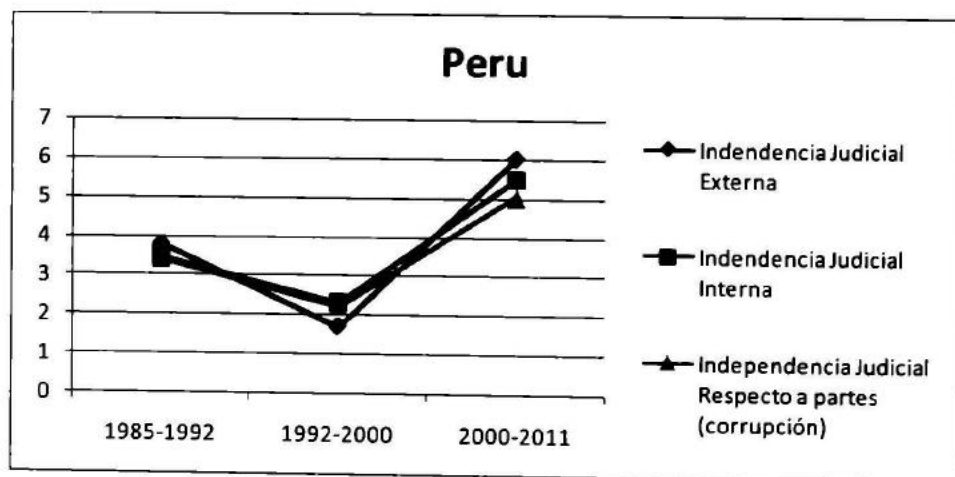
identidades. Al igual que en las encuestas, se buscó mantener la equidad de género y posicionamientos ideológicos variados. Esto último se consiguió seleccionando expertos cuya práctica profesional se focaliza en diversas áreas del Derecho. Los Gráficos 1, 2 y 3 reflejan los resultados de la medición de las tres dimensiones de la independencia judicial en los países estudiados.

Gráfico No 1: Dimensiones de la independencia judicial en Chile

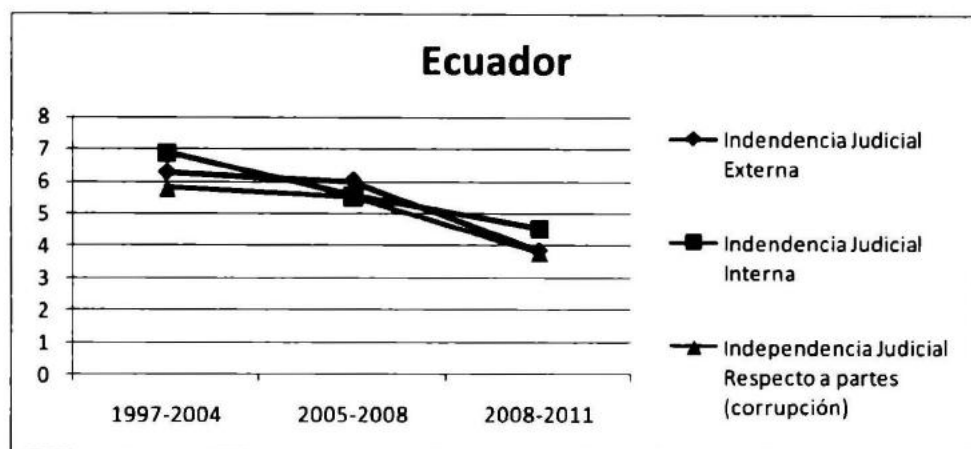


Fuente: Encuestas realizadas en Santiago, Lima y Quito

Gráfico No 2: Dimensiones de la independencia judicial en Perú



Fuente: Encuestas realizadas en Santiago, Lima y Quito

Gráfico No 3: Dimensiones de la independencia judicial en Ecuador

Fuente: Encuestas realizadas en Santiago, Lima y Quito

Independencia judicial externa

La trayectoria asumida por la independencia judicial externa en los tres países es variante a lo largo del tiempo y con claros puntos de quiebre en los casos de Perú y Ecuador. De su lado, en el caso chileno se observa una tendencia creciente hacia la autonomía de los jueces respecto a los políticos. Aunque durante el primer período analizado la independencia judicial en Chile presenta rendimientos pálidos esto se hallaría justificado por el proceso de redemocratización por el que atravesó ese país luego del régimen dictatorial del General Pinochet (5,64/10). Tales enclaves, mantenidos durante los años inmediatamente posteriores a la transición darían cuenta de los resultados descritos (Siavelis, 2009; Garretón, 2003; Hilbink, 2007). De hecho, con el afianzamiento de la división de poderes, la autonomía de los jueces respecto a los políticos mejora considerablemente en el segundo período analizado aunque sin alcanzar valores óptimos (6,36/10). La estabilización de la democracia, la competencia partidista entre actores y la sedimentación de las instituciones políticas (Morales, 2008), observadas en el tercer período estudiado, dan cuenta de la presencia de los mejores resultados en independencia judicial externa alcanzados por Chile (7,86/10).

En el caso peruano, la trayectoria asumida por la independencia judicial externa es accidentada, en buena medida debido a la presencia de fenómenos políticos de alto impacto. Durante el primer período analizado, los resultados observados son deficientes y se enmarcan en el momento histórico de hegemonía del Partido Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA). El control del Ejecutivo y del

Legislativo por parte de dicha agrupación política encontraría su correlato en el bajo grado de independencia judicial externa (3,75/10). No obstante, el segundo período considerado refleja rendimientos aún más deficitarios. El “autogolpe” del Presidente Fujimori y la total cooptación del Poder Judicial a través de su asesor personal, Wladimiro Montesinos, darían cuenta de la ausencia de respeto a reglas democráticas básicas durante esa época (1,67/10). Finalmente, con el retorno a la democracia en el año 2000, la situación de la justicia peruana respecto a los políticos presenta mejoras importantes aunque sin alcanzar estándares como los observados en el caso chileno (5,97/10). De hecho, el mejor momento de la independencia judicial externa del Perú no guarda mayor diferencia con el peor momento de la independencia judicial externa de Chile.

Finalmente, en el caso ecuatoriano la independencia judicial externa ha pasado de una situación intermedia a una clara reducción en la autonomía de los jueces respecto a los políticos. Así, durante el primero y segundo períodos analizados no se observan mayores variaciones en la dimensión analizada sin que esto implique la existencia de rendimientos judiciales eficientes (6,26/10 y 6,00/10 respectivamente). No obstante, los valores arrojados por las encuestas en los momentos históricos que van de 1998 a 2008 resultan cercanos a los registrados en Chile entre 1995 y 1997. En contraposición al caso peruano en el que a partir de 2000 existe un repunte de la independencia judicial externa, en el caso ecuatoriano el tercer período analizado da cuenta de una brusca caída de la autonomía judicial respecto a la política (3,84/10). La llegada al gobierno del Presidente Correa, la erosión de los partidos políticos como consecuencia de ello y la implantación de un gobierno con rasgos hegemónicos (De la Torre, 2010; Basabe-Serrano et al, 2010; Conaghan, 2008) constituye el escenario en el que se verifica la reducción de la independencia judicial externa del Ecuador. Así, actualmente la autonomía de los jueces respecto a los políticos en Ecuador es comparable a la que existía en Perú durante la hegemonía del APRA y del Presidente Alan García.

Independencia judicial respecto a partes procesales (corrupción judicial)

En relación a la independencia de los jueces respecto a las partes procesales, dimensión de la vida judicial más conocida como corrupción judicial, los rendimientos de los países siguen las mismas lógicas de la independencia judicial externa. En el caso chileno, el primer corte temporal presenta resultados intermedios aunque con tendencia creciente para el segundo momento histórico analizado (5,44/10 y 6,20/10 respectivamente). Más allá de eso, resulta llamativo que en el tercer período la lucha contra la corrupción judicial mejora de forma acelerada (7,60/10). El proceso de reforma judicial, evidenciado no sólo en cambios institucionales como la promulgación del nuevo Código de Procedimiento Penal

de 2000 sino también en la mejoría en la calidad de los jueces, observable en los rendimientos de la Academia Judicial, sentarian las bases de apoyo para los resultados analizados.⁸

En cuanto a la corrupción judicial en Perú, el período inicial de estudio refleja valores deficitarios que se acentúan aún más durante el segundo momento histórico analizado (3,39/10 y 2,20 respectivamente). La revelación de los famosos “vladivideos”, en alusión a las conversaciones mantenidas por el asesor presidencial Vladimiro Montesinos con jueces en las oficinas del Servicio de Inteligencia del Perú, reflejan de forma contundente el estado de la corrupción judicial en ese país durante la administración del Presidente Fujimori (Bustamante, 2001). Durante el tercer período analizado, la lucha contra la corrupción judicial mejora ostensiblemente en el Perú, entre otras razones, por el impulso dado a la formación de los jueces a través de la Academia de la Magistratura del Perú (5,00/10). Creada con la Constitución de 1993 pero revitalizada con el gobierno transitorio de Valentín Paniagua, dicha instancia se ha constituido en un espacio decisivo para mejorar no sólo el nivel profesional de los jueces sino también para incentivar la transparencia en la gestión del Poder Judicial. No obstante, si se comparan los valores actuales de esta dimensión de la independencia judicial en Chile y Perú, los rendimientos en este último país continúan siendo deficitarios.

En el caso ecuatoriano, la corrupción judicial se mantiene en niveles intermedios tanto en el primero como en el segundo período analizado (5,78 y 5,52 respectivamente), lo que guarda coherencia con los valores asignados a la independencia judicial externa. Aunque durante estos períodos se han dado escándalos de corrupción judicial, como el de un ex juez supremo acusado en 2003 de incrementar injustificadamente su patrimonio personal o el de tres jueces supremos en materia penal acusados de cohecho en el año 2006, los valores evidenciados eran mejores que los reportados actualmente para Perú⁹. Sin embargo, en el tercer período es donde se encuentran los datos más llamativos pues se presencia un marcado incremento de la corrupción judicial (3,76/10). La ausencia de capacitación a los jueces debido en buena medida a los continuos cambios en el diseño institucional de la denominada Escuela Judicial han conspirado para el grave deterioro de esta dimensión de la independencia judicial.

8 Aunque la Academia Judicial fue creada en 1994, su vigencia efectiva data de finales de esa década.

9 Ver notas de prensa publicadas en el Diario Hoy de los días 31 de diciembre de 2003 y de 19 de septiembre de 2006. <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1000216063/-1/Corte-se-desvisti%C3%B3-ante-pol%C3%ADticos.html> y <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/zambrano-destituido-robayo-y-franco-separados-de-la-csj-247208.html>

Independencia judicial interna

Los desempeños de la independencia judicial entre jueces de distintos niveles jerárquicos es la que arroja resultados más llamativos, esencialmente en el caso chileno, en el que los rendimientos no son lo suficientemente alentadores como los observados en la medición de la independencia externa y la corrupción judicial. Aunque durante el primer período analizado es comprensible la ausencia relativa de autonomía de jueces inferiores respecto a sus superiores debería esperarse una mejora importante con la sedimentación de la democracia y la independencia de los poderes del estado; no obstante, los valores no varían en forma significativa (5,18 y 5,80 respectivamente). Aunque en el último corte temporal la percepción de los encuestados respecto a la independencia judicial interna en Chile va en aumento, no existe un despunte tan marcado a diferencia de lo ocurrido con la independencia judicial externa. Los mecanismos de selección y control disciplinario de los jueces inferiores, a cargo de la Corte Suprema; y, la tradición conservadora de los jueces a lo largo del tiempo son algunas de las explicaciones para la situación descrita (Hilbink, 2007).

En el caso peruano la independencia judicial entre jueces de diferentes jerarquías es tenue durante el primer período analizado (3,46/10). La cooptación por parte del APRA de las máximas instancias de decisión judicial y la incidencia que desde allí pudo generarse hacia los tribunales de menor jerarquía son parte del escenario institucional de la época. Durante el segundo período, el descenso de la independencia judicial interna es aún mayor y guarda relación con la modificación drástica de las reglas de convivencia democrática (2,29/10). El proceso de reestructura del Poder Judicial, a cargo del Almirante Dellepiane Massa, encargado de la designación de las cortes superiores son parte del escenario de afianzamiento de la dependencia de los jueces inferiores. El tercer período analizado, al igual que en el caso de la independencia judicial externa, presenta un avance substancial aunque sin llegar a valores óptimos (5,45/10). El mayor respeto a la carrera judicial como mecanismo de promociones y traslados, observable durante este momento histórico, daría cuenta de la mejoría descrita.

En Ecuador, la independencia judicial interna ha sufrido menos variaciones en relación a las otras dimensiones ya analizadas. Los dos primeros períodos estudiados mantienen resultados similares, lo que da cuenta de un estancamiento en cuanto al interés por mejorar la autonomía de los jueces inferiores (5,86 y 5,52 respectivamente). En el tercer período se observa una caída de la independencia judicial interna aunque sin la fuerza de los retrocesos hallados en la independencia judicial externa y la lucha contra la corrupción judicial (4,28/10). De hecho, en esta dimensión Ecuador presenta los rendimientos más cercanos al caso peruano e

incluso al chileno. Aunque en el caso ecuatoriano, a diferencia del chileno, la Corte Suprema no tiene capacidad de control y sanción sobre los jueces de inferiores niveles jerárquicos, los rendimientos de la independencia judicial interna se mantienen bajos. Lo dicho haría conjeturar que la explicación de tales resultados no tiene una relación directa con la creación de Consejos de la Judicatura u otros órganos de administración judicial -existentes en Ecuador y no en Chile.

Jueces y políticos en América Latina: avances y retrocesos

Los resultados relacionados con la independencia judicial externa que este artículo ofrece reflejan los dispares desempeños de esta dimensión de la vida institucional de las cortes latinoamericanas. Mientras Chile avanza en un proceso consolidado de autonomía de los jueces respecto a los políticos y Perú trata de acercarse a dicho umbral, en Ecuador hay un retroceso. Como se ha evidenciado en la literatura, no es posible afianzar el régimen democrático sin un Poder Judicial lo suficientemente autónomo para que el Imperio de la Ley florezca. Por ello, en esta parte se analizan los factores que explicarían los diferentes desempeños de la independencia judicial externa en los tres casos analizados. En primer lugar se pasa revista de forma breve a los hallazgos empíricos respecto al tema para luego proponer un análisis causal que de cuenta de las diferentes realidades del Poder Judicial en la región. Se cierra el artículo con algunas conclusiones tanto de esta parte del análisis como de la panorámica general de las dimensiones de la independencia judicial incluidas en la primera parte del trabajo.

Principales factores que afectan a la independencia judicial externa

A partir del trabajo seminal de los *Federal Papers* conocemos que la posibilidad de que los jueces sean autónomos en sus decisiones depende esencialmente de que el poder político se encuentre compartido. Por tanto, a medida que existen mayores actores en la escena política, los jueces tendrían mayores oportunidades de decidir los casos aún en contra de los intereses de quienes detentan el poder. Luego, si hay al menos dos partidos con fuerza similar y ninguno tiene capacidad de controlar a la par al ejecutivo y al legislativo, la independencia judicial externa se vería favorecida (Dargent, 2009; Llanos y Figueroa, 2008; Vondoepp, 2006). Por otro lado, se ha evidenciado que la mera competencia partidista no explica por sí misma la independencia judicial sino que es la distancia entre los partidos, observada en sus plataformas políticas, la variable decisiva (Hanssen, 2004:721).

Desde otra perspectiva aunque en relación con la fragmentación del poder político y la competencia partidista, se ha argumentado que quien ejerce el poder conoce que en el futuro cercano podría estar fuera del cargo, por lo que

le interesará mantener cortes autónomas (Beer, 2006; Finkel, 2004, 2005; Chávez, 2004; Ginsburg, 2003; Vanberg, 2000; Domingo, 2000). Desde la visión de los jueces, el aumento de la competencia haría menos probable que sean sancionados con la destitución por lo que votarían de forma autónoma (Basabe-Serrano, 2011; Helmke, 2003, 2002; Iaryczower et al., 2002). Este último argumento tiene relación directa con la estabilidad de los jueces en los cargos y la relación entre esta variable y el voto sincero o estratégico de tales actores (Basabe-Serrano y Polga Hecimovich, 2013; Basabe-Serrano, 2012a; Grijalva, 2010; Helmke, 2002, 2003)

Finalmente, los mecanismos de selección de los jueces, principalmente de los de mayor jerarquía, es identificada como una variable institucional con efectos específicos sobre la independencia judicial externa. Los requisitos solicitados para la postulación (Vondoepp, 2006; Bordalí, 2009), la cantidad de actores involucrados en el proceso de designación y la posibilidad de reelección (Dargent, 2009; Popkin, 2002) son algunos de los referentes institucionales que se asumen como decisivos en el grado de autonomía de los jueces respecto a los políticos. Adicionalmente, el tiempo de permanencia en funciones (Porta et al, 2004; Burgos, 2003) o si la designación es por elección popular o a través de instancias específicas como las legislaturas son otras variables que podrían incidir sobre la independencia judicial externa. Aunque no es común en América Latina los casos de elección popular de los jueces, quizás con la reciente excepción boliviana, existen posiciones discrepantes al respecto. Por un lado, quienes señalan efectos perniciosos de este mecanismo, básicamente por los compromisos que se pueden generar en los procesos electorarios (Carrington, 1998); y, por otro lado, aquellos que lo defienden, evidenciando sus efectos positivos sobre la autonomía de los jueces (Bonneau y Gann Hall, 2009).

Valorando la independencia judicial externa en Chile, Perú y Ecuador

Para valorar los diferentes rendimientos de la independencia judicial en Chile, Perú y Ecuador se parte de los resultados de las encuestas practicadas en los tres países. Para tornar más analítica la explicación se consideran únicamente los valores reportados para el último período de cada país y en relación a las Cortes Supremas. De las variables explicativas constantes en la revisión de la literatura se toman para el examen la concentración de poder político en manos del presidente, la competencia partidista y los mecanismos de designación de los jueces. Además, se considera como un factor adicional que conspira en contra de la independencia judicial a la tasa de popularidad del presidente. La relación de la variable concentración del poder político en el ejecutivo con la independencia de los jueces para fallar de forma autónoma tiene que ver con la posibilidad de control mutuo entre poderes del estado, clásicamente abordada por la literatura. Respecto a la

competencia entre partidos se considera que cuando existe una distribución más uniforme de poder entre las agrupaciones políticas los jueces gozarían de mayor grado de autonomía para tomar sus decisiones.

En cuanto a los mecanismos de selección se asume que son más complejos en la medida que implican a un mayor número de actores y de arenas de decisión. Dichas características alientan a la negociación e intercambio con lo que los resultados, en este caso para la independencia judicial externa, se ven favorecidos (Cameron, 2000). Finalmente, la tasa de aprobación popular del presidente incide sobre la independencia de los jueces respecto a los políticos en virtud de que un Mandatario que goza de tal apoyo sentiría mayores incentivos para interferir en la justicia. El caso del Presidente Fujimori inmediatamente después del “autogolpe” o el llamado a “pulverizar” la Corte del Presidente Duarte en Paraguay son algunos referentes empíricos de lo anotado. Con lo expuesto, se establecen las siguientes hipótesis de trabajo:

H1: A medida que el poder político está más concentrado en manos del presidente, las probabilidades de mayor independencia judicial externa disminuyen.

H2: A medida que existe mayor competencia partidista, las probabilidades de mayor independencia judicial externa aumentan.

H3: A medida que los mecanismos de selección de jueces son más complejos, las probabilidades de mayor independencia judicial externa aumentan.

H4: A medida que la tasa de aceptación popular del presidente aumenta, las probabilidades de mayor independencia judicial externa disminuyen.

Datos y metodología

Para medir la concentración del poder político en manos del ejecutivo se consideró el porcentaje de asientos legislativos que tiene el partido del presidente, asumiendo el valor de “1” cuando el 100% de asientos corresponden al partido del ejecutivo; y, “0” cuando se da el caso contrario (0% de asientos del presidente). Para medir la competencia partidista se tomó como referente la distancia existente entre el porcentaje de asientos legislativos del primero y del segundo partidos más representados. Así, a medida que la distancia aumenta, la competencia partidista va en descenso. De acuerdo a la operación efectuada, si el valor asumido por esta variable se acerca a “0” se asume que existe mayor competencia partidista y en la medida que más se acerca a “1” se asume que existe menor competencia partidista¹⁰. Se dejó de lado la posibilidad de considerar como referente empírico

10 El indicador surge de la diferencia hallada entre el porcentaje de asientos del partido más votado respecto al segundo y esto dividido para cien.

al número de partidos pues en legislaturas atomizadas, como la ecuatoriana, dicha medida resulta sesgada. La información para las dos variables citadas fue obtenida de las páginas oficiales de los Congresos de los tres países¹¹.

En cuanto a la variable referida a los mecanismos de selección de los jueces se consideró tanto el número de actores involucrados en el proceso como las arenas políticas establecidas. Para capturar dicha información se acudió a las Constituciones y leyes secundarias de cada país. Finalmente, para medir la tasa de aceptación popular que mantienen los presidentes Piñera, García y Correa se asumió el valor de "1" cuando el 100% de la población aprueba la gestión presidencial; y, "0" cuando se da el caso contrario (0% aprueba la gestión del presidente). Se registró un único valor que corresponde a la media de todos los años en ejercicio de funciones de los Mandatarios. La información fue tomada de los reportes de Latinobarómetro. Como resumen del diseño metodológico descrito, la Tabla No 1 refleja los resultados obtenidos de la medición.

Tabla No 1: Factores que explican la independencia judicial externa en Chile, Perú y Ecuador

Variables	Chile	Perú	Ecuador
Concentración del poder en el presidente	0,33	0,30	0,47
Competencia partidista	0,17	0,07	0,32
Complejidad de mecanismos de selección	Alta	Media	Baja
Aceptación popular del presidente	41,5%	31,2%	64,2%
Independencia judicial externa	7,86/10	5,97/10	3,84/10

Fuente: Archivos de las legislaturas nacionales, constituciones políticas y Latinobarómetro.

Discusión

Acorde a los datos expuestos, mayor concentración del poder político en el

11 Para fines de comparación, en el caso chileno se consideró el Congreso y no el Senado como la Cámara referencial para el estudio.

ejecutivo, débil competencia partidista y alta aceptación popular del presidente constituyen las variables que explican los diferentes grados de independencia judicial externa en Chile, Perú y Ecuador. Como telón de fondo, tanto el número de actores intervinientes en el proceso de selección como el número de arenas de decisión, explican también las diferencias observadas en los tres países. Aunque en estudios cualitativos como el presentado en este artículo es difícil valorar el peso específico que cada variable explicativa ejerce sobre la dependiente, el tipo de medición utilizada permite extraer algunas conclusiones.

En primer lugar, se afirma que el mayor apoyo alcanzado por los presidentes en el Congreso tendría como consecuencia una disminución de la autonomía de los jueces para resolver aquellos casos en los que está presente la presión de los políticos y, fundamentalmente, de los políticos en el gobierno. El caso ecuatoriano es el que refleja esta relación de forma más clara respecto a lo ocurrido en Chile y Perú. Por otro lado, se ha constatado que el grado de competencia partidista en la legislatura tiene un vínculo directo con la independencia judicial externa. En los casos chileno y peruano la distancia entre los dos partidos más votados es menor por lo que la posibilidad de la alternancia conlleva a que los actores apuesten por jueces independientes de cara a un futuro de corto plazo en el que la correlación de fuerzas políticas cambie. En el caso del Ecuador, la competencia partidista se encuentra diezmada (47,58% de asientos oficialistas frente a 15,32% de asientos del segundo partido, Sociedad Patriótica) por lo que la posibilidad de mutuos controles entre agrupaciones políticas respecto al desempeño de los jueces es menos probable.

En cuanto a la aceptación popular del presidente como factor influyente sobre la autonomía de los jueces respecto a los políticos, los resultados analizados demuestran que las variaciones existentes entre los Mandatarios de Chile, Perú y Ecuador dan cuenta de una correlación en este sentido. Al respecto, lo que se desprende de este hallazgo es que los jueces se sentirían más presionados a votar los casos a favor de los presidentes cuando de por medio exista una presión popular que los apoye. El caso del Diario "El Universo" en Ecuador constituye un referente empírico que da cuenta de lo anotado¹². Finalmente, el grado de complejidad de los mecanismos de selección revela que las instituciones importan y que, en el caso de la independencia judicial externa, juegan un papel decisivo.

12 Durante el año 2012, el Presidente Correa enjuició por injuria calumniosa a la ex editor político y a los propietarios del diario "El Universo", el periódico de mayor difusión en el Ecuador. En un tiempo record (menos de un año) el Presidente consiguió que todas las instancias judiciales resolvieran ratificarse en una sentencia de tres años de prisión para los enjuiciados y además en el pago de una indemnización de cuarenta millones de dólares. Luego de fuertes críticas en lo nacional e internacional respecto a la procedencia del juicio en la esfera de lo penal, el Presidente decidió perdonar a los sentenciados, dando así fin al litigio.

En el caso chileno existen tres arenas, cada una integrada de varios actores que negocian de cara a tomar su propia decisión. En primer lugar, la Corte Suprema, en cuyo seno los 21 jueces discuten la conformación de la quina de candidatos, luego el Ejecutivo que valora dichas opciones de cara a tomar su propia decisión; y, finalmente, el Senado que designa luego de alcanzar una mayoría entre sus 38 integrantes. En el Perú existe una sola arena de decisión integrada por siete actores, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, quienes seleccionan a los jueces supremos luego de una convocatoria pública a presentar candidatos. Aunque se requiere dos tercios de los integrantes del Consejo para la designación, el proceso de negociación es reducido. De su lado, en el caso ecuatoriano existe una sola arena de decisión, conformada por los cinco miembros del Consejo de la Judicatura quienes designan los jueces luego de un concurso público de merecimientos y oposición. Tanto por el número de actores como por la conformación del Consejo, la negociación es aún más limitada que en el caso peruano¹³.

Conclusiones

Este artículo ha evidenciado las trayectorias asumidas por las diferentes dimensiones de la independencia judicial en América Latina. Para ello, ha considerado tres países referenciales de la región. Chile, que constituye el caso de permanente mejora aunque con algunas limitaciones en lo relacionado a la autonomía de los jueces inferiores respecto a sus superiores jerárquicos. Perú, que luego de una crisis de institucionalidad democrática se muestra con una proyección clara hacia estándares óptimos aunque aún con valores que deben ser mejorados en las tres dimensiones de la independencia judicial. Finalmente, Ecuador, que tras haber mantenido resultados intermedios afronta a la fecha un considerable deterioro en las tres aristas de la independencia judicial analizadas.

Luego de hacer un análisis descriptivo de los resultados obtenidos mediante encuestas y entrevistas a expertos de los tres países, este artículo se concentró en indagar los factores que explican los diferentes rendimientos de la independencia judicial externa. Al ser la arista que observa la relación entre jueces y políticos y la influencia que pueden ejercer éstos sobre las decisiones que involucran sus intereses, constituye un buen referente de estudio no sólo para el sub campo de las políticas judiciales sino también para los trabajos sobre consolidación de la

13 En el caso ecuatoriano se debe considerar que los datos analizados corresponden a la Corte Suprema elegida por una comisión ad-hoc, en el año 2005. Además, la integración del Consejo de la Judicatura constante en la Constitución de 2008 fue reformada por la Consulta Popular de 2011. Con la enmienda, el Consejo estará integrada por el Fiscal General, el Defensor Público y un representante del ejecutivo, legislativo y de la Corte Nacional, quien presidirá el organismo.

democracia. En síntesis, se ha propuesto que la concentración del poder político en el ejecutivo, la ausencia de competencia partidista en las legislaturas, el creciente apoyo popular a la gestión del presidente; y, la ausencia de complejidad en los mecanismos de selección de los jueces, afectan a la independencia judicial externa.

El análisis propuesto da cuenta de la correlación existente entre los valores de cada una de las variables independientes y la variable dependiente, independencia judicial externa, observada en cada país. No obstante, se requiere un análisis más analítico, de naturaleza cuantitativa, a fin de valorar el peso específico de cada factor y de sus interacciones sobre el comportamiento de los jueces respecto a los políticos. Lamentablemente, la ausencia de mediciones sistemáticas atenta contra dicho propósito. En todo caso, los datos que este artículo presenta ayudan a solventar de alguna forma esta deficiencia al otorgar series temporales que abarcan todo el período democrático de Perú y Chile, y buena parte del ecuatoriano. Teniendo presente las limitaciones anotadas, se puede afirmar de forma intuitiva que todas las variables seleccionadas ejercen influencia sobre la independencia judicial externa aunque la de naturaleza institucional con menos claridad, quizás debido a la dificultad para valorarla en su real dimensión en el convulsionado y permanentemente cambiante caso ecuatoriano.

De otro lado, los resultados que este artículo presenta dan cuenta de ciertas paradojas existentes en el estudio de las políticas judiciales y de los rendimientos de la democracia en general. Así, mientras para alcanzar coaliciones de gobierno estables y que permitan mejorar la calidad de las políticas públicas se requieren bancadas oficialistas mayoritarias, este artículo evidencia que dicho rasgo -concentración del poder político en el ejecutivo- es perjudicial para la independencia judicial externa. Sin embargo, esta paradoja podría ser resuelta si se analiza lo dicho en función del grado de competencia partidista real en la legislatura, otra de las variables sometidas a estudio. En efecto, es la interacción de bancadas oficialistas numerosas y limitada competencia respecto al partido político con la segunda representación, lo que conduce a una merma en la autonomía de los jueces respecto a los políticos. Este es el caso de Ecuador en la actualidad mientras que su antípoda es Chile, país en el que el partido de gobierno goza de un número importante de asientos legislativos pero sin distancias excesivamente amplias respecto al número de asientos del segundo mejor representado¹⁴.

14 En el caso chileno, el partido oficialista Unión Demócrata Independiente es el mejor representado en la Cámara de Diputados, registrando un 32,52% de asientos mientras que la agrupación que lo sigue, el Partido Demócrata Cristiano, goza de 15,44% de asientos. En Ecuador, el oficialista Alianza País tiene 47,58% de la Asamblea Nacional mientras que su competidor inmediato, el Partido Sociedad Patriótica, llega apenas al 15,32% de asientos legislativos.

La aceptación ciudadana al presidente como variable explicativa de la independencia judicial externa es otro punto de discusión. Aunque lo deseable es que los presidentes mantengan altos niveles de popularidad pues ello daría cuenta -al menos desde el punto de vista normativo- que su gestión es positiva, en ocasiones esto constituye una herramienta para pasar por alto la independencia del Poder Judicial, o la institucionalidad democrática en general. Sin embargo, la valoración de este factor como influyente sobre la independencia judicial externa debe darse a partir de su interacción con otras variables. Así, la popularidad del presidente sumada a competencia partidista limitada y a la concentración del poder político en el ejecutivo -un importante bloque legislativo oficialista-, darían cuenta del escenario en el que la autonomía de los jueces para decidir en casos de interés para los políticos se vería menoscabada. El sometimiento de las cortes peruanas después del “auto golpe” del Presidente Fujimori, el estado de dependencia del Poder Judicial de Venezuela con la llegada del Presidente Chávez o la aquí valorada situación por la que atraviesa la justicia ecuatoriana con el Presidente Correa, abonan evidencia empírica a lo dicho.

Las características del diseño institucional constituye la arena dentro de la que la interacción de las variables previamente anotadas puede arrojar resultados beneficiosos o perjudiciales para la independencia judicial externa. La presencia de más actores con capacidad de negociar y la inclusión de diversos escenarios de toma de decisión apoyan a que fruto de los acuerdos y la cesión de posiciones particulares se arribe a una justicia más independiente de la política. Como se ha visto en el caso de Ecuador -o en el caso del Perú de Fujimori-, la combinación de las variables ya descritas con mecanismos de selección de jueces carentes de complejidad dan lugar a una fórmula explosiva que termina por erosionar la independencia judicial externa. Si se considera que la autonomía de los jueces inferiores respecto a sus superiores y la corrupción judicial siguen trayectorias similares a la dimensión analizada, la fórmula aquí evidenciada termina por minar a las diferentes dimensiones del Poder Judicial.

Al final, aunque la independencia judicial es una temática abordada desde diferentes aristas y con una considerable carga de aportes teóricos y evidencia empírica, no existen acuerdos fuertes en torno a su medición y variables que explican su comportamiento. La generación de información sistemática y comparable entre países y el debate de propuestas que interaccionen a las esferas del Derecho y la Ciencia Política, son algunos de los puntos que deben ser tomados en cuenta a futuro si se pretende construir una teoría con pretensiones de generalización. Al respecto, la posibilidad de que converjan de forma más evidente las metodologías cualitativas y cuantitativas es otro de los desafíos planteado a los investigadores.

La descripción densa pero que se pierde en detalles y los modelos estadísticos altamente sofisticados pero que no explican de forma clara la realidad podrían vincularse de mejor forma de cara a plantear argumentos más sólidos y evidencia menos sesgada. En definitiva, el estudio de la independencia judicial continúa siendo un campo fértil para el análisis y la identificación de los vínculos existentes entre jueces, políticos y calidad de la democracia.

Bibliografía

- Arantes, Rogelio B. 2000. "The judiciary, democracy and economic policy in Brazil" En Stuart Nagel (ed). *Handbook of Global Legal Policy*. New York: Marcel Dekker.
- Basabe-Serrano, Santiago. 2009. "Estabilidad política y jugadores de veto judicial: un modelo espacial aplicado a cortes constitucionales", *Revista OPERA* 9: 121-134.
- Basabe-Serrano, Santiago. 2011. *Jueces sin toga: políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*. Quito: FLACSO Ecuador.
- Basabe-Serrano, Santiago. 2012a. "Judges without Robes: Exploring Judicial Voting in Contexts of Institutional Instability. The Case of Ecuador's Constitutional Tribunal (1999-2007)", *Journal of Latin American Studies* 44 (1): 127-161.
- Basabe-Serrano, Santiago. 2012b. "Presidential Power and the Judicialization of Politics as Determinants of Institutional Change in the Judiciary: The Supreme Court of Ecuador (1979-2009)", *Politics & Policy* 40 (2): 339-361
- Basabe-Serrano, Santiago y John Polga Hecimovich. 2013. "Legislative Coalitions and Judicial Instability: The Case of Ecuador's Constitutional Court (1999-2007)" *Political Research Quarterly* 66. Forthcoming.
- Basabe-Serrano, Santiago, Pachano, Simón, Mejía, Andrés (2010) "La democracia inconclusa: derechos fundamentales, instituciones políticas y rendimientos gubernamentales en Ecuador (1979-2007)" *Revista de Ciencia Política*, 30 (1): 65-85.
- Beer, Caroline C. 2006. "Judicial Performance and the Rule of Law in the Mexican States" *Latin American Politics & Society* 48 (3): 33-61.
- Bonneau, Cris W. y Melinda Gann Hall. 2009. *In Defense of Judicial Elections*. New York: Routledge.
- Bordalí Salamanca, Andrés. 2009. "Organización Judicial en el Derecho Chileno: un poder fragmentado" *Revista Chilena de Derecho* 36 (2): 215-244.
- Brinks, Daniel. 2005. "Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: The Beginning of a New Millenium?" *Texas Interntional Law Jurnal* 40: 595-622.

- Burgos Silva, Germán (ed.). 2003. *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién?, ¿Para qué?, ¿Cómo?*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Buscaglia, Eduardo. 2007. "Judicial corruption and the broader justice system". En *Transparency International: Global Corruption Report 2007*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bustamante Alarcón, Reynaldo. 2001. "Corrupción, Estado de Derecho y Poder Judicial en Perú" *Derecho & Sociedad* XIII (19): 30-41
- Cameron, Charles M. 2000. *Veto Bargaining: Presidents and the Politics of Negative Power*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Carrington, P. 1998. "Judicial Independence and Democratic Accountability in the Highest State Courts" *Law and Contemporary Problems* 61: 79-126.
- Chávez, Rebecca. 2003. "The Construction of the Rule of Law in Argentina: A Tale of Two Provinces", *Comparative Politics* 35 (4): 417-437.
- Chávez, Rebecca. 2004. *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*. Stanford: Stanford University Press.
- Conaghan, Catherine M. 2008. "Ecuador: Correa's Plebiscitary Presidency" *Journal of Democracy* 19 (2): 46-60.
- Couso, Javier. 2002. "The politics of Judicial Review in Latin America: Chile in Comparative Perspective" Disertación doctoral. University of California, Berkeley.
- Couso, Javier. 2004. "The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Domestic Transition. 1990-2002" En Glopen, Siri, Roberto Gargarella y Elin Skaar (eds.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Frank Cass Publishers.
- Couso, Javier. 2005. "The Judicialization of Chilean Politics. The Rights Revolution that never was" En Sieder, Rachel, Line Schjolden y Alan Angell. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan.
- Dargent, Eduardo. 2009. "Determinants of Judicial Independence: Lessons from Three "Cases" of Constitutional Courts in Peru (1982-2007)", *Journal of Latin American Studies* 41 (2), 251-278.
- De la Torre, Carlos. 2010. "El gobierno de Rafael Correa: posneoliberalismo, confrontación con los movimientos sociales y democracia plebiscitaria" *Revista Temas y Debates* 14 (20): 157-172.
- Diario Hoy, 31 de diciembre de 2003 [http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1000216063/1/Corte se desvisti%C3%B3 ante pol%C3%ADticos.html](http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1000216063/1/Corte%20se%20desvisti%C3%B3%20ante%20pol%C3%ADticos.html)
- Diario Hoy, 19 de septiembre de 2006 <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/zambrano-destituido-robayo-y-franco-separados-de-la-csj-247208.html>

- Domingo, Pilar. 2000. "Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico" *Journal of Latin American Studies* 32 (3): 705-735.
- Domingo, Pilar. 2004. "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary: Recent Trends in Latin America" *Democratization* 11 (1): 104-126
- Faro de Castro, Marcus. 1997. "The Courts, Law and Democracy in Brazil" *International Social Science* 49 (152): 241-252.
- Finkel, Jordi. 2003. "Supreme Court Decision in Electoral Rules After Mexico's 1994 Judicial Reform. An Empowered Court" *Journal of Latin American Studies* 35 (4): 777-799.
- Finkel, Jordi. 2004. "Judicial Reform in Argentina in the 1990s: How Electoral Incentives Shape Institutional Change" *Latin American Research Review* 39 (3): 56-80
- Finkel, Jordi. 2005. "Judicial Reform as a "Insurance Policy" in Mexico in the 1990s: A Supreme Court Willing and Able to Enter the Political Fray" *Latin American Politics & Society* 47 (1): 87-113
- Gamarra, Eduardo. 1991. *The System of Justice in Bolivia: An Institutional Analysis* Miami: Center for the Administration of Justice-Florida, International University.
- Garretón, Manuel Antonio. 2003. "Memoria y proyecto de país" *Revista de Ciencia Política* 23 (2): 215-230.
- Ginsburg, Tom. 2003. "Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases. New York: Cambridge University Press.
- Grijalva, Agustín. 2010. *Courts and Political Parties: The Politics of Constitutional Review in Ecuador*. Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Müller.
- Hammergren, Linn. 2007. "Fighting judicial corruption: a comparative perspective from Latin America". En Transparency International: *Global Corruption Report 2007*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hanssen, Andrew F. 2004. "Learning about Judicial independence: Institutional Changes in State Courts" *Journal of Legal Studies* 33 (2): 431-473.
- Helmke, Gretchen. 2002. "The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy", *American Political Science Review* 46 (2): 291-302.
- Helmke, Gretchen. 2003. "Checks and Balance by Other Means: Strategic Defection and the "Re-election" Controversy in Argentina" *Comparative Politics* 35 (2): 213-228.
- Helmke, Gretchen. 2005. *Courts Under Constraints. Courts, Generals and Presidents in Argentina*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Helmke, Gretchen y Frances Rosenbluth. 2009. "Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective" *Annual Review of*

Political Science 12: 345-366

- Hilbink, Lissa. 2003. "An Exception to Chilean Exceptionalism: The Historical Role of Chile's Judiciary and Prospects for Changes" En Eckstein, Susan Eva y Timothy Wickham-Crowley (eds). *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America*. Berkeley: University of California Press.
- Hilbink, Lissa. 2007. *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*. New York: Cambridge University Press.
- Iaryczower, Matías, Spiller Pablo and Tommasi, Mariano. 2002. "Judicial Independence in Unstable Environment. Argentina 1935-1998" *American Journal of Political Science* 46 (4): 699-716.
- Kapizewski, Diana y Matthew M. Taylor. 2008. "Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America" *Perspectives on Politics* 6 (4): 741-767.
- Larkins, Christopher M. 1998a. "The Judiciary and Delegative Democracy in Argentina" *Comparative Politics* 30 (4): 423-443.
- Larkins, Christopher M. 1998b. "The Legacies of Hyper-Presidentialism: Executive-Judicial Relations, Constitutional Cultures, and the Future of Democratic Governance in Argentina and Peru" Disertación doctoral. University of Southern California.
- Llanos, Mariana y Constanza Figueroa Schibber. 2008. "La participación de la Presidencia y el Senado en el nombramiento del Poder Judicial" *Desarrollo Económico* 47 (188): 607-637.
- Magaloni, Betariz. 2003. Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law in Mexico" En Scott Mainwaring y Christopher Welna (eds.). *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford: Oxford University Press.
- Melgar Peña, Carlos. 2007. "Judicial corruption and the military legacy in Guatemala". En Transparency International: *Global Corruption Report 2007*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Montinola, G. y R. Jackman. 2002. "Sources of corruption: A Cross Country Study". *British Journal of Political Science* 32 (1): 147-170.
- Morales Quiroga, Mauricio. 2008. "Evaluando la confianza institucional en Chile. Una mirada desde los resultados LAPOP" *Revista de Ciencia Política* 28 (2): 161-186.
- Navia Patricio y Julio y Ríos-Figueroa. 2005. "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America" *Comparative Political Studies* 38 (2): 189-217.
- Pepys, 2007 Pepys, Mary Noel. 2007. "Corruption within the judiciary: causes and remedies". En Transparency International: *Global Corruption Report 2007*. Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge.
- Pérez-Liñán, Aníbal, Ames, Barry, Seligson, Mitchell (2006) "Strategy, Careers,

- and Judicial Decisions: Lessons from the Bolivian Courts” *The Journal of Politics* 68 (2): 284-295.
- Popkin, Margaret. 2002. “Efforts to enhance Judicial independence in Latin America: A Comparative Perspective” En Office of Democracy and Governance (ed.), *Guidance for Promoting Judicial Independence and impartiality*. Washington D.C.: U.S. Agency for International Development.
- Porta, Rafael, Florencio López de Silanes, Christian Pop-Eleches y Andrei Shleifer. 2004. “Judicial Checks and Balance” *Journal of Political Economy* 112 (21): 445-470.
- Ríos-Figueroa, Julio. 2006. “The Emergence of an Effective Judiciary: Fragmentation of Power and Judicial Decision-Making Evidence from the Mexican Supreme Court, 1994-2002” Disertación doctoral. University of New York.
- Ríos-Figueroa, Julio y Matthew Taylor. 2006. “Institutional Determinants of the Judicialization of Policy in Brazil and Mexico” *Journal of Latin American Studies* 38 (4): 739-766.
- Rodríguez, César A., Rodrigo Uprimny, and Mauricio García-Villegas. 2003. “Justice and Society in Colombia: A Sociolegal Analysis of Colombian Courts” En Friedman, Lawrence y Rogelio Pérez Perdomo (eds.). *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*. Stanford CA: Stanford University Press.
- Rose-Ackerman, Susan. 2007. “Judicial independence and corruption”. En Transparency International: *Global Corruption Report 2007*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Salazar, Roxana y José Pablo, Ramos. 2007. “Increased transparency helps curb corruption in Costa Rica”. En Transparency International 2007: *Global Corruption Report 2007*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Scribner, Druscilla. 2004. “*Limiting Presidential Power: Supreme Court-Executive relations in Argentina and Chile*”. Disertación doctoral. University of California-San Diego.
- Siavelis, Peter. 2009. “Sistema electoral, desintegración de coaliciones y democracia en Chile: ¿El fin de la Concertación?” *Revista de Ciencia Política* 24 (1): 58-80.
- Sieder, Rachel, Line Schjolden y Alan Angell. 2005. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan.
- Smulovitz Catalina y Enrique Peruzotti. 2000. “Societal Accountability: The Other Side of Control”. *Journal of Democracy* 11 (4): 147-158.
- Smulovitz Catalina y Enrique Peruzotti. 2003. “Societal and Horizontal Controls: Two Cases of a Fruitful Relationship”. En Scott Mainwaring y Christopher Welna (eds.). *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford: Oxford University Press.

- Staton, Jeffrey. 2002. "Judicial Activism and Public Authority Compliance: The Role of Public Support in the Mexican Separation of Powers System" Disertación doctoral. Washington University.
- Staton, Jeffrey. 2004. "Judicial Policy Implementation in Mexico City and Mérida" *Comparative Politics* 37 (1): 41-60.
- Stein, Ernesto, Mariano Tommasi, Koldo Echebarria, Eduardo Lora, and Mark Payne (coords.). 2006. *The Politics of Policies: Economic and Social Progress in Latin America*. Washington DC: Inter-American Development Bank.
- Uprimny, Rodrigo. 2004. "The Constitutional Court and the Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia" En S. Gloppen, Roberto Gargarella y E. Skaar (eds.), *Democratization and Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. London: Routledge.
- Vanberg, Georg. 2000. "Establishing Judicial Independence in West Germany" *Comparative Politics* 32 (3): 333-353
- Voigt, Stefan. 2007. "When are judges likely to be corrupt?" En Transparency International: *Global Corruption Report 2007*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Vondoepp, Peter. 2006. "Political and Judicial Assertiveness in Emergencing Democracies: High Court Behavior in Malawi and Zambia" *Political Research Quarterly* 59 (3): 389-399.
- Wilson, Bruce M. 2005. "Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court". En Sieder, Rachel, Line Schjolden y Alan Angell. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan.
- Wilson, Bruce M. y Juan C. Rodríguez Cordero. 2006. "Legal Opportunity Structures and Social movements: The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics". *Comparative Political Studies* 39 (3): 325-351.

La Crisis de la Democracia a la Luz de los Olvidados Principios de Derecho Político

Nelson Raúl Velasco Garcés¹

INTRODUCCIÓN

He escogido este tema de la llamada crisis de la Democracia, título al que agregamos: del Estado y Gobierno contemporáneos, por la actualidad que reviste este problema y las soluciones que se buscan. Esta amplia perspectiva abarca varias disciplinas conexas. Pero de ninguna utilidad resultaría el tratamiento aislado de este problema sino se lo estudia a la luz de la Ciencia y Derecho Político, que engloba todo lo concerniente a la sociedad, al Estado, y sus elementos. En sentido lato, el Estado es el cuerpo político de una nación. Y Gobierno, su órgano o autoridad ejecutiva. Sin embargo, su definición es más compleja. En Derecho Político, el concepto tiene varias connotaciones y ha sido objeto de estudio de tratadistas notables.

En el presente artículo jurídico, no voy repasar el debate sobre el origen del Estado, ni las teorías que lo justifiquen, ni voy a exponer las detalladas clasificaciones tipológicas, algunas cargadas de ideologías disímiles y controvertidas, que dificultan su comprensión. Más me atraen las definiciones de Estado que tratan de sus fines. Una de ellas es la “definición sintética”, del Dr. Julio Tobar Donoso, que reúne los diferentes caracteres de concepción de algunos autores, que la conservo como guía en mis apuntes de clase, la misma que está precisada en su obra “Elementos de Ciencia Política, : “ *En suma - dice este sabio polígrafo- el Estado puede definirse como la sociedad política autónoma fundada en territorio propio, unificada por vínculos históricos, dirigida por una estructura jurídica de gobierno, que decide en última instancia, y cuyo fin es la realización plena del bien común*”. El Dr. Tobar anota que, “*esa definición, aunque descriptiva, reúne los diversos caracteres que exige Bordeau y tiene la ventaja de que se aplica al Estado de todos los tiempos y no*

1 Doctor y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Columnista del Diario “La Hora” y colaborador en la publicación “Revista Judicial” del mismo periódico.

*únicamente al Estado de derecho, o Estado moderno, en que la estructura jurídica de gobierno ha tomado las propiedades y elementos de verdadera institución*²²

Aceptamos, con otros autores, que el bien común que debe fundamentalmente perseguir el Estado y su gobierno, no es todo. La forma o sistema que adopta para conseguirlo, es de señalada importancia. En un largo y laborioso proceso de pensamiento y final aceptación, nace la idea de la democracia, como una forma de organización del Estado y de Gobierno, en los que las decisiones soberanas corresponden al pueblo, sea en forma directa o sea indirecta. Más que definición del concepto tenemos que establecer sus características que tiene sus bases en el moderno Estado de Derecho, que viene a ser más elaborado que el ideado originalmente por Montesquieu, por la necesidad de poner límites al absolutismo de la autoridad o, si se quiere, al gobierno autoritario de un pueblo, con su sometimiento a reglas jurídicas de gobierno y administración, consagradas, generalmente en una Constitución escrita. El principio de legalidad, por el que gobernantes y gobernados tienen que someterse al imperio de la ley; los gobernantes designados mediante el sufragio libre, con el resultado del pronunciamiento de las mayorías y reconocimiento de las minorías, o indirecto, a través de representantes del pueblo; el aseguramiento de la libertad e igualdad en los derechos; las atribuciones y competencias de cada órgano del Poder y las demás funciones regladas así como el sometimiento de los gobernantes a la Constitución y leyes, con la responsabilidad personal frente a los actos de gobierno, son, entre otros, los elementos y características que configuran el nuevo Estado, como institución de derecho.

Bajo estos prismas, que no agotan todo lo que se relaciona con la definición de Estado y Gobierno democráticos que tengan como finalidad el bien común, es, precisamente el punto, en el que se centró el debate político del Siglo. XX. Dos doctrinas se oponen en su planteamiento de regímenes democráticos: el liberal económico, que sostiene su principio en el libre mercado y por otro, el socialista basado en la propiedad del Estado de los medios de producción, con fines distribución de la riqueza en forma igualitaria, por lo que adelanto la hipótesis general siguiente: El debate contemporáneo sobre la crisis de la Democracia, está centrado en dos aspectos sustantivos: 1. Los principios políticos que deben regir en la organización política democrática, esto es, las clásicas ideas de Derecho Político y su perfeccionamiento evolutivo, ignorados, olvidados o conculcados por los gobiernos de turno; y, 2. El nuevo sistema económico que debe adoptar un Estado, para relacionar sus órganos e instituciones con los ciudadanos, sus libertades y derechos humanos.

2 Julio Tobar Donoso, *Elementos de Ciencia Política*, Quito, Editorial Ecuatoriana, 1970, p. 64 y 65.

El conflicto se origina en esta dicotomía, radicalizada en el Siglo XX, por el sistema económico mundial y que, prácticamente, se ha convertido en el tema más álgido, para el constitucionalismo democrático de los países de occidente, en los que vamos a centrar el análisis. La tónica definidora de organización es el constitucionalismo que tiende a racionalizar las estructuras del poder, como instrumento de gobierno y a limitar ese poder a través de lo jurídico. El Siglo XX tan problemático y contradictorio, empero, trajo una nueva visión y cambios objetivos fundamentales en el Estado. Lo social y lo económico, dos fenómenos de evidente fuerza, produjeron una nueva evolución del Estado de Derecho y la ampliación de su rol junto con una problematización y debate acerca del nuevo papel del Estado frente a los derechos humanos, cuya refrendación los promoviera nada menos que las naciones unidas, por su Declaración Universal de los Derechos Humanos. Estos derechos que han sido incorporados en las constituciones de la mayoría de naciones de los cinco continentes, es una cuestión todavía no resuelta hasta el inicio de este nuevo milenio. En la cultura y civilización occidental, a pesar de los esfuerzos tales como la implantación de sistemas económicos mixtos, como el llamado "sistema social de mercado", llevó a una definición de Estado Social de Derecho.

El sistema económico que adopta un Estado, tiene sus raíces en el pensamiento de todos los tiempos. Las doctrinas filosóficas, políticas, sociales y económicas de más influencia en la constitucionalidad de los Estados modernos, son dos, principalmente: el liberalismo económico y el colectivismo socialista. Volver a recordar sus principios y ponerlos de manifiesto es un imperativo no solo intelectual, cultural, sino es un tema actual que debe ponerse a conocimiento de todos, con el objetivo de acercarnos a una comprensión del mundo político, social, económico y jurídico de nuestros días, en el que numerosos autores de Derecho Político y Constitucional, trabajan para intentar la salida de este túnel que se ha convertido en un laberinto de ideas y soluciones.

CONCEPTOS UNIVERSALES DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA.-

Hay ideas, conceptos, términos filosóficos que no pertenecen a ninguna escuela o partido, que han pasado a ser patrimonio cultural universal, pero que se los maneja con sentido ambiguo interesado o desconocimiento de su significado original. Por ejemplo, Democracia, República, Constitución, Libertad, Derechos... son principios de raigambre filosófica griega, Platón y Aristóteles, principalmente, así como otros muchos que fueran acuñados por ilustres pensadores, entre los que cuentan Santo Tomás de Aquino, San Agustín; los pensadores y artistas del Renacimiento, de la reforma religiosa, Erasmo de Róterdam, Martín Lutero, de

la revolución científica, con Giordano Bruno, Francis Bacon, Copérnico, Kepler, Galileo Galilei, Isaac Newton. Pero los más cercanos e influyentes filósofos que dieron lugar a la llamada Edad Moderna de la Filosofía, fueron, el francés Descartes, (la duda metódica, el escepticismo revisionista de las ideas para conquistar la certidumbre en el campo de las ciencias y la filosofía) el holandés Spinoza, (cartesiano), el alemán Kant. (su filosofía crítica e ilustrada trata de superar la pugna entre dogmatismo y escepticismo, por uso de la razón lógica). Este sentido filosófico de la etapa moderna que los historiadores sintetizan como el surgimiento y auge de la razón, pone en primer plano al hombre, su libertad para ser, para elegir, para transformar e intervenir en la naturaleza. En síntesis sostienen que la razón es absolutamente libre de querer y decidir sobre todas las cosas.

II.- LA DOCTRINA FILOSÓFICA POLÍTICA DE LA ILUSTRACIÓN.-

Con más precisión política es la denominada Doctrina de la Ilustración. Las características principales fueron las siguientes: gran confianza de los poderes de la razón, conciencia de una nueva época mejor que borre las anteriores por el predominio de la razón que no por el dogmatismo, sin desconocer la existencia de Dios, construcción de una filosofía del conocimiento y de la moral sin fundamentos metafísicos. Montesquieu, Voltaire, Rousseau enseñaron algunos fundamentales puntos de Derecho Político, a través de sus obras y artículos publicados en los primeros tomos de la "Enciclopedia" que, por encargo fuera dirigida por Diderot y D'Alambert. En esta famosa obra intervinieron en su redacción numerosos intelectuales, artistas, y científicos, con un esfuerzo de compendio cultural universal de esa época.

Esta corriente intelectual que "transformó la mentalidad europea", tuvo en Montesquieu al defensor de la libertad, en su obra "El espíritu de las leyes". Este filósofo y jurista, (graduado en leyes), analiza las diferentes formas de gobierno y se pronuncia por un gobierno republicano, que según él es democrático e igualitario. Contra el absolutismo monárquico ideó su aplicada tesis de la división de poderes, legislativa, ejecutiva y judicial y los controles recíprocos del poder y salvaguarda de los derechos. Rousseau, autor también de otras obras importantes, publicó por los años de 1762, "El contrato social", un pacto que permite asegurar las libertades individuales, a través del cual se estipulan las leyes de convivencia. Los individuos humanos buenos y sociables por naturaleza, entregan su libertad a sí mismos, y no a un soberano que los gobierne, (que no al soberano, al "leviatán" - el Estado -) según la idea del filósofo Hobbes, para imponer la paz, el orden a los hombres que luchan individualmente por sus propios intereses y codicia, lobos por naturaleza). Voltaire, crítico de la religión y divulgador de las ideas de Locke, abogó por la

absoluta libertad de pensamiento y propugnó el progreso científico, mediante una política dirigida al bienestar común. Estas y otras ideas de la Ilustración, instruyeron a los ejecutores de la Revolución Francesa de 14 de Julio de 1789. Poco después, el 26 de ese mismo año, la Asamblea Nacional Constituyente aprobó la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, que difundió al mundo sus postulados esenciales. Las ideas de la Revolución fueron de corta duración en la misma Francia, los reinados europeos volvieron al sistema monárquico de gobierno, con ciertas concesiones a la representación popular; pero no así en el mundo de las ideas universales que tuvo y tiene en la organización constitucional de los nuevos Estados hispanoamericanos y hasta hoy, en los nuevos contemporáneos.

Antes de ello, en Norteamérica, se dio la Declaración de Derechos de Virginia y la Constitución de Filadelfia, que declaró la Independencia de Estados Unidos de su colonizadora Inglaterra, el 4 de julio de 1776. Esta Asamblea presidida por Jefferson, después, añadió, mediante enmienda a esa Constitución, la declaración de derechos, inspirada en la francesa de 1789. Que este magno documento, sirvió de modelo para los nacientes Estados independientes del resto de América, es cosa conocida, por ejemplo, en la forma escrita, la división en dos partes: la primera que consagra los derechos y en una segunda parte, configura las instituciones. En materia política, sus principales logros de principios universales de filosofía política, son la soberanía que reside en el pueblo, el sufragio, la división de poderes, la democracia representativa, el principio de legalidad, el reconocimiento y protección de los derechos individuales tales como el derecho a la vida, a la propiedad privada, a la libertad, etc.

Hay que destacar que la más destacada evolución en el Derecho Político, fue la consagración del Estado de Derecho, que modificó las ideas de Montesquieu y Locke. En el Siglo XX se consolidó esta institucionalidad del Estado sometido al Derecho, principalmente con la derrota del fascismo y los Estados de gobiernos totalitarios.

Con estos extendidos prolegómenos de concepción filosófica universal trataré de acercarme a la ideología o ideologías, que toman posiciones divergentes o aparentemente contrarias de cosmovisión: si el hombre procede con bondad o maldad; racional o impulsivamente, si en la historia yace un sentido; si se debe creer en el progreso del hombre, en un destino humano, etc.; planteamientos y concepciones éstos que nos vienen dados como nociones de la profusión de citas o textos de las obras de política de eminentes autores con intencionalidad política o con cierta independencia intelectual del contorno. Para su exposición, escojo el método de compendio, esto es el de una apretada síntesis de los postulados más

importantes o trascendentes, con lo que evito considerar su debate o pensamientos que se contradicen, olvidan o yerran, perjudicando la claridad en su reseña.

3.- LAS PRINCIPALES DOCTRINAS ECONOMICAS MUNDIALES

3.1. -La Ideología Liberal.-

Lo que más define al liberalismo como ideología es la libertad económica que sustenta, más que las ideas de orden político constitucional clásico, que son de común acuerdo filosófico político para los Estados democráticos, desde el comienzo de su organización independiente. La teoría económica liberal empezó a constituirse en cuerpo completo de doctrina a fines del siglo XVIII. En el siglo XIX se fue detallando y aplicando con radicalismo en algunos países y con cierta moderación en otros. Se atribuye a la escritora francesa Madame de Stael, la primera en utilizar la palabra “liberalismo”, en su planteo inicial basado en un orden natural y armónico y libre de todas las cosas. Después adquirió diversos matices radicales o moderados respecto de la menor injerencia del Estado en la producción y el comercio. El liberalismo moderno acepta cierta intervención reguladora y derechos sociales.

Para tener una visión completa, tenemos asimismo que retrotraernos al pensamiento de los dos Estados líderes del progreso económico, en pro de sus propios intereses que efectivamente los alcanzaron hegemónicamente en los siglos XVIII y XIX. Sus ideólogos fueron los franceses, Turgot con su idea principal de la libertad del comercio y la industria y Quesnay, uno de los fundadores de la economía política y jefe de los llamados fisiócratas, cuyas tesis principales de esta escuela económica fueron que las leyes naturales rigen el orden económico, que la propiedad agraria es el primer derecho natural y la que genera riqueza, que esto debía lograrse limitando el poder y la función del Estado, etc. El escocés Adam Smith, llamado el padre de los economistas, por ser el fundador de la economía clásica liberal, cuya tesis, en esencia, dice: “La riqueza de una nación resulta de la diligente persecución por cada uno de sus ciudadanos de sus propios intereses. Cada individuo tiene la recompensa generada por sus esfuerzos, o sufre las penalidades de su holgazanería...al servir a su interés personal, a su vez, el individuo sirve el interés público...el individuo es impulsado a proceder así por una mano invisible. Y esta mano invisible es mejor que la mano invisible, inepta y rapaz del Estado. Cuando más grande sea el mercado, más extensos podrán ser los esfuerzos de producción y mayores serán también las oportunidades de división de trabajo. Más adelante, Faguet, otro ideólogo liberal resumiría este papel del Estado indicando que, “Las funciones naturales del Estado son la Policía, la Justicia y la

Defensa. Todo lo demás es pretensión del Estado” John Locke, de grande influencia en Inglaterra y Europa, aparte de su pensamiento filosófico sobre el entendimiento humano y la superación del escepticismo cartesiano, basó su idea política en que el Estado es creado para la defensa de la libertad e igualdad de todos y en materia económica, sostiene un Estado abstencionista y tolerante.

Por derivación de estos principios económico-sociales, sus detentadores radicales pusieron en primera línea la liberación de trabas y el libre juego del comercio y de la industria. Propugnaron el liberalismo económico, esto es, la economía de mercado, extendido al internacional. Su defensa del mercado, en la etapa clásica es tenaz y no admite intervenciones del Estado para organizar la competencia o para repartir mejor los ingresos. Sustenta la iniciativa privada más amplia y la menor injerencia del Estado en la producción y el comercio. La célebre frase, “laissez faire, laissez passer”, acuñada por la escuela de los fisiócratas, compendia este sistema de alcance político y económico, pues su verdadero sentido es, “dejad actuar, dejad libre paso a las leyes naturales”. Dejar hacer, dejar pasar, con relación al papel del Estado, condensa esta aspiración del liberalismo. Considera que la persona movida por su interés económico hace posible el progreso individual y el de la sociedad, porque esta “mano invisible” es el motor, la mano que lo mueve y crea la riqueza de las naciones. Que la suma de estas actividades individuales redunda en ventaja colectiva, al generar riqueza que se distribuye espontáneamente. Por las “leyes de la oferta y de la demanda”, se origina una economía compleja de Mercado, en el que se encuentran las cosas que se venden y se compran. En esta libre concurrencia, tiene más ventajas el que ofrece los bienes por el precio menor. Para estos negocios es necesaria la máxima libertad. Al Estado sólo le toca asegurar la libre concurrencia y el cumplimiento de los convenios privados.

3.2 La Crisis del Liberalismo Económico Clásico.-

La crisis del Estado de Derecho Liberal ha sido concomitante con el abandono del humanismo filosófico. Por intereses manifiestos, los economistas liberales trastocaron la idea de la entrega generosa de la libertad, para lograr orden y justicia, por la práctica individualista de la libertad con el finalismo de lograr el mejor aprovechamiento individual de la sociedad y de las instituciones políticas y económicas de un Estado permisivo y alentador de la codicia de riqueza infinita. Las guerras y conflictos sociales han sido ocasionadas, en todo o en parte, por choques de intereses, con frecuencia disfrazados con la ideología liberal.

En este procesamiento de ideas económicas, fueron acuñando no sólo términos sino instituciones, como “mercado”, el conjunto de los agentes económicos, que se

enfrentan en un área para vender (oferta) y comprar bienes o servicios (demanda). Para obtener esta libertad de comercio, es necesaria la “libre concurrencia”. Este modelo liberal capitalista esencialmente es una forma de economía de mercado, en que la tierra, trabajo y capital, son considerados mercancías que en sus negocios deben ser guiados únicamente por la oferta y la demanda, en forma de libre competencia, sin ninguna intervención del Estado y que más bien deben ser garantizados por el Estado.

Los economistas liberales, llamados neoclásicos empiezan un largo proceso de análisis marginal y el estudio de los equilibrios globales. Es en la segunda mitad del Siglo XX que comienza una revisión a fondo para pasar al estudio detenido de los agentes económicos y de sus comportamientos reales (economía profesional). Se descubre que la libre competencia se ha transformado en “competencia monopolística” y vuelcan su atención hacia la tecnología y los negocios. Los neoliberales reconocen que para mantener las instituciones de la libertad y su funcionamiento correcto, el Estado tiene que intervenir mucho más de lo que habían pensado los clásicos, pero siguen manteniendo las orientaciones básicas, como el de la libre concurrencia por ser, según ellos, el régimen más seguro para el equilibrio y dinamismo de la economía. Alemania patenta el Sistema de la Economía Social de Mercado”, que en síntesis significa el mismo régimen clásico, pero seriamente vigilado y orientado por el Estado, esto es que no debe apartarse a los fines sociales de la economía. En los países capitalistas, ya no solo el Estado vigila la iniciativa empresarial sino también a intervenir cada vez más. Pero es Keynes el gran renovador del liberalismo económico moderno, puesto que sostiene que es el Estado el que tiene que intervenir para mantener los equilibrios necesarios y es partidario del pleno empleo. Keynes dice: cuando la falta de demanda efectiva por parte del público dé lugar a una depresión, los gobiernos deberán aumentar sus gastos, elevando así la demanda y si el Estado con este fin ha de aumentar su Deuda Pública, el daño que ello significa es inferior al que habría ocasionado la depresión no combatida y el paro obrero consiguiente (desempleo). Cree que el peligro de demanda efectiva por parte del Estado puede provocar una inflación, es pequeño... En síntesis: que el Estado constituye la principal esperanza para paliar las injusticias del capitalismo moderno.

3.3. El Socialismo y sus Diversificaciones.- El Socialismo Marxista Leninista

Sobre este sistema de organización social y política del Estado, se ha tejido sin número de interpretaciones, mitos, apotegmas, etc., llevando al estudioso a muchos textos de consulta o al simple lector a una confusa idea de sus postulados. No sin esfuerzo, en esta información trataré de utilizar textos claros que definan lo

fundamental de esta doctrina basándome directamente en el pensamiento de sus autores; y este compendio, por razón de serlo, no requiere de cita de autores.

En un buen diccionario se encuentra la siguiente definición políticamente considerado: Socialismo, “sistema de organización social basado en el principio de igualdad” (Diccionario Enciclopédico Océano), pero los alcances económicos y sociales que conlleva esta seria doctrina, ha ocupado a miles de tratadistas con sus sendos libros. Sus antecedentes histórico políticos son conocidos, así como su filosofía que diversificó sus planteamientos a partir del filósofo alemán Hegel, que produjo la primera división teórica: la tendencia idealista de la llamada derecha hegeliana y la tendencia atea y revolucionaria de la izquierda.

Las oposiciones y revoluciones en contra de los excesos económico-sociales en que recayó la doctrina liberal, principalmente en lo atinente a la propiedad y el trabajo dieron lugar a serias críticas y oposiciones, hasta que la vigorosa y potente doctrina del filósofo Marx, en su obra “El Capital,” se esforzó por demostrar que la economía liberal, llamada por él de “capitalista”, es aprovechada por los ricos que explotan a los pobres, causado por el inevitable sistema de la apropiación del plusvalor del trabajo del obrero. (Plusvalía: la diferencia entre el valor del trabajo y el valor de la fuerza del trabajo, el empresario explota al obrero, pues no le paga el valor de su trabajo, sino sólo el valor de su fuerza de trabajo) El afirma que esta explotación, no tiene lugar a consecuencia de los malos sentimientos de los empresarios, o de esfuerzos o maquinaciones por su parte... es producto del sistema capitalista, por lo que no puede suprimirse esta realidad sino cambiando el sistema económico capitalista, por el sistema socialista (marxista); hecho histórico que será irreversible de igual manera que el capitalismo sustituyó al artesanado medieval. Este nuevo Estado concentrará a todos los bienes de producción en propiedad del Estado, organizará la actividad en forma centralizada y distribuirá los bienes de consumo con igualdad. La solución está en que el Estado sea el propietario de todos los capitales de la colectividad, de modo que los provechos de la plusvalía recaigan en el proletariado. Su doctrina se funda en la interpretación materialista del proceso histórico y económico de la humanidad que ha obrado en contra del hombre y su bienestar material y cultural. Los antecedentes filosóficos y económicos de esta doctrina se encuentra en el filósofo Hegel y las leyes económicas de David Ricardo. Otros pensamientos y estudios inspiradores para Marx señalan que son las sustentadas por Saint Simón, Fourier, Robert Owen, Louis Blanc, Ferdinand La Salle y principalmente Luwig Fuerbach.

Las medidas reformistas a fondo que propone el Manifiesto Comunista de 1848, son las siguientes: Fin de la propiedad privada de la tierra./Impuesto progresivo a los ingresos./Un banco nacional con el monopolio de las operaciones bancarias/

Propiedad pública de los ferrocarriles y medios de comunicación/ Extensión de la propiedad pública a las industrias/ Cultivo de las tierra ociosas/ Mejor manejo del suelo./Trabajo para todo el mundo/Combinación de la agricultura con la industria./ Descentralización de la población./Abolición del trabajo infantil./Educación junto al trabajo. (Quienes han hecho el inventario de estos postulados económicos y sociales, comprueban que en los países del capitalismo más desarrollados se han aplicado algunas de estas medidas con excepción de la eliminación de la propiedad privada, el monopolio público de las operaciones bancarias y propiedad pública de los medios de comunicación). Su discípulo Lenin en sus tácticas revolucionarias incitó a la lucha de clases y su idea económica se fundamenta en que los países ricos han trasladado de sus masas obreras a los países pobres el peso de la explotación capitalista (Imperialismo). Pero Rusia que se volvió poderoso y rico aplicó este parecido sistema a sus países satélites. Stalin, en vez de llevar a la práctica el principio de Marx del gobierno del proletariado, instauró un régimen político autocrático, sin límite alguno, pues su voluntad fue la suprema ley. En lugar de una economía estatal a favor de los pueblos rusos y satélites, aplicó el colectivismo en forma de planificación total y administrativa de la economía, que dio resultados desastrosos para la URSS. Más interesado en la guerra y el poder que lograr la paz para el desarrollo, dedicó este esfuerzo y sacrificio del proletariado para convertir a Rusia y sus satélites en potencia militar de primer orden, en franca competencia con los Estados Unidos de Norteamérica, dando lugar a la llamada "Guerra Fría", con el efecto de lograr una hegemonía económica mundial. La administración absolutista de la política y de la economía y su esfuerzo por llevar la revolución a los países de los cinco continentes, a través de los partidos comunistas, fueron causa para que después de su muerte empezara a decaer con movimientos revisionistas de su política económica y sus métodos totalitarios, hasta que el sistema en una lucha sin sangre se disolvió por sí solo. Algunos de estos países del Este europeo comunista adoptaron muchos de los principios que rigen la actividad económica de las potencias de occidente.

Complementariamente, no dejo de anotar que la organización política del Estado siguió los lineamientos básicos de la división de poderes, pero con una variante absolutista del Ejecutivo, un órgano legislativo, en forma de Consejo (el "Soviet Supremo") integrado por miembros del partido único (la nomenclatura); y el órgano judicial para juzgar y sancionar a los infractores de la ley penal, entre cuyos delitos figuraba los atentados contra el Estado revolucionario ; a los intelectuales considerados disidentes del sistema absolutista se les juzgaba de conspiradores, eran vigilados, perseguidos o condenados a penas de prisión en la inhóspita Siberia.

Cuando imperó la línea marxista-leninista, si bien guiaba sus postulados por el principio de igualdad, acuñado por la Revolución Francesa, adoptó una forma sui génesis de organización política del Estado: el Parlamento o Soviet supremo, es bicameral, elige a los miembros del “Presidium”, que actúa cuando el Parlamento no está reunido y también la jefatura del Estado, en ciertos aspectos, porque la función de gobierno, propiamente dicha, la ejerce el Gabinete y ejecuta la política del Parlamento, ante la que responde de sus actos. Los derechos de los ciudadanos, si bien son proclamados, poniendo énfasis en los derechos sociales, están limitados por los del Estado y el Gobierno. El sistema social de la colectivización de bienes de producción y distribución de los bienes de consumo según las necesidades de cada individuo, y la planificación económica del Estado, creó una clase burócrata de científicos, profesionales y trabajadores, en general, nombrados o designados, por el requisito de ser afiliados a la “nomenclatura” o partido comunista único para ocupar los puestos de trabajo, dirección o administración gubernamental de esos bienes, agrícolas, industriales y de todo orden científico o tecnológico y de servicios. Se decía que el principio de igualdad, es el fundamental de su sistema, pero los de libertad y solidaridad (derechos humanos) nunca fueron practicados por el sometimiento férreo de sus ciudadanos al Estado.

4.-. CONCLUSIONES DE ESTE REPASO HISTÓRICO

4.1 En este primer intento, me acerco a la dialéctica, el raciocinio de los hechos, “como expresión del desarrollo mismo del pensamiento” (Hegel) Bajo este método, las principales corrientes de pensamiento político que se enfrentan como doctrinas orientadoras, ya teóricas, ya prácticas, son dos principales: la doctrina liberal, que sostiene en su favor la liberación de trabas estatales para la plenitud de desarrollo de las iniciativas particulares, cuyo fundamento es la economía de mercado; y la doctrina socialista, con sus grados de intervención estatal de la economía, total (comunismo, por la interpretación marxista de la Historia; o parcial, con bases de principios marxistas; o mixtos, que combinan principios democráticos y principios de intervención socialista. Estas variantes ideológicas, sometidas al ritmo de los acontecimientos mundiales y por eco, en los países alineados, suscitan profundas controversias ideológicas. Estructuran su organización política, bajo bases de ciertos principios clásicos, como el de la división de poderes, pero con fuertes matices diferenciadores, para adecuarlos a los fines económicos que en cada país prevalecen. No se han inventado otros fundamentos de base que en lo político los sustituyan. En el campo socio económico, hay notoria creatividad pragmática o reformas para acomodarlo a circunstancias de lugar y tiempo, según esta dialéctica universal.

- 4.2 El Estado de Derecho.- En la puesta en práctica del liberalismo político aparentemente se proclama el Estado de Derecho, con su principio capital de legalidad y la división de poderes, para sus controles, pesos y contrapesos, pero el poderoso liberalismo económico radical, para asegurar sus estrategias de dominio social, ha venido captando sus instituciones orgánicas: ejecutiva, legislativa y judicial, hasta el punto de hacer irreconocibles los principios democráticos. Aparentemente son establecidos los tres poderes, pero el grupo de poder económico que asume el poder político, lo hace a su medida, utilizando sus instituciones, a favor de sus intereses oligárquicos.
- 4.3 Los Estados que adoptan el régimen socialista democrático que propugna el tránsito del capitalismo hacia el socialismo, a través de reformas graduales, con intervencionismo del Estado, regulan el mercado, proscriben el monopolio, gravan con impuestos equitativos en que los ricos pagan más y dictan otras medidas de ley, mediante la vía parlamentaria, pero conjugándolo con un sistema de libertad. Han establecido un modelo de solución intermedia, de tercera vía. El intervencionismo del Estado en esta materia social y económica, plasmada en leyes, viene siendo aplicada en forma moderada en unos países y en otros, el capitalismo es fuertemente controlado por el Estado.

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una permanente atención como ser, la vida desde el nacimiento de la persona hasta su muerte, con atención preferente a la salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, servicios públicos, recreación y cultura, (países escandinavos); y en Alemania, Francia e Inglaterra, por períodos según se alternan los partidos demócratas progresistas). La evolución del capitalismo ha hecho que los propietarios individuales de los medios de producción disminuyan o se asocien en empresas que distribuyen sus utilidades entre sus socios (en ciertos casos, numerosos) y que los trabajadores alcancen mejores remuneraciones, creándose una clase económica nueva con mejor calidad de vida.

- 4.4. En los países donde impera el capitalismo clásico con reformas sociales y económicas, que siguen manteniendo la proclamación de los derechos civiles y políticos tienden a la atención de derechos económicos y sociales, de las clases menos favorecidas. La falta de eficacia de los derechos, es en donde radica la crisis de la democracia contemporánea. Si una Constitución declara los derechos, en su segmento dogmático y éstos son cumplidos a medias o no cumplidos por los órganos de poder o instituciones del Estado, generalmente definidos como medios o instrumentos en su parte orgánica, la Carta Magna pierde su valor y con ello, el constitucionalismo democrático. Las masas, inestables y veleidosas, dóciles al influjo externo,(que no el pueblo

que ha adquirido una adhesión democrática irreversible), son proclives a los caudillismos populistas o las dictaduras.

En nuestro tiempo, los avances científicos y tecnológicos han hecho crecer las expectativas sociales y económicas y conducen al pueblo a pugnar y reclamar del Estado una mejor y mayor atención de los derechos sociales y hasta de las exigencias individuales o de agrupaciones. Para las masas lo económico prevalece sobre lo político. En las naciones pobres, las soluciones teóricas de abarcar todo lo concerniente a derechos económicos, sociales y culturales, sin contar con presupuestos públicos que logren cubrirlos, han dado como resultado el descontento generalizado, los ricos se oponen por restarles sus ganancias y los pobres también porque no alcanzan a lograr sus aspiraciones, (a veces desmesuradas). Los subsidios a favor de las clases desposeídas es una medida para paliar el hambre y las emergencias de la pobreza, que debe institucionalizarse pero con focalización y procurando, en ciertos casos, con fuentes de trabajo, enseñándoles a pescar. Ni el Estado de Derecho, ni el Estado social de Derecho, en sus etapas de evolución han logrado fusionar lo político con lo económico o viceversa. De paso, afirmamos que la solución contraria del colectivismo encontró su fracaso con el ejemplo de su aplicación de economía planificada en Rusia, pero marcó influencias sociales que no pueden evadirse.

- 4.5 La crisis en estas democracias, trata de resolverse por idear un nuevo constitucionalismo en el que básicamente el Estado y sus instituciones estén sometidos a los derechos humanos y no sólo que el principio de legalidad tenga vigencia formal, esto es el sometimiento a la ley de gobernantes y gobernados, sino que, fundamentalmente, los derechos inherentes al ser humano por naturaleza, sean garantizados por las leyes positivas dictadas por el Estado.

Después de los desastres de todo orden que produjo la II Guerra Europea con repercusiones mundiales y de las experiencias del nazismo, del fascismo, del falangismo, la Organización de Naciones Unidas, los Estados representados aprobaron y firmaron su Carta constitutiva, escribiendo "su fe en los derechos fundamentales, en el valor y dignidad de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas" Para hacerlos efectivos se establecieron órganos principales y órganos subsidiarios que fueron creándose sucesivamente. En la posterior Declaración Universal de Derechos del Hombre, (luego, cambiada su rotulación más conocida por la "Declaración Universal de Derechos Humanos"), en sus 30 Artículos, contempla los principales derechos políticos, económicos, culturales y sociales del trabajo, de la seguridad social, alimentación, salud, educación, cultura, etc.

Las constituciones de numerosos países los han incorporado a su legislación como normas de superior jerarquía.

Pero, son más de 60 años de la mencionada Declaración de casi la totalidad de Naciones Unidas, y los Estados más poderosos no los cumplen. Su fuerza moral no ha logrado preservar el flagelo de la guerra, la injusticia en las relaciones internacionales con los países pobres, el progreso económico y social de todas las naciones ricas y pobres, desarrollo necesario para lograr y preservar la paz, etcétera, por lo que surge otra vez la pregunta : ¿Hemos vuelto al escepticismo de Descartes?

- 4.6. El análisis contemporáneo se finca en una realidad innegable, que las ideologías liberal capitalista, de libre mercado y socialista colectivista, por sus repercusiones humanas, han fracasado rotundamente en sus fines de bien común. Las desmesuras en sus métodos y sistemas artificiosamente creados, sin consulta de la naturaleza humana (los fundamentos filosóficos de los derechos humanos, en el primer caso; y los de libertad, igualdad y fraternidad, en el segundo) han dado lugar a un nuevo revisionismo que supera la etapa de la post-modernidad. Nos queda la expectativa de doctrinas intermedias, llamadas de tercera vía, que tienen diferentes fuentes y pensamiento filosófico, como la social democracia y el socialismo comunitario de la democracia cristiana, que propugnan concepciones filosóficas y principios muy respetables, que en apretada síntesis se manifiestan bajo el lema: “justicia social con libertad”. Las características centrales de estas doctrinas, están dadas porque la propiedad privada debe cumplir el requisito de su función social, no propugnan socializar todos los medios de producción, pero, la diferencia con el capitalismo liberal radica en que a ningún propietario le pertenece el ingreso total del uso de su medio de producción ni decidir cuánto de su ingreso total puede dedicar a consumir y cuánto a invertir, por el contrario, parte del principio que el ingreso obtenido por los medios de producción pertenece a la sociedad y que los propietarios deben entregar parte de sus utilidades a sus trabajadores y al Estado, vía impuestos, para su redistribución y sostenimiento de servicios para todos.

Estos principios de tercera vía, en la forma arriba observada, 4.3, en algunos países que los practican han dado buenos frutos de gobierno. De los de América Latina) me ocuparé en otro artículo jurídico y tal vez, de la misma transformación del comunismo soviético en una especie de democracia política, con la práctica de los principios que llamaron economía capitalista. Del misterioso vuelco del comunismo chino hacia prácticas de mercado internacional capitalista, con honestidad intelectual debo decir, que no las

comprendo todavía y más bien sugiero que su dilucidación y alcance nos den a conocer sus militantes doctrinarios. Sin embargo, hago notorio que en estos países comunistas en lo interno, aceptan y han puesto en práctica principios económicos capitalistas, excepto Cuba) como el de libre mercado.

- 4.7. En lo que atañe a los derechos y la necesidad de establecerlos en forma precisa y documental, nada más fijo, cohesionador y continuo para la seguridad jurídica que un régimen radicalmente normativo, escrito en las constituciones de los estados. Los derechos humanos, nuevo avance del constitucionalismo, se los ve surgir de la misma naturaleza y de la dignidad de la persona humana (derechos humanos de orden material y moral) y es Jacques Maritain quien confirma el “humanismo político”, cuando ve surgir al moderno Estado de derechos, desde las fuentes evangélicas del derecho natural, de la igualdad y del respeto a la dignidad humana, principios éstos invariables frente a cualquier cambio de organización política, económica o social que orienten su evolución, hacia un desarrollo integral de la persona humana.

5. UN EJEMPLO DE LA APLICACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS EN LAS CONSTITUCIONES ECUATORIANAS Y LA EXPEDIDA EN EL AÑO 2008

5.1 Aplicación de los Postulados del Denominado Constitucionalismo Clásico.-

De toda importancia resulta que, como fruto de este ensayo, todos conozcamos el fondo de estas doctrinas políticas con el establecimiento de los nexos que tienen estos principios, estas ideas, con la legislación ecuatoriana. Si bien he venido manejando el tema, con apoyo de tratadistas de esta materia, desde el punto de vista de la Ciencia y Derecho Político, como fuente originaria de los principios políticos, para establecer conclusiones prácticas en este ensayo, tengo que recurrir a una justificación previa para este compendio de fuentes e ideas que agrego y esta licencia, la obtengo del eminente tratadista ecuatoriano, Dr. Hernán Salgado Pesantes, que en su obra “Lecciones de Derecho Constitucional”, dice: *“Hablar de fuente del Derecho es referirse, en términos generales, a todo acto o hecho creador de normas jurídicas. Uno de los aspectos de las fuentes del Derecho tiene que ver con la forma a través de la cual se crea el Derecho, su producción u origen. Se puede decir, de modo general, que las fuentes son las mismas para las distintas ramas jurídicas, con las diferencias impuestas por el objeto y finalidad que le son propias a cada disciplina jurídica”*³

3 Hernán Salgado, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Cuarta edición actualizada, Ediciones Legales, 2012, p. 11.

Con este criterio guía que agrupa varias ramas del Derecho, trataré de enumerar los puntuales derechos e instituciones que refleja la acogida de estos principios en las constituciones de numerosos Estados europeos y americanos y los que fueron creándose o perfeccionándose, abarcando no sólo los vinculados con el Derecho Político sino con el Derecho Constitucional, que en una larga etapa puso por escrito en las constituciones de numerosos Estados, la teoría política originaria evolucionando con la incorporación de otros postulados principalmente económicos, y sociales.

La institución jurídico política que más se manifiesta como representativa, es el Estado de derecho, sobre cuya base se trata de organizar un Estado democrático, administrado por un Gobierno republicano, con sus respectivos principios y que han sido repetidos por las constituciones ecuatorianas, desde la primera de su Estado independiente y soberano. Se basa en el principio de legalidad, el sometimiento del Estado al derecho, que significa que las decisiones políticas y los actos administrativos de los órganos del Estado deben subordinarse a las leyes. Este principio es el propiamente revolucionario, puesto que cambió el régimen absolutista monárquico por el democrático.

El Dr. Julio César Trujillo, otro eminente tratadista ecuatoriano, en su Estudio de Derecho Constitucional, contenido en su obra "Teoría del Estado en el Ecuador", en el Capítulo III, que titula "El Estado de Derecho", certeramente establece su característica esencial, *"... a diferencia del Estado absoluto y de la dictadura, por el reconocimiento de que los gobernados tienen derechos anteriores al Estado y que este se limita a reconocerlos y garantizarlos con medios o mecanismos que los gobernados pueden usar cada vez que necesiten defender esos derechos cuando fueren conculcados, o corran el peligro de ser violados; se caracteriza también por la existencia de instituciones políticas u órganos del Estado instituidos por el derecho, a los que asimismo el derecho les inviste de facultades que no pueden ejercer sino en las materias y dentro de los límites o competencias y de acuerdo con las facultades y procedimientos prescritos en el propio derecho, según el principio de la división de poderes"*⁴

Más adelante, el mismo autor, dice: *"Con el objeto de asegurar que el poder público respetara los derechos de la persona y se mantuviera dentro de los límites que le fijaba la ley, en un primer momento pareció suficiente la división de poderes de que hablara Montesquieu, siguiendo a Locke, o división de funciones como solemos decir nosotros, de manera que la expedición de la ley estuviera a cargo de una institución*

4 Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, segunda edición, Corporación Editora Nacional, 2006, p.97.

*u órgano, la ejecución de la misma ley a cargo de otra institución distinta y que la solución de los conflictos que surgieran en las relaciones jurídicas previstas estuviera a cargo de una institución diferente de las dos primeras, todas, eso sí, con facultades de control recíproco y mecanismos de coordinación para que las tres concurren a la consecución del bien común, para el que están instituidas las tres”*⁵

He transcrito estos didácticos textos, para hacer notorio un primer principio fundamental, que es el Estado de Derecho, que fuera recogido desde la primera Constitución Republicana del Ecuador de 1830, con la advertencia del mismo autor citado que este tiene otras características que lo completan y complementan y de los que trataremos más adelante. Para más ilustración de que este y otros principios que nacieron de los filósofos y pensadores de la Revolución Francesa y de la primera Constitución de los Estados Unidos, fueron adoptados universalmente, no dejo de citarle, en los siguientes textos de comprobación: *“Para algunos autores, no sin discusión, como Neil MacCornick, el Estado de derecho y el “rule of Law” de los anglosajones son similares, puesto que se sustentan en principios similares”* (el Dr. Trujillo remite este texto a Pablo Lucas Verdú, autor de *“La lucha por el estado de derecho”*) Y con ratificación de esta verdad histórica jurídica, en la parte final de este importante acápite, el mismo autor citado, nos dice: *“Este Estado se ha desarrollado en la historia desde su aparición a fines del siglo XVIII en dos modalidades: el Estado Liberal de derecho y el Estado social y democrático de derecho o Estado desarrollista en la versión Latinoamericana”*⁶

Otros principios puestos en práctica, según los comentarios del mismo autor, que los mencionamos sin extender a su explicación, son los siguientes:

- La supremacía de la Constitución, ley suprema, ley de leyes
- La Constitución organiza el poder, es decir, determina y establece los órganos que han de ejercer el poder, las materias sobre las cuales tienen competencia para ello, los instrumentos o mecanismos y los procedimientos con los que han de hacerlo.
- División del ejercicio del poder en las tres instituciones clásicas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial.
- La declaración de los derechos individuales civiles y políticos y las garantías de medios para defender esos derechos.
- Las actividades económicas bajo el dominio de los ciudadanos, siempre que en su realización no invada el campo o derechos de los demás.
- El Estado se reserva la facultad de asumir las actividades económicas que,

5 *Ibidem*, p. 97 y 98.

6 *Ibidem*, p. 98

siendo necesarias a la comunidad, la iniciativa privada no tiene interés en explotarla por no ser rentables o por cualquier otra causa.

- Para el Estado liberal de derecho todos nacen libres e iguales. (Todos son iguales ante la ley)
- Para el Estado liberal solo existe: el individuo y el Estado. No reconocen a las sociedades menores o intermedias. Pero en los Estados Unidos, la asociación es una forma habitual de enfrentar toda clase de necesidades, privaciones, males y molestias para la que las solas fuerzas del individuo sean insuficientes.

Completamos este cuadro demostrativo poniendo de relieve los principios del constitucionalismo clásico que señala el Dr. Hernán Salgado, quien empieza su exposición concretándolos de este modo antecedente: *“En las nuevas constituciones de los Estados occidentales se fueron insertando los principios clásicos del constitucionalismo, aquellos que fueron expuestos por los pensadores políticos de los siglos XVII y XVIII (Locke, Montesquieu, Rousseau) y que, como decíamos, se concretaron en textos jurídicos a fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX. Estos principios del constitucionalismo clásico son esencialmente los siguientes:”*

De su texto académico, solo las reseñaré con un corto texto, con la disculpa debida al autor, advertencia que la hago extensiva al Dr. Trujillo por la misma forma en que compendí sus textos:

- Consagración de los derechos individuales, tales como la vida, la seguridad personal, la propiedad, la igualdad jurídica, la libertad en sus diversas expresiones; complemento de la libertad política sería la libertad económica que condujo al abstencionismo estatal con consecuencias negativas.
- La separación de la división de poderes... Esta teoría, que ha tenido varios enfoques, contribuyó a cimentar el Estado de Derecho y hoy – podemos afirmar- es un elemento objetivo para construir un sistema democrático, pues resulta innegable que todo detentador del poder tiende a acumular atribuciones que le permitan imponer su criterio sobre los demás órganos
- La soberanía reside en el pueblo. Al pueblo se lo concibe como una nación y no como una acumulación de personas individuales. Siendo la nación un ente abstracto sería la asamblea legislativa o parlamento quien la represente y exprese su voz.
- El gobierno representativo. Ante la imposibilidad de instaurar un sistema de democracia directa en los Estados contemporáneos se da paso al gobierno representativo que constituye una democracia indirecta, donde se procede a través de la elección de representantes o mandatarios.

- El sufragio restringido, mediante elecciones libres, la voluntad popular – fuente originaria de la soberanía- designa a sus gobernantes. (pero), sólo una élite con capacidad económica y otros requisitos de saber leer y escribir, edad, raza, religión, restringieron el sufragio y en esos tiempos a la mujer le negaron el voto.
- La responsabilidad gubernamental, en oposición al absolutismo donde el monarca, por regla general sólo daba cuenta a Dios.
- El régimen presidencial y republicano surgió como una alternativa frente al parlamentarismo monárquico. Este sistema se originó en los Estados Unidos de Norteamérica y fue adoptado por los países iberoamericanos que al independizarse rechazaron la monarquía y establecieron repúblicas.
- El doble principio de legalidad y de constitucionalidad de las leyes como fundamentos sobre los cuales reposa el orden normativo-jerárquico que rige el Estado.
- El abstencionismo del Estado o “El Estado Gendarme”, El liberalismo económico consideró como parte primordial de la libertad a la libertad de carácter económico...En la práctica, las teorías económicas liberales ahondaron las desigualdades y la llamada “revolución industrial” –en el siglo XIX se encargó de resaltar esta situación.

5.3.- Aplicación de los Principios e Instituciones del Constitucionalismo Social

Bajo el subtítulo “4.- El constitucionalismo social de posguerra, del Capítulo IV, titulado DEL CONSTITUCIONALISMO CLASICO AL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL, el Dr. Hernán Salgado, nos pone frente al proceso de evolución del derecho y sus instituciones, del modo introductorio siguiente: *“Un gran avance en el siglo XX lo marcó el denominado constitucionalismo social que agrupó a las nuevas tendencias o principios constitucionales de posguerra, que se originaron tanto después de la Primera Guerra (luego de 1918) como de la Segunda Guerra Mundial (a partir de 1945)*

Los graves trastornos económico-políticos, ideológicos y toda índole que ocasionaron las dos guerras mundiales (sobre todo la Segunda) abrieron camino a nuevas corrientes de pensamiento, prontas a captar las actuales y adversas circunstancias en que se debatían los pueblos. Por otra parte los excesos del individualismo liberal tenían que ser atenuados jurídica y políticamente. El constitucionalismo social tuvo como soporte ideológico a las diversas corrientes del socialismo, las cuales impulsaron el espíritu de transformación. Los nuevos principios e instituciones del

*constitucionalismo social buscaron superar las deficiencias del constitucionalismo clásico y con esta finalidad reafirmaron sus principios en lo esencial, completando y rectificando algunos e incorporando otros.*⁷

Entre las principales tendencias e instituciones que implantó el constitucionalismo social deben señalarse:

- Las doctrinas que consagran los derechos económicos y sociales, los cuales vienen a completar y a dar sentido a los derechos individuales (civiles y políticos). Estos nuevos derechos buscan dar una base económica y material que posibilite a todos acceder a un nivel de vida compatible con la dignidad humana. Para los sectores marginales de la sociedad y para los de escasos recursos económicos muchos de los derechos y libertades que se habían consagrado carecían de un significado real ¿qué sentido puede tener para quien se debate en angustiosa pobreza la libertad de pensamiento, de asociación o de locomoción? En tales circunstancias el derecho de propiedad se convierte en un sarcasmo... Los derechos económicos, sociales y culturales tienen que ver con el trabajo, la previsión o seguridad social, la salud, la vivienda, la educación y la cultura. Esa base material y económica –considerada indispensable– se alcanzará mediante el trabajo, debidamente remunerado y estable, tutelado por la ley. Además, el trabajador tendrá un derecho irrenunciable a los beneficios de la seguridad social. El Estado proveerá los centros de salud y de educación y planificará la vivienda barata. Se limita el derecho de propiedad al regular su ejercicio en función del bien social.
- Se proclamó el sufragio universal que amplió la participación popular y permitió dar una base más democrática al sistema de gobierno representativo... Por la Carta Política de 1929, se incorporó el sufragio femenino; por la innovación que trajo la Constitución 1978-79, se estableció el derecho al voto de los analfabetos.
- Se introdujeron diversos mecanismos de consulta popular, llámense referéndum o plebiscito, iniciativa popular, recall o revocatoria del mandato, permitiendo una participación más activa del pueblo frente a sus gobernantes. Con la denominación de plebiscito, la Constitución de 1967 introdujo en nuestro país la consulta popular, que luego fue mejor desarrollada por la Carta Política de 1978-79, a la cual las reformas constitucionales de 1995 y de 1998 le darán mayor precisión, aspectos que se mantienen en la Constitución vigente (2008).

7 Hernán Salgado Pesantes, op. cit, p. 35 y 36.

- Se estableció la representación proporcional de las minorías ara las elecciones pluripersonales.
- Se utilizó, cada vez más, la planificación económica y social como un instrumento necesario a fin de determinar las prioridades que son indispensables y poder concretizar los derechos sociales y demás servicios públicos por parte del Estado. En nuestro país se creó en 1954 la Junta Nacional de Planificación y coordinación Económica, que se la incorporó en la Constitución de 1967; y desde entonces, con similares fines y objetivos y cambios de nombre ha venido aplicándose este organismo técnico de planificación.
- Se buscó por diversos medios racionalizar la administración pública, es decir, modernizar las instituciones estatales para darles mayor eficiencia.
- En el Ecuador esto ocurrió en 1928 con la Misión Kemmerer traída por el gobierno provisional del Dr. Isidro Ayora, creándose el Banco Central, la Contraloría del Estado, la Superintendencia de Bancos, entre otras innovaciones financiero-administrativas.
- En cuanto al papel del Estado en la vida social y económica de la comunidad se abandona la concepción abstencionista. Las nuevas tendencias de posguerra se inclinan por la intervención reguladora del Estado, en mayor o menor medida, al considerar la necesaria para asegurar a la sociedad un mínimo de bienestar, de justicia social en otros términos.

Nuestro Autor citado amplía estas esclarecedoras enumeraciones de derechos e instituciones, que se han venido incorporando a nuestra legislación ecuatoriana, del modo siguiente:

“Por otro lado, desde el siglo pasado los servicios públicos continúan en un acelerado desarrollo que obligan al Estado a satisfacerlos y a utilizar tecnologías mas sofisticadas (luz eléctrica, agua potable, teléfonos. internet, caminos vecinales y carreteras, transporte, etcétera); pero, al mismo tiempo, llevan al ente estatal a un crecimiento burocrático desmesurado; en algún momento se habló de la tecnoburocracia. Estos criterios dieron lugar al llamado Estado de bienestar (*welfare state*). En los países en vías de desarrollo a este tipo de Estado se lo ha considerado de carácter paternalista. Contra algunos aspectos de estas doctrinas intervencionistas surgirán, en nuestra época, las corrientes neoliberales.” “Por otro lado, desde el siglo pasado los servicios públicos continúan en un acelerado desarrollo que obligan al Estado a satisfacerlos y a utilizar tecnologías mas sofisticadas (luz eléctrica, agua potable, teléfonos. internet, caminos vecinales y carreteras, transporte, etcétera);

pero, al mismo tiempo, llevan al ente estatal a un crecimiento burocrático desmesurado; en algún momento se habló de la Tecno-burocracia. Estos criterios dieron lugar al llamado Estado de bienestar (*welfare state*). En los países en vías de desarrollo a este tipo de Estado se lo ha considerado de carácter paternalista. Contra algunos aspectos de estas doctrinas intervencionistas surgirán, en nuestra época, las corrientes neoliberales.”

Finalmente, nuestro autor en el número 5 del Capítulo mencionado, titulado, “Ámbito internacional del constitucionalismo”, remata estas esclarecedoras enumeraciones de derechos e instituciones que se han venido plasmando en normas constitucionales y legales en el Ecuador, a través de magnos documentos de organismos internacionales que en sus textos recogen los principios básicos del Constitucionalismo. Nombra a los principales que han sido incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, con la misma jerarquía de las normas constitucionales y de obligatorio cumplimiento por el Estado Ecuatoriano, que entre otros numerosos estados los suscribió. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1949; Pactos Internacionales de Derechos Civiles Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados en Asamblea General de la ONU, en 1966. Otros instrumentos internacionales relativos al trabajo, por la Organización Internacional del Trabajo, (OIT) y derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, de 1967, en el marco Regional de la Organización de Estados Americanos.

6. CONCLUSIONES GENERALES

6. 1. En general, casi todos estos principios de orden político y social, arriba expuestos, repite la nueva Constitución del 2008, con ciertos retoques, reformas y ampliaciones. En varios artículos de mi autoría, publicados en la Revista Judicial del Diario “La Hora” de Quito, he analizado el nuevo rol del Estado, los novedosos derechos de participación ciudadana, poniendo énfasis en los pronunciamientos plebiscitarios, hasta con el derecho de los mismos electores de revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular (Art. 61) El Régimen del buen vivir (Sumac Kausay) y otros que se los califica de creación original en esta Constitución, se basa en los que sostiene la filosofía indígena, que coincide con los que expuso Rousseau, con su afirmación que el hombre es bueno por naturaleza. Por otra consideración doctrinaria, la enumeración de los derechos vienen a ser los que sintetiza el principio cristiano del Bien Común, que permite diferenciar la visión individualista antropocéntrica liberal, que Maritain define, “como el conjunto de bienes materiales y espirituales que le permiten al todo y a las partes acceder

a una buena vida humana”; y añadimos que significa también, que el bien de la sociedad es superior al bien particular.

- 6.2.** El modelo presidencialista norteamericano se ha reproducido en buen número de países, al menos en algún aspecto parcial. Vale el ejemplo de Ecuador, que en forma similar se puede extender a otras repúblicas. La adopción de ese modelo en más o en menos se hizo presente desde la Constitución de 1830. Pero, en una consideración histórica general, observamos que, mientras más poder alcanzaba el pueblo por una mayoría representativa en el Congreso, que se oponía al ejecutivo, bajo el dominio de uno de los grupos oligárquicos de turno, ese poderío económico lo hacía derivar a gobiernos autoritarios, cuando no autocráticos o dictatoriales. El modelo democrático terminaba siendo sustituido por las instituciones de poder económico o por las clientelas políticas que en ciertas etapas históricas hacía insostenible la organización democrática. En estos casos críticos, la solución era el golpe de Estado. El populismo nació por estas mismas causas, cuando aparecía un líder carismático que aparentemente pretendía interpretar y defender los intereses populares, manejando variados sentimientos de índole nacionalista, justicia social, antiimperialismo, orden, disciplina, dogmatismo o puras artes demagógicas de publicidad y propaganda, hoy, ayudados por los inventos electrónicos, especialmente por la televisión. Se pone en duda que el régimen parlamentario pueda ofrecer mejores resultados, ya que el problema de fondo es la llamada estructura de grupos oligárquicos de turno que pierden poder o quieren mantener una determinada situación de beneficio particular. Un ejecutivo, unipersonal, da lugar al caudillaje autoritario ratificado por plebiscito, (consulta popular efectuada por votación) o por artificios de engaño al pueblo que moviliza a las mayorías masificadas. La Democracia entra en crisis y los ignorados principios dan paso a un régimen sin controles. Se ha pensado que la participación ciudadana, sea la controladora más eficaz para estas desviaciones y hacia ello tiende el nuevo constitucionalismo de América Latina.
- 6.3.** En el marco general del pensamiento humanista occidental pensadores y filósofos de más reciente historia, estudian y reflexionan sobre la vigencia o no de los principios rectores de las organizaciones políticas y de los derechos cívicos y políticos, frente a los problemas sociales y económicos. Con diferentes fundamentaciones y enfoques, estas posiciones intelectuales y de doctrina académica, apuntan a los básicos principios de Derecho Político como el de Democracia, Libertad, Bien Común, Derechos Humanos. Acerca de estas superiores doctrinas alternativas, que no son numerosas, como supuestamente se cree porque no se han inventado o ideado otros principios que los de

Derecho Político, sin vacilaciones afirmo que la social democracia y democracia cristiana, son las dos más representativas de estas corrientes de pensamiento político, que tienen el soporte de filósofos, sociólogos, economistas, juristas y estadistas notables

- 6.4. No escapa a esta reflexión que los derechos humanos, han sido materia de permanente aspiración de la humanidad, en todos los tiempos históricos de esta larga lucha ideológica y en ciertas etapas revolucionarias, con sangre de por medio ; que el problema mayor que enfrenta la Democracia de nuestros días, son las bases éticas y económicas de una sociedad libre; que entre Libertad y Socialismo, hay barreras, al parecer insalvables, más, en esta “época de la incertidumbre”, la organización política de la democracia, guiada por los principios de libertad, igualdad y justicia social puede significar el avance del nuevo constitucionalismo. Las Encíclicas de la Iglesia Católica han sido claras en manifestar sus enseñanzas que se resumen en grandes ideales, de igualdad y dignidad de la persona humana, Bien Común en base de Solidaridad y Justicia Social, Libertad ética y responsable y otros numerosos principios de esencialidad humanista. Si una Constitución recoge estos principios, en buena hora que lo sea y no debemos impugnarla sino en los errores o desvíos de los principios universales que han echado raíces en nuestro medio ecuatoriano, como los paradigmas de Libertad, Justicia Social, Orden, Paz. Los errores, contradicciones, faltas de concordancia, etc. pueden corregirse o enmendarse, vía reformas. Para ello han trabajado y trabajan los juristas de todos los tiempos, que ubican y hacen ver en donde está el ser y deber ser del derecho. Dar tiempo al tiempo, es el mejor camino para que los errores caigan por su propio peso y la Democracia salga fortalecida de esta crisis. Las nuevas constituciones, deben borrar las disposiciones que han dado malos resultados y poner las bases, no para hoy o para mañana, porque las normas constitucionales planifican también el futuro. Con glosa de mi sabio profesor de Ciencia Política, dictada en clase magistral y conservada en mis apuntes, Dr. Julio Tobar Donoso: el político busca el éxito inmediato, la obra de los estadistas, debe ser la del sembrador de la semilla, no para recibir sus frutos inmediatos, sino para beneficio de las nuevas generaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Julio Tobar Donoso, Elementos de Ciencia Política, Tercera Edición, Editorial Ecuatoriana, 1970; Faustino J. Legón, Tratado de Derecho Político General, Ediar So. Anón Editores, Buenos Aires, 1959.
- Juan I. Espinosa Pólit, S.I., Compendio de Economía, editorial Ecuatoriana, Quito, 1972; Lucas Beltrán, Historia de las doctrinas económicas, EditorialTeide, Barcelona.
- Julio César Trujillo, Teoría del Estado en el Ecuador, Segunda Edición, Corporación Editora Nacional, Quito, 2006.
- Hernán Salgado Pesantes, Lecciones de Derecho Constitucional, IMPRESORES MYL, Cuarta Edición, Quito, 2012.
- varios diccionarios, entre ellos, el de Salvat, de Guillermo Cabanellas, en su cuarta edición, en cuatro tomos, por Bibliografía Omeba, 1962, (adquirida por el autor de este trabajo, en Buenos Aires, 1971) John Kenneth Galbraith, La época de la incertidumbre, Editorial DINA, México, 1977. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Capítulo 4

Derecho Penal y Procesal Penal

Casación y Revisión en Materia Penal

Arturo J. Donoso Castellón

Introducción

Con demasiada frecuencia en el Ecuador, pero no exclusivamente en nuestro país, no hay una determinación precisa de la función del juzgador, cuando sentencia en aplicación de la casación y la revisión penales. En el afán de reflexionar sobre esta importante temática, creo necesario establecer los alcances jurídicos del recurso de Casación, que es procesalmente tal, y la verdadera acción de Revisión, porque no se trata de un recurso procesal, ya que el juego procedimental ha terminado, con una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que está ejecutoriada, no cabe de ella recurso alguno, y o bien está ejecutándose o ya ha sido, incluso, ejecutada.

Por otro lado, hay una práctica, por desgracia muy extendida, por la cual, muchos abogados, en forma inmoral, engañan a sus clientes, y, muchas veces para ocultar errores profesionales en la defensa, o, lo que es peor, intentando obtener honorarios más grandes, aprovechando de la ignorancia, confiabilidad o ingenuidad de sus defendidos, en reiteradas ocasiones, y respecto de gente de escasos recursos económicos, hacen mal uso del juego procesal, planteando casación o más aún, revisión, en causas que perfectamente conocen, no permiten alcanzar el éxito ni en una y peor aún, en la otra vía procesal. Es notoria la estadística judicial, por la que se establece que menos de una centésima de los recursos planteados en la casación penal, obtiene sentencia favorable al recurrente y, en el caso de la revisión penal, el porcentaje es aún escandalosamente menor, esto es de menos de una milésima por ciento de las acciones intentadas para obtener una sentencia que acoja positivamente la acción propuesta. Esta práctica inmoral de muchos abogados, produce congestiones inaceptables en los despachos de lo penal de la Corte Nacional de Justicia, deteniendo la atención legítima de los procesos que realmente demandan prioridad por el interés público, social y de gravedad que conllevan en su naturaleza demandando urgente y eficaz atención por parte de los jueces, y haciendo inevitable el derroche de recursos económicos y laborales, postergando en paralelo la atención de los procesos de real magnitud, que deben esperar la resolución de procesos en los que jamás debió intentarse la casación, y pero aún, la revisión penal.

Finalmente, en este ensayo, reflexionaremos sobre el alcance instrumental de la hermenéutica jurídica, tanto en casación como en la revisión penal, como un esfuerzo por clarificar el rol juzgador y obtener mayores y mejores elementos de juicio para comprender verídicamente el papel juzgador en estas materias procesales, analizando al mismo tiempo, la estructura de la sentencia, para perfeccionar la tarea de la administración de justicia en esta temática tan controvertida.

1- La Casación Penal

El recurso de casación penal se rige por las normas del Código de Procedimiento Penal, y, por su propia naturaleza, existe para que la Corte Nacional de Justicia, única competente en esta materia, corrija los errores de derecho que se presentan en una sentencia. Es importante, en primer lugar clarificar, que se trata de errores, es decir, de contenidos decisorios judiciales, que no se compadecen con la verdad, esto es, no coincide ni se sustenta esa decisión, en los elementos de correspondencia entre la realidad y lo que el juzgador consideró como verídico; es decir hay una falsa percepción y apreciación consecuente de la realidad que no corresponde a lo verídico. No se excluye, por tanto, la posibilidad de que el juzgador, con plena conciencia y voluntad, haya tomado a sabiendas, una decisión deliberadamente contraria a la verdad, torciendo el sentido de la administración de justicia, esencia misma del prevaricato. Obviamente que, por lo general, lo común no hay prevaricato, que es una conducta esencialmente dolosa, sino que se trata de que el error judicial de derecho se circunscriba a eso: un error humano, de apreciación en la decisión, que no corresponde a la realidad del contenido del proceso, contrastando lo que existe en el proceso, con una decisión que no es la consecuencia hermenéutica es decir auténticamente interpretativa, entre los hechos y el derecho en la acción del juzgamiento y la decisión consecuente, lo que implica precisamente la necesidad de rectificar esa decisión, por parte de la Corte Nacional de Justicia, en este recurso vertical del mas alto nivel.¹

Claus Roxin examina el sentido de la casación penal, como búsqueda no solo de la unidad del derecho, sino, además la realización de la justicia en el caso individual y en el aseguramiento de la seguridad jurídica realista. Es interesante además, que en el pensamiento del autor citado, distingue la casación sustantiva, es decir si el derecho material se ha aplicado correctamente, o si se trata de casación procesal, cuando se corrigen los errores in procedendo.

1 Sobre el alcance conceptual de la casación ver Claus Roxin: Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, págs.. 464 y ss.

El error de derecho en la sentencia, puede darse en tres ámbitos violatorios de la ley: el primero relativo a una decisión contraventora, es decir contraria, en forma expresa del texto legal; el segundo, por una indebida aplicación de la norma aplicable al caso juzgado; y por fin, el tercero, por haberse hecho una errónea interpretación del alcance y contenido de la norma. Pero en cualquiera de estos casos, no se trata de volver a valorar la prueba, sino de examinar la correspondencia que debe transparentar la evidencia cierta de haber llegado a determinar la verdad procesal, en el contexto lógico, entre la parte expositiva, la motiva y la resolutive de la sentencia de la que se recurre por vía de casación penal, ya que el juzgador casacionista, debe centrar su reflexión en los elementos de derecho que presentan el error jurídico puro, en cualquiera de las tres alternativas mencionadas.

En este punto, vale la pena reflexionar profundamente sobre la esencia del acto juzgador, en aplicación de la sana crítica, que es un acto humano de hermenéutica, esto es, un proceso lógico en el que hay una primera etapa de exposición de los hechos externos, esto es la esencia material del contenido de la prueba legal y debidamente actuada en la audiencia oral de juicio ante el tribunal penal, relacionada a la teoría del caso expuesta en los alegatos iniciales, por parte de los sujetos procesales penales, que el juzgador recepta en actividad ex-ante, en su mente y en inteligente captación de esos hechos externos, que provienen del exterior y llegan a él por el juego procesal, y, la respuesta reflexiva, esencia de la hermenéutica jurídica, es decir el accionar interpretativo, desde el interior del desarrollo juzgador integral, por el acto humano del juez,² quien, a la luz de las normas de derecho aplicables, utiliza la sana crítica, esto es, su conocimiento, su experiencia y su intuición integradora, para compaginar, armar, establecer, sistematizar ex post, confrontando con el derecho, todo los componentes del caso juzgado, para con sabiduría ponderable en el mas profundo sentido integrador, llegar a la conclusión de culpabilidad, es decir a la atribuibilidad jurídica del hecho juzgado a la luz del derecho, al sujeto activo de la infracción, por lo mismo sujeto pasivo del proceso penal, y, en consecuencia imponer la pena que de acuerdo a la norma legal corresponde imponer.³

Julio Maier, en la obra citada, en forma amplia expone las reglas de interpretación y sus alcances en un sistema universal y armónico de lo jurídico en unidad, plenitud y complitud y su coherencia evitando contradicciones, y en los principios materiales de interpretación en función orientadora, restrictiva, de

2 Para ampliar concepto ver en Jean Grondin: *Introducción a la Hermenéutica Filosófica*, Herder, II Edición 2002, pg. 45 y ss.

3 Ver sobre las reglas de interpretación en Julio B.J. Maier: *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Editores del Puerto, II Edición, Buenos Aires, 2004, pg. 198 y ss.

acuerdo a diversos métodos de interpretación, sean literal, objetiva, subjetiva y las orientaciones auténticas, judiciales y doctrinales.

- 1.1- En la primera alternativa de error de derecho, podemos partir de un ejemplo que nos permita comprender el alcance de lo que constituye una contravención al texto normativo, como sucedería en el caso de que en un proceso por muerte, el tribunal penal, al encontrar que en el suceso, el sujeto activo de la infracción, encontró casualmente a su enemigo a las nueve de la noche y lo mató luego de una discusión en la calle, aplicaría la disposición del código penal, que describe, entre otras circunstancias constitutivas de asesinato, el buscar la noche para matar, pero en forma expresa dice la norma que tal situación debe ser buscada a propósito por el infractor, lo cual en el ejemplo no sucede, por lo cual el tribunal penal contravino expresamente el texto legal, ya que se trata de un error de derecho al aplicar un tipo penal que no corresponde, pues es un homicidio simple y no asesinato, procede casar la sentencia rectificando ese error de adecuación de la conducta infraccional al tipo que corresponde, lo cual obliga a cambiar la pena impuesta que sin duda, será menor a la determinada por el tribunal penal.
- 1.2- En la segunda posibilidad de violación por error de derecho, por indebida aplicación de la norma penal, nos remitimos al ejemplo que consistiría en el caso de que el tribunal penal, condene a una persona, por haber incumplido el mandato otorgado por otra persona, que le encargó invertir cinco mil dólares en la compra de unas acciones, y, el encargado de tal gestión, no solo que no cumple lo mandado, sino que toma para sí el dinero que se le entregó para el cumplimiento del encargo, y dispone de ese dinero como si fuera suyo, perjudicando al mandante, encontramos que se trata del tipo penal abuso de confianza, pero el tribunal equivocadamente ha tipificado tal conducta como estafa, en forma errónea, puesto que la estafa consiste en mediante engaño hacerse entregar dinero o efectos o papeles que lo representen, con valor económico patrimonial, y, en forma abusiva, quien se hizo entregar esos valores, no cumple lo ofrecido por él, y dispone de ese dinero, como si fuera propio perjudicando al ingenuo que le entregó esos valores. Como el tribunal ha hecho una indebida aplicación del tipo penal, cabe la casación penal, rectificando el error in judicando, lo cual hará variar la pena y consecuencias indemnizatorias del delito en el caso planteado.
- 1.3- Por fin, en la tercera alternativa, nos encontramos con el caso de interpretación errónea del alcance y contenido de la norma, si, por ejemplo, un tribunal penal, en un caso de muerte en que el sujeto activo de la infracción,

ataca por la espalda a su víctima con un cuchillo y la mata, obviamente el tipo penal, supone como principal, el homicidio simple, es decir matar con dolo, como intención positiva de matar, pero, con una circunstancia agravante constitutiva de tipo, esto es asesinato, por actuar con alevosía, acometiendo a la víctima por la espalda, a traición. En consecuencia, en el ejemplo, se convierte el tipo principal, homicidio simple, en el subsidiario aunque más grave, de asesinato. Cuando el tribunal, en el caso ejemplificado, no aplica atenuantes, diciendo que hay alevosía, se viola la norma, porque las reglas del código penal respecto de aplicación de atenuantes, establecen que si caben éstas, cuando no hay agravantes no constitutivas ni modificatorias (tipos agravados normativamente en cada descripción de conducta, por ejemplo robo o hurto agravados), de infracción, y aquí es la alevosía como constitutiva de asesinato, con lo cual cabe la aplicación de atenuantes; en el caso, por lo tanto, por errónea interpretación de la norma, cabe la casación penal, y rebajar la pena en presencia de atenuantes debidamente acreditadas por la defensa del procesado. O, sensu contrario, cuando el sujeto activo del delito, actúa con alevosía, pero además aprovechando el despoblado de propósito, con lo cual, por la alevosía, hay asesinato, por la constitutiva de tipo, y, por el despoblado a propósito buscado, hay una agravante que ya no es constitutiva ni modificatoria de tipo sino agravante propiamente dicha, con lo cual, si el tribunal penal aplicó indebidamente atenuantes, hay una errónea interpretación del contenido y alcance de la norma penal, por lo que se debe casar la sentencia, y enmendando el error de derecho, modificar la pena, siempre cuidando que no se viole la disposición constitucional de la no reformatio in pejus, si el procesado recurrió por vía de casación, y rectificando el error, imponer la pena mayor que corresponde al tipo penal que conductualmente se establece en el caso.

2- La Revisión Penal

Como se ha señalado reiteradamente, en atención a que la revisión penal, se orienta a rectificar la injusta decisión condenatoria judicial, por existir un error en los hechos fundamentales materia del proceso, lo cual el Estado a través de la Corte Nacional de Justicia, únicamente competente para conocer este tema, debe hacerlo, en cualquier momento, contra sentencia ejecutoriada y firme, ejecutada, en ejecución o aún luego de años de cumplida, y aún que el condenado injustamente hubiera ya muerto, no hay, obviamente plazos para intentar la revisión en el tiempo, y por lo mismo, terminado el juego procesal consecuentemente, la revisión, no es un recurso sino una acción extraordinaria que ataca el principio sacrosanto jurídicamente hablando, de la cosa juzgada.

Por lo dicho, una revisión solo procede, en uno de los casos contemplados normativamente, demostrativos evidentemente del error judicial, como en el caso en que aparece la persona que se creía muerta, hecho por el cual se condenó a alguien por un delito que jamás existió; o como en el caso en que hay dos sentencias condenatorias contrapuestas con inobjetable contradicción de materia procesal, en los hechos, los sujetos y circunstancias de tal situación, por lo que evidentemente una de las dos sentencias es errada e improcedente en consecuencia; o en la alternativa de que la sentencia condenatoria es consecuencia de evidentes documentos o testigos falsos, presentados como pruebas; o si hay nuevos hechos que demuestran que el condenado no podía ser responsable del delito por el que recibió tal sentencia condenatoria; o si nunca se comprobó conforme a derecho la existencia de la infracción, es decir no hay la materialidad de la infracción, lo que tradicionalmente se ha denominado el cuerpo del delito; o bien se trata de la existencia de una ley posterior al hecho juzgado, ley posterior que descriminaliza esa conducta, o que disminuye cuánticamente el tiempo o severidad de la pena impuesta, En consecuencia, la revisión penal, procede en cualquier tiempo, para demostrar con nueva prueba, excepto en una causal, que los hechos por los que se determinó una sentencia condenatoria, son falsos, produciéndose un error judicial, una injusticia que hay que imperativamente corregir, rectificar, y proceder a la indemnización correspondiente por parte del Estado, en favor del inocente condenado injustamente.

- 2.1- Si se trata de la aparición de quien se creía muerto, en los delitos contra la vida, basta con demostrar la existencia y supervivencia de esa supuesta víctima, para que la sentencia sea revisada.
- 2.2- Si en el caso materia de revisión penal, se encuentran dos sentencias contrapuestas con relación a identidad de distintas o las mismas personas, que en los hechos demuestren una contraposición que exige determinar cuál de dichas sentencias es verdadera y procedente y cual no lo es, objetiva y/o subjetivamente, la comparación de las situaciones, en vista de las pruebas constantes en los procesos contrapuestos idénticos, llevan a la necesidad de establecer con nuevas pruebas, cuál de los fallos judiciales en condiciones de certeza, excluye la sentencia falsa y errada que se resulta así, injustamente condenatoria.
- 2.3- En la posibilidad de que una sentencia condenatoria se sustente injustamente en pruebas documentales como informes periciales falsos o también con graves equivocaciones es decir errores que desnaturalizan la esencia misma de la prueba que se sustentaría en ellos si fueran verídicos, o testimoniales falsas, no existe la comprobación probatoria de los hechos

expositivos, que motivados en una norma produzcan una resolución condenatoria en sentencia, que es falsa y nula, por lo que se debe acoger la revisión planteada. Esta alternativa, debe probarse con nuevos hechos, fundamentalmente para atacar, bien sea los documentos tenidos como auténticos, cuando son objetivamente falsos, o, presentar nueva prueba testimonial que demuestre la falsedad de los testimonios que sirvieron de base para condenar injustamente.

- 2.4- Cuando nos referimos a la inexistencia de la responsabilidad del procesado, y se lo condena injustamente como resultado, es preciso establecer que dicha responsabilidad debió ser comprobada en el juicio oral ante el tribunal penal, y esto implica que del examen de los hechos materia del proceso debió establecerse que el procesado actuó con conciencia y voluntad, es decir con libertad, por lo que debe responder de su conducta incriminatoria, pero, no es suficiente esto, sino que debió probarse su imputabilidad, esto es, que conocía y quería clara y determinadamente desarrollar una conducta punible, asumiendo el alcance pleno de tal actuación, es decir, determinando el tribunal penal que es imputable y en el grado que la edad, conocimientos, experiencia vitales, el condenado injustamente no podía haber sido juzgado en tales alcances, por lo que sin base suficiente de certeza, el tribunal penal declaró la culpabilidad, es decir la atribuibilidad del hecho conductual al procesado, a la luz del derecho. En consecuencia si no existió, y así se demuestra en la revisión con nueva prueba, que el condenado inobjetablemente, no actuó con atribuibilidad moral psicológica, es decir con responsabilidad; o no tenía el alcance de comprensión total integradora de su conducta responsable en relación al resultado de sus accionar lesiva del bien jurídico protegido penalmente, materia del proceso, es decir no se ha probado su real malicia, en su circunstancia personal y social, en otras palabras, no hay imputabilidad específica, clara, determinante de la certeza en la condena que dicta el juzgador al hallar culpable al procesado, hay que revisar en sentencia la dictada por el tribunal penal y ratificar la condición de inocencia del condenado injustamente, rectificando así el error judicial.
- 2.5- Si estamos en el caso de la vigencia de una norma posterior penal, que favorece al sentenciado condenado, es imperativamente necesario aplicar, lo que exige el principio penal de retroactividad de la ley penal posterior mas benigna, o que extingue definitivamente la posibilidad de juzgar y sancionar un hecho que dejó de ser un tipo penal, que, como existe en un caso, se condenó a unas personas en la provincia del Tungurahua, Ecuador, por práctica homosexual, y, luego de dictada esa sentencia, al amparo de

la norma constitucional de 1998, se determinó que no podía ser delito un comportamiento sexual que se convierte en derecho de ejercer la libertad respecto a la expresión de la propia sexualidad como cada persona considere y decida, y, por la reforma legal que derogó el inciso primero del artículo 516 del código penal ecuatoriano, en el año 2000, se revisó la sentencia condenatoria y se extinguió toda posibilidad de procesamiento de tal conducta.

- 2.6- Es más difícil, cuando hablamos de la no comprobación conforme a derecho de la existencia de un delito, puesto que, esta situación demostraría que se pasaron inexplicablemente todos los estamentos, los filtros procesales, puesto que, en la etapa intermedia, antes de la etapa oral de juicio penal, se debe examinar si existen elementos evidentes de convicción sobre la existencia de una infracción determinada en cada proceso, y, en el juicio se debe practicar legalmente la prueba sobre la materialidad comprobada conforme a derecho de la existencia del delito materia del proceso penal. Esta causal motivo de revisión, no requiere de nueva prueba, porque el examen se contrae a establecer la relación entre la descripción del tipo penal materia del proceso, lo cual implica un análisis de los hechos conductuales a la luz de la descripción normativa del tipo en cuestión.

La nueva prueba a actuar en la revisión penal, debe producirse en idénticas condiciones jurídicas a las de la prueba actuada en una audiencia oral de juicio penal, es decir, deben las pruebas ser anunciadas previamente a la audiencia de revisión, para que se ordene la practica de ellas, se las presente, se las practique legalmente, esto es, se las controvierta y puedan ser impugnadas en la audiencia oral, y de encontrarse su procedencia y validez como pruebas, en forma inmediata los juzgadores las incorporen como pruebas válidas y legalmente actuadas, o bien, de no ser admisibles como tales, no incorporarlas como pruebas si su formación no se produjo conforme a derecho en la audiencia de revisión penal.,

Bibliografía

- Jean Grondin, Introducción a la hermenéutica filosófica, Herder, 2ª. Ed., Barcelona, 2002
- Claus Roxi, Derecho Procesal penal, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000
- Julio B.J. Maier, Derecho Procesal penal, I, Fundamentos, Ed. Del Puerto, 2ª. Ed., Buenos aires, 2004

Expansión, Riesgo y Principio de Precaución en el Derecho Penal*

Esteban Juan Pérez Alonso¹

Abstract

Uno de los rasgos característicos del Derecho Penal de la modernidad es el de la expansión, cuyo ámbito originario de aparición y discusión fue en el llamado Derecho Penal del riesgo, es decir, en el modelo dogmático y político criminal del sistema penal en la denominada “sociedad del riesgo”, donde se pide una mayor intervención penal para prevenir los nuevos riesgos a los que está expuesta la sociedad actual. Esta demanda de más intervención penal ha dado lugar a una viva discusión académica entre aquellos que defienden la adaptación y mayor intervención penal para prevenir los nuevos riesgos y aquellos otros que entienden que el Derecho Penal debe seguir cumpliendo su función básica y tradicional de prevenir los daños más graves e intolerables. Y en este contexto, una de las cuestiones que se discute también es la función y alcance del principio de precaución en el ámbito del Derecho Penal.

I. INTRODUCCIÓN

El discurso sobre la modernidad del Derecho Penal tiene como palabra clave la *expansión*, que aparece como ineludiblemente unida a cualquier cuestión penal o político criminal que se pueda plantear en la actualidad.² La expansión del Derecho Penal consiste básicamente en arrogarle al Derecho Penal funciones que tradicionalmente no le han sido propias, bien porque pertenecían a otras ramas del ordenamiento jurídico o bien porque no lo permitían su naturaleza o finalidad.

* Este trabajo ha sido publicado, como capítulo de libro, en la obra colectiva: *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Editores: Pérez Alonso, E., Arana García, E., Mercado Pacheco, P., Serrano Moreno, J.L. Editorial: Tirant lo Blanch. Valencia (España). 2012.

1 Catedrático de Derecho Penal Universidad de Granada

2 Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed., revisada y ampliada. Civitas. Madrid. 2001.

Y con ello se le ha irrogado perjuicios que afectan a su credibilidad, eficacia y seguridad, ya que a la postre significa una ampliación de la intervención penal tanto de forma extensiva como de forma intensiva.

Habría que preguntarse, por ello, por las razones del cambio que se está produciendo en el Derecho Penal de nuestro tiempo, por los rasgos que caracterizan al moderno Derecho Penal. Estas preguntas no tienen fácil respuesta. Las razones del cambio son muy dispares, hay factores endógenos, exógenos, o quizá se trata de una evolución callada desde largo tiempo, vinculada al continuado desplome de la modernidad, que ha transitado hacia la llamada posmodernidad.³

Lo que sí parece claro es que la sociedad ha sufrido una profunda transformación en las últimas décadas, como consecuencia principal de la globalización, que ha devaluado el concepto de soberanía del Estado-nación, con todo lo que ello significa, al tiempo que se ha impuesto el dominio de lo económico en los modelos de relación a nivel mundial, donde el Derecho ocupa un lugar muy secundario, incluso, a veces, carece de un espacio de juego real.⁴

Los cambios sociales también tienen su origen en la transformación del sistema productivo en las sociedades postindustriales, donde el nuevo modelo de explotación posfordista deja de lado el trabajo material para centrarse en el trabajo inmaterial, basado en el conocimiento y en el desarrollo tecnológico; lo que ha provocado además el nacimiento de la llamada multitud, como conjunto irreductible de personas, a nivel planetario, lleno de singularidades y diferencias.

Por otra parte, los avances científicos y el desarrollo tecnológico han dado lugar a la denominada sociedad del riesgo, en la que surgen nuevas necesidades de control y gestión de los riesgos, junto a fuertes demandas sociales de seguridad.⁵

Este cambio también se ha visto afectado por el desarrollo y los logros alcanzados, con mucho esfuerzo, tras las constitucionalización del Estado Social, sobre todo en la Europa Occidental, y por la actual crisis del Estado del bienestar.⁶

Es claro que esta transformación económica, tecnológica y social, también ha afectado al Derecho, como instrumento de control social, produciendo la metamorfosis del Derecho Penal.

3 Vid. al respecto, PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Tirant lo blanch. Valencia. 2007.

4 Vid. MERCADO PACHECO, P., "El proceso de globalización, el Estado y el derecho". En, *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. G. Portilla Contreras (Coord.). Universidad Internacional de Andalucía/Akal. 2005; pp. 119 y ss.

5 Vid. MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Civitas. Madrid. 2001.

6 Vid. GRACIA MARTÍN, L.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Tirant lo blanch. Valencia. 2003.

A este fenómeno se le llama con carácter general, como hemos señalado, *la Expansión del Derecho Penal*; la huida hacia el Derecho Penal como único instrumento capaz de resolver los problemas que aquejan a las sociedades postindustriales; lo que se pone de manifiesto claramente, según se afirma, con el Derecho Penal simbólico, la administrativización del Derecho Penal, la protección de nuevos bienes jurídicos colectivos, el Derecho Penal del riesgo, los delitos de peligro y cumulativos, la anticipación de la intervención penal, la disminución de las garantías procesales, la flexibilización de los criterios de imputación penal, el populismo punitivo, el punitivismo exacerbado que se ha manifestado en el incremento de penas y en su cumplimiento íntegro y efectivo, el tratamiento de la reiteración en las faltas y la multirreincidencia, el endurecimiento del derecho penal de menores, el Derecho Penal de medidas, el Derecho Penal del enemigo, la ampliación de los sujetos del Derecho Penal a las personas jurídicas, la internacionalización del Derecho penal, etc.

Si la expansión del Derecho Penal se configura sobre la base de estos elementos, ciertamente, estamos ante un *totum revolutum*, cuya mezcla de ingredientes provoca un cóctel explosivo, difícil de digerir y comprender. Entendida de un modo tan general parece la antítesis del programa de un Derecho Penal garantista en la línea que habían propuesto Baratta y Ferrajoli,⁷ parece que se ha invertido la regla de la mínima intervención y las máximas garantías para pasar al nuevo modelo expansionista de la máxima intervención y las mínimas garantías.

De entrada, habría que abandonar el discurso de las vagas generalizaciones y de las huecas descalificaciones globales para afrontar con seriedad el análisis de la situación actual del Derecho Penal. Hay que abandonar, por tanto, los apriorismos que con rigidez se resisten a cualquier cambio o que con automatismo se suman al postulado más moderno. En mi opinión, estas actitudes no son buenas, pues no ayudan a entender la problemática, ni a buscar soluciones apropiadas. Dificultan el diagnóstico y el tratamiento de la cuestión.

De este modo, podemos afirmar que no hay un fenómeno único y global de expansión penal, con una explicación y solución unidireccional, sino que hay diversos fenómenos que transcurren de forma paralela, aunque con alguna interrelación, donde se observan distintas manifestaciones de la denostada expansión. Pero, en todo caso, estas manifestaciones tienen causas y efectos diversos, por lo que se hace necesario llevar a cabo un análisis y tratamiento

7 Vid. PÉREZ ALONSO, E.J., "Las revoluciones científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. L, 1997; p. 186.

diferenciado (“cum granu salis”).⁸ No puede obviarse, por otro lado, que el enfoque de esta cuestión depende de que el punto de partida adoptado esté más próximo a un Derecho Penal de corte liberal o a un Derecho Penal de corte social.

Los fenómenos en los que se demanda o se discute la intervención penal, son, fundamentalmente, tres: los nuevos riesgos asociados al desarrollo tecnológico; la necesidad de internacionalizar y armonizar la respuesta penal frente a la nueva criminalidad de la globalización; y, en último término, las nuevas versiones del viejo discurso securitario de “ley y orden”. Lógicamente, ahora nos interesa el primero de ellos, por lo que intentaré exponer al menos los trazos generales del Derecho Penal del riesgo.

II. DERECHO PENAL DEL RIESGO.

1. Sociedad del riesgo.

En efecto, el fenómeno que ha provocado el debate original y más significativo sobre la expansión del Derecho Penal ha sido el modelo penal y político criminal de la “*sociedad del riesgo*”;⁹ empleando la terminología de Ulrich Beck,¹⁰ con la que caracteriza a las sociedades postindustriales básicamente por tres aspectos:¹¹

- a) En primer lugar, por la existencia de nuevos riesgos generalizados, de grandes dimensiones y potencialmente lesivos, capaces de amenazar y alcanzar a amplios colectivos, que son generados artificialmente por el hombre como una consecuencia accesoria y negativa del desarrollo científico y tecnológico y del sistema de producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Son riesgos potenciales pero desconocidos e imprevisibles o, al menos, con un alto grado de incertidumbre, difíciles de controlar e, incluso, de prever con anticipación.

8 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. En, *Derecho Penal y Política Transnacional*. S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá (coords.). Atelier. Barcelona. 2005; pp. 243 y ss.

9 Vid. por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, pp. 25 y ss.; MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal...* pp. 23 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos...*, pp. 60 y ss.; AAVV., *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. L. Arroyo, U. Neumann y A. Nieto (Coords.) Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2003.

10 Vid. BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Piados. Barcelona. 2006; del mismo autor: *La sociedad del riesgo global*. Siglo XXI. Madrid. 2006.

11 Vid. también, MENDOZA BUERGO, B., “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”. En, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. C. Da Agra, J.L. Domínguez, P. Hebberecht y A. Recansens (eds.). Atelier. Barcelona, 2003; pp. 67 y ss. (Este trabajo también se ha publicado en, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum. En Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Colex. Madrid. 2006; pp. 351 y ss.)

- b) En segundo lugar, existe una complejidad organizativa en las relaciones de responsabilidad debido a la interacción e interrelación de distintos procesos, cursos causales, de personas individuales y colectivas, etc. La complejidad de estos procesos, junto al desconocimiento del riesgo, a las dificultades de prueba y de determinación del dominio del riesgo, hace incluso que se hable de una “irresponsabilidad organizada”.
- c) En último lugar, también se afirma que en la sociedad se ha institucionalizado una inseguridad objetiva, al tiempo que se ha difundido una sensación de inseguridad subjetiva que, aunque no se corresponde con la magnitud real del riesgo, demanda mayores cotas de seguridad para aplacar los temores frente a lo nuevo y desconocido.

Es claro que la sociedad del riesgo exige un papel más activo del Estado en la evaluación y gestión de los nuevos riesgos, así como en la provisión de seguridad propia del Estado del bienestar. En este contexto se produce una fuerte demanda específicamente normativa de seguridad que se dirige, además, de forma prioritaria, al Derecho Penal. Con ello surge el modelo político criminal y penal del riesgo: un “Derecho Penal asegurador del futuro”, dice Stratenwerth¹²; un “Derecho Penal de la seguridad”, dice Kindhäuser.¹³

2. Derecho Penal del riesgo.

Se trataría de un Derecho Penal de corte más social, que amplía su intervención a nuevos ámbitos socio-económicos, vinculados a los derechos fundamentales de segunda generación, como, medio ambiente, consumo, mercado, salud laboral, en congruencia con la propia concepción social del Estado que lo ampara. No solo se ocuparía del presente, de proteger nuestro derecho a la vida o a la salud, sino también de preservar el futuro, de asegurar la vida o la salud de las generaciones venideras. Este modelo penal compartiría sus esfuerzos en prevenir la delincuencia clásica y en perseguir la criminalidad de los poderosos, pues éstos son los únicos con capacidad para lesionar los bienes socio-económicos. Además, acogería las demandas de los sectores más activos de la nueva multitud (ecologistas, ong's, etc.), al tiempo que contaría con el respaldo de amplias capas de la población que, entre otros aspectos, se sentirían más libres como consecuencia de la mayor seguridad dispensada. Con todo ello, el Estado transmitiría un mensaje simbólico y positivo sobre la trascendencia social de tales bienes y su necesaria protección penal en

12 Vid. STRATENWERTH, G., “Whares” Strafrechts?”. En, *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 2002.

13 Vid. KINDHÄUSER, U., “Sicherheit. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft”. En, *Universitas*. 1992.

los casos más graves e intolerables, con lo que también se reforzaría el control y prevención realizada por otras ramas jurídicas.¹⁴

Este modelo político criminal del riesgo se llevaría a la práctica a través de un Derecho Penal del riesgo que se caracteriza, fundamentalmente, por: a) la ampliación de la intervención penal para proteger nuevos bienes jurídicos de carácter colectivo; b) que serían tutelados a través de los delitos de peligro (concreto y abstracto) y la nueva fórmula de los delitos cumulativos; c) con lo que se anticiparía la intervención penal; d) al tiempo que habría que flexibilizar, según se afirma, las reglas de imputación jurídico-penal y relajar las garantías procesales para lograr la máxima eficacia.¹⁵

3. Crítica: el discurso de resistencia.

Frente a este modelo del riesgo se ha producido una profunda reacción en la doctrina,¹⁶ que ha tenido su máxima expresión en el “discurso de resistencia” defendido a capa y espada por la llamada Escuela de Frankfurt.¹⁷ Hassemmer, Naucke y Lüderssen, entre otros, han enarbolado la bandera de la resistencia ante la insostenible situación a la que ha llegado el Derecho Penal, por su carácter anti-liberal y anti-ilustrado y, por ello, claman por recuperar el “viejo y buen Derecho Penal” del Estado liberal y de la Ilustración.¹⁸

Se trataría ahora de un Derecho Penal de corte más liberal, que pretende reducir al mínimo posible la intervención penal, a lo que tradicionalmente se conoce como el Derecho Penal clásico (el de toda la vida), otorgando una mayor libertad individual a costa de proveer menos seguridad. Se trataría de proteger esencialmente los bienes altamente personales (vida, salud, etc.), eso sí, junto a la

14 Vid. al respecto, por todos, MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho Penal...*, pp. 44 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos...*, pp. 60 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, V., “Libertad, seguridad y «sociedad del riesgo»”. En, *La política criminal en Europa*. Atelier. Barcelona. 2004; pp. 59 y ss.; Díez Ripollés, J.L., “De la sociedad del riesgo...”, pp. 246 y 247; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Sobre la «administrativización» del Derecho Penal en la «sociedad del riesgo». Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”. En, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum. En Homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*. Colex. Madrid. 2006; pp. 137 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal...*, pp. 45 y ss.

15 Vid. nota anterior.

16 Vid. la panorámica que expone, Díez Ripollés, J.L., “De la sociedad del riesgo...”, pp. 248 y ss.

17 Vid. al respecto, AAVV., *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2003.

18 Vid. AAVV., *La insostenible situación del Derecho Penal*. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Comares. Granada. 2000; LÜDERSSSEN, K., “Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?”. En, *Vom Guten, das noch stets das Böse sacht*. *Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*. Franckfurt. 1993; pp. 268 y ss.

propiedad; por lo que la clientela habitual del sistema penal seguiría siendo la de siempre: marginados y toxicómanos; que constituyen el 80% del sistema carcelario español o del italiano. El Derecho Penal se ocupa del presente y no del futuro castigando el hecho ya cometido mediante los tipos de lesión del bien jurídico personal, lo que permite, además, mantener intactos los criterios de imputación penal y las garantías procesales. Se trata de un Derecho Penal pragmático y utilitario que huye de lo simbólico.¹⁹

En todo lo que se aparte el moderno Derecho Penal del clásico (liberal-ilustrado) se convierte inmediatamente en un Derecho Penal ilegítimo, por su carácter expansivo y simbólico, por suponer la administrativización del Derecho Penal, por su falta de garantías, etc. Ante esta situación, y para no desnaturalizar el Derecho Penal, Hassemmer propone que los nuevos problemas que origina la sociedad del riesgo sean resueltos a través de un "Derecho de intervención",²⁰ que estaría a mitad de camino entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, entre el Derecho Civil y el Derecho Público. Se trataría de dulcificar la criminalidad de carácter social y económica castigando con sanciones menos graves a costa de rebajar el nivel de las garantías penales y procesales.

En nuestro país también encontramos una propuesta similar, como la que realiza Silva,²¹ con el "Derecho Penal de dos velocidades", es decir, un Derecho Penal "duro" que recurra a la pena privativa de libertad para proteger los bienes jurídicos clásicos (libertad, propiedad, ...) frente a la criminalidad de la marginación social, contando con rígidos criterios de imputación y respeto de las garantías; y un Derecho Penal "blando" que recurra a penas menos graves, para proteger los nuevos bienes e intereses sociales frente a la criminalidad económica y de los poderosos, donde se podrían flexibilizar los criterios y garantías penales y procesales.

19 Vid. al respecto, HASSEMER, G., "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". *Pena y Estado*. N° 1. Barcelona. 1991; pp. 23 y ss.; del mismo autor, "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1992; pp. 235 y ss.; del mismo autor, "La ciencia jurídica penal en la República Federal alemana". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1993; pp. 35 y ss.; del mismo autor: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación* (trad. Muñoz Conde/Díaz Pita). Tirant lo blanch. Valencia. 1999; HERZOG, F., "Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1993; pp. 317 y ss.; del mismo autor, "Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. (Perspectivas más allá del Derecho penal)". En, *Crítica y justificación...*, pp. 249 y ss.; PRITTWITZ, C.: "Sociedad del riesgo y derecho penal". En, *Crítica y justificación...*, pp. 259 y ss.

20 Vid. HASSEMER, G., "Rasgos y crisis...", pp.235 y ss.

21 SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, pp. 159 y ss.

4. Réplica: la modernización del Derecho Penal.

Si lo que hay en el fondo del discurso de resistencia es una defensa encubierta y exclusiva de los intereses individuales clásicos, habría que hacer una réplica a favor del discurso de la modernización del Derecho Penal, aunque sea de forma somera.²² Creo que resulta criticable, no tanto por su trasfondo ideológico, sino porque desde un punto de vista teórico la crítica generalizada al Derecho Penal del riesgo no permite avanzar en la discusión científica, se desacredita a sí misma cuando se aferra al pasado, no admitiendo la evidencia de los cambios sociales. La vuelta al Derecho Penal liberal de la Ilustración no deja de ser un anacronismo histórico, que llevaría a un Derecho Penal disfuncional en la sociedad posmoderna. El Derecho Penal establecido para proteger a las sociedades industriales del siglo XIX no puede ser válido ni el mismo Derecho Penal que ha de proteger a las sociedades postindustriales del siglo XXI. Es claro que en estos dos largos siglos algo ha cambiado, que el mundo contemporáneo se parece poco al que posibilitó el advenimiento del Estado moderno. Por ello, si el paradigma social ha cambiado, el Derecho Penal también debe cambiar para seguir cumpliendo su función de proteger a la sociedad, pero a la sociedad actual, la del riesgo y no a otra imaginaria o del pasado. Incluso cabría cuestionarse si alguna vez existió un Derecho Penal ilustrado y liberal con los rasgos que se le atribuyen o si no se trata, más bien, de una entelequia discursiva.²³

Sea como fuere, lo cierto es que hay y debe haber un nuevo modelo político criminal y penal que haga frente a las nuevas necesidades y problemas sociales que genera la sociedad del riesgo, en el marco general de los instrumentos jurídicos de control y sanción con los que cuenta el Estado Social y Democrático de Derecho. En este contexto constitucional y en el marco de la sociedad del bienestar actual es perfectamente posible que el Derecho Penal pueda seguir cumpliendo su función subsidiaria y formalizada de protección de los bienes y presupuestos necesarios para la convivencia social; es decir, que el Derecho Penal pueda seguir construyéndose sobre la base de la mínima intervención y las máximas garantías. Ahora bien, debe

22 Vid. al respecto, SCHÜNEMANN, B., "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1996; pp. 187 y ss.; del mismo autor: *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Tecnos. Madrid. 2002; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»?". *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 79. 2003; pp. 109 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos...*, pp. 127 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Sobre la «administrativización»...", pp. 140 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal...*, pp. 317 y ss.

23 En este sentido, vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Sobre la «administrativización»...", pp. 149 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, G.: *El Derecho Penal...*, pp. 347 y ss.

tratarse necesariamente del Derecho Penal mínimo que corresponda a la fórmula constitucional del Estado actual y a las demandas y necesidades sociales básicas de hoy, y no a las de otra época. En este sentido, se ha advertido que “no se puede definir, consecuentemente, lo que es el Derecho penal mínimo con independencia de las características de la sociedad en la que el Derecho penal tiene que cumplir sus funciones, ya que los elementos y necesidades sociales esenciales son distintas en cada orden social”.²⁴

Lo que habría que preguntarse, por tanto, es sobre los derechos fundamentales de segunda generación y los bienes colectivos que deben ser protegidos también a través del Derecho Penal en el momento actual, como, por ejemplo, el medio ambiente, salud pública, seguridad social, etc. Al mismo tiempo habría que cuestionarse una vez más la oportunidad de seguir tutelando penalmente ciertos derechos y bienes individuales, como, el honor o la propiedad privada, pues, quizá, ya toca que se protejan exclusivamente a través del Derecho Civil. También podría despenalizarse el Libro Tercero del Código Penal referido a las faltas, o los delitos relativos al tráfico de drogas, que más que un problema de salud pública suponen una grave intromisión en la libertad personal de los adultos. Pero, ¿qué Derecho Penal sería éste, sin hurtos, sin robos con fuerza, sin tráfico de drogas?, ¿quién quedaría en la cárcel?, ¿cerraríamos las 2/3 partes de los centros penitenciarios? o realmente ¿estaríamos dispuestos a mantenerlos a su máximo nivel de ocupación, como hasta ahora, pero con una nueva clientela? Estas son las interrogantes que debería plantear el principio de intervención mínima en el Estado social, pues una intervención penal “diferente” a la clásica no tiene que ser necesariamente una intervención máxima. En este sentido, creo importante reclamar de forma urgente, como advierte Roxin,²⁵ una “Ciencia interdisciplinaria de la subsidiariedad”, que antes de introducir nuevos delitos o de modificar los existentes se pregunte por los medios no penales de resolución de los conflictos sociales (nuevos y viejos).

Por otra parte, tampoco creo que haya que demonizar los bienes jurídicos universales y los delitos de peligro abstracto como si fueran ilegítimos per se, causantes de los grandes males del moderno Derecho Penal. En todo caso habría que criticar el hecho de que se establezcan nuevos delitos de peligro abstracto o que se protejan nuevos bienes jurídicos colectivos que sean ilegítimos. Además, su origen y su utilización en el Derecho Penal²⁶ es muy anterior a la aparición de

24 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Sobre la «administrativización»...”, p. 152.

25 ROXIN, C., “Informe final”. En, *Crítica y justificación...*, p. 323.

26 Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Sobre la «administrativización»...”, pp. 153 y 154; PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal...*, pp. 327 y ss.

los riesgos tecnológicos.²⁷ Lo mismo cabría decir sobre los criterios de imputación penal y las garantías penales y procesales. Creo que la dogmática jurídico-penal ha demostrado su credibilidad y capacidad para ir evolucionando y desarrollando los criterios y presupuestos necesarios para una aplicación segura y fiable de la ley penal. Insisto en que “una intervención «distinta» a la tradicional no tiene necesariamente que ser sinónimo de una intervención con menos garantías”.

De todos modos, la crítica generalizada que quiere expresar el discurso de resistencia debe valorarse como una advertencia frente al expansionismo ilegítimo y, sobre todo, hay que tomarla como un estímulo para desarrollar y mejorar el Derecho Penal de la sociedad posmoderna. Así, por ejemplo, habría que promover la investigación sobre la teoría de la legislación penal, tan necesaria como huérfana de atención en nuestro país, a diferencia de lo que sucede en Alemania, como manifesté en mi tesis doctoral.²⁸ Pero, sobre todo, habría que detectar cuáles son las dificultades más significativas del moderno Derecho Penal para incidir en su solución. En este sentido, Roxín advierte que frente al problema de la irresponsabilidad organizada de las grandes empresas, más que afanarse en exigir responsabilidad individual por los daños y riesgos, habría que ir al modelo de la responsabilidad penal de las sociedades; frente a la dogmática tradicional del peligro, que ha mostrado su incapacidad para controlar los grandes riesgos industriales, hay que promover nuevas investigaciones que permitan al instrumental dogmático evolucionar y contribuir a la búsqueda de respuestas.²⁹

Por otra parte, creo que el discurso de la modernización del Derecho Penal también debe ampliar su perspectiva, de forma urgente, a lo que podríamos denominar “Ciencia interdisciplinaria de la sanción estatal”, donde se llevara a cabo un debate serio y sosegado del actual sistema sancionador de nuestro ordenamiento jurídico (público y privado), con intervención en plano de igualdad entre todos los agentes y disciplinas implicadas, para proponer un nuevo modelo de control y sanción estatal adaptado a las necesidades de la sociedad contemporánea. No parece de recibo que se maten moscas a cañonazos, como sucede hoy con el delito de hurto, ni que se dispare con tirachinas a los gigantes, como sucede hoy con el delito ecológico. Por ello, no resulta fácil aceptar la propuesta del Derecho Penal de dos velocidades; pues, cuando se decida la intervención del Derecho Penal, debe ser de “todo” el Derecho Penal, que es uno desde los pies a la cabeza: “el Derecho

27 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “¿Qué queda en pie en el Derecho Penal...?”, p. 109.

28 Vid. PÉREZ ALONSO, E.J.: *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Edersa. Madrid. 1995; pp. 352 y ss.

29 Vid. ROXIN, C., “Informe final”..., p. 329.

penal todo debe estar presidido por idénticas garantías constitucionales; además, la discusión en torno a la renuncia a la pena privativa de libertad debe hacerse en todo el Derecho penal y no solo en el ámbito de los delitos económicos”.³⁰

III. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN (¿PENAL?)

1. Significado jurídico

El principio de precaución tiene una aparición relativamente reciente, vinculada al Derecho Internacional y Administrativo del medio ambiente en los años setenta, y cada día va teniendo mayor repercusión en el ámbito jurídico-social en la medida que es un instrumento adecuado para la percepción, gestión y control de los nuevos riesgos propios de lo que ya hemos denominado como sociedad del riesgo.³¹ Quizá, por ello, todavía no existe una definición clara y precisa de este principio que, en todo caso, hay que relacionarlo con una mayor percepción social del riesgo, con la apuesta por un desarrollo sostenible y con la adopción de medidas (activas y pasivas) que adelanten a una fase previa la prevención de posibles y futuros riesgos.³²

Aunque hay distintos puntos de vista al respecto, la versión más extendida de este principio lo vincula a las situaciones de incertidumbre científica sobre los eventuales riesgos o daños graves e irreversibles que puede producir una actividad que aconsejan la adopción de medidas de precaución antes de que se conozca la relación causa-efecto entre la actividad y los riesgos o daños potenciales. Se trata, por tanto, de anticipar la intervención en la gestión y control de los riesgos a un estadio previo a la previsibilidad y conocimiento de los mismos y de las consecuencias nocivas que se puedan derivar de ellos en el futuro, siempre que se trate de riesgos o daños graves e irreversibles a bienes de suma importancia, como la vida, la salud o el medio ambiente, ya sea en el presente o en el futuro. Este principio se ha querido plasmar en la siguiente fórmula: “cuando no pueda establecerse la no-peligrosidad de una conducta para la producción de graves daños para el medio ambiente o para la salud de las personas, tal conducta debe ser evitada. Donde la idea de precaución radica en el objetivo de evitar conductas de las que si

30 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “¿Qué queda en pie en el Derecho Penal...”, p. 114.

31 Vid. ROMEO CASABONA, C. (ed.), *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*. Publicaciones de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Comares. Bilbao-Granada. 2004; GARCÍA RIVAS, N., “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”. RGDP, Nº 1, mayo 2004; iustel.com.

32 Así, MENDOZA BUERGO, B., “El Derecho Penal ante la globalización: el papel del principio de precaución”. En, *Derecho Penal y política transnacional*. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá (coords.). Atelier. Barcelona, 2005; pp. 319 y ss.; de la misma autora: “Gestión del riesgo...”, pp. 74 y ss.

bien no puede afirmarse su capacidad lesiva, tampoco puede descartarse cuando lo que podría estar en juego son sus graves consecuencias para el medio ambiente o la salud de las personas”.³³

En este sentido hay que destacar especialmente la Comunicación de la Comisión de las Comunidades europeas sobre el recurso al principio de precaución de 1 de febrero de 2000, donde señala que “aunque en el Tratado sólo se mencione explícitamente el principio de precaución en el terreno del medio ambiente, su ámbito de aplicación es mucho más amplio. Este principio abarca los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que una evaluación científica objetiva preliminar hace sospechar de que existen motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido”.³⁴

A pesar de las diversas formulaciones, como advierte Mendoza Buergo, “podemos considerar que hay tres elementos presentes en todas las declaraciones del principio de precaución: que haya razones serias, basadas en datos científicos, para creer que una tecnología o actividad puede conllevar algún tipo de peligro grave de alcance colectivo, tanto para la salud de las generaciones actuales o futuras o para el medio ambiente, la fauna o la flora; que haya una falta de evidencia plena o incerteza científica respecto a la naturaleza y dimensión de tal daño y, finalmente, la necesidad y justificación ante lo anterior de tomar medidas para anticiparse y estar en condiciones de prevenir el eventual daño de carácter grave y/o irreversible”.³⁵ En definitiva, el principio de precaución pretende evitar daños graves al medio ambiente, las personas y demás seres vivos, que suponen una amenaza a largo tiempo, y no de forma inmediata, y además de forma potencial, pues no hay seguridad sobre su causación. Para ello, como señala Schroeder, “quiere este principio prohibir acciones cuyo nexos causal en relación con daños futuros aún no es comprobable científicamente. Además, pretende prohibir acciones que puedan causar daños graves no por sí solas pero sí si se llevan a cabo de una forma cumulativa”.³⁶

Por ello, hay que partir, en cuanto a su naturaleza jurídica, de que se trata de un principio inspirador de políticas públicas encaminado a la adopción de medidas

33 Cfr. SOLA RECHE, E., “Principio de precaución y tipicidad penal”. En, *Principio de Precaución...*, cit., p. 484.

34 Vid. COM (2000) 1 final de 2.2.2000.

35 Cfr. MENDOZA BUERGO, B., “El Derecho Penal ante la globalización...”, p. 323.

36 Cfr. SCHROEDER, F.-C., “Principio de precaución, Derecho Penal y riesgos”. En, *Principio de precaución...*, cit., p. 424.

orientadas a prevenir riesgos y daños graves e irreversibles que pueden derivarse de una actividad o de un producto. Pero, como apunta Romeo Casabona,³⁷ también puede considerarse como un principio jurídico regulativo respecto a los comportamientos individuales o grupales e, incluso, puede desempeñar una importante función interpretativa de las normas jurídicas.

2. Modelo penal de la prevención

Hasta ahora el modelo penal más avanzado y aceptado en relación a los riesgos es el de la prevención, que no solo alcanza la puesta en peligro sino también la lesión de los bienes jurídicos. En efecto, frente al modelo penal de la causación de daños o producción de resultados lesivos que ha venido imperando en el Derecho Penal hasta los años sesenta del siglo pasado, en la actualidad y desde entonces se ha impuesto el modelo penal de la prevención del riesgo. Por ello, hoy es frecuente afirmar que la función del Derecho Penal es evitar la realización de conductas lesivas o peligrosas para los bienes e intereses fundamentales para la convivencia social mediante el recurso a la amenaza e imposición de la pena.

De conformidad con dicha finalidad, puede afirmarse que la esencia y fundamento del injusto penal reside en el desvalor de acción u omisión, es decir, en la realización voluntaria de la acción prohibida o de la omisión mandada por la norma penal por mostrar una peligrosidad objetiva *ex ante* para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido, siendo consciente o cognoscible (dolo o imprudencia) tal situación de riesgo o lesiva (desvalor de resultado).³⁸ Ello tiene lugar en la tipicidad penal, que tiene un contenido normativo y material significativo para la caracterización de la conducta típica, en cuanto que establece los elementos necesarios para determinar la relevancia jurídico-penal de la conducta, distinguiéndose entre un aspecto objetivo-externo (tipo objetivo) y otro subjetivo-interno (tipo subjetivo).

En el tipo objetivo se lleva a cabo la caracterización general del comportamiento punible que, de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva,³⁹ ha de tratarse de una conducta con una peligrosidad objetiva *ex ante* para el bien jurídico protegido, es decir, capaz de generar el riesgo típicamente relevante que precisamente fundamentó su prohibición o mandato. Para determinar este primer elemento

37 Cfr. ROMEO CASABONA, C., *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*. Comares. Granada, 2005; p. 97. Vid. también, GARCÍA RIVAS, N., "Influencia del principio de precaución...", pp. 8 y ss.

38 Vid. PÉREZ ALONSO, E.J., "Las revoluciones científicas del Derecho Penal...", p. 186.

39 Vid. al respecto, PÉREZ ALONSO, E.J., "Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho Penal". *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 93. 2007; pp. 79 y ss.

de la imputación objetiva, que se convierte en un presupuesto básico para la afirmación de responsabilidad criminal, hay que determinar la peligrosidad de la conducta a través de la teoría de la adecuación, al tiempo que debe ser limitada penalmente por el principio del riesgo permitido concretado por el criterio del comportamiento diligente. De donde se infiere que sólo las conductas peligrosas que sobrepasan el riesgo permitido, por infringir los deberes objetivos de cuidado, tienen la relevancia jurídico-penal necesaria para ser el presupuesto mínimo de la responsabilidad criminal. A partir de que la acción haya creado el riesgo típicamente relevante puede afirmarse, por tanto, el SI de la pena, ya que tendremos completa la acción de tentativa. A ello habría que exigir, en los delitos de resultado (material o de peligro concreto), como segundo principio general de imputación objetiva que el riesgo creado por tal conducta sea el que se haya realizado en el resultado típico. Cuando se afirme este segundo principio de imputación la responsabilidad criminal se exigirá por el delito consumado.⁴⁰

De esta caracterización de la conducta penalmente relevante se puede derivar que el tipo objetivo es el mismo para todas las clases de delito, dado que su función y contenido es el mismo. Por tanto, con la teoría de la imputación objetiva o del comportamiento típico la diferencia queda reducida al tipo subjetivo, es decir, a la relación subjetiva (psicológica) que puede establecerse entre el sujeto y el hecho realizado.⁴¹ Sólo cabe imputar aquellos comportamientos voluntarios generadores del riesgo típico llevados a cabo con conocimiento del mismo (dolosos) o que han podido ser conocidos y evitados (imprudentes).

En efecto, si las normas penales tienen por objeto conductas de riesgo que se pretenden prevenir bajo la amenaza de pena para evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, es claro que tales conductas han de generar un riesgo evitable, bien porque era conocido por el sujeto o bien porque pudo ser conocido, ya que evitar lo inevitable no puede ser misión del Derecho Penal. Se puede motivar al ciudadano para que se abstenga de realizar la conducta que sabe que genera el riesgo típico o la conducta que previsiblemente lo puede generar, pues tanto una como otra infringirían el deber de evitar resultados lesivos o peligrosos para los bienes jurídicos. Pero, desde una perspectiva subjetiva no puede establecerse un deber de abstención de aquellos comportamientos que se realizan sin haber podido conocer el alcance del riesgo generado, pues no se puede evitar lo que no se conoce

40 Vid. PÉREZ ALONSO, E.J.: "Notas sobre la imputación objetiva...", pp. 85 y ss.

41 Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*. Edersa. Madrid. 1992; pp. 88, 89, 108 y 123; RAMOS TAPIA, I. y otros autores, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Zugaldía Espinar (dir.), Pérez Alonso (coord.). Tirant lo blanch. Valencia. 2004; p. 532 y ss.; PÉREZ ALONSO, E.J., "Notas sobre la imputación objetiva...", p. 80.

ni se ha podido conocer, es decir, las normas penales no pueden dirigirse a evitar lo inevitable. Por ello, y conforme al principio de responsabilidad subjetiva, sólo se puede establecer un criterio de imputación subjetiva del hecho con el individuo sobre la base del conocimiento o de la cognoscibilidad del riesgo típico, es decir, sobre la base del dolo o la imprudencia.⁴²

3. Modelo de la precaución

Frente al modelo penal de la prevención del riesgo objetivo-normativo y previsible, por ser conocido o cognoscible, que puede suponer la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos penalmente, surge ahora el modelo de la precaución del riesgo que no es previsible, porque hay incertidumbre científica sobre sus causas y efectos, y por ello difícilmente evitable, en cuanto que tampoco se conocen con exactitud los medios y medidas para su gestión y control. Ahora, frente a la previsión hay incertidumbre, es decir, se transita desde el conocimiento de los riesgos y de los nexos causales hacia la incertidumbre del riesgo, de los posibles daños y de los nexos causales entre ambos. Podría decirse, por tanto, que el modelo del principio de precaución supone el contrapunto al modelo preventivo del riesgo permitido.⁴³

Los temores e inseguridades que provocan las incertidumbres de los nuevos riesgos se intentan acomodar a través del control y protección previa frente a eventuales peligros todavía no constatables ni conocidos, sino sospechados o intuitos. Pero, resulta ciertamente difícil adoptar medidas de precaución frente a lo desconocido, salvo, claro está, la prohibición de la supuesta o sospechosa actividad de riesgo. En este sentido, Kindhäuser ha afirmado que “para la seguridad de ciertos ámbitos de la vida que están expuestos a grandes peligros deben prohibirse ciertas acciones en tanto no se haya demostrado su carácter inofensivo”.⁴⁴ El principio de precaución requiere, por tanto, que se adopten medidas con la máxima anticipación posible dirigidas a evitar no ya riesgos previsible, sino el surgimiento de factores que puedan desencadenar en posibles riesgos o daños futuros de alcance generalizado y carácter irreversible. En este sentido, puede decirse que “el principio de precaución cumple una verdadera *función de anticipación de los posibles peligros* en la gestión de los riesgos, en la medida en que frente al que podemos llamar

42 Vid. PÉREZ ALONSO, E.J. y otros autores: *Fundamentos de Derecho Penal*. Zugaldía Espinar (Dir.). Moreno-Torres Herrera (Coord.). 4ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

43 Así, vid. ROMEO CASABONA, C., *Conducta peligrosa...*, pp. 91 y 92; MENDOZA BUERGO, B., “El Derecho Penal ante la globalización...”, pp. 326 y ss.

44 Cfr. KINDHÄUSER, U., *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. (Trad. López Díaz). Universidad Externado de Colombia. Santafé de Bogotá. 1996; p. 83.

principio de prevención, mediante esta otra idea se persigue evitar o controlar el surgimiento de eventuales riesgos desconocidos en situaciones de insuficiencia de previsibilidad”.⁴⁵

Debe advertirse, no obstante, que el principio de precaución operaría solo en el caso de riesgos inciertos, pero cuando haya una sospecha fundada y razonable sobre la potencialidad lesiva de dicha actividad de riesgo; lo que se exige una previa evaluación científica seria, objetiva e independiente de dicha situación. Desde esta perspectiva, como advierte Mendoza Buergo, *“la precaución sólo se justifica cuando la sospecha va referida a la producción de daños graves y/o irreversibles para bienes de la máxima importancia y de carácter no renovable como la salud y la vida, así como los recursos naturales”*.⁴⁶

4. Alcance penal del principio de precaución

Pese a las crecientes demandas de seguridad frente a los nuevos e inciertos riesgos que conlleva el desarrollo tecnológico en la actualidad, y pese a la utilidad y necesidad de anticipar nuevos sistemas de gestión y control de dichos riesgos, no parece razonable ni conveniente, prima facie, que el modelo de la precaución deba sustituir al modelo de la prevención y del riesgo permitido propio del Derecho Penal. El principio de precaución y las consecuencias que le son inherentes no puede tener una aplicación directa en el ámbito penal, pues supondría cuando menos una ampliación de la intervención penal y una relajación importante en los criterios de imputación y garantías penales y procesales, si lo valoramos con los parámetros del paradigma actual del Derecho Penal. Dicho con otras palabras, el principio de precaución es contrario a la mínima intervención y las máximas garantías, por cuanto que supone la anticipación del Derecho Penal como medio de cautela frente a futuros e inciertos riesgos y el abandono de los criterios penales de la imputación objetiva y subjetiva del comportamiento típico, que constituyen el presupuesto básico y elemental del moderno Derecho Penal, además de contrariar otros principios y garantías como la presunción de inocencia, mediante la inversión de la carga de la prueba.

Creo que sólo sería admisible en un cambio radical de paradigma científico que abandonara los principios y criterios básicos que se requieren en el actual modelo para la exigencia de responsabilidad criminal y que, además, se admitiera sólo en casos extraordinariamente graves, por su potencial lesivo a la generalidad y su carácter irreversible, frente a posibles daños a bienes fundamentalísimos de

45 Cfr. MENDOZA BUERGO, B., “El Derecho Penal ante la globalización...”, p. 328.

46 Cfr. MENDOZA BUERGO, B., “El Derecho Penal ante la globalización...”, p. 329.

carácter individual, como la vida y la salud o de carácter colectivo como el medio ambiente o salud pública. Pero este cambio radical de paradigma científico exigiría un desarrollo que hasta la fecha no se ha producido, incluso, ni tan siquiera se ha iniciado, pues los cambios son como la idea motriz del propio principio difíciles siquiera de aventurar. Creo que este momento hablamos de un Derecho Penal de ciencia ficción, que está aún por imaginar. No hay nada más que pensar en lo que significaría prescindir de la moderna teoría de la imputación objetiva, con la extraordinaria capacidad de rendimiento científico que está demostrando en las últimas décadas, o del principio de responsabilidad subjetiva; salvo que se llevara a cabo una profunda transformación y redefinición de estos criterios de imputación penal.

En definitiva, con todo ello quiero significar que el principio de precaución no puede ser el fundamento exclusivo de una prohibición o mandato penal, ni de las consecuencias penal-sustantivas y procesales que de ello derivarían, al menos, mientras se mantenga el actual modelo penal de la prevención que con tanto esfuerzo se ha ido desarrollando e imponiendo en las últimas décadas.⁴⁷

Ahora bien, lo dicho no implica que el mencionado principio no pueda tener ningún tipo de incidencia o eficacia en el ámbito del Derecho Penal. Al contrario, la doctrina que ha analizado esta cuestión ya ha puesto de manifiesto que la idea de la precaución puede tener interés, al menos, en los delitos de peligro, en los delitos imprudentes, en la relación de causalidad y en la responsabilidad penal de los encargados de la toma de decisiones en ciertos ámbitos con repercusiones en la colectividad.⁴⁸ A mi juicio, este principio puede tener mayor capacidad de rendimiento en las dos cuestiones apuntadas en primer lugar, que de algún modo están vinculadas con la caracterización de la peligrosidad de la conducta con relevancia jurídico-penal.

En efecto, de conformidad con lo dicho, negamos la posibilidad de que puedan existir “delitos de precaución” que serían la antesala de los delitos de peligro abstracto, es decir, aquellos delitos cuyo fundamento exclusivo sería la prohibición de toda conducta arriesgada o de posible riesgo que no demostrara su carácter inocuo o inofensivo para bienes jurídicos fundamentalísimos del ser humano o su entorno. Tal prohibición cumpliría una función de anticipación de la intervención penal frente a los riesgos inciertos como paso previo a la prevención del riesgo previsible

47 Así también, SCHROEDER, F., “Principio de precaución...”, pp. 428 y ss.; SOLA RECHE, E., “Principio de precaución...”, p. 491; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Sobre la «administrativización»...”, pp. 163 Y 164; GARCÍA RIVAS, N., “Influencia del principio de precaución...”, pp. 8 y ss.

48 Vid. al respecto, ROMEO CASABONA, C., *Conducta peligrosa...*, pp. 104 y ss.; MENDOZA BUERGO, B., “El Derecho Penal ante la globalización...”, pp. 330 y ss.

y constatable que fundamenta el castigo de los delitos de peligro abstracto. Ahora bien, en la caracterización de la conducta peligrosa que fundamenta esta clase de delitos sí que puede tener incidencia el principio de precaución y ayudarnos a la interpretación del tipo penal de peligro abstracto de que se trate.

Es claro que el lugar apropiado y genuino del principio de precaución es el Derecho Administrativo, donde debe establecerse la primera línea divisoria entre actividades arriesgadas permitidas sometidas a control y regulación administrativa y no permitidas. De este modo, puede anticiparse el nivel del riesgo permitido en base al principio de precaución y, por tanto, puede incidir en la determinación de la peligrosidad de la conducta, mediante la exigencia de la infracción previa administrativa para la configuración de su relevancia típica. Por tanto, la peligrosidad objetiva *ex ante* de la acción, como presupuesto básico y primario para la exigencia de responsabilidad penal, se puede determinar adicionalmente por el criterio de la infracción de la normativa precautoria. En el ámbito del Derecho Administrativo y con base en este principio se pueden establecer normas que prescriban deberes o protocolos de actuación, deberes de abstención o de retirada, así como deberes de información con relación al ejercicio de determinadas actividades que pueden ser arriesgadas o de las que cabe intuir de un modo racional la posibilidad de que generen riesgos que, pese a su incertidumbre, resulta conveniente prevenir mediante tales medidas de cautela.⁴⁹ Además, “el establecimiento de estas reglas no es sino plasmación de la característica tendencia del Derecho penal del riesgo a la reducción de los ámbitos de riesgo permitido, que se opera ampliando deberes de control y de vigilancia y, consiguientemente, las *posiciones de garantía*”.⁵⁰

Estos criterios normativos que establecen, en definitiva, deberes de cuidado en el ejercicio de la actividad de que se trate, ya sea exigiendo una actuación, una abstención o una información previa, nos permiten determinar la peligrosidad de la conducta que requiere el Derecho Penal para poder afirmar el primer criterio de imputación objetiva, es decir, el de la relevancia típica del riesgo que comporta la conducta realizada, tal y como señalamos anteriormente. Debe ser una conducta peligrosa, conforme a la teoría de la adecuación, que supere el riesgo permitido llevado a cabo por un comportamiento no diligente, es decir, el que infrinja los deberes de cuidado. Por tanto, el criterio de la infracción del deber objetivo de cuidado, que tradicionalmente era el elemento clave para establecer la

49 Vid. al respecto, MENDOZA BUERGO, B., “El Derecho Penal ante la globalización...”, pp. 332 y ss.

50 Cfr. MENDOZA BUERGO, B., “El Derecho Penal ante la globalización...”, p. 336. Así también, FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Sobre la «administrativización»...”, p. 164; GARCÍA RIVAS, N., “Influencia del principio de precaución...”, pp. 8 y ss.

responsabilidad por imprudencia, ahora, con la teoría de la imputación objetiva se convierte en el criterio decisivo para determinar la peligrosidad de la conducta que el Derecho Penal tiene por finalidad evitar.⁵¹ Lo que permite afirmar, por tanto, que los protocolos de actuación y deberes normativos (administrativos) inspirados en la idea de la precaución terminan siendo elementos y criterios interpretativos determinantes de la relevancia penal de una conducta.

Así, aunque desde una concepción distinta de injusto, se ha afirmado con razón que “el principio de precaución puede ayudar al sujeto a identificar cuál es el comportamiento diligente antes de actuar en unas circunstancias en las que de lo contrario carecería o quedaría despojado de cualquier pauta orientativa respecto a cuál pueda ser aquél. En consecuencia, dada la producción de un resultado típico, al sujeto le bastará para acreditar que actuó conforme al cuidado objetivamente debido con indicar que siguió las pautas de conducta de acuerdo con el principio de precaución”.⁵²

Esta incidencia es más evidente, si cabe, en la tipificación de muchos tipos de peligro definidos a través de la técnica de las leyes penales en blanco, que requieren ser cumplimentadas por normas extrapenales que pueden estar basadas en el principio de precaución. En estos casos, “la norma extrapenal que completa el tipo suele girar en torno a la adopción de unas medidas previstas legalmente, y/o bien en torno a la necesidad de recibir la autorización correspondiente previa al inicio de la actividad de riesgo y de seguir las prescripciones y condiciones de dicha autorización establezca, lo que involucra con el tipo penal, directa o indirectamente, a las autoridades y a los funcionarios públicos”.⁵³

Por tanto, a través de la ley penal en blanco también puede tener una eficacia indirecta el principio de precaución, como ya ha sucedido en la práctica, donde el Tribunal Supremo ha acudido a tal principio a la hora de interpretar la peligrosidad de la acción y aplicar algún tipo de delito de peligro abstracto, como en el caso del art. 364.2,1 CP referido a la administración de sustancias no permitidas a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano y con ello generen un riesgo para la salud de las personas o bien que la administración de sustancias se haga en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados.⁵⁴

En este sentido, el Tribunal Supremo recurre a la doctrina sentada por el

51 Vid. PÉREZ ALONSO, E.J., “Notas sobre la imputación objetiva...”, p. 89; RAMOS TAPIA, I. y otros autores, *Derecho Penal...*, p. 533.

52 Cfr. ROMEO CASABONA, C., *Conducta peligrosa...*, p. 112.

53 Cfr. ROMEO CASABONA, C., *Conducta peligrosa...*, p. 119.

54 Vid. las SSTs de 4-10-1999; 6-11-1999; 15-12-2000; 9-1-2001; 11-6-2001; 14-9-2002.

Tribunal de Justicia de la CE, en su Sentencia de 5 de mayo de 1998 (TJCE 1998/80), donde señala que en base al principio de precaución y aún “cuando subsista una incertidumbre respecto de la existencia y la importancia de los riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar que la realidad y la gravedad de los riesgos estén plenamente demostrados”. Este criterio precautorio ha servido de fundamento a nuestro más alto tribunal para afirmar, en su Sentencia de 14 de septiembre de 2002, en relación con el delito relativo a la salud pública del art. 364.2,1 CP de administración de sustancias no permitidas a los animales, que “cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición. La materia regulada por estos delitos es especialmente sensible y requiere no sólo la prohibición de peligros totalmente demostrados, sino inclusive la de aquellos peligros razonablemente sospechados por la Administración”.

Pese a que el principio de precaución puede ser utilizado como criterio interpretativo de los tipos penales en blanco, tal y como hemos señalado, la doctrina sentada por nuestra jurisprudencia no parece acertada, puesto que otorga unos efectos a tal principio que a mi juicio le están vedados en el Derecho Penal, al menos en vía interpretativa del Derecho actualmente vigente; otra cosa es que en el futuro se establezca “tipos de precaución”, pero no creo que el actual tipo de peligro abstracto del art. 364.2,1 CP pueda ser interpretado como si fuera un tipo de precaución.

Se muestra crítica también con esta jurisprudencia Mendoza Buergo cuando señala que “de acuerdo con los criterios que deben guiar la implementación del principio de precaución por un lado, y la afirmación de un injusto criminal, por otro, parece que debería exigirse, al menos, indicios de peligrosidad fundados en datos con base científica suficiente y adecuada, esto es, un temor racional fruto de una evaluación científica objetiva y fiable, de que la infracción del tal regla de control puede llevar consigo ciertos riesgos graves para bienes de máxima relevancia jurídico-penal. De ello depende, en definitiva, el mantenimiento de los principios de *lesividad* y de *culpabilidad* como principios fundadores y legitimadores de la punición de comportamientos”.⁵⁵

En definitiva, el principio de precaución no puede ser el sustituto del riesgo permitido para evaluar la peligrosidad de la conducta propia de un delito de peligro

55 Cfr. MENDOZA BUERGO, B.: “El Derecho Penal ante la globalización...”, p. 332. En el mismo sentido, vid. GARCÍA RIVAS, N., “Influencia del principio de precaución...”, pp. 31 y ss.

abstracto, pues en tal caso, como hemos señalado, se estaría sustituyendo el delito de peligro abstracto por un “delito de precaución”. Esto es, a mi juicio, lo que hace el TS en el caso analizado, pues fundamenta la prohibición penal del art. 364.2,1 CP en la prohibición administrativa basada en el principio de precaución. Creo, sin embargo, que esta última prohibición puede ser un indicio de peligrosidad y, por tanto, un criterio importante a tomar en consideración a la hora de interpretar si concurre la peligrosidad de la conducta necesaria para afectar a la salud pública y con ello fundamentar la responsabilidad criminal derivada del art. 364.2,1 CP.

De este modo, cuando no esté totalmente demostrada la incidencia de una sustancia que se administra a los animales, cuyas carnes están destinadas al consumo humano, en la salud de las personas -como sí sucede, por ejemplo, con el clenbuterol-,⁵⁶ pero exista una prohibición administrativa al respecto, fundada en criterios de precaución, y existan, además, suficientes indicios de peligrosidad científicamente elaborados de que la infracción de tal prohibición pueda acarrear graves riesgos para la salud de las personas, en tal caso, podría aceptarse que concurre la peligrosidad de la conducta que requiere el art. 364.2,1 CP para que se cumpla el mencionado tipo, siempre y cuando, claro está, dicha situación sea conocida o cognoscible para su autor; pues si la situación arriesgada es conocida se aplicará el tipo doloso del art. 364.2,1 CP, mientras que si es cognoscible, puede ser de aplicación el tipo imprudente del art. 367 CP.

56 Vid. la STS de 9-1-2001, donde la referencia al principio de precaución resulta innecesaria, dado que sus efectos nocivos para la salud estaban ya perfectamente acreditados.

Bibliografía

- AAVV., *La insostenible situación del Derecho Penal*. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Comares. Granada. 2000.
- AAVV., *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. L. Arroyo, U. Neumann y A. Nieto (Coords.) Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2003.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Piados. Barcelona. 2006; del mismo autor: *La sociedad del riesgo global*. Siglo XXI. Madrid. 2006.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. En, *Derecho Penal y Política Transnacional*. S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá (coords.). Atelier. Barcelona. 2005.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Sobre la «administrativización» del Derecho Penal en la «sociedad del riesgo». Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”. En, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum. En Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Colex. Madrid. 2006.
- GARCÍA RIVAS, N., “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”. RGDP, Nº 1, mayo 2004; iustel.com.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “Libertad, seguridad y «sociedad del riesgo»”. En, *La política criminal en Europa*. Atelier. Barcelona. 2004.
- GRACIA MARTÍN, L.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Tirant lo blanch. Valencia. 2003.
- HASSEMER, G., “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. *Pena y Estado*. Nº 1. Barcelona. 1991.
- “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1992.
 - La ciencia jurídico penal en la República Federal alemana”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1993.
 - *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación* (trad. Muñoz Conde/Díaz Pita). Tirant lo blanch. Valencia. 1999.
- HERZOG, F., “Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1993.
- “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. (Perspectivas más allá del Derecho penal)”. En, *Crítica y justificación...*,

- KINDHÄUSER, U., "Sicherheit. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft". En, *Universitas*. 1992.
- *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. (Trad. López Díaz). Universidad Externado de Colombia. Santafé de Bogotá. 1996.
- LÜDERSEN, K., "Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?". En, *Vom Guten, das noch stets das Böse sacht. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*. Franckfurt. 1993.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: La imputación objetiva del resultado. Edersa. Madrid. 1992.
- MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Civitas. Madrid. 2001.
- "El Derecho Penal ante la globalización: el papel del principio de precaución". En, *Derecho Penal y política transnacional*. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá (coords.). Atelier. Barcelona, 2005.
- "Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo". En, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. C. Da Agra, J.L. Domínguez, P. Hebberecht y A. Recansens (eds.). Atelier. Barcelona, 2003. (Este trabajo también se ha publicado en, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum. En Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Colex. Madrid. 2006).
- MERCADO PACHECO, P., "El proceso de globalización, el Estado y el derecho". En, *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. G. Portilla Contreras (Coord.). Universidad Internacional de Andalucía/Akal. 2005.
- PÉREZ ALONSO, E.J.: *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Edersa. Madrid. 1995.
- "Las revoluciones científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1997.
- "Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho Penal". *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 93. 2007.
- PÉREZ ALONSO, E.J. y otros autores: *Fundamentos de Derecho Penal*. Zugaldía Espinar (Dir.). Moreno-Torres Herrera (Coord.). 4ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.
- PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Tirant lo blanch. Valencia. 2007.
- PRITTWITZ, C.: "Sociedad del riesgo y derecho penal". En, *Crítica y justificación...*
- RAMOS TAPIA, I. y otros autores, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Zugaldía

- Espinar (dir.), Pérez Alonso (coord.). *Tirant lo blanch*. Valencia. 2004.
- ROMEO CASABONA, C. (ed.), *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*. Publicaciones de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Comares. Bilbao-Granada. 2004.
- *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*. Comares. Granada, 2005.
- SCHROEDER, F-C., “Principio de precaución, Derecho Penal y riesgos”. En, *Principio de precaución...*,
- SCHÜNEMANN, B., “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1996.
- *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Tecnos. Madrid. 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed., revisada y ampliada. Civitas. Madrid. 2001.
- SOLA RECHE, E., “Principio de precaución y tipicidad penal”. En, *Principio de Precaución...*,
- STRATENWERTH, G., “Whares” Strafrechts?”. En, *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 2002.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»?”. *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 79. 2003.

La Justicia Restaurativa como Alternativa a la Cultura Punitiva

Camilo Moreno-Piedrahíta Hernández¹

Abstract

Las cárceles han sido el experimento más bochornoso del Derecho Penal. Surgieron en el afán de servir de mecanismo de control social para la construcción del sistema capitalista actual, y desde su origen se han enquistado en la vida cotidiana llenando las páginas de la Doctrina de innumerables intentos por justificarlas que ha concluido en un rotundo fracaso. Este artículo busca indagar un poco acerca de la historia de la cárcel y su fracaso, así como presentar brevísimamente algunas alternativas a la cultura punitiva desarrollada tras ese experimento social, haciendo énfasis en la justicia restaurativa. Destacaré su concepto, sus elementos principales y las medidas que comprende, dando al lector un abreboca sobre estas nuevas modalidades en el Derecho Penal.

1.- El experimento fatídico de las prisiones.-

El Derecho Penal conoció a la prisión en su infancia, flirteo con ella en su juventud, se dejó seducir por sus falsas promesas y contrajo nupcias en su adultez². En pueblos antiguos, la privación de la libertad del hombre no tuvo un valor expiatorio ni retributivo respecto de la sociedad sino preventivo y cautelar. El derecho justiniano consideró a la prisión como una pena ilegítima e inmoral, a pesar de que el pueblo romano utilizó desde sus orígenes la prisión

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Doctorando en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad de Granada, camilomorenopiedrahita@yahoo.com

2 Para una reconstrucción histórica completa de las prisiones véase RAMOS, Isabel. *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles*. Colección Premios Victoria Kent. Ministerio del Interior Español. Madrid-España. 2008. Págs. 31 y ss. ARANDA; Ma José. *Reeducación y reinserción social. Tratamiento Penitenciario*. Análisis teórico y aproximación práctica. Colección Premios Victoria Kent. Ministerio del Interior Español. Madrid-España. 2007. Págs. 45-52; MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario* (siglos XVI-XIX). Quinta edición. Editorial Siglo XXI. 2005. Pág. 29 y ss.

pública y privada (del paterfamilias sobre su círculo familiar, los militares sobre sus inferiores y de los magistrados) como medida cautelar ya que se consideró que la cárcel servía para contener y no para punir según la sentencia de Ulpiano: *carcer enim ad contenendos hominem, non ad puniendos haberit debet*. De forma similar, los visigodos vieron en la prisión una pena inútil y costosa, pues no reparaba a los ofendidos ni a la comunidad y exigía el mantenimiento de cárceles y carceleros públicos; sin embargo, utilizaron la prisión pública y privada como medida preventiva subsidiaria a la fianza que aseguraba la comparecencia a juicio del acusado en los delitos no graves, y como pena accesoria para castigar los casamientos o adulterios entre parientes y la sodomía, claro que conforme a sus convicciones, dejaban que el apresamiento se lleve a cabo por el obispo de cada diócesis, en el caso de los sodomitas, o mediante la penitencia perpetua celebrada en los monasterios, en los demás casos.

La prisión nació en las corporaciones monásticas de la Alta Edad media y luego fue aceptada por la Iglesia católica, debido a sus funciones penitenciales y correccionales, mediante las decretales de los papas Inocencio III y Bonifacio VIII³, siendo utilizada frecuentemente por el Derecho eclesiástico debido a la aversión de la Iglesia por las penas corporales y la efusión de sangre.

El germen a partir del cual se trajo la prisión al Derecho secular también estuvo vinculado al clero. Durante el siglo XV y los posteriores, abatió a Europa una oleada delictiva vinculada al fracaso del sistema feudal, la secularización de las tierras de la Iglesia, y la expulsión de los labradores con la expropiación de las tierras comunales. Toda la masa de gente que huía de la gran carga de trabajo del feudalismo o que quedó a la deriva pues ya no contaba con el sustento diario proveniente de su trabajo o de la compasión de los monasterios y órdenes religiosas, alimentaron una marea de vagabundos, mendigos y ladrones que azotó occidente; de allí que en Europa comenzaran a proliferar leyes que castigaban la vagancia o la mendicidad.

En 1552, en Inglaterra, el clero, alarmado por las proporciones que había alcanzado la mendicidad en Londres, pidió al Rey que le permitiese usar el castillo de Bridewell para recoger allí a los vagabundos, ociosos, ladrones y autores de delitos menores (*petty offenders*) con el fin de reformarlos mediante el trabajo y la disciplina, asegurar su mantenimiento y desanimar a otros del vagabundeo y la ociosidad atemorizando con el sometimiento a un trabajo más duro que el que se podía encontrar en el mercado “libre”. El éxito de este experimento supuso la reproducción en Inglaterra de las *houses of correction* o *work houses*, también llamadas Bridewells,

3 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid - España. 2009. Pág. 391.

destinadas al trabajo en la manufactura textil de los vagos u ociosos, así como de una nueva clientela: los hijos de las familias pobres, las prostitutas, los desocupados que buscaban trabajo, y los rebeldes que se oponían al trabajo forzoso, impuesto por las regulaciones de esa época que establecían límites máximos para los salarios y la obligación de aceptar una oferta de trabajo aun cuando existiese desacuerdo con la remuneración ofrecida, lo cual convirtió a las prisiones en un medio para controlar la fuerza de trabajo y bajar los salarios⁴. Holanda siguió el mismo modelo; allí se crearon a partir de 1596 varias instituciones similares llamadas *Rasp-huis*, pues la manufactura de los penados en ese lugar consistía en raspar (*rasping*) con una sierra una madera fina hasta convertirla en el polvo con el cual se fabricaba el pigmento utilizado en los textiles. También se aplicó el modelo a través de las *Zuchthause* creadas en algunas ciudades europeas de la Liga Anseática como Lubeck y Bremenn (1613), Hamburgo (1622) y Danzing (1630); y, en Suiza, a través de las prisiones de Berna (1614), Basilea (1616) y Briburgo (1617). Con filosofía similar también aparecieron durante el siglo XVII el Hospicio de San Felipe de Neri de Florencia y el Hospicio de San Miguel de Roma, para el tratamiento de jóvenes delincuentes; y, el *Hôpital général* de París (1656), para la atención a los pobres.

Todas estas instituciones, según PAVARINI, tuvieron una única función: socializar en la disciplina y ética manufacturera. Las leyes de mercado en Europa habían generado una mayoría de no propietarios que acostumbrados a la vida campestre con luz solar y libertad se negaban a someterse a la obscuridad de la manufactura; y, una minoría de propietarios de los medios de producción que necesitaban de ellos para que el sistema capitalista funcione. El poder decidió: había que educar a esa gran masa para que acepte su estatus de proletarios; es por eso que de una política criminal de terror que buscaba eliminarlos mediante la horca se pasó a la socialización⁵.

Poco a poco este experimento capitalista fue albergando más clientela -los autores de delitos más graves y condenas más largas-, sustituyendo paulatinamente a otras penas. Luego, cuando la situación se volvió insostenible -había un excedente de clientela para las cárceles y no podían clausurarse ya que la sociedad convulsionaría ante las hordas liberadas-, se optó por endurecer el régimen haciendo la privación de libertad más indeseable, a fin de seguir socializando mediante la intimidación⁶.

4 MELOSSI, Darío. PAVARINI, Massimo. Ob. Cit. Pág. 37.

5 PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Trad.: Ignacio Muñagorri. Editorial Siglo XXI. Buenos Aires - Argentina. 2002. Pág. 27 y ss.

6 *Ibidem*. *Idem*.

Se inició un viaje sin retorno aparente; la libertad había adquirido un valor de cambio que hacía comprensible la retribución: el daño consiste en quitar un tiempo de libertad, una mercancía sometida a la oferta y la demanda en el mercado de trabajo. Las cárceles se especializaron, y con el tiempo, se fue perfeccionando la violencia institucionalizada. Durante el siglo XVIII se crearon en Norteamérica las famosas penitenciarias de *Walnut Street Jail* (1776), *Western Pennsylvania Penitentiary* (1818), *Eastern State Penitentiary* (1829), adoptando un sistema riguroso de aislamiento celular nocturno y diurno que sería seguido en Europa por Inglaterra, Bélgica, Suecia, Francia, Dinamarca, Noruega, Holanda y Rusia. Este sistema fracasó pues produjo una serie de efectos nocivos sobre los penados como el incremento de la tuberculosis, la psicosis de prisión y falta de capacitación laboral. Paralelamente, el capitán Lynds desarrolló otro sistema tras asumir la dirección de la prisión neoyorquina de Auburn en 1823 y la de Sing Sing en 1828; en ellas el aislamiento sólo fue nocturno y se dio instrucción elemental pero no laboral o profesional. El sistema de Auburn tuvo éxito en los Estados Unidos y se reprodujo en Suiza, Cerdeña y una prisión de Baviera, pero no fue el único ya que en la primera mitad del siglo XIX surgió en Europa el sistema progresivo que divide la condena en etapas que van desde el aislamiento, pasando por la libertad condicionada hasta la libertad definitiva, tal y como se mantiene actualmente de manera general en el globo⁷.

Desde el siglo XVI las cosas no han cambiado sustancialmente; el objetivo de corrección o enmienda del delincuente continúa, sólo su contenido y terminología difieren. ARANDA afirma: "Antes se hablaba de enmienda, corrección o reforma del delincuente, y hoy (...) se emplean vocablos como rehabilitación, resocialización, reeducación y reinserción social, etc. Asimismo sucede en cuanto al contenido; en un principio, para el logro de estos fines u objetivos se basaban más en el aislamiento, meditación y reflexión, etc., así como en el trabajo y en la instrucción; con el auge de las ciencias de la conducta se pone énfasis en el tratamiento psicológico, y en nuestros días, sin abandonar del todo este último, se concede más importancia o mayor peso al diseño de programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias."⁸

La prisión surgió con el estigma de la ineficacia. El entusiasmo con el cual se adoptó la pena privativa de libertad en el siglo XVIII, debido a que la sustitución de la pena de muerte, las penas corporales y otras penas atroces por la prisión

7 En Ecuador este es el modelo adoptado según el Art. 12 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social.

8 ARANDA, Ma José. Ob. Cit. Pág. 45.

supuso una mejora cuantitativa y cualitativa que redundó en la humanización del Derecho Penal, muy pronto tornó en un pesimismo generalizado. Ingentes voces de ayer y hoy han acusado los males que las prisiones causan en las mentes y cuerpos de quienes las sufren; las críticas que han provenido tanto desde la Filosofía, la Sociología, la Criminología, la Ciencia Penal, e inclusive desde las más notables mentes de la Literatura⁹, han abonado un creciente sentimiento del orbe que desaprueba las atrocidades públicamente escondidas tras los muros de estas instituciones creadas por el hombre.

Ya en 1887, uno de los cultores del anarquismo, Piotr Kropotkin¹⁰, el llamado príncipe libertario, aconsejaba cambiar las prisiones -a las cuales consideraba como “monumentos de la hipocresía humana” carentes de finalidad alguna - por un sistema de tratamiento fraternal y en libertad. La prisión, decía Kropotkin, “mata en el hombre todas las cualidades que le hacen apropiado para la vida en sociedad. La prisión hace del hombre un ser que fatalmente deberá volver a ella y que acabará sus días en una de esas tumbas de piedra sobre las cuales se escribe *Casa de detención y corrección*, y que los mismos carceleros llaman *casas de corrupción* (...) *No se puede* mejorar una prisión. Exceptuando algunas reformas insignificantes, no hay que hacer más que destruirla.” Y, desvelando todo el sistema de explotación de esos recintos y la podredumbre moral y habilidad de la clase rica para eludir a la justicia, sostenía que “la prisión es para los inhábiles no para los criminales”, y que por lo tanto, no tiene sentido pretender moralizar a los que en ellas se encierra mientras los verdaderos delincuentes se encuentran libres. Sus palabras se confirman hoy en día.

Al final de los años sesenta del siglo XX, una vez que fueron advertidos los efectos indeseables de las prisiones y luego de los innumerables intentos de dotarla de un contenido positivo laboral, educativo, correctivo, etc., el Derecho Penal apostó por el incremento de los sustitutivos penales, la búsqueda de penas alternativas a la prisión, y del “ideal resocializador” según el cual cuando resulte inevitable utilizar la pena privativa de la libertad, su ejecución debe orientarse a la reeducación y reinserción social del penado¹¹. La apuesta por ese ideal fue tan

9 Así, el poema *Las cárceles* de Miguel Hernández y especialmente *Balada de la cárcel de Reading* de Oscar Wilde.

10 KROPOTKIN, Piotr. *Las prisiones*. Traducción: J. Martínez Ruiz. Imprenta Unión Tipográfica. Valencia-España. 1897. Pág. 10 y ss.

11 El término <<resocialización>> tuvo origen en Alemania. Aparece mencionado en 1927 en la 25ª edición post mortem del Lebruch de Von Lizst como *Resozialisierung* y se consagra definitivamente en 1969 con la obra de Shüller-Springorum quien sostenía que la pena no debe infligir un mal innecesario, por lo cual su ejecución sólo se justifica en cuanto <<programa resocializador>>. Resulta ambiguo pues ha sido utilizado por los antirretribucionistas dogmáticos, como sinónimo

sólo otro ensayo fallido del Derecho Penal por justificar su idilio tormentoso con la prisión.

Tan pronto fue adoptado se tomó conciencia de que el intento de resocializar a través de la cárcel es absurdo, pues resulta incompresible que se pretenda educar para la libertad a una persona manteniéndola en cautiverio, es decir, segregándola y desocializándola; y, reinsertar socialmente a algunos delincuentes que al haber permanecido en las prisiones se han convertido en desarraigados sociales que carecen de un lugar donde ser insertados una vez reeducados¹². También se blandieron otras objeciones, como las siguientes: 1) si es que se considera a la resocialización como adaptación a los valores del grupo, nada puede evitar que dicho proceso termine convirtiendo a esos valores en un sistema no deseable pues se asumirían con apatía, desinterés, resignación, etc.; 2) muchos criminales no deben ser corregidos o socializados -como por ejemplo los delincuentes ocasionales y los de cuello blanco pues están socializados-, no pueden serlo -como aquellos que delinquen por causas constitucionales o adquiridas-, o no es lícito tratar de hacerlo - pues no quieren ser corregidos, especialmente cuando para ello sea necesario un tratamiento que modifique sus estructuras mentales o corporales como con los delincuentes de conciencia-; y, 3) la meta de la resocialización al hacer referencia a toda la personalidad del autor y no sólo a un hecho aislado rompe con el principio de responsabilidad penal proporcional al hecho cometido, pues del mismo modo en que hay delincuentes que no deben resocializarse cabe que alguno tenga una resocialización lenta, habiendo cometido un delito leve, como que otro tenga una resocialización rápida, habiendo cometido uno grave¹³.

La resocialización vive en una constante pugna con los derechos humanos que la hace imposible. Ante el dilema entre un programa resocializador máximo y uno

de supresión del Derecho Penal retribucionista; por quienes sostienen una concepción asistencial del Derecho Penal, como sinónimo de la exigencia de un Derecho Penal de autor con un sentido asistencial tanto de la víctima como del victimario y no un Derecho Penal del hecho en sentido retributivo, pues el delito, según ellos, es un <<accidente social>> frente al cual existen las consecuencias jurídicas que de él derivan como <<rehabilitación>> compensatoria; y, por los neoretribucionistas, quienes utilizan la palabra como sinónimo de una política criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad, a través de la adaptación coactiva del ciudadano al status quo mediante la resocialización. Cfr. GARCÍA-PABLOS, Antonio. *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*. ADPCP. Fasc. III. Madrid-España. 1979. Pág. 648 y ss.

12 ZUGALDÍA, José. *Límites al poder punitivo del Estado (II)*. En: MACHADO, M. MAQUEDA, M. MARÍN DE ESPINOSA, E. MORA, J. MORENO-TORRES, M. Et. Al. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición. Dir.: ZUGALDÍA, José. Coord.: PÉREZ, Esteban. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia-España. 2004. Pág. 223-224.

13 GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Ob. Cit.* Pág. 659 y ss.

mínimo, el pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad mandan a optar por el segundo, y éste es insuficiente para alcanzar los objetivos deseados. Inclusive, las terceras vías respecto de la resocialización, en tanto toda terapia educadora supone una referencia a contenidos y sistemas de valores concretos pues busca objetivos y modelos determinados, pueden ser también consideradas como una imposición más refinada y dúctil¹⁴.

Estas insalvables críticas han dado lugar a lo que ha sido denominado como la “crisis del ideal resocializador”¹⁵. Ante ellas y todas las objeciones de cuño antiguo y moderno que se han hecho a las prisiones, sólo cabe afirmar, siguiendo a COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DIEZ, que la “institución carcelaria sigue siendo considerada hoy la consecuencia del “universal fracaso histórico” de la pena privativa de libertad.”¹⁶.

La academia se niega a aceptar a la resocialización como verdadera función de la prisión; el proyecto resocializador, se dice, es una mera aspiración del legislador. Al estudiar las funciones sociales que cumple la prisión, se distingue entre las funciones y finalidades manifiestas, formales y legislativas (función de resocialización, retención, custodia, aseguramiento y asistencia de los presos) de carácter simbólico y meramente legitimador pues buscan encubrir una estructura material incompatible con ellas, siendo la muestra del fracaso que ha tenido la prisión al lograr los objetivos le han sido asignados; y, las funciones latentes, sociales y políticas. Éstas, se dice, tienen que ver con la construcción de una realidad social del delito y la legitimación del Estado como garante de la seguridad ciudadana; la generación de clientes frecuentes que justifiquen el uso de formas de control policial, carcelario y penal, oculten otros tipos de delincuencia más grave y numerosa, y despierten en la ciudadanía la creencia de que la cárcel es un instrumento eficaz para la lucha contra el delito; y, el control de la disidencia política. Sólo éstas –las funciones sociales y políticas y no las legales-, se afirma, son las finalidades y funciones reales de la cárcel que explican su necesidad y éxito como institución, y resultan contrapuestas al ideal de resocialización pues lo imposibilitan¹⁷.

14 Ibidem. Ob. Cit. Pág. 668-669. De esta manera también caerían las propuestas de otros autores como Ferrajoli que siguen también esta vía. Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit. Pág. 397.

15 ZUGALDÍA, José. “Límites al poder...”. Pág. 224.

16 COBO DEL ROSAL, M. QUINTANAR DIEZ, M. *Instituciones de Derecho Penal español. Parte general*. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas. Madrid-España. 2004. Pág. 42.

17 MANZANOS, Carlos. *El éxito de la industria penal en la reproducción de la inseguridad ciudadana*. Págs. 50-51. En: V.V.A.A. *Servicios sociales y cárcel. Alternativas a la actual cultura punitiva*. Coord.: MANZANOS BILBAO, César. Editorial Salhaketa. País Vasco-España. 2005. Págs. 45-52.

La agotadora e infructuosa tarea de justificar lo injustificable emprendida por la Ciencia Penal, junto con la confirmación de su yerro, ha llevado finalmente a que la doctrina mayoritaria torne el ideal positivo de resocialización en un afán de contenido negativo: la ejecución de las penas privativas de libertad debe llevarse a cabo de tal forma que se evite en la medida de lo posible los efectos negativos desocializadores que tienen las prisiones sobre el condenado¹⁸; se pretende, como dice FERRAJOLI, que la prisión “no reeduce pero tampoco deseduce”¹⁹.

Esta perspectiva de la ciencia no cambiará. La realidad penitenciaria acusada por las investigaciones son el mejor argumento contra el ideal resocializador pues confirman todo lo que se ha venido sosteniendo desde hace casi dos siglos: la prisión mata en el hombre todas las cualidades para la vida en sociedad. Ellas dan fe de los efectos psicosociales que las prisiones producen en los penados, opuestos evidentemente a la resocialización, como los que siguen²⁰: 1) descenso del rendimiento cognitivo; 2) descenso en la atención, cálculo y memoria que incapacita para el estudio, la formación profesional y los programas de tratamiento psicológico de tipo cognitivo; 3) incremento generalizado de las alteraciones psicopatológicas en general; 4) alto nivel de paranoidismo, que genera desconfianza generalizada incapacitando para las relaciones interpersonales y condenando a quien la padece a la soledad; y, 5) graves cambios en la percepción de la realidad (incremento del psicotismo), que va desde el trastorno esquizoide hasta la esquizofrenia. La mayoría de ellos, inclusive, se agrava en forma proporcional con el aumento del tiempo de la pena privativa de libertad, siendo éste otro argumento contra el endurecimiento de las penas.

Es más, las investigaciones comprueban que la nocividad de las prisiones alcanza también a la familia, y especialmente a la mujer ya que a ella le ha sido asignada culturalmente, como rol de género, la función de acompañamiento, cuidado y apoyo de los encarcelados. La prisión se organiza sin tomar en cuenta las necesidades de los familiares de los penados, obligándoles a adecuar su vida a las exigencias de esta institución, y así, involucra a la familia en los rituales que en ella se llevan a cabo causando una serie de problemáticas de orden económico, laboral, socio familiar, psicológico y jurídico penitenciario, como las siguientes²¹: 1) la modificación de los horarios de trabajo, las rutinas diarias y la renuncia a una porción de los ingresos, debido a la adecuación de la vida a los horarios de visitas y

18 Vid. *Ibidem*. Ídem; y, FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit. Pág. 395 y ss.

19 FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit. Pág. 397.

20 DÍEZ, Pedro. ÁLVAREZ, José. *Los efectos psicosociales de la pena de prisión*. Coord.: ÁLVAREZ, Francisco. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia-España. 2009. Pág. 161 y ss.

21 *Ibidem*. Pág. 15 y ss.

las largas esperas que ellas suponen; 2) el empeoramiento de la economía familiar, tanto antes como después del encarcelamiento, debido a la necesidad de costear los gastos que éste supone, lo cual reproduce las desigualdades económicas y sociales existentes pues la prisión recae principalmente sobre los sectores más excluidos²²; 3) la afectación de la salud psicológica de los familiares por alteraciones psíquicas y del estado de ánimo, alteraciones en la imagen de la realidad (sobrepreocupación, sobreprotección y sobrevaloración de expectativas de reinserción), y alteración de la autoimagen y la autoestima generados por la falta de información, los malos tratos recibidos en la cárcel, el muy frecuente distanciamiento y rechazo del entorno social ante esta pena, y otros motivos; 4) la perturbación de la sexualidad de la pareja, ya que la regulación de los “vis a vis” íntimos o visitas conyugales hace imposible mantener relaciones sexuales normales o gratificantes debido a la falta de tiempo, la temporalización estricta, la no elección libre del momento del contacto íntimo, la intromisión en la intimidad (la incomodidad de que quienes trabajan en las prisiones sepan cuándo y dónde van se van mantener relaciones sexuales), entre otros motivos; 5) la exposición de los hijos/as menores de edad a la cultura, estética y terminología penitenciaria, debido a la carencia de instalaciones adecuadas para esas visitas; y, 6) la extracción del recluso (padre o madre) del rol de acompañamiento en el aprendizaje y las experiencias vitales que los progenitores tienen con sus hijos/as durante la infancia²³.

Si a esto se suma el examen de las tasas de reincidencia²⁴, surgirá inmediatamente la pregunta: ¿por qué debemos mantenerlas? Creo que la respuesta la ha dado FERRAJOLI al mencionar una de las funciones de la pena: para proteger al delincuente distrayéndolo de la venganza privada²⁵.

2- Alternativas a la cultura punitiva.-

La adopción de un sistema cimentado sobre la centralidad de la prisión fue un error: equivalió a usar paños calientes para curar la fiebre, pues las cárceles ocultaban tras sus muros una nocividad y una ferocidad desconocidas. Sus

22 En un estudio realizado en las prisiones españolas se concluyó que entre el 60 y el 73% de la muestra estaba por debajo del nivel de pobreza. Cfr. DÍEZ, P. ÁLVAREZ, J. Ob. Cit. Pág. 163.

23 En este sentido, la institución de “la quedada” que se da en el ámbito de las prisiones ecuatorianas, debería ser adoptada en la legislación de ejecución de penas, sobre todo para las familias de reclusos con hijos menores de edad. Así se lograría limitar los efectos de la cárcel sobre esos inocentes.

24 En 2008 la tasa de reincidencia en las cárceles catalanas era del 40,3%, siendo superior o igual a las de otros países. Cfr. CAPDEVILA, Manel. FERRER, Marta. *Tasa de reincidencia penitenciaria 2008*. Generalitat de Catalunya. 2009. Disponible en: http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/SC-1-076-09_cas.pdf.

25 FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit. Pág. 335.

bondades humanistas fueron sólo aparentes; la prisión propaga y perpetúa el mal infligido con la pena condenando a una vida de dolor y miseria al preso y su entorno familiar. De allí que con su adopción se ha construido un círculo vicioso en que el poder cura la violencia con más violencia creando la ilusión de que la criminalidad es un nudo gordiano frente al que sólo cabe resignarse.

Afortunadamente en las últimas décadas se ha apostado por algunas alternativas de manejo del conflicto penal, distintas a la esbozada en occidente: los modelos de Justicia Transicional, Justicia Terapéutica y Justicia Restaurativa, pretenden superar las deficiencias y los males del tradicional sistema punitivo. Mencionemos a breves rasgos lo que hace cada una de ellos.

La Justicia Transicional surge como una solución frente a las graves violaciones a la dignidad humana sufridas por un pueblo durante una guerra civil o bajo un régimen tiránico. Sus planteamientos buscan dar una respuesta a los delitos cometidos en ese momento histórico, para lograr la transición de la guerra a la paz o de las dictaduras a las democracias, resolviendo el dilema existente entre punir y olvidar para buscar la reconciliación, equilibrando, de este modo, la paz con la justicia. Así, la Justicia Transicional se caracteriza por implicar procesos de negociación entre los involucrados (ofendidos y ofensores) para llegar a acuerdos que permitan lograr la transformación del orden social y político, y por eso, supone la pugna entre dos fuerzas: los compromisos adquiridos en el Derecho Internacional Público que exigen la sanción de los delitos de *lesa humanidad* y las exigencias de paz y reconciliación que suponen necesariamente el olvido y el perdón para que los ofensores dejen las armas o permitan surgir la democracia²⁶.

La Justicia Terapéutica (*Therapeutic Jurisprudence*) o Teoría Jurídica Terapéutica, por otro lado, “es una perspectiva interdisciplinaria vinculada no sólo con el derecho, sino también con otras disciplinas (la psicología, la psiquiatría, la criminología, el trabajo social, la salud pública, etcétera), que ve en el ordenamiento jurídico, en sí, como una fuerza social que tiene efectos en el comportamiento y en la salud mental de las personas afectadas, aunque no lo deseemos y no seamos conscientes de ello.”²⁷. Así, desde finales de los años 80 del siglo XX la Justicia Terapéutica busca disminuir los efectos psicológicos de la aplicación de

26 UPRINMY, Rodrigo. SAFFON, Ma Paula. *Justicia Transicional y Justicia Restaurativa: tensiones y complementariedades*. En: V.V.A.A. *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Compilación y edición: RETTBERG, Angelika. Ediciones Uniandes. Bogotá – Colombia. 2005. Pág. 211 y ss.

27 WEXLER, David. *Introducción a la <<Therapeutic Jurisprudence>> y su aplicación en el ámbito de los menores*. En: V.V.A.A. *Estudios de Criminología III*. Coord.: RECHEA, Cristina. BARTOLOMÉ, Raquel. BENITEZ, Ma José. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha. 2008. Pág. 63.

la Ley, mejorando su contenido y la forma de llevarla a la práctica, a través de un estudio interdisciplinar que concluye aconsejando la forma en que deben actuar los jueces, los abogados frente a sus clientes, y los demás actores involucrados en los escenarios donde se administra justicia.

Aun cuando no surgieron simultáneamente, se ha convertido en el sustento doctrinal de los Juzgados de Resolución de conflictos que se dedican a indagar los problemas humanos que causan los casos criminales que se les presentan, para combatirlos proactivamente y no con la frialdad de un árbitro, tal como sucede en el modelo tradicional²⁸. En estos juzgados los jueces se desempeñan como verdaderos “agentes terapéuticos”²⁹ que solucionan el problema histórico del delito y además dirigen y supervisan un equipo multidisciplinar (trabajadores sociales, psicólogos, el fiscal, el abogado defensor, etc.) comprometido en llevar a cabo con el delincuente un tratamiento que permita paliar los problemas sociales y psicológicos que dieron lugar al conflicto penal.

Estos juzgados surgieron como una medida ante la ineficacia de la justicia tradicional, para combatir ciertos tipos de delincuencia recurrente que habían saturado el sistema judicial y que implican sujetos con necesidad de tratamiento social, de salud mental o de adicción a las drogas. Precisamente, el antecedente de su aplicación se ubica en el año 1989 con los juzgados de tratamiento de drogas de Miami y se ha extendido a otras materias como la violencia de género. Según WINICK³⁰, dentro de esta modalidad se encuentran también los juzgados de reentrada, que controlan delincuentes con alto grado de reincidencia liberados bajo palabra; los juzgados de dependencia (*Dependency Drug Courts*), que tratan asuntos de abuso y negligencia con niños debido al uso de drogas o alcohol; los juzgados de quinceañeros (*Teen courts*), para el Derecho Penal Juvenil, en los cuales se da la oportunidad a quienes han sido juzgados de hacer el papel de miembro del jurado, fiscal o defensor, luego de seguir un curso; y, los juzgados de salud mental, que se encargan de supervisar la ingesta los medicamentos y vincular con la ayuda social y con recursos de tratamiento a quienes tras la comisión de un delito han sido internados en hospitales psiquiátricos.

Su lógica es totalmente distinta a la tradicional. A quien ha cometido un delito de tenencia de drogas, por ejemplo, se le da la oportunidad de asistir a un juzgado de tratamiento de drogas, a fin de que participe en una rehabilitación, luego de la cual, si tiene éxito, el fiscal desestimaré los cargos y si fracasa deberá

28 WINICK, Bruce. *Justicia Terapéutica y los Juzgados de Resolución de Problemas*. En: V.V.A.A. “*Estudios de Criminología...*”. Pág. 34.

29 *Ibidem*. Pág. 37.

30 *Ibidem*. Pág. 31 y ss.

hacer frente al sistema tradicional. El tratamiento es planificado e intensivo pues consta de muchas visitas de seguimiento al juzgado, en las cuales primero se le hace conocer el programa que ha aceptado vivir y luego se practica. Si el cliente -como se denomina al procesado- tiene éxito y concluye el programa, se hace una ceremonia de graduación a la cual asiste el juez, los oficiales que lo capturaron, sus familiares, y demás, vistiendo sus mejores galas.

Los estudios demuestran la adecuación de esta vía resulta para el tratamiento de esos delitos que tienen un trasfondo psicológico y social que las prisiones no curan, convirtiendo a sus huéspedes en una clientela fija. Así, respecto de los delitos de violencia de género se ha demostrado que el maltratador tiene un perfil psicológico que unos casos lo hace inimputable o que en otros hace ineficaz la prisión³¹; del mismo modo, se sabe que su víctima sufre el denominado síndrome de adaptación paradójica³² que le hace presa fácil de la revictimización e inutiliza las medidas de alejamiento de los juzgados.

Estos enfoques, quizás por su novedad o la lógica punitiva y vindicativa imperante en nuestras sociedades, no son muy conocidos o son incomprendidos. Resulta espantoso y preocupante que todavía una gran porción de la doctrina penal y de los políticos, conscientes o inconscientes de los males de las prisiones, mantengan su enfoque en la venganza social como respuesta frente al delito; en el perfeccionamiento de la dogmática penal y la gestión penitenciaria como medio para sancionar más eficazmente; y en la resocialización como mecanismo que reeduca, matando las almas con el más estricto e inhumano orden disciplinario³³.

31 Estudios realizados en España en 2005 y 2008 han comprobado que el 86,5% de maltratadores analizados presentan al menos un trastorno de la personalidad, siendo los más recurrentes los trastornos obsesivos-compulsivos (57,8%), el dependiente de la personalidad (34,2%) y el paranoide (25%). Es más, el 14,4% de la mostró tendencias psicopáticas claras. El maltratador, se ha concluido, en unos casos está influenciado al momento de delinquir por los rasgos de su personalidad asociados con trastornos mentales, lo que impide su imputabilidad; y, en otros, presenta trastornos de personalidad paranoide, obsesivo compulsivo, etc., que aunque permitirían considerarlo inimputable harían inefectiva la prisión. Cfr. CABRERA, Manuel. *Acercándonos al hombre que ejerce la violencia de género: clasificación y descripción de un grupo de maltratadores*. Pág. 244. En: UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Agosto-2010. Pág. 244 y ss. FERNÁNDEZ-MONTALVO, J. ECHEBURÚA, E. *Trastornos de personalidad y psicopatía en hombres condenados por violencia grave contra la pareja*. Pág. 195. En: *Psicothema*, vol. 20, No. 2, 2008, Pág. 193-198.

32 RINCÓN, Paulina. *Trastorno de estrés post traumático en mujeres víctimas de violencia doméstica: evaluación de programas de intervención*. Universidad Complutense de Madrid. Tesis doctoral. 2003. Pág. 35. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/tesis/psi/ucm-t26887.pdf>.

33 Roxin propuso la introducción de la reparación de la víctima como una "tercera vía" frente al delito,

En Ecuador el desconocimiento o quizá el descuido legislativo, introdujo en el Código de Procedimiento Penal los acuerdos de reparación, sin atender la filosofía de la justicia restaurativa. Se legisló tan mal, que lo que pudo ser una oportunidad para el mejoramiento de nuestra justicia penal a través de las bondades restauradoras, terminó convirtiéndose en un medio por el cual se suscriben acuerdos rápidos en los despachos profesionales sometidos simplemente a la comprobación de requisitos legales; y, lo que es peor aún -al menos en los delitos contra la seguridad vial-, en una ocasión en la cual al enfrentar la opulencia del ofensor con la necesidad de su víctima, se le da la oportunidad de comprar fácilmente su libertad sin siquiera haber meditado sobre su delito. Así, resulta una medida vacía y muy probablemente propia de las clases media y rica, que no responde al ansia de las bondades restauradoras, pues privilegia el objetivo de lograr un despacho ágil y barato de los litigios.

La introducción de la mediación penal en el proyecto de Código Orgánico Penal Integral, de este modo, exige aprender la filosofía de un modelo que desde sus primeras experiencias se avala a sí mismo, ya que, de manera general, ha arrojado balances positivos respecto a la satisfacción de los participantes, la percepción de la justicia y equidad de los procesos, y el bajo número de reincidencia de los victimarios a quienes ha sido aplicado³⁴. Y su conocimiento nos enfrenta a la necesidad de ensayar otras medidas además de la mediación que involucren más a la comunidad y así como a la de reformar los acuerdos de reparación para logren responder a su filosofía.

3. La justicia restaurativa.-

Para entender el concepto de la Justicia Restaurativa (en adelante JR), es imprescindible rememorar el paso de la venganza privada a la venganza social tarifada en el Derecho Penal, así como los diversos modelos de justicia existentes

es decir como una consecuencia jurídico-penal con autonomía frente a la pena y las medidas de seguridad, que al cumplir con los fines de prevención general positiva y prevención especial podía sustituir o atenuar la pena. Sus ideas fueron acogidas por un grupo de penalistas alemanes, austriacos y suizos en el Proyecto alternativo sobre reparación (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*), que en rasgos generales introducía la posibilidad de que la reparación sea considerada como motivo de atenuación, suspensión y en ciertos casos renuncia de la pena; no obstante, la Ley alemana de lucha contra el delito de 1994, a pesar de reconocer la facultad del juez de disminuir o prescindir de la pena, rechazó expresamente que la reparación pueda ser considerada como una tercera vía. Cfr. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Quinta edición. Tomo I. Editorial Tecnos. 1998. Pág. 39-40.

- 34 TAMARIT, Josep. *La justicia reparadora ¿Una justicia para la víctima?* Pág.446. En: ALONSO, A. BACA, E. BARBERET, R. CEREZO, A. AMOR, P. Et. Al. BACA, E. ECHEBURÚA, E. TAMARIT, J. (Coords.) *Manual de victimología*. Tirant lo Blanch. Valencia 2006. Págs. 439-461..

durante la historia, ya que ella implica un retorno a formas tradicionales de justicia penal, previas al establecimiento del monopolio del poder punitivo del Estado; y, una integración de los modelos de justicia que sirvieron de raigambre filosófica en cada momento histórico.

3.1. La expropiación del conflicto penal.-

En las sociedades primitivas, el conflicto suscitado con el delito fue considerado de interés privado: pertenecía a la víctima la reacción frente al delito, no como derecho sino como venganza. Luego vino el talión, haciéndola proporcionada; y, finalmente, el sistema evolucionó hasta la incorporación de la reparación del daño, primero por el grupo al que pertenecía el autor y después por el autor mismo.

Posteriormente, en el ámbito europeo, Roma instauró un sistema punitivo regido por el Estado, adecuado a esa sociedad vertical y jerarquizada y sus propósitos colonizadores. Sin embargo, con la caída del imperio tras la victoria de los bárbaros, el poder punitivo estatal desapareció y el delito dejó de ser un asunto de interés estatal volviendo al *status* que tuvo en las sociedades primitivas. Este panorama se mantuvo hasta finales de la época medieval, durante la que se considera “la edad de oro de la víctima”³⁵.

En el Medioevo (siglos XII y XIII) hubo un retorno a la venganza social a través de un proceso histórico que se conoce como expropiación estatal del conflicto a las personas, surgido del interés de los señores feudales a quienes se les ocurrió “... que era buen negocio confiscar a la víctima y que también servía para reforzarles el poder.”³⁶. El proceso judicial fue visto como una fuente de recursos suplementarios a los impopulares tributos³⁷.

La expropiación fue el resultado de un largo desarrollo. En un primer momento, las ofensas se solucionaban con la intervención de un tercero informal que se interponía entre la víctima y el ofensor para componer el conflicto, determinando el tipo y cantidad de la reparación del daño causado y controlando su cumplimiento.

35 BARONA, Silvia. *Mediación penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*. Tirant lo Blanch. Valencia-España. 2011. Pág. 98.

36 ZAFFARONI, Eugenio. *La cuestión criminal 2*. Diario el Telégrafo. Quito-Ecuador. Miércoles 8 de febrero del 2012. Pág.3.

37 KEMELMAJER, Aída. *En búsqueda de la tercera vía. La justicia restaurativa*. Pág. 227. En: GARCÍA, S. ARROYO, L. BARREDA, L. BERISTAIN, A. BURGOA, E. Et. Al. *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho Penal*. Sergio García Ramírez (Coord.) Primera edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.-México. 2005. No obstante, a pesar de estas duras críticas, hay quienes consideran que la expropiación del conflicto a las víctimas fue algo bueno, pues el delito supone un interés colectivo ajeno a los procesos autocompositivos. Cfr. *Ibidem*. *Ídem*.

Posteriormente surge la figura del fiscal, un empleado del amo feudal que exigía un porcentaje de participación en el pago reparatorio que el victimario hacía a la víctima. Así comienza a hablarse de la existencia de un crimen contra el Estado y la responsabilidad hacia él, mediante la imposición de multas; y, progresivamente, va asumiendo el Estado la monopolización de la persecución de los delitos y la imposición de castigos, hasta consolidar la institución de la acción pública estatal, el sistema penal como un medio de control estatal directo, y la creación de un órgano único que promueve y desarrolla la acción penal: el Ministerio Fiscal. La pena, de este modo, se convierte en un instrumento de control de los súbditos y una manifestación del poder coactivo estatal, dejando de ser un medio de reparación al ofendido.

Las cárceles que aparecieron, como se dijo, en el siglo XVI y se convirtieron en la pena central en el siglo XVIII, completando los ingredientes de la expropiación y el camino a una venganza tasada en la mercancía más importante de la época: el tiempo de libertad. Las teorías desarrolladas para justificar la prisión, e inclusive, se dice, la teoría del bien jurídico, inconscientemente han servido para legitimarla.

Con el cambio vinieron efectos perniciosos³⁸: 1) el olvido de los intereses de la víctima, pues si quiere ser reparada debe asistir a la costosa justicia civil; 2) la creación de una conciencia popular según la cual el delito es una cuestión del Estado, con el consiguiente desinterés de los ciudadanos cuando no han sido perjudicados; y, 3) el uso de grandes cantidades de recursos para cubrir lo que pareció ser un “buen negocio”. Es más, se creó un sistema penal que instrumentaliza (la víctima es usada para imponer un castigo por un conflicto ajeno) y revictimiza (el transcurso por el proceso penal agranda el dolor generado por el delito), todo lo cual redundando en la pérdida de eficacia del propio sistema y de las instituciones que lo hacen funcionar, pues estos efectos indeseables invitan a las personas a no denunciar los delitos ni colaborar con la justicia.

Se ha hecho necesario, así, la adopción de un sistema que no invicibilice a la víctima sino que la convierta en su protagonista³⁹; que rehabilite y no excluya al

38 *Ibidem*. Pág. 227.

39 Las opiniones de la víctima en el proceso son importantes, pues según las investigaciones de la Psicología social de la justicia procedimental, la expresión de las opiniones y la influencia sobre las decisiones contribuye a que los procesos sean tenidos como más justos y se reafirme la posición como miembro reconocido del grupo. Con ello, evidentemente, se lograría eliminar los efectos traumáticos del proceso. Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *Justicia restauradora, mediación penal y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?* Pág. 471 y ss. En: V.V.A.A. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Coords.: GARCÍA, C. CUERDA RIEZU, A. MARTINEZ, M. ALCÁCER, R. VALLE, M. Tomo I. Editorial Edisofer. Madrid-España. 2008.

delincuente; e involucre a la comunidad dentro de un proceso más “civilizado” de resolución de conflictos distinto al sistema penal clásico, extremadamente rígido e inclusive “barbárico”⁴⁰.

3.2. Los modelos de justicia.-

Si se examinan los cambios que se han producido con el paso de la venganza privada a la venganza social tarifada, se puede percibir la existencia de tres modelos distintos de confrontar el delito y hacer justicia penal⁴¹:

1) Justicia retributiva. Al infractor se le retribuye con un mal equivalente al que él ha causado con la infracción de la norma jurídica que regula la coexistencia comunitaria. Retribución que, en tanto es proporcional al mal del infractor, se considera como pena justa. El delito es el producto de una pasión mala y la pena es el mal que sirve para expiarla; un dolor que se causa deliberadamente a un ser perverso lleno de sentimientos inmorales que le conducen a acciones inmorales. Esa es la filosofía que encierran los adagios *malum passionis propter malum actionis* y *punitur quia peccatum est*.

El punto de referencia de este modelo es la comunidad social representada institucionalmente por el Estado, pues la infracción es considerada simplemente como un daño producido por la infracción de sus normas. De allí que resulte adecuado a la concepción del Derecho Penal del Estado liberal, pues según el contractualismo social la pena sirve para realizar justicia frente a un individuo que al infringir la norma contraviene el contrato social y se convierte en un “traidor al consenso, al respeto a la organización social”, que por ello, ya no debe ser considerado parte del mismo⁴². La pena, en ese tipo de Estado, tiene un carácter

40 KEMELMAJER, Aída. Ob. Cit. Pág. 227; DIGNAN, James. *Understandig victims and restorative justice*. McGraw-Hill Education. Berkshire-Gran Bretaña. 2004. Pág. 96; y, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Ob. Cit. Pág. 471.

41 SUBIJANA, José. *Las víctimas en el sistema penal. En especial, la justicia restaurativa*. En: GONZÁLEZ, Juan (Dir.). *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid – España. 2007. 233-235.

42 BARONA, Silvia. Ob. Cit. Pág. 29. Según Beccaria el delito consiste no sólo en una contravención de la ley y el contrato social, pues las leyes son “las condiciones con que los hombres independientes y aislados se reunieron en sociedad”. En ese sentido, sostenía, las penas son “motivos sensibles” destinados a que la unión se mantenga, pues al existir en todos los hombres un “ánimo despótico (...) de volver a sumergir las leyes de la sociedad en el antiguo caos” no es suficiente con protegerse de las demás agrupaciones sociales sino que es necesario proteger el “deposito público de las libertades” de las usurpaciones privadas que quienes lo suscribieron pueden hacer de su propia porción de libertad o de la de los demás. Vid. BECCARIA, César. *De los delitos y las penas*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente. Aguilar ediciones. Primera edición. Madrid- España. 1979. Pág. 71 y ss.

retributivo pues posee un fin ético: compensar la culpabilidad del delincuente con el mal de la pena, y por lo tanto, consiste en una respuesta *ex post* a la comisión del hecho, que se detiene en el pasado (lo que se hizo) sin mirar al futuro (lo que se pretende lograr con la pena). La pena sólo puede servir al delincuente y no a la sociedad, bajo ese enfoque, pues resulta imposible asignarle funciones de prevención especial o general, positiva o negativa, ya que el Estado liberal es un gendarme que sólo cuida del cumplimiento de las reglas sociales, sin intervenir de ningún modo en la vida social: ni interviniendo en el mercado, ni reduciendo, ni reinsertando socialmente a través de la pena.

La justicia retributiva encaja en las teorías absolutas de la pena, especialmente la formulación de Kant, para quien la pena es un instrumento al servicio de la justicia, algo que es porque debe ser, es decir, porque debe imperar la justicia; el mal uso del libre albedrío convierte al hombre en culpable, y su culpabilidad debe ser pagada con el mal de la pena. La pena justa se fundamenta en la culpabilidad, aunque resulte inútil⁴³.

El modelo retributivo se enfrenta a los siguientes reparos⁴⁴: 1) olvida de los intereses de la víctima, pues sólo el delincuente obtiene un beneficio (expía su culpa) mientras que la víctima nada, tan sólo es instrumentalizada para imponer un castigo; 2) los lazos sociales y familiares se rompen así como los posibles caminos para una reconciliación, ya que se enfrenta a las partes en un proceso adversarial donde sostienen posiciones antagónicas, todo lo cual produce “segregación punitiva”; y, 3) se “desresponsabiliza” al victimario del daño producido con el delito, ya que es el Estado el que se encarga de solucionarlo y no quien lo ha producido. Junto a éstos podría endilgarse al menos una de las objeciones que se ha blandido contra las teorías absolutas de la pena: “la supresión del mal del delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia, pues en realidad al mal del delito se le suma el mal de la pena”⁴⁵.

2) Justicia Rehabilitadora. La respuesta que se da al infractor por su infracción, es el sometimiento a un tratamiento rehabilitador que busca compensar sus déficits personales y carencias sociales, pues son las causas de la génesis del delito. Se pretende reducir y reinsertar al delincuente en la comunidad, a fin de que desarrolle un plan de

43 Vid. ZUGALDÍA, José. *La legitimación del Derecho Penal: las teorías de la pena*. En: MACHADO, M. MAQUEDA, M (...) Et. Al. Ob. Cit. Pág. 50.

44 GUERRERO, Jesús. MUÑOZ, Yolanda. *Diálogos reparadores en el ámbito penitenciario. Creación de espacios de intercambio para la construcción de ámbitos positivos de convivencia*. En: MINISTERIO DEL INTERIOR DE ESPAÑA. *Revista de estudios Penitenciarios*. No. 254. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. Madrid - España. 2008. Pág. 128.

45 Vid. ZUGALDÍA, José. Ob. Cit. Pág. 51.

vida a través del cual respete continuamente la ley. De este modo, el punto de referencia de este modelo de justicia es el delincuente y no el Estado.

Es propio del Estado Social de Derecho y la adopción de las teorías sobre los fines preventivos generales y especiales de la pena, que la consideran, junto con las medidas de seguridad, no como un medio para compensar el mal del delito con el mal de la pena, sino como “remedio”⁴⁶ para impedir la comisión de delitos, mediante la evitación futura de ciertas conductas consideradas lesivas desde una perspectiva *ex ante* a la comisión del delito. De allí que se identifique con la máxima *punitur ut ne peccetur* (se sanciona para que no se peque).

3) Justicia reparadora. Busca reponer el daño que se ha causado con el delito, restableciendo a la víctima al estado en el que se encontraba antes de la comisión del delito. Su punto de referencia es la víctima.

3.3. Concepto.

La JR es un nuevo modelo de hacer justicia, distinto al del sistema occidental de justicia penal. Su ubicación dentro de los modelos indicados no es pacífica: algunos consideran que es independiente de los demás, pues nace de la contraposición al ideal de justicia retributiva⁴⁷; otros, que integra los fines de las justicias retributiva, rehabilitadora y reparadora o se adapta a ellos⁴⁸; y, finalmente, hay quienes dicen que se aleja de los contenidos rehabilitadores y retributivos⁴⁹.

Personalmente considero adecuada la segunda opción. La JR es una “evolución integradora de esos modelos” que pretende que la reacción penal satisfaga los intereses de la víctima, el autor y la sociedad, confiriendo protagonismo a la víctima y el victimario en la determinación de la reacción jurídica frente al delito sin desatender los objetivos preventivos que la comunidad asigna a la intervención penal⁵⁰. Implica una “tercera vía” que acumula los beneficios de las visiones retributiva, rehabilitadora y reparadora, que no supone el abandono

46 *Ibidem*. Pág. 32.

47 BRITTO, Diana. *Justicia Restaurativa. Reflexiones sobre la experiencia colombiana*. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja-Ecuador. 2010. Pág. 15. Disponible en: <http://www.justiciarestaurativa.org>; y GORDILLO, Luis. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Editorial Iustel. Primera edición. Madrid-España. 2007. Pág. 42

48 SUBIJANA, José. Ob. Cit. Pág. 234; KEMELMAJER, Aída. Ob. Cit. Pág. 315-316; BARONA, Silvia. Ob. Cit. Pág. 152.

49 TAMARIT, Josep. Ob. Cit. Pág. 442.

50 SUBIJANA, José. Ob. Cit. Pág. 234. Esta bondad integradora de los modelos de justicia penal se encuentra reconocida normativamente en el preámbulo de los *Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva en materia penal* de la ONU, donde se la destaca como “respuesta evolutiva al delito”.

de los objetivos que se proponen los modelos anteriores⁵¹ aunque sí el de sus medios, pues si bien no usa la pena, entendida como mal, logra la rehabilitación, la prevención y la reparación al hacer justicia penalmente.

Quienes desconocen esta versatilidad consideran que la JR “se aleja de contenidos disuasorios, en la medida que se aspira a superar la dinámica punitivista e incapacitadora, e incluso rehabilitadora, propia de las sanciones penales convencionales, en favor de una dinámica generadora de buenas relaciones, mutualismo, paz y bienestar, que sublima los instintos de venganza en sentimientos positivos hacia los otros y un reforzamiento de la autoestima y que permita ver en la responsabilización del infractor una oportunidad para ponerlo en una posición de confianza y participación en la comunidad.”⁵². Sus afirmaciones son erróneas, pues el delincuente se reeduca ya que obtiene una oportunidad para meditar sobre el delito y, al asumir la reparación voluntariamente, en tanto ésta se estructura en torno al daño inferido, puede comprender el sentido y razón de la pauta social violada⁵³. Es más, tiene una contradicción implícita ya que una vez reparado el daño, el ofensor se reinserta en la sociedad pues, como la propia crítica apunta, se coloca él mismo en una “posición de confianza y participación en la comunidad”, ya que aparece como un ente productivo sin estigma ni culpa.

Como se puede ver, la JR cumple una triple función a través de la cual se satisface los intereses tutelados por el modelo reparador, el rehabilitador y el retributivo y los componentes victimológicos, rehabilitadores y pacificadores, que se especifican en cada uno de ellos⁵⁴, por lo cual se integra perfectamente en el actual modelo teórico del Derecho Penal⁵⁵.

1) *Función sancionadora*. La JR sana la ruptura del orden social y recompone las expectativas de comportamiento, confirmando la validez de la ley y la vigencia de la norma. El delincuente, con la infracción de la norma penal, envía un mensaje a la sociedad: la norma no es una pauta social de conducta válida; la reparación lograda a través de los métodos de la JR, desdice la validez de ese mensaje confirmando que la obligación de respetarlas y la existencia de un mecanismo social para hacerlas cumplir coactivamente.

La reparación cumple, de esta forma, con el objetivo preventivo general positivo pues genera un sentimiento social de ausencia de peligro debido a la

51 KEMELMAJER, Aída. Ob. Cit. Pág. 315-316.

52 TAMARIT, Josep. Ob. Cit. Pág.442.

53 Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Ob. Cit. Pág. 476.

54 SUBIJANA, José. Ob. Cit. Pág. 234. Con enfoque coincidente BARONA, Silvia. Ob. Cit. Pág. 152, ve en la reparación una medida dúctil que se adapta fácilmente a los modelos retributivo y preventivo.

55 MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Ob. Cit. Pág. 492.

protección estatal al ciudadano, y así, la confianza y satisfacción necesaria para restaurar la paz jurídica. Es más, satisface el modelo retributivo pues, aunque no es una sanción sino una “tercera vía”, como la denominó ROXIN, se entiende como la justa compensación de la culpabilidad, es decir, como algo que debe soportar quien ha infringido las normas sociales⁵⁶. En ese sentido, también cumple una función de prevención general negativa⁵⁷.

2) *Función rehabilitadora*. La JR establece las condiciones para que el delincuente realice un proyecto de vida compatible con las normas penales, evitando la reincidencia en la infracción. La reparación sitúa al ofensor frente al delito que ha cometido, ayudándole a responsabilizarse de él, pues le permite meditar sobre el daño y asumir su reparación voluntariamente. Esto, junto a la potenciación del diálogo como elemento de resolución de conflictos permite lograr el objetivo preventivo especial⁵⁸.

3) *Función protectora*. La JR “...trata de lograr que se especifique la lesión sufrida por la víctima, que se reconozca su carácter específico, que se le proteja frente a delitos posteriores y, finalmente, que se facilite su desvictimización.”⁵⁹. Esta función, requiere el cumplimiento de cuatro tareas: a) *Asistencial*: atención interdisciplinaria (médica, psicológica, jurídica y social) a la víctima para lograr su desvictimización; b) *Informativa-participativa*: fomento de la integración activa de la víctima al proceso penal; c) *Tuteladora*: diseño de un marco de contención que evite la victimización de otras personas o la misma víctima, pues ésta y la sociedad aprenden los motivos y la forma en que se delinquiró desarrollando estrategias para evitar nuevos o el mismo delito (proceso de resiliencia o inoculación); y, d) *Reparadora*: sanación del daño causado a la víctima, creando mecanismos y fomentando actuaciones de naturaleza y contenido reparador.

Es cierto que el punto de partida de la elaboración doctrinaria de la JR es la crítica al modelo retributivo, pero esto no quiere decir que pueda ser considerada como una contraposición de sus postulados dada la habilidad que tiene para lograr sus fines y los propios del modelo rehabilitador y el reparador. Sólo si no los lograra podría ser considerado como un modelo opuesto a ellos.

56 BARONA, Silvia. Ob. Cit. Pág. 152.

57 Según MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Ob. Cit. Pág. 491, aunque se ponga en duda la intimidación debido a la falta de una sanción, este no es el único objetivo que persigue el legislador; en todo caso, el miedo a ser descubierto y la carga simbólica del proceso intimidan por sí mismos, y los casos de suma gravedad la reparación no supone una renuncia a la pena sino tan sólo su atenuación. Es más, si bien el proceso que concluye con la reparación es voluntario, resulta incómodo escuchar y responder a la víctima y reparar supone un sacrificio.

58 BARONA, Silvia. Ob. Cit. Pág. 152.

59 SUBIJANA, José. Ob. Cit. Pág. 235.

La JR busca restañar los lazos sociales dañados por la acción criminal mediante un proceso que involucra a la víctima y el ofensor, y en determinados casos a la comunidad, para entender el delito y decidir conjuntamente la forma en la cual quien ha delinquido reparará sus consecuencias. La restauración de los lazos sociales implica, de este modo, la reparación del daño, la reconciliación entre la víctima y el ofensor, y su reintegración social, lo cual permite que se arribe finalmente a la paz social. Es una opción frente al castigo y las rupturas producidas con la prisión pues, como afirma MARTINEZ, apuesta al diálogo en vez de la confrontación, tiene como fin principal la reparación y pacificación, y busca integrar en vez de excluir⁶⁰.

3.4. Elementos esenciales de la justicia restaurativa.-

Existen cuatro notas esenciales que se extraen de la definición de JR: el proceso de diálogo, la participación de las partes, el acuerdo reparador y la resocialización de la víctima y reintegración del victimario⁶¹. Estos elementos se reproducen en mayor o menor forma en las medidas de aplicación de este modelo de justicia.

1) **El proceso de diálogo.** La JR supone la existencia de un diálogo, un proceso comunicacional entre la víctima y el ofensor acerca del delito en el cual se respondan tres preguntas: ¿cuál es el daño?, ¿qué debe hacerse para repararlo? y ¿quién se responsabilizará del cumplimiento de esa reparación?, así como todas aquellas que por ser irrelevantes penalmente se debería callar en un litigio. Con esto se logra que la víctima exprese sus emociones respecto al delito, superando el impacto; que el victimario, adquiera conciencia sobre el daño causado y se responsabilice del hecho, produciéndose un efecto de prevención especial; y, que el sistema penal tradicional se democratice, a través de una justicia horizontal, deliberada y participativa distinta a una justicia impuesta por una autoridad superior ya que “si el delito es un conflicto entre dos seres humanos, no se entiende que éstos no puedan, no sólo participar, sino también proponer las soluciones para aquella dimensión del conflicto que a ellos atañe”⁶². Es más, se contribuye a vincular al ofensor con la víctima a fin de que se reconozca a ésta como persona y se evite el proceso de “creación de imagen del enemigo”, por el cual el ofensor deshumaniza a la víctima (pues deja de considerarla como persona y pasa a considerarla como cosa), justificando el daño que le ha causado⁶³.

60 Ibidem. Pág. 492.

61 GORDILLO, Luis. Ob. Cit. Pág. 59 y ss. Otros autores agregan el ingrediente de la resocialización del victimario y reintegración de la víctima. Cfr. LORENZO MORILLAS, David. PATRÓ, Rosa. AGUILAR, Marta. *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Editorial Dykinson. Madrid-España. 2011. Pág. 339-341.

62 MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Ob. Cit. Pág. 474.

63 GUERRERO, Jesús. MUÑOZ, Yolanda. Ob. Cit. Pág. 128 y 130.

El proceso de diálogo o reuniones entre la víctima y el ofensor puede sufrir modificaciones, según el mecanismo de aplicación de la JR que se trate, ya que algunas veces puede ser necesaria la presencia de un tercero y en otras no. Inclusive, cuando el encuentro pueda causar un impacto psicológico negativo, no haya garantías de su seguridad o existan otros motivos, dado que el encuentro entre víctima y ofensor no resulta esencial para la reparación, el diálogo puede ser obviado⁶⁴.

El diálogo que supone este modelo de justicia es organizado; aun cuando debe tener un carácter informal distinto al de los procedimientos propios del proceso penal convencional -altamente formalizado (ritualidad, rigidez, etc.)-, responde a unas reglas, es decir, a una "lógica procedimental"⁶⁵ y a unas técnicas. En la progresión hacia la solución del conflicto se debe seguir cinco momentos claves para conseguir eficazmente las metas del encuentro y los objetivos de las partes: tertulia, narrativa, emoción, entendimiento y acuerdo.

2) La participación de las partes. Intervienen las partes involucradas en el suceso delictivo -la víctima y el infractor-, e incluso un mediador u otros miembros de la comunidad, según el mecanismo de JR utilizado. A este involucramiento de la comunidad se oponen reparos, tales como la afectación de la confidencialidad del proceso; la dificultad de determinar lo que debe entenderse como comunidad (familia, amigos o la comunidad geográfica); la adulteración de la esencia de la JR con la participación del Estado; entre otros. No obstante, con ello se logra, por un lado, que las partes se sientan apoyadas por la comunidad y que se ejerza un control informal sobre el infractor; y, por otro, que el Estado garantice los derechos de la víctima y el ofensor⁶⁶.

3) Acuerdo reparador. La JR supera la visión antagónica del modelo adversarial en el cual la víctima y el ofensor son seres con intereses contrapuestos, y los concibe como individuos capaces de trabajar conjuntamente en un proceso dirigido a la búsqueda de un acuerdo que determina la solución del conflicto. El acuerdo contiene una forma de reparación para la víctima, luego de cuyo cumplimiento se logrará restaurar el daño causado y reintegrar al infractor y la víctima a la sociedad. Esa reparación puede ser simbólica (cuando se refiere a los daños psicológicos y morales derivados del delito) o económica (cuando atañe a los daños materiales), por lo cual resulta aplicable también a la tentativa en la cual no existe un daño material; es por eso que puede consistir en la petición de disculpas, la compensación económica, la realización de alguna actividad en provecho de la víctima o la

64 LORENZO MORILLAS, D. PATRÓ, R. AGUILAR, M. Ob. Cit. Pág. 339-340.

65 TAMARIT, J. Ob. Cit. Pág. 439.

66 GORDILLO, Luis. Ob. Cit. Pág. 67.

comunidad, etc. Todo esto no obsta la adopción de medidas rehabilitadoras, procesos de escolarización o tratamientos para el infractor, siempre y cuando lo consienta, si con ello se restaura a la víctima. En todo caso, el mismo proceso suele tener un efecto reparador para ella debido a que la comunicación facilita la comprensión de lo sucedido, de esta forma, no necesariamente el acuerdo debe contener otras fórmulas de reparación⁶⁷.

4) La resocialización de la víctima y reintegración del victimario. Tras el hecho criminal, tanto víctima como victimario se enfrentan a un riesgo injustificado de marginación social, bien por lástima o falta de apoyo, en el caso del ofendido, bien por rencor, odio o sentimiento de venganza, en el del delincuente. El involucramiento de las partes en el proceso hace que éstas sean percibidas como sujetos útiles, activos y productivos de la sociedad, lo cual evita esos efectos del delito, permitiéndoles reintegrarse a la comunidad social⁶⁸. Es más, al que ha delinquido la reparación no sólo le permite saldar sus cuentas sino además, los acuerdos reparadores en tanto están en relación con los hechos del delito, le permiten tomar conciencia de las consecuencias de sus actos a diferencia de las penas de prisión o multa⁶⁹.

4. Procesos restitutivos o metodologías de aplicación.-

Los *Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva en materia penal* de la ONU definen al proceso restitutivo como todo aquel: "...en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador.". Estos procesos también denominados metodologías de aplicación y prácticas, cauces o vías instrumentales de la JR, constituyen un conjunto de instrumentos heterogéneos –pues mientras unos hacen énfasis en la rehabilitación o la reparación, otros conjugan perfectamente los tres fines-, como los siguientes⁷⁰:

1) Sensibilización de la víctima (*victim awareness work*). Es un proceso que se realiza con los victimarios, para que tomen conciencia sobre los efectos de su delito sobre las víctimas. Puede ser usada como medida única o como paso previo para una medida que ponga cara a cara al ofensor con la víctima⁷¹.

67 MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Ob. Cit. Pág. 484-485.

68 LORENZO MORILLAS, D. PATRÓ, R. AGUILAR, M. Ob. Cit. 341.

69 MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Ob. Cit. Pág. 476.

70 BARAONA, Silvia. Ob. Cit. Págs. 144-149.

71 LIEBMANN, Marian. *Restorative justice: How it Works*. Editorial Jessica Kingsley Publishers. Londres-Gran Bretaña. 2007. Pág. 28.

2) *Court-ordered restitution*. Mandatos imperativos del juez que ordenan la reparación.

3) *La conciliación entre víctima y ofensor*. Supone una negociación en la cual intervienen dos partes y un conciliador que facilita la comunicación entre ellas. El conciliador es más activo que el mediador, pues interviene en la discusión haciendo sugerencias o propuestas, sin incidir directamente en el conflicto⁷².

4) *Shuttle communication o shuttle diplomacy mediation*. Interviene un mediador o un facilitador como intermediario entre el delincuente y sus víctimas, mediante mensajes, computador, teléfono u otro medio, dentro de un proceso indirecto de comunicación entre la víctima y el ofensor que evita el *face-to-face*. Así, resulta útil para aquellos casos en los cuales el encuentro directo supondría algún tipo de violencia.

5) *Victim-absent discussions with ofender and supporters about crime o ofender-absent discussions with victim and supporters about crime*. Son dos tipos de comunicaciones de un tercero (un facilitador, mediador o cualquier persona) con la víctima, sin contar con el ofensor; o de un tercero con el ofensor, sin contar con la víctima. Con ellas se busca acordar una solución restaurativa, contando con personas designadas por las partes para darles apoyo moral en la resolución del conflicto (apoyadores).

6) *La mediación víctima-ofensor (face-to-face mediation)*. Es el principal instrumento del cual se sirve la JR. Difiere de la mediación convencional pues tiene como punto de partida la existencia de un tipo de conflicto especial junto al cual existe una injusticia; además, en una mediación convencional o estándar, el mediador simplemente trata de ser un catalizador de la solución del conflicto, y en este tipo de mediación, interviene activamente como responsable de una negociación pacífica y satisfactoria, propiciando la restauración, pues debe hacer que la víctima comparta con el delincuente sus sentimientos y experiencias derivadas del delito, y el victimario, las causas por las que delinquiró. Se puede aplicar en cualquier momento del proceso; en Bélgica existe una mediación en fase de instrucción, a instancias del Fiscal del Rey (*procureur du roi*), en uso del principio de oportunidad; mediación de reparación, hasta antes de la sentencia del Tribunal Penal; mediación en detención, mientras se cumple la pena; e inclusive, mediación en fase policial, para las contravenciones leves.

Si bien es la medida de JR más ampliamente adoptada, no debe ser la única en un sistema penal. Los sistemas que se orientan prevalentemente hacia la mediación,

72 LORENZO MORILLAS, David. PATRÓ, Rosa. AGUILAR, Marta. Ob. Cit. Pág. 345.

adolecen de un enfoque reduccionista del delito como conflicto en el cual sólo se involucra a la víctima y al ofendido, olvidándose de la comunidad, a pesar de que “el carácter delictivo del hecho deriva precisamente de que el mismo afecta a la comunidad, de un modo particular al entorno de la víctima y el victimario”⁷³.

7) Mesas comunitarias de reparación. Son grupos de ciudadanos entrenados para llevar a cabo encuentros entre víctimas y ofensores previa solicitud de una corte de justicia. Las mesas hacen una propuesta de reparación y un tiempo para realizarla; discuten con el ofensor hasta llegar a un acuerdo; supervisan el cumplimiento del acuerdo, mediante las comunicaciones del ofensor a la mesa acerca de su progreso; y, al finalizar el proceso, realizan un reporte conjunto con el victimario, haciendo conocer a la corte de justicia el estado del caso.

8) Círculos de diálogo o peacemaking circles. Consisten en conversaciones celebradas alrededor de un círculo, acerca del delito (causas y efectos) y cómo reparar el daño producido. En ellas participan la víctima, principalmente expresando sus sentimientos; el delincuente, principalmente expresando los motivos por los que delinquirió; funcionarios del sistema judicial o cualquier miembro de la comunidad interesado en el delito; y, un líder del círculo. El diálogo se estructura bajo un conjunto de normas, siendo la regla fundamental aquella que establece que sólo quien posee un objeto que circula alrededor del círculo de la forma que ordena el líder puede hacer uso de la palabra.

Según el sistema adoptado, se suele celebrar previamente círculos de sanación separados entre la víctima y el delincuente; luego círculos de sentencia, donde se expone cuál será la respuesta al daño por parte del delincuente; y, finalmente, círculos de apoyo y responsabilidad, para vigilar el cumplimiento de la reparación y controlar la conducta de los sentenciados.

9) La Conferencia (face to face conferences of victims, offenders and stakeholders). Aunque tienen origen en las conferencias de grupos familiares de la tradición maori en Nueva Zelanda, actualmente se aplican en Estados Unidos, Canadá, Australia e Inglaterra, especialmente en el ámbito escolar. Constan de un proceso en el que interviene la víctima y el ofensor, acompañados cada uno de una persona de su confianza que le sirve de apoyo (apoyadores); y, un facilitador que propicia un encuentro entre las partes para analizar el delito y negociar la forma de reparar los daños. El facilitador se involucra en la resolución del conflicto, pues puede proponer una especie de contrato que contiene una sugerencia sobre la reparación el cual podría adoptarse como resultado de la conferencia si es que

73 TAMARIT, J. Ob. Cit. Pág. 440.

las partes así lo consienten. Es más, el día del encuentro, dirige la conversación, cuidando que ésta tenga un orden determinado (primero el delincuente relata los hechos, luego la víctima expresa sus sentimientos y sugiere una forma de reparación) y que las partes no se desvíen del tema de su encuentro: la reparación; así como que se mantenga un clima civilizado.

10) *Family group conferences* y los *community panels*. Son originarios de la justicia penal neozelandesa y aunque similares a las conferencias, se distinguen de ellas por incluir más actores. En los *community panels*, en la justicia de adultos, interviene un policía, los representantes de las comunidades indígenas, el anciano de la tribu (*kaumatua*), la víctima y el ofensor. En los *family group conferences*, en la justicia penal juvenil, un policía llamado oficial de ayuda a la juventud (*youth aid officer*); las víctimas, el ofensor y sus familias; el abogado o defensor lego del ofensor; y, un trabajador social, denominado coordinador de justicia juvenil (*youth justice coordinator*), que dirige la mediación entre los participantes y pertenece al Departamento de Bienestar Social del estado neozelandés.

Esta última medida, adoptada mediante la *Children, Young Persons and Their Families Act* en 1985, se aplica únicamente en delitos distintos al homicidio, asesinato o infracciones de tránsito sancionadas con prisión; no obstante, resuelve casi el 30% de la totalidad de los casos de la justicia juvenil ya que es una medida privilegiada⁷⁴. Si un ofensor es llevado ante un Tribunal de Menores (Youth Court) para ser juzgado y acepta su responsabilidad, el Tribunal suspende el proceso y lo remite a un coordinador de justicia juvenil para que desarrolle la medida; por el contrario, si el ofensor no acepta su responsabilidad, el Tribunal luego de comprobar su responsabilidad lo deriva a esa instancia. A partir de entonces se desarrolla un proceso que, en líneas generales⁷⁵, es el siguiente: 1) el coordinador de justicia juvenil notifica a las personas que tienen derecho a asistir a la conferencia, siendo su falta de notificación una causa de nulidad sólo cuando se compruebe que el fracaso de la conferencia se debe a esa falta de notificación; 2) una vez que concurren las partes el día señalado, se hace una introducción en la cual se presenta a los intervinientes, luego la víctima, el ofensor y sus familiares explican el impacto que el delito ha tenido en sus vidas; y, 3) finalmente, se pide al ofensor y a sus familiares que se retiren a fin de que determinen los actos que el joven realizará para ayudar a resolver el daño causado a la víctima.

11) *World Café*⁷⁶. Fue aplicado por primera vez a nivel mundial en el 2008 en

74 GORDILLO, Luis. Ob. Cit. Pág. 270.

75 Este es un esquema usual pero no definitivo, pues la ley que regula las conferencias de grupos familiares establece que cada una de ellas puede darse el procedimiento que considere correcto

76 GUERRERO, Jesús. MUÑOZ, Yolanda. Ob. Cit. Pág. 132 y ss.

España, dentro del Centro Penitenciario de Nanclares de Ocloa. Se escoge un grupo de personas y se las divide en subgrupos (reunidos alrededor de una mesa), los cuales discuten una determinada pregunta, teniendo como persona fija a un anfitrión y otras que se desplazan a los demás subgrupos para compartir sus opiniones. Así se consigue un número determinado de interconexiones y luego se extraen conclusiones, respuestas generales, acuerdos y caminos a seguir frente a las preguntas discutidas.

5. A modo de conclusión: la justicia restaurativa como una alternativa a la política de policialización de la sociedad.

Evidentemente, la JR, en tanto supone la oposición de un proyecto comunitario frente a uno hegemónico de selección y ejecución de penas, representa una política penal alternativa de elusión de la prisión e inclusive una alternativa a la política penal, según se estructure⁷⁷. También representa una alternativa a la política criminal imperante en el globo, diametralmente opuesta a un sistema penal garantista y socialmente deseable, en tanto oculta detrás de una falaz promesa de seguridad los entresijos de un proyecto de lucro individual.

Los países han venido desarrollando una política criminal cuyo indicador de éxito o fracaso radica en la eficacia represiva, pues se levanta sobre los pilares de una cultura punitiva cimentada en la convicción de que la aceptación de las leyes se consigue mediante el desarrollo de una “maquinaria sancionatoria implacable”. De allí que la inflación carcelaria y policiaca sean sus síntomas principales, pues, en primer lugar, la apuesta por la represión supone la adopción de una “prevención policial”, es decir, un control previo y generalizado sobre todos los ciudadanos mediante el despliegue de un aparato tecnológico e informático que acumula información confidencial y la centraliza; y, además, un prolongación del tiempo de encierro de los que clásicamente han sido considerados como enemigos de la sociedad y otros actualmente catalogados como tales (adolescentes infractores, inmigrantes no regularizados, sujetos considerados terroristas por la ampliación del concepto).

La consecución de los fines represivos de esta política supone el incremento de miembros policiales y la adopción de una serie de medidas para aumentar la clientela carcelaria -mantenimiento de la prisión como pena principal, incremento de las condenas, criminalización de nuevos sujetos, establecimiento

77 Si bien la mediación penal, al menos en la forma como se maneja en Bélgica y otros países, no puede ser entendida, como se afirma, como “un sistema paralelo al sistema penal, sino como una forma de resolver conflictos dentro del sistema” (Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Ob. Cit. Pág. 487.), puede ocurrir que, como ha sucedido con la mayoría de mecanismos de JR, se instaure inicialmente programas no oficiales manejados por voluntarios y sin la supervisión estatal.

de penas complementarias a la cárcel, etc.-, que lejos de ser medidas técnicas destinadas a combatir la delincuencia, pues desde BECCARIA se reconoce que el endurecimiento de las penas no logra frenar la delincuencia⁷⁸, son medidas políticas fáciles y rápidas calificadas de “populismo y politización penal” pues su adopción supone la modificación del contenido de las normas penales conforme al criterio del pueblo (que se identifica generalmente con una sed vindicativa) sin tomar en cuenta el de los especialistas, en una búsqueda de réditos electorales a través de una supuesta defensa de la democracia participativa⁷⁹.

Esta política criminal de “policialización de la sociedad”, no es más que la reproducción de las políticas de encarcelamiento y criminalización de los E.E.U.U.⁸⁰; que fomentan y sustentan aquel complejo industrial compuesto principalmente por el mercado de producción y tráfico de armas, telecomunicaciones y transportes, destinado a ofrecer medios aparentemente idóneos para lograr la seguridad en las sociedades, que contiene las que MANZANOS ha llamado “industrias de seguridad”⁸¹. Así, convierte a la cárcel, la policía y lo penal en industrias auxiliares dentro de un complejo de empresas que viven de producir inseguridad con el fin de comercializar los medios para supuestamente combatirla, pues aunque desactivan la sensación de inseguridad en un corto plazo, a mediano y largo plazo generan todas las condiciones sociales para que se perpetúe e incremente la inseguridad social⁸².

Es una política criminal hipócrita, pues esconde realmente un deseo de control general de la ciudadanía y de los movimientos sociales organizados y espontáneos que pudieran surgir, tras un mecanismo que resulta ineficaz por antonomasia ya que la forma de prevención policial que postula, al consistir en una evitación del delito y de sus motivaciones antes de que se produzcan, consiste en una prevención social más que una policial⁸³. Resulta también, de esta manera, una política inhumana, aberrante y detestable, ya que el lucro de las industrias que protege se logra a partir de una ilusión de seguridad en la ciudadanía, creada en base a fórmulas evidentemente ineficaces, por lo cual se alimenta no sólo del peculio de

78 BECCARIA, César. Ob. Cit. Pág. 131.

79 DIEZ RIPOLLÉS, Luis. *El modelo penal de la seguridad ciudadana*. RECPC, No. 06-03. 2004. Pág. 10. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>. En Ecuador el ejemplo paradigmático constituye la tipificación del secuestro express, delito que debía ser solucionado conforme las reglas que regulan los concursos.

80 Vid. KUPERS, Terry. *Conversaciones: La orgía del encarcelamiento en Estados Unidos y la ideología que la sustenta, por Margarita Martínez Escamilla*. RECPC, No. 07-c1. 2005. Disponible en: <http://criminet.ugr.es>

81 MANZANOS, Carlos. Ob. Cit. Pág. 45.

82 *Ibidem*. Ídem.

83 *Ibidem*. Pág. 47.

todas las personas del planeta, sino además de promesas defraudadas. Inclusive, resulta extraña a un sistema penal garantista, toda vez que la evitación del delito en el momento en que se produce significa la intensificación de la vigilancia, la colaboración de confidentes y la realización de redadas a grupos definidos por la policía como peligrosos, es decir, como dice MANZANOS, la construcción de un Estado policial y la reproducción del modelo de investigación policial clásico pero con técnicas represivas más sofisticadas, ya que el uso de tecnologías nuevas permite generalizar el control, invisibilizar y propiciar la impunidad en las actividades y procedimientos que violan la ley y los derechos humanos⁸⁴.

La JR, a diferencia del modelo reseñado, supone político-criminalmente la construcción de una comunidad proactiva, comprometida con la solución y prevención del hecho delictivo y no la de una “maquinaria sancionadora implacable”. Su eficacia se mide a partir del logro de la restauración de los lazos rotos con el delito, la reparación de la víctima y la rehabilitación del delincuente; en suma, la reducción de la violencia que la cárcel y el delito conllevan, antes que el incremento de la *pseudo* eficaz represión policiaca y carcelaria de los delitos.

No obstante, la JR no representa la panacea penal del siglo XX, sino una alternativa para determinados casos en los cuales con su aplicación se consiga resultados cualitativamente mejores y resulte suficiente la reparación. La prisión sigue siendo uno de los mejores remedios disponibles, pues con ella se logra evitar la venganza privada de las víctimas sobre el victimario; sin embargo no es “una amarga necesidad”, pues como afirma MANZANOS, no resulta inevitable, ya que es una “realidad fabricada históricamente”, “una creación propia del modelo económico y social”⁸⁵, y por lo tanto, algo que sí puede ser remplazado. La Ciencia Penal tiene la misión inminente de seguir investigando sobre el uso de la JR, justicia de transicional, los juzgados de resolución de conflictos y la justicia terapéutica, a fin de crear un sistema que conjugue la cárcel con estas medidas alternativas, estableciendo varias categorías de ejecución penal. Sólo así dejará en el pasado el bochorno que el fracaso de una empresa mantenida durante casi cuatro siglos -el establecimiento de un sistema cuya centralidad es la pena privativa de libertad-, le ha causado.

84 Ibidem. Ídem.

85 Ibidem. Pág. 47.

Bibliografía Esencial:

- BARONA, Silvia. *Mediación penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011.
- GONZÁLEZ, Juan (Dir.). *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid – España. 2007.
- GORDILLO, Luis. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Editorial Iustel. Primera edición. Madrid-España. 2007.
- V.V.A.A. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Coords.: GARCÍA, C. CUERDA RIEZU, A. MARTINEZ, M. ALCÁCER, R. VALLE, M. Tomo I. Editorial Edisofer. Madrid-España. 2008.

Los Delitos de Peligro: Desarrollo, necesidad y aplicabilidad global y nacional.

Adrián Racines M.

Abstract

Es común asociar al Derecho Penal casi inmediatamente con la sanción que se da a un hecho criminal consumado. Esto es en teoría correcto, pero el desarrollo del tiempo nos ha llevado a la modernidad con varios cambios respecto a épocas más antiguas; algunos positivos, como el desarrollo de la tecnología y las comunicaciones, pero con otros negativos, como el aumento de la criminalidad organizada, el tráfico de estupefacientes, etc. Por esto, se ha hecho necesario atender a estancias previas a la propia consumación del delito en procura de salvaguardar bienes jurídicos trascendentales, como la vida, la salud, la integridad física, entre otros, y esto ha dado lugar a la tipificación otro tipo de delitos: los de peligro. Estos delitos de peligro son un marcado adelantamiento de la norma penal para sancionar hechos que aún no están en fase de consumación, pero que por la afección a bienes jurídicos que reportan, contienen un injusto propio y asimismo, una pena. Sin embargo, no han tenido una acogida del todo positiva en el campo penal. Varias preguntas se desprenden de este tipo de delitos: ¿Es legítimo aplicar estos tipos penales? ¿Son en realidad necesarios estos tipos, o son sólo un capricho legislativo de tipificar más conductas? ¿Las cárceles están hechas para delinquentes de obra o también para los que delinquen con su sola intención? Estas preguntas hallarán respuesta a lo largo de este artículo, en el cual no sólo se pondrá en perspectiva a los delitos de peligro en general, sino que, para adentrarnos en estos delitos y ver su impacto en nuestra propia realidad social, también se desarrollará el delito de peligro consistente en el nuevo límite de velocidad para el tráfico rodado, mismo que ha suscitado diversas y en algunos casos mordaces opiniones, el cual servirá como ejemplo en el ámbito interno para este tipo de delitos, y será explicado detallada y objetivamente.

Desde que el Derecho comenzó a ser considerado como una ciencia, se admite que éste genera nuevos conocimientos y teorías en forma periódica. Esto se evidencia día a día en todos los ramos de esta noble materia: las nuevas teorías de organización del trabajo en Derecho Laboral, la teoría pluridimensional del Derecho, la teoría sistemática de Thomas Kuhn en Derecho Aeronáutico, sólo por mencionar unas pocas. Sin embargo, hay un área de las Ciencias Jurídicas que está en un desarrollo notablemente superior a las demás, ya sea por su importancia, su empleo de última ratio, o los bienes jurídicos que protege: el Derecho Penal.

El Derecho Penal ha evidenciado históricamente un desarrollo y perfeccionamiento muy destacado, sobretodo, por la relación natural que se establece en forma empírica entre esta área y el concepto de justicia, misma que es tan arraigada, que en sentido lato, podríamos decir que el Derecho Penal es la máxima manifestación del Derecho en sí mismo, ya sea por la importancia de los bienes jurídicos que cuida, o por el sentimiento social de protección que genera.¹

Para cumplir con esos fines de protección y garantía de bienes jurídicos, la Ciencia Penal requiere constar positivada en una norma, misma que debe incluir conductas consideradas como peligrosas o lesivas para las personas o sus derechos, y éstas deben estar descritas en forma de catálogo, lo cual se realiza a través de los códigos penales, mismos que constan de *tipos penales* que, en forma genérica, describen dichas conductas peligrosas o lesivas y les asignan una pena a quienes las realicen; o más claramente, a quienes *cometen el tipo penal*.

Este tipo penal no puede ni debe contener cada conducta dañosa que se pueda presentar en sociedad; sino que debe reunir, en un mismo tipo, las múltiples formas de lesión o peligro que un bien jurídico puede recibir. Esto se evidencia, por ejemplo, en los tipos penales de homicidio. Dichos tipos no describen una a una las formas en las que una persona puede realizar la acción de dar muerte a otro, sino que describe precisamente de una forma tan genérica como *el homicidio cometido con la intención de dar muerte*² a la conducta, englobando toda forma de comisión de éste delito, cualquiera que sea el medio empleado, y sólo describe una calificación penal más gravosa para determinadas circunstancias en las cuales la comisión del delito se vuelve más reprochable, como hacerlo por medio de veneno, por ejemplo, lo cual cambia la calificación penal de homicidio a asesinato.

Sin embargo, hace algunos años, una tendencia mundial ha comenzado a surgir respecto a la tipicidad de delitos. La industrialización, el desarrollo de la ciencia y

1 CONTRERAS, Lautaro, "Los delitos de peligro en la legislación chilena", Editorial Alberto Hurtado, Santiago, 2011, pp. 23.

2 CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Art. 449.

la tecnología, entre otros factores, han permitido que, por un lado, la humanidad progrese en cuanto a eficiencia laboral, movilidad y comunicaciones; pero junto con ese desarrollo positivo, se ha generado en forma paralela un desarrollo igual de exponencial en cuanto a la criminalidad. La sofisticación de los diseños, medios y estrategias criminales han crecido a pasos agigantados, lo cual ha llevado a las distintas organizaciones sociales a vivir en un constante estado de temor. La llamada *sociedad del riesgo*, fruto de la globalización y el desarrollo, en la cual toda actividad que realiza una persona conlleva un grado significativo de peligro, también ha aportado a ese sentimiento social de inseguridad.

Por otra parte, se ha notado, además, un amplio desarrollo de la criminalidad organizada, misma que se involucra no sólo en negocios ilícitos, sino que también trata de entremezclarse con el sistema a través de su participación lícita en varios tipos de actividades, como empresas de comercio exterior o de transporte, lo cual también produce una sensación de inseguridad general. Los grupos terroristas, otra manifestación de dicha criminalidad organizada, a través de la violencia, buscan poner en tela de juicio la supremacía del Estado y desconocen el poder establecido, lo cual genera tensiones a los ciudadanos, en cuanto éstos pueden resultar dañados en algún acto de reivindicación de poder por parte de los mencionados grupos irregulares.

Para contrarrestar estas nuevas modalidades de criminalidad y generar un sentimiento social de protección, los Estados, a través de sus normas penales, han incluido cierto tipo de delitos en los cuales ya no se espera a la efectiva lesión de bienes jurídicos, sino que el Derecho Penal se anticipa a estos daños y sanciona a los responsables desde etapas previas a la consumación del tipo. Esta nueva variedad de delitos recibe el nombre de *tipos de peligro*.

Los delitos de peligro han tenido una reciente proliferación, pero no son ninguna creación moderna. Ya tenían plena existencia y se empleaban con frecuencia desde la época del “buen y viejo”³ Derecho Penal liberal del siglo XIX. Desde una época tan antigua como el año 1967, LACKNER ya mencionaba que los delitos de peligro “se habían extendido como una mancha de aceite” por el mundo y que se trataba del nuevo “hijo predilecto del legislador”⁴. Y es que, ciertamente, los delitos de peligro se han expandido en los últimos años a la mayor parte de códigos penales a nivel mundial. Centrándonos específicamente en el caso ecuatoriano, basta con observar el notable incremento de delitos de peligro en ámbitos como la salud pública, el medio ambiente, las condiciones de seguridad laboral, entre otros.

3 Denominación que implica una afirmación ucrónica, carente de apoyo histórico. SILVA SÁNCHEZ, “Expansión”, pp.149 y ss.

4 V. gr. LACKNER, “El delito de puesta en peligro concreto en el tránsito” (*Das konkrete Gefährdungsdelikt im Strassenverkehr*), 1967, p.1.

La razón para que se produzca este fenómeno responde a la creciente necesidad de adelantar las barreras de protección del Derecho Penal a momentos previos a la consumación de un delito lesivo, o dicho de otra manera, el Derecho Penal busca adelantarse a la producción del resultado. Esto, con el fin de hacer efectiva dicha protección, sin esperar a que el bien jurídico se vea menoscabado para apenas en ese momento actuar.

Sin embargo, este adelantamiento ha sido objeto de numerosas críticas. Por un lado, hay quienes mantienen que el adelantar la barrera de protección del Derecho Penal no sólo es algo positivo, sino necesario, ya que el Derecho Penal llega demasiado tarde para efectuar la protección efectiva del bien jurídico. Otros, por su parte, sostienen que dicho adelantamiento penal constituye una intromisión del Derecho Penal en ámbitos que no le corresponden y que desvirtúan su carácter de norma de última ratio. Incluso, quienes se oponen a dicho adelantamiento más radicalmente han llegado a decir que éste constituye una vulneración de derechos y garantías⁵, ya que sanciona en ciertos casos hasta los actos preparatorios para la consumación de un delito, lo cual históricamente no ha sido reconocido por la dogmática como objeto de sanción.

Lo que es evidente tanto para personas formadas en Derecho como para quienes no poseen una preparación en este sentido es que la sociedad en la que vivimos realmente se torna más peligrosa conforme pasa el tiempo. Hace unos años en Ecuador nadie conocía términos tan comunes hoy en día como *sicariato* y *secuestro express*, solo por mencionar un par de ellos. Y son precisamente esta inseguridad y peligro que crecen en forma directamente proporcional al avance de tecnologías y comunicaciones, lo que autoriza al Derecho Penal a buscar otros mecanismos para proteger los bienes jurídicos de las personas, mismos que eventualmente pueden verse lesionados. Tal como se mencionó antes, el objetivo de los delitos de peligro es evitar dicha lesión al bien jurídico; por tanto, el Derecho Penal ha tenido que ampliar su esfera de potestad e intervenir en conductas que generen riesgo para la sociedad, evolucionando a la par de la criminalidad, sancionando la sola conducta peligrosa sin que sea necesario que ésta produzca un resultado dañoso. Empero, un punto de partida pertinente para entender la magnitud de estos delitos de peligro, es precisamente el conocer *¿Qué es realmente el peligro?*

Podemos definir al peligro como la mayor o menor posibilidad de ocurrencia de un hecho, sea o no de relevancia jurídica⁶. En Derecho, sin embargo, lo que

5 Se manifiestan plenamente contra la legitimidad de un delito general de "asociación ilícita" (para la comisión de delitos), como FERRAJOLI, "Derecho y razón", pp. 464 y ss., 467 y ss., 478; COLBER, KJ 1984, pp. 407 y ss., contra una legitimación sobre la única base de una anticipación preventivista de la criminalización.

6 MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal: Parte General", Barcelona, 1996.

se sanciona es el incremento progresivo de dicha ocurrencia. Expresado en otro modo, la norma sanciona una conducta peligrosa en cuanto es más posible que se dé el resultado dañoso temido. Y decimos temido porque este es, precisamente, el fundamento de la sanción anticipada en estos delitos: el *temor de la ocurrencia del hecho dañoso*. Existe una relación directamente proporcional entre posibilidad y temor de ocurrencia del hecho y gravedad del tipo penal. Para ejemplificar esto, es válido valerse del delito de asociación ilícita. ¿Es necesario esperar a que el daño ya esté causado? ¿Debe llegar el Derecho Penal únicamente a verificar que en efecto se vulneró un bien jurídico protegido? ¿O es su labor más amplia, y debe llegar a ser protector de dichos bienes incluso antes de su transgresión? Regresando al ejemplo y en relación a estas preguntas, en opinión de este autor, sería demasiado cómodo decir que el Derecho Penal sólo debe verificar daños ulteriores al ataque a bienes jurídicos. Cuando se sanciona a alguien por una asociación ilícita, aunque muchos dirán que se transgreden principios constitucionales o de Derechos Humanos, lo evidente, lo palpable y lo cierto, es que el delito que iba a producir ese grupo ya no se producirá, y aunque a una minoría esta labor del Derecho Penal les parezca innecesaria o abusiva, a la gran mayoría de ciudadanos honestos nos resulta francamente positiva y de gran utilidad.

Es muy marcada la tendencia moderna a decir que la función *protectora o de adelantamiento penal* ya está dada con la tentativa. Si bien es cierto que el adelantamiento penal ya se realiza, en cierta forma, con la punición de la tentativa, éste criterio tiene la limitación subjetiva de la exigencia de dolo en la lesión del bien jurídico. En realidad, el hecho de que la tentativa imprudente no sea punible conlleva la terrible consecuencia de hacer aparentemente imposible en estos casos ningún tipo de intervención penal. Pero por otra parte, es necesario tener presente que viviendo en una sociedad de riesgo, toda actividad humana lleva impresa determinada cantidad de éste. El límite viene dado por lo que se conoce en Derecho Penal como *riesgo permitido en la conducta realizada*. Las conductas, como es sabido, se dividen básicamente en dos grupos: prohibiciones y mandatos. Prohibiciones si enuncian algo cuya realización está sancionada por ley, y mandatos si se trata de normas que contienen directrices para que las personas realicen una actividad. Su importancia es precisamente porque delimitan el actuar de las personas entre lo que pueden y lo que no pueden hacer. El Derecho Penal autoriza a desarrollar conductas que sean potencialmente riesgosas en función de la utilidad que reportan (como el tráfico rodado o el transporte y manipulación de sustancias peligrosas por ejemplo), pero impone el límite del antes mencionado riesgo permitido, que de ser transgredido, autoriza automáticamente al Derecho a actuar aun tratándose de la sola conducta. La particularidad es que estos delitos de peligro sí permiten la sanción a título imprudente. Así, los delitos de peligro

castigan la realización de conductas peligrosas culposas respecto de un eventual resultado lesivo, pero no esperan a que dicho resultado acaezca; castigando inclusive, pero en forma excepcional, la tentativa imprudente en función de la importancia del bien jurídico puesto en peligro y el alto grado lesivo del ataque imprudente (imprudencia temeraria).

Tratándose de conductas, es menester marcar que a cada conducta es correlativa una potencial sanción. La norma de conducta es aquella donde la norma de sanción descansa. Su diferencia es que, mientras las primeras tienen como función inmediata la protección de bienes jurídicos, las segundas buscan reforzar o componer la puesta en tela de juicio de la norma de conducta cuando ésta es transgredida. Para aplicar una norma de sanción, siempre va a ser un requisito previo que se haya vulnerado la norma de conducta, sin que con esto se diga que cada vez que se infringe una norma de conducta deba intervenir una norma de sanción. No toda infracción a normas de conducta amerita la intervención penal, ya que, siendo la pena la reacción más grave del Estado ante una conducta incorrecta, ésta debe reservarse para infracciones a normas de conducta que sean especialmente dañosas. Esto es precisamente lo que implica el principio de última ratio, y no la concepción tradicionalista de que el Derecho Penal debe llegar cuando ya se ha cometido el hecho y ya no hay nada que hacer.

Ahora bien, otro punto importante es el tratamiento de los tipos de peligro en base a consideraciones *ex ante* o *ex post*⁷. Percibir un delito desde una perspectiva *ex post* implica analizar un delito únicamente por el resultado. Con esto, decimos que deslindamos la causalidad de un delito y nos ocupamos únicamente del resultado de daño producido. Por ejemplo, en un homicidio, el reproche recaería sobre la muerte de la víctima, sin importar si se trató de una circunstancia especial del autor. Por esto, lo más deseable desde el punto de vista de la legalidad es tener una perspectiva *ex ante* respecto a los delitos, y particularmente, mejor aún frente a los delitos de peligro. Así, uno analiza toda la causalidad del hecho, y puede determinar si se ha actuado conforme a normas de conducta; esto es, conforme a mandatos y sin infringir reglamentos, y si es así, estaríamos frente a un riesgo jurídicamente aprobado y no habría imputación objetiva del resultado al autor. En cambio, si analizando la causalidad se denota vulneración de mandatos o infracción de prohibiciones, tenemos una imputación objetiva en la conducta del autor por el riesgo jurídicamente desaprobado que generó.

Lo curioso en esta clase de delitos es que, como se dijo, no requieren un resultado.

7 CONTRERAS, Lautaro, "Los delitos de peligro en la legislación chilena", Editorial Alberto Hurtado, Santiago, 2011, pp. 45 y ss.

Por ende, muchos autores dictan que sería imposible una imputación objetiva de la conducta a un resultado inexistente. Sin embargo, la particularidad de este tipo de delitos es que contienen un injusto propio, mismo que se determina por el propio desarrollo de la conducta peligrosa que parte de un riesgo desmesurado y no estimado como correcto por el ordenamiento jurídico, y ése es precisamente el fundamento para sancionarlas sin esperar al resultado lesivo.

Empero, para evitar incurrir en un ejercicio abusivo del Derecho Penal por parte del Estado, es necesario atender a criterios de legitimación Constitucional de la sanción en los delitos de peligro. Dicha legitimación se da en base a la verificación de que el Derecho está acorde al *principio de proporcionalidad*.

El principio de proporcionalidad en materia de delitos de peligro⁸ implica que si se afecta un derecho constitucional en función de proteger a la colectividad de un inminente daño, se debe cumplir previamente con un minucioso examen consistente en cuatro pasos para verificar la legalidad de la pena:

1. Que se persiga un fin legítimo. Implica que aunque en efecto, exista una vulneración constitucional a derechos o libertades, ésta sea legitimada porque el fin que se pretende obtener es en primer lugar acorde a Derecho. Sin embargo, corresponde marcar que es evidentemente necesario efectuar un examen a la calidad del Derecho que legitima dicho fin. Por ejemplo, un régimen absolutista donde se dicta una norma por la cual sólo puede existir el partido oficialista, aunque está acorde a Derecho, no persigue un fin legítimo.
2. El segundo requisito es que la afeción a derechos fundamentales o libertades sea un medio idóneo para alcanzar dicho fin legítimo. Esto implica que la restricción de derechos a la que se somete al colectivo debe promover la consecución del fin legítimo buscado y que debe existir aunque sea una conexión mínima entre la restricción al derecho y el fin buscado de forma legítima.
3. Como tercer punto, para que una afeción a derechos o garantías sea acorde a Derecho, no debe existir un medio menos gravoso e igualmente efectivo para alcanzar el fin legítimo buscado, y
4. La afeción al derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto; es decir, la afeción al derecho fundamental no debe tener una envergadura mayor a la protección del otro derecho existente. Esto

8 AGUADO CORREA, Teresa, "El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal", Ecuador, 1999.

quiere decir que las consecuencias gravosas de la afección al derecho no pueden pesar más que la utilidad que se espera con dicha afección. Por esto, deben ponderarse todos los derechos en juego (independientemente de las concepciones vetustas de que todos los derechos son igualmente importantes, lo cual se demostrará como marcadamente falso), y debe valorarse más la utilidad social de la medida que su afección al derecho en casos individuales.

El último punto es el que mayor controversia puede causar. *¿Cómo decir que hay derechos más importantes que otros?* Pues ciertamente, para afirmar esto, es necesario hacer una ponderación de derechos, cuya medida o modo de aplicación es aún desconocido en Derecho. El problema es que la ponderación de derechos sería un criterio vacío si no existe un denominador común que le permita clasificar dichos derechos. Sin embargo, una solución razonable surge más que del Derecho, de la simple Lógica, y es preguntarse a uno mismo ante un caso de problemas de proporcionalidad en delitos de peligro: *¿Es esta una solución justa a la que las personas estimarían como razonable independientemente de la posición que ocupen en la relación jurídica?* Es decir, por ejemplo, si soy conductor *¿Aceptaría que se me prohíba manejar en estado etílico tal como aceptaría que se le prohíba a los demás hacerlo si estoy yo en calidad de peatón?* Las soluciones no siempre deben surgir de complicados procesos jurídicos. Usualmente, es mucho más útil aplicar el sentido común.

Tras haber analizado los delitos de peligro a profundidad, cabe destacar que éstos pueden ser de dos tipos: delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Los delitos de peligro concreto son aquellos en los que la ley expresamente requiere que el resultado de la acción sea de peligro. Esto quiere decir que debe verificarse una muy probable lesión al bien jurídico protegido. Allí, ese peligro concreto para el bien jurídico es en sí mismo el resultado típico que se sanciona, y serán relevantes las circunstancias conocidas o cognoscibles por el autor del hecho en el momento de su comisión, y si era previsible la causación de un resultado lesivo para el bien jurídico de acuerdo con el saber nomológico. Por otro lado, en los delitos de peligro abstracto, la ley no exige una efectiva situación de peligro para el bien jurídico, sino que el castigo que proponen se funda en el hecho de que aquella situación usualmente representa un peligro. Así, en los delitos de peligro abstracto, la sola peligrosidad de la conducta es la que se sanciona. En esta clase de delitos de peligro, el análisis se realiza *ex ante* en cuanto a la peligrosidad de la conducta, y si *ex post* ese resultado se produce o no, es irrelevante⁹.

9 EBERT, Udo, "Derecho Penal: Parte General", Alemania, 1995.

Así, después de presentar los componentes, antecedentes y requisitos de legitimidad de los delitos de peligro, podemos concluir que no se trata únicamente de figuras impuestas arbitrariamente por el legislador, sino de tipos que persiguen el legítimo fin de prevenir al bien jurídico de un daño; y aunque esto implique una participación anticipada del Derecho Penal, dicha participación se legitima en función del deber de protección de la norma, mismo que autoriza a castigar la sola puesta en peligro de dicho bien jurídico. De esta manera, se denota no sólo una utilidad, sino una auténtica necesidad de contar con esta clase de tipos penales en función de la protección ampliada que proveen. Con esto, no se quiere decir que sea justificado acudir a esta clase de delitos ante una posible lesión a cualquier bien protegido por la norma; sino únicamente ante la presencia de conductas peligrosas para bienes jurídicos trascendentales, tales como la vida, la integridad o la libertad, mismos que en el marco contemporáneo, son precisamente víctimas de ataques por parte de fuentes criminales que se han desarrollado mucho con el pasar de los años, tales como el terrorismo o la criminalidad organizada.

Tras haber revisado los delitos de peligro y sus características en genérico, lo que concierne ahora es el tema de la aplicabilidad de los antes mencionados delitos de peligro. En primer lugar, es menester tocar el punto referente a su existencia en el sistema penal ecuatoriano.

En Ecuador, los delitos de peligro han ganado popularidad en los últimos 20 años. Ya sea gracias a la proliferación del parque automotor en el país, o gracias a la escasa conciencia vial que tenemos tanto peatones como conductores, al desarrollo del crimen organizado, entre otros factores, se ha vuelto necesario adelantar las barreras de protección penal para los bienes jurídicos vida e integridad física que usualmente son los efectivamente lesionados en la consumación de un delito. El caso que debe ser usado como referente acerca de lo dicho es la reciente modificación en la ley que impide circular dentro del perímetro urbano a más de cincuenta kilómetros por hora. Varias voces se han escuchado rechazando la medida, acusándola incluso de "inconstitucional". Empero, en base a lo expuesto, analizaremos aquí el por qué una medida de tal naturaleza no sólo resulta perfectamente legal, sino también increíblemente adecuada para una realidad social como la ecuatoriana.

En primer lugar, debemos decir que para que una norma de conducta (en este caso, manejar hasta a cincuenta kilómetros por hora) sea implantada en desmedro de otros derechos y garantías (el derecho a ir a altas velocidades, a la libertad de circulación, etc.) e incluso se le contemple una norma de sanción que refuerce su vigencia (en este caso, la sanción constituida por la multa o el tiempo de permanencia en la cárcel), vamos a realizar el ejercicio de proporcionalidad que se revisó en líneas anteriores:

1.- Necesidad de la aplicabilidad.- Esto quiere decir que la norma debe verse como necesaria en la realidad actual para que, aunque restrinja otros bienes jurídicos, preserve otros de mayor importancia. En el caso en cuestión, se restringe el derecho a manejar a velocidades elevadas para preservar los bienes jurídicos vida e integridad física, lo cual, a primera vista, se observa como totalmente coherente.

2.- Que la afección a derechos y libertades sea un medio idóneo para alcanzar un fin legítimo.- En el caso que nos corresponde analizar, observamos que la norma de conducta, ante el fracaso de otros medios, como la información y prevención por ejemplo, ha llegado a la actual medida de reducción de velocidad. Quizás en efecto sea una norma incómoda, pero no se observa otro medio para conseguir el mismo fin de reducción de accidentes de tránsito.

3.- Que no exista un medio menos gravoso e igualmente efectivo para obtener el fin deseado.- Es necesario que la restricción de derechos o garantías se vea como necesaria en última instancia para que se justifique su aplicación. En caso de que el fin deseado pueda ser obtenido por otro medio que lesione en forma menor los bienes jurídicos colectivos e individuales, se entenderá como una norma ilegítima a priori. En el caso en cuestión, debemos decir que en el Ecuador las malas costumbres viales se hallan tan arraigadas en el actuar cotidiano de la colectividad, que, como se mencionó en líneas anteriores, simples medidas de prevención no bastan para sustentar la inviolabilidad de dichos bienes jurídicos; por tanto, se necesitó de una medida que si bien atiende al estilo de los delitos de peligro, constituye una medida coercitiva en sentido estricto para impedir vulneraciones a la norma de conducta.

4.- Por último, es necesario verificar una proporcionalidad en sentido estricto.- ¿Alguna persona sufre un daño irreparable por tener que salir más temprano de su hogar para llegar a su destino? ¿Es más importante la vida de peatones y conductores o el estrés que estos últimos tienen por la demora en las vías? Siendo parte de esta sociedad, debo admitir que el problema del tráfico vehicular genera varias consecuencias desagradables para los conductores, como mal humor, demora en los tiempos de llegada a diversos lugares, etc.; pero en todo caso, considero mucho más trascendental proteger la vida e integridad de aquellas personas que día a día salen a las calles a realizar sus actividades, que preservar su derecho a circular libremente o a ir la velocidad que deseen.

Así, tras un examen simple, se verifica que la medida en cuestión es perfectamente legítima. Y aunque tal como a la mayor parte de delitos de peligro, se le considere como una medida innecesaria, abusiva, arbitraria, etc., se reporta teóricamente una utilidad mayor de aplicarla que de no aplicarla. En todo caso,

serán los resultados de siniestros de tránsito del próximo año los que le den la razón o desmientan la utilidad de esta medida.

Al finalizar este estudio, podemos extraer varias conclusiones. En primer lugar, que los delitos de peligro, si bien son una creación legislativa que en ocasiones es usada innecesaria o incluso arbitrariamente, fueron concebidos con un fin excelso, que es prevenir de una lesión a los bienes jurídicos protegidos y atacar a la conducta criminal en un estadio anticipado. En segundo lugar, que el mayor o menor peligro que importa una conducta es lo que justifica, asimismo, que el Derecho Penal otorgue una mayor o menor sanción. Luego, es también posible concluir que aplicar tipos de peligro contrarresta en cierta forma la sensación de temor e inseguridad de la ciudadanía por cuanto no se espera a que el o los bienes jurídicos de la persona hayan sido vulnerados efectivamente. Y además, también se extrae que los delitos de peligro no pueden ni deben ser aplicados indiscriminadamente, sino que existe un riguroso proceso para determinar la legalidad de su aplicación dependiendo del caso. En resumidas cuentas, lo que más debe importar, es que tras enriquecer nuestro conocimiento en este tipo de delitos, nuestro juicio acerca de las medidas sancionadoras para conductas como el manejo a altas velocidades o en estado etílico, aunque no lleguen a producir un daño efectivo, será más objetivo, ya que se ha comprendido que los delitos de peligro tienen un fundamento concreto y su fin preventivo evita que en el futuro inmediato o mediato, el bien jurídico protegido se vea afectado; y esa precisamente es su carga de injusto, misma que se percibe como legítima o ilegítima tras un minucioso examen y no en forma arbitraria.

Bibliografía:

EBERT, Udo, "Derecho Penal: Parte General", Alemania, 1995.

AGUADO CORREA, Teresa, "El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal", Ecuador, 1999.

CONTRERAS, Lautaro, "Los delitos de peligro en la legislación chilena", Editorial Alberto Hurtado, Santiago, 2011.

Código Penal Ecuatoriano, Partes general y especial.

SILVA SILVA, Hernán, "El delito de manejar en estado de ebriedad", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, "Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal", Editorial Porrúa, 1977.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, "Delitos de peligro, dolo e imprudencia", Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004.

El Delito Informático en el Ecuador

“Una Nueva Tendencia Criminal del Siglo XXI” su Evolución, Punibilidad y Proceso Penal

Alexander Cuenca Espinosa¹

1. Preliminar

De los casos suscitados en Ecuador en cuanto a Delitos Informáticos, de Enero a Diciembre del 2010, se recibieron más de 866 denuncias en diferentes fiscalías del país por delitos tradicionales cometidos por y con mecanismos informáticos, de las cuales 697 fueron apropiación ilícita, 86 denuncias propiamente de delito informático como vulneración a páginas de servicio público, 82 a páginas de servicio privado y 1 por estafa utilizando medios informáticos.² Cabe señalar que

- 1 Estudiante de último año de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Mediador Certificado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Investigador en Informática Forense por RED-LIF. Certified Ethical Hacker por EC-Council USA. CEO y Fundador LEXTECH CORPORATION Ecuador. Cyber Crime Researcher. Miembro de la Red Iberoamericana de Derecho Informático. Miembro de la Red Latinoamericana de Informática Forense. Miembro de CriptoRed de la Universidad Politécnica de Madrid. Representante por Ecuador del proyecto mundial “Net Against Cyberfraud” propuesto por la Universidad de Castilla-La Mancha en España. Co-fundador de la Comunidad “Free Security Ecuador”. Miembro de la Comisión Académica de la Asociación Escuela de Derecho 2011. Miembro de Directorio de la Asociación Escuela de Derecho 2012. Ex Investigador Forense y Judicial del Departamento Nacional de Investigaciones de la Fiscalía General del Estado de Ecuador. Coordinador del 1er Taller de Litigación Oral Penal avalado por el Colegio de Abogados de EE-UU (American Bar Association). Organizador de varios eventos académicos. Cursos Especializados: Curso de Diplomado “International Law and Protection Rights”, University for Peace, San José - Costa Rica (Candidato); Curso de Derecho Penal en la Especialización “Delitos Informáticos”, Instituto de Altos Estudios Universitarios / Universidad de Granada-España; Course of International Finance, Stanford University, USA; Course of Computer Science, Harvard University, USA. Ponente en varias conferencias en cuanto a Seguridad Informática, Derecho Informático y Cibercrimen. Ponente invitado para las conferencias sobre Derecho y Nuevas Tecnologías (Marzo/2013) en la Universidad de Salamanca-España. Autor de escritos académicos e investigaciones en cuanto a Delitos Informáticos a nivel nacional e internacional. Autor de libro: El Delito Informático en el Ecuador. Contacto.- E-mail: manager@lextechcorp.com / Twitter: Abg_AlexanderCE
- 2 ABOGADOS EC, <http://www.abogados.ec/2011/02/estadisticas-2010-delitos-informaticos-en-ecuador/>

de acuerdo con un estudio realizado por GMS y Kaspersky, los delitos informáticos en Ecuador crecieron en un 360% en 2010, en comparación con 2009, dejando una pérdida aproximada de un millón de dólares. Estas estadísticas guardan relación con los reportes de la Fiscalía General del Estado, que indican que solo en los tres primeros meses del año 2011 se han denunciado 1.308 delitos informáticos. Entre enero y diciembre del 2011, **esta cifra se incrementó considerablemente**, llegándose a recibir 3.662 denuncias de este tipo de delitos.³

2. Planteamiento del problema

El problema de los llamados Delitos Informáticos se suscita con la aparición de la tecnología y con las nuevas formas de delinquir, es así que, con la evolución de la tecnología, a la par ha habido una línea cronológica de continuos nuevos “modus operandi” en la era digital que han culminado con una variedad de delitos, en este caso informáticos.

Uno de los grandes problemas que surgen en torno a los Delitos Informáticos es saber si el legislador tiene el conocimiento adecuado para tipificar éstos y si existen las herramientas y/o actualizaciones necesarias para que los jueces puedan juzgar este tipo de ilícitos, siendo la respuesta NO. Vemos que en caso de tipificar y juzgar este tipo de ilícitos quedan en la total ineficacia, ya que no contamos con profesionales a fines a estos temas que puedan, de manera proba y garantizada, hacer punible y efectiva la justicia en estos actos antijurídicos.

3. Definición de Delito Informático

Aunque no hay una definición específica acerca de “Delito Informático”, varios tratadistas y doctrinarios en el tema han hecho el esfuerzo por dilucidar un concepto claro y conciso respecto a este ilícito de la nueva era. Es así que entre los más conocidos tenemos las siguientes definiciones:

Nidia Callegarzi define al “delito Informático” como “*aquel que se da con la ayuda de la informática o de técnicas anexas*”. El Departamento de Investigación de la Universidad de México, señala como delitos informáticos “*todas aquellas conductas ilícitas susceptibles de ser sancionadas por el derecho penal, que hacen uso indebido de cualquier medio Informático*”. El italiano Carlos Sarzana, define el Delito Informático como “*cualquier comportamiento criminógeno en que la computadora está involucrada como material, objeto o mero símbolo*”. María de la Luz Lima dice que el “delito electrónico” “*en un sentido amplio es cualquier conducta*

3 DIARIO LA HORA, <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101278706#.UKI6DYZMfto>

criminógena o criminal que en su realización hace uso de la tecnología electrónica ya sea como método, medio o fin y que, en un sentido estricto, el Delito Informático, es cualquier acto ilícito penal en el que las computadoras, sus técnicas y funciones desempeñan un papel ya sea como método, medio o fin".⁴

Después de revisar varias definiciones de algunos autores, he seleccionado la provista por el Profesor chileno **Renato Jijena Leiva**, quien menciona en su obra "Chile, La protección penal a la Intimidad y el Delito Informático", que el delito informático es "... *toda acción típica, antijurídica y culpable, para cuya consumación se usa la tecnología computacional o se afecta a la información contenida en un sistema de tratamiento automatizado de la misma*".⁵

A definición personal "el delito informático es toda actividad en la cual se utilizan medios computacionales, telemáticos o electrónicos para el cometimiento de un delito; delitos que constituyen nuevas formas penales que incluyen como elementos primogénitos al internet como instrumento abstracto y a la computadora como instrumento físico"⁶. El delito informático en sus diferentes tipos es un delito susceptible de ser sancionado por el código penal, siempre y cuando la figura antijurídica se encuentre configurada en el tipo y establecida en un cuerpo normativo. El delito informático dependiendo su resultado deberá tener un alto índice de reprochabilidad para la no reincidencia del mismo.⁷

4. Evolución del Delito Informático en Ecuador y el mundo

El constante progreso tecnológico que experimenta la sociedad, supone una evolución en las formas de delinquir, dando lugar, tanto a la diversificación de los delitos tradicionales como a la aparición de nuevos ilícitos. Esta realidad ha originado los llamados DELITOS INFORMÁTICOS.⁸

Es así que, más allá de los delitos tradicionales, se han configurado nuevas formas penales que incluyen como elementos primogénitos al internet (como instrumento abstracto) y a la computadora (como instrumento físico).

Cabe señalar que desde el año 2009 en el Ecuador ya se puso en discusión el tema de imponer penas a los delitos informáticos. Estas penas que se impondrían fueron

4 CONDE O'DONNELL, Hugo; <http://dmi.uib.es/~dmiamp/TEGP/Tema%202/Delito%20informatico%20I%20pres.pdf>; Argentina; 2009

5 LEIVA JIJENA, Renato; "CHILE, LA PROTECCIÓN PENAL DE LA INTIMIDAD Y EL DELITO INFORMÁTICO", Editorial Andrés Bello; CHILE 1992, p. 225

6 El autor

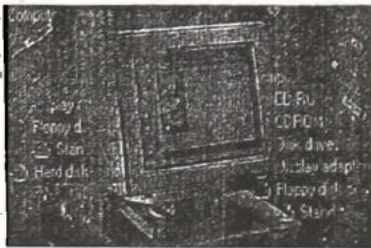
7 Ídem

8 DELITOS INFORMÁTICOS INFO, http://delitosinformaticos.info/delitos_informaticos/definicion.html

ya discutidas en el proyecto para la creación de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, ley que un principio tuvo sus falencias por el desconocimiento de la materia, es decir, por el desconocimiento por parte de profesionales en cuanto a delitos informáticos, ya que como es obvio era una tendencia criminal que iniciaba en el país y de la cual se habían reportado pocos casos.

Como antecedente, los primeros tipos penales informáticos que se incluyeron en la legislación ecuatoriana en el año 2002, en la promulgación de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos⁹, fueron artículos posteriormente incluidos en el Código Penal. El boom que consiguió que de forma apresurada se concluyera con el proyecto de dicha ley para su posterior publicación, fue por uno de los primeros ataques a un website en el país, a través de la técnica del Defacing¹⁰, el ataque a la página del Municipio de Quito en el año 2001¹¹. Vale recordar también que el primer delito informático que se cometió en el Ecuador fue en el año 1996, en un caso conocido, que fue denunciado pero que nunca obtuvo sentencia: el redondeo de cantidades que se efectuaba en las planillas realizadas por el antiguo EMETEL, caso en el cual se desconocía a donde se dirigían estas cantidades (que muchas veces eran demasiado pequeñas para que cause discusión), pero que juntadas, formaban un monto de dinero muy apreciable. Para este tipo de delito informático se utilizó la técnica del Salami o Rounding Down.¹²

Página WEB del Municipio destruida por 'crackers'



EL MUNICIPIO de Quito denunció que la página web (www.ajq.gov.ec) (se atacó la noche del 5 y 6 del presente mes por personas desconocidas pero hábiles en informática.

Al parecer, cibercriminales "crackers" (especialistas en romper seguros de la red y destruir toda la información de un programa) lograron ingresar en el sistema y sacar con toda la información allí colocada durante mucho tiempo.

En lugar de la página web apareció un ppt. Inmediatamente, los técnicos evaluaron el tiempo y indicaron que pronto restaurar el servicio.

Los técnicos del Municipio explicaron que las personas que atacaron la página lo hicieron a través de los enlaces de internet a la computadora central de la Alcaldía y borrar el contenido.

Los técnicos que quisieron hacer di-

gnosticamente, fueron provecho personal o impiden que se difunda la información".

UN CONTENIDO VALIOSO SE HA PERDIDO

LA PÁGINA web muestra información sobre Quito, sus atractivos turísticos, servicios, además, la ciudadanía podrá consultar el valor del impuesto predial. Mediante este canal también la ciudadanía puede solicitar citas y servicios relacionados al alcalde. Págo Municipal.

En 48 horas restaurar serv-

13

- 9 Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, R.O. Suplemento 557 de 17-ABR-2002
- 10 "Defacing" del español "Desconfigurar", técnica del hacking que consiste en modificar todo o parte del index es decir la página principal de un sitio web, en dicha modificación o desconfiguración se incluye un logo, mensaje, slogan y contacto del cibercriminal que comete el ilícito.
- 11 Fuente: Diario Hoy, año 2001 "Hackean página del Municipio de Quito"
- 12 La técnica del "Salami" es una forma de delito automatizado que consiste en el robo de pequeñas cantidades de activos de un gran número de fuentes, de allí su nombre ya que el método equivale al hecho de tomar rebanadas muy delgadas como un trozo de SALAMI sin reducir significativamente el trozo total, por lo que las víctimas de este tipo de delito no se dan cuenta que están siendo objeto de un robo, o las diferencias que perciben en sus balances (de nóminas, cuentas corrientes, inventarios, etc.) son tan pequeñas que no consideran que vale la pena reclamarlas. (Fuente: <http://dmi.uib.es>)
- 13 DIARIO HOY, Archivo Histórico; Página web del Municipio de Quito destruida por "crackers"; 6-XII-2001; N.I.

En cuanto a la evolución del delito informático en el caso concreto ecuatoriano, encontramos estos nuevos delitos realizados a través de medios y plataformas electrónicas:

- Delitos Bancarios en el E-Banking (estafa bancaria y el desvío de dinero)
- Acoso Escolar electrónico o cyber bullying (maltrato psicológico y verbal mediante plataformas electrónicas)
- Grooming o Acoso Sexual (a menores por internet)
- Chantaje informático (a una persona adulta o infante que parte del bullying y grooming)
- Sabotaje informático (dañar medios informáticos con un fin determinado)
- Terrorismo informático (medios electrónicos por pulsaciones para activar instrumentos electromagnéticos)
- Narcotráfico (captar mulas a través del internet para lavado de dinero)
- Trata de blancas (engañar mujeres con fines sexuales a través de redes sociales y plataformas virtuales como chats)
- Pornografía infantil (para intercambio de material pornográfico de menores de edad, en Ecuador el caso más conocido es Gigatribe)
- Espionaje informático (filtración de información pública como Wikileaks)
- Infiltración electrónica
- Piratería Informática (Legalización de esta a través del SRI, caso tiendas de material cinematográfico pirata)
- Usurpación de claves (Keylogging, Phishing a través de spam, scams e ingeniería social)
- Violación de correo electrónico
- Robo de Identidad (alto costo en el mercado negro, lo más común información de Hotmail y Facebook, oscila entre 300 a 600USD)
- Seguridad en Sistemas biométricos (huellas dactilares o contra respuestas al sistema biométrico instalado)
- Falsificación de documentos electrónicos
- Falsificación de firma electrónica (certificados electrónicos provenientes de estas)

- Planeación o simulación de delitos convencionales
- Apropiación indebida (rooteo de servidores es un tipo de hurto)
- Clonación de tarjetas de crédito (a través de skimmers)
- Delitos tributarios (falsificación electrónica de asientos contables)

5. Delitos Informáticos tipificados en la legislación ecuatoriana

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos más conocida como Ley 67, publicada en el R.O. / Sup.557 del 17 de Abril del 2002 tuvo un avance muy importante en el sentido de incluir figuras penales que hagan punibles los ilícitos informáticos con lo cual, junto al Código Penal, integran normas creadas para la Sociedad de la Información.

Dentro de estas normas promulgadas en la Ley 67 posteriormente incluidas al Código Penal, constan los siguientes ilícitos informáticos:

- Art.57 LCEFEMD: **Infracciones informáticas.**- Se considerarán infracciones informáticas, las de carácter administrativo y las que se tipifican, mediante reformas al Código Penal, en la presente ley.
- Art.58 LCEFEMD, Conc. Art.202.1 CP: **Contra la Información Protegida.**- El que empleando cualquier medio electrónico, informático o afín, violentare claves o sistemas de seguridad, para acceder u obtener información protegida, contenida en sistemas de información; para vulnerar el secreto, confidencialidad y reserva, o simplemente vulnerar la seguridad, será reprimido con prisión de seis meses a un año y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Si la información obtenida se refiere a seguridad nacional, o a secretos comerciales o industriales, la pena será de uno a tres años de prisión y multa de mil a mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

La divulgación o la utilización fraudulenta de la información protegida, así como de los secretos comerciales o industriales, será sancionada con pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años y multa de dos mil a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Si la divulgación o la utilización fraudulenta se realiza por parte de la persona o personas encargadas de la custodia o utilización legítima de la información, éstas serán sancionadas con pena de reclusión menor de seis a nueve años y multa de dos mil a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

- Art.58 últ.inc LCEFEMD, Conc. Art.202.2 CP: **Obtención y utilización no autorizada de información.**- La persona o personas que obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares, serán sancionadas con pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.
- Art.59 LCEFEMD, Conc. Art.262 CP: **Destrucción Maliciosa de Documentos.**- Serán reprimidos con tres a seis años de reclusión menor, todo empleado público y toda persona encargada de un servicio público, que hubiere maliciosa y fraudulentamente, destruido o suprimido documentos, títulos, programas, datos, bases de datos, información o cualquier mensaje de datos contenido en un sistema de información o red electrónica, de que fueren depositarios, en su calidad de tales, o que les hubieren sido encomendados sin razón de su cargo.
- Art.60 LCEFEMD, Conc. Art.353.1 CP: **Falsificación electrónica.**- Son reos de falsificación electrónica la persona o personas que con ánimo de lucro o bien para causar un perjuicio a un tercero, utilizando cualquier medio; alteren o modifiquen mensajes de datos, o la información incluida en éstos, que se encuentre contenida en cualquier soporte material, sistema de información o telemático, ya sea:
 - 1.- Alterando un mensaje de datos en alguno de sus elementos o requisitos de carácter formal o esencial;
 - 2.- Simulando un mensaje de datos en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad;
 - 3.- Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en el acto, declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.

El delito de falsificación electrónica será sancionado de acuerdo a lo dispuesto en este Capítulo.
- Art.61 LCEFEMD, Conc. Art.415.1 CP: **Daños informáticos.**- El que dolosamente, de cualquier modo o utilizando cualquier método, destruya, altere, inutilice, suprima o dañe, de forma temporal o definitiva, los programas, datos, bases de datos, información o cualquier mensaje de datos contenido en un sistema de información o red electrónica, será reprimido con prisión de seis meses a tres años y multa de sesenta a ciento cincuenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

La pena de prisión será de tres a cinco años y multa de doscientos a seiscientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, cuando se trate de programas, datos, bases de datos, información o cualquier mensaje de datos contenido en un sistema de información o red electrónica, destinada a prestar un servicio público o vinculado con la defensa nacional.

- Art.61 últ.inc LCEFEMD, Conc. Art.415.1 CP: **Destrucción de instalaciones para transmisión de datos.**- Si no se tratare de un delito mayor, la destrucción, alteración o inutilización de la infraestructura o instalaciones físicas necesarias para la transmisión, recepción o procesamiento de mensajes de datos, será reprimida con prisión de ocho meses a cuatro años y multa de doscientos a seiscientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.
- Art.62 LCEFEMD, Conc. Art.553.1 CP: **Apropiación ilícita.**- Serán reprimidos con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, los que utilizaren fraudulentamente sistemas de información o redes electrónicas, para facilitar la apropiación de un bien ajeno, o los que procuren la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos de una persona, en perjuicio de ésta o de un tercero, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas informáticos, sistemas informáticos, telemáticos o mensajes de datos.
- Art.62 últ.inc LCEFEMD, Conc. Art.553.2 CP: **Pena.**- La pena de prisión de uno a cinco años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si el delito se hubiere cometido empleando los siguientes medios:
 1. Inutilización de sistemas de alarma o guarda;
 2. Descubrimiento o descifrado de claves secretas o encriptadas;
 3. Utilización de tarjetas magnéticas o perforadas;
 4. Utilización de controles o instrumentos de apertura a distancia; y,
 5. Violación de seguridades electrónicas, informáticas u otras semejantes.
- Art.63 LCEFEMD, Conc. Art.563 inc.2 CP: **Estafa.** - Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que cometiere el delito utilizando medios electrónicos o telemáticos.

- Art.64 LCEFEMD, Conc. Art.606.20 CP: **Violación Derecho a la Intimidad.**- Los que violaren el derecho a la intimidad, en los términos establecidos en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

6. Delitos informáticos y comentarios dentro del borrador del Código Orgánico Integral de Garantías Penales

En la nueva reforma del Código Penal actual prevista para diciembre del 2012, tenemos nuevos ilícitos entre los cuales figuran los informáticos, estos ilícitos han sido tipificados y adecuados al tipo, ya que, recientemente ha ido aumentando la diversificación de estos delitos así como sus modus operandi, dejando a la víctima en un estado de indefensión por no encontrarse un delito establecido en la ley, y más allá por no facilitar los mecanismos para la pronta reparación del agravio. Si bien una persona se encuentra perjudicada lo que busca es justicia, pero una justicia expedita, mas no tardía. Es así que a continuación citaré algunos de los artículos en materia penal que se integran a la reforma ya citada para hacer punible un ilícito de este tipo.

Tipos penales que se adecúan al delito informático:

- **Artículo 85.- Trata de personas.**- Comete trata de personas quien participe antes, durante o después de una o más de las siguientes acciones: captar, custodiar, trasladar, acoger, recibir, entregar personas con fines de explotación, recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o *cualquier forma de fraude*.¹⁴
- **Artículo 91.- Comercio de órganos.**- La persona que sin cumplir con los requisitos legales, realice actos de simulación jurídica que tenga por objeto la intermediación onerosa, o *negocie por cualquier medio*¹⁵, obtenga, posea, almacene, traslade órganos, tejidos, fluidos, células, componentes anatómicos o sustancias corporales será sancionada con pena privativa de libertad de catorce a dieciséis años.
 - Si las actividades referidas en el inciso anterior se realizan con órganos, tejidos, fluidos, células, sustancias corporales o

14 En redes sociales especialmente Facebook existen redes organizadas que se dedican a engañar mujeres con el propósito de trata de blancas en diferentes países.

15 En la actualidad se da el tráfico de órganos a través de internet; lo más común es realizado por mafias o bandas dedicadas a esto en el viejo continente especialmente en Holanda, España y Alemania.

cualquier material anatómico que provenga de personas vivas, la pena privativa de libertad será de dieciséis a diecinueve años.

- Si la infracción se ha cometido en personas de grupos de atención prioritaria, se sancionará con pena privativa de la libertad de diecinueve a veinticinco años.
 - Si la persona que realiza la infracción es un profesional de la salud, a más de las penas señaladas en este artículo quedará inhabilitado en forma permanente para el ejercicio de su profesión o actividad.
- **Artículo 96.- Pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes.-** La persona que utilice, niñas, niños o adolescentes para fotografiar, filmar, grabar, producir, divulgar, ofrecer, vender, comprar, poseer, portar, almacenar, transmitir¹⁶ o exhibir, *por cualquier medio*¹⁷, para uso personal o intercambio, representaciones reales o simuladas de su imagen o voz en actividad sexual o eróticas, reales o simuladas, explícitas e implícitas o la representación de sus genitales con fines sexuales será sancionada con pena privativa de libertad de once a catorce años.
- La misma pena se aplicará a quien, en las condiciones indicadas en el inciso anterior, promueva, financie, fabrique, reproduzca, publique, importe, exporte, difunda, o distribuya material pornográfico para fines de explotación sexual, *por cualquier medio sea directo, mecánico, digital, audio visual, o con soporte informático, electrónico o de otro tipo*.
 - Si la víctima además de las circunstancias descritas en el primer inciso, sufre de algún tipo de discapacidad o una enfermedad grave o incurable, se sancionará con pena privativa de libertad de dieciséis a veinticinco años.
 - Cuando la o el infractor sea el padre, madre, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutores, representantes legales, curadores, personas del entorno íntimo de la familia, ministros de culto, profesores, maestros o personas que por su profesión o actividad haya abusado de la víctima, será sancionado con pena privativa de libertad de dieciséis a veinticinco años.

16 La transmisión, divulgación y envío de estos se comete a diario, entre los casos conocidos en Ecuador tenemos a GIGATRIBE, en donde una red de pedófilos mantenía en internet alojados más de 200GB de pornografía infantil.

17 Revisar documental "Pederastas en la Red" – Canal Cuatro, España

- **Artículo 148.- Tortura.-** La persona que por cualquier medio, inflija intencionadamente a otra persona, grave dolor o sufrimiento, ya sea de naturaleza física o psíquica; o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aun cuando no causen dolor o sufrimiento físico o psíquico; con cualquier finalidad en ambos supuestos, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que incurra en alguna de las siguientes circunstancias será sancionada con pena privativa de libertad de siete a nueve años:

- Aproveche cualquier *grado de conocimiento técnico*¹⁸ para aumentar el dolor de la víctima.
 - Se cometa por parte de una persona que es funcionaria o servidora pública, o por un particular que actúe bajo sus órdenes, o con la aquiescencia de aquel.
 - Se cometa en persona con discapacidad, menor de dieciocho años, mayor de sesenta y cinco años o mujer embarazada.
 - La o el servidor público que tenga competencia para evitar la comisión de la infracción de tortura y omita hacerlo será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.
- **Artículo 159.- Atentados sexuales a menores de dieciocho años a través de medios electrónicos.-** La persona que a través de *medio electrónico o telemático* seduzca o intente seducir con fines de connotación sexual a una persona menor de dieciocho años de edad o proponga concertar un encuentro con la misma a fin de cometer cualquiera de las infracciones previstas en este capítulo, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, sin perjuicio de las penas correspondientes a las infracciones en su caso cometidas. Se impondrá el máximo de la pena cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción o intimidación.

18 Si se lo comete a través de plataformas electrónicas se suscita el Cyberbullying más conocido como "Ciberacoso", el mismo que según R.B.Stalken consiste en causar angustia emocional, preocupación, y tiene como propósito legítimo la comunicación por vías electrónicas. El Ciberacoso puede ser tan simple como continuar mandando e-mails a alguien que ha dicho que no quiere permanecer en contacto con el remitente. El Ciberacoso puede también incluir amenazas, connotaciones sexuales, etiquetas peyorativas (p.ej., discurso del odio). Se ha comentado muchas veces que del Cyberbullying deriva a un "Grooming" o "Acoso Sexual Electrónico" que a su vez recae en el resultado del llamado "Chantaje Electrónico", propiamente por un fin pecuniario.

La persona que utilice o facilite el correo tradicional, medios electrónicos o telemáticos o cualquier otro medio de comunicación para ofrecer servicios sexuales con menores de dieciocho años de edad será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

- **Artículo 166.- Incitación al odio.-** La persona que públicamente por *cualquier medio incite al odio*, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.¹⁹
- **Artículo 169.- Violación de la intimidad.-** Será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años, la persona que realice alguna de las siguientes conductas:
 - Capte o grabe sin consentimiento palabras de otra no emitidas públicamente, mediante cualquier tipo de instrumentos, *procesos técnicos u otros medios*.²⁰
 - Capte o grabe sin consentimiento imágenes de otra persona, mediante cualquier tipo de *instrumentos, procesos técnicos u otros medios*.²¹
 - Capte o grabe las *comunicaciones telemáticas* de otra sin su consentimiento.
 - Acceda a la información contenida en *soportes informáticos* de otra, sin su consentimiento.²²
 - Si las conductas descritas en los números anteriores se cometen por una persona en ejercicio de un servicio o función pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

19 Dentro del contexto de "Odio", en el acontecer diario se han suscitado casos donde se han hecho manifestaciones raciales y peyorativas en contra de ciertos grupos, en el caso concreto, entre los hechos realizados por internet tenemos el de las manifestaciones "neo-nazis" en contra de sus diferentes.

20 El típico caso es el Keylogger, éste es un programa instalado discretamente en la PC de la víctima que capta todas sus pulsaciones electrónicas entre estas capta la claves de cuentas bancarias, cuentas de e-mail, datos e información privada, además captura cada cierto tiempo tomas de pantalla de lo que se está haciendo en la PC.

21 Keylogger (revisar para más información)

22 Robo de información en cuentas de e-mail y bancarias.

- La divulgación de las palabras, imágenes, conversaciones, **telecomunicaciones**, informaciones o grabaciones que no sean de conocimiento público, obtenidas mediante cualquiera de las conductas descritas en los números anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.²³
- No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y video en las que interviene única y personalmente.
- **Artículo 170.- Violación de comunicación privada.-** La persona que acceda, intervenga o retenga sin autorización judicial o de su titular, **cualquier tipo de comunicación privada** no destinada a ella, será sancionada con pena privativa de libertad seis meses a dos años.

La divulgación del contenido de la comunicación privada, obtenida mediante cualquiera de las conductas descritas en el inciso anterior, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La servidora o servidor militar o policial que, sin la debida autorización legal, intercepte, examine, retenga, grabe o difunda correspondencia o comunicaciones privadas o reservadas de cualquier tipo y **por cualquier medio**, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

- **Artículo 175.- Difamación.-** La divulgación, **por cualquier medio de comunicación social** u otro de carácter público, excepto la autorizada por la ley, de los nombres y apellidos de los deudores ya sea para requerirles el pago o ya empleando cualquier forma que indique que la persona nombrada tiene aquella calidad, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.
- **Artículo 180.- Extorsión virtual.-** La persona que tenga información suficiente de otra, de su actividad profesional, laboral, social o familiar, que extorsione a los miembros de su familia o personas allegadas, para obtener un beneficio personal o económico, mediante engaños de un supuesto plagio, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.
- **Artículo 180.- Estafa.-** La persona que para obtener un beneficio patrimonial antijurídico, para sí mismo o para un tercero, mediante la

²³ En la mayoría de casos esta información de carácter delicada porque no es de libre circulación en la red, es publicada por ciberdelincuentes que han penetrado sitios web o e-mails a través de una web de publicación de información llamada PASTEBIN (www.pastebin.com).

simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, para que realice un acto patrimonial que perjudique su patrimonio o el de un tercero, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a cinco años. Igual pena tendrá la persona que:

1. *Defraude mediante el uso de tarjeta de crédito, débito o compra, cuando ella hubiere sido alterada, clonada, duplicada, hurtada, robada u obtenida sin legítimo consentimiento de su propietario.*
 2. Entregue en calidad de administradora o administrador, apoderada o apoderado, corredora o corredor de una bolsa de valores, o agente de valores, certificación falsa sobre las operaciones o inversiones que se realicen en ella.
 3. Induzca a la compra o venta pública de valores por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento.
 4. Efectúe cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor, sea que las transacciones se lleven a cabo en el mercado de valores o a través de negociaciones privadas.
 5. La persona que perjudique a más de dos personas, o si el monto del perjuicio es igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.
 6. La estafa cometida a través de una institución del Sistema Financiero Nacional o se utilicen fondos públicos o de la Seguridad Social será sancionada con pena privativa de libertad de siete a nueve años.
- **Artículo 184.- Aprovechamiento ilícito de servicios públicos.-** La persona que, de manera ilícita, *mediante cualquier mecanismo clandestino o alterando los sistemas de control* o aparatos contadores, se aproveche de los servicios públicos de energía eléctrica²⁴, agua, derivados de hidrocarburos, gas natural, gas licuado de petróleo o señal de telecomunicaciones y otros para provecho personal o de terceros, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

24 Existe el caso de un hacker chileno llamado ux0r0b0r quien penetró el sitio de la Empresa Eléctrica Quito, ingresando al sistema en donde se controla toda la conexión eléctrica de Quito desde el internet. Pueden ver el vídeo del ataque en: www.segu-info.org

Igual pena recibirá la servidora o servidor público que permita o facilite la comisión de la infracción u omite efectuar la denuncia de la comisión de la infracción.

La persona que ofrezca, preste o comercialice servicios públicos de luz eléctrica, telecomunicaciones o agua potable sin estar legalmente facultados, mediante concesión, autorización, licencia, permiso, convenios, registros o cualquier otra forma de la contratación administrativa, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

- **Artículo 186.- Apropiación fraudulenta por medios electrónicos.-** La persona que *utilice fraudulentamente un sistema informático o redes electrónicas* y de telecomunicaciones, para facilitar la apropiación de un bien ajeno, o la persona que procure la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos en perjuicio de ésta o de un tercero, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas, sistemas informáticos, telemáticos y equipos terminales de telecomunicaciones, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La misma sanción se impondrá si la infracción se hubiese cometido con inutilización de sistemas de alarma o guarda; descubrimiento o descifrado de claves secretas o encriptadas; utilización de tarjetas magnéticas o perforadas; utilización de controles o instrumentos de apertura a distancia; o, violación de seguridades electrónicas, informáticas u otras semejantes.

La persona que altere los números de serie físicos y electrónicos que identifican un equipo terminal de telefonía móvil, o esté en tenencia de infraestructura para el efecto; que active y comercialice estos equipos robados o hurtados; será reprimida con la misma penas. Sin perjuicio de las sanciones administrativas y adopción de medidas cautelares conforme a la Ley Especial de Telecomunicaciones.

- **Artículo 206.- Violación de derechos conexos de autor.-** La persona que en violación de los derechos de autor o derechos conexos:
 - Reproduzca un número mayor de ejemplares de una obra que el autorizado por el titular.
 - Introduzca al país, almacene, ofrezca en venta, venda, arriende o de cualquier otra manera ponga en circulación o a disposición de terceros reproducciones de obras en número que exceda del número autorizado por el titular.

- Retransmita por cualquier medio la emisiones de los organismos de radiodifusión.
 - Introduzca al país, almacene, ofrezca en venta, venda, arriende o de cualquier otra manera ponga en circulación o a disposición de terceros aparatos u otros medios destinados a descifrar o decodificar las señales codificadas o de cualquier otra manera burlar o quebrantar los medios técnicos de protección aplicados por el titular del derecho.
 - Será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años y multa de tres a treinta salarios básicos unificados del trabajador en general.
 - Incurrir en este delito, también, la persona que a través de cualquier medio copie, clone o comercialice información contenida en las bandas magnéticas o en general información contenida o soportada en las tarjetas de crédito, débito, pago o similares.²⁵
- **Artículo 208.- Supresión, alteración o suposición de la identidad y estado civil.-** La persona que impida, altere, añada o suprima la inscripción de los datos de identidad en *programas informáticos*, partidas, tarjetas índices, cédulas y cualquier otro documento emitido por la Dirección General de Registro Civil, Identificación y de Cedulación o sus dependencias, de sí o de otra persona; inscriba en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y de Cedulación a una persona que no es su hijo como propio o que no existe; o que mediante la utilización de fuerza física o psicológica o viciando el consentimiento, obligue a otra a contraer matrimonio consigo o con tercera persona, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La persona que altere la identidad de una niña o niño; la sustituyere por otra; suponga un embarazo o parto; entregue o consigne datos falsos o supuestos sobre un nacimiento; usurpare la legítima paternidad o maternidad de una niña o niño; o, declarare falsamente el fallecimiento de un recién nacido, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

- **Artículo 209.- Suplantación de identidad.-** La persona que de *cualquier forma* suplante la identidad a otra persona, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

²⁵ Se adecúa a la figura de delito informático llamada CARDING, que consiste en la falsificación y duplicación de las bandas de las tarjetas de crédito y débito. En el Ecuador el número de casos por estos delitos sobrepasa los 500.

- **Artículo 228.- Revelación ilegal de base de datos.-** La persona que revele información registrada en un banco de datos cuyo secreto esté obligado a preservar por disposición de una ley, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si esta conducta se comete por parte de una persona en ejercicio de un servicio o función pública, empleados bancarios internos o contratistas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

- **Artículo 229.- Daño informático.-** La persona que acceda, interfiera, interrumpa, modifique, altere, suprima, intercepte o desvíe ilícitamente sistemas informáticos o telemáticos, imagen, dato, mensaje o emisiones electromagnéticas proveniente de un sistema informático que los transporte, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.
- **Artículo 230.- Obtención de información.-** La persona que copie, clone, modifique, desarrolle, trafique, comercialice, ejecute, programe o imite una página electrónica, enlaces o ventanas emergentes, con la finalidad de obtener la información ahí registrada o disponible, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a nueve años.

En la misma sanción incurrirá la persona que modifique el sistema de resolución de nombres de dominio, de tal manera que haga entrar al usuario a una dirección o sitio de internet diferente a la que quiere acceder, ya sea a su banco o a otro sitio personal o de confianza.

- **Artículo 231.- Modificación de programas.-** La persona que altere, manipule o modifique el funcionamiento de un programa o sistema informático o telemático, o un mensaje de datos para procurarse la transferencia o apropiación no consentida de un activo patrimonial de otra persona en perjuicio de ésta o de un tercero, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años y multa de veinte a treinta salarios básicos unificados del trabajador en general.

Con igual pena serán sancionadas cuando obtengan mediante engaños, información, datos o claves personales o secretas para acceder a sistemas informáticos o telemáticos.

- **Artículo 232.- Inutilización de programas.-** La persona que, destruya, impida u obstaculice el funcionamiento o el acceso normal, inutilice, suprima o dañe, de forma temporal o definitiva, los programas, datos, bases de datos, redes, enlaces de comunicaciones, información o cualquier

mensaje de datos contenidos en un sistema de información o telemático, red electrónica o sus componentes lógicos, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Con igual pena serán sancionadas las personas que:

- Produzcan, trafiquen, adquieran, envíen, introduzcan, vendan o distribuyan de cualquier manera, software malicioso o programas destinados a causar los efectos señalados en el primer inciso de este artículo; o,
 - Destruyan o alteren sin la autorización de su titular, la infraestructura o instalaciones físicas necesarias para la transmisión, recepción o procesamiento de información en general.
 - La pena será de cinco a siete años de privación de la libertad si la infracción se comete sobre bienes informáticos destinados a la prestación de un servicio público o vinculado con la defensa nacional.
- **Artículo 233.- Infracciones contra la información pública clasificada legalmente.-** La servidora o servidor militar o policial que, utilizando cualquier medio electrónico, informático o afin, obtenga información clasificada de conformidad con la ley, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.
- A la persona que destruyere o inutilizare este tipo de información, se le aplicará la misma pena privativa de libertad.
 - La divulgación o la utilización de la información así obtenida, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete, siempre que no se configure otra infracción de mayor gravedad.
 - Si la divulgación o la utilización fraudulenta son realizadas por parte de la persona o personas encargadas de la custodia o utilización legítima de la información, éstas serán sancionadas con pena privativa de libertad de siete a nueve años.
- **Artículo 305.- Defraudación tributaria.-** Constituye defraudación todo acto de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño que induzca a error en la determinación de la obligación tributaria o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero; así como aquellas conductas que contravienen o dificultan las labores de control, determinación y sanción que ejerce la administración tributaria.

Son casos de defraudación los siguientes:

- 9. Alterar dolosamente, libros o registros informáticos de contabilidad, anotaciones, asientos u operaciones relativas a la actividad económica, así como el registro contable de cuentas, nombres, cantidades o datos falsos.
- 10. Llevar doble contabilidad, deliberadamente, con distintos asientos en libros o registros informáticos, para el mismo negocio o actividad económica.
- **Artículo 306.- Defraudación aduanera.-** La persona que perjudique a la administración aduanera en las recaudaciones de tributos, sobre mercancías cuya cuantía sea superior a ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años y multa de tres a diez veces el valor de los tributos que se pretendió evadir, si realiza cualesquiera de los siguientes actos:

Induzca, por cualquier medio, al error a la administración aduanera en la devolución condicionada de tributos.

- **Artículo 331.- Captación ilegal de dinero.-** La persona que organice, desarrolle y promueva *por cualquier medio*, de forma pública o clandestina, actividades de intermediación financiera sin autorización legal, destinadas a captar ilegalmente dinero del público en forma habitual y masiva, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años y multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

Las mismas penas se aplicarán a la persona que realice operaciones cambiarias o monetarias sin autorización de la autoridad competente.

Serán comisados los instrumentos utilizados en la comisión de la infracción, así como los productos o réditos obtenidos.

- **Artículo 335.- Falsificación y uso de documento falso.-**²⁶ La persona que falsifique, destruya o realice cualquier alteración que varíe los efectos o sentido de los documentos públicos o sellos nacionales, establecidos por la ley para la debida constancia de ciertos hechos y actos de relevancia jurídica, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. El uso de estos documentos falsos será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.

26 Pueden considerarse documentos materiales y electrónicos.

- **Artículo 361.- Destrucción de registros.-** La persona que destruyan de cualquier modo, registros auténticos o instrumentos originales de autoridad pública o procesos judiciales, será sancionada pena privativa de libertad de seis meses a dos años.
- **Artículo 367.- Apología de la infracción.-** La persona que por **cualquier medio** haga apología de la infracción, o de una persona sentenciada por un delito, por razón del acto realizado será sancionado con multa de tres salarios básicos unificados del trabajador en general.
- **Artículo 369.- Espionaje²⁷.**- La servidora o servidor militar que en tiempo de paz realice uno de estos actos, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a nueve años:
 1. Obtenga, difunda, falsee o inutilice información clasificada legalmente y que su uso o empleo por país extranjero o atentare contra la seguridad y la soberanía del Estado;
 2. Intercepte, sustraiga, copie información, archivos, fotografías, filmaciones, grabaciones u otros sobre tropas, equipos, operaciones o misiones de carácter militar;
 3. Envíe documentos, informes, gráficos u objetos que ponga en riesgo la seguridad o la soberanía del Estado, sin estar obligado a hacerlo; o, de estar obligado por la fuerza, no pusiere tal hecho en conocimiento de las autoridades inmediatamente;
 5. Altere, suprima, destruya, desvíe, incluso temporalmente, información u objetos de naturaleza militar relevantes para la seguridad, la soberanía o la integridad territorial.
- **Artículo 377.- Terrorismo.-** Será sancionado con pena privativa de libertad de once a quince años, el que individualmente o formando asociaciones, armados o no, pretextando cualquier fin, inclusive políticos, provoque o mantenga, en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o a las edificaciones o medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos; en especial:

La persona que, colocando un artefacto o sustancia, o por cualquier

27 Revisar caso de espionaje militar del agente de inteligencia "Bradley Manning" quien entregó información confidencial de EE-UU a Wikileaks

medio²⁸, destruya, dañe o perturbe el funcionamiento de una edificación pública o privada, plataforma fija marina, así como de las instalaciones o servicios de transportación terrestre, navegación aérea o marítima, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de la transportación terrestre, de las aeronaves o naves, como de la seguridad de las plataformas y demás edificaciones.

- **Artículo 378.- Financiación del terrorismo.-** Las personas que dolosamente, en forma individual o colectiva, de manera directa o indirecta, *por cualquier medio*²⁹, proporcionen, ofrezcan, organicen o recolecten fondos o activos, de origen lícito o ilícito, con la intención de que se utilicen o a sabiendas de que serán utilizados para financiar en todo o en parte, la comisión de las infracciones de terrorismo; o cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o, la existencia de terroristas individuales, grupos u organizaciones terroristas; serán sancionados con pena privativa de libertad de seis a nueve años.

7. Casos más importantes y conocidos en Ecuador

- **Emetel 1996 (Técnica del Salami)**

Este caso trata sobre el redondeo de cantidades que se efectuaba en las planillas realizadas por el antiguo EMETEL, caso en el cual se desconocía a donde se dirigían estas cantidades (que muchas veces eran demasiado pequeñas para que cause discusión), pero que juntadas, formaban un monto de dinero muy apreciable. Para este tipo de delito informático se utilizó la técnica del **Salami o Rounding Down**. Este caso que aunque conocido, en su tiempo jamás obtuvo una sentencia para los responsables.

- **Phishing Banco del Pichincha (2009-2012)**

Entre los años 2009 a 2012 se dio una época de continuo auge de delitos

28 Revisar caso de bombas que se activan a través de pulsaciones electromagnéticas empleando un computador, laptop o celular a distancia. Casos más comunes realizados en Irak.

29 Hoy por hoy organizaciones terroristas organizan y recolectan dinero por internet para la financiación de armas y demás con propósito de terrorismo.

informáticos en el ámbito bancario, siendo perjudicados cientos de usuarios; el delito más común que se cometía era el de transferencias electrónicas sin autorización. Para que se cometa este tipo de ilícito el ciberdelincuente creaba una página idéntica a la original (llamada en el mundo del hacking “Scam”) en la que posteriormente a través de una técnica llamada “ingeniería social” hacían creer al usuario que entraba a un sitio bancario y seguro, donde posteriormente ingresaba su información como: username, passwords y claves e-keys, las cuales después facilitarían al ciberdelincuente a cometer el delito. Entre los bancos más afectados se encontraron el Banco del Pichincha, Banco de Guayaquil, Banco Amazonas, Banco Proamérica, entre otros.

- **Carding a bancos ecuatorianos(2010-2011)**

- **Banco Amazonas (Av. Amazonas y Villalengua) ATM65**

Dentro de los casos de delitos informáticos a tarjetas de crédito, está el perpetrado en un cajero automático: el ATM N°65 ubicado en la Av. Amazonas y Villalengua, a exteriores del Banco Amazonas. Para dicho delito los ciberdelinquentes instalaron un aparato electrónico llamado “skimmer” por encima del lector original de tarjetas de crédito y débito, aparato que al ser instalado y funcionando, copiaba todos los datos de una tarjeta bancaria a un chip muy parecido al de un celular, donde al final del día almacenaba información de decenas de usuarios para la posterior duplicación de estas tarjetas de crédito, las cuales serían utilizadas con fines comerciales, como compras por internet y con fines lucrativos, como el retiro de dinero de otros cajeros.

Hasta diciembre del año 2011, se presentaron 140 denuncias de tarjetas clonadas a través de este cajero. De las investigaciones realizadas se descubrió que los autores eran parte de una banda de crimen organizado, compuesta por ciudadanos colombianos y peruanos.

- **Anonymous Ecuador - #opcondorlibre (2011)**

En agosto del 2011, un pseudo grupo derivado de Anonymous llamado Anonymous Ecuador, planeó ataques informáticos a sitios gubernamentales, por motivo de protesta al proyecto de la Ley Orgánica de Comunicación, que en su art.10 señalaba *“quién difunda por cualquier medio o plataforma tecnológica que denote el uso intencional de la fuerza física, o psicológica, de obra o de palabra contra uno mismo, contra cualquier otra persona, grupo o comunidad, así como en contra de los seres vivos y la*

naturaleza, tanto en contextos reales, ficticios o fantásticos".

Para los ataques perpetuados se tomó como fecha el 10 de agosto, ya que, al ser esta fecha cívica nacional por el Día de la Independencia, fue ocasión para promocionar la independencia de los medios de comunicación en contra de un gobierno autoritarista.

- **Gigatribe – Pornografía infantil (2011)
+200GB entre videos y fotos**

GigaTribe es una red peer-to-peer para intercambio de archivos. Originalmente desarrollada en Francia, su versión fue lanzada en noviembre de 2008. Ofrece una versión gratis y otra de pago; con la versión de pago los usuarios pueden restringir el acceso a sus archivos encriptados a un grupo de amigos de confianza.³⁰

En 2010, un juez federal de Estados Unidos dictaminó que la expectativa razonable de privacidad no se extiende al intercambio de archivos en GigaTribe. En el caso, un informante le dio a la policía acceso a los archivos de sus amigos en GigaTribe, y se descubrió pornografía infantil.³¹

En noviembre del 2011 se descubrió una cuenta de Gigatribe que contenía 300 gigabytes de pornografía infantil. La denuncia de dicha cuenta comenzó en Australia, donde la policía, en su investigación, dio a conocer que la direcciones IP's de donde se habían subido dichas imágenes provenían de Ecuador. Indicado este hecho y siendo éste un delito transnacional, la organización que se hizo cargo del caso fue la Interpol. Es por ello que los documentos investigados en Australia fueron remitidos a la Interpol de Melbourne (en dicho país), para su posterior envío a la Interpol de Lyon en Francia, luego a la de Londres en Reino Unido, a la de Buenos Aires en Argentina y finalmente a la Interpol de Quito en Ecuador. Una vez que los documentos se encontraron en Ecuador, la Fiscalía General del Estado junto a Interpol, DGI y Policía Judicial prosiguieron con las investigaciones que dieron como resultado final la localización de los autores del ilícito, quienes se encontraban en la ciudad de Guayaquil.

- **Cable filtrados
Wikileaks Embajada USA (2011)**

En el 2011, la organización mundial Wikileaks, comandada por Julian

30 «GigaTribe brings private P2P sharing to U.S.». CNET News (17 de noviembre de 2008).

31 BRENNER, Susan; «Gigatribe and the 4th Amendment»; (25 de junio de 2010).

Assange, había filtrado cables diplomáticos de la Embajada de Estados Unidos en Quito. En dichos cables se hacían aseveraciones de corrupción de miembros en el interior de la Policía Nacional e indicaciones del apoyo por parte de los EE-UU a políticos y banqueros ecuatorianos que se encontraban en contra del gobierno del Presidente del Ecuador, Ec. Rafael Correa Delgado.

Luego de que el gobierno de Ecuador se enterara de dichos cables, se cerró momentáneamente las relaciones diplomáticas con EE-UU, pidiendo de forma inmediata el abandono del país de la embajadora estadounidense, Heather Hodges, a quien la declararon como persona no grata en Ecuador.

- Grupos de Hacking (2012)
Ataques diarios a websites

Diariamente se cometen ataques a websites no solo ecuatorianas, sino a nivel mundial. Algunos de estos ataques son perpetrados por ecuatorianos, personas aficionadas a la tecnología e informática, las cuales penetran en diversos sitios con el propósito de dejar su *marca personal*, es decir, un signo o huella que dé a entender que ellos estuvieron ahí.

Ciertamente, en Ecuador hay personas con el talento suficiente para emplear este conocimiento en beneficio del país, más no lo hacen. Esto porque, según ellos y según entrevistas realizadas, no hay el incentivo tanto pecuniario como laboral para que dichas personas puedan dedicarse a estas labores, con el fin de proteger al sistema informático gubernamental ecuatoriano. En el país normalmente para el ataque a páginas web utilizan la técnica del “Defacing”, antes ya mencionada en este artículo.

De los grupos conocidos en Ecuador de hacking podemos destacar a: Ecuadorian Hacking Team, Kalimndor Team, Fenix Hackers, Anon Azules, Anon Ecuador, Latin Hack Team y otras menos conocidas, pero que igualmente perpetran ataques a diario.

8. Legislación base en materia de Derecho Informático en contra de ilícitos informáticos

- Constitución
- Código Penal
- Código civil
- Código de Procedimiento Penal

- Ley de Propiedad Intelectual
- Ley de Garantías Jurisdiccionales
- Resolución SBS JB-2011-1923 "Controles en los cajeros automáticos"
- Ley de la protección de datos
- Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensaje de datos
- Ley de protección de usuarios del sistema financiero
- Ley de derechos de autor
- Ley especial de telecomunicaciones
- Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública
- Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación

9. Proceso Penal del Delito Informático en el Ecuador

- LA INSTRUCCIÓN FISCAL Y LA POLICÍA JUDICIAL
 - Policía Judicial
 - Investigación, cadena de custodia
 - La indagación previa y la instrucción fiscal
 - Fijarse si hay autores, coautores, cómplices o encubridores
 - Si no hay indicios de delito el Fiscal ordena el archivo provisional o definitivo del expediente (indagación hasta dos años)
 - Si hay indicios de delito se apertura la instrucción fiscal (información necesaria y suficiente para deducir imputación)
 - Partes procesales, declaración del procesado, intervención del ofendido y del imputado.
 - Duración máximo 90 días.

En Ecuador, en cuanto a Delitos Informáticos, se realiza la denuncia a través del Ministerio Público, es decir, a través de la Fiscalía General del Estado, quien cuenta con la cooperación internacional de la Interpol (por el problema de una o más jurisdicciones), y de manera local con el Servicio de Inteligencia de la Policía Judicial y Contrainteligencia, para las debidas capturas y seguimientos.

Esta cooperación internacional con la Interpol es regulada por el **Red de Contactos 24/7**³² para el TRATAMIENTO DE DATOS. Además la Fiscalía ha hecho convenios en los cuales el responsable del caso puede solicitar a empresas internacionales como Facebook, Yahoo o Hotmail su cooperación para la investigación de estos ilícitos.

- ETAPA INTERMEDIA
 - La audiencia preliminar
 - Sustanciación del ilícito
 - Los sujetos anunciarán pruebas que serán presentadas en el juicio
- ETAPA DE JUICIO
 - Presentación de pruebas y formulaciones
 - Sustanciación antes el Tribunal de Garantías Penales
 - Comprobar culpabilidad o inocencia
 - Sentencia
 - Condenatoria o absolutoria
- ETAPA DE IMPUGNACIÓN
 - Diferentes recursos a presentar
 - El recurso depende de la instancia

10. Eficacia probatoria del documento electrónico

El Art.2 Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensaje de datos señala:

“Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento”.

En concordancia con la legislación chilena en el Art.1 inc2. Ley de Firma

32 Interpol ha creado el sistema mundial de comunicación policial I-24/7 a fin de conectar entre sí a los funcionarios encargados de la aplicación de la ley de todos los países miembros, lo que permite a los usuarios autorizados intercambiar información policial vital y acceder a las bases de datos y a los servicios de INTERPOL 24 horas al día.

Electrónica chilena nos dice "*la ley se inspira en el principio de la equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel*"³³

Es así que dentro de esta teoría de la equivalencia de la prueba documental tiene igual compensación siendo mensaje de dato o papel escrito.

11. Punibilidad de un Delito Informático

Para ser punible un acto, se necesita de elementos probatorios o llamados también en investigación forense *elementos de convicción*. Los elementos de convicción son el conjunto de pruebas (electrónicas) necesarias para la comprobación de un delito, sin las cuales fuese imposible imponer una pena a este ilícito. Estas pruebas deben ser mostradas como fidedignas por medio de un informe pericial. Para que esta pericia o experticia sea válida debe ser realizada por peritos avalados por el Concejo de la Judicatura o peritos privados, según lo señala la normativa para la acreditación de peritos, en sus artículos 11 y 12 publicada en el año 2009.

Cabe destacar que dentro del derecho informático existe la refutación de la prueba cuando no se muestre con seguridad y certeza su credibilidad, es así que en caso de ser ilegítima, esta es nula e inválida en el proceso.

12. A manera de conclusión

Dentro del paradigma que envuelve a los delitos informáticos en el Ecuador, hay una gran problemática que requiere la toma de medidas para solventar y solucionar estos delitos, ya que, en un principio, los delitos informáticos quedan impunes, debido a que no se encuentran en una normativa propiamente dicha. Es decir que, pese a que en el Código Penal ecuatoriano hay pocas figuras que hacen punibles estos delitos, no todas se adecuan al tipo, dejando en la total indefensión al agraviado, ya que al no considerarse como delitos en el Código Penal, no se les puede establecer una pena o si bien se las establece puede ser asemejando otro ilícito, aquí la falencia no sería sólo de quien juzga, sino también del órgano administrador de justicia, pues en Ecuador no hay cursos o seminarios de actualización constantes sobre estos delitos a jueces, fiscales y demás funcionarios públicos.

A criterio personal, en primer lugar, en el Ecuador se debería crear un cultura tecnológica, en la cual, a las anteriores y nuevas generaciones de ciudadanos, se les guíe y eduque sobre los mecanismos de protección para no ser víctimas de delitos informáticos; en segundo lugar se debería dar prioridad a estos delitos, tipificándolos de una forma adecuada y ordenada, ya que al cometerse estos, en

33 Art.1 inciso 2 Ley de Firma Electrónica Chilena

su mayoría, afectan la parte económica de una persona; y cómo último punto, se debería dar prioridad al empleo de personas con la capacidad intelectual para lo que se llama “seguridad informática”, ya que estas personas serían las encargadas de proteger todo el sistema integral y tecnológico del Estado ecuatoriano.

Bibliografía

- LEIVA IJENA, Renato; “CHILE, LA PROTECCIÓN PENAL DE LA INTIMIDAD Y EL DELITO INFORMÁTICO”, Editorial Andrés Bello; CHILE 1992
- PÁEZ, Juan José y ACURIO DEL PINO, Santiago; Derecho y Nuevas Tecnología, Editora Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2010
- MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos; El Delito Informático, Editorial Leyer; Colombia 2003
- LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, R.O. Suplemento 557 de 17-ABR-2002, Quito-Ecuador
- DIARIO HOY, Archivo Histórico; Página web del Municipio de Quito destruida por “crackers”; 6-XII-2001
- MENSAJE DE DATOS; Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); 2000.
- LEY DE FIRMA ELECTRÓNICA CHILENA, 2003.
- CÓDIGO PENAL ECUATORIANO; Editora Corporación de Estudios y Publicaciones; Marzo 2009
- CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO; Editora Corporación de Estudios y Publicaciones; 2010
- CÓDIGO PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO; Editora Corporación de Estudios y Publicaciones; 2011
- SEGUNDO BORRADOR PROYECTO DE LEY PARA CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL; Asamblea Constituyente, 2011
- ARAUJO GRANDA, M.Paulina; APUNTES DE CLASE SOBRE DELITOS EN PARTICULAR, 2012.

Netgrafía

- CONDE O'DONNELL, Hugo; <http://dmi.uib.es/~dmiamp/TEGP/Tema%202/Delito%20informatico%20I%20pres.pdf>; Argentina; 2009
- DELITOS INFORMÁTICOS INFO; http://delitosinformaticos.info/delitos_informaticos/definicion.html
- GIGATRIBE; «GigaTribe brings private P2P sharing to U.S.». CNET News (17 de noviembre de 2008).
- BRENNER, Susan; «Gigatribe and the 4th Amendment» ; (25 de junio de 2010).

ABOGADOS EC;

<http://www.abogados.ec/2011/02/estadisticas-2010-delitos-informaticos-en-ecuador/>

DIARIO LA HORA;

<http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101278706#.UKl6DYZMfTo>

QUEVEDO & PONCE

**ESTUDIO JURÍDICO
ECUADOR**

FUNDADO EN 1940

www.quevedo-ponce.com

**Quito, Guayaquil, Cuenca Manta,
Miravalle (Cumbayá), Samborondón**

Oficina principal
Av. 12 de Octubre y Lincoln
Ed. Torre 1492 y Piso 16
Teléfonos: (593-2) 2986-570
(593-2) 2986-575
Fax: (593-2) 2986-580

Capítulo 5

Derecho Económico

Organización y Desorganización del Estado Ecuatoriano en el Siglo XX¹

Alfredo Mancero Samán ²

Abstract

Entre los años cuarenta y setenta del siglo XX, se cumplió un proceso de reorganización institucional del Estado ecuatoriano, inspirado en las certezas económicas y políticas que dieron forma a las estrategias de modernización de la posguerra, y, a partir de los años ochenta, se desató un proceso inverso, de desorganización institucional, para dar paso a las nuevas exigencias de la inserción de las sociedades periféricas en el sistema económico mundial.

Este artículo analiza ambos procesos como un conjunto de facultades que el sistema político ecuatoriano confirió en cada momento al poder estatal para implantar un ordenamiento institucional dentro del cual se debían resolver los conflictos entre los administradores del gasto público y los beneficiarios del quehacer gubernamental.

Contenido

I.- *Los obstáculos a la integración nacional.*

II.- *El activismo estatal de los años 40.*

III.- *El optimismo desarrollista de la posguerra.*

-
- 1 *Este artículo responde a la invitación de la AED para que colabore con el proyecto editorial N° 56 de la Revista RUPTURA y contiene un resumen de varios trabajos académicos de mi autoría, acometidos tiempo atrás, respecto de la crisis económica de los años 80 y el ajuste estructural de los años ochenta y noventa.*
 - 2 *Profesor principal de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, profesor Emérito de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Guayaquil, Economista por la Universidad de Guayaquil.*

IV.- *El estilo de la modernización.*

V.- *La descomposición del Estado desarrollista.*

VI.- *Corporativismo, populismo y debilitamiento fiscal.*

I. Los obstáculos a la Integración Nacional

“Hasta la apertura del Canal de Panamá, a principios de este siglo, el país vivió casi aislado, al margen del comercio internacional. Los capitales extranjeros mostraron poco interés por esa parte del continente sudamericano. Tampoco hubo corrientes inmigratorias que la favorecieran”³

A lo largo de la historia, Ecuador ha debido enfrentar dos obstáculos fundamentales para su desarrollo económico e integración social: las barreras a la comunicación interna impuestas por su orografía y la poca importancia estratégica de sus recursos naturales en el comercio internacional.

Sin minerales preciosos u otros recursos estratégicos capaces de atraer grandes inversiones de capital y una gran desventaja geográfica para acercarse a los principales flujos de transporte marítimo e integrarse al mercado mundial, los localismos sociales siempre predominaron sobre cualquier intento de formación de la nación ecuatoriana:

Delimitada por fronteras nacionales dudosas y vulnerables, dentro de las cuales solo había mercados locales aislados, de dimensiones reducidas, la economía ecuatoriana, pobre y subdesarrollada, solo podía ofrecer un escenario político apropiado para innumerables episodios de luchas regionales por la repartición de los recursos fiscales a través del control de los órganos de poder del Estado, que profundizaron la fragmentación social, impidieron la constitución del estado nacional y obstaculizaron la circulación de bienes, personas e ideas.

Por ello, a pesar de que el auge del régimen agro-minero-exportador aceleró la acumulación primaria de capital a comienzos de siglo, la forma oligárquica del estado liberal tampoco pudo unificar las lógicas económicas de los dos centros regionales de dominación política (Guayaquil y Quito), ni consolidar la centralización del poder estatal y el ejercicio pleno de la jurisdicción nacional en materia fiscal y judicial.

3 CEPAL, *El Desarrollo Económico del Ecuador*

Al contrario, permanentemente asediados por las perturbaciones político - regionales y las consiguientes demandas presupuestarias de los militares, los gobiernos liberales debieron apelar a la misma práctica de financiar con deudas bancarias el incesante crecimiento del gasto fiscal, que se había iniciado medio siglo atrás, en 1860, con el establecimiento de los primeros bancos comerciales.

Así, cuando sobrevino la primera crisis de vinculación de la economía ecuatoriana con el mercado mundial (1920), el nuevo ciclo de inestabilidad política de los gobiernos y las pugnas entre las facciones liberales de la costa y la sierra no pudo desembocar en otra cosa que una nueva fragmentación del poder estatal.

El período 1925-1948 se caracterizó por una profunda crisis económica, causada por un descenso de las exportaciones de cacao y por la crisis económica mundial, como también por una marcada inestabilidad política originada en la crisis económica y en las contradicciones sociales internas. No era significativa la intervención estatal en los mercados, gobernados por políticas de libre comercio e integrados en la dinámica de la economía mundial.

II. El Activismo estatal ae los años 40

La intervención económica del Estado cobra importancia en la década de 1940, cuando la estructura productiva era todavía poco diversificada y estaba dominada por una dualidad geográfica y funcional del sector agrario: las relaciones capitalistas de la producción agrícola costeña, orientada hacia las exportaciones, y las relaciones mayoritariamente no capitalistas de la producción agropecuaria de la Sierra, destinada al mercado interno.

Hubo varios intentos de dirección gubernamental para enfrentar los “problemas de la producción distribución y consumo agrícola, ganadero e industrial, en beneficio de la economía nacional” (*Consejo de Economía*, 1943), y para asumir la “coordinación y planificación de la política económica del Estado” (*Comisión Técnica de Economía*, 1944), que desembocaron poco más tarde en la puesta en vigor de un “*Plan de Fomento Inmediato de la Economía Nacional*”(1945), cuyos organismos ejecutores fueron el Banco Nacional de Fomento, el Banco Central del Ecuador, la Corporación Ecuatoriana de Fomento, bajo la dirección del Ministerio de Economía.

Fue el gobierno de Galo Plaza (1948-1952) el que adoptó una actitud de mayor activismo estatal por el desarrollo. El surgimiento del auge bananero solo se podría explicar por las obras de infraestructura, la oferta de créditos y la reglamentación de la inversión extranjera, es decir, por medidas fiscales que tenían como finalidad la solución de la crisis del sector externo y, por ende, la crisis de la acumulación que había azotado los años treinta y cuarenta.

A inicios de la década de 1950, además del impulso local que brindó el Banco Central del Ecuador a favor de la creación de un organismo planificador, la oleada modernizadora de la posguerra impulsada por los nuevos organismos financieros multilaterales –como fue el caso del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF)- también recomendó vivamente la creación de una instancia que canalice el mejor uso de la asistencia técnica y financiera del exterior.

La Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica (JUNAPLA) fue creada en mayo de 1954, como organismo asesor del gobierno nacional, con dos tareas fundamentales: (1) formular planes generales tendientes a promover el desarrollo económico del país, procurando la integración de cada una de las economías regionales en una unidad económica nacional; y, (2) coordinar los planes y programas en ejecución o estudio y recomendar la prelación a la que deberá sujetarse la ejecución de los proyectos financiados preferentemente con ahorro nacional y complementariamente con empréstitos externos.

Antes de ella, aparte del caso *sui géneris* de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) en Chile (1939), solamente Paraguay (1948), Colombia (1951) y Bolivia (1953) habían establecido organismos encargados de racionalizar la intervención estatal en la economía, impulsados todos ellos por la aparición de movimientos políticos con ideología desarrollista-reformista, a partir de los años cuarenta, antes de que existiera un marco de referencia ordenador como el que proveyó la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) en los años cincuenta.

III. El Optimismo desarrollista de la posguerra

*“El orden económico internacional establecido después de la II Guerra Mundial (Acuerdos de Bretton Woods) era un modelo de liberalismo incrustado que trataba de conciliar las instituciones del libre comercio en el mercado mundial con las tesis del intervencionismo keynesiano en la organización interna de las economías nacionales”.*⁴

En sus formulaciones iniciales, la preocupación fundamental de los estudios de la CEPAL era dar una explicación a las desigualdades entre economías nacionales que se venían acentuando a través del comercio internacional, en tanto que las teorías económicas generalmente aceptadas habían afirmado y pretendido demostrar que el intercambio de bienes *per se* promovería la igualdad económicas entre las naciones.

4 John RUGIE, *Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*

A la desconfianza en las virtudes del comercio internacional de bienes primarios como factor dinámico del crecimiento económico, se sumaron a inicios de la década de 1950 dos fenómenos culturales que influyeron de manera sobresaliente en el pensamiento político y en las opciones de desarrollo de los países periféricos, hasta configurar un nuevo enfoque administrativo de las acciones de gobierno como conjunto coherente de políticas de Estado: (1) el entusiasmo por las experiencias anglo-americana y europea de activismo fiscal, concebidas inicialmente para atacar los efectos traumáticos de la posguerra y extendidas luego a prevenir los períodos recesivos de la economía internacional (apoyándose en la teoría keynesiana de la intervención gubernamental), y (2) el interés de las nuevas agencias de gobierno por el uso de las técnicas de planificación del desarrollo en países periféricos (apoyándose en la experiencia de industrialización aparentemente exitosa de la Unión Soviética).

Desde la perspectiva del desarrollo económico y social, entendido como un proceso deliberado de reducción de las brechas de bienestar entre países ricos y pobres, la convergencia de estos tres factores significó un giro teórico y político en favor de la *industrialización por sustitución de importaciones* con base en tres argumentos: (1) la imposibilidad de acelerar el crecimiento del ingreso y de mejorar los niveles de vida a través de las exportaciones de productos básicos; (2) la imposibilidad de generar ocupación y ampliar el ahorro a través de las actividades rurales de subsistencia debido al elevado excedente de la oferta laboral, y (3) la conveniencia de utilizar mecanismos aduaneros de protección de las industrias nacientes, como incentivo temporal para orientar a los empresarios hacia las actividades de manufactura.

Obviamente, frente a la visión pesimista de las imperfecciones y debilidades estructurales de los mercados, estos argumentos despertaron el entusiasmo de académicos y políticos sobre la capacidad de los gobiernos y los funcionarios públicos para definir los objetivos e identificar y aplicar correctamente las tareas económicas que tomaría a su cargo el Estado en materia de inversiones estratégicas en sectores básicos para el desarrollo.

Si las principales corrientes reformistas latinoamericanas de los años treinta ya habían intentado una suerte de “ajuste estructural” que corrigiera las deformaciones productivas del modelo agro - minero- exportador y promoviera la ampliación de los mercados urbanos mediante la sustitución parcial de las importaciones de bienes de consumo, era mucho más razonable esperar que tras la adopción explícita de un “régimen de economía mixta” y la puesta en vigor de un nuevo código de conducta internacional en materia cambiaria, financiera y comercial (tal como había sido plasmado en los

Acuerdos de Bretton Woods, 1944), el sistema político podría concertar un pacto de modernización industrial y democratización de la sociedad alrededor de la figura del Estado.

En lo interno, los gobiernos tendrían potestad para aplicar políticas públicas que promovieran el crecimiento económico y aseguraran la estabilidad social; y, por otra parte, el Estado podría participar legítimamente en la propiedad y la gestión de empresas estratégicas para el interés nacional.

En lo externo, la estabilidad cambiaria garantizaría la recuperación y el equilibrio de la economía mundial (bajo la supervisión del FMI), la financiación externa de los proyectos de inversión pública aceleraría el desarrollo industrial (bajo la coordinación del Banco Mundial), y los acuerdos arancelarios evitarían los excesos de proteccionismo comercial (al amparo de las rondas del GATT).

La puesta en marcha de este ejercicio de ingeniería política abrió nuevas dimensiones para la figura y funciones del Estado. Como agente económico de naturaleza pública, el poder estatal se encargaría de promover y facilitar las reformas institucionales conducentes a la ampliación del mercado interno, financiar las inversiones en obras de infraestructura básica y la provisión de bienes preferentes (educación, salud, vivienda), y aplicar políticas de precios e ingresos para regular la estabilidad de los mercados y la equidad distributiva. Como intermediario entre los agentes económicos locales y externos, el Estado Nacional debería propiciar el ingreso de capitales productivos y la puesta en práctica de los nuevos principios de cooperación multilateral.

Para que estos proyectos de modernización productiva sean eficaces, la planificación del desarrollo económico debería poner el énfasis en tres cuestiones: la reforma de las instituciones agrarias tradicionales; la expansión del sector manufacturero y de sus eslabonamientos con el sector agropecuario, y el aprovechamiento de las ventajas comerciales que prometían los incipientes programas de integración regional.

Además de una cuidadosa programación industrial que estableciera prioridades en la absorción de mano de obra y en la asimilación de tecnologías disponibles en el exterior, el “arancel de importaciones” debería convertirse en el instrumento por excelencia para garantizar altas tasas de protección nominal de los bienes de consumo producidos localmente y la concesión de ventajas generosas para la adquisición de insumos y bienes de capital.

No debe extrañar, pues, que en la Carta de Punta del Este (1961), se estableciera en el capítulo “Requisitos Básicos para el desarrollo”, como primer punto: *“Que se ejecuten, de acuerdo con los principios democráticos, programas nacionales de*

*desarrollo económico y social, amplios y bien concebidos, encaminados a lograr un crecimiento autosuficiente”*⁵

Hacia mediados de los años sesenta ya era notorio que, bajo la conducción de gobiernos militares “institucionales”⁶, las prácticas materiales y distributivas de la sociedad habían empezado a transitar hacia una forma de Estado “tecnocrático-desarrollista”. En la regulación de los mercados, se había logrado imponer un manejo racional de los flujos comerciales y financieros con el resto del mundo (controles fiscales y administrativos al comercio exterior y a las inversiones extranjeras), con lo cual el dinamismo de la economía nacional pasaría a depender de la ampliación del mercado interno; en tanto que, por el lado de la modernización institucional del agro, se habían dado algunos pasos importantes para subordinar a los propietarios de la tierra a las exigencias de nuevas formas de propiedad y técnicas de producción. En cambio, en lo político, las resistencias de la burguesía comercial a la reorganización arancelaria y fiscal, así como el sesgo fuertemente represivo contra los partidos de izquierda y los movimientos sociales de las grandes ciudades, desvanecieron la posibilidad de implantación de formas democráticas de participación en el poder político.

Por cierto, entre 1972 y 1980, a diferencia de lo acontecido en otros países latinoamericanos, gracias a la incorporación del petróleo como renglón principal de las exportaciones y al uso intensivo del crédito bancario internacional, el Estado ecuatoriano pudo superar la “restricción de divisas” que le había impedido profundizar la estrategia de desarrollo nacional adoptado en los sesenta.

IV. El estilo⁷ de la modernización

Si se considera todo el siglo XX, el crecimiento de la economía ecuatoriana ha sido relativamente rápido comparado con el de otros países de la región latinoamericana, y las exportaciones han sido su fuerza matriz. Lo inquietante es que dicho crecimiento ha sido inestable y las exportaciones han estado dominadas en distintas épocas por el auge de unos pocos productos (cacao, banano y petróleo). Aunque se registra un largo historial de planteamientos de política para diversificar la base exportadora y mejorar la estabilidad del crecimiento económico, rara vez tuvieron resultados exitosos.

5 Consejo Interamericano Económico y Social, *Alianza para el Progreso*

6 Este tipo de intervención “institucional” de las Fuerzas Armadas en la política de los años sesenta (y luego en los setenta) fue diferente a la intervención “personalista” de los gobiernos militares de los años treinta.

7 Según Jorge GRACIARENA (*Poder y estilos de desarrollo*): “Un estilo es la estrategia de una coalición de fuerzas sociales que imponen sus objetivos e intereses hasta que se agota por sus contradicciones implícitas.”

Tal vez solamente durante el apogeo de la bonanza petrolera (1973-1978) y en el periodo atípico de la segunda guerra mundial (1939-1945), los efectos de la abundancia inesperada de divisas (enfermedad holandesa) no fueron tan críticos para el desempeño de las demás exportaciones (bienes no tradicionales) y, en general, para sentar bases de una “*capacidad social*” sustentada en la acumulación de capitales físicos y la formación de recursos humanos, inducidas, respectivamente por la industrialización sustitutiva de importaciones y la masificación de la escolaridad urbana en todos los niveles.

No obstante, ello no fue suficiente para compensar otras fallas del desempeño económico: el aumento de la productividad, la densidad de capital y la calidad de la mano de obra fueron poco satisfactorios. Entre 1950 y 1989, la productividad del capital creció por debajo del promedio latinoamericano y la calidad de la mano de obra fue muy inferior a los estándares de otras economías en desarrollo.

Según Doryan et al. (1992), la industrialización ecuatoriana del siglo XX estuvo ligada a las fluctuaciones de los precios internacionales de unos cuantos productos de exportación del sector primario y a flujos de recursos provenientes del exterior, y no a aumentos crecientes en la productividad y el cambio tecnológico.

En el primer período de sustitución de importaciones (1940-1954), financiado mayoritariamente con las exportaciones primarias tradicionales (café, banano y cacao), el crecimiento de la industria se concentró en las manufacturas ligeras (alimentos, tabaco, textiles y madera). En el segundo período (1955-1971), con un sector externo en recesión y una activa legislación industrial, el sector industrial aumentó su participación en el PIB (del 10% al 17%) y se desarrollaron otras actividades manufactureras que redujeron la importancia de las industrias ligeras del 80% al 76%, pero el empleo industrial se mantuvo en el mismo coeficiente (12% del total).

Entre 1972 y 1976, la ampliación de la demanda interna a través del gasto público impulsó el crecimiento industrial (9%) a una tasa superior a la del PIB (8%), y entre 1977 y 1981 hubo una fase de desarrollo de las ramas industriales productoras de bienes intermedios y de capital, dentro de un régimen de alto endeudamiento externo que redujo el peso de las exportaciones industriales y acrecentó las importaciones de equipos y maquinarias.

Entre 1982 y 1989, la reducción de la demanda interna y la escasez de divisas provocaron una situación de estancamiento industrial; y, desde 1990, la liberalización comercial y la reforma arancelaria plantearon por primera vez a la sociedad ecuatoriana el dilema “*desindustrialización versus desarrollo de la competitividad industrial*”.

Según Schodt (1991), la disminución de la importancia relativa de la agricultura entre 1970 y 1980 se explica por tres factores: el alto crecimiento de la industria (9.5% anual) y el petróleo (14.6% anual); el bajo desempeño de los productos tradicionales (banano, café y caso) y de los cultivos destinados al mercado interno en el mismo período, y los cambios pronunciados en los usos de la tierra (de cultivos a pastos). Sobre esto último, cabe anotar que, aún cuando el total de la superficie agrícola se duplicó entre 1965 y 1984, la producción de cultivos redujo su extensión en 9% y los aumentos de productividad no lograron contrarrestar la disminución de la superficie cultivada, excepto en los casos del algodón y, en menor medida, el plátano.⁸

Hubo otros factores, como el rápido crecimiento del empleo urbano que ofrecía una alternativa de ingreso a los pequeños agricultores, particularmente en la construcción, y el elevado desempeño exportador del sector petrolero que aportó divisas suficientes para contrarrestar la poca competitividad de los productos tradicionales y facilitó la importación de bienes alimenticios (trigo y leche en polvo, sobre todo).

Es por eso, añade Schodt, que al moderarse los precios mundiales del petróleo y hacerse manifiesta la crisis de la deuda externa, amén de otros factores como la recesión de las manufacturas y la construcción, la agricultura resurgió como el principal motor del crecimiento económico, sin que por ello se pueda decir que ha habido un cambio cualitativo en el desarrollo productivo, ni una respuesta duradera a los incentivos de precios inducidos por las políticas de ajuste.

En efecto, advierte el mismo autor, las consecuencias del ajuste económico para los grupos rurales parecen haber dependido en gran medida de su acceso a la tierra. Los agricultores que no tienen tierra suficiente para enviar al mercado una porción considerable de su producción están atrapados entre la elevación de los precios de los alimentos y la pérdida de oportunidades de empleo urbano. Solamente los agricultores de tamaño mediano obtuvieron buenos resultados durante los años setenta, y parecen haber sido beneficiarios netos de las políticas más favorables para la agricultura desde los ochenta.

Entre 1965 y 1993, la ocupación remunerada (asalariados y cuenta propia) creció a una tasa media de 4.2% anual en el conjunto de actividades a cargo del

8 Además de los cambios en el uso de la tierra (de cultivos a pastos), el comportamiento fue distinto en la costa y la sierra. En la primera región, la redistribución ocasionó un aumento de 12% en la tierra destinada a cultivos y un aumento de su producción (arroz, soya, palma aceitera y café); en contraste, la disminución neta de 64% en la superficie bajo cultivo en la sierra estuvo acompañada de una declinación de la producción de todos los cultivos alimenticios, excepto frutas y tomate.

sector público (petróleo, energía y servicios gubernamentales), pero el promedio general de toda la economía solo aumentó en 2.8% anual debido a la menor capacidad del sector privado para generar fuentes de trabajo. En el mismo período, las actividades extractivas (sector agropecuario, petróleo y minería) disminuyeron su participación en la ocupación total del 55% al 32%; y, dentro de las actividades no-extractivas, las manufacturas redujeron su importancia relativa del 28% al 17% del total de las ocupaciones típicamente urbanas, en tanto que los servicios privados aumentaron la suya del 41% al 52%.

V. La descomposición del desarrollismo

No cabe duda que la estrategia ecuatoriana de industrialización por sustitución de importaciones, inaugurada en 1957, desembocó progresivamente en un pacto implícito de “*modernización social*” porque fue más allá de la aceptación de un conjunto de instrumentos proteccionistas y, en rigor, llegó a constituir la primera “*política de estado*” de la historia republicana.

De modo gradual, esa estrategia de desarrollo logró introducir conceptos y conductas que fueron compartidos por empresarios, trabajadores, banqueros, consumidores, políticos y gobernantes. Todo ello cristalizó en instituciones que respondían a las exigencias del entorno mundial de esa época y, como consecuencia, el país llegó a exhibir altas tasas de crecimiento económico y manifestaciones palpables de progreso social.

Por cierto, como la mayoría de los cambios institucionales del régimen desarrollista suponían que la competitividad y el aumento de la productividad serían la resultante de la expansión de los mercados internos en el largo plazo, tampoco cabe duda que el sistema político se impregnó de los vicios de una conducta económica orientada “*hacia el Estado*”, en el sentido de persecución de privilegios fiscales y apropiación corporativa de las rentas generadas por las exportaciones de petróleo como instrumentos idóneos para impulsar el crecimiento económico y la redistribución de la riqueza.

Detrás de la modalidad intervencionista de desarrollo económico y de la renuencia de los sucesivos gobiernos militares a la aplicación de programas de estabilización de corto plazo, había existido una fuerte influencia de las principales tesis del “*estructuralismo*” latinoamericano de los años cincuenta, resumidas así⁸:

1. Los desequilibrios macroeconómicos interno y externo son consustanciales a la intencionalidad política del proceso de modernización, y no conviene reprimirlos con medidas de corto plazo que frenarían el crecimiento económico porque las causas de la inflación y del déficit de la balanza de pagos solo llegarían a desaparecer cuando dicho proceso haya madurado;

2. Tampoco es procedente la libertad de precios para la asignación eficiente de los recursos porque la presencia inevitable de monopolios y oligopolios exige la regulación estatal de las actividades industriales;
3. Debido a la baja elasticidad-precio de las exportaciones primarias la devaluación de la moneda nacional es inútil para resolver los desequilibrios externos; por tanto, en reemplazo de las acciones mencionadas,
4. Deberían mitigarse los efectos de la inflación mediante controles de precios y procurar el equilibrio de la balanza comercial con aranceles y restricciones cuantitativas a las importaciones.

A inicios de los ochenta, las deformaciones institucionales inducidas por la expansión progresiva e irregular de los medios de pago y los bajos niveles de la tasa fija de interés nominal habían llegado a tales magnitudes que el Banco Central del Ecuador⁹ planteó el problema de la manera siguiente:

(a) Los estímulos al rápido crecimiento de la economía en el corto plazo, han restado estabilidad a la evolución del producto y de los precios;

(b) Los incentivos a la expansión de la demanda de inversiones no han sido coordinados con una adecuada canalización del aumento del ingreso nacional hacia la acumulación de ahorro interno;

(c) Las facilidades para que las empresas prefieran las inversiones intensivas en uso de capital fijo, no estuvieron acompañadas de otros estímulos para la entrada de capitales de riesgo y, por eso, desembocaron en una progresiva tendencia al endeudamiento externo;

(d) Entretanto, el crecimiento sostenido del gasto corriente y de las inversiones del sector público, así como el debilitamiento de la estructura tributaria interna, favorecidos todos ellos por el influjo de las rentas petroleras y la deformación de la relación entre precios internos y externos (tipo de cambio), habían provocado la formación de abultados déficit fiscales que se financiaron con créditos internos y externos.

La abundancia de las divisas (petróleo más endeudamiento externo) y la inmovilidad del tipo de cambio y de las barreras arancelarias, habían estimulado el crecimiento de las importaciones de materias primas, bienes intermedios y de capital para la industria y la agricultura, pero también habían hecho rígida y vulnerable la estructura productiva interna. Por la acumulación de todos estos desequilibrios en los sectores monetario, fiscal y externo, se había alentado un

9 Banco Central del Ecuador, Memoria del Gerente General 1983

proceso de inflación interna reprimida y se había agravado la vulnerabilidad externa de la economía ecuatoriana.

Y, para corregir las deformaciones acumuladas y poner en marcha un “*cambio de modelo económico*” que alentara el crecimiento sostenido de la producción y el empleo, las principales decisiones de política económica deberían perseguir los siguientes objetivos, según el Banco Mundial:

- (i) Fomentar las exportaciones y desalentar la sustitución ineficiente de importaciones;
- (ii) Promover el empleo y desalentar el uso indebido de técnicas intensivas en capital;
- (iii) Fomentar el uso de materias primas locales y desalentar la importación de insumos, y
- (iv) Equilibrar los incentivos entre los sectores primarios e industriales de la economía ecuatoriana¹⁰.

Así, en concordancia con los enfoques precedentes, para enfrentar los profundos desequilibrios de la economía, el “Programa de Estabilización Económica y Social” (1982) se propuso los siguientes objetivos:

- (a) Reducir el ritmo de crecimiento de los presupuestos públicos, mediante la racionalización de los egresos (prioridades de inversión y revisión gradual de los subsidios y aranceles) y la generación de mayores ingresos fiscales (elevación de precios de los combustibles y de las tarifas de servicios públicos);
- (b) Flexibilizar y simplificar la estructura de las tasas de interés y eliminar los impuestos sobre los rendimientos financieros, a fin de estimular el ahorro interno, desalentar los proyectos intensivos en capital fijo, y dirigir los fondos de inversión hacia proyectos intensivos en uso de mano de obra;
- (c) Devaluar el sucre e introducir un régimen cambiario flexible, acompañado de mecanismos de reasignación de las divisas para importaciones.

Todas estas deformaciones del “estructuralismo”, expresadas en abultados desequilibrios internos y externos, fueron vistas por las autoridades monetarias nacionales y los organismos multilaterales de cooperación como un resultado exclusivo del proceso de sustitución de importaciones:

10 Banco Mundial: “Ecuador, Programa para un cambio de modelo económico”

- (1) Las causas de la inflación y de los problemas de balanza de pagos residían en los excesos de demanda agregada provocados por el gasto del gobierno y su financiación con emisión monetaria;
- (2) La sustitución de importaciones había violado el principio de las ventajas comparativas porque la fabricación local del mayor número posible de bienes industriales se apoyó en altos aranceles y otras restricciones cuantitativas;
- (3) Esta industrialización protegida había propiciado un desarrollo asimétrico entre los sectores de la economía, porque no ofreció incentivos para la producción de nuevos bienes exportables y, en cambio, estimuló la ampliación del mercado interno con acciones legislativas que solo llegaban a los trabajadores sindicalizados de las áreas urbanas;
- (4) Sea por el crecimiento del sindicalismo, sea por las presiones políticas que alentaron los aumentos de salarios y prestaciones sociales, tales estímulos institucionales desembocaron en la expansión de la informalidad y en una mayor emigración rural que no pudo ser absorbida por las actividades urbanas; y,
- (5) Con la aplicación de una política de inversiones que concentraba la provisión de bienes de capital en la industria, sin preocuparse por los niveles de utilización de dicho acervo, proliferaron los mercados monopolísticos.

Al conjugarse de manera dinámica la deformación de los precios relativos del capital físico y de la mano de obra, las políticas públicas de salarios y administración del empleo, la estructura del sistema tributario, las reglas de depreciación y las licencias de importación, era explicable que los empresarios no se hayan preocupado de los muy altos niveles de subutilización de la capacidad productiva.

Como la industria (consumidora de divisas) creció más rápidamente que los sectores primarios (proveedores de divisas), y las políticas de industrialización habían provocado una reducción considerable de la elasticidad de las importaciones y mayor inflexibilidad del sistema productivo, también podía esperarse que las devaluaciones no lograrían por sí solas reducir la demanda de divisas, ni revertir los desequilibrios de la balanza de pagos, de manera que la política económica debía provocar una contracción significativa de los niveles de gasto interno.

Por eso, cuando se quiso crear las condiciones para el desarrollo de nuevas producciones competitivas y cerrar los desequilibrios de la balanza de pagos, mediante nuevos atractivos para el ingreso de capitales privados de riesgo, el "neomonetarismo" planteó una agresiva política de apertura de las importaciones:

apoyada en el desmantelamiento arancelario y acompañada de la elevación de las tasas de interés domésticas (hasta colocarlas en el mismo nivel que las internacionales).

VI. Corporativismo, populismo y Debilitamiento Fiscal

El Estado Desarrollista que emergió de las transformaciones de la posguerra asumió activamente el proyecto nacional de industrialización por sustitución de importaciones, y en ese sentido fue *intervencionista*; modificó algunas instituciones económicas tradicionales - como la tenencia de la tierra y el régimen tributario - y en ese sentido fue *reformista*; reguló el funcionamiento de los mercados internos e implantó los sistemas de planificación para racionalizar las inversiones privadas y públicas con criterios de integración nacional, y en ese sentido fue *tecnocrático*; se apoyó en el proteccionismo arancelario y en las tesis de selectividad del capital extranjero, para ampliar las oportunidades de beneficio de los inversionistas locales, y en ese sentido fue *nacionalista*; adoptó algunos criterios de justicia social en materia de protección laboral, salarios mínimos, subsidios y ampliación de la previsión social, y en ese sentido fue *redistribucionista*. Finalmente, hizo que la mayor parte del esfuerzo modernizador descansara en las inversiones públicas y la creación de múltiples agencias de gobierno que absorberían la mayor parte de los recursos humanos calificados, y en ese sentido llegó a constituirse en un Estado *empresario y empleador*.

A pesar de todos esos calificativos, el régimen desarrollista no llegó a crear un Estado Social porque no democratizó la política, ni enfrentó con decisión la erradicación de las formas tradicionales de lucha por el poder. Por eso, cuando se inauguró el último periodo democrático, había una amplia variedad de agencias estatales encargadas de procesar las demandas de las organizaciones corporativas, así como un alto grado de concentración del poder de decisión en las autoridades de la Función Ejecutiva y en organismos estatales autónomos, pero no había una cultura política favorable al desenvolvimiento de las formas democráticas de participación y control de los asuntos públicos, ni un sistema de representaciones políticas que reflejara la diversidad de intereses regionales y sociales y, al mismo tiempo, contribuyera a desarrollar políticas públicas con criterio de unidad nacional.

Junto al sector moderno de la economía, protegido y alimentado por el manejo corporativo de las finanzas públicas, había una gran dispersión de otras formas de organización económica, unas heredadas de épocas pretéritas y otras surgidas de la propia experiencia de modernización industrial. Frente a la gran capacidad de reclamación de los sindicatos y los gremios empresariales, una enorme masa de

trabajadores autónomos amparados bajo formas precarias de contratación estaban fuera de las redes de protección social y carecían de capacidad de organización para expresar sus demandas.

De ahí que, en lugar de la configuración de un sistema de partidos políticos que favoreciera la justicia distributiva y la democratización del Estado, lo que produjo la transición democrática fue una conducta colectiva orientada hacia la apropiación de los recursos fiscales desde perspectivas diferentes, casi siempre inclinadas a privilegiar las demandas particulares de las clientelas locales y a debilitar la capacidad de regulación del poder central.

Cuando las crisis económicas coinciden con transiciones políticas, las nuevas democracias enfrentan un doble desafío: cómo reanudar el crecimiento y, al mismo tiempo, cómo consolidar unas instituciones políticas nacientes. Puesto que las reformas necesarias para restablecer la capacidad de crecer económicamente engendran inevitablemente un deterioro transitorio de las condiciones materiales de muchos grupos sociales, surge la pregunta de si existe alguna estrategia de reformas que consolide las instituciones democráticas y permita reanudar el crecimiento económico.

Es que, cuando los gobiernos no atinan a poner límites a las protestas y reclamaciones de todos los sectores de la sociedad o ignoran las restricciones presupuestarias, cambiarias y del ahorro, surge una indisciplina fiscal que se conoce como “*populismo económico*”¹¹ y que no debe confundirse con los *estilos populistas* de los discursos electorales, ni con los *pactos populistas* de las coaliciones políticas que impulsaron en los treinta y cuarenta las estrategias de modernización con intervencionismo estatal y proteccionismo.

En el caso ecuatoriano, a lo largo del presente siglo, siempre ha sido la incapacidad de financiar las importaciones de bienes de consumo y de capital con las rentas generadas por las exportaciones de bienes primarias lo que ha desencadenado varios períodos de ingobernabilidad, más o menos dramáticos. Y, por eso mismo, desde los años treinta, con las primeras formas de intervencionismo del gobierno en los mercados locales, hasta inicios de los años ochenta, con el último intento de modificar el control oligárquico del poder político, las transiciones institucionales del estado ecuatoriano siempre han sido parciales y trucas.

Si en el pasado no pudo ensayarse una separación nítida de las competencias de la economía y la política, porque siempre fue oportuna la invocación de la figura

11 Véase: BRESSER, MARAVALL, PRZEWORSKI, “*Las reformas económicas en las nuevas democracias*” y Jeffrey SACHS, “*Social Conflict and Populist Policies in Latin America*”

del Estado para suplir los vacíos de la iniciativa empresarial y la insuficiencia del ahorro interno, en la coyuntura de los ochenta tampoco pudo lograrse la formación de un régimen político de partidos guiados por otras motivaciones que no sean el manejo presupuestario de los recursos fiscales.

El paréntesis modernizador de la posguerra aglutinó a la sociedad en torno a un proyecto de desarrollo nacional pero no creó ciudadanías; quiso superar el “*localismo*” como criterio de asignación de prioridades en la obra pública, pero no erradicó el régimen de clientelas y prebendas rentísticas que los grupos de presión organizados articularon alrededor de las finanzas públicas. Si en la cultura política ecuatoriana siempre fue más importante el ejercicio vertical del poder, a través de todas las formas jerárquicas de manifestación de la autoridad, en la cultura económica ecuatoriana nunca estuvo ausente la lógica precapitalista de la acumulación primaria de capital y de la primera división internacional del trabajo, esto es, la búsqueda de rentas espurias derivadas de las ventajas naturales y de la mano de obra barata.

La modernización autoritaria de la posguerra trató de constituir un sentido político del “*interés general*” basado en el principio de la soberanía económica de la nación, y en esa dirección podría afirmarse que, en comparación con las transiciones institucionales de épocas anteriores, hubo un avance significativo en pro de una capacidad colectiva para enfrentar el subdesarrollo por encima de los intereses del regionalismo y el localismo.

Dentro de las propuestas modernizadoras contrarias al viejo régimen liberal oligárquico hubo una inclinación por la provisión pública de bienes preferentes, bajo el supuesto de que el costo de su mantenimiento y la capacidad social de su financiación estarían garantizados por la renta petrolera. Se pudo obtener la adhesión de las capas medias de la sociedad a ese proyecto de modernización nacional porque la contrapartida política de esa nueva modalidad de articulación material entre la población y el Estado no implicaba la constitución de otras formas de representación social distintas al corporativismo empresarial y sindical, y porque una contrapartida impositiva basada en un régimen fiscal de tributación directa nunca fue una alternativa imaginable dentro de un ambiente de bonanza aparente que, con el petróleo y el endeudamiento externo, se creyó inagotable.

Así pues, resulta explicable que, al restablecerse la democracia como forma electiva de manifestación de las demandas populares, haya sido más fácil construir consensos redistributivos orientados “hacia el Estado” y que, más tarde, al ponerse en práctica los primeros programas de estabilización y ajuste económico, hayan aflorado las fuerzas centrifugas del regionalismo oligárquico expresadas esta

vez con un estilo populista de comunicación con el electorado y una práctica económica populista en la conducción de las políticas públicas.

Si el “pacto populista” que empezó a constituirse en los años treinta dio fuerza a una larga e incompleta transición desde la forma de estado liberal oligárquico a otra forma de estado “tecnocrático desarrollista”, el “populismo económico” de mediados de los años ochenta fue en cambio la mejor manera de contener el proceso de ajuste y de retornar al viejo régimen agro-minero-exportador de comienzos de siglo.

En efecto, con un manejo perverso de las políticas de precios, salarios, combustibles, tipo de cambio y tasas de interés, se pudieron generar nuevos episodios de inflación reprimida que alentaron el crecimiento del gasto público y de las importaciones. Al sobrevenir la caída de los ingresos de divisas por exportaciones, con la consiguiente reducción de los ingresos fiscales, estarían dadas las condiciones necesarias para un nuevo programa de ajuste cambiario. Ante la imperiosa necesidad de recaudar ingresos para el fisco y de restablecer un nivel mínimo de reservas internacionales, no quedaría otra alternativa que estimular el crecimiento inmediato de las exportaciones tradicionales.

Puesto que las reformas económicas se diluían y la incertidumbre se apoderaba de los agentes económicos, tampoco quedaría lugar para la innovación tecnológica y la reconversión industrial. Aún cuando se volviera a aplicar un nuevo programa ortodoxo de estabilización y ajuste, el peso de la deuda externa y la ausencia de inversiones de riesgo en nuevas actividades económicas obligarían nuevamente a presionar sobre el eje “exportaciones primarias - tributación indirecta”, con lo cual la incapacidad de generar nuevos puestos de trabajo y la insuficiencia de las medidas compensatorias del gasto público recrearían las condiciones apropiadas para un nuevo episodio de populismo económico.

Si la puesta en marcha de las políticas de ajuste estructural debía conducir a la adaptación de la economía nacional a las nuevas condiciones del entorno internacional, mediante la incorporación de cambios tecnológicos y el aprovechamiento de las ventajas comparativas que debió crear la sustitución de importaciones, es pertinente interrogarse por qué en el caso ecuatoriano la transición institucional ha sido tan lenta, e inclusive ha dado muestras de regresión hacia el viejo régimen agro exportador de comienzos de siglo.

A pesar del tiempo transcurrido desde el estallido de la “crisis de la deuda”, a comienzos de los ochenta, la mayoría de los dirigentes políticos continuaba todavía, hacia fines de los años noventa, confrontando dos verdades absolutas, el estado o el mercado, como si se tratara de escoger la vía de regreso a un pasado dorado,

reciente o lejano, y no de abordar las cuestiones prácticas de la reestructuración productiva y la transformación institucional en función de las virtudes y los obstáculos del nuevo entorno económico mundial.

Muchas personas, en los ámbitos político y académico, perciben aún los programas de ajuste estructural como una respuesta sumisa de los gobiernos a las presiones de los acreedores externos y los organismos multilaterales, y esperan que el Estado recupere los éxitos económicos y sociales que interrumpió la crisis. Se cree que si el Estado pudiera reactivar el crecimiento económico, diferir el pago de la deuda externa, combatir la corrupción e introducir algunos correctivos a la gestión de las administraciones públicas, no habría motivos para abandonar el ciclo intervencionista de organización y gestión del desarrollo que dio tantos frutos en los sesenta y setenta.

En el otro extremo, los que propugnan la reducción del tamaño del Estado a su mínima expresión y la puesta en vigor de un nuevo marco jurídico con reglas claras para el libre juego de las fuerzas de mercado, siguen firmemente convencidos que la intervención del Estado en la economía de la posguerra fue un desafortunado episodio de la historia de América Latina (y de todos los países del mundo) y que es indispensable un regreso al liberalismo decimonónico.

Como unos esperan que el Estado supervise a un capitalismo egoísta por naturaleza y distribuya sus frutos de manera más equitativa, y otros confían en el poder creador del mercado para generar la máxima riqueza posible y brindar oportunidades a todos, el vacío político de la transición radicaría en que ambas visiones prescindían de la existencia de los cambios tecnológicos e institucionales que han tenido lugar en los últimos años.

Ahora bien, esas las limitaciones intelectuales del debate político tienen mucho que ver con las exigencias del entorno económico, social y político. Y, en Ecuador, ciertamente, tales exigencias no han sido demasiado severas, ni urgentes.

La opción de cada país por las políticas gradualistas (medidas correctivas que toman largo tiempo en medio de las reacciones de la opinión pública) y las políticas de shock (conjunto de medidas simultáneas que se aplican de una sola vez para conseguir efectos inmediatos) no depende del signo ideológico de los gobiernos, sino de la confluencia de varias condiciones económicas, sociales y políticas.

Además del grado de resistencia de los actores sociales (asociaciones empresariales, movimientos sindicales y altos funcionarios públicos) y del grado de autonomía de cada país frente a los organismos multilaterales (según la cuantía de los recursos necesarios para financiar la transición), hay que tomar

en consideración: (a) la fortaleza política de los gobiernos frente a la oposición y otras fuerzas sociales; (b) la competencia de la administración pública para aplicar las políticas de manera consistente y perseverante, y (c) la gravedad de la crisis económica y sus manifestaciones inmediatas.

Entre todos ellos, no cabe duda que el factor más gravitante es la presencia de una crisis abierta expresada en inflación aguda, conflictos sociales extremos y magnitudes inmanejables del déficit fiscal y de la balanza de pagos; ya que en presencia de crisis latentes, manejables, lo más probable es que se prefiera una política gradualista.

En el caso ecuatoriano, pese a los desaciertos e indecisiones de las autoridades (o debido a ellos) y a las resistencias ideológicas de los principales actores sociales y políticos, los desequilibrios macroeconómicos jamás han llegado a los extremos de otros países; en ese sentido, han sido crisis manejables. La respuesta de las exportaciones a la demanda internacional y de los estímulos cambiarios han sido relativamente satisfactorias; la tasa de explotación de la renta petrolera ha permitido paliar las deficiencias del régimen tributario interno y atender las demandas corporativas de los principales actores sociales; y, debido a su reducida dimensión internacional, la economía y la política ecuatorianas jamás han sido gravitantes en el entorno regional como para merecer presiones extremas de los organismos multilaterales.

También es pertinente una hipótesis de resistencia social moderada a las exigencias de la transición institucional, propia de coyunturas manejadas bajo gobiernos débiles y una administración pública deficiente, porque al no haber sido expuesta a desequilibrios económicos inmanejables y conflictos políticos extremos, la sociedad ecuatoriana no ha tenido que enfrentar los hechos y consecuencias del “equivalente moral de una guerra” que obligan, en última instancia, a optar por las medidas de shock como única opción del ajuste estructural.

La falta de consensos políticos mínimos sobre el modo de regulación de la economía y el arreglo de los conflictos distributivos produjo un vacío institucional que apenas ha permitido un acomodo circunstancial y sumamente vulnerable del aparato productivo nacional a la coyuntura internacional. Al estrecharse cada vez más el vínculo entre la fragmentación del sistema político, la volatilidad del crecimiento económico y la inconsistencia de los programas de ajuste, es casi obvio que la acumulación de capital se vuelva insegura y errática.

Mientras fue necesario el régimen de “economía mixta” que permitía la absorción de los conflictos sociales a través de una forma de Estado regulador de la complejidad social y garante de la modernización industrial, podía atribuirse

a las agencias de gobierno una función empleadora y compensadora de las desigualdades distributivas, razón por la cual era eficaz la reglamentación de las prácticas sociales y la construcción de identidades colectivas a partir del territorio, el idioma y las mismas tradiciones locales.

El establecimiento de la democracia introduce un nuevo enfoque de las relaciones entre gobernantes y gobernados, obliga a reconocer nuevas formas de participación de los actores sociales en el ejercicio del poder y exige un nuevo modo de articulación material entre los agentes económicos y el Estado; todo lo cual puede suscitar en los momentos iniciales de dicha transición política algunos síntomas de inestabilidad macroeconómica, particularmente por el lado de la distribución del ingreso, mientras se consolidan las instituciones democráticas y se perfecciona el reacomodo de las políticas públicas.

En el caso ecuatoriano, se puede afirmar que la recuperación de las formas electivas de representación y participación social en las decisiones que atañen al interés nacional (1979), coincidió con la crisis del modo de inserción de la economía nacional en el sistema económico internacional (1981) y, al interrumpirse la continuidad del crecimiento económico y descomponerse las bases materiales del Estado Desarrollista, también se debilitó el marco de referencia de la gobernabilidad democrática.

El Estado Desarrollista había otorgado al poder político las facultades suficientes para regular el sistema de precios e intervenir en la acumulación de capital, y ocurre que la transición hacia un nuevo modelo de organización y funcionamiento de la economía nacional requería la adopción de otras reglas de juego para dar lugar a una nueva forma de articulación material entre los agentes económicos locales y la comunidad internacional de los negocios.

Mientras los viejos mecanismos de negociación y resolución de los conflictos sociales tenían en la figura del Estado providencial una fuente de redistribución de rentas y concesión de privilegios, ahora, en el nuevo paradigma de la modernización social se estima indispensable la separación de las competencias de la economía y la política, para que el mercado pueda aplicar sus propias lógicas contractuales sin interferencias indebidas del sistema político.

En la medida en que la reorganización del sistema económico no permitiría la ampliación de la esfera de acción de los gobiernos, mediante un sistema de transferencias fiscales y concesión de privilegios alimentado por la bonanza petrolera y el endeudamiento público, es casi obvio que el debilitamiento de la autoridad fiscal se convirtió en el cuello de botella más importante para el manejo de los desequilibrios macroeconómicos, entre otras razones porque la reforma de las instituciones económicas supone la erradicación del rentismo y el proteccionismo.

Sin mayores perspectivas de atraer inversiones de capital y sin capacidad de corregir los agudos desequilibrios fiscales, los gobiernos democráticos no tuvieron otra opción que apostar por el retorno de la economía ecuatoriana al viejo sistema de especialización en actividades extractivas (régimen agro-minero-exportador), con efectos perversos en las desigualdades económicas y la fragmentación social.

De modo similar a lo que aconteció hasta inicios de los años cuarenta, ello significó la reaparición de las viejas prácticas localistas y premodernas, que solo atinaban a generar presiones rentistas sobre los recursos naturales y a utilizar el sistema político como un instrumento de acceso a los recursos fiscales.

Quito, Noviembre 2012

Bibliografía

- Amin Ash and Hausner Jerzy, "*Beyond Market and Hierarchy*", Edward Elgar, Cheltenham, U.K., 1997
- Anglade Ch. y Fortin C., "*Papel del Estado en las Opciones Estratégicas de América Latina*", en: Revista de la CEPAL N° 31, Santiago de Chile, 1987
- Banco Central del Ecuador, "*El Ecuador en la Postguerra*" (2 Vol.), Banco Central del Ecuador, Quito, 1992
- Bobbio Norberto, "*El Futuro de la Democracia*", Fondo de Cultura Económica, México, 1996
- Bobbio, Norberto, "*Estado, Gobierno, Sociedad*", Plaza & Janés, Barcelona, 1987
- Bocco, Arnaldo M., "*Auge Petrolero, Modernización y Subdesarrollo*" Corporación Editora Nacional, Quito, 1987
- Boeckh, Andreas, "*Deuda Externa y Política Tributaria en América Latina*", en Revista DC, Universidad de Tubinga, 1996
- Bresser, Luiz Carlos et al., "*Las reformas económicas en las nuevas democracias*", Alianza Editorial, Madrid, 1995
- Carbo, Luis Alberto, "*Historia Monetaria y Cambiaria del Ecuador*" Colección Ayora, Vol. I., Banco Central del Ecuador, Quito, 1978
- Colburn, Forrest, "*La problemática democracia de Ecuador*", en: INCAE, Cuadernos de Economía, N° 5, 1994
- Cordes Corporación de Estudios para el Desarrollo "*América Latina en el nuevo contexto internacional*", CORDES, Quito, 1990
- Graciarena, Jorge, "*El estado latinoamericano en perspectiva*", en: Pensamiento

- Iberoamericano, N° 5ª, Madrid, 1984
- Hofman A., Buitelaar, R., "Ventajas comparativas extraordinarias y crecimiento a largo plazo: el caso de Ecuador", en: Revista de la CEPAL N° 54, Santiago de Chile, 1994
- Mancero Samán, Alfredo, "Estado y Economía en la Constitución Ecuatoriana", Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 1998
- Morrison, C. (editor), "The political feasibility of adjustment in Ecuador", OECD, Paris, 1994
- Muñoz, Oscar (editor), "Hacia el Estado Regulador", Dolmen / CIEPLAN, Santiago de Chile, 1990
- Naim, Moisés, "Instituciones: el eslabón perdido en las reformas económicas de América Latina", Banco Mundial, mimeo, Bogotá, 1994
- Pérez, Carlota, "La modernización industrial en América Latina y la herencia de la sustitución de importaciones", en: Revista Comercio Exterior, México, 1996
- Ramos, Joseph, "Un balance de las reformas estructurales neoliberales en América Latina", en: Revista de la CEPAL N° 62, Santiago de Chile, 1997
- Schodt, D. W., "La agricultura en un pequeño país exportador de petróleo: Ecuador durante los años setenta y ochenta", en: Twomey/Helwege (comp.), Modernización y Estancamiento, Fondo de Cultura Económica, México, 1991

Desarrollo sostenible y gobernanza. Retóricas del derecho global y de la justicia ambiental

Pedro Mercado Pacheco (Universidad de Granada)

Ulrich Beck decía que una de las dificultades para comprender fenómenos nuevos y complejos como la globalización es que las ciencias sociales trabajan a menudo con categorías zombis, categorías vivas/muertas (como soberanía, clases, trabajo, Estado, legitimidad...) ancladas en un pasado que nos haría en cierto sentido ciegos a los cambios del presente y que sobreviven en nuestros días tan sólo como sombras lingüísticas, sin contenido preciso ni márgenes claros, incapaces de clarificar el debate ni, por tanto, de orientar la acción. (Beck, 2004, p. 12).

En ocasiones, sin embargo, también sucede lo contrario, que ante la necesidad perentoria de orientarnos en los cambios que afectan a nuestro presente, trabajamos con categorías novedosas, "ideas faro", que logran consolidarse rápidamente como pautas imprescindibles de interpretación de la sociedad y de sus transformaciones, pero cuya repetición generalizada y su uso indiscriminado acaban por menguar considerablemente su capacidad explicativa originaria, y la luz que arrojan para orientarnos en este presente complejo y globalizado acaba por convertirse en una luz cegadora. Quizás el ejemplo más paradigmático de este fenómeno es lo que ha ocurrido con el propio concepto de "globalización", pero no es el único. Otros términos como "desarrollo sostenible" o "gobernanza" son ejemplos de conceptos cuyo uso se ha extendido en los últimos años de forma tan extraordinaria que parecen formar parte imprescindible del vocabulario de una época, constituyendo una nueva retórica que refleja bien el espíritu de los nuevos tiempos.

En principio, puede parecer pretencioso unir bajo en un mismo trabajo estos grandes temas, en principio inconexos, que están en la agenda de investigación de las ciencias sociales pero también de la agenda política contemporánea, en una reflexión intuitivamente centrada en el derecho global y en las políticas ambientales. Sin embargo, estas reflexiones pretenden mostrar que entre dichas categorías y conceptos hay relaciones y concomitancias que permiten trazar líneas de contacto y pueden servir de pretexto para mostrar las claves explicativas de las transformaciones del derecho en general, y del derecho y la política ambiental en particular, en el contexto de la globalización.

Hoy el desarrollo sostenible se presenta como un objetivo global. Un principio jurídico y político capaz de suscitar el consenso de políticos, economistas, juristas, sindicatos, multinacionales, ONGs... Usado profusamente en la discusión política, incorporado en declaraciones políticas y en tratados internacionales, como uno de los principios normativos y políticos más adaptados y en consonancia con las dinámicas de un mundo globalizado.

Por su parte, la gobernanza se presenta precisamente como la matriz institucional de la globalización a través de la que desplegar las políticas y estrategias de desarrollo sostenible. Una nueva forma de ejercicio del poder político y de regulación de la sociedad, y un nuevo modelo de articulación de la democracia en los diferentes niveles de gobierno no necesariamente estatales en los que se articula la acción en las sociedades globales, con nuevos actores, mecanismos institucionales e instrumentos normativos que rivalizan y transforman los tradicionales que giraban en torno a la soberanía de los Estados.

Las reflexiones que siguen no serán la sede para tratar de realizar una genealogía en extenso de estos conceptos y procesos; mi intención, más modesta, es mostrar algunos de sus rasgos más sobresalientes, pero también algunos de sus aspectos problemáticos como conceptos nucleares de los debates contemporáneos sobre los fines y los medios del derecho global y la justicia ambiental.

1. Retórica de los fines: del desarrollo sostenible a la sostenibilidad ecológica.

Durante las últimas décadas, el desarrollo sostenible se ha convertido en el concepto estrella en los debates sobre el derecho y la política ambiental. Ha sido ampliamente adoptado como objetivo político por instituciones internacionales, gobiernos, empresas y ONGs, y se ha convertido en uno de los centros de atención prioritarios de los medios de comunicación y del debate político y social. Desde su exitosa formulación en el Informe Brundtland en 1987, como “el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”¹, el concepto básicamente viene evocando en la conciencia común una relación amigable entre el hombre y la naturaleza, esto es, la idea de un modelo de desarrollo económico que sea respetuoso y compatible con la supervivencia de los ecosistemas. Desde entonces, y tras su consagración en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro de 1992, la “garantía

1 No fue ésta la primera vez que se empleó la expresión, pero sí puede afirmarse que allí adquirió plena entidad. El Informe Brundtland fue elaborado en 1987 por encargo de las Naciones Unidas y tomó su nombre de la que fue primera ministra noruega Gro Harlem Brundtland, coordinadora del proyecto. Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro futuro común*, Alianza, Madrid, 1988, pág. 67

de la sostenibilidad ambiental” es hoy uno de los ocho objetivos de desarrollo del Milenio declarados por las Naciones Unidas que exige “incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y en los programas nacionales e invertir la pérdida de recursos naturales”. En este mismo sentido, el art. 3.3 del Tratado de la UE (en la versión consolidada de Lisboa) establece que la Unión “obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente”.

Hoy, una vez pasada su etapa de alumbramiento y difusión a través de las cumbres internacionales y de las declaraciones normativas de *soft law*, el desarrollo sostenible parece querer abrirse paso como uno de los principios, cuando no el principio normativo fundamental, sobre el que deberán descansar la política y el derecho ambientales (Fracchia, F, 2010, Serrano, 2008). Para algunos el principio de desarrollo sostenible se ha convertido en un “verdadero principio general del derecho, aplicable e invocable” (Piñar Mañas, 2002, p. 29) que incluso estaría en condiciones de sustituir al “viejo” concepto de justicia (Decleris, 2000, p. 77 y ss, citado en Piñar Mañas, 2002, p. 30).

Y en cierto sentido, el desarrollo sostenible evoca un nuevo imaginario de la justicia que sustituiría al imaginario de la justicia subyacente al hoy tambaleante contrato o compromiso que sostenía al Estado social. Un nuevo imaginario apto para declinar la justicia en todos los niveles espaciales (locales, estatales, regionales y globales) y temporales (intra e intergeneracional) que la globalización exigiría, superando la visión sincrónica y confinada territorialmente en el Estado de los anteriores imaginarios de la justicia. Además, evoca un imaginario desde el que es posible plantear soluciones tanto a la incesante polarización social y a la brecha en términos de desarrollo, entre ricos y pobres, entre el Norte y el Sur, como para servir como principio normativo desde el que afrontar los desafíos de la crisis ecológica.

De hecho, en sus formulaciones más acabadas el concepto ha sido ampliado y construido sobre tres pilares: el económico, el social y el ambiental, que se traducirían en tres objetivos o valores: crecimiento económico, justicia social y protección del medio ambiente (Loperena Rota, 2003). Este “triángulo del desarrollo” exigiría el mantenimiento de la tensión y el equilibrio entre sus tres vértices para evitar inestabilidades del conjunto del sistema. En definitiva, el desarrollo sostenible exigiría ajustes constantes y equilibrios entre crecimiento económico y el desarrollo social, así como un control riguroso de los impactos ambientales de la actividad productiva con el fin de no menoscabar las bases físicas del desarrollo. El párrafo

5º de la Declaración final de la Cumbre de Johannesburgo nos llama a asumir la “responsabilidad colectiva de promover y fortalecer, en los planos local, nacional, regional y mundial, el desarrollo económico, social y la protección ambiental, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible”. Por definición, el desarrollo sostenible sería un principio abierto, necesitado de ponderaciones o *trade-offs*, de compromisos y equilibrios entre esos tres elementos constitutivos

Así definido el concepto parece ser objeto de un consenso prácticamente universal. ¿Quién podría estar en contra de un modelo económico, político y social que garantice simultáneamente el bienestar económico, la erradicación de la pobreza, la justicia social y la protección del medio ambiente? De hecho, todos los gobiernos, partidos políticos de todo el espectro ideológico, sindicatos, ONGs, grupos ecologistas y empresas de todos los tamaños y en todos los sectores han dado su respaldo a este principio y no cesan de incluir en sus declaraciones, informes y memorias, su firme compromiso con el desarrollo sostenible

Uno de los méritos innegables tanto del Informe Brundtland como de la Conferencia de Río, es que dieron una audiencia importante a los problemas del medio ambiente, que son fundamentalmente los problemas que nuestro modelo de producción y nuestro sistema social plantea al medio ambiente. Introdujeron de forma definitiva la problemática ecológica en la agenda política. A partir de ese momento, la idea de la finitud de la naturaleza no podía ser ignorada, y “ningún proyecto sería tomado en serio desde ahora si no llevaba consigo un anexo medioambiental”.(Rist, 2002, p. 222)

Sin embargo, como pone de manifiesto Naredo, no es tanto su novedad, como su controlada dosis de ambigüedad, lo que explica la buena acogida que tuvo el concepto de “desarrollo sostenible”, en un momento en el que la propia fuerza de los hechos exigía más que nunca unir la reflexión económica sobre el crecimiento a los límites físicos en los que ha de tomar cuerpo. Fue un concepto que permitió contentar a todo el mundo, de tender un puente entre desarrollistas y conservacionistas, entre economía y ecología, entre países desarrollados y no desarrollados. Razones no faltaban: los economistas estaban habituados desde hace tiempo a proponer el objetivo del “desarrollo sostenido” (*sustained*), entendiendo por tal un desarrollo que no se viera alterado por desequilibrios y crisis, y no tuvieron problema alguno en sustituir ese término por el de “sostenible” (*sustainable*) sin modificar sustancialmente sus puntos de vista. Por otro lado, los conservacionistas veían en el calificativo “sostenible” la promesa explícita de conservar el patrimonio natural, pensando así que sus reivindicaciones habían sido atendidas”. (J. M. Naredo, 1996 y 2006)

La formulación ambigua de Bruntland estaba abierta así desde su origen a varias interpretaciones. En la mentalidad de los ecologistas, la interpretación del desarrollo sostenible es clara: preconizar un desarrollo sostenible significa prever un volumen de producción que sea soportable por el ecosistema y que, por esto, pueda ser considerado en el largo plazo. Es por tanto la capacidad de reproducción la que determina la producción. “La durabilidad/sostenibilidad” significa que el proceso no puede ser mantenido sino es en ciertas condiciones dadas desde fuera. En definitiva, la idea de desarrollo sostenible sólo podría entenderse como una limitación del crecimiento económico y exigiría la consiguiente transformación radical de las pautas de producción y consumo de los países industrializados. Esto es lo que pudiéramos llamar una interpretación “fuerte” de la idea de sostenibilidad que estaba ya en el propio origen del concepto

En efecto, en la prehistoria del concepto manejado por la Comisión Bruntland, está el diagnóstico del informe Meadows de los años setenta sobre la crisis ecológica y los límites del modelo crecimiento de las sociedades industrializadas: la imposibilidad de mantener y generalizar un modelo de crecimiento económico insostenible por superar los límites naturales del planeta. Este es el hecho y el razonamiento que la ciencia constataba y cuyos efectos empezaban a verse de forma palmaria. Se tomaba conciencia de que ciertos modelos de producción y de consumo han generado la irreversibilidad de ciertos procesos de degradación ambiental.

Sin embargo, la interpretación mayoritaria y la que ha acabado imponiéndose en las estrategias nacionales y empresariales desarrolladas bajo el paraguas del desarrollo sostenible ha sido lo que pudiéramos llamar una interpretación “débil” de la sostenibilidad (A. Ross, 2009). Estas interpretaciones débiles privilegian más el desarrollo, entendido de forma reduccionista como crecimiento económico, que la forma en la que éste es obtenido. Se mantiene firme la creencia de que sólo con tasas de crecimiento económico positivas será posible atender a las demandas ambientales, que sólo con más capital es posible sufragar los costos de la recuperación ambiental. En esta interpretación el término “sostenible” es intercambiado y usado invariablemente por el término “sostenido”. El desarrollo sostenible así concebido sería una invitación para hacer duradero/sostenido el desarrollo, esto es, el crecimiento medido en términos monetarios o crematísticos. No solo hay que universalizarlo-globalizarlo, sino además hacerlo eterno. Como dice Girst, dado que el desarrollo se considera “naturalmente” positivo, hay que evitar que flaquee y que el crecimiento sufra de astenia. Desarrollo sostenible significaría entonces que el desarrollo debe avanzar a un ritmo más sostenido, hasta hacerse irreversible, porque lo que padecen los países del Sur es un desarrollo

no duradero, un desarrollo con eclipses, puesto permanentemente en cuestión por medidas políticas efímeras... no es la supervivencia del ecosistema la que define los límites del desarrollo sino el desarrollo el que condiciona la supervivencia de la sociedad” (G. Girst, 2002. p. 223).

Además esta interpretación débil está basada en la premisa de que la tecnología y el comercio internacional asegurarán que existan siempre recursos para satisfacer la carga cultural y humana sobre el planeta. Una “visión prometeica” que considera que el bienestar de las generaciones futuras dependerá de mantener un crecimiento económico ininterrumpido que estimule la capacidad de invención humana y la eficiencia tecnológica, lo que resolverá, por añadidura, los problemas ambientales. Con frecuencia, esta visión es enarbolada contra el catastrofismo del discurso ecológico, hasta llegar a negar la gravedad de muchos problemas ecológicos, como el calentamiento global, o atribuyendo el resto, como la escasez de agua potable o la deforestación en países del Tercer Mundo, a bajos niveles de crecimiento económico. (Arribas, F., 2007)

Quizás esta sea la versión más extrema de la debilidad del concepto de desarrollo sostenible. Pero existen otras interpretaciones débiles de la sostenibilidad, en las que podemos incluir los discursos de la “modernización ecológica” (I. Barcena, 2004, p. 22) y de la economía ambiental (Naredo, 2006). Estos planteamientos reconocen como punto de partida la existencia de fallos del mercado, de externalidades y de costes ecológicos, preconizando la internalización de dichos costes a través de los instrumentos del enfoque económico convencional. Se aborda pues la gestión de la naturaleza como externalidades que deben ser valoradas desde el instrumental analítico de la economía, de los costes y beneficios. En definitiva un planteamiento que, más que ecologizar la economía, acaba economizando la ecología.

En este discurso modernizador, el medioambiente emerge como una fuerza de propulsión para el crecimiento económico. La “eficiencia”² se convierte en un valor fundamental para el sistema económico. Muchas de las soluciones adoptadas desde este enfoque se han centrado en mejorar las credenciales ecológicas de los productos ofrecidos en el mercado, Un esfuerzo por presentar las empresas, los procesos de producción y los productos como respetuosos con el medio ambiente, como prueba de la compatibilidad de los intereses de la naturaleza y los de la economía.

2 El World Business Council for Sustainable Development (WBCSD) define la eficiencia como “la oferta de bienes y servicios a precios competitivos que satisfacen las necesidades humanas, y que aportan calidad de vida, reduciendo a la vez progresivamente el impacto ecológico y la intensidad de las extracciones de los recursos naturales con el fin de alcanzar un nivel compatible, como mínimo, con la capacidad de carga del planeta” (citado por S. Latouche, 2007, p. 45)

Así la industria automovilística puede maximizar la producción y venta de automóviles ecoeficientes –incluso con ayudas y subvenciones públicas- sin tener que cuestionarse la sostenibilidad ecológica de un modelo de transporte basado en el vehículo privado, o podemos promover la construcción de rascacielos “ecológicos” sin la reflexión precisa sobre el cuál sea el modelo urbanístico más sostenible para nuestras ciudades. El resultado de esta estrategia es que cuantos menos recursos se requieren por unidad de energía, transporte, comida, etc., mas unidades se consumen, dedicando así muy poca atención al lado de la demanda de esta ecuación. Ignorando que la presión sobre el ecosistema a través de los incrementos del consumo por una población cada vez más creciente llegará hasta un punto insostenible para el ecosistema que no podrá satisfacer ya todas las demandas.

El resultado de esta estrategia es que la demanda de la humanidad sobre los recursos vivos del planeta, su “huella ecológica”, excede los límites ecológicos de la tierra desde 1980 y se ha continuado incrementando hasta hoy en que la huella ecológica excede la capacidad regenerativa de la tierra en un 30%. (A. Ross, 2009, p. 35-36)

En definitiva, las interpretaciones débiles diluyen, anestesian, trivializan o interiorizan en la lógica económica la problemática ecológica, sin modificar sustancialmente las tasas de crecimiento y los patrones de producción y consumo de nuestras sociedades, cuya impugnación como insostenibles constituía, por su parte, el núcleo semántico de la interpretación fuerte de la sostenibilidad que el ecologismo originario de los setenta defendía.

Tanto en el informe Brundtland como en la Conferencia de Rio, como posteriormente en la Cumbre de Johannesburgo, se evitó elegir entre estas dos interpretaciones antinómicas y contradictorias, vacilando entre el llamamiento a los límites que el medio ambiente impone al desarrollo y la exhortación a entrar resueltamente en una nueva era de crecimiento económico.

Esta ambigüedad calculada es coherente con el cambio de tono en el ambientalismo durante los años ochenta y noventa, después de la época del nacimiento de la conciencia ecologista en los setenta. Una operación en palabras Naredo de “conformismo conceptual” con la finalidad de no aparecer como catastrofistas, al denunciar la magnitud del deterioro ambiental y conceder que aunque existan límites al crecimiento no tiene porqué haberlos al desarrollo (Naredo, 2006, p. 27). De ahí el recurso al *oximoron*, a la fórmula retórica que reconcilia a los contrarios que está inserta en el término “desarrollo sostenible”.

De esta forma, la hegemonía de las interpretaciones débiles del desarrollo sostenible han acabado degradando progresivamente su núcleo semántico

originario. El repetido e incesante uso retórico del concepto ha acabado por hacer que su aplicación en la práctica se traduzca en *sostenibilismo*: que todo acabe por calificarse de “ecológico” y “sostenible”, ocultando o menospreciando las contradicciones y la gravedad de los daños ambientales ocasionados, sin necesidad de cambiar los criterios de gestión, ni los patrones de comportamiento que los originan (C. Velayos, 2008, p. 15).

Este uso retórico del principio puede hacer de él algo inservible, y para algunos lo mejor es abandonarlo. Esa es la opción que por ejemplo nos sugiere Serge Latouche (Latouche, 2007). Otra opción es la que defiende J. Riechmann (J. Riechmann, 1995), que opta por no desaprovechar la capacidad de movilización y el poder simbólico que ha tenido el término y luchar por una interpretación “ecológica” y no economicista del concepto de desarrollo sostenible.

En este contexto, luchar por una determinada interpretación significa elegir, reducir el espectro semántico del término para hacerlo reconocible, utilizable y operativo dotándolo de un sentido normativo preciso.

Este es un planteamiento, no solo legítimo en términos generales, sino de importancia capital en el ámbito más particular del derecho ambiental, en donde la excesiva ambigüedad que históricamente ha tenido el concepto ha motivado que los intentos de traducirlo en formulaciones jurídicas comprensibles hayan resultado problemáticas y se hayan quedado en instrumentos con un alto nivel de generalidad.

No nos engañemos, el concepto de desarrollo sostenible vive su existencia jurídica en nuestro ordenamiento constitucional como principio, por tanto, con el grado de generalidad, de ambigüedad y vaguedad pero también de fundamentalidad que caracterizan a estos standards normativos y como tal abierto a la ponderación y a los equilibrios entre las ideas, previa y fuertemente jurificadas, de desarrollo económico o de justicia social. Esta formulación como cláusula normativa abierta, es congruente con la propia formulación del concepto, y lo dotaría de una fuerza normativa que orientaría la acción del legislador o del juez a la hora de integrar políticas, buscar equilibrios y realizar ponderaciones entre los tres pilares valorativos del concepto. De hecho, el objetivo inicial de la estrategia por el desarrollo sostenible sería precisamente el de hacer que las agendas del desarrollo económico, la erradicación de la pobreza y de la protección del medio ambiente se unieran y, por tanto, sería congruente con esta formulación jurídica como principio.

Sin embargo, para que el principio pueda ser operativo, para que no caiga en un uso meramente retórico que lo haga inservible para su aplicación práctica, es

necesario hacer algo más que poner juntas e integrar las políticas, económica, ambiental, y social. Los conflictos internos al término desarrollo sostenible y su naturaleza imprecisa han provocado que haya sido manipulado para apoyar o rechazar los resultados de políticas diversas fundamentadas en principios también diferentes. Una decisión judicial, un acto administrativo o una medida legislativa puede ser defendida como sostenible otorgando más peso a las consideraciones económicas sobre las sociales o ambientales; otra decisión puede favorecer los factores ambientales frente a los económicos, y otra que privilegie las consideraciones de justicia social sobre las ambientales, etc. Se nos podría decir que eso forma parte precisamente del inevitable juego que se inicia ante una colisión de valores o principios tendencialmente contradictorios: el juego de la ponderación, de la proporcionalidad y del equilibrio entre los contrarios, que solo admite finales provisionales y no definitivos en la medidas legislativas, en los actos administrativos o en las sentencias judiciales, pero que no prejuzgan el resultado de las siguientes partidas. Pero creo que en el caso del desarrollo sostenible la ponderación a secas, sin guía normativa previa, sin precisar cuál sea su núcleo semántico, y cual sea el peso, la prioridad o la compatibilidad entre sus distintos componentes, acabaría convirtiendo al decisor jurídico en un bienintencionado aplicador discrecional de cualquier opción que en principio puede estar amparada bajo el paraguas del *sostenibilismo*.

Para salir del sostenibilismo, del uso retórico del principio, la estrategia del desarrollo sostenible requiere en mi opinión, volver a situar el significado originario de la idea de sostenibilidad ecológica como núcleo normativo del concepto de desarrollo sostenible. Al hacerlo así, podríamos relacionar de forma más efectiva los ingredientes sociales y económicos del concepto con un punto de referencia central, el de los presupuestos ecológicos de desarrollo, con un juego de relaciones y límites más definidos (A. Ross, 2009, pp. 37-39). El desarrollo sostenible se convertiría así en un marco más significativo para ponderar la sostenibilidad del planeta con la necesidad humana del desarrollo.

Esta reinterpretación del concepto de desarrollo sostenible pasaría por situar en su núcleo normativo dos ideas que me parecen cruciales para dotar a este principio de fuerza normativa que oriente nuestras acciones y decisiones más allá de esa concepción "integral" del desarrollo que trata de maquillar con los retoques de lo social y lo ecológico el verdadero rostro crematístico de nuestro modelo de crecimiento económico. Y esas dos ideas nucleares son, desde mi punto de vista, la idea de límite y la idea de futuro.

a) La idea de *límite* es importante porque creo que es imprescindible volver a situar en el corazón del debate la conclusión básica que, ante los efectos de la

crisis ecológica, se realizó en los años setenta del siglo pasado y que resumió el informe Meadows sobre los límites del crecimiento: no hay futuro posible sin autolimitación en el presente. La clave inexcusable de cualquier desarrollo sostenible es la autolimitación. Todo lo demás (las propuestas de ecoeficiencia, de prevención e internalización de costes ambientales, la necesaria integración de políticas económicas, sociales y de protección ambientales, etc.) puede ayudar, pero lo único decisivo para la sostenibilidad es la autolimitación. La necesidad de no sobrepasar la capacidad de carga del planeta, tomar conciencia y hacer operativa la idea de que los ecosistemas físicos tienen límites y que el funcionamiento de los sistemas económicos y sociales no pueden ignorar la destrucción de su base ecológica.

La idea de límite nos debe permitir, por ejemplo, abandonar la pretensión de reconciliar dos fenómenos antagónicos –el crecimiento económico y la sostenibilidad de los ecosistemas físicos que le sirven de base– en una síntesis hegeliana que superaría a uno y al otro, cuando en sentido estricto los dos polos dialécticos se mueven en planos de abstracción y formas de razonamiento distintos que los hacen inconmensurables³.

Si tomamos como núcleo del concepto de sostenibilidad la idea de no superar la capacidad de carga de la Tierra en términos ecológicos, algunas de las interpretaciones del desarrollo sostenible serían fácilmente rechazables (en concreto las versiones débiles). Cualquier concepto que hoy se maneje de la justicia ambiental debe presuponer un disfrute equitativo de los recursos naturales que garanticen la buena vida de todos. Por tanto, “un desarrollo es sostenible si tiende a preservar y garantizar la integridad de la existencia de los sistemas ecológicos, es insostenible si tiende a lo contrario” (K. Bosselman, 2008, citado por A. Ross 2009, p.34). El énfasis por tanto debería ser determinar primero los límites ecológicos y luego establecer qué desarrollo es posible dentro de esos límites. Solo así podemos orientarnos en las inevitables ponderaciones y *trade-offs*. En ocasiones, los límites

3 Como señala Naredo, “las nociones de crecimiento (y de desarrollo) económico encuentran su definición en los agregados monetarios homogéneos de “producción” y sus derivados que segrega la idea usual de sistema económico, mientras que la preocupación por la sostenibilidad recae sobre procesos físicos singulares y heterogéneos. En efecto, la idea de crecimiento (o desarrollo) económico con la que hoy trabajan los economistas, se encuentra desvinculada del mundo físico y no tiene ya otro significado concreto y susceptible de medirse que el referido al aumento de los agregados de Renta o Producto Nacional. Es decir, de agregados monetarios que, por definición, hacen abstracción de la naturaleza física heterogénea de los procesos que los generan, careciendo por lo tanto de información y de criterios para enjuiciar la sostenibilidad de estos últimos” (Naredo, 1996, p. 3) Sobre el origen, el uso y el contenido del término sostenible”)

locales pueden requerir ser excedidos para conseguir bienes globales y viceversa. Desarrollar y mejorar las herramientas capaces para comparar impactos locales y globales debe ser una prioridad. Una vez que esa determinación de los límites se ha realizado sobre la base, por ejemplo, del concepto de “capital natural crítico”, de “huella ecológica” o de la “capacidad de carga” de planeta las decisiones sucesivas necesitarán ser ponderadas con las necesidades locales y globales además de con los criterios sociales y económicos. Este debe ser el papel prioritario y básico de la idea de desarrollo sostenible.

b) Por otro lado, la preocupación por el *futuro* quizás sea lo más interesante y novedoso de la definición del informe Brundtland. El desarrollo sostenible nos sitúa ante la responsabilidad de legar a las generaciones futuras un planeta que no esté irreversiblemente dañado por la actividad del ser humano. Es una prescripción ética que nos apremia a respetar el derecho de nuestros descendientes a disponer de un entorno saludable y a utilizar los recursos naturales *al menos* en un grado similar al que disfrutamos los seres humanos actuales. Esta formulación universal de la justicia intergeneracional resumiría el otro sentido normativo “originario” del desarrollo sostenible. Un significado originario que sería una aplicación del principio de responsabilidad enunciado por Hans Jonas: “actúa de tal forma que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida auténticamente humana sobre la tierra”.

Esa idea de proyección hacia el futuro nos permite declinar la justicia en una nueva dimensión, no solo espacial (en sus múltiples escalas a tener hoy en cuenta: global, regional, estatal, y local) sino también temporal (justicia intergeneracional). Se trata pues de privilegiar un enfoque que decline la justicia en el largo plazo. El desarrollo sostenible introduciría de esta forma la necesaria visión diacrónica en la política ambiental, superando la visión sincrónica del mercado o de la política cortoplacista. El mercado solo reacciona ante una demanda solvente expresada aquí y ahora, el beneficio desconoce la idea de largo plazo; de la misma forma, la acción política convencional se mueve –sin trascenderlos– en los estrechos márgenes de los tiempos electorales.

Esta reducción del concepto de desarrollo sostenible a la idea básica de sostenibilidad ecológica, esto es, a la idea de autolimitación en el presente para la preservación de las bases físicas de nuestro bienestar en el futuro, me parece una operación higiénica desde el punto de vista intelectual. En primer lugar, puede ser útil para prevenirnos de los usos retóricos del concepto; en segundo lugar, para escapar de la mixtificación de una interpretación hegemónica del desarrollo sostenible cuya ambigüedad controlada permite enarbolarlo como principio jurídico-político universal compartido por fuerzas económicas y políticas

absolutamente diversas. Expresión de una idea consensualista en torno a la posible reconciliación del medioambiente y del desarrollo, de la ecología y de la economía, del Norte y del Sur que, por su generalidad y vaguedad, nos deja sin guía normativa para orientarnos entre las inevitables contradicciones de intereses.

En su uso retórico, los inevitables conflictos de intereses y las luchas ideológicas que rodean al concepto de desarrollo sostenible parecen haber sido superadas por la representación de un futuro reconciliado gracias al progreso de la ciencia y al dominio de la racionalidad económica. Todos los actores del juego del desarrollo sostenible (empresas, gobiernos de todos los tamaños y signos políticos, expertos, movimientos y asociaciones ecologistas...) los son ahora compañeros que colaboran responsablemente en la consecución de un objetivo común. Esta interpretación consensualista del desarrollo sostenible requiere precisamente formas jurídicas y políticas en las que la negociación, la cooperación y la búsqueda de equilibrios y consensos de todos los intereses involucrados en la política ambiental y de todos sus ingredientes valorativos se conviertan en centrales. El desarrollo sostenible como novedoso fin de las políticas ambientales, reclamaría también nuevos medios, esto es, nuevas formas de gobernanza.

2. Retórica de los medios: la gobernanza como solución y como problema.

Los años noventa del siglo pasado fueron testigos de un cambio en la forma de gobernar o de gestionar el medio ambiente. La ruptura con los anteriores modelos no solo se ha visto favorecida por la introducción de nuevos objetivos y principios de actuación como los del desarrollo sostenible o los del principio de precaución, sino también por la crisis de las tradicionales formas de la acción pública y de la regulación jurídica en materia de protección del medioambiente. Estos fenómenos de transformación jurídica e institucional no pueden ser circunscritos exclusivamente al campo del derecho ambiental, pero por múltiples razones el medio ambiente se ha convertido en uno de los terrenos privilegiado de experimentación de las transformaciones operadas en el ámbito de las políticas públicas. La protección del medio ambiente es uno de los ámbitos de la acción política en el que se hacen más patentes los desafíos teóricos y prácticos que la globalización plantea a nuestras tradicionales modelos de gestión y de regulación jurídica: existencia de riesgos e incertidumbres; multidimensionalidad espacial y temporal de los problemas ambientales (locales, globales, intergeneracionales); el carácter de recurso global y común del medioambiente; complejidad y ausencia de soluciones inmediatamente practicables que necesariamente conllevan importantes repercusiones económicas y sociales; divergencias profundas entre la pluralidad de intereses económicos, políticos, ecológicos y la multiplicidad de actores implicados

(empresas, movimientos sociales, asociaciones, instituciones gubernamentales, intergubernamentales o no gubernamentales) y de la naturaleza pública o privada de la racionalidad en la que basan su acción... Todos estos rasgos parecen requerir la experimentación de nuevas formas de gestión y de regulación de la cuestión medioambiental que irremisiblemente pasan hoy en día por el llamado paradigma de la nueva gobernanza (*new governance*). En este sentido, podríamos decir que si el concepto de desarrollo sostenible constituye el fundamento teórico de las normas y los principios de la política ambiental, la noción de gobernanza es la que explica como dicho concepto opera y se materializa hoy en la práctica.

En términos generales, la gobernanza está relacionada con la pérdida de la centralidad del Estado y con la diseminación de los poderes normativos y regulatorios que caracteriza la fenomenología político-institucional que acompaña a la globalización. El concepto de gobernanza alude a un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de regulación jerárquico del Estado y se caracteriza por la interacción entre actores autónomos y por redes entre organizaciones (Rhodes 1996; Mayntz 1997, Prats, 2005)⁴.

Los sistemas de gobierno tradicionales se han basado en la jerarquía y la unilateralidad. Pero hoy, la visión única de las necesidades de la sociedad desde el Estado no permite hacer frente a la complejidad, diversidad y pluralidad que caracterizan a nuestras sociedades. Ante esta situación, en los últimos años se han buscado nuevos sistemas que, sin superar y abandonar definitivamente los sistemas anteriores, giran en torno al concepto de gobernanza.

La nueva realidad en la que dicen situarse la mayoría de los autores que tematizan la noción, es la incapacidad del modelo de Estado moderno "vertical", desbordado, deslegitimado y obsoleto para organizar la toma de decisiones en las democracias representativas. En todos los empleos del término, las fronteras público-privado tienden a borrarse, se privilegian aquellos mecanismos de gobierno que no necesitan de la autoridad del Estado, ni siquiera su sanción para funcionar, y se tiende a la creación de estructuras resultantes de la interacción múltiple. Los flujos y las redes parecen describir más adecuadamente un mundo donde el poder es más móvil e inestable, el poder ya no viene "de arriba" sino que discurre en la negociación multiforme e incesante. En definitiva, nuevos esquemas de gobierno basados en la idea de la deliberación, el intercambio y la corresponsabilización, mucho más que en los principios tradicionales de la delegación, la jerarquía y la especialización.

4 La literatura sobre gobernanza se ha multiplicado exponencialmente en los últimos años y se hace prácticamente inabarcable. Una aproximación panorámica en castellano puede encontrarse en Cerrillo (2005), Prats (2005) o Natera (2005)

Un enfoque más descentralizado y consensual que permite coordinar los múltiples niveles de gobierno y que es definitivamente policéntrico. Un enfoque que otorga un gran papel a los actores no estatales para asumir las funciones, administrativas, reguladoras, de gestión y de mediación desarrolladas anteriormente por el Estado.

También en el ámbito de las políticas ambientales, se abre paso un “*multi-actor governance system*” (Bierman, 2004, p. 9) en el que el Estado pierde su papel principal y pasa a ser un actor más entre otros en la formulación, aplicación y evaluación de las políticas ambientales. En lugar de un Estado regulador, se auspicia un Estado “catalizador”, facilitador, “metarregulador”. Y junto al Estado otros actores entran en escena. Entre ellos, destaca el papel de los expertos en las redes de gobernanza donde asumen un decisivo rol a la hora de suministrar la información técnica precisa para la toma de decisiones en un derecho ambiental marcado cada vez más por el riesgo y por un alto grado de incertidumbre⁵. Tampoco podemos olvidar el papel en la formulación de las políticas ambientales y en su control de las organizaciones de la sociedad civil y de las ONGS, pero especialmente hay que destacar el nuevo rol empresas en las políticas ambientales, y en particular el de las grandes empresas multinacionales. Estas no solo han ganado influencia en la formulación de las políticas ambientales a través de su influencia indirecta en las decisiones de los poderes públicos mediante las tradicionales actividades de lobbying, sino que asumen un papel directo en el diseño y la gestión de las políticas ambientales mediante su negociación directa con los Estados, organizaciones supranacionales, administraciones locales y con otros grupos de intereses; se convierten así en los “socios” principales de los poderes públicos en la implementación de las políticas de protección del medioambiente. Un ejemplo ilustrativo de este fenómeno son los acuerdos que en el marco del *Global Compact* auspiciado por las Naciones Unidas, han concluido un gran número de las mayores empresas multinacionales⁶.

Y al mismo tiempo que la política ambiental se abre a la participación de actores no estatales y que sus instrumentos se privatizan a través de los

5 La dependencia cada vez más importante en la creación y aplicación del derecho del conocimiento experto y las trascendentales, pero también delicadas, relaciones entre derecho y ciencia, derecho y técnica, es una de las cuestiones capitales de la teoría jurídica contemporánea. Para una profundización en este tema remito a la línea de trabajo que viene desarrollando en nuestro país José Esteve Pardo (Esteve Pardo, 2009 y 2001)

6 El Pacto Mundial (*Global Compact*) es una iniciativa internacional propuesta por las Naciones Unidas que tiene como objetivo fomentar la implicación de las empresas en la gestión de algunos de los principales retos sociales y medio ambientales. Más información sobre los principios y el desarrollo del Pacto puede consultarse en www.unglobalcompact.org

mecanismos de negociación con dichos actores, la gobernanza ambiental se segmenta y fragmenta en un sistema multinivel (global, regional, estatal, o local) en el que necesariamente han de tenerse en cuenta las interrelaciones y las sinergias entre los distintos niveles que conforman hoy la gobernanza ambiental (Bierman, 2004)

La gobernanza, en definitiva, se presenta como un enfoque más apropiado para asegurar en términos de eficacia la gobernabilidad de las sociedades complejas. Pero al mismo tiempo si la gobernanza es presentada como preferible al gobierno es porque nos aparece, además, como más participativa, más democrática. La noción de gobernanza cobra todo su encanto persuasivo en las practicas democráticas que sugiere: menos jerarquía, más participación horizontal, cooperación de múltiples actores en la toma de decisiones, obligación de rendir cuentas, formas de coordinación descentralizada... De esta forma, los binomios “eficacia + democracia”, “desregulación + participación”, constituyen la matriz básica del paradigma de la gobernanza.

En suma, la gobernanza plantea oportunidades tanto para el fortalecimiento de la eficacia de las políticas públicas como para la regeneración democrática. Como tal, su auge y desarrollo puede entenderse como una respuesta ante las crisis - diagnosticadas ya en los años setenta del pasado siglo- de legitimación (J. Habermas, Claus Offe) y de gobernabilidad (M. Crozier) de las democracias encerradas aún en los marcos constitucionales y en los límites de la soberanía de los Estados y agravadas, tanto en su dimensión como en sus efectos, por el proceso de globalización.

Un nuevo imaginario -y una nueva retórica política- sustituye al imaginario político de los Estados sociales y democráticos zarandeados en sus pilares por la ola globalizadora: así frente a la idea de transformación social como objeto de la política, la gobernanza propone la *resolución de problemas*; frente a la idea de participación popular en las instituciones de gobierno, la *participación de los stakeholders* y de los intereses privados involucrados; frente al pacto social (básicamente entre capital y trabajo), la *autorregulación* de los intereses; frente a la *justicia social* que estaba en la base de las políticas redistributivas y universalistas del Estado del bienestar, los *juegos de suma positiva* y *políticas compensatorias*; frente al reconocimiento de las relaciones de poder, la *coordinación* y el *partenariado*; frente a la asunción y reconocimiento del conflicto social, la *cohesión* y la *estabilidad*. (Boaventura Santos, 2009, p.5).

Ese cambio radical de imaginario y de retórica también se produce en el ámbito jurídico. Las nuevas formas de regulación de la gobernanza están estrechamente

vinculadas con las teorías acerca de la estructura flexible del derecho, de la preferencia por el *soft law* frente al *hard law*, de la idea de “ligereza” del derecho, de un derecho “blando”, no construido vertical y jerárquicamente, sino sobre la capacidad de autorregulación de una esfera privada articulada mediante nuevos y sutiles vínculos institucionales con la esfera pública (Messina, 2008, p. 61). El derecho en este nuevo contexto, abdica progresivamente de su “carácter normativo”, de ser un criterio determinante para orientar nuestras acciones y decisiones; abandona la pretensión de dar una regulación directa y se limita a establecer premisas, procedimientos, para tomar decisiones, fomentando negociaciones y entendimientos, y adaptándose a la casuística de la situación. Se introduce así una flexibilidad desconocida en los ordenamientos jurídicos heredados del modelo jurídico del Estado moderno. El derecho ya no establece *a priori* una reglas de juego o unas determinadas garantías básicas (papel fundamental del derecho en el Estado liberal), ni impone o promueve la obtención de determinados resultados y objetivos sociales (función de grandes sectores del ordenamiento en el modelo del Estado social). Las tradicionales racionalidades formales y materiales son sustituidas por una nueva racionalidad de carácter procedimental que tiene como objetivo la regulación indirecta, mediante la coordinación de la autorregulación y el reconocimiento de la autonomía decisoria de la diversidad de los intereses sociales (J. E. Faria, 2001.)

El paradigma de la gobernanza nos trae también una nueva retórica jurídica, simbólicamente representada por la contraposición entre los imaginarios del *law* y del *soft law*, paradigmas contrapuestos acerca de la creación de las normas jurídicas, de sus características formales, o de sus formas de aplicación y control: así, frente a un derecho creado vertical y jerárquicamente a través del monopolio de autoridad pública, una creación del derecho horizontal, participativa, consensuada y deliberativa; frente a un derecho formal compuesto de reglas claras y precisas, el antiformalismo de los estándares abiertos y de los principios; frente a un derecho aplicado mediante la imposición de deberes, penas o sanciones por el Estado, por el órgano administrativo o por el juez correspondiente, un modelo de aplicación del derecho basado en incentivos, en códigos voluntarios, en presiones ciudadanas, en informaciones técnicas o basadas en los mercados.

Detrás del paradigma de la gobernanza como nueva forma de gobierno hay toda una constelación de nuevos instrumentos normativos y técnicas de regulación jurídica que a veces rivalizan y se contradicen con las formas e instrumentos de regulación tradicional, a veces se complementan o en ocasiones cristalizan en fórmulas “híbridas” que suponen una transformación significativa de las formas y

de la técnicas de regulación jurídica tradicionales (D. Trubek, 2007; G. de Burca y J. Scott 2006; N. Walker y G. De Búrca, 2007)⁷.

Inevitablemente, la pérdida de la centralidad del Estado se traduce consecuentemente en una crisis de los caracteres típicos de la juridicidad moderna ligada al Estado. El Estado deja de ser el centro de referencia en la regulación de los cambios jurídicos que intentan adaptarse a las dinámicas de las sociedades globalizadas y deja paso a un sistema complejo, plural y policéntrico de regulación jurídica en el que nos encontramos con nuevas formas y fuentes de producción jurídica, nuevos modos de aplicación, control y evaluación del derecho que no coinciden ya con el ejercicio de la soberanía nacional, ni tienen necesariamente carácter público. Ello se pone de manifiesto en el incremento de la *creación no política del derecho*, el protagonismo de la autonomía privada y de la *autorregulación*, el auge de la *nueva lex mercatoria*, el *derecho de la producción* (constituido por el conjunto de normativas técnicas cuya elaboración dejan los Estados y las autoridades públicas en manos de los expertos y de los sectores implicados y a las que después se otorga el placet oficial), por no olvidar el papel, presuntamente “técnico” y apolítico, de las *autoridades independientes* y de las nuevas agencias “reguladoras”.

El derecho ambiental, no ha sido ajeno a estas nuevas formas de gobernanza y a las nuevas orientaciones en las políticas de protección del medio ambiente. Así, frente a las reglamentaciones administrativas imperativas, preventivas o sancionadoras en materia de protección del medioambiente, o los incentivos económicos (la fiscalidad ecológica, permisos negociables), nos encontramos con una serie de novedosos instrumentos de “gestión ambiental compartida”, de “*new collaborative enviromental governance*”. Hoy proliferan los acuerdos y convenios

7 Un ejemplo ilustrativo de estas nuevas formas de regulación es lo que se ha venido en llamar la “*autorregulación regulada*”. De acuerdo con esta estrategia las empresas ven sometida su actividad a normas de contenido ético (códigos de conducta), o a normas muy detalladas basadas en complejos criterios técnicos, (normas técnicas y de normalización) que son creadas por las propias empresas (*autorregulación normativa*); e igualmente se cede a sujetos privados (empresas evaluadoras y auditoras) contratados normalmente por las empresas el control de la aplicación de tales normas (*autorregulación declarativa*); en manos de los poderes públicos se deja el control, la supervisión y la coordinación del funcionamiento conjunto de estos mecanismos. De esta forma se argumenta, los actores sociales, los expertos, las propias empresas se convierten en agentes sociales que cumplen y desarrollan objetivos generales de la sociedad interiorizándolos como propios sin influencia del estado. El control estatal se sitúa a una posición subsidiaria y de reserva con el instrumental clásico de la regulación imperativa, preventiva o sancionadora del derecho público. Del ambiente. El Estado limita su intervención directa se mantienen en una posición de reserva, limitada a la supervisión de los mecanismos de autocontrol y de autorregulación. Sobre todas estas cuestiones véase Darnaculleta (2005) y Esteve Pardo (2002).

ambientales entre autoridades públicas y los sectores empresariales, los sistemas de ecoauditoria, y de etiquetado ecológico, la creación partenariados público-privados en la gestión de los recursos naturales, la proliferación de códigos de conducta o la centralidad que en las nuevas orientaciones de las políticas públicas cobran la responsabilidad social de las empresas, etc.

La gobernanza, en suma, nos sitúa ante un importante desafío para la teoría jurídica que se despliega en un doble plano: descriptivo y normativo.

En el plano descriptivo, la gobernanza nos obliga a dar cuenta del derecho “real” de nuestros días, de las nuevas modalidades y formas de la producción normativa, de los reales vericuetos del *iter* legislativo y regulativo, de quiénes son los nuevos poderes normativos determinantes en la regulación jurídica y de cuáles son las racionalidades que insertan en los nuevos escenarios institucionales de la gobernanza. Ese análisis seguro tendrá repercusiones en el ámbito de la teoría de las fuentes del derecho, o en el planteamiento de las relaciones entre derecho y ciencia, entre el saber técnico y la racionalidad jurídica, pero sobre todo nos obligará a reconstruir profundamente una teoría de la legislación que suministre instrumentos teóricos, no tanto para la mejora de la calidad de la regulación, sino para dar cuenta de lo que pudiéramos denominar “los nuevos tiempos y espacios de la ley” en el paradigma de la gobernanza. La mirada del jurista ha estado tradicionalmente focalizada en el contenido normativo de la ley, punto final del proceso *ex ante* de preparación, información, consulta, discusión, deliberación y formulación legislativa, y punto de inicio del proceso *ex post* de implementación, control de su cumplimiento y de evaluación legislativa. Este *iter* regulativo y esta separación entre creación, ejecución y control de los contenidos de la ley, formaba parte de una teoría de la legislación cuyos rasgos fundamentales estaban consagrados constitucionalmente a través del principio de separación de poderes. Sin embargo, una de las ideas clave para entender la novedad del paradigma de la gobernanza es la imposibilidad de separar en dicho enfoque la fase de concepción y diseño de las políticas, la creación normativa, de la fase de su ejecución, implementación e evaluación (Joan Prats, 2005). En el paradigma de la gobernanza, los nuevos modos de regulación *ex ante*, no solo abren el proceso de creación normativa a nuevos actores y racionalidades, sino que la propia ley se percibe como revisable, abierta a la experimentación, dotada de la flexibilidad necesaria para adaptarse y responder al aprendizaje de su implementación *ex post* mediante procesos de supervisión y control que los propios actores asumen.

En el plano normativo, la teoría jurídica deberá evaluar si estos nuevos mecanismos institucionales son capaces de satisfacer las demandas de democratización de los procesos de toma de decisiones en todos los niveles de la

gobernanza. Es decir, si la gobernanza implica más democracia, un derecho más participativo, deliberativo y legítimo. Pero para ello deberemos distinguir primero entre la retórica de la gobernanza y la forma real de tomar decisiones e implantarlas.

Como en el caso del concepto de desarrollo sostenible, el paradigma de la gobernanza se nos presenta como el medio más adaptado, más eficaz y más democrático para alcanzar ese gran objetivo global. Pero también, como también ocurre en el caso del desarrollo sostenible, será necesario separar el poder de evocación del concepto, su reiterado uso retórico e ideológico, de las potencialidades innegables en términos de eficacia regulativa o de legitimidad democrática de una formas de regulación jurídica que difícilmente podrán ser ya las del viejo paradigma regulativo basado en el Estado. Esa novedad, sin embargo, no debe de hacernos ciegos a los riesgos y problemas que el ejercicio práctico de la gobernanza plantea tanto desde el punto de vista de su eficacia, como en el de su legitimidad. (I. Blanco y R. Gomà, 2004, p. 21)

Desde el punto de vista de la eficacia para ofrecer soluciones eficientes y eficaces a los problemas colectivos, la gobernanza nos obliga a formularnos preguntas como las siguientes: ¿cómo incentivar a los actores a participar en la red y cómo sostener esa participación en el tiempo? ¿Cómo fomentar relaciones de cooperación y de consenso por encima de las dinámicas (aparentemente inevitables) de conflicto? ¿Cómo integrar actores previsiblemente tan dispares como ciudadanos a título personal, entidades ciudadanas, expertos, empresas, administraciones... en el marco de redes comunes de actuación? ¿Cómo tomar decisiones en el marco de redes diversas, asimétricas y conflictivas? ¿A partir de qué criterios y de la perspectiva de quién evaluar las políticas que se desarrollan en el marco de esas redes?

En términos de legitimidad, de capacidad de generar aceptación y complicidad por parte de la ciudadanía, la gobernanza nos lleva, necesariamente, a plantearnos preguntas como: ¿bajo qué criterios democráticos podemos justificar la apertura del proceso decisorio hacia actores que no gozan de legitimidad electoral? ¿Cómo preservar los principios básicos de la transparencia, la responsabilidad y la *accountability* una vez las políticas se formulan en el marco de redes compuestas por múltiples y diversos actores? ¿Quién está representado en estas redes y cómo garantizar que la deliberación acerca del interés común es el criterio conductor de las decisiones que se toman en su interior? ¿Son estas redes, necesariamente, espacios horizontales de intercambio y de negociación o bien de las asimetrías de poder que existen en la sociedad?

Para terminar me gustaría ilustrar con un ejemplo del derecho ambiental alguno de los riesgos de estas nuevas y sugestivas formas de gobernanza.

Uno de los instrumentos más importantes de la gobernanza ambiental son los convenios medioambientales entre, por una parte, las autoridades públicas (locales, nacionales, regionales o globales), y por la otra parte, las empresas, grupos de empresas u organizaciones profesionales de un sector industrial concreto. Estos acuerdos aspiran a involucrar directamente a las empresas en la fijación y realización de determinados objetivos de política medioambiental (por ejemplo la reducción de las emisiones contaminantes y la fijación de un calendario de realización, o sobre el uso o composición de determinados productos, etc. (Froger, 2006, p. 18)

Entre las razones aducidas en defensa de estos instrumentos contractuales está el aseguramiento de la corresponsabilización de las empresas que estarían motivadas para afrontar la puesta en marcha de las nuevas normas de producción debido a su implicación directa en la definición de las mismas. Por otro lado, los acuerdos o convenios ambientales garantizarían la rapidez de la ejecución de sus objetivos, en contraste con la tradicional ineficacia y lentitud de la génesis de los textos reglamentarios, e introducirían la necesaria flexibilidad ya que las correcciones impuestas por la experiencia pueden ser incorporadas en cualquier momento a los compromisos suscritos. En definitiva, los convenios son considerados un medio para reducir las dificultades de aplicación y para incrementar la efectividad y eficacia de las medidas que son objeto del acuerdo. A las empresas, los convenios les permiten construirse además una imagen “verde”, evitar reglamentaciones más rígidas y severas, economizar costes, etc. En ese juego cooperativo, las autoridades públicas por su parte se comprometen a no dictar nuevas disposiciones reglamentarias (imperativas o sancionadoras) sobre la materia a no ser que los objetivos del convenio no se alcancen, bien sea por incumplimientos de las empresas o bien por no alcanzar los resultados esperados. Esta es solo parte de la retórica de las ventajas comparativas en términos de gobernanza de las nuevas formas de regulación jurídica frente los instrumentos tradicionales del derecho ambiental,

Sin embargo, y dejando aparte el problema de su verdadero alcance jurídico (para algunos se tratarían de auténticos compromisos que generan obligaciones recíprocas, para otros meras “declaraciones de intenciones” que reflejan el compromiso unilateral de las empresas), los convenios medioambientales también presentan determinados riesgos.

En primer lugar, se corre el riesgo de que los poderes públicos sean “capturados” por las empresas a las que se supone deben controlar y regular. Ello es posible por la delegación de las autoridades públicas en las empresas de una parte importante de la definición del contenido de la política ambiental y el riesgo de que los objetivos

medioambientales no sean considerados como suficientemente ambiciosos o no sean fijados en niveles socialmente eficaces. En otras palabras, el resultado de estos convenios puede ser que la “norma” de protección medioambiental nunca iría más allá de las concesiones consentidas por las empresas. En lugar del tan alabado derecho “flexible” tan sólo estaríamos ante un derecho “blando” que bajo el pretexto de la eficacia y el pragmatismo se conformaría únicamente con lo que los contaminadores hubieran consentido ratificar. Esta especie de “administración convencional” tendría como efecto fijar la situación e impediría subir periódicamente el límite de la protección del medio ambiente (F. Ost, 2006, p. 88 y ss.)

En segundo lugar, se corre el riesgo de reducir el carácter democrático de la acción pública “privatizada” en los nuevos instrumentos normativos de la gobernanza. En estos instrumentos consensuales se hace difícil identificar las exigencias del interés general en el proceso de negociación y de suma de los intereses privados. Los mecanismos de autorregulación propios de la gobernanza ambiental (convenios ambientales, partenariados, certificados y etiquetas, etc), fuera de otros controles democráticos y de la ausencia de un debate contradictorio entre todos los intereses implicados, acaban despolitizando la cuestión del establecimiento de las normas de protección del medio ambiente (F. Ost, 2006, p. 92). En ellos se subestima la especificidad del poder político democrático y la necesidad de la existencia de un momento público-político para la toma de decisiones sobre cuestiones que afectan al interés general y a los bienes colectivos. Existen asuntos de interés general que no pueden ser dejados al juego de los intereses corporativos o sectoriales. Los ciudadanos esperan de la política democrática que en ella se pueda *decidir políticamente*, elegir entre intereses y opciones, entre valores contradictorios y conflictivos sobre la base de la búsqueda de un interés público y no solo *negociar, cooperar, “buscar consensos”, “resolver problemas”* sobre la base del enfoque de los intereses privados y corporativos afectados. Es importante, por ejemplo, que la política energética de un gobierno se abra a un proceso participativo de empresas, consumidores, asociaciones ecologistas..., pero en algún momento también se espera de la política que “decida” sobre las opciones de base del modelo energético, sobre qué tipo de energías privilegiar, sobre la necesidad u oportunidad de prescindir de la energía nuclear,

En tercer lugar, existe un riesgo real de distorsión real de las políticas a favor de los intereses más poderosos que exigen el corto plazo, cuando la protección medioambiental, el desarrollo sostenible y los intereses de las generaciones futuras requieren, como veíamos anteriormente, defensores del largo plazo. Las asimetrías de poder distorsionan los resultados de los instrumentos consensuales de la

gobernanza. Los participantes en los juegos de coordinación horizontal, negociación y cooperación de la gobernanza, no son iguales. Los grupos más poderosos, más homogéneos, mejor organizados y los que gozan de una mejor visión estratégica de sus propios intereses son los que acumulan mayores posibilidades de éxito en el juego participativo y cooperativo que la gobernanza nos propone.

Y, por último, a pesar de que en la retórica de la gobernanza sitúa, la transparencia y la responsabilidad como uno de sus emblemas, en una constelación institucional de tipo reticular y horizontal paradójicamente se corre el riesgo de favorecer la de-responsabilización del ejercicio del poder político. La dispersión del poder, la desaparición de los límites entre lo público y lo privado, la diseminación de la toma de decisiones en redes organizacionales y dispositivos en los que intervienen una multiplicidad de actores e intereses aumentan la dificultad para la atribución de responsabilidades.

Para concluir, hay que reconocer sin duda que la estrategia de la gobernanza es una propuesta sugestiva, una nueva forma de ejercicio del poder y de regulación jurídica a la altura de la complejidad de las sociedades de nuestro tiempo. Como tal, aporta una gran dosis de aire fresco a la hora de enfocar los problemas de eficacia y legitimidad de la acción política y del derecho global y de la crisis de sus formas estatales. Pero, desconocer sus riesgos o diluirlos privilegiando el aspecto de su eficacia en la resolución de problemas, puede vaciar la gobernanza de todas sus innegables potencialidades de participación y de regeneración democrática para nuestro derecho y nuestro sistema político, reduciéndola así a un efectivo expediente retórico legitimador del presente. En otras palabras, la gobernanza puede dejar de ser una propuesta de solución para constituirse en un problema.

Final

Los conceptos y las categorías sociales tienen historia, también los que aparentemente deslumbran por ser radicalmente novedosos. Y en esa historia conceptual debemos encontrar precisamente el significado de su novedad.

Como hemos visto, los conceptos de desarrollo sostenible y de gobernanza solo pueden ser comprendidos en el relato alargado de los problemas de nuestros sistemas políticos y de nuestras democracias ya diagnosticados en los años setenta del siglo pasado y que constituyen la prehistoria en las que se asientan estas nuevas categorías. El significado de la gobernanza no puede entenderse sin el trasfondo de las diagnosticadas crisis de legitimación y de gobernabilidad de nuestras democracias, de la misma forma que el desarrollo sostenible sería un concepto hueco sin el trágico trasfondo de la gravedad y virulencia de la crisis ecológica que

daba sus primeras muestras en aquellos años. La aceleración de los procesos de globalización y el fracaso de las recetas neoliberales más simples (privatización, desregulación, retorno al mercado, etc) expresadas en el Consenso de Washington, nos sitúan en el escenario en el que estas categorías empiezan a desplegar todo su potencial heurístico y práctico. Pero como principios normativos también ellos están abiertos a diferentes usos e interpretaciones. He intentado prevenir de algunos de usos –los retóricos- proponiendo interpretaciones más precisas de esos conceptos o alertando de sus riesgos con la finalidad de hacerlos más operativos en su tarea de orientar la acción y la toma de decisiones.

En particular, he intentado mostrar como detrás del uso y abuso retórico del concepto de desarrollo sostenible subyace una concepción integral del desarrollo que pretende reconciliar y hacer compatibles el crecimiento económico, la justicia social y la protección del medioambiente en un juego de equilibrios y ponderaciones que sin más precisiones en su contenido deriva en el “sostenibilismo”. La defensa de una interpretación fuerte de la sostenibilidad ecológica en cuyo seno están las ideas de auto-limitación y de proyección al largo plazo de las generaciones futuras, puede convertirse en una herramienta práctica para descartar otras interpretaciones más “débiles” y que solo sirven para lograr una reconciliación únicamente “virtual” entre economía y ecología, perpetuando el crecimiento económico crematístico, la polarización social y el deterioro de los ecosistemas.

Por su parte, el paradigma de la gobernanza como matriz institucional de la globalización y de las estrategias políticas a favor del desarrollo sostenible, tiene en su seno una propuesta novedosa de combinación de eficacia y democracia, de desregulación y participación. Y seduce por la concepción democrática y participativa que sugiere del derecho y de la acción política. Sin embargo, su puesta en práctica hasta el momento viene privilegiando y enfatizando el lado de la gobernanza relacionado con la eficacia de las políticas públicas, corriendo el riesgo de que por el camino vaya perdiendo sus potencialidades democráticas, y acabe convirtiéndose en una retórica que haga pasar por novedosas, fenómenos que en realidad no están alejados de algo tan conocido como la desregulación privatizadora o el “viejo” corporativismo social. Una interpretación y una practica democratizadoras del paradigma de la gobernanza pueden ser posibles, pero su indagación y explicación superarían los objetivos que me propuse al iniciar estas reflexiones sobre las nuevas retóricas del derecho global y de la justicia ambiental, pero pueden servir de excusa para continuar en otro lugar y momento la reflexión aquí solamente apuntada.

Bibliografía

- Arribas Herguedas, Fernando (2007): "La idea de desarrollo sostenible", *Sistema*, 196, enero de 2007, pp. 75-86
- Bárcena, I, Ibarra, P y Zubiaga M. (eds.) (2000), *Desarrollo sostenible: un concepto polémico*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.
- Bierman, Frank, "Global Environmental Governance. Conceptualization and Examples". *Global Governance Working Paper*, num 12, 2004. Disponible en internet: www.goglov.org
- Blanco, I. y Gomà, R. (2006), "Del gobierno a la gobernanza: oportunidades y retos de un nuevo paradigma", *Politika. Revista de ciencias sociales*, num. 2, diciembre 2006, pp 11-27
- Bosselman, K, *The principie of Sustainability – Transforming Law and Governance*, (2008).
- Burca, Grainne de y Scott, Joanne, (2006) *Law and New Governance in the European Union and the United States* (Grainne de Burca & Joanne Scott eds., Hart Publishing).
- Burca, Grainne de y Scott Joanne. "New Governance, Law and Constitutionalism" en Burca, Grainne de y Scott Joanne (eds) *Law and Governance in the EU and the US*, Hart Publishing.
- Cerrillo i Martínez, Agustí (2005), *La gobernanza hoy. 10 textos de referencia*. INAP, Madrid.
- Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro futuro común*, Alianza, Madrid, 1988, pág. 67
- Darnacullela, M^a Mercè (2005). *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*. Marcial Pons, Madrid.
- Esteve Pardo, José (2009), *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid.
- (2002), *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Madrid.
- (2001), *Técnica, riesgo y derecho*, Ariel, Barcelona.
- Estévez Araujo, José Antonio (2008) "Que no te den Gobernanza por democracia", *mientras tanto*, num. 108-109, pp. 33-49
- Faria, José Eduardo (2001), *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid.
- Fracchia, Fabrizio, (2010) *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale Scientifica,
- Froger, Geraldine, (2006) "Significations et ambiguïtés de la governance dans le champ du developpement durable", *Mondes en développement*, 104, 2006, pp. 12-28.
- Girst, Gilbert: *El desarrollo: historia de una creencia occidental*, Libros de la Catarata, Madrid, 2002.

- Gunningham, Neil “The New Collaborative Environmental Governance: The Localization of Regulation” *Journal of Law and Society*, Volume 36, Issue 1, pages 145–166, March 2009
- Jiménez Herrero, Luis: *Desarrollo sostenible. Transición hacia la coevolución global*, Pirámide, Madrid, 2000.
- Wan, K. (2009) ‘Global Sustainable Development “From Above” and Local Injustice “Below”’: The Governance Challenge Facing the Congo Basin Rainforest’, 2009 (1) *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*. Disponible en internet :http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2009_1/wan-
- Latouche, Serge (2007), *Sobrevivir al desarrollo*, Icaria, Barcelona.
- Loperena Rota, Demetrio (2003): “Hacia un concepto útil de desarrollo sostenible”, *Ambiente y derecho/ IeZ: Ingurugiroa eta zuzenbidea/*, N.º. 1, 2003, pp. 33-45.
- Mayntz, R. (2000), «Nuevos desafíos de la teoría de ‘governance’», *Instituciones y Desarrollo* 7.
- (2001), «El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna», *Reforma y Democracia* 21.
- Natera Peral, Antonio, (2005) La gobernanza como modo emergente de gobierno y gestión pública. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, GAPP núm. 33-34: mayo-diciembre 2005, pp 53-65.
- Messina, Giovanni, (2008) “La estrategia de la gobernanza en el debate sobre la democracia en Europa”, *mientras tanto*, num. 108-109,
- Naredo, José Manuel, “Sobre el origen, el uso y el contenido del término sostenible”. *Documentación Social*, 102. 1996, pp. 129-147.
- Raíces económicas del deterioro ambiental
- Ost, Francois, “La auto-organización ecológica de las empresas: ¿un juego sin conflictos y sin reglas?” en Gordillo, José Luis (coord.), *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, Trotta, Madrid, pp. 79-106.
- Peters, B. Guy (2005): Gobernanza y burocracia pública ¿nuevas formas de democracia o nuevas formas de control?, *Foro Internacional* 182, XLV, 2005 (4), 585-598, México. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=59911177001>.
- Piñar Mañas, José Luis (2002), “El desarrollo sostenible como principio jurídico”, en ---Piñar Mañas, José Luis (dir.) y Utrera, Sebastián (coord.), *Desarrollo sostenible y protección del medioambiente*, Civitas, Madrid, pp. 23-48.
- Prats, J. (2005), *De la Burocracia al Management, del Management a la Gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones públicas de nuestro tiempo*. Madrid: INAP.

- Jorge Riechmann (1995) "Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación", en Jorge Riechmann et. al., *De la economía a la ecología*, Trotta, Madrid, 1995.
- Vivien, Frank Dominique (2003) "Jalons pour une histoire de la notion de développement durable", *Mondes en Développement*, vol. 3, 2003/1.
- Velayos, Carmen, (2008), "¿Qué Sostenibilidad?: una lectura desde la Filosofía Práctica", en *Papeles*, nº 101, 2008, pp 15-26.
- Walker, Neil y De Búrca, Gráinne (2007): "Reconceiving Law and New Governance", EUI Working paper. Law 2007/10. Disponible en internet: <http://hdl.handle.net/1814/6788>
- Rhodes, R. A. W. (1996), «The New Governance: Governing Without Government», *Political Studies* 44.
- (1997), *Understanding Governance: Policy Networks, Governance Reflexivity and Accountability*. Open University Press, Buckingham
- Rosenau, J. N. y Czempiel, E. O. (1992), *Governance without Government*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ross, Andrea: "Modern Interpretations of Sustainable Development" en *Journal of Law and Society*, vol. 36, 1/2009, pp. 32-54
- Santos, Boaventura de Sousa (2009) "Governance: Between Myth and Reality", en *RCCS Annual Review*, 0, September, 2009, disponible en internet: http://www.ces.uc.pt/publicacoes/annualreview/media/2009%20%20issue%20n.%20/AR0_3.BSSantos_RCCS72.pdf.
- Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez Garavito, Andrés G. (eds.) (2005), *Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press. Existe traducción al español, *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, ed. Antrophos (2007)
- Scott, Joanne y Trubek, David. M.: "Mind the Gap: Law and New Approaches to governance in the European Union" en *European Law Journal*, vol. 8, num. , 2002, pp. 1-18.
- Serrano Moreno, José Luis, (2008) *Principios de Derecho ambiental y ecología jurídica*, Editorial Trotta, Madrid.
- Trubek, David M. and Trubek, Louise G., (2007) "New Governance & Legal Regulation: Complementarity, Rivalry, and Transformation". *Columbia Journal of European Law*, Summer 2007; Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1047. Disponible en internet en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=988065>.

El precio de referencia del barril de crudo y los problemas en su aplicación¹

Juan Francisco Simone Lasso²

Abstract

En razón al reajuste por “precios de referencia” establecido en la Ley de Hidrocarburos, las compañías petroleras tienen la obligación de comparar su precio de venta con el precio de venta de Petroecuador y, de ser este último más alto, consideren la diferencia para una afectación con impuesto a la renta. Esta norma está encaminada a evitar la evasión fiscal por medio de la subvaloración del barril de crudo.

Si bien la norma es coherente, su interpretación y aplicación por parte de la Autoridad Tributaria ecuatoriana no lo ha sido. En el presente trabajo se observará como una interpretación que no toma en cuenta el contexto y la realidad económica que antecede al presupuesto normativo puede desencadenar una serie de procesos judiciales que se pudieron haber evitado. Además, se podrá observar que existen variables internacionales que afectan los precios del petróleo y que estas deben ser consideradas para poder realizar determinaciones tributarias acertadas.

La venta de petróleo constituye la principal fuente de ingresos para el Estado ecuatoriano luego de la recaudación tributaria. Este bien estratégico, que principalmente se lo extrae en la región amazónica ecuatoriana y en la península de Santa Elena, ha sido el pilar de la economía ecuatoriana desde la década de los 70's, cuando el pozo Lago Agrio, concesionado a la Texaco Gulf, resulta exitoso y revela las ricas reservas petroleras de

-
- 1 Agradezco al doctor Edgar Acosta Grijalva por su valiosa ayuda en la revisión del presente artículo.
 - 2 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Representante a Consejo de Facultad de Jurisprudencia de la Asociación Escuela 2012, juanfranciscosimone@hotmail.com, Telf. : 0995650412

nuestra amazonía. Dada su importancia y los intereses económicos que genera por su gran valor, la legislación ecuatoriana prevé un régimen legal amplio y estricto que regula todas las fases de extracción, almacenamiento, transporte y comercialización del hidrocarburo. La comercialización del crudo ecuatoriano se la efectúa tomando en cuenta las diferentes variables del mercado internacional, sobre todo los valores referenciales como el WTI (West Texas Intermediate). Estos valores referenciales, altamente fluctuantes debido a diferentes eventos naturales, económicos y sociales, causaron graves problemas en el Ecuador al momento de la recaudación tributaria por el barril de crudo. Es así que mediante la Ley 44 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial 326 de 29 de noviembre de 1993, se agrega una nueva interpretación del término “precio de referencia” para la determinación del precio del valor de crudo sobre el cual las compañías petroleras debían declarar a la Autoridad Tributaria. La interpretación de esta confusa disposición por parte del Servicio de Rentas Internas ha generado múltiples procesos administrativos y juicios contenciosos tributarios en los que están en juego grandes sumas de dinero. En el presente trabajo se analizarán las diferentes normas que regulan los “precios de referencia”, sus antecedentes y las fallas en que ha incurrido la Administración Tributaria en su interpretación.

1. Antecedentes.-

En la actualidad, las tareas de extracción, almacenamiento y transporte de crudo son exclusivas del Estado ecuatoriano a través de las empresas públicas Petroecuador y Petroamazonas, y en casos especiales por empresas privadas o de economía mixta³. La comercialización, también es exclusiva del Estado ecuatoriano, por medio de Petroecuador, pero excepcionalmente puede ser efectuada por empresas privadas. Estas reglas fueron recientemente introducidas por medio de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno, promulgada en el Registro Oficial 244 Suplemento de 27 de julio de 2010. Hoy en día, el modelo contractual que se utiliza para la exploración y explotación de hidrocarburos (para efectos de este trabajo, únicamente nos

3 En efecto, el mayor porcentaje de participación en la producción de crudo en el Ecuador es de las empresas públicas Petroecuador, Petroamazonas y Operaciones Rio Napo en un 62%, siendo las empresas privadas quienes menor participación tienen con un 38%. (Fuente: López Peña, J. y Herrera Mera, J. J. (2012). Un giro en la gestión petrolera, monitoreo 2009 - 2010. Lupa Fiscal No. 3. Quito: Grupo FARO.)

concentraremos en las actividades hidrocarburíferas de empresas privadas) es el contrato de prestación de servicios mediante el cual empresas privadas extraen y entregan al Estado ecuatoriano barriles de crudo por una tarifa fija. En este modelo contractual, las empresas privadas únicamente son contratistas del Estado ecuatoriano; extraen y entregan el crudo, pero no lo comercializan, evitándose los problemas de la pertenencia de los excedentes por las fluctuaciones del precio del barril de crudo. Es así que el Estado ecuatoriano es el único beneficiado de modo general⁴ del aumento del precio del barril de crudo y de los famosos “ingresos extraordinarios”.

Con la expedición de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos de julio de 2010, se introdujo la norma transitoria “primera” que en su parte pertinente prescribe que *“los contratos de participación y de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos que se encuentren suscritos se modificarán para adoptar el modelo reformado de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos contemplado en el artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos (...)”*. Esta norma se hace extensiva a los contratos de campos marginales y los contratos de servicios específicos celebrados por Petroecuador. Los contratos que mantenía el Estado ecuatoriano con empresas privadas con anterioridad a esta norma, eran o guardaban estrecha similitud a los contratos de participación. Bajo este modelo contractual, el Estado a través de Petroecuador delegaba a una empresa privada la exploración y explotación de hidrocarburos; y la compañía privada asumía todos los riesgos, costos e inversiones que significaban dichas tareas. Por estas actividades, la compañía tenía derecho a una participación en la producción del área del contrato. Dicha participación eran barriles de crudo que la compañía negociaba directamente con compradores, a los precios de los mercados internacionales.

Por tanto, los modelos contractuales que mantenía el Estado ecuatoriano con las empresas de exploración y extracción de petróleo con anterioridad a las reformas a la Ley de Hidrocarburos de julio de 2010, preveían que las mismas compañías privadas negocien el crudo ecuatoriano en los mercados internacionales y cancelen una participación al país. Esta participación estaba fijada en base a un precio referencial del barril de crudo de los años 90, momento en que los precios no habían sufrido fluctuaciones importantes y eran bajos. Con el paso de los años

4 Se utiliza la frase “de modo general” porque los contratos de prestación de servicios prevén el pago en especie. Es decir que la Secretaría de Hidrocarburos puede pagar a las empresas por sus trabajos de extracción en barriles de petróleo, y la compañía podrá comercializarlos independientemente en el mercado internacional a los precios del mercado.

y varios acontecimientos que dispararon la demanda y disminuyeron la oferta⁵, las empresas empezaron a tener grandes réditos al momento de generarse aumentos en el precio de barril de crudo, y excedentes de ingresos por la diferencias entre el precio referencial contractual y el precio de venta efectivo.

Estos ingresos extraordinarios empezaron a generar polémica a partir de la década de los noventa. Muchos críticos señalaban que las compañías internacionales estaban lucrando en exceso mientras que el pueblo ecuatoriano atravesaba graves problemas económicos. Estas presiones generaron una serie de disposiciones para regular varios aspectos de estos ingresos, hasta que finalmente la reforma a la Ley de Hidrocarburos de julio de 2010 terminó por cambiar el modelo contractual mantenido por más de 40 años. Sin lugar a dudas, esta ley reformativa significó un cambio total en el sector petrolero ecuatoriano, lo que generó que varias empresas extranjeras decidieran abandonar el país. Sin embargo, otras empresas decidieron quedarse y renegociar sus contratos, lo que muestra que el negocio sigue siendo rentable.

2. El Precio de referencia del barril de crudo.-

La historia petrolera ecuatoriana ha sido un proceso muy cambiante, lo que ha generado que la economía de nuestro país viva épocas de abundancia, pero también tiempo críticos. Ha sido una constante que durante las épocas en que el precio de crudo se ha disparado, surge una fiebre nacionalista que condena las supuestas prácticas abusivas de las empresas privadas y que obliga a los legisladores a reformar las leyes y reglamentos buscando un método óptimo para que el negocio petrolero sea equilibrado.

Fines de los años 80s y comienzo de los 90s se suscita un gran proceso de revaluación de las políticas extractivas ecuatorianas. Quizás el acto inicial de esta transformación fue la creación de la empresa Petroecuador por medio de la Ley Especial No. 45, durante el gobierno de Rodrigo Borja Cevallos.

5 En efecto, en la última década se ve el mayor aumento en el precio de barril de crudo de la historia. Según Ramón Espinasa, profesor de la Universidad de Georgetown, la escalada del precio se debe a un aumento en la demanda, "Mientras el consumo en los países industrializados se contrajo 6%, el de las naciones en desarrollo se incrementó en 47%. Hoy, estos últimos están a punto de superar a los países industrializados como principales consumidores de petróleo." Aparte existen factores geopolíticos que han incidido en los últimos años especulaciones en los mercados de crudo, como las frecuentes tensiones de los países occidentales con Irán y la reciente Primavera Árabe que causó que se detenga la producción de crudo en Libia. Ramón Espinasa, "Razones del Aumento del Precio del Petróleo, Revista El Mundo, <http://www.elmundo.com.ve/firmas/ramon-espinasa/razones-del-aumento-del-precio-del-petroleo.aspx>

Una disposición que se reformó durante esos años fue la de los llamados “precios de referencia del barril de crudo”. En esencia, lo que la norma obliga es a que las empresas petroleras comparen su precio de venta con el precio de venta de Petroecuador y, de ser este último más alto, consideren la diferencia para una afectación con impuesto a la renta. En definitiva, esta norma busca que las compañías no subvaloren el precio barril de crudo durante las comercializaciones en mercados internacionales. A continuación se revisarán las distintas disposiciones que regulan este concepto.

El artículo 71 de la Ley de Hidrocarburos vigente, establece:

“Art. 71 Fijación de precios.- Las regalías, el impuesto a la renta, las participaciones del Estado y, en general, los gravámenes dependientes de los precios de venta de los hidrocarburos en el mercado externo, se regularán por los precios efectivos de venta o de referencia, según las circunstancias imperantes.(el resaltado es mío)

(...) El precio de referencia de los hidrocarburos será el precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de hidrocarburos realizadas por PETROECUADOR, de calidad equivalente. En el caso del gas natural se considerará el precio de referencia de los energéticos sustituibles.”

A su vez, la cláusula tipo de los contratos de participación define como precio de referencia

“Precio de Referencia: Es el precio promedio ponderado por volumen mensual correspondiente al mes inmediatamente anterior de ventas externas de Petróleo Crudo, realizadas por Petroecuador al contado (...)”

En razón a estas disposiciones, las compañías petroleras privadas tienen la obligación de reajustar sus ingresos por venta de petróleo con los precios de referencia publicados por Petroecuador al finalizar el mes. Es decir, si una compañía vendió el barril de crudo a un valor inferior al precio de referencia publicado por Petroecuador, estará en la obligación de declarar ante la Autoridad Tributaria como ingreso el precio de referencia. Si la compañía vendió el barril en un precio superior al de referencia, no existirá problema porque la recaudación tributaria no se verá afectada de ninguna manera. Jurídicamente, la norma guarda mucha lógica; el Estado quiere evitar que exista evasión tributaria, en especial en el evento que las compañías puedan vender su crudo a filiales en un precio inferior para así perjudicar al fisco.

6 Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos número 44, Registro Oficial No. 326, 29 de noviembre de 1993.

Para establecer el punto de partida para determinar el precio de referencia, el artículo 71 de la Ley de Hidrocarburos exige considerar las “circunstancias imperantes”. En un mercado fluctuante como es el mercado del crudo, el cual se cotiza diariamente en bolsas de valores internacionales bajo índices dependientes de muchas variables, resulta ilógico no considerar las circunstancias que afecta a la valoración del petróleo. Estas circunstancias varían en horas y afectan directamente al precio del crudo. Los desastres naturales, las guerras, las crisis económicas, los cambios de gobiernos son circunstancias que generan trastornos al mercado, lo que ocasiona cambios en las valoraciones de bienes preciados como el petróleo. El crudo ecuatoriano no está libre de estas variaciones circunstanciales por ser negociado en el mercado internacional. La determinación de los precios de venta del crudo en general como la definición del precio de referencia de Petroecuador siguen el mismo procedimiento que no es otro que requerir la terminación de un periodo mensual para poder realizar el cálculo promedio aritmético de crudo, debido a que se requiere el uso de índices externos como el WTI⁷ negociado en el NYMEX⁸. Por esta razón, el Banco Central del Ecuador publica diariamente el precio del valor del crudo, ya que así se cotiza el crudo y finalmente quien impone el precio del barril no es el Estado ecuatoriano o las compañías petroleras, sino el mercado internacional.

Para que exista un verdadero equilibrio económico y una lógica procedimental en la valoración del crudo bajo los precios de referencia que habla el artículo 71 de la Ley de Hidrocarburos, se debe tomar como punto de partida para determinar el precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de hidrocarburos realizadas por Petroecuador o precio de referencia, el precio DEL MISMO MES DE EMBARQUE del crudo. De esta manera, la comparación entre el precio de venta de las compañías privadas y el precio de referencia de Petroecuador será equilibrada ya que se considerarán las mismas variables que pudieron haber afectado el precio del barril del crudo en ese mes.

7 “El WTI es un tipo de petróleo crudo liviano que se produce en el occidente de Texas, Estados Unidos. De allí su nombre West Texas Intermediate. Se trata del marcador internacional que refleja el precio en dólares por barril que sirve de referencia a todos los crudos que se comercializan en el hemisferio occidental y que tiene una repercusión directa en la cotización de todo tipo de crudos y de los productos refinados y petroquímicos del mundo entero. El WTI tiene amplia repercusión en el mercado internacional, debido a que en 1983 fue escogido por la bolsa de Nueva York (New York Mercantile Exchange, NYMEX) como referencia para su contrato de futuros de crudo liviano dulce.” Fernando Bastos, El pequeño Gigante, Ecopetrol, http://www.ecopetrol.com.co/especiales/carta_petrolera119/rev_pulso.htm

8 La New York Mercantile Exchange, es un centro para operaciones mercantiles futuras, sobre todo de recursos naturales.

3. Los problemas de Interpretación del Precio de referencia.-

Sin embargo, el SRI utiliza un procedimiento que lleva a considerar como punto de partida para considerar el precio de referencia, EL MES ANTERIOR AL EMBARQUE DEL CRUDO⁹. Considero errado este criterio ya que comparar precios de venta de dos meses diferentes para realizar un reajuste en materia de ingresos, no tiene ningún sentido técnico o económico. De igual forma este procedimiento no tiene asidero legal alguno, ya que la normativa pertinente en ninguna parte consigna al “mes anterior del embarque” como punto de partida para determinar el precio de referencia. Esta interpretación se ha convertido en un verdadero problema para las compañías petroleras privadas, que se han visto gravemente perjudicadas y que han presentado una serie de recursos judiciales para que este tema se regularice. En efecto, el Servicio de Rentas Internas ecuatoriano ha iniciado varios procesos determinativos a compañías petroleras ecuatorianas y ha levantado glosas contra algunas compañías.

Ejemplifiquemos esta situación para apreciarla de mejor manera:

Ejemplo bajo el criterio de las compañías privadas:

- Una empresa petrolera que llamaremos X vende su crudo y lo embarca el mes de noviembre de 2006, mismo mes en que la OPEP notificó que incrementaría la producción de crudo en el 2007. Digamos que la decisión de la OPEP genera una disminución del precio de crudo a \$70 dólares por barril para la mayor parte de noviembre.

Finalizando el mes, Petroecuador notifica el precio de referencia de noviembre de 2006 y lo fija en \$70, precio que responde las circunstancias imperantes en ese momento. La empresa X declara sus ingresos sin necesidad de realizar ningún ajuste.

Ejemplo bajo el criterio del SRI

- La misma empresa petrolera X vende su crudo y lo embarca el mes de noviembre de 2006. El precio del crudo es bajo por la decisión de la OPEP de incrementar la producción de crudo. El precio de venta del crudo fue \$70 dólares por barril. Sin embargo, el mes anterior, es decir octubre de 2006, Irán, por motivos políticos, decide bloquear el Estrecho de Ormuz (lugar por donde pasa la mayor parte del crudo explotado en medio oriente) lo que produjo nerviosismo en el mercado y por lo tanto una elevación del barril de crudo que se situó sobre los

9 Ejemplo de ello son las actas determinativas número 1720100100031, 1720090100169, 1720060100171 y 1720090100402 iniciadas por el Servicio de Rentas Internas en contra de una compañía petrolera privada ecuatoriana.

\$100 dólares. La Empresa X, en base al criterio del SRI, identifica como precio de referencia para noviembre de 2006, el de octubre, por lo que declara sus ingresos con un precio de \$100 dólares por barril, aún cuando en realidad vendió su crudo a \$70 dólares por barril. Es decir que por cada barril de crudo efectivamente vendido deberá considerar un valor adicional ficticio de \$30 dólares, lo cual provoca un impuesto a la renta que no tiene ninguna justificación.

El análisis de los ejemplos arroja varias cuestiones que son necesarias apreciar:

a) Si el punto de partida para determinar el precio de referencia de Petroecuador es el MISMO MES DE EMBARQUE, difícilmente existirán diferencias entre este precio referente y el precio de venta de las compañías porque como se dijo anteriormente, a todos les afectará las mismas situaciones que hacen variar el precio internacional del crudo, en este ejemplo la decisión de la OPEP de aumentar la producción o el cierre del Estrecho de Ormuz por parte Irán afectará tanto a las exportaciones de la petrolera estatal Petroecuador como a la venta del crudo por parte de las empresas privadas.

b) Resulta importante recordar cuál es el motivo por el que se expidió esta norma, que no es otro que evitar la subvaloración del barril de petróleo que puede ocasionar una disminución en la renta y finalmente una menor recaudación tributaria por parte del Estado. Ahora nos preguntamos ¿el procedimiento adoptado por la Autoridad Tributaria responde al espíritu de la norma? ¿el ajuste que tuvo que hacer la compañía tomando como precio de referencia el del mes de octubre, implica que en noviembre la compañía X subvaloró en un principio sus ingresos? La respuesta es obvia y es que no en los dos casos. El único procedimiento que permitiría identificar una subvaloración de ingresos, es decir un acto unilateral consistente en darle al barril de crudo un precio menor para declarar impositivamente menor ingreso, es comparado el precio de referencia del MISMO MES DE EMBARQUE ya que ahí estaríamos apreciando precios que sufrieron las mismas variables, y si así llegase a existir una diferencia, inmediatamente se sabría que fue un tema de exclusiva responsabilidad de la empresa.

4.- El precio de referencia a la luz del Principio de Realidad Económica.-

Este criterio adoptado por el SRI vulnera un principio vital en el derecho económico y consagrado en varias oportunidades en la jurisprudencia de nuestro país denominado el principio de la realidad económica. De acuerdo a este principio, en la interpretación de las normas jurídicas debe prevalecer “la substancia sobre la forma o “substance over form”, como un principio elemental de justicia en la

conducta social¹⁰. De acuerdo a Carmen Simone, “Para Jarach- criterio con el que coincidimos- el señalar que en materia tributaria las leyes deben interpretarse atendiendo su consideración económica, no significa bajo ningún punto de vista que las mismas no deban interpretarse jurídicamente: “la consideración económica no es una interpretación opuesta a la jurídica, es un criterio jurídico que sugiere al intérprete tener en cuenta el contenido económico de los hechos para encuadrarlos en normas materiales.”¹¹ Este principio responde a que las normas deben atender a la realidad, y en razón a esto sus intérpretes tienen que evitar caer en una aplicación únicamente formal porque desconocerían el fin último que es alcanzar la justicia y el orden social.

En el presente caso, el Servicio de Rentas Internas realiza una interpretación normativa - muy discutible por cierto - que no responde a una lógica económica, lo que a su vez convierte a la disposición legal en un instrumento para elevar sin fundamento válido la recaudación tributaria y no para cumplir su verdadero fin que es evitar la evasión. “Como método de interpretación, la utilización del principio de realidad económica no está restringido únicamente a los jueces, sino, en general, a todos quienes deban aplicar una norma tributaria, pues, todo proceso de aplicación supone a la par un proceso de interpretación”¹². Si el Servicio de Rentas Internas evaluara las consecuencias de la interpretación que están realizando del artículo 71 de la Ley de Hidrocarburos, especialmente del inciso tercero, y de otras normas que regulan los precios de referencia del barril de crudo, se darían cuenta que si bien en la mayoría de ocasiones esa interpretación sesgada puede servir para sustentar glosas, pueden darse casos, y los hay, en que la Autoridad Tributaria con el mismo criterio debería efectuar cuantiosas devoluciones a los contribuyentes. No es casualidad que se generen estas contradicciones, esto es una consecuencia de una interpretación de normas que no responden a las leyes económicas, preceptos que están fuera de la voluntad humana y cuya violación se refleja en este tipo de situaciones.

5. Conclusiones.-

Como se vio a lo largo de este trabajo, la interpretación de la Autoridad Tributaria no solo que no encuentra sustento normativo, sino que tampoco responde a una lógica económica. El precio de referencia tiene que corresponder a

10 Carmen Simone Lasso, El principio de la realidad económica: una análisis de su aplicación en la jurisprudencia, Revista Rupura número 55, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2011. Página 298.

11 Ibid, página 299.

12 Ibid, página 300.

un mismo período de tiempo, ya que únicamente así se considerarán las diferentes variaciones del precio de crudo que se pueden dar en un mes. Esta afirmación no solo responde a lo establecido en la norma, sino a lo que ella busca que es evitar la evasión tributaria por la subvaloración del precio del barril de crudo. Solo comparando los precios de las ventas realizadas en el mismo mes, se podrá identificar una subvaloración ya que se parte de las mismas situaciones.

Si bien la recaudación tributaria es un pilar fundamental para el desarrollo del país, no puede convertirse en una herramienta confiscatoria. En el presente trabajo se ha visto de una forma resumida cómo una interpretación de una norma legal que no parte de una adecuada aplicación de la realidad económica simplemente genera caos. Los funcionarios de las distintas instituciones del Estado encargadas de la regulación de los diferentes aspectos que envuelven el régimen hidrocarburífero ecuatoriano deben apreciar que estamos frente a un recurso muy importante para nuestro país. Como vimos, es uno de los pilares de nuestra economía y de donde se generan los recursos para todo el desarrollo social. Por esta razón, el Estado no solo debe poner énfasis en comprender y desarrollar los procesos técnicos y productivos, sino también en los otros aspectos que rodean el mercado hidrocarburífero, sus normas regulatorias y los procesos de comercialización.

Se esperaría que el problema suscitado con la interpretación de los precios de referencia no se repita con el nuevo modelo contractual vigente desde el año 2010, por lo que una reforma legal no sería una solución oportuna en estas instancias. Sin embargo, en instancias judiciales, existen muchos procesos en los que los jueces fiscales ecuatorianos deberán decidir acerca de si la interpretación realizada por la Autoridad Tributaria fue correcta, o si las empresas privadas tienen la razón en su forma de interpretar dichos precios de referencia. Esperemos que los jueces tomen en cuenta no solo lo establecido en la norma, sino lo que está antes de ella, las leyes que están fuera de la voluntad humana. Recordemos que las normas legales deben responder a ellas, porque si no lo hacen, se dan situaciones que creemos que se reducen a conflictos legales pero que en realidad responden a otras cuestiones, como contradicciones con leyes económicas como sucede en el presente caso.

BIBLIOGRAFÍA:

Ley de Hidrocarburos

Un giro en la gestión petrolera, monitoreo 2009 - 2010. Lupa Fiscal No. 3. Quito: Grupo FARO.

Ramón Espinasa, "Razones del Aumento del Precio del Petróleo, Revista El Mundo, <http://www.elmundo.com.ve/firmas/ramon-espinasas/razones-del-aumento-del-precio-del-petroleo.aspx>

Fernando Bastos, El pequeño Gigante, Ecopetrol, http://www.ecopetrol.com.co/especiales/carta_petrolera119/rev_pulso.htm

Carmen Simone Lasso, El principio de la realidad económica: una análisis de su aplicación en la jurisprudencia, Revista Rupura número 55, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2011.

El petróleo en el Ecuador, Empresa Pública Petroecuador, Versión 2010. <http://www.eppetroecuador.ec/idc/groups/public/documents/archivo/001138.pdf>

Capítulo 6

Derecho Civil y Procesal Civil

Cobro de legados de dinero

María de los Ángeles Montalvo Escobar¹

Abstract

¿Qué mecanismos debe utilizar un abogado para cobrar un legado de dinero? Esta es la interrogante que se plantea en este trabajo que incluye un análisis del testamento como fuente de obligaciones, de la vinculación de los herederos como legitimados en causa pasivos, del título ejecutivo y de las condiciones para que esta obligación específica sea considerada ejecutiva. El estudio del tema incluye el requerimiento judicial en las obligaciones “ex voluntate” cuyo ejemplo más claro son las que tienen origen testamentario, debido a que los herederos, sin que intervenga su voluntad, están obligados a pagar los legados, por disposición de la ley en base de la voluntad del testador. Se incluye también la jurisprudencia sobre la mora en las obligaciones testamentarias y los requisitos para constituirla.

1.- Naturaleza de los legados

Los legados son una especie del género asignación, se trata de asignaciones a título singular. El título es singular, dice el artículo 993 del Código Civil, cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos dólares de los Estados Unidos de América, cuarenta quintales de trigo.

Las características básicas del legado son:

- a) siempre es testamentario, puesto que el llamamiento requiere de la voluntad unilateral del causante expresada a través de un acto solmene en el cual dispone de todo o parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, acto solemne que no es otro que el testamento definido en el artículo 1037 C. Ci. “Otra característica de los legados es que necesariamente deben ser testamentarios, suponen en todo caso una manifestación de la voluntad del testador. No hay legatarios abintestato...”¹

¹ Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

- b) no importa la palabra con que se califique al asignación, se debe examinar su naturaleza. El testador puede decir “Heredo a Juan USD \$20.00” que de todas maneras esta asignación es, por su naturaleza, un legado, y así lo señala el Art. 1132 del C.Ci
- c) no vale el legado de cosa incapaz de ser apropiada o intransferible. En los legados de dinero a que se refiere este trabajo no existe este impedimento
- d) el legado puede ser de especie o cuerpo cierto o de género (especie indeterminada de cierto género). En el legado de especie existe una determinación del ciento por ciento, es decir no cabe confundir el objeto legado con ningún otro, en cambio en el legado de género no se alcanza ese grado de determinación. Los legados de dinero son legados de género
- e) pueden legarse no solamente las cosas corporales sino los derechos y acciones
- f) el legatario es dueño de la especie y de los frutos desde el momento de la muerte del causante, en cambio el legatario de género sólo se hace dueño de un derecho personal para exigir a los herederos el pago del legado

2.- Legado de Dinero

El legado de dinero es un legado de cosa fungible, es decir pertenece a aquellas cosas muebles de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. El artículo 593 del Código Civil precisa que las especies monetarias, en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles.

Respecto a este tipo de legados el artículo 1140 C.Ci. dice que el legado de cosa fungible, cuya cantidad no se determine de algún modo, no vale, lo cual significa que puede determinarse la cantidad con un número (USD. \$10.000) pero también se puede señalar el lugar en que se halla (todo el dinero que tengo depositado en mi cuenta corriente No....). Lo que no cabe es que la cantidad no esté determinada o no sea determinable (Dejo dinero a A)

Respecto de los derechos del asignatario, por tratarse de un legado de género de cosa fungible, al fallecimiento testador el legatario no adquiere una cosa determinada sino un derecho personal para cobrar a los herederos una cantidad determinada de dinero, por tanto el legado de género no se entrega sino que se cobra y el legatario es acreedor de un derecho personal de crédito. El profesor Somarriva enseña: “En los legados de género la situación es diametralmente opuesta a la del legado de especie. En aquel, por el solo fallecimiento del causante el legatario no adquiere derecho real de ninguna especie. Sólo se hace dueño de un derecho personal para exigir a los herederos la entrega de éste y el cumplimiento de dicha obligación...” 2

3.-Obligados a pagar los legados de dinero

El titular del derecho personal de crédito es el legatario de dinero, pero corresponde determinar quiénes están obligados a pagar los legados en general y los legados de dineros en especial, esto es quiénes tienen la calidad de deudores. Es posible que, conforme lo señalan los artículos 1132 y 1376 del Código Civil, el testador imponga a una persona determinada, que puede ser heredero o legatario, la carga testamentaria o la obligación de pagar un legado, pero salvo este caso excepcional todos los herederos del causante están obligados a pagar los legados en general y los de dinero en especial y deben hacerlo a prorrata de sus cuotas. El artículo 1376 del Código Civil dice que las cargas testamentarias no se mirarán como carga de los herederos en común, sino cuando el testador no hubiere gravado con ellas a alguno o algunos de los herederos o legatarios en particular. Las que toquen a los herederos en común, se dividirán entre ellos como el testador lo hubiere dispuestos, a prorrata de sus cuotas o en la forma prescrita por los referidos artículos.

Está claro, por consiguiente, que salvo el caso que el testador imponga el gravamen de pagar el legado de dinero a determinado heredero o legatario, la obligación les corresponde a todos los herederos a prorrata de sus cuotas, encontrándonos, por tanto, con un caso típico de litis consorcio necesario o forzoso, porque la acción debe dirigirse, como señala la norma, contra “los herederos en común”.

La acumulación subjetiva es perfectamente posible y en algunos casos como éste indispensable y se conoce como litis consorcio. Se puede hablar de litis consorcio necesario u obligatorio cuando la decisión del juez obliga a varias personas, es lo que ocurre en el caso de los obligados solidarios, de los herederos, etc. Esta forma de litis consorcio no depende de la voluntad de las partes sino de la naturaleza de la relación jurídica, que impone, como deber procesal, el vincular al proceso a varias personas. En cambio el litis consorcio voluntario o facultativo, que es el que depende de la voluntad de las partes, puede formarse únicamente cuando las personas, sean actores o demandados, están vinculadas en razón del derecho, de las acciones o del origen del derecho y de las acciones.

Hay litis consorcio necesario, como enseña el Prof. Devis Echandía, cuando “hay relaciones jurídicas sustanciales sobre las cuales no es posible pronunciarse por partes, fraccionándolas o calificándolas respecto de algunos de sus sujetos, porque indispensablemente la decisión comprende y obliga a todos. En esos casos la presencia en el proceso de todos los sujetos vinculados a esa relación se hace indispensable a fin de que la relación jurídica procesal quede completa y sea posible decidir en la sentencia sobre el fondo de ella.....Faltará el contradictor necesario en

dos hipótesis: cuando quienes concurren no son los sujetos a quienes corresponda únicamente formular o contradecir las pretensiones que aparecen en la demanda; y cuando aquellos debían ser partes, en la posición del demandante o demandado, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso, es decir, cuando la parte demandante o la demanda o ambas deben estar formadas por varias personas y en el proceso no estén presentes todas ellas ...” 3.

En un proceso judicial, iniciado para cobrar un legado de dinero, se debe citar a los herederos presuntos y desconocidos y a todos los herederos conocidos, para que respondan, en común, por el pago de la obligación. El autor mencionado dice que “Para nosotros la debida formación del necesario contradictor es un problema de legitimación en la causa, cuando no está debidamente integrado, habrá una legitimación en la causa incompleta, que impedirá sentencia de fondo, para evitar este pecado, contra la economía procesal, es decir, la pérdida de tiempo, dinero y trabajo de tramitar un proceso inútil, el juez debe citar oficiosamente a las personas que faltan para integrarlo, durante la primera instancia. Lo anterior significa que la falta de integración adecuada del litisconsorcio necesario, nunca es causal de nulidad del proceso, sino motivo de sentencia inhibitoria”. 4

En conclusión la falta de citación a uno o más de los herederos conocidos y a los herederos presuntos y desconocidos se traduce en una omisión de un precepto material de la sentencia de fondo conocida como falta de legitimación en causa o falta de legítimo contradictor, que impide que el juez pronuncie sentencia de fondo o mérito.

4.- Procedimiento para cobrar los legados de dinero

La vía adecuada para cobrar los legados de género, salvo que el testador no determine la cantidad es la ejecutiva. En efecto si en la cláusula testamentaria se lee: “Dejo a mi cónyuge la suma de cincuenta mil dólares de los Estados Unidos”, la vía que corresponde es la ejecutiva. Para que este procedimiento sea admitido a trámite el titular del órgano jurisdiccional debe considerar ejecutivo el título así como la obligación correspondiente, acatando lo que dispone el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil

5.- El Testamento como título ejecutivo

El título ejecutivo, según la definición de Carnellutti, es el documento que “da acerca de la justicia de la pretensión la certeza necesaria para que se pueda proceder a la ejecución”.5

La jurisprudencia ecuatoriana se pronunció en el sentido de que únicamente la ley puede conferir a un documento la calidad de título ejecutivo y lo hizo con

las siguientes expresiones: "...No queda a la voluntad de las partes ni al arbitrio del Juez dar a un documento el carácter de título ejecutivo; el legislador es el único que puede hacerlo..." Prontuario de Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, No. 2, c. 89.100, p. 181).

El artículo 413 del Código de Procedimiento Civil dice que son títulos ejecutivos: la confesión de parte, hecha con juramento ante jueza o juez competente, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la copia y la compulsula auténtica de las escrituras públicas, los documentos privados reconocidos ante jueza, juez o notario público; las letras de cambio, los pagarés a la orden, los testamentos, las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso, las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa; y los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de ejecutivos.

Es preciso aclarar que no todo testamento es un título ejecutivo, lo es aquel documento que, con las solemnidades previstas en la ley, contiene una declaración de certeza en relación con una obligación de dar o hacer.

En el caso específico de los legados de dinero el testamento es, sin duda, un título ejecutivo y la obligación puede cobrarse a través de un juicio ejecutivo, con el procedimiento previsto a partir del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil. Para el efecto el actor deberá acompañar a la demanda el testamento debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad. El artículo 25 de la Ley de Registro, publicada en R. O. 150 de 28 de octubre de 1966, señala que están sujetos al registro, entre otros los testamentos.

6.- Obligación ejecutiva contenida en el testamento

La obligación es el vínculo jurídico, la relación que existe entre dos o más personas. Este vínculo de derecho está sancionado por la ley, lo cual diferencia a los deberes puramente morales. La única forma de deshacer el vínculo es realizando la prestación debida. Las obligaciones jurídicas suponen la existencia de dos personas: el sujeto activo, en cuyo provecho se contrae la obligación, llamado, en el caso de las obligaciones dinerarias, acreedor y el sujeto pasivo que es quien debe satisfacer la prestación, llamado deudor. En las obligaciones ejecutivas los sujetos de la relación jurídica sustancial deben estar perfectamente determinados pero, además, debe determinarse el objeto de prestación, en este caso la cantidad de dinero que se debe pagar en concepto de legado; puesto que en virtud del testamento los herederos quedan colocados en la necesidad de ejecutar en favor del legatario la prestación ordenada por el testador.

La prestación puede ser de dar, hacer o no hacer, positiva acción o negativa omisión, pero no puede perseguirse ejecutivamente una obligación de no hacer. Las obligaciones dinerarias son obligaciones de dar originadas, necesariamente, en un testamento solemne, aunque, evidentemente, hay otras obligaciones que nacen de otras fuentes legales o judiciales.

En las obligaciones de dar el deudor se obliga jurídicamente a entregar la cosa, en el tema que se está tratando se obliga a entregar dinero al legatario.

La disposición del Art. 415 del Código de Procedimiento Civil exige que para que las obligaciones fundadas en algunos de los títulos expresados en los artículos anteriores, sean exigibles en juicio ejecutivo, deben ser claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido cuando lo haya.

La obligación es clara cuando indica, en forma incuestionable, una realidad jurídica, tanto en lo que se relaciona a la especie de la obligación como a las personas que han otorgado o han intervenido en la celebración del documento. Será clara la obligación que contiene el compromiso de pagar una cantidad de dinero o especie, hacer una cosa o abstenerse de ejecutar algo, y en cuanto a las personas deberá indicarse quién es el acreedor y quién es el deudor. Se ha dicho que una obligación no es clara cuando no se precisa qué es lo que debe cumplirse y la calidad de la persona o personas que intervienen. Cuando se refiere a una especie o cuerpo cierto la obligación debe ser determinada en cuanto a las características del bien y cuando se refiere a un género la mínima determinación tiene que ver con la cantidad, no habrá modo de exigir el cumplimiento de la obligación por la vía ejecutiva cuando simplemente se menciona el género: dinero, acciones, muebles, sin fijar la cantidad. La obligación es determinada cuando se refiere al cumplimiento de algo específico, así por ejemplo, pagar cierta cantidad de dinero plenamente determinada, entregar un vehículo o un inmueble estableciendo todas sus características. La obligación es líquida cuando del documento aparece claramente lo que se debe, o cuando, mediante una simple operación aritmética, se puede calcular el monto de lo que el deudor deba satisfacer

La determinación de una obligación está en la especificación de lo que se exige en cumplimiento (prestación) y en la determinación de los sujetos de la relación jurídica (acreedor y deudor). Se dice que es determinada la obligación que se refiere a una especie o cuerpo cierto o a un género determinado.

Es líquida aquella obligación cuyo objeto está constituido por cosas determinadas en su especie, calidad y cantidad y pura la obligación que no depende de condición, plazo ni modo.

Al respecto nuestra Corte Suprema de Justicia dice: “entre los requisitos necesarios

según la ley para que proceda demanda ejecutiva está el de que la obligación sea líquida. Ciertamente que la liquidez no se ha definido en la ley, más, es doctrina admitida ya en nuestro foro que el concepto de liquidez se aplica a las cosas claras, ciertas en su cantidad y valor, por modo que baste enunciarlas para saber en qué consisten y cuál es el valor y cantidad..." 1955. GJ, año LVIII, serie VIII, No. 8, Pág. 739

Otra resolución sostiene: "...Como lo observa la Corte Superior, ni la una ni la otra excepción se apoyan en fundamento legal en la citada sentencia de fojas 21, se declaró que el deudor pague mil ciento sesenta sucres y los intereses estipulados, a razón del interés del uno por ciento mensual, intereses que deben ser computados, por lo convenido en el documento de fs. 16 del mencionado juicio ordinario desde el 20 de agosto de 1910 en el que fue otorgado dicho instrumento, y la deuda indicada es líquida ya que para determinar el monto de los intereses, habida cuenta del capital y tiempo conocidos, es suficiente una sencilla operación aritmética, cuya falta no obsta, en manera alguna, a la condición de ser líquida la deuda..." (G. J., Año XXIV, Serie IV, No. 186, pág. 1491)..

Según el Diccionario de Cabanellas obligación líquida es "aquella cuyo objeto está constituido por cosas determinadas en su especie, cantidad y calidad".

7.- Forma de Constituir en mora a los Herederos obligados a pagar Legados de Dinero

Si bien los herederos en común o aquel a quien el testador impone el pago de un legado tienen la obligación de cumplir y, por tanto, la calidad de deudores, no es menos cierto que ellos no intervinieron en el testamento y su voluntad no dio origen a la obligación, por tanto esta falta de conocimiento establece características especiales en cuanto al tiempo en que debe entregarse la cantidad y a la constitución en mora. El artículo 1354 del Código Civil que se refiere a los frutos percibidos después de la muerte del testador y durante la indivisión nos da una importante guía respecto de la situación jurídica de los legatarios de cantidades o géneros, cuando en el numeral 2 dice: Los legatarios de cantidades o géneros no tendrán derecho a los frutos sino desde el momento en que la persona obligada a entregar dichas cantidades o géneros se hubiere constituido en mora, y este abono de frutos se hará a costa del heredero o legatario moroso.

La conclusión a la que se puede arribar a partir de esta disposición es que en las obligaciones "ex voluntate" es preciso constituir en mora al deudor.

8.- Mora en las obligaciones testamentarias Jurisprudencia

Establecido que el legatario de una cantidad de dinero tiene derecho a los frutos

civiles, que son los intereses, únicamente a partir de la fecha en que los obligados a entregar se hubieren constituido en mora, queda por examinar únicamente cuál es la forma en que se constituye en mora a los herederos en las obligaciones testamentarias.

Cualquier duda o inquietud sobre este punto se ha solucionado a través de los fallos de triple reiteración publicados en la G. J. Serie XV, No. 17, en los cuales la Corte Suprema de Justicia analiza detalladamente los efectos de la mora en las obligaciones testamentarias. Por la importancia que tiene este fallo e transcribe a continuación buena parte de su contenido:

“...Respecto al tema este Tribunal, en sus Resoluciones No. 20-99 de 21 de enero de 1999, publicada en el Registro Oficial 142 de 5 de marzo de 1999; No. 133-99 de 26 de febrero de 1999 publicada en el Registro Oficial 162 de 5 de abril del mismo año y No. 439-2000 de 1 de noviembre del 2000, publicada en el Registro Oficial No. 281 de 9 de marzo del 2001 dijo lo siguiente: “Para el debido análisis del caso, es necesario recordar la distinción entre obligaciones unilaterales y obligaciones bilaterales, categorías que aunque no se hallan suficientemente desarrolladas en el Código Civil, en un párrafo especial, sin embargo existen y se ponen de manifiesto en diversas disposiciones legales como en los artículos 1532, 1595, etc del mismo cuerpo normativo citado. Por regla general, en las obligaciones unilaterales el deudor se constituye en mora cuando: a) inobserva el deber de conducta dimanante del vínculo jurídico que le une con el acreedor; b) por causa que le es imputable; y, c) es judicialmente reconvenido por dicho acreedor (artículo 1584 numeral 3º del Código Civil; ahora bien, esta <reconvencción judicial>, en palabras del Código Civil, se produce cuando se perfecciona la citación con la demanda, al tenor de lo prevenido por el artículo 101 numeral 5º del Código de Procedimiento Civil. Esta regla general se aplica tanto a las obligaciones puras y simples, como a las obligaciones que, si bien nacieron sujetas a una condición, en ellas se ha cumplido el evento futuro e incierto de que pendía el perfeccionamiento de la relación creditoria, e inclusive en las obligaciones a plazo, cuando esta modalidad tienen como fuente la disposición testamentaria o el mandato de la Ley. Pero en las obligaciones a plazo, sea expreso o tácito, que nacen tanto de los contratos y más negocios bilaterales como de los negocios unilaterales en los que el deudor, por su declaración unilateral de voluntad, fija los términos de su débito entre los cuales se halla la época del cumplimiento, no es necesario que el acreedor <reconvenga judicialmente> al deudor ya que se aplica en nuestro sistema legal el aforismo romano “diez interpellat pro homine”, o sea que el tiempo interpela al hombre, conforme lo establecen los numerales 1º y 2º del artículo 1594 del cuerpo legal antes citado; puntualizando más, ha de anotarse que no obstante haberse

convenio un plazo para el cumplimiento de la obligación, excepcionalmente la ley exige en determinados casos específicos que el acreedor “requiera” al deudor para constituirle en mora, según lo previene la parte final del numeral 1 del antes citado artículo 1594. Lo anterior es sostenido únicamente por la doctrina y lo ha confirmado esta Corte Suprema de Justicia en numerosos fallos. Entre los autores colombianos, el profesor Guillermo Ospina Fernández dice: “...Para que el deudor quede constituido en mora y responda de los perjuicios ocasionados al acreedor, es también indispensable que éste, mediante un acto formal que se denomina requerimiento o reconvencción, exija a aquel el cumplimiento de la obligación. Hasta entonces se considera que dicho acreedor no sufre perjuicio alguno por el retardo, su silencio se interpreta como la concesión tácita de un plazo de gracia para el cumplimiento de la obligación. Por el contrario, la reconvencción indica que el acreedor no está dispuesto a esperar más y sirve para notificarle al deudor que su retardo está ocasionándole perjuicios que, de continuar, comprometerán la responsabilidad de éste...”; sin embargo, “Si entre el acreedor y el deudor se ha pactado término para el cumplimiento de la obligación, es de presumir que el primero necesita la satisfacción de su derecho a más tardar al vencimiento de aquel y que el segundo tiene conocimiento de tal circunstancia. Bien está, pues, que en este caso no se exija nueva reconvencción, porque el deudor ya está prevenido desde la celebración del contrato, de que si deja vencer el plazo sin cumplir, se hace responsable de los perjuicios consiguientes. El aforismo diez interpellat pro homine describe gráficamente este sistema de constitución en mora del deudor por el vencimiento del plazo estipulado, el que acogen, además de la nuestra, varias legislaciones modernas, tales como la alemana, la italiana, etc...”. Pero este autor advierte, como ya la Sala lo ha señalado en líneas anteriores, que es necesario tener en cuenta que este principio nos aplica en los países del sistema de Bello a cualquiera obligaciones a plazo, sino únicamente a aquellas que provienen del contrato, (nosotros añadimos: y de los negocios unilaterales de voluntad del deudor, como en los títulos valor o en la asunción unilateral de deuda) como claramente lo expresa el artículo 1594, numeral 1°, al hablar del “término estipulado”. Por lo tanto, si la obligación a plazo es ex voluntate, v. gr. si proviene de un testamento, le es aplicable el numeral 3°, del artículo citado, que preceptúa la reconvencción judicial “La razón de ser de esta restricción es clara: dicho está que el principio diez interpellat pro homine se funda en la presunción de que el deudor queda advertido, desde la celebración del contrato que debe cumplir su obligación a más tardar al vencimiento del plazo que él mismo ha convenido y como es obvio, esta presunción no tiene cabida cuando la obligación se ha originado en acto en que dicho deudor no ha participado, como lo es el testamento de su causante, que le impone la carga de pagar un legado. Por último, también será necesaria la reconvencción para constituir en mora al deudor de obligación a plazo, a pesar de

que este haya sido estipulado por aquel, cuando la ley así lo dispone en casos especiales. Por ejemplo, conforme al art. 2007 del Código (Art. 1917 de nuestro Código Civil), para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, es necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio” (Régimen General de las Obligaciones, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1993, pp. 102-104). Por su parte, el profesor chileno Arturo Alessandri Rodríguez enseña: “Las circunstancias que deben concurrir para que el deudor esté constituido en mora, son las tres siguientes: 1º) Que haya un retardo por parte del deudor en el cumplimiento de la obligación; 2º) Que este retardo sea culpable... es decir, que el retardo provenga de un hecho del deudor, que sea culpable, esto es, que pueda imputarse a su culpa o dolo... 3º) interpelación del acreedor al deudor. La interpelación es el acto por el cual el acreedor manifiesta al deudor que el incumplimiento de la obligación lo perjudica. Es el más esencial de los elementos constitutivos de la mora, porque mientras él no se produzca, el deudor está simplemente retardado, mientras el acreedor no le signifique al deudor que su actitud le perjudica o le daña, no hay motivo para creer que el incumplimiento está irrogando un perjuicio, puesto que el acreedor guarda silencio, hay sobrados motivos para creer que el acreedor tácitamente está autorizando al deudor para que persevere en el atraso...”; más adelante el autor citado añade: “La interpelación puede ser contractual o extracontractual según que ella se haga al contraerse la obligación o posteriormente, interpelación contractual es la que se hace mediante un convenio de las partes. Puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el acreedor la hace expresamente, explícitamente, cuando en el contrato manifiesta su voluntad o su deseo que la obligación se cumpla en tal o cual oportunidad. La manera usual o corriente de hacer esta interpelación, según la ley, es señalando en el contrato un plazo para que el deudor cumpla su obligación. El señalamiento de un plazo importa una interpelación expresa y anticipada y el no cumplimiento de la obligación en ese plazo va a producir un perjuicio al acreedor. La interpelación contractual es tácita, cuando se deduce de la naturaleza de la obligación, cuando sin necesidad de que las partes la estipulen expresamente, aparece del objeto mismo que la partes tienen en vista al contratar que la obligación no puede ser cumplida últimamente, sino dentro de cierto tiempo. En ambos casos, sea la interpelación contractual expresa o tácita, el deudor queda constituido en mora por el solo vencimiento del plazo sin que en él se haya cumplido la obligación. La interpelación extracontractual es la que proviene de un acto posterior del acreedor, por el cual manifiesta a su deudor que la inejecución le perjudica”, el Profesor Alessandri continúa: “En aquellos casos en que no ha habido una interpelación contractual, es cuando se necesita una interpelación extracontractual posterior a la obligación, porque sin declaración del acreedor que el incumplimiento le perjudica no hay mora, ya que la mora consiste en el retardo culpable en el cumplimiento de una

obligación más allá de la época fijada por la manifestación de voluntad del acreedor”. Posteriormente, este ilustre tratadista comenta el artículo 1551 del Código Civil Chileno, cuyo contenido es idéntico al artículo 1594 de nuestro Código Civil, que textualmente dice: “El deudor está en mora: 1° Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; 2°.- Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, 3°.- En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”, y lo hace de la siguiente manera: respecto del numeral primero, Alessandri manifiesta que “ si en un contrato se ha señalado plazo o término para el cumplimiento de la obligación, el deudor queda constituido en mora, sin necesidad de requerimiento judicial, por el solo vencimiento del plazo...siempre que se trate de un plazo convenido, estipulado por las partes, de un plazo que emane de las voluntades concordantes del deudor y del acreedor”, salvo los caso en que la misma ley exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. Por tanto, en estos casos, estamos ante una interpelación contractual expresa. Respecto del numeral segundo, señala que se trata de “una interpelación contractual tácita, deducida de la naturaleza de la obligación, del objeto que las partes persiguen al contraerla. En este caso hay también, una estipulación de plazo, pero no una estipulación expresa colocada explícitamente, sino una estipulación convencional presumida de la naturaleza de la obligación...que no puede ser cumplida últimamente y en forma beneficiosa para el acreedor, sino dentro de una determinada época, de manera que si el deudor no lo hace, irrogaría un perjuicio al acreedor”. Finalmente, Alessandri dice que “El numeral 3° del artículo 1551 del C. Civil (artículo 1594 en nuestra legislación) dice , que como ya hemos visto, que el acreedor queda constituido en mora en los demás casos, cuando ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor. Las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio y según el uso general y corriente de las mismas palabras. En conformidad a esta regla de hermenéutica, reconvenir significa hacer cargos a una persona, y como la reconvenición, en el caso del numeral 3° debe ser judicial, es necesario que el acreedor formule los cargos judicialmente, es decir, exija al deudor el cumplimiento de la obligación por la vía judicial, y esto se hace por medio de una demanda interpuesta en forma, en conformidad al Código de Procedimiento Civil... la demanda judicial deducir por el acreedor al deudor, en que le pide el cumplimiento de la obligación, en que le pide la indemnización de perjuicios, en que le pide la resolución del contrato, son suficientes reconveniones en concepto del numeral 3° del artículo 1551 ...” (Teoría de las obligaciones, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá Colombia, 1983, pp 102-110). La sentencia citada continúa “La cuestión de que, en los contratos en los que las partes han fijado un plazo para

el cumplimiento de la obligación no es necesario requerimiento judicial para constituir al deudor en mora, pues éste ha incurrido en ella por el solo transcurso del plazo acordado, (siempre que el retardo sea culpable), ya ha sido resuelto en muchas ocasiones por nuestra Corte Suprema de Justicia, como se lee por ejemplo en la sentencia publicada en la Gaceta Judicial Serie X, No. 4, p. 2290, que dice: “4°. Por regla general, la mora ocurre por el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de su obligación y cuando, además ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor, según lo dispuesto en el numeral 3° del Art. 1604 (1594) del Código Civil, sin que sea necesario el requerimiento, según el sistema de la ley, cuando las partes han estipulado plazo para dicho cumplimiento, porque entonces ellas, libre y voluntariamente, han previsto con anticipación al vencimiento del plazo, y sólo por este vencimiento el efecto de la mora”; así como en el fallo que se encuentra publicado en la Gaceta Judicial Serie XI, No. 11, pp. 1592-1593: “3° Cuando los contratantes han acordado plazo para el cumplimiento de una obligación, la ley, inspirándose en las normas del antiguo derecho, ha creído que con la única salvedad de las obligaciones que necesitan previo requerimiento para constituir al deudor en mora, debe entenderse que su voluntad ha sido la de que, llegado el día del vencimiento, y sólo por este hecho, ocurra la mora, porque en esa época es exigible la obligación, el deudor se halla en retraso para cumplirla y el acreedor experimenta los perjuicios de tal situación. En este caso el legislador no ha hecho sino interpretar la voluntad de los contratantes, fiel, además, al principio de que en el campo donde ejercen sus actividades, están posibilitados para legislar a su arbitrio, siempre que con ello no se contravenga al interés público... porque la reconvencción o sea la prevención hecha al deudor para que cumpla la obligación en la cual ha incurrido en retardo, -hay que repetirlo- no es necesario cuando las partes han estipulado plazo para dicho cumplimiento, porque entonces ellas, libre y voluntariamente, han previsto con anticipación el vencimiento del plazo, y solo por este vencimiento, el efecto de la mora, siendo inútil el requerimiento al deudor, porque, como suele decirse en tales casos, el tiempo interpela por el hombre”; igual tesis se sostiene en la resolución publicada en la Gaceta Judicial Serie XI, No. 15, pp. 2251-2252, en que se dictaminó que “Según nuestro sistema legal, son tres los casos en que el deudor está en mora: los determinados en el artículo 1594 del Código Civil, el primero cuando el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora. Cuando existe estipulación de término para el cumplimiento de la obligación, y al no haberse cumplido en la forma pactada, el deudor está en mora, sin necesidad de citación alguna. Solamente el transcurso del plazo o término tiene por efecto constituirle en mora. Por esto se dice que el día interpela al hombre (diles interpellant pro homini) hay casos especiales, si previstos por la ley, que exigen además del término o plazo convenido, el requisito de la

citación para constituir al deudor en mora...El caso previsto en el numeral 2, tampoco necesita de la citación para constituir al deudor en mora. Cuando los acontecimientos no se encuentran dentro del ámbito determinados en los dos casos anteriormente expuestos, entonces si necesaria es la citación para constituir en mora al deudor. De modo que éste último, o sea el tercero, es general y los dos son especiales. Ahora bien, el numeral quinto del artículo 99 (101) del Código de Procedimiento Civil determina que la citación tiene por efecto constituir en mora al deudor, esto es, cuando según el Código Civil, así lo requiere, o sea en el caso tercero del mencionado artículo 1594, o en otro que estuvieren taxativamente determinados por la ley, como expresa la segunda parte del caso primero” (Fallos de triple reiteración. Gaceta Judicial Serie XVII, No. 15, p. 4.900)

Notas:

- 1 Somarriva Undurraga, Manuel. Derecho Sucesorio. Chile: Editorial Nascimento S.A., pp. 262
- 2 Opcit: Somarriva pp.266
- 3 Devis Echandía, Hernando. Teoría General del Proceso. Editorial Universidad. pp 318
- 4 Opcit: Devis Echandía, pp 318
- 5 Carnelutti, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aries, 1959, pp. 266

Legitimaciones Procesales

Ricardo Hernández González¹

Abstract

El presente artículo desarrolla la forma en que las personas, sean naturales o jurídicas, de derecho público o privado, están acreditadas o facultadas para intervenir en un proceso contencioso jurisdiccional, sobre todo en materia procesal civil.

Tomando en cuenta que la relación jurídico procesal está compuesta por las partes procesales (sujeto activo y sujeto pasivo) y el órgano jurisdiccional encargado de impartir justicia (juez o tribunal), es necesario determinar, en primer lugar, la pertenencia o no que tiene el actor respecto de un derecho subjetivo que considera vulnerado y la obligatoriedad o no que tiene el demandado para con ese derecho.

En segundo lugar se debe determinar la idoneidad del actor para comparecer a juicio a solicitar la tutela efectiva de su derecho vulnerado y la idoneidad de la persona demandada para que se la haga comparecer a juicio, es decir su capacidad. Una persona capaz es aquella que tiene una aptitud suficiente como para ejercer por sí mismo la defensa de sus intereses. Recordemos que existen personas capaces, incapaces relativos e incapaces absolutos.

Los incapaces están debidamente representados por otras personas capaces (tutor, curador, representante legal), los cuales ejercerán su función con diligencia en nombre de sus representados. Son los representantes de aquellos incapaces los que deberán comparecer a juicio a nombre de su representado. En el caso de los apoderados o procuradores judiciales, no existe un incapaz (ni el poderdante ni el poderdatario lo son), simplemente existe un mandato con el cual, el mandatario está legitimado para comparecer a juicio a nombre de su apoderado.

A estas facultades la doctrina las ha llamado legitimaciones y las ha dividido en dos clases, a saber: En primer lugar está la legitimación en la causa (*legitimatío ad causam*) que implica ser el titular del derecho que se cuestiona o ser el llamado por la ley a contestar la demanda que se ha

1 Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

propuesto en su contra. Distinta es, en cambio, la legitimación en el proceso (*legitimatío ad processum*) que implica estar capacitado, de acuerdo con la Ley, para comparecer a juicio frente a un juez o tribunal.

Cabe señalar que las fuentes del derecho han determinado que también existe legitimación en la causa cuando, existiendo litisconsorcio necesario, la parte procesal está conformada por todas las personas necesarias para la validez del proceso, tanto en la parte activa como en la pasiva.

Es indispensable diferenciar ambas clases de legitimaciones, ya que se refieren a distintas instituciones procesales como son la titularidad del derecho y la capacidad procesal. Son instituciones relacionadas en algo, pero que sin embargo conservan su independencia la una de la otra y mal se podría asimilarlas. Sobre todo es indispensable su distinción al momento de presentarlas como excepciones en la contestación a la demanda, pues no es lo mismo alegar falta de legítimo contradictor que ilegitimidad de personería.

1.- Parte Procesal

1.1.- Concepto.- Parte es quien pretende y frente a quien se pretende o, más ampliamente, quien reclama o frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión.²

La palabra parte quiere decir, participar, formar parte de algo. “Es esta misma idea de tener parte, la que se convierte, de objetiva en subjetiva, en “ser parte” (sujeto, personaje, *dramatis persona*)³. El término partes está limitado a quién demanda o a quien se defiende de él, es decir actor y demandado o bien sus procuradores quienes los representan en el proceso. Cabe señalar que si bien también interviene el juez como condición *sine qua nom* en esta relación jurídica procesal, el no es un contendor sino la persona encargada de examinar imparcialmente la contienda e incluso de impulsar el proceso en virtud de su facultad oficiosa, sin ser parte interesada.

La doctrina ha considerado dos cosas fundamentalmente: “1) Que la noción de parte se halla circunscripta al área del proceso: es parte quién reclama, o frente a quién se reclama la protección jurisdiccional, o sea, quienes de hecho intervienen o figuran en el proceso como sujetos activos y pasivos de una determinada pretensión, con prescindencia de que revistan o no el carácter de sujetos legitimados, porque la legitimación constituye un requisito de la pretensión y no de la calidad de parte.

2 GUASP, Jaime, “Derecho Procesal Civil”, tomo I, Madrid, p.170.

3 REDENTI, Enrico, “Derecho Procesal Civil”, Ed. Europa-América, Buenos Aires, p. 148.

Si ésta, en otras palabras, no se encuentra legitimada, ocurrirá que su pretensión será rechazada, pero esta contingencia no la privará de aquella calidad; 2) Que solo es parte quién actúa en nombre propio (o en nombre de quien se actúa). No reviste tal calidad en consecuencia, quien, como el representante (legal o convencional), actúa en el proceso en nombre y por un interés ajeno”.⁴

De conformidad con el principio de dualidad de las partes, dentro de un proceso judicial civil, las partes no pueden ser más que dos, actor y demandado. (Art. 32 C.P.C.). En materia penal, el nombre que se le atribuya al sujeto activo y al sujeto pasivo dependerá de la clase de delito que se haya cometido. Si es de acción pública, la parte accionante estará conformada obligatoriamente por un Fiscal e incluso por un acusador particular; en cambio si el delito es de acción privada, la parte accionante será el querellante y el sujeto pasivo el querellado. En fin, en ambas materias puede darse el hecho de que en la sustanciación del proceso, actúe más de un sujeto en la misma posición de parte.

Lo que hemos señalado hasta ahora, aplica exclusivamente en los procesos contenciosos, sean estos de conocimiento o de ejecución, pues solo en estos procesos se puede hablar de partes procesales. En los procesos voluntarios (o de jurisdicción voluntario como los llama el Código de Procedimiento Civil) el concepto de “partes” se reemplaza por el de “peticionarios” quienes en nombre e interés propio, o en cuyo nombre e interés se reclama, solicitan ante el órgano jurisdiccional, la emisión de un pronunciamiento que constituya u otorgue eficacia a determinado documento o relación jurídica.

1.2.- Intervenciones: Armando Cruz Bahamonde destaca que en el juicio intervienen varias otras personas, a distinto título. Estas intervenciones se producen para coadyuvar o impulsar en acción intentada o para oponerse a ella, formando los incidentes de tercería, o manifestando que las decisiones del juicio pueden perjudicarles. Otras intervenciones se verifican por petición de la parte demandada, en el proceso en el que inciden las acciones de saneamiento por evicción. Otras, para dar razón de los hechos producidos por las partes en el proceso, como los testigos; otros, para servir de auxiliares del juez en base a los conocimientos técnicos o científicos que poseen, como los peritos e intérpretes; y otros, en fin, para dar fe de las actuaciones judiciales, como los secretarios y los citadores.⁵

4 PALACIO, Lino Enrique, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 222

5 CRUZ BAHAMONDE, Armando, “Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil”, EDINO, Guayaquil, 2001, p. 133.

Es totalmente indispensable identificar las partes de un litigio pues en base a ello se determinará sobre quien o quienes recaerá los efectos de la cosa juzgada, o si en un proceso simultaneo existe litis pendencia, o para saber quién puede rendir confesión o sobre quien recae la carga de la prueba, o a quien condenar al pago de costas procesales por haber litigado de mala fe.

1.3.- Tercerías: Se conoce como tercería a la pretensión de una persona, ajena a las partes intervinientes (actor y demandado) dentro de un proceso, al cual las providencias judiciales le están afectando.

La doctrina distingue dos clases de tercerías, la de *dominio* que se refiere al dominio del inmueble objeto de un embargo y las tercerías de *mejor derecho* las cuales hacen referencia a un derecho de prioridad que tiene una persona para ser pagado con preferencia al resto de acreedores.

La legislación ecuatoriana las denomina tercería excluyente a la de dominio y tercería coadyuvante a la de derecho preferente. Toda tercería, sea propuesta en juicio ordinario o en juicio ejecutivo, debe ser tramitada como incidente (Art. 493 C.P.C.) por lo tanto se tramitará verbal y sumariamente (Art. 1015 C.P.C.).⁶

En la práctica la tercería excluyente se tramita ordinariamente, pero puede tramitarse verbal y sumariamente. Al presentarse esta tercería en un procedimiento coactivo, el “juez de coactivas” suspende el proceso y manda el Juez de lo Civil para que lo resuelva.

“la institución jurídica de la tercería excluyente de dominio, al considerar que se trata de un mero incidente, sin percatarse que los artículos 502 y 503 del Código de Procedimiento Civil, al referirse a que las tercerías son siempre un incidente, se refieren única y exclusivamente a la forma como debe tramitarse dichas tercerías, mas no a su esencia jurídica que es la de constituirse en una verdadera demanda...”
En realidad, la tercería excluyente se trata de una demanda que se tramita en la vía ordinaria, cuyo fin es reclamar el dominio de una cosa que se va a rematar, es decir, que ha sido embargada, para lo cual debe ceñirse a la Sección 3 del Título II del Libro Segundo del Código Adjetivo”.(El subrayado me pertenece)

2.- La Legitimación.

La legitimación, en términos generales, es la titularidad del derecho respecto al objeto del proceso.

Muchas veces, el común de los estudiantes de derecho (e incluso hasta algunos

⁶ Registro Oficial Suplemento 486 de 21 de diciembre de 2004.

abogados profesionales) suelen confundir dos expresiones usuales a la calidad en la que comparecen las partes dentro de un proceso judicial, estas expresiones son: a) falta de legítimo contradictor o *legitimatío ad causam* y b) ilegitimidad de personería o *legitimatío ad processum*.

2.1.- LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: Es una aptitud que debe tener el sujeto para que se le puedan imputar los efectos de los actos procesales, y que existe cuando se presenta cierta circunstancia extrínseca a su persona, consistente en un vínculo entre ella y el objeto del proceso al que corresponde el acto procesal concreto [...].⁷

La legitimación *ad causam* (o legitimación en el derecho sustancial) implica la titularidad del derecho que se cuestiona, el poseedor de la acción posesoria, el acreedor en la acción por cobro, o la víctima en la acción de responsabilidad civil. No importa, en cuanto a esa aptitud, que se actué como demandado o como actor.⁸

En palabras más sencilla, la legitimidad en la causa consiste en que el actor (o sujeto activo de un proceso) sea aquella persona que cree ser el propietario del derecho sustancial, y que pretende que sea declarado como el titular del mismo por el órgano jurisdiccional que se encuentra conociéndolo, y el demandado (o sujeto pasivo) el llamado por la ley a contestar la demanda propuesta en su contra y cumplir la obligación.

Decimos que pretende ser declarado como titular del derecho porque no es un requisito de la legitimidad, la titularidad del derecho material, pues al contrario de lo que sostiene Giuseppe Chiovenda, *la legitimación no es una condición del ejercicio del derecho de acción, sino más bien es una condición del éxito de la pretensión*.⁹ Esto en correlación a las teorías abstractas del derecho de acción, en donde su solo ejercicio no conlleva sentencia favorable, sino que es el juez quien luego del desarrollo del proceso, determina si a esa persona le *corresponde* la sentencia favorable y es la persona *correcta* para ejercer ese derecho.

Pero no solo el actor debe estar legitimado, también lo debe estar la parte demandada. La legitimación del demandado se determina cuando aquel es la

7 ABAL OLIÚ, Alejandro, "Derecho Procesal", Ed. Fundación de Cultura Universitaria, tomo I, 2da edición, Montevideo-Uruguay, p. 188.

8 COUTURE, Eduardo, "Estudios, Ensayos y Lecciones de Derecho Procesal Civil", Ed. Juridica Universitaria, p. 172.

9 Tal es el caso de los hermanos del causante, quienes son herederos en tercer grado según la Ley y solicitan ante el órgano jurisdiccional la posesión efectiva de los bienes y la partición. Ellos están legitimados en la causa porque presumen ser los únicos herederos del causante, pero desconocían que el causante tenía un hijo, el cual es heredero preferencial. Su pretensión no tendrá éxito.

persona llamada a responder por la infracción cometida (materia penal), o la persona *correcta* a la que se le debe exigir el cumplimiento de la obligación. Cuando la persona demandada considera que no es quien debe responder o satisfacer la pretensión, en ejercicio de su derecho de contradicción, plantea excepciones para así desvirtuar y atacar las pretensiones del actor, y aquí se suscita el impase pues la mayoría de demandados en esta situación, alegan *ilegitimidad de personería* -que está relacionada con la capacidad de la persona y no con su legitimación-, cuando lo correcto es alegar *falta de legítimo contradictor* o ilegitimidad en la causa pasiva, pues ellos consideran que no deben *cumplir* con esa obligación y por lo tanto no deben *contradecirla*.

La legitimación en la causa determina no sólo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo, por lo tanto, son dos los casos en los que se habla de ilegitimidad en la causa, 1) Cuando actor o demandado no eran las personas a las que les correspondía formular pretensiones o contradecirlas y 2) Cuando aquellos debían ser partes en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso.¹⁰

2.1.1.- LITISCONSORCIO: El segundo punto se refiere al llamado litisconsorcio, que se da cuando existe cotitularidad, ya sea activa o pasiva, con respecto a una pretensión única, o un vínculo de conexión entre distintas pretensiones y por tal el proceso se desarrolla con la participación de más de una persona en la misma posición de parte. La doctrina lo divide en dos clases: Litisconsorcio facultativo y litisconsorcio necesario.

2.1.1.1.- Litisconsorcio facultativo: Es aquel en que las personas (litisconsortes) de alguna manera se relacionan con una de las partes como litigantes separados y cuyo propósito puede ser coadyuvante al accionar del actor, o tercero coadyuvante, u oponerse a la ejecución de la sentencia en bienes que aparezcan ser del demandado. Es decir, su presencia no es indispensable dentro del litigio.

Lino Enrique Palacio, al respecto, señala que el litisconsorcio facultativo es el que depende de la libre y espontánea voluntad de las partes y su formación puede obedecer: 1) A la existencia de un vínculo de conexión entre distintas pretensiones; 2) A la adhesión que un tercero puede formular respecto de una pretensión ya deducida, o de la oposición a ella, en el supuesto de que, según las normas de derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio en el que la pretensión se hizo valer.¹¹

10 DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Compendio de Derecho Procesal", Ed. ABC, tomo I, 4ta edición, Bogotá-Colombia, p. 234.

11 PALACIO, Lino Enrique, ob. cit., p. 279.

2.1.1.2.- Litisconsorcio necesario: Es aquel que se ve reflejado cuando cualquiera de las partes procesales, sea actor o demandado, está compuesta por más de una persona indispensable dentro del proceso, tal es el caso de la demanda que formulan todos los copropietarios de un inmueble o la formulada contra los cónyuges cuando ambos deben responder por la obligación. Estos litisconsortes necesarios se verán en algún modo, afectados por la decisión que tome el juez o tribunal.

En estos casos, la sentencia de fondo solo podrá tener validez si se dicta frente a todos los partícipes de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso, por lo tanto deberá citarse a todos los que formen parte de esa relación para poder resguardar el derecho a la defensa de todos los cointerésados a quienes ha de extenderse la cosa juzgada dictada en la sentencia.

A diferencia de lo que ocurre en el caso del litis consorcio facultativo, en el litis consorcio necesario existe siempre una pretensión única, cuya característica esencial reside en la circunstancia de que sólo puede ser interpuesta por o contra varios legitimados, y no por o contra alguno de ellos solamente, por cuanto la legitimación, activa o pasiva, corresponde en forma conjunta a un grupo de personas y no independientemente a cada una de ellas. De allí que cuando el proceso no está debidamente integrado mediante la participación o citación de todos los legitimados, es admisible la llamada defensa de falta de acción¹²(ilegitimad en la causa activa).

Cuando se producen estos casos en los cuales la parte demandada no se ha formado correctamente con todos los cointerésados, el juez, en virtud de su facultad oficiosa y con el fin de ser un activista¹³ dentro del proceso, puede ordenar que previo a iniciar la etapa de prueba, se cite a todas las personas que deban intervenir en el proceso.

Y aunque uno solo de los cointerésados figure como demandante o solo uno de los cointerésados sea el demandado, podrían estar legitimados por encontrarse en una correcta condición y posición, "pero no tienen ellos solos el derecho a formular la pretensión o de controvertir la demanda. En este caso la legitimación en la causa estará incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo."¹⁴

12 *Ibidem*, p. 277

13 El activismo judicial pone acento en el actuar del juez, otorgándole una calidad más participativa dentro del proceso. En base a esa facultad oficiosa el juez puede impulsar el proceso aunque las partes no lo hagan, incluso le otorgan iniciativa probatoria con el único objetivo de llegar a la verdad material y formar su convicción. Todo lo contrario de los garantistas quienes sostienen la idea de una no intervención por parte del juez con el fin de asegurar las garantías de las partes durante la tramitación del proceso. Es decir que deben ser las partes, en base al principio dispositivo, las que deben interactuar en el proceso y quienes deberán convencer y demostrar al juez sobre cada una de sus alegaciones.

14 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *ob. cit.*, p. 234.

2.2.- LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO: Es la *capacidad* procesal o *potestad* suficiente que tienen las personas para comparecer al proceso y formar parte del mismo. Al respecto, Devis Echandia nos dice que la capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquier relación jurídica material, es decir para ser sujeto de derechos y obligaciones.¹⁵

La capacidad procesal es una *aptitud* que debe tener el sujeto que realiza un acto procesal correspondiente a una clase de sujeto (como tribunal, actor, demandado, testigo, etc.), y que existe cuando se presentan ciertas circunstancias intrínsecas a su persona [...].¹⁶

Lo que en el derecho civil se llama capacidad (aptitud jurídica para realizar actos o negocios jurídicos válidos), en el derecho procesal civil se llama “legitimación en el proceso” (aptitud jurídica para realizar actos procesales válidos), en el derecho mercantil se llama “calidad de comerciante” (facultad de ejercer actos comerciales), en el derecho administrativo se llama “competencia” (conjunto de facultades de los funcionarios públicos de ejercer una atribución pública que nace de la ley).

Procesalmente, una persona capaz es aquella que tiene una aptitud suficiente como para ejercer por sí mismo la defensa de sus intereses. Esta aptitud procesal de actuar como parte por sí mismo, es algo que puede desvincularse del requisito de ser el titular del derecho (o su representante) pues si demanda en juicio quien no es titular del derecho, pierde el proceso.

2.2.1.- La Representación: Es la Institución jurídica por el cual una persona (representante) actúa expresando su voluntad de hacerlo pero en interés de otra persona (el representado) recayendo todos los efectos jurídicos de esa actuación directamente sobre este representado. Existen dos clases de representaciones: convencional y legal.

2.2.1.1.- Representación convencional: Es un acto jurídico que nace de la voluntad del representado y que se perfecciona con la aceptación del representante. Esta figura hace referencia al mandato o poder que es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. (Art. 2020 C.C.)

Cuando el mandante faculta al apoderado a realizar cualquier actividad o negocio a nombre de este, sin que conste entre las facultades o encargos la de comparecer a juicio a nombre del mandante, se denomina a este instrumento poder especial o general según la amplitud de las facultades. Pero si el mandato

15 Cfr. Ibid

16 ABAL OLIÚ, Alejandro, ob. cit., p. 190.

tiene como finalidad la de facultar al mandatario para que comparezca a juicio a nombre del mandante, se denomina procuración judicial (Art. 38 C.P.C.).

Un procurador judicial, según lo dispone el Art 40 del Código de Procedimiento Civil, solo puede ser un abogado en el ejercicio de su profesión, el cual podrá concurrir a las juntas, audiencias y otras diligencias, en representación de su mandante, cuando éste no pueda concurrir personalmente. Esta procuración se deberá otorgar mediante escritura pública.

La regla general es que el procurador judicial sea un abogado en libre ejercicio, sin embargo existen dos casos en los que no se requerirá de esta disposición: 1) Cuando se deba llevar a cabo juntas, audiencias y otras diligencias ante jueces, funcionarios o autoridades residentes en cantones o lugares en que no hubiere por lo menos cinco abogados establecidos y; 2) Cuando la procuración judicial provenga del exterior (Art. 40 C.P.C.).

2.2.1.2.- Representación Legal: Surge como figura jurídica ante la imposibilidad de que todas las personas puedan ejercer directamente sus derechos u obligaciones y que requieren de un representante que realice actos jurídicos en su nombre como si hubieran sido realizados directamente. A diferencia de la representación voluntaria, esta nace de la Ley, es decir que los representantes de aquellos incapaces, están determinados en un cuerpo normativo.

El Art. 28 del Código Civil señala:

“Art. 28.- Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 570.”

En el caso de las compañías privadas, usualmente ejerce esta representación legal el gerente o el presidente de las mismas. Cuando se trata de una institución pública y si esta tiene personería jurídica propia, la máxima autoridad de ese organismo será quien ejerce la representación.

Es preciso hacer estas distinciones pues se han presentado ocasiones en las que los procuradores judiciales comparecen a juicio en calidad de representantes legales de sus mandantes, algo que está totalmente errado pues como ya indicamos, esta es una representación convencional.

2.2.2.- La legitimación de personería en los juicios ejecutivos: Los Arts. 359 y 360 del Código de Procedimiento Civil señalan que si se legitima la personería en cualquiera de las instancias, el proceso será válido, ya sea que lo hagan las partes por sí mismas, o por orden del juez o tribunal. Señalan además que aún cuando se

hubiere declarado ya la nulidad por falta de personería, si la parte ratifica o aprueba lo actuado a su nombre, el proceso será válido; y aún cuando esto no suceda en primera instancia, los jueces superiores, revocando la declaración de nulidad, devolverán la causa al juez a-quo para que falle sobre lo principal.

Sin embargo dentro del párrafo 1 de la sección 2, del mismo cuerpo normativo, el Art 418 dispone que el actor del juicio o ejecutante, debe legitimar su personería desde que propone la demanda. Es decir existe una contradicción dentro del mismo código.

Al respecto, la ex Corte Suprema de Justicia mediante una resolución del pleno, estableció que se puede legitimar la personería en cualquier instancia del proceso de conformidad con lo que disponen los Art. 359 y 360 del Código de Procedimiento Civil y por lo tanto, tácitamente, quedó derogado el Art 418 del referido cuerpo legal.

3.- Conclusión.

Por lo tanto, como lo afirma la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia) en una de sus tantas acertadas y plausibles sentencias, la ilegitimidad de personería o falta de *“legitimatio ad processum”* se produce cuando comparece a juicio: 1) Por sí solo quien no es capaz de hacerlo “La capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”(Art 1461 C.C.); 2) El que afirma ser representante legal y no lo es “Son representantes legales de una persona, el padre o la madre bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 570”(Art. 28 C.C.); 3) El que afirma ser procurador y no tiene poder “Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer a juicio” (Art. 38 C.P.C.); 4) El procurador cuyo poder es insuficiente “El procurador judicial debe atenerse a los términos del poder, y necesitará de cláusula especial para transigir, comprometer el pleito en árbitros, desistir del pleito, absolver posiciones y deferir al juramento decisorio[...]" (Art. 44 C.P.C.) y, 5) El que gestiona a nombre de otro y éste no aprueba lo hecho por aquél, pues se puede comparecer a juicio a nombre de otro sin poder, pero con oferta de ratificación (Art 2186 C.C.).¹⁷

Como lo hemos estudiado de manera breve, la ilegitimidad en el proceso no es lo mismo que la ilegitimidad en la causa, cada una tiene efectos distintos; la primera está relacionada con la capacidad de las personas y se refiere a un modo de

17 Gaceta Judicial, año CII, serie XVII, No. 7, p. 2840. Quito, 17 de mayo de 2001, Drs. Galo Galarza Paz-Santiago Andrade Ubidia-Ernesto Albán Gómez, JUECES.

ser del sujeto en sí y la legitimación (en causa) se refiere a un modo de ser respecto de otros.¹⁸ La ilegitimidad de personería, que manifiesta una ausencia de aptitud jurídica dentro del proceso, acarrea consigo una sentencia declarativa de nulidad por omitir uno de los presupuestos procesales consagrados en el Art. 346 núm. 7 del C.P.C. y con ello adquiere la calidad de cosa juzgada material (inalterable e inmutable), por su parte la falta de legitimidad del actor o la falta de legitimo contradictor, pueden ser resueltas mediante un auto inhibitorio del Juez, que al no resolver sobre el asunto de fondo, adquiere la calidad de cosa juzgada formal, dejando salvaguardado el derecho del legitimado.

Couture señala que debemos distinguir entonces, por un lado, la legitimación sustancial, o titularidad del derecho que esta cuestionado (parte en sentido sustancial) y por otro el ejercicio directo de ese derecho en el proceso, o legitimación procesal (parte en sentido procesal).¹⁹

El siguiente es un cuadro comparativo que servirá para poder diferenciar de mejor manera las instituciones antes estudiadas.

C	P
LEGITIMATIO AD CAUSAM	LEGITIMATIO AD PROCESUM
ilegitimidad en la Causa (activa o pasiva)	Ilegitimidad en el Proceso (activa o pasiva)
aquel que le Corresponde exigir o Cumplir la obligación	capacidad legal o Potestad suficiente
falta de legitimo Contradictor	Ilegitimidad de Personería
no demanda ni se demanda al Correcto	no tiene aptitud jurídica
litisconsorcio, Copropietarios, Cónyuges	representación, Poder, Patria Potestad
C	P

18 CARNELUTTI, Francesco, "Derecho Procesal Civil" Derecho y Proceso", Ed. Juridicas Europa-América, Buenos Aires, p.131

19 Cfr. COUTURE, Eduardo, ob cit, p. 172

BIBLIOGRAFIA:

- ABAL OLIÚ, Alejandro, "Derecho Procesal", Ed. Fundación de Cultura Universitaria, tomo I, 2da edición.
- CARNELUTTI, Francesco, "Derecho Procesal Civil – Derecho y Proceso", Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- COUTURE, Eduardo, "Estudios, Ensayos y Lecciones de Derecho Procesal Civil", Ed. Jurídica Universitaria, Montevideo.
- CRUZ BAHAMONDE, Armando, "Estudio Critico del Código de Procedimiento Civil", EDINO, Guayaquil, 2001.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Compendio de Derecho Procesal", Ed. ABC, tomo I, 4ta edición, Bogotá.
- GUASP, Jaime, "Derecho Procesal Civil", tomo I, Madrid.
- PALACIO, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- REDENTI, Enrico, "Derecho Procesal Civil", Ed. Europa-América, Buenos Aires.



CORONEL & PEREZ

ABOGADOS

GUAYAQUIL

AV. 9 DE OCTUBRE NO. 100 Y MALECÓN SIMÓN BOLÍVAR,
EDIFICIO LA PREVISORA, OF. 2401
TEL + 593 - 4 - 251 9900

QUITO

AV. LOS SHYRIS Y SUECIA, EDIFICIO
RENAZZO PLAZA, OF. 408
TEL + 593 - 2 - 601 4001

WWW.CORONELYPEREZ.COM



Bustamante & Bustamante
Estudio Jurídico

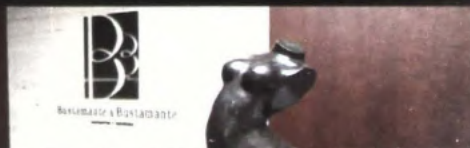


Desde 1956 el estudio jurídico Bustamante y Bustamante ha proporcionado asesoramiento y consultoría legal a clientes nacionales e internacionales en los más diversos campos del derecho.

Nuestro afán es prestar un servicio de óptima calidad porque nuestra recompensa es proporcional a nuestro grado de éxito.

Hemos sido consistentes en la firme creencia de que el trabajo, dedicación y perseverancia cosechan resultados.

Dada la integridad profesional que ha caracterizado al estudio jurídico Bustamante y Bustamante, este goza de un merecido prestigio en el ámbito nacional e internacional.



La excelencia de Bustamante y Bustamante

Nuestro objetivo principal es proporcionar servicios legales y ofrecer soluciones prácticas a nuestros clientes. Nos esforzamos en construir relaciones duraderas con nuestros muy apreciados clientes. Otro factor que nos diferencia de otras firmas de abogados locales es que no pretendemos cambiar o cuestionar las leyes locales, sino orientar a nuestros clientes a lo largo del camino de la fiel observancia de las mismas y de la innovación en la forma de adaptar sus negocios al clima legal de nuestro país.

www.bustamante.com.ec

Capítulo 7

Propiedad Intelectual

Saberes ancestrales y el Componente intangible asociado marco normativo

Mónica Ruiz Astudillo¹

Abstract

El conocimiento ancestral fue considerado un bien público y de libre acceso antes de la década de los ochenta, desconociéndose que a partir de éste se desarrollaron muchos productos farmacéuticos vitales para la humanidad. El derecho intelectual de aquellos que desarrollaron los productos farmacéuticos a partir del componente intangible derivado de la riqueza genética de los países en desarrollo ha sido debidamente reconocido y explotado con grandes beneficios económicos. Sin embargo, el derecho que surge del componente intangible asociado no ha sido reconocido ni compensado a los dueños de este conocimiento. Ante esta realidad, organizaciones internacionales, como la OMPI, OMC y CAN, entre otras, se encuentran trabajando hacia una legislación y mecanismos que salvaguarden esta riqueza de los países megadiversos y los derechos de los pueblos que generan los saberes ancestrales. Este artículo tiene la intención de recorrer brevemente esta normativa.

Antes de la década de los ochenta, la diversidad biológica y el conocimiento autóctono y tradicional para el mejoramiento de cultivos y animales fueron considerados un bien público no exclusivo, y, por ende, de libre y gratuito acceso. Sin embargo, a partir de estos conocimientos ancestrales² se desarrollaron una

1 Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador en Quito y Magister en Negociaciones Internacionales y Comercio Exterior por el Instituto de Posgrado en Ciencias Internacionales de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Ce: 0999463829, monicaruiza1@gmail.com, mlruiz@puce.edu.ec

2 "...los conocimientos tradicionales pueden definirse como un conjunto o acumulación de conocimientos prácticos y creencias, obtenidos y desarrollados a través de la observación y experimentación de las poblaciones o sociedades autóctonas con los elementos y condiciones específicos de su hábitat o entorno, para garantizar la supervivencia y satisfacer las necesidades de su comunidad. Estos conocimientos versan sobre la naturaleza y sus procesos, sobre las relaciones entre sus componentes (animales, plantas y ecosistemas) y los seres humanos, y sobre las relaciones de estos entre sí (relaciones sociales, espirituales y políticas)" Restrepo Orrego, Carlos

multiplicidad de productos farmacéuticos, entre otros, cuyo beneficio económico fue exclusivo y directo de quienes desarrollaron los mencionados productos sobre la base de este conocimiento ancestral. Huelga decir que el derecho de propiedad intelectual ha sido reconocido para aquellos que desarrollaron estos productos a partir de la riqueza genética de los países en desarrollo, sin que se reconozca o compense a los originales poseedores y generadores de este conocimiento, desconociéndose de esta manera el derecho de propiedad intelectual de los saberes ancestrales autóctonos.

Los avances de la ingeniería genética aplicada a las ciencias biológicas a partir de los años ochenta permitieron investigar las propiedades de los seres vivos y modificarlas para fines productivos hasta crear variedades que no se encontraban en la naturaleza. Este avance científico gestó una verdadera revolución tecnológica a fines de esta década que tornó la biodiversidad y los saberes tradicionales de los indígenas en importante objeto de investigación científica orientada a la conservación del conocimiento y especies de los distintos eco-sistemas y microclimas, fundamentalmente ubicados en el hemisferio sur. Esto, a su vez, produjo la creación de procesos políticos nacionales e internacionales para la protección de los conocimientos o saberes tradicionales de los pueblos indígenas y comunidades locales, de quienes provenía este conocimiento.

La creación intelectual de estos saberes ancestrales de los pueblos nativos a nivel mundial ha tenido y sigue teniendo un papel fundamental en el desarrollo y sustentabilidad de las especies de plantas y recursos genéticos a nivel global. Sin embargo, a pesar de este gran aporte, aun se mantiene una gran disparidad entre las regiones Norte-Sur en la adjudicación y goce de los beneficios materiales de estos recursos. Es importante puntualizar que esta desigualdad se observa con mayor claridad en la forma en que la ley reconoce y protege los contribuciones intelectuales que han sido producidas por el mejoramiento de estos recursos genéticos.³ La retórica de una supuesta protección del conocimiento ancestral de los pueblos, contenida en algunos instrumentos legales internacionales, no ha sido acompañada por acción que permita lograr este fin. Es así que podemos observar que el aporte intelectual de los pueblos indígenas al desarrollo de las especies y variedades de plantas aun no ha sido reconocido, peor aun compensado. Es más, podríamos aseverar que ha existido una explotación de este conocimiento tanto

Ernesto. Apropiación indebida de recursos genéticos, biodiversidad y conocimientos tradicionales: "biopiratería" Tesis de Grado, Facultad de Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2006, Página 71.

3 Mgbeoji, Ikechi. *Lost in Translation? The Rhetoric of Protecting Indigenous People's Knowledge in International Law and the Omnipresent Reality of Biopiracy*. Página 11.

por parte del sistema jurídico internacional como de varias oficinas de propiedad intelectual de países industrializados del hemisferio norte. Claro ejemplo de esto es el caso de la patente de la Ayahuasca⁴.

Es necesario aclarar que hoy trataremos específicamente lo relativo a la protección de los recursos fitogenéticos de las plantas medicinales, excluyendo, a pesar de su importancia, los derechos relativos a conocimiento ancestral que corresponde a alimentos, transgénicos y expresiones de folclor.

La normativa supranacional que regula estos recursos fitogenéticos de las plantas medicinales incluye principalmente los siguientes Acuerdos: el Convenio sobre la Diversidad Biológica (ODB) y Directrices de Bonn, Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), documentos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y a nivel regional las Decisiones 486 y 391 de la Comunidad Andina de Naciones. Estas regulaciones internacionales no han logrado resolver el problema de la pérdida de la diversidad biológica ya que en la práctica no regulan el derecho que tienen los pueblos indígenas a utilizar, acceder y controlar los recursos tradicionales y sus territorios. Sin embargo, se puede decir que las normas comunitarias intentan de alguna manera resolver este problema a manera de una norma paraguas teniendo la responsabilidad cada Estado regular específicamente y viabilizar la protección de estos derechos en su jurisdicción.

A mediados de la década de los noventa la biodiversidad, así como la protección de sus componentes, fueron regulados por el antes mencionado ADPIC, cuya intrínseca naturaleza vinculante y obligatoria, así como el potencial explotador de la biotecnología hicieron que este régimen sea el principal regulador internacional de la biodiversidad. En el año de 1992 se suscribió durante la Cumbre de la Tierra en Rio de Janeiro, el Convenio de la Diversidad Biológica (CDB). Este Convenio plasmó el compromiso político de la comunidad internacional a defender y respetar los derechos de las poblaciones indígenas sobre sus prácticas y saberes ancestrales, así como también el respeto a la autoridad soberana del Estado sobre los mismos. Sin embargo, la labor para poner en marcha las disposiciones establecidas en este convenio, que entró en vigor al final de 1993, se dieron únicamente a partir de 1999 con la creación de guías elaboradas para la gestión al acceso a los recursos genéticos y a la participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de la utilización de los mismos. Estas guías se conocen como las "Directrices de Bonn". Huelga decir que las directrices del Convenio de la Diversidad Biológica (CDB), es el primer referente de protección a los recurso fitogenéticos. Estas guías establecen

que para que los interesados puedan acceder a estos recursos genéticos debe existir previamente el consentimiento fundamentado de aquellos que proporcionen los recursos⁵, por consiguiente, bajo su jurisdicción, las partes, a decir, el Estado, las poblaciones indígenas y los usuarios de recursos genéticos deben adoptar las medidas jurídicas, administrativas o de política adecuadas, según proceda, para apoyar el cumplimiento de este consentimiento fundamentado previo de la parte que proporcione dichos recursos⁶.

Al ser el Ecuador suscriptor de los Convenios internacionales enunciados anteriormente, se encuentra sujeto a esta normativa internacional, y, especialmente tiene la obligación de cumplir la norma regional de la Comunidad Andina, por lo que se entendería que estos derechos de propiedad inmaterial se encuentran regulados para nuestro país en las normas pertinentes constantes en la Decisión 391 de 1996 sobre el Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos y el artículo 3 de la Decisión 486⁷ sobre el Régimen de Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina que tratan sobre el tema.

Es una tarea urgente fortalecer las instancias administrativas y judiciales para una efectiva protección de estos recursos, así como los mecanismos para la compensación efectiva y real a las comunidades y pueblos indígenas. Solo así será posible hacer efectiva la participación justa y equitativa de los pueblos indígenas a los beneficios provenientes de la utilización de estos recursos fitogenéticos, por complicado que sea determinar cuales son las comunidades en las que originan estos saberes y que tienen derecho a esta compensación. Es obligación y responsabilidad conjunta de los países y Estados que comparten estos recursos en la Cuenca Amazónica crear las normas e instancias necesarias para protegerlos en forma efectiva y oportuna. Es imprescindible marchar al unísono en esta cruzada importante.

5 Consentimiento fundamentado.-

6 Convenio de la Diversidad Biológica. Artículo 15

7 Decisión 486 de La Comisión de la Comunidad Andina: Del Patrimonio Biológico y de los Conocimientos Tradicionales. Art. 3. Los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas y locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimiento se estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional.

Los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad de decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos colectivos.

Las disposiciones de la presente Decisión se aplicarán e interpretarán de manera que no contravenga a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes.

Según Ikechi Mgbeoji, los recursos y productos derivados del conocimiento y tradiciones de los pueblos nativos han sido considerados por los países del hemisferio norte como un bien global que no pertenece a ningún particular y por consiguiente de libre acceso. Este concepto equivocado ha dado paso a la indefendible apropiación de los saberes ancestrales de los pueblos indígenas. Esta visión sostiene que existe contradicción en las normas relativas a la protección de los recursos genéticos de las plantas medicinales contenidas en el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Convenio de Diversidad Biológica. De esta forma se entendería que el principio fundamental del CDB, es decir, la soberanía de los Estados sobre sus recursos, ha sido desplazado por el sistema de patentes de la OMC que incentiva el desarrollo de inventos a partir de esta biodiversidad que luego son patentados y de uso exclusivo de los dueños de estos inventos. Se podría entonces decir que el saber occidental ha impuesto sus estándares y modelos de ciencia y gobernanza sobre el resto de las culturas en la complejidad de las relaciones Norte-Sur.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y las Directrices de Bonn

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, declara el derecho soberano de cada Estado a explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, conjuntamente con la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional.

El artículo 8 de este Convenio es el que delinea el principio básico que reconoce y da relevancia al conocimiento o saberes ancestrales de los pueblos indígenas. En este contexto, el concepto de conocimiento tradicional es utilizado para describir un conjunto de conocimientos construido por un grupo de personas a través de generaciones que viven en estrecho contacto con la naturaleza. Este conjunto incluye un sistema de clasificación, un conjunto de observaciones empíricas acerca del medio ambiente local y un sistema de autogestión que rige la utilización de los recursos. En este mismo contexto, las innovaciones constituyen una característica de las comunidades indígenas y locales y son propiciadas por la tradición que hace las veces de filtro a través del cual ocurren. Los métodos tradicionales de investigación y aplicación son los que perduran y no siempre partes específicas de esos conocimientos. Por consiguiente las prácticas deben considerarse manifestaciones del conocimiento y la innovación⁸.

8 Cfr. Los documentos UNEP/CDB/TKBD/1/2, párr. 84 [<http://www.unesco.org/culture/copyright/>]

Como se ha mencionado anteriormente, el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) fue suscrito en 1992 plasmándose en el mismo el compromiso político de la comunidad internacional a defender y respetar los derechos de las poblaciones indígenas sobre sus prácticas y conocimientos ancestrales, así como también el respeto a la autoridad soberana del Estado para administrarlos. Sin embargo, estas disposiciones entraron en vigencia al final de 1993 y la posibilidad de aplicación de las mismas se dio a partir de 1999 con la creación de las DIRECTRICES DE BONN que son guías elaboradas para la gestión al acceso a los recursos genéticos y a la participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de la utilización de los mismos.

Estas Directrices están concebidas para que los países puedan lograr las condiciones para el consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente convenidas; los papeles, responsabilidades y participación de los interesados (per se, proveedores, usuarios, países donde residan los usuarios); los aspectos relativos a la conservación y la utilización sostenible **in situ** y **ex situ**; los mecanismos para la distribución de beneficios, por ejemplo para la transferencia de tecnología y la investigación y el desarrollo, y los medios para asegurar el respeto, la preservación y el mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que comprenden formas tradicionales de vida para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. Tienen como finalidad la de contribuir a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica proporcionando un marco claro y definido que permita el acceso a los recursos genéticos y al mismo tiempo asegurar la distribución justa y equitativa de los beneficios, informando y promoviendo la transferencia adecuada y efectiva de la tecnología apropiada a los países proveedores, a los interesados y a las comunidades indígenas y locales.

El artículo 15 del CDB determina que las partes contratantes, los **países de origen** de los recursos genéticos y aquellos que hayan adquirido los recursos genéticos, deberán asegurar que la comercialización y cualesquiera otros usos de los recursos genéticos no impidan la utilización tradicional de los recursos genéticos comprometiéndose a prevenir los efectos adversos en el medio ambiente de las actividades relacionadas con el acceso a esos recursos. El consentimiento fundamentado deberá obtenerse antes del acceso a los recursos genéticos, respetando las costumbres, tradiciones, valores y prácticas consuetudinarias de las comunidades indígenas y locales. En general, se busca garantizar la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos,

incluida la transferencia de tecnología a los países proveedores, de conformidad con las condiciones mutuamente convenidas que fueron concertadas con los interesados.

El Acuerdo de los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio.- ADPIC

El TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) o ADPIC, por sus siglas en español, que significa "Acuerdo sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio" fue adoptado al final de 1994, como parte del acuerdo de comercial multilateral de la Ronda Uruguay que creó la organización Mundial del Comercio. Este Acuerdo es el instrumento más detallado y de mayor alcance suscrito en esta materia, constituyéndose en la norma legal marco que establece los estándares mínimos universales de que los países miembros deberán incorporar en sus legislaciones nacionales. Abarca, entre otros, las patentes y la protección de obtenciones vegetales o POV, que son las esferas más importantes para el sector agropecuario y farmacéutico.

Es importante mencionar la exigencia existente en las disposiciones del ADPIC para que los miembros de la OMC establezcan patentes para todas las invenciones en todos los campos de la tecnología para generar un mayor y más rápido desarrollo de la biotecnología, especialmente en los países desarrollados, y su aplicación en la agricultura y los productos farmacéuticos en el ámbito internacional.

El párrafo 3b del artículo 27 ADPIC, que cito más abajo, establece excepciones a esta patentabilidad.

Párrafo 3 b) del artículo 27, conocimientos tradicionales y biodiversidad

3. Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:

a).....

b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste.

Los términos establecidos en la última parte del citado artículo han generado mucha polémica ya que muchos países en desarrollo se ven presionados para adoptar un sistema *sui generis*. El Acuerdo sobre los ADPIC prevé un examen del párrafo 3 b) del artículo 27, que trata de la patentabilidad o no patentabilidad de

las invenciones relacionadas con las plantas y los animales, y de la protección de las obtenciones vegetales.

Desde el año 2000 en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) existe un Comité Intergubernamental sobre la Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore (IGC) cuyo objetivo principal era inicialmente investigar las relaciones entre la propiedad intelectual, los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. En los primeros tres años se dedicó a trabajar sobre la sistematización de contratos bilaterales de acceso a los recursos genéticos y la revelación del origen de éstos. En cuanto a los conocimientos tradicionales se ha tratado sobre las especificidades del conocimiento indígena y local y cómo los elementos del sistema convencional de propiedad intelectual pudieran ser aprovechados en la protección de los conocimientos tradicionales. Este Comité también elaboró guías acerca de la identificación de mecanismos de defensa ante la expropiación del conocimiento local que incluyen por ejemplo el registro de los conocimientos locales para que oficinas de patentes puedan identificar el llamado arte previo.

Del seno del Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, y Conocimientos Tradicionales y Folclor (IGC, por sus siglas en inglés) de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), se ha tocado el tema de los conocimientos tradicionales de manera más amplia e integral, incluyendo su asociación con los recursos genéticos y las expresiones culturales tradicionales. El enfoque de esta discusión se ha sustentado en considerar que los Conocimientos Tradicionales son importantes desde un punto de vista cultural, intelectual y espiritual para las comunidades que mantienen, ejercen y crean dichos conocimientos y velan por preservar los sistemas de dichos conocimientos.

Se concluye que los conocimientos tradicionales son prácticas que se generan, conservan y transmiten en un contexto tradicional, asociándose a la cultura o a una comunidad tradicional o indígena que los conservan y los transmiten de una generación a otra. Estos saberes ancestrales están vinculados a una comunidad local o indígena que se considera como custodio o depositaria de esos conocimientos y asume la responsabilidad cultural al respecto, es decir, la obligación de preservar esos conocimientos, consciente de que la apropiación indebida o el uso degradante de esos conocimientos sería perjudicial u ofensivo. Esta relación puede expresarse de manera formal o informal en el Derecho consuetudinario o en la práctica y tienen su origen en una actividad intelectual en distintos ámbitos como son el social, cultural, ambiental y tecnológico y son reconocidos por la comunidad de origen como conocimientos tradicionales.

Con el objeto de crear una normativa sobre los saberes ancestrales que permitan su protección algunos países han elaborado ya una legislación *sui generis*, sin embargo también se puede recurrir a la opción aplicada por la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones, la *suscripción de contratos* entre los titulares de los derechos y los usuarios valiéndose de los sistemas vigentes de protección de la propiedad intelectual como son el ADPIC, el Convenio Sobre la Diversidad Biológica y las Directrices de BONN y las Decisiones 346 y 391 de la Comunidad Andina de Naciones. En nuestro país se expidió el 3 de octubre del 2011 el Reglamento contentivo de la normas complementarias para la aplicación de la Decisión 391 de la Comunidad Andina relativa al régimen Común sobre Acceso a los recursos Genéticos en todo el territorio nacional.

Mecanismos Especiales o Sui Generis de Protección a los Conocimientos Tradicionales

La definición adoptada por el Grupo Indígena Regional sobre Biodiversidad de la Comunidad Andina (CAN) es la siguiente:

“Los conocimientos tradicionales son todas aquellas sabidurías ancestrales y conocimientos colectivos e integrales que poseen los pueblos indígenas, afroamericanos y comunidades locales fundamentadas en la praxis milenaria y su proceso de integración hombre-naturaleza, y transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral.”

Dentro del marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), las Partes y Gobiernos del Convenio acordaron con respecto a los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales, asociados a los recursos biológicos, que en la medida de lo posible y según proceda, con arreglo a la legislación nacional; respetará, preservará y mantendrá, los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

Dadas las características de los Derechos de Propiedad Intelectual y en especial de las características del régimen de patentes no es claro cómo un sistema de los DPI, establecidos para proteger invenciones de la propiedad industrial, podría ser adecuado para proteger el patrimonio intelectual, colectivo e intergeneracional de los pueblos indígenas. Los organismos gubernamentales e intergubernamentales

de la propiedad intelectual, en especial dentro del marco del CDB y la OMPI, están procurando soluciones a esta interrogante. En el CDB se encuentra en proceso de elaboración unos elementos de lo que se ha denominado un futuro sistema *Sui Generis* para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales, asociados a los recursos genéticos que dé respuesta a los postulados del artículo 8 (j), que dispone la conservación, su preservación, uso sostenible y la distribución equitativa de beneficios por su utilización. Igualmente en la OMPI se encuentra en proceso el tratamiento de similares elementos para un régimen de protección de los conocimientos tradicionales, para el cual, ya se ha avanzado en la formulación de un proyecto de objetivos y principios para la protección de los conocimientos tradicionales mencionado en el documento WIPO/GRTKF/IC/10/5, así como en un resumen de opciones políticas y mecanismos jurídicos (documento WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5).

Un aspecto trascendental dentro del ámbito de la OMPI, es el progreso en cuanto al desarrollo de uno de los elementos claves para la protección de los conocimientos tradicionales, como es el derecho consuetudinario, es decir la protección mediante las propias leyes consuetudinarias de los pueblos indígenas. Son los propios pueblos indígenas en todo el mundo que han ido tomando cuerpo con diferentes matices y estrategias, así que por ejemplo, el Foro Indígena Internacional sobre Biodiversidad (FIIB), organismo que viene dando seguimiento a las discusiones sobre conocimientos tradicionales y acceso a los recursos genéticos dentro del CDB, quien ha manifestado que los conocimientos tradicionales son de propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas y comunidades locales ligados al derecho a la libre determinación y los territorios indígenas siendo imprescindible para cualquier toma de decisión el contar con la participación de estos pueblos y con su consentimiento informado previo; que la inclusión del derecho a la objeción cultural cuando se considere que el acceso a los conocimientos tradicionales atenta contra su cosmovisión y espiritualidad; y entre otros, que su "protección", debe estar regulada por los mismos sistemas de los DPI. En este sentido, desde el propio FIIB se ha buscado el establecimiento de alianzas estratégicas y políticas para hacer frente a este fenómeno de la globalización, y en ello particularmente se ha podido encontrar algunas coincidencias políticas con los grandes bloques de negociación de los propios gobiernos de la región de América Latina, la Unión Europea y la Unidad Africana, quienes de alguna manera han manifestado tener posiciones políticas en salvaguarda de la integridad de estos conocimientos y que los mismos deben estar protegidos en beneficio de los propios pueblos indígenas y con sistemas de protección internos que rigen en las mismas comunidades, por ejemplo, a través del derecho consuetudinario. De acuerdo a esta opción, su protección es un asunto

que compete exclusivamente a los pueblos indígenas que los poseen y lo generan. Por lo tanto, es potestad de éstos y las comunidades el decidir sobre los mecanismos internos para su protección, si bien no se excluye la participación del Estado en su obligación de proteger el patrimonio cultural de la nación.

Dentro de esta misma corriente, las organizaciones de los pueblos indígenas han coincidido en que un régimen *sui generis* podría ser el mecanismo más idóneo para la protección de los conocimientos tradicionales, dada las características propias de estos conocimientos, pues una medida dentro del marco de los DPI, ni siquiera incorporando nuevos elementos, resuelve el problema de fondo, es decir, la naturaleza misma del conocimiento, dado que no garantiza su continuación y dinámica, ya que en muchos pueblos, la propiedad privada no es conocida ni aplicada en sus relaciones sociales y económicas, ni aún en sus relaciones con el mercado. Subsisten aún sistemas de reciclaje social y económico, formas de intercambio de trabajo por trabajo, distribución de excedentes, trueque de elementos, reciprocidad de servicios, materiales y objetos de uso.

Entonces, la propuesta mencionada, plantea la protección de los conocimientos tradicionales teniendo como principios rectores los siguientes: 1. El reconocimiento del carácter de propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas; 2. El vínculo imprescindible entre éstos, la territorialidad y la identidad cultural de los pueblos indígenas; 3.- El principio de la interculturalidad orientado al diálogo de saberes; 4.-La conservación, revitalización y uso como un componente de la libre determinación de los pueblos; 5.- Los conocimientos intangibles asociados a los recursos genéticos son inalienables e imprescriptibles; y, 6.- Los conocimientos tradicionales colectivos e integrales constituyen todo un sistema de saberes ancestrales.

La naturaleza de las normas consuetudinarias enraizadas en lo más profundo de la cosmovisión de los pueblos indígenas ha hecho posible que los conocimientos tradicionales existan y que mediante sus prácticas culturales tradicionales se siga adaptado y mejorado especies vegetales y animales, y que a la vez les han permitido mantener una relación de armonía entre el hombre y la naturaleza, para el buen gobierno en el uso y manejo de los recursos naturales.

De conformidad con la realidad jurídica existente en la región andina, en especial del reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución Política del Ecuador, es relevante que se tome en cuenta los siguientes aspectos:

- Que el enfoque de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, esté orientado a la

efectiva protección de éstos mediante sus propias leyes consuetudinarias reconocidos mediante una legislación nacional positiva.

- Que se reafirme en el reconocimiento de la titularidad colectiva, el carácter intergeneracional e integral de tales conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, en favor de los pueblos indígenas y comunidades locales.
- Un mayor desarrollo y comprensión del principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y comunidades locales para la utilización de sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, y de las expresiones culturales tradicionales.
- Que se trate a profundidad la objeción cultural para el uso de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, y las expresiones culturales tradicionales, por cuanto muchos de los conocimientos tradicionales son sagrados y no pueden estar sujetos a los sistemas de utilización que se viene desarrollando en las negociaciones internacionales.
- Que este sistema *sui generis* fomente y respete las prácticas ancestrales de uso, manejo e intercambio de recursos genéticos y conocimientos tradicionales al interior de los propios pueblos indígenas.
- Que se garantice la participación directa de los pueblos indígenas y las comunidades locales a través de sus organizaciones representativas y de expertos indígenas, en las negociaciones del *sistema sui generis* para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.

La idea que gira alrededor del establecimiento de un sistema *sui generis* de protección es desarrollar un mecanismo legal que se ajuste a las necesidades de los pueblos indígenas y otras comunidades, como también a las especiales características de los Conocimientos Tradicionales. Es difícil imaginar un simple instrumento legal o un mecanismo capaz por sí solo de abarcar la protección de los Saberes Tradicionales en todas sus dimensiones y manifestaciones.

Monroy Rodríguez, Director de investigación en la Universidad del Externado de Colombia, por su parte, entiende que a pesar de existir criterios unívocos en cuanto al desarrollo de un régimen *sui generis* de protección del conocimiento tradicional, también se pone en evidencia la complejidad de su elaboración, pues no es fácil tener una legislación homogénea respecto del tema, dados principalmente dos factores que se pueden sintetizar de la siguiente manera: 1) la multiplicidad de comunidades indígenas; y 2) la diversidad de usos que se tiene en cada comunidad respecto al empleo del conocimiento en cuestión (por ejemplo, la

coca tiene multiplicidad de usos dependiendo de la comunidad indígena de que se trate y, además, su empleo no es exclusivo de los grupos indígenas nacionales, sino que se realiza por más de 400 pueblos de la Cuenca amazónica.

Este sistema debería tener en cuenta el uso de los instrumentos y herramientas que aporta el actual sistema de propiedad intelectual, adaptados o modificados si fuera necesario, a las especiales características de los Saberes Tradicionales. Para garantizar la permanencia y estabilidad de los conocimientos tradicionales, un sistema *sui generis* debe contemplar el deber del Estado de proteger y salvaguardar la identidad cultural, el patrimonio intelectual y cultural, como las manifestaciones culturales, entre las cuales encontramos el conocimiento tradicional reconociendo las facultades de decisión que tienen las comunidades indígenas, afroamericanas y locales sobre sus conocimientos tradicionales, lo cual se materializa cuando se lleva a cabo el trámite de la consulta previa.

El sistema *sui generis* debe prever un mecanismo para la distribución justa y equitativa de beneficios, para asegurar que los grupos étnicos y las comunidades indígenas obtengan como contraprestación, por permitir el uso de su conocimiento tradicional a personas ajenas a la comunidad o grupo, una remuneración adecuada. Esta remuneración puede no circunscribirse necesariamente al aspecto patrimonial, sino consistir en el otorgamiento de beneficios de carácter social o cultural.⁹

El documento WIPO/GRTKF/IC/9/5, preparado por el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, está dedicado específicamente a ofrecer una gama exhaustiva de Objetivos Políticos, Principios Rectores Generales y Disposiciones Sustantivas, interrelacionados, que conforman la base para la adopción por los gobiernos de un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales. En él se resume un trabajo de muchos años donde se recogen las preocupaciones de gobiernos y comunidades indígenas de todas las regiones tratando de cubrir todos los aspectos que pueden afectar el control por los pueblos de los conocimientos ancestrales transmitidos de generación en generación. Además se establece que se debe promover el respeto de los sistemas de conocimientos tradicionales, así como de la dignidad, la integridad cultural y los valores intelectuales y espirituales de sus titulares que preservan y mantienen esos sistemas respetando sus derechos y contribuyendo a su bienestar económico, cultural y social.

9 Fernández Ballesteros, Carlos A. SEMINARIO INTERNACIONAL DE LA OMPI SOBRE LE USO ESTRATÉGICO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL. Rio de Janeiro, 21 a 25 de mayo del 2007.

Lo importante aquí es destacar aquellos principios u objetivos que han sido reconocidos como esenciales, de los cuales ningún sistema de protección *sui generis* debería prescindir, a saber: 1. Impedir la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales y todo acto comercial desleal; 2. Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual sin validez legal a partes no autorizadas; 3. Garantizar el consentimiento fundamentado previo por parte de los titulares; 4. Derecho de los titulares a la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven del uso comercial o industrial de los conocimientos tradicionales; 5. Cualidades mínimas que deberían reunir los conocimientos tradicionales para ser protegidos; 6. Que sean creados y preservados en un contexto tradicional y se transmitan de una generación a otra; 7. La vinculación a un pueblo o comunidad indígena o tradicional, que los preserva y transmite de una generación a otra; y 8. Ser parte integrante de la identidad cultural de un pueblo o comunidad indígena o tradicional que es reconocido como su titular. Esta disposición es vital para el sistema, pues se inspira en los criterios aplicados en las leyes nacionales *sui generis* y en los amplios debates celebrados en el Comité en relación con los criterios aplicables a la protección de los Conocimientos Tradicionales.

Los beneficiarios de la protección serían las comunidades indígenas y tradicionales y ciertos individuos que gozan de reconocimiento en el seno de estos pueblos y comunidades. Las exclusiones generales son la disponibilidad permanente para los propios titulares en cuanto al uso de la medicina tradicional en el hogar, en hospitales públicos o a otros fines de la salud pública. En la exclusión especial los conocimientos que ya están a disposición del público, pueden eximirse del consentimiento fundamentado previo siempre y cuando los usuarios proporcionen una compensación equitativa por los usos industriales y comerciales de esos conocimientos.

La ecologista Elizabeth Bravo, Coordinadora del Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo manifiesta en su artículo titulado "Biopiratería o el Buen vivir- El Caso Ecuatoriano"¹⁰, que el modelo industrial, que es fundamentalmente abusivo y depredador, incluye la privatización de la biodiversidad a través de normas de derechos de propiedad intelectual sobre la vida y los conocimientos tradicionales que han dado paso al uso de esa biodiversidad bajo una máscara de legalidad que realmente no es otra cosa que la biopiratería. Sostiene Bravo que esta "biopiratería" y la bioprospección¹¹ pretende excluir a otros del uso de

10 Bravo, Elizabeth. BIPIRATERÍA O 'BUEN VIVIR' -EL CASO ECUATORIANO. Papeles 107 1909. http://www.fuhem.es/media/ecosocial/file/Proyecto%20Cultura%20y%20Ambiente/Art%C3%ADculos/biopirateria%20o%20buen%20vivir_Ecuador_E.BRAVO.pdf

11 BIOPROSPECCIÓN.- Es la búsqueda sistemática, clasificación e investigación para fine

lo que antes les pertenecía, impidiendo la convivencia con la naturaleza, pues la transforma y mercantiliza, violentando, al mismo tiempo el tejido social dentro del cual se genera y recrea el conocimiento tradicional.

Si bien este criterio es compartido por varios expertos, no coincido con el mismo ya que considero que la normativa internacional no busca ni determina lo manifestado por la autora. Lo que si queda claro es que en algunos países del hemisferio norte se han patentado algunos productos provenientes de la naturaleza que son de conocimiento ancestral, como descubrimientos científicos, como es el caso de la ayahuasca, que a mi juicio es atentatorio no solo de la normativa ecuatoriana sino que viola la ley internacional que regula el tema.

Los pueblos indígenas y negros ecuatorianos han conservado, recreado, domesticado, mejorado y usado la biodiversidad desde sus propias culturas y cosmovisiones para satisfacer necesidades básicas como la alimentación, la vivienda, la medicina, la socialización y la ritualidad, lo que ha generado un fortalecimiento espiritual, cultural y económico de sus comunidades. Esta biodiversidad y los conocimientos sobre su uso han sido intercambiados secularmente en las comunidades indígenas, campesinas, de pescadores y de recolectores a través de códigos culturales específicos. Igualmente, existen otros conocimientos tradicionales que son sagrados y ceremoniales y cuya transmisión se produce bajo normas muy estrictas y específicas en cada pueblo. Es un tipo de conocimientos que está a cargo de una o dos personas de la comunidad, generalmente un shaman y sus aprendices. A estos conocimientos o componentes de la biodiversidad de carácter sagrado y ritual, que no se comparten de ninguna manera sino que se mantienen en el seno de una comunidad y solo entre pocos individuos, son los que generalmente quieren acceder las empresas que conforman las llamada "industria de la vida" para obtener beneficios económicos, violentando así toda la complejidad descrita sobre la generación y flujo de los conocimientos y provocando graves grietas en el tejido social comunitario.

Es necesario considerar también el impacto que los proyectos de bioprospección -de búsqueda de nuevos organismos vivos (o sus principios activos)- tienen en el tejido social de las comunidades donde se aplican. Aunque algunas empresas dicen que acceden al conocimiento tradicional a través de procesos de consulta, consentimiento informado previo y repartición de beneficios, siempre generan impactos negativos en los pueblos indígenas y en las comunidades locales porque en los contratos que se han firmando suele haber una cláusula de exclusividad a

comerciales de nuevas Fuentes de compuestos químicos , genera, proteínas, microorganismos y otros productos con valor económico actual o potencial que se encuentren en la biodiversidad.

favor de la empresa que rompe con la racionalidad bajo la cual se genera y fluye el conocimiento tradicional.

Solo resta señalar que la Constitución del Ecuador del 2008 supone, sin ninguna ambigüedad, una limitación a estas prácticas al reconocer el derecho de los pueblos a “mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora” (Artículo 57.12)¹².

Por otra parte, la Constitución Ecuatoriana prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas. El Artículo 322¹³ refuerza esta prohibición y la extiende a los llamados “recursos genéticos”, esta vez en el campo de la propiedad intelectual, en los siguientes términos: “Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad”.

Queda claro que es responsabilidad del Estado promover la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad y de los saberes ancestrales vinculados a ella, sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional” Artículo 402¹⁴. El texto constitucional no legaliza la

12 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Arte 59 Núm. 12: “Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.”

13 Óp. Cit. Art 322: Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.

14 Op. Cit: Art. 405.- El sistema nacional de áreas protegidas garantizará la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas. El sistema se integrará por los subsistemas estatal, autónomo descentralizado, comunitario y privado, y su rectoría y regulación será ejercida por el Estado. El Estado asignará los recursos económicos necesarios para la sostenibilidad financiera del sistema, y fomentará la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades que han habitado ancestralmente las áreas protegidas en su administración y

biopiratería a través del reconocimiento del reparto equitativo de beneficios, sino que declara al país libre de toda forma de propiedad intelectual sobre la biodiversidad y los conocimientos tradicionales asociado acogiendo el principio del libre flujo de la agrobiodiversidad como un deber del Estado.

El Artículo 281 numeral 6 manifiesta que el Estado es responsable de “promover la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad y de los saberes ancestrales vinculados a ella; así como el uso, la conservación e intercambio libre de semillas”. Este artículo debe ser aplicado en un contexto de interculturalidad, respetando las racionalidades de cada uno de los pueblos y nacionalidades que conviven en el país, de tal manera que se revitalicen las distintas formas tradicionales de conservar, recrear y compartir los conocimientos, las prácticas y la biodiversidad en las que se basa el buen vivir de todos.

La Política y Estrategia Nacional de Biodiversidad del Ecuador, se constituye en la vía que el país ha definido para conservar y utilizar sustentablemente su diversidad biológica. Para lograr sus objetivos, se propone la formulación, aprobación, promulgación y armonización de las normas legales que podrían generar contradicciones y superposiciones.¹⁵

Para la regulación del acceso, se establece como marco principal la Decisión 391, y el Reglamento de Aplicación de esta Decisión que fuera aprobado finalmente el 3 Octubre del 2011 en el que se designa como Autoridad Ambiental Competente para la aplicación del Reglamento en materia de acceso a recursos genéticos al Ministerio del Ambiente y como entidades evaluadoras a: el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca; la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, el Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias; el Instituto Nacional de Pesca; y, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.

La Autoridad Nacional Competente, además de cumplir con las funciones atribuidas en la Decisión 391, deberá además definir, complementar y difundir las políticas referentes a la conservación y uso sostenible de los recursos genéticos existentes en el territorio Ecuatoriano, cumplir y hacer cumplir las disposiciones que sobre trato nacional y reciprocidad establecen los artículos 11 y 12 de la Decisión 391, definir los mecanismos de Cooperación Subregional establecidos en

gestión. Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir a ningún título tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas protegidas, de acuerdo con la ley.

15 Ministerio del Ambiente del Ecuador. 2001. Política y Estrategia Nacional de Biodiversidad del Ecuador. Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino Acceso a recursos genéticos. Página 31 de 64

el artículo 10 de la Decisión 391, conformar el Comité Andino sobre Recursos Genéticos, de acuerdo a lo establecido por el artículo 51 de la Decisión 391; realizar las notificaciones a la Secretaría Técnica de la Comunidad Andina y al resto de países que lo conforman de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de la Decisión 391 de la Comunidad Andina.

Este Reglamento Nacional al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos en aplicación a la Decisión 391 de la Comunidad Andina ha sido decretado bajo las siguientes consideraciones que desglosamos de acuerdo al tópico de este artículo :

“ (...) se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos, mediante la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen; mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro biodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora, prohibiendo además toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas; (...)

Que el artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución y eficiencia, considerando además a la biodiversidad y el patrimonio genético como recursos estratégicos;

Que, el artículo 322 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la Ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad; (...)

Que, el artículo 6 de la Decisión 391, establece que los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los Países Miembros son países de origen, son bienes o patrimonio de la Nación de cada País Miembro, de conformidad con lo

establecido en sus respectivas legislaciones internas. Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre recursos biológicos que los contiene, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado;

Que, el artículo 16 de la Decisión 391, establece que todo procedimiento de acceso requerirá de la presentación, admisión, publicación y aprobación de una solicitud, de la suscripción de un contrato, de la emisión y publicación de la correspondiente Resolución (...)

Que, el artículo 402 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional; (...) El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota (...).(Artículo 408 Constitución Política del Ecuador).

Que, el Convenio sobre la Diversidad Biológica publicado en el Registro Oficial No. 647 de 6 de marzo de 1995, en su artículo 8 letra j) establece que de acuerdo a la legislación nacional se respetarán, preservarán y mantendrán los conocimientos, la innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas y fomentarán que los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente. (...)

Que el Convenio sobre la Diversidad Biológica publicado en el Registro N°647 de 6 de marzo de 1995, en su artículo 15 establece los derechos y obligaciones de las partes contratantes, en materia de acceso a los recursos genéticos, cuyos objetivos son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada; (...)

Que la Decisión 391 de la Comunidad Andina , CAN, establece el Régimen Común sobre Acceso a Recursos Genéticos, publicada en el Registro oficial N° 5 del 16 de agosto de 1996, establece la necesidad de reglamentación interna que permita aplicar dicho régimen (...) y artículo 5 establece que los Países Miembros ejercen soberanía sobre los recursos genéticos y sus productos derivados y en consecuencia

determinan las condiciones de su acceso (...), la conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos y sus productos derivados, serán reguladas por cada País Miembro, de acuerdo con los principios y disposiciones contenidos en el Convenio de la Diversidad Biológica y en la mencionada Decisión; (...) que los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los Países Miembros son países de origen, son bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada País Miembro, de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas. Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado¹⁶; que todo procedimiento de acceso requerirá de la presentación, admisión, publicación y aprobación de una solicitud, de la suscripción de un contrato, de la emisión y publicación de la correspondiente Resolución y del registro declarativo de los actos vinculados con dicho acceso.”¹⁷

El Título IV establece el procedimiento de acceso a los recursos genéticos y específicamente el trámite de la solicitud de acceso a recursos genéticos en el que se señala que luego de la publicación del extracto de solicitud, la Autoridad Ambiental Nacional receptorá las oposiciones contra esta solicitud. Si durante el proceso de oposiciones se llegara a probar que los recursos genéticos tienen algún componente intangible asociado, se revertirá el procedimiento y se exigirá al interesado que presente el plan correspondiente para obtener el consentimiento fundamentado previo de la comunidad local.

De suma importancia es el caso de aquellos recursos genéticos que incluyan un componente intangible asociado en los que el proponente deberá presentar un plan correspondiente para obtener el consentimiento fundamentado previo de la comunidad local que le permita acceder al componente intangible. Dicho plan, deberá ser determinado sobre la base de los lineamientos establecidos en el protocolo desarrollado para el efecto.

Este reglamento considera los intereses de los países miembros de la Comunidad Andina en materia de recursos genéticos de interés compartido, en cuyo caso la Autoridad Ambiental Nacional, podrá solicitar que el o los otros países envíen sus

16 COMPONENTE INTAGIBLE: Todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado a un recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual. Reglamento Nacional al Régimen Común Sobre Acceso a los Recursos Genéticos en Aplicación a la Decisión 391 de la Comunidad Andina.

17 Decreto 905 Reglamento Nacional al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos en Aplicación A la Decisión 391 de la Comunidad Andina. REGISTRO OFICIAL N° 553 DE 11 DE Octubre del 2011.

puntos de vista y la información que considere conveniente durante la etapa de negociación del Contrato de Acceso a Recursos Genéticos. Estableciendo que para este efecto se procurará mantener una lista andina mínima de recursos genéticos de importancia regional a través de un sistema de intercambio de información.

Todo proceso de negociación deberá considerar obligatoriamente las siguientes condiciones: Determinación de mecanismos de distribución de beneficios resultado del Contrato de Acceso a los Recursos Genéticos y sus derivados; Especificaciones del sistema de seguimiento y monitoreo, participación de al menos dos investigadores ecuatorianos; El acceso y la transferencia de la tecnología empleada y biotecnología derivadas de la utilización del recurso genético en condiciones mutuamente acordadas; El pago de los beneficios económico, (actuales o potenciales) derivados de la comercialización a nivel mundial de todos los productos generados a partir del recurso genético solicitado. Si el recurso genético solicitado estuviere contenido en una especie o variedad endémica, la Autoridad Nacional, deberá establecer el pago de un monto mayor al establecido para el caso de una especie o variedad compartida con otros países; La transferencia de tecnología empleada y biotecnología derivada de la utilización del recurso genético en condiciones mutuamente acordadas.

Las partes del Contrato de Acceso a Recursos Genéticos son el Estado ecuatoriano representado por la Autoridad Ambiental Nacional y el interesado en acceder a los recursos genéticos.

La Autoridad Ambiental Nacional podrá limitar de forma total o parcial el acceso a recursos genéticos por su rareza, amenaza o el peligro de extinción; por condiciones de vulnerabilidad en la estructura de los ecosistemas y otras condiciones que ponen en peligro nuestro ecosistema y bioseguridad. Si la solicitud de acceso a recursos genéticos o sus productos derivado incluyeren un componente intangible asociado, este deberá incluirse en un contrato Anexo con la determinación de los mecanismos de distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización del componente intangible asociado. Este Anexo será suscrito por el representante legal de la comunidad local proveedora del componente intangible asociado y el solicitante del Contrato de Acceso a recursos Genéticos.

El reglamento también establece la suscripción de Contratos de Acceso Marco. Para este caso la Autoridad Ambiental Nacional deberá celebrar contratos marco con Universidades, centros de Investigación e Investigadores ecuatorianos calificados y registrados en el SENESCYT, que amparen la ejecución de proyectos de investigación y conservación de acceso a los recursos genéticos.

Por último, previo al otorgamiento de un derecho de propiedad intelectual,

el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual deberá solicitar la presentación del número de registro del contrato de acceso y copia del mismo, cuando existan indicios racionales o certeza de que los productos o procesos cuya protección se solicita hayan sido obtenidos a partir de un recurso genético o de un producto derivado del mismo.

Conclusiones

Los Conocimientos Tradicionales han sido usados durante siglos por comunidades indígenas y locales y la importancia de su protección ha sido formalmente reconocida por la Convención sobre la Biodiversidad. La protección de los Conocimientos Tradicionales se ha convertido en un asunto muy complejo, desde que existen muchas discrepancias en lo que tiene que ver con la definición de la materia en cuestión, el fundamento de la protección y los medios para alcanzar los propósitos perseguidos. Sin embargo, la dificultad para definirlos no debería ser un obstáculo para desarrollar alguna forma de protección.

Los actuales sistemas de derechos de propiedad intelectual pueden ser útiles para la protección de algunas formas de conocimientos tradicionales, como podría ser el caso de las Expresiones Culturales Tradicionales a través de la legislación de derecho de autor. No obstante, ha quedado demostrado que tal protección por sí sola no es suficiente; se hace necesario desarrollar formas *sui generis* de protección, para poder satisfacer las diferentes necesidades de las comunidades, cada una de ellas con sus características propias. Dada la diversidad de culturas y recursos, se hace imposible contar con un único sistema de protección; debe haber una diversidad de opciones para protegerlos conocimientos tradicionales.

En consecuencia, urge una acción conjunta y coordinada tanto por los gobiernos de los países amazónicos, como por los diferentes grupos indígenas de la región, para establecer mecanismos que impidan y penalicen la biopiratería, la expropiación de recursos genéticos y el saqueo de los conocimientos ancestrales de las comunidades indígenas.

Bibliografía

1. Fernández Ballesteros, Carlos A. SEMINARIO INTERNACIONAL DE LA OMPI SOBRE LE USO ESTRATÉGICO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL. Rio de Janeiro, 21 a 25 de mayo del 2007.
2. Bowen Manzur, Consuelo. *La Propiedad Industrial y el Componente Intangible de la Biodiversidad*. Quito, Corporación Editora Nacional, 1997.

3. Caillaux Zazzali, Jorge. *Propiedad Intelectual, Diversidad Biológica y Conocimientos Tradicionales. Una Visión desde los Andes y la Amazonía. Biología y Derecho*. Buenos Aire. Ediciones Ciudad Argentina.1997. Páginas 89-130
4. Cruz, Rodrigo de la, Paymal Noemí y Sarmiento Meneses, Eduardo. *Biodiversidad, Derechos Colectivos y Régimen Sui Géneris de la Propiedad Intelectual*. COICA-OMAERE-OPIP, Quit, 1999.
5. Cruz, Rodrigo de la. *Protección de los Conocimientos Tradicionales, ponencia para el Cuarto Taller: Acceso a Recursos Genéticos, Conocimientos y Prácticas Tradicionales y Distribución de los Beneficios*. Quito, 17 de julio de 2001. (En Internet:www.comunidadandina.org/desarrollo/t4_ponencia2htm#Anchor54710).
6. Donoso Bustamante, Sebastián I. *Propiedad Intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor*. Quito, Ediciones Legales EDLE S.A., 2009
7. Mgbeoji, Ikechi. *Lost in Translation? The Rhetoric of Protecting Indigenous Peoples' Knowledge in International law and the Omnipresent Reality of Biopiracy*. Accessing and Sharing the Benefits of the Geonomics Revolution. 111-142. 2007.
8. Morales, Manolo. *Las Disposiciones de la Convención sobre Diversidad Biológica y sus limitaciones con respecto a la distribución de los beneficios. El Cártel de la Biodiversidad transformación de conocimientos tradicionales en secretos comerciales*. CARE, Proyecto Subir. Quito. 2000.
9. OMPI. Documento OMPI/GA/26/9. Publicaciones de la OMPI, 2002.
10. OMPI. Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9. Publicaciones de la OMPI, 2002.
11. OMPI. Documento OMPI/GA/26/9. Publicaciones de la OMPI, 2002.
12. Pombo, Diana y Vásquez, Lucía. *Biodiversidad y Derechos Colectivos Intelectuales en: La Biodiversidad y los derechos de los pueblos: Amazonía por la vida*. Acción Ecológica, Quito, 1996
13. Tobón, Natalia. *Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina. Derechos Intelectuales*. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 2003. Páginas 136 a 151.

Cuerpos Normativos

1. Constitución de la República del Ecuador – 2009. Quito, Impreso en Editorial Jurídica EL FORUM
2. Ley de Propiedad Intelectual, Reglamento y Legislación Conexa. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.
3. Ley 83 de Propiedad Intelectual, Registro Oficial 320. Quito, 19 de Mayo de 1993.
4. OMPI, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual

Relacionados con el Comercio (ADPIC), publicaciones de la OMPI, Ginebra 1999.

5. OMPI, Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), publicaciones de la OMPI, Ginebra, 1992.
6. Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones sobre Régimen Común de Accesos a Recursos Genéticos, Corporación de Estudios y Publicaciones.
7. OMPI, Directrices de Bonn sobre acceso a recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización, Sexta Conferencia de las Partes de Convenio sobre la Diversidad Biológica, Publicaciones de la OMPI, Ginebra,

En Internet

1. CONVENIO SOBRE LA BIODIVERSIDAD BIOLÓGICA (CDB). www.biodiv.org
2. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN) www.comunidadandinadenaciones.or
3. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) www.omc.com

Infracción a los Derechos de autor: ¿Justificable?

Carlos Renato Ortuño Cevallos¹

Abstract

Los derechos de autor, reconocidos en la Declaración de los Derechos del Hombre, son la garantía que se otorga, a quienes tras el desarrollo de su intelecto, tras sus esfuerzos, sus investigaciones y demás actividades, han conseguido generar obras y creaciones que han demandado trabajo intelectual y que por ende deben ser protegidas.

Los avances tecnológicos que modernizan y facilitan nuestras vidas y los modernos y revolucionarios sistemas judiciales, son parte del gran sistema que tras un inadecuado uso y aplicación, vulneran los derechos de autor; y es ésta precisamente la razón por la cual expongo el presente trabajo de investigación a fin de determinar si es o no justificable la infracción a los derechos de autor planteando una crítica al sistema neoconstitucionalista de la ponderación de principios con lo cual se deja sin efecto lo determinado por Montesquieu de que el juez es la boca de la Ley.

La historia demuestra que desde los inicios de las manifestaciones intelectuales del hombre, los estados, dentro de sus políticas públicas, se preocuparon por brindar a los autores de obras y creaciones las debidas garantías y derechos tendientes a proteger sus resultados intelectuales.

Así fue que, en el siglo XV tras el surgimiento de la imprenta, se dio lugar al denominado Sistema de *Privilegios Reales*, a través de los cuales se establecieron monopolios dedicados a “los impresores y libreros por un tiempo determinado para imprimir copias de las obras y venderlas”².

1 Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Telef. 2503-660 / 084948330, rortuno@coabogados.com

2 DERECHOS DE AUTOR Y PROTECCION, *Apuntes Derecho de Autor*, Dr. Esteban Argudo Carpio, apuntes de clase, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, II semestre 2011- 2012, 2012, pp. 1, 2.

Consecuentemente, en el año de 1710 y tras la expedición de la denominada *Ley para el Fomento del Aprendizaje*, más conocida como el “*Estatuto de la Reina Ana*”, se dio origen jurídico a los derechos de autor sobre las copias de libros, reconociendo de esta manera un plazo de protección de 14 años, con un máximo de hasta 28 años bajo la condición de que el autor continuara vivo y determinando retroactivamente un único plazo de 21 años de protección para aquellas obras que habían sido impresas hasta antes de la entrada en vigor de la Ley y cuyo plazo se contabilizaría a partir de la fecha de aprobación de la misma.³

Es de esta manera que los derechos de autor tuvieron su origen, y su evolución ha venido a través de los años ampliando su régimen de protección desde libros, obras derivadas, traducciones, fotos, películas, software, etc., en función de brindar a los autores la debida protección de sus obras y creaciones intelectuales.

En la actualidad, la tendencia de los estados en general es la de continuar con este proceso evolutivo de los derechos de autor ampliando su régimen de protección.

En el Ecuador, los temas relativos a la propiedad intelectual estaban ordenados exclusivamente por las normas del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas celebrado en 1886, la Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas realizada en Washington en 1946, las de la Convención Universal de Derechos de Autor celebrada en Ginebra en 1952 y las Decisiones Comunitarias que habían sido dictadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena; sin embargo, no se contaba con un cuerpo normativo ecuatoriano que regule esta disciplina jurídica hasta la tramitación de la Ley de Derechos de Autor expedida por Decreto No. 610 de 30 de Julio de 1976, el Reglamento de Aplicación a la Ley de Derechos de Autor expedido por Decreto No. 10284 de 30 de Noviembre de 1977 y la Ley No. 71 denominada Ley de Fomento del Libro, expedida en el año de 1987.

La evolución de las materias relacionadas con la propiedad intelectual, los intereses comerciales de carácter internacional, las presiones de parte de nuestros socios comerciales como los Estados Unidos y el desarrollo de las legislaciones de otros estados, fueron los motivos para que el 19 de mayo del año 1998, en el Registro Oficial No. 320, se expida la Ley de Propiedad Intelectual, dentro de la cual, siguiendo la tendencia internacional, se ha venido hasta la actualidad protegiendo una amplia gama de obras y creaciones bajo la figura de los derechos de autor.

3 TARINGA INTELIGENCIA COLECTIVA, *El Estatuto de Ana. La Primera Ley de Derechos de Autor*, http://www.taringa.net/posts/info/5014054/El-Estatuto-de-Ana_-La-Primera-Ley-de-Derechos-de-Autor.html, Acceso: 07, Junio, 2012, 08h36.

Sin embargo, debido a la falta de medios y a la falta de una cultura de propiedad intelectual en nuestro país, durante muchos años, antes y después de la expedición de la mencionada Ley de Propiedad Intelectual, ha sido costumbre inobservar los derechos intelectuales de autores y de creadores.

Ha sido únicamente durante los últimos años, que disponiendo de los medios necesarios, el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, ha implementado un apropiado sistema de protección que ha sido desarrollado evolutivamente y que en la actualidad, se podría decir, ha alcanzado un estado de eficiencia bastante importante, dando cumplimiento a las competencias que le han sido asignadas a éste órgano administrativo a través del texto del artículo 3 de la Ley Ecuatoriana de Propiedad Intelectual que establece: *“propiciar, promover, fomentar, prevenir, proteger y defender a nombre del Estado Ecuatoriano, los derechos de propiedad intelectual reconocidos en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales...”*

Las constantes violaciones a los derechos de propiedad intelectual y principalmente a los derechos de autor, han contribuido a que el sistema se fortalezca no solamente en el ámbito de los derechos de autor sino también de las demás ramas del derecho de propiedad intelectual como son la propiedad industrial y las obtenciones vegetales.

Cierto resulta afirmar que, a medida que las violaciones o infracciones se incrementan, se deben implementar más fuertes, más amplios y más eficientes sistemas para el control de la protección de los derechos de autor.

En este sentido, lento pero acertado, ha sido el desarrollo del derecho de propiedad intelectual en nuestro país y hoy en día, aunque con ciertas limitaciones que impiden un trabajo más exhaustivo, el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual se encuentra empeñado en informar a la sociedad respecto de cuáles son sus derechos y cuáles son los mecanismos disponibles para hacerlos efectivos en caso de una vulneración o la amenaza de ésta, sembrando así no solo precedentes jurídicos en cuanto a la resolución de casos sino también una cultura de propiedad intelectual que desde hace años venía siendo necesaria.

Sin embargo, no es sencilla la labor de enseñanza y difusión de los derechos de propiedad intelectual, específicamente los derechos de autor, cuando a todas luces se encuentran de por medio, a más del aspecto económico, a grandes grupos que se han consolidado prácticamente en mafias, dedicadas a lucrar del perjuicio de los derechos morales de los autores.

Los derechos morales, de conformidad con lo que señala la OMPI, Organización Mundial de Propiedad Intelectual, son:

Los derechos morales protegen básicamente la personalidad del autor en relación con su obra. El autor en su creación transmite su propia visión de la realidad, aún en la ficción; expresa ideas propias; refleja parte de su mismo ser. De ahí que la ley no pueda menos que reconocer su absoluto gobierno sobre las obras, como extensión de su esencia humana, de su personalidad...⁴

Estimo necesario además, en este punto, señalar que los derechos morales se encuentran consagrados como un derecho humano dentro del numeral segundo del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que dice: “*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.*”.

En este sentido, no está demás indicar que los derechos morales son además de inalienables, perpetuos e irrenunciables de conformidad con lo que señala la doctrina, lo cual es a su vez confirmado por lo que determina el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana que establece que los derechos de autor son “*...irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles...*”.

Tras todo lo manifestado anteriormente, es sencillo determinar la conexión existente entre los derechos de autor y el derecho moral que el autor conserva perpetuamente sobre sus obras y creaciones.

Los intensos y nada sencillos mecanismos que ha demandado la protección de los derechos de autor a nivel mundial, no solo que se han implementado en función de que se respeten estos derechos y que en caso de que se los vulnere, sus titulares puedan exigir el cumplimiento de los mismos, sino que traen consigo objetivos mucho más amplios y que son lógicos cuando los autores manifiestan su interés de desarrollo productivo, lo que beneficia a las economías de cada estado, siendo auspiciados por la garantía de que sus derechos se encuentran protegidos.

Los distintos factores que se encuentran tras las obras y creaciones son también beneficiarios de la existencia de una protección, pues de esta manera la industria

4 COLOMBIA, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Sra. Vivian Alvarado Baena, Jefe de la División Legal, *El Derecho de Autor en los Tratados Administrados por la OMPI y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdos sobre los ADPIC)*, en el ámbito del Seminario de la OMPI para los países andinos sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual en Frontera, Bogotá, 2002, p. 6.

en todas sus áreas, la investigación científica, las editoriales, los sitios web, etc., se motivan a continuar desarrollándose y a producir los bienes y servicios con que ejercen sus actividades comerciales, a más de también mantener las relaciones laborales que contribuyen a los procesos de producción y que a la vez aportan de modo micro a la economía de las familias y de modo macro a la economía de las naciones.

En nuestro medio comercial en particular, las industrias cinematográfica, musical y de programas de ordenador (software), son las que en mayor medida reflejan una evidente vulneración de los derechos de autor, esto sin dejar de lado a las estadísticas existentes sobre vulneración de derechos de autor de las obras literarias (libros).

No es sin embargo, un caso aislado el de nuestro país. Así como los aspectos positivos forman parte de la globalización, los aspectos negativos también engloban a las naciones en general.

La piratería, denominación con que se ha identificado a la ya arraigada actividad de producción de copias ilegales de películas, música, libros, software, etc., se ha consolidado en una industria de enormes dimensiones y que maneja millones de dólares año tras año a nivel mundial ya que cual ninguna ONG, se encuentra presente en casi todos los países pese a la existencia de leyes que sancionan fuertemente el ejercicio de esta práctica ilegal.

Solamente en nuestro país, hasta el año 2005 se habrían calculado pérdidas económicas aproximadas a los US\$ 67 millones, además del desempleo de más o menos 15 mil personas según información de la Cámara del Disco del Ecuador, existente hasta ese entonces con la afiliación de tres empresas, a pesar de haber contado desde sus inicios con 14 empresas afiliadas.⁵

El tema no solo que implica un análisis de carácter económico sino también un análisis de tipo cultural. La manifiesta preferencia de la sociedad que se inclina por el producto mas barato antes que por aquel de mejor calidad, es el motivante para que la demanda en el mercado de productos piratas y por ende ilegales, mantenga una tendencia a la alta mientras que el mercado de lo original va decreciendo en su oferta.

Anualmente, la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos presenta el informe denominado *Special 301*. En el *2012 Special 301 Report*, tal como sucedió en el presentado en el año 2011, el Ecuador se mantiene en la

5 Cfr., EL HOY, *La piratería deja en la calle a 15 mil personas y produce pérdidas millonarias*, <http://www.hoy.com.ec/suplemen/blan352/byn.htm>, p. única, Acceso: 07, Junio, 2012, 12h21.

posición número 8 de la denominada *Watch List* o lista de vigilancia, debido a los altos niveles de piratería que existen en el país. Además, se observa el hecho de que a pesar de haberse establecido en el año de 1998 en la propia Ley de Propiedad Intelectual la creación de los juzgados especializados en Propiedad Intelectual, no se los ha conformado⁶: situación que sí afecta en el ámbito legal, a los casos sometidos ante juzgados y tribunales no especializados en propiedad intelectual.

De acuerdo con las cifras reveladas por la Sociedad General de Autores y Compositores SAYCE, hasta el año 2011, el 95% de las películas y música que se vendían en el Ecuador, eran de origen pirata⁷ mientras que, en lo que a software respecta, conforme al Estudio Mundial de Piratería de Software de BSA de 2011, presentado por la *Business Software Alliance* en su novena edición de mayo del 2012, el Ecuador se encuentra en la posición número 6 del ranking de 14 países con menor piratería de software en América Latina lo que representa un 68% de piratería a nivel nacional en el año 2011, estableciendo un valor comercial aproximado de US\$ 92.00 por software sin licencia dentro del mismo periodo⁸.

Estas cifras, las primeras especialmente, reflejan claramente la posibilidad de que en poco tiempo, en el Ecuador no se comercialicen discos originales, provocando incluso que futuras generaciones no lleguen a conocer lo que es un disco original.

Aproximadamente son 150.000 las personas dedicadas a este tipo de actividad ilegal, mientras que 15.000 son las desempleadas como consecuencia de la misma, además de las millonarias pérdidas que ésta provoca tanto a autores nacionales como internacionales.

He aquí la interrogante de si es justificable o no la infracción a los derechos de autor.

¿Puede, en primer lugar, autorizarse la infracción a los derechos de autor?, sabemos bien que con la adquisición de una licencia legal, adquirimos los derechos de uso del producto licenciado. El costo de dicha licencia, soporta las regalías a que

6 Cfr., OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, 2012 Special 301 Report, http://www.ustr.gov/sites/default/files/2012%20Special%20301%20Report_0.pdf, pp. 43- 44, Acceso: 12, Junio, 2012, 07h27.

7 Cfr., EL HOY, Más del 95% de filmes y discos de Ecuador son piratas, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/mas-del-95-de-filmes-y-discos-de-ecuador-son-piratas-472746.html>, p. única, Acceso: 12, Junio, 2012, 13h28.

8 Cfr., BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE, Estudio Mundial de Piratería de Software 2011. Novena Edición, Mayo de 2012, http://portal.bsa.org/globalpiracy2011/downloads/translatelstudybrief/2011GlobalPiracy_InBrief_es.pdf, p. 2, Acceso: 14, Junio, 2012, 06h29.

su autor tiene derecho, además de soportar los elevados costos en que éste debe incurrir como son los de producción, publicidad, distribución, etc.

Mientras que la empresa discográfica debe incurrir en elevados costos, el negocio de la piratería no solamente que comercializa sus productos a valores insignificantes sino que además ayuda a generar las ganancias suficientes para cubrir costos de arriendo de locales, servicios básicos, impresión de portadas, empleados y reflejar una utilidad que valga la práctica de una actividad ilegal. *“En efecto, la empresa que tiene que pagar los derechos de autor se encuentra en una clara desventaja frente a aquella otra que se limita a reproducir y que no tiene que pagar aquellos derechos”*⁹.

En este sentido, sin existir el consentimiento expreso del autor de una obra u otro tipo de creación intelectual para hacer uso de la misma, no es posible hacerlo sin incurrir en una práctica ilegal. *“Desde el punto de vista económico, el titular de los derechos de autor puede realizar, autorizar o prohibir la reproducción, comunicación, distribución, importación y traducción de las obras bajo su derecho”*¹⁰.

¿Es justificable la infracción a los derechos de autor?, nuestro actual ordenamiento jurídico emplea un complejo y cuestionable sistema de jerarquización y ponderación de normas y de derechos respectivamente. El Ecuador reconoce los instrumentos internacionales en los que se garantiza el derecho de los autores y creadores sobre sus obras y creaciones intelectuales y a la vez también aquellos instrumentos por los que se garantiza el derecho al trabajo.

Mientras por un lado, contamos con instituciones gubernamentales dedicadas a cabalidad a hacer cumplir lo que el ordenamiento jurídico manda, tenemos por otro lado, también instituciones gubernamentales que, para cumplir con sus atribuciones legalmente establecidas, entorpecen el trabajo de las primeras. *“En los lugares de venta de discos piratas el argumento es claro: su actividad es amparada por una serie de permisos de funcionamiento como el del Cuerpo de Bomberos, el Servicio de Rentas Internas e incluso Municipio”*¹¹.

Tras la figura de la ponderación de derechos, cuyos parámetros de determinación no son lo suficientemente claros, se permite la práctica de una actividad indudablemente ilegal.

9 BERCOVITZ, Alberto, *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia 1. Propiedad Intelectual en el GATT*, Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, segunda edición, 2000, p. 13.

10 GRIJALVA, Agustín, *Temas de Propiedad Intelectual. Internet y Derechos de Autor*, Corporación Editora Nacional, Quito, primera edición, 2007, p. 64.

11 EDITORIAL VISTAZO, *Después de las cachinerías, les llegó el turno a los discos de música y películas copiados ilegalmente*, <http://www.vistazo.com/webpages/pais/?id=13671>, p. única, Acceso: 18, Julio, 2012, 14h31.

Cierto es que por un lado tenemos al derecho al trabajo, y tras este la obligación del pago de tributos por las rentas percibidas, la obligación tributaria de emitir comprobantes de venta, así como también la obligación de exigir comprobantes de venta por el arriendo de locales comerciales, etc., obligaciones que la propia administración pública exige que se cumplan por el ejercicio de actividades ilegales que a la vez intentan ser erradicadas por parte de la misma administración pública por vulnerar los derechos de autor, los cuales, recuerdo, también se encuentran consagrados dentro de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

De esta manera, no es en ningún sentido justificable, menos aún por institución administrativa alguna, la infracción a los derechos de autor pues sus funciones son conjuntamente con las establecidas en cada ley, las de velar por la armonía del sistema y ordenamiento jurídico y evitar que se repita lo ya sucedido en la resolución de la acción de protección No. 0259-2011 en donde el fallo emitido por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, vulnera no solamente los derechos de autor sino también las acciones impulsadas por el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual destinadas a precautelar esos mismos derechos.

El argumento vertido por los comerciantes ilegales de obras piratas es que hemos pretendido vulnerar el derecho al trabajo de las personas e impedir el acceso al sustento fundamental a las familias ecuatorianas, nada más alejado de la verdad, pues más que nadie respetamos los derechos que tenemos los ecuatorianos a no ser tratados como sociedad de segunda clase al recibir productos ilegales como legales y por otro lado pretendemos velar por el derecho a recibir una remuneración digna por el trabajo que realizan los creadores intelectuales quienes con su esfuerzo actualmente están enriqueciendo a empresarios inescrupulosos que evaden impuestos, lucran con la labor ajena, nos dan productos de mala calidad y se enriquecen ilícitamente...¹²

Los avances tecnológicos, facilitan una globalizada distribución de las creaciones intelectuales, los medios de televisión, radiodifusión, los medios escritos, el internet, y demás formas de distribución de información permiten que las relaciones comerciales en el mundo entero sean cada vez más sencillas, rápidas y eficientes.

...las tecnologías que permiten la reproducción de las obras se han perfeccionado y abaratado extraordinariamente. Esto es, que una vez que la obra está comercializada

12 ECUADOR, Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, *Boletín de Prensa No. 016-2012*, Quito, 2012.

es muy fácil copiarla. Siendo así, la diferencia que representa la distinta protección jurídica del derecho de autor llega a constituir un elemento competitivo de primera importancia[...] En estas circunstancias, es evidente que la empresa radicada en un país donde no existe protección del derecho de autor tiene una posición privilegiada en el marco competitivo, puesto que tiene muchos menos costes, además de que normalmente copiará los éxitos ya consagrados por el mercado, evitando las pérdidas inherentes a los fracasos¹³.

Muchas organizaciones creadas con el afán de exigir el cumplimiento de los derechos de autor, se han visto hoy en día en la necesidad de auspiciar proyectos dedicados a incentivar la producción de obras y creaciones, amparadas no por licencias *copyright* características de los derechos de autor, sino por licencias *copyleft* cuya característica es la de permitir la distribución de copias de obras u otro tipo de trabajos y de modificaciones de los mismos, como una innovadora iniciativa y propuesta de las denominadas comunidades de software libre.

Esta iniciativa ha tenido una gran acogida, incluso por parte de grandes corporaciones productoras de software y editoriales especialmente. Sin embargo, es necesario indicar que éstas licencias *copyleft* responden a la voluntad de los autores y creadores y que su aplicación no debería entenderse como la renuncia a los derechos morales de que son éstos titulares.

Las políticas de los estados, no solamente que deberían estar encaminadas a proteger los derechos consagrados en instrumentos internacionales y en leyes internas sino que también deberían reflejar el absoluto interés de mantener un sistema jurídico ordenado, armónico y en el que las competencias de una institución no impidan el pleno desempeño de las demás

Conclusiones

La legislación de cada país es el instrumento, de la mano con las instituciones gubernamentales encargadas de la administración pública, más adecuado para controlar el fiel respeto a los derechos de autor pues no solo determina las normas, las sanciones y los organismos de control sino también los mecanismos que, acordes con cada sociedad, deben ser utilizados para velar por el total apego a las leyes y el respeto a los derechos consagrados en éstas.

La ponderación de derechos, entre los cuales existen bienes o intereses en conflicto, es uno de los sistemas más impulsados por el neoconstitucionalismo, y que debido a la extrema aplicación que se lo ha dado, debe ser apreciado con más

13 BERCOVITZ, Alberto, *op. cit.*, p. 13.

cuidado, ya que no siempre puede ser utilizada una misma escala de valoración y de apreciación que pondere a un derecho en lugar de otro. Es por esta razón que, críticamente, la ponderación debe ser aplicada en casos que estrictamente la requieran y no como una vía de excusa y de justificación para el ejercicio de una práctica ilegal.

Los derechos de autor no solo deben ser protegidos por las leyes y por los estados sino también deben ser difundidos con campañas dedicadas a incentivar su respeto y exigibilidad.

La creciente tendencia por la piratería no es más que el reflejo de una sociedad sin cultura de propiedad intelectual y que debe ser corregido sin escatimar esfuerzos pues no solo afecta a nuestro entorno social, a los autores y creadores; sino también a la economía de los países que dejan de percibir tributos por la comercialización de productos legales.

No es bajo ningún concepto, justificable la infracción a los derechos de autor, ya que como hemos visto, la función de los estados es la de garantizar el ejercicio de derechos siempre y cuando su desempeño responda a la práctica de actividades enmarcadas dentro del ámbito de lo legal. Aunque las leyes exijan el cumplimiento de determinados requisitos que permitan el ejercicio de actividades de comercio, dichas actividades deberían siempre ser avaladas y sometidas a un proceso de verificación de su legalidad. De esta manera se garantizaría de una mejor manera el respeto a los derechos de autor y se incentivaría la práctica de actividades legales que sí contribuyen tanto a la economía del país como a la cultura y a la educación de la sociedad con apego a las leyes.

Bibliografía y Fuente

Declaración Universal de los Derechos del Hombre

Ley de Propiedad Intelectual

DERECHOS DE AUTOR Y PROTECCION, *Apuntes Derecho de Autor*, Dr. Esteban Argudo Carpio, apuntes de clase, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, II semestre 2011- 2012, 2012.

TARINGA INTELIGENCIA COLECTIVA, *El Estatuto de Ana. La Primera Ley de Derechos de Autor*, http://www.taringa.net/posts/info/5014054/El-Estatuto-de-Ana_-La-Primera-Ley-de-Derechos-de-Autor.html.

COLOMBIA, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Sra. Vivian Alvarado Baena, Jefe de la División Legal, *El Derecho de Autor en los Tratados Administrados por la OMPI y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdos sobre los ADPIC)*, en el ámbito del *Seminario de la OMPI para los países andinos sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual en Frontera*, Bogotá, 2002.

EL HOY, *La piratería deja en la calle a 15 mil personas y produce pérdidas millonarias*, <http://www.hoy.com.ec/suplemen/blan352/byn.htm> y

OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, *2012 Special 301 Report*, http://www.ustr.gov/sites/default/files/2012%20Special%20301%20Report_0.pdf.

BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE, *Estudio Mundial de Piratería de Software 2011. Novena Edición, Mayo de 2012*, http://portal.bsa.org/globalpiracy2011/downloads/translatedstudybrief/2011GlobalPiracy_InBrief_es.pdf.

BERCOVITZ, Alberto, *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia 1. Propiedad Intelectual en el GATT*, Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, segunda edición, 2000

GRIJALVA, Agustín, *Temas de Propiedad Intelectual. Internet y Derechos de Autor*, Corporación Editora Nacional, Quito, primera edición, 2007

EDITORIAL VISTAZO, *Después de las cachinerías, les llegó el turno a los discos de música y películas copiados ilegalmente*, <http://www.vistazo.com/webpages/pais/?id=13671>.

ECUADOR, Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, *Boletín de Prensa No. 016-2012*, Quito, 2012.

Patentes de invención ecológica, la creatividad humana en auxilio del medio ambiente

Andrés W. Chugá Porras ¹

1. Introducción.-

Muchas personas sostienen que “aquellos abogados que ejercen la Propiedad Intelectual se debe a que son artistas frustrados”, a lo que yo respondo con una sonrisa –en base a mi propia experiencia- es correcto, aunque no verdadero del todo y no aplicable a todos los abogados, pero creo que es más acertado decir que los mencionados abogados si tienen un interés especial por la creatividad del ser humano en general y la protección que esta merece.

En este artículo, intentaré exponer el cómo las patentes de invención ecológicas, patentes verdes (Green patents en el idioma inglés), o, como las ha nombrado la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) *patentes relacionadas con tecnologías ecológicamente racionales*, pueden ayudar al medio ambiente y contrarrestar un grave problema que aqueja a la humanidad entera, que es el cambio climático.

El presente tema me ha parecido de gran interés para estudio e investigación puesto que convergen dos materias del derecho, no las más antiguas y clásicas que son la Propiedad Intelectual y el derecho ambiental, en una sola figura jurídica que es la patente de invención.

Para una comprensión total de la propuesta problemática, debemos tener en cuenta, por un lado, aquello que señala la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en su artículo 1, numeral segundo, en donde nos indica que por cambio climático se entiende a *un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables*.

¹ Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Por otro lado, debemos tener en claro que la Propiedad Intelectual es aquella rama del derecho que protege las expresiones de la creatividad humana (con ciertos requisitos y condiciones), el esfuerzo intelectual que ha realizado una persona y que, en la mayoría de los casos, busca una compensación económica a cambio de su creación –sea un invento, una obra (de arte, teatral, literaria, etc.), un signo distintivo (una marca, nombres comerciales, lemas comerciales, etc.), un dibujo, planos de diseños industriales y demás tipos de creaciones- a consecuencia del tiempo, dinero, ideas y esfuerzo que invirtió para obtener finalmente su creación; además la Propiedad Intelectual brinda una protección legal a los creadores –valga la redundancia- sobre sus creaciones, para que estas no sean utilizadas sin su consentimiento, asegurando el respeto hacia estas por parte de terceros y estimulando la innovación.

Mi objetivo en este artículo –el cual agradezco a la AED 2011-2012 por permitirme escribirlo- es exponer un tema que, desde hace algún tiempo, ha venido silenciosamente abriéndose paso dentro de la Propiedad Intelectual a nivel mundial en respuesta a un problema que enfrenta la humanidad actualmente, que es el cambio climático, y, que justamente es el punto en donde converge la Propiedad Intelectual y el derecho ambiental; gracias a muchos inventores, asociaciones de Propiedad Intelectual, Oficinas e Institutos de Propiedad Industrial e Intelectual a nivel mundial y a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) que *es el organismo del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas dedicado al uso de la propiedad intelectual (patentes, derecho de autor, marcas, diseños (dibujos y modelos), etc.) como medio de estimular la innovación y creatividad*², se ha empezado a brindar una mayor y fuerte atención a las patentes de invención ecológicas, patentes verdes (Green patents), o como las a nombrado la OMPI, patentes relacionadas con tecnologías ecológicamente racionales.

II. La Propiedad Intelectual y los derechos sobre la misma

2.1. La Propiedad Intelectual

En renglones anteriores he propuesto ya una breve definición de Propiedad Intelectual, pero debemos tener en consideración que los derechos de Propiedad Intelectual son derechos -como cualquier otro derecho- que tiene una persona (creador o titular) sobre su creación, que permiten a la persona (creador o titular) sacar provecho o beneficio del fruto de su esfuerzo intelectual, además de la posibilidad de oponerse al uso de su creación sin su consentimiento ante terceros. Lo mencionado parte principalmente de lo establecido en la Declaración Universal

2 <http://www.wipo.int/about-ip/es/>

de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, donde en su artículo 27, numeral segundo, reza lo siguiente:

2. *Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*

Como he señalado anteriormente la OMPI es el organismo del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas dedicado al uso de la Propiedad Intelectual y una de sus funciones es contribuir con el desarrollo del marco jurídico de la Propiedad Intelectual en respuesta a las necesidades de las sociedad, es por eso que ha realizado una división de la Propiedad Intelectual en dos grandes categorías, que a saber son:

1. La propiedad industrial: este primer grupo se divide entre las siguientes figuras jurídicas:

- a. Patentes de invención;
- b. Marcas;
- c. Diseños industriales; e,
- d. Indicaciones geográficas.

En este punto es pertinente señalar que en algunas legislaciones también existe la figura jurídica del **modelo de utilidad**, misma que en el Ecuador, de acuerdo al artículo 120 de la Ley de Propiedad Intelectual y a nivel de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) artículo 81, párrafo segundo, de la Decisión 486 de la CAN, se protege mediante la figura de la patente de invención, pero cuyos requisitos son menos estrictos que los de una patente de invención.

2. El derecho de autor: *este es el cuerpo de leyes que conceden a los autores, artistas y demás creadores protección por sus creaciones literarias y artísticas, a las que generalmente se hace referencia como "obras"*. El tratado internacional más importante y relevante para los derechos de autor es el Convenio de Berna del 9 de septiembre de 1886, al cual el Ecuador se adhirió el 8 de julio de 1991 y que entró en vigencia el 9 de octubre de 1991; además otros tratados internacional muy importantes para el derecho de autor son el Acuerdo sobre los ADPIC y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT por sus siglas en inglés).

Ahora bien, complementando a lo señalado por la OMPI, debo hacer hincapié en el hecho de que la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, según su artículo 1, señala que:

3 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. ¿Qué es la Propiedad Intelectual? Página 18.

La propiedad intelectual comprende:

1. *Los derechos de autor y derechos conexos;*
2. *La propiedad industrial, que abarca, entre otros elementos, los siguientes:*
 - a) *Las invenciones;*
 - b) *Los dibujos y modelos industriales;*
 - c) *Los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados;*
 - d) *La información no divulgada y los secretos comerciales e industriales;*
 - e) *Las marcas de fábrica, de comercio, de servicios y los lemas comerciales;*
 - f) *Las apariencias distintivas de los negocios y establecimientos de comercio;*
 - g) *Los nombres comerciales;*
 - h) *Las indicaciones geográficas; e,*
 - i) *Cualquier otra creación intelectual que se destine a un uso agrícola, industrial o comercial.*

3. Las obtenciones vegetales.

Las normas de esta Ley no limitan ni obstaculizan los derechos consagrados por el Convenio de Diversidad Biológica, ni por las leyes dictadas por el Ecuador sobre la materia.

Tengamos presente a lo largo de este artículo, que el Ecuador, al igual que Colombia, Perú y Bolivia, es un Estado miembro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) por lo que todo aquello que se establezca en las distintas Decisiones de la CAN, como por ejemplo la Decisión 486 del 14 de septiembre de 2000, será de aplicación obligatoria y la legislación nacional deberá estar siempre en concordancia con aquello decidido por la CAN.

2.2. Derechos sobre la Propiedad Intelectual.

La Propiedad Intelectual, en base de lo expuesto, tiene obviamente su origen en la creatividad e innovación del ser humano, pero debo aclarar que los derechos sobre la Propiedad Intelectual nacen de distintas maneras y no necesariamente desde su simple creación, haciendo claro una excepción en los derechos de autor y derechos conexos, mismos que nacen desde su mera creación siempre y cuando cumplan con el único requisito que es la originalidad, ergo lo señalado, se sostiene lo siguiente:

- Que en los países que pertenecen a la tradición del **derecho consuetudinario** esta exigencia de la originalidad es **limitada**, y consiste simplemente en que la obra no sea copia de otra, se considerará original en la medida que durante su creación el autor haya puesto un criterio mínimo de *habilidad, de criterio o de trabajo*⁴.
- En los países que pertenecen a la tradición del **derecho civil** los requisitos son más estrictos y es necesario, por ejemplo, que la obra lleve el *sello de la personalidad del autor*, así como el *sello de su esfuerzo creativo*, lo cual exigirá más que su simple habilidad, criterio o trabajo⁵.

Como podemos apreciar, dependiendo de la legislación, el derecho de autor nace de una u otra forma, puesto que algunas legislaciones piden que la obra se FIJE, es decir, que se la sienta por escrito o que se la grabe, claro está que si no se ha fijado la obra de alguna manera será complejo utilizarla como prueba para impedir su utilización (teniendo en cuenta que su obra se encuentra en su mente). *Sin embargo, en los países con código civil, la obra está protegida desde el momento en que se crea. Así pues, incluso si una persona compone un poema en su mente, éste está protegido. Por otra parte, de conformidad con el derecho consuetudinario anglosajón, el creador estaría obligado a fijarlo de alguna manera, quizá escribiéndolo o grabándolo en una cinta*⁶. Pero no analizaremos a profundidad este tema puesto que no es materia de este artículo, simplemente he querido que se tenga presente el cómo nacen los derechos de autor y derechos conexos, para que se tenga un mejor criterio para lo que expondré en las siguientes páginas.

En cambio aquellas creaciones que se encuentran dentro la categoría de la propiedad industrial y las obtenciones vegetales, tienen requisitos, tanto de forma como de fondo, totalmente distintos a los del derecho de autor y derechos conexos, estos requisitos los mencionaré brevemente a continuación y muy generalizados en vista que posteriormente explicaré detenidamente el proceso de obtención del derecho sobre una patente de invención en Ecuador.

Primeramente, para que las creaciones puedan gozar de la protección y los derechos de los creadores puedan ser reconocidos por el Órgano Gubernamental competente, que por lo general es una Oficina de Patentes y Marcas, Oficina de Propiedad Intelectual y en el caso ecuatoriano el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, los creadores deben realizar una solicitud o pedir el registro de la figura

4 Apuntes personales de Curso DL-101 de la OMPI

5 Apuntes personales de Curso DL-101 de la OMPI

6 Curso DL-101. Segmento sonoro 4 (texto 002CR101) ¿Puede explicarnos un poco cómo se adquiere el derecho de autor?

legal que desea el creador se le brinde protección, solicitud o registro que debe cumplir los requisitos establecidos en los diferentes tratados internacionales, en el caso ecuatoriano cumplir lo establecido en el Convenio de París, Convenio de la UPOV, el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT por sus siglas en inglés), Decisión 486, además de lo que establece la Ley de Propiedad Intelectual, nuevamente, dependiendo de la figura legal que desea el creador se le brinde protección.

Para realizar la solicitud o pedir el registro, se deben realizar todos los actos de forma que la Oficina de Propiedad Intelectual haya establecido, como puede ser el pago de una tasa de presentación, el pago de tasas gubernamentales de mantenimiento de la solicitud o registro, pago de tasas gubernamentales para los distintos exámenes, aportar datos de prueba que corroboren lo que se solicita, etc. Una vez que se ha cumplido a cabalidad los requisitos mencionados, dependiendo la figura legal de la cual se busque protección, se deberá demostrar a los expertos a cargo del caso del creador, que su creación cumple aquello establecido en los cuerpos legales que regulan la Propiedad Intelectual, por ejemplo en el caso de las marcas, demostrar que tienen distintividad o en el caso de las obtenciones vegetales, demostrar que tienen homogeneidad o estabilidad.

Una vez realizados todos los exámenes de fondo y de forma, el Órgano Gubernamental competente emitirá una resolución concediendo o denegando la solicitud o registro; si la resolución concede la protección –total o parcialmente- de la figura jurídica de la cual se presentó la solicitud o pidió el registro, dispondrá que se emita un Título a favor del creador o solicitante, siendo desde ese mismo momento que el creador o solicitante tiene un derecho de Propiedad Intelectual reconocido sobre su creación. Si la resolución deniega la solicitud o registro, en el caso ecuatoriano, el creador o solicitante podrá presentar en el término de 15 días un Recurso de Apelación o un Recurso de Reposición, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual y en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), además del Recurso de Revisión que tiene un plazo de 3 años para ser presentado o una demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo. En el caso ecuatoriano el Órgano competente para emitir las mencionadas resoluciones es la Dirección Nacional de Propiedad Industrial y las apelaciones se presentarán ante la misma Dirección que remitirá el caso para conocimiento del Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales.

Debo mencionar que la Propiedad Intelectual también protege el folclore y conocimientos ancestrales o tradicionales, pero ese es un tema totalmente distinto al que estamos tratando.

III. Las Patentes de Invención.

Ahora bien, centrándome ya en el tema que me compete y del cual ya tenemos una idea general, es preciso profundizar sobre las patentes de invención para lograr entender el por qué estoy proponiendo que las patentes de invención ecológicas, patentes verdes (Green patents en el idioma inglés), o según la OMPI, *patentes relacionadas con tecnologías ecológicamente racionales* son la consecuencia de la creatividad humana que está en auxilio del medio ambiente.

3.1. ¿Qué son las patentes de invención?

Como bien devela su nombre, una patente es una figura jurídica mediante la cual se protege una invención. Ahora bien, es totalmente lógico cuestionarse ¿qué se considera una invención? Y para responder esta incógnita me permitiré citar a 2 grandes Maestros de la Propiedad Intelectual, el primero, Alberto Bercovitz, que respecto al derecho de patentes sostiene *...puesto que se trata de un derecho creado y regulado en la ley, y es la propia ley, por tanto, la que debe establecer cuáles son los requisitos que deben concurrir en el objeto para el cual se concede tal derecho, esto es, cuáles son los requisitos de patentabilidad...*⁷ y continuando con lo dicho, el Dr. Manuel Fernández de Córdoba Viteri –de quien tuve el gran honor de ser alumno- manifiesta *...son los parámetros establecidos en la ley los que delimitan el concepto “invención” y su alcance objetivo*⁸. Entonces, en base de lo expuesto, podemos concluir que el concepto y parámetros que se utilizarán para determinar si una creación es o no un invento, será proporcionado por la ley a pesar de que no se brinde un concepto objetivo de lo que es un invento.

Anteriormente ya había advertido de la existencia de la figura jurídica del **modelo de utilidad**, mismo que en el Ecuador se protege mediante patente en vista que también es una invención, pero para la cual los requisitos no son tan estrictos, como bien lo señala el artículo 120 de la Ley de Propiedad Intelectual *Art. 120.- Las invenciones, en todos los campos de la tecnología, se protegen por la concesión de patentes de invención, de modelos de utilidad.*

La Decisión 486 de la CAN y la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, nos brindan un concepto de lo que es una patente de invención, ergo la Decisión 486 en su artículo 28, literal c), como bien puntualiza José Manuel Otero Lastres *alude indirectamente a la noción de invención, cuando al referirse a la información*

7 **Bercovitz**, Alberto. *Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán*, Madrid, 1969, pág. 54

8 **Fernández de Córdoba Viteri**, Manuel. *Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina de Naciones*, Medellín, 2001, pág. 28.

que debe proporcionar la descripción de la invención establece que deberá contener: una descripción de la invención en términos que permitan la comprensión del problema técnico y de la solución aportada por la invención, exponiendo las diferencias y eventuales ventajas con respecto a la tecnología anterior.

Para la Decisión 486, la invención o, lo que es lo mismo, el objeto de la patente, consiste en una regla que contiene la solución a un problema técnico⁹.

Complementando con lo mencionado la OMPI en su página oficial señala *Una patente es un derecho exclusivo concedido a una invención, es decir, un producto o procedimiento que aporta, en general, una nueva manera de hacer algo o una nueva solución técnica a un problema. Para que sea patentable, la invención debe satisfacer determinados requisitos.¹⁰*

Pero en sí, lo que se nos da certeza que una creación es susceptible de protección como patente es el cumplimiento de los parámetros que esta deberá cumplir para ser considerada un invento.

3.2. Requisitos de patentabilidad.

Hemos señalado que la ley no nos proporciona un concepto de patente de invención *per se*, pero que si nos establece requisitos que una creación deberá cumplir para ser considerado una patente de invención.

En el artículo 14 de la Decisión 486 de la CAN se dispone que *Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.* (Las negrillas me pertenecen)

Es decir que, como en la mayoría de legislaciones, se establecen 3 requisitos para que una invención sea patentable, que son:

1. **Novedad:** de conformidad con lo señalado en el artículo 16 de la Decisión 486 de la CAN

Una invención se considerará nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica.

El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de

9 Otero Lastres, José Manuel. *Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina de Naciones*, Medellín, 2001, pág. 95.

10 <http://www.wipo.int/patentscope/es/>

presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida.

Este, a nivel mundial, se lo considera como el requisito más importante de los 3 requisitos para obtener una patente de invención, siendo así que el Maestro Alberto Bercovitz afirma *no es que la invención, para ser patentable, haya de ser nueva, sino más bien que sin la novedad exigida por la propia ley no puede hablarse de una invención en sentido legal.*¹¹

En términos sencillos y sin profundizar mucho en aquello que el artículo 16 de la Decisión 486 de la CAN pueda implicar, se entiende por el estado de la técnica aquella información que pueda develar la novedad del invento, por lo cual ya no fuera nuevo; una invención, según la OMPI, debe *presentar un elemento de novedad, es decir, una característica nueva que no se conozca en el cuerpo de conocimientos existente en su ámbito técnico. Este cuerpo de conocimientos se llama "estado de la técnica"*

2. **Nivel inventivo:** según el Profesor José Manuel Otero Lastres, *el requisito del inventivo es, al igual que el de la novedad, un requisito objetivo y comparativo.* El concepto de este se desprende del artículo 18 de la Decisión 486 de la CAN, mismo que señala:

Artículo 18.- Se considerará que una invención tiene nivel inventivo, si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica.

En el proceso 26-IP-99 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala:

El experto en la técnica es una figura ficticia a la que se recurre con el propósito de obtener un parámetro objetivo que permita distinguir la actividad verdaderamente inventiva de la que no lo es. Se tratará de una persona normalmente versada en el ámbito tecnológico a que se refiere el pretendido invento. Su nivel de conocimientos es más elevado en comparación con el nivel de conocimiento del público en general, pero no excede lo que puede esperarse de una persona debidamente calificada. Se busca la figura de un técnico de conocimientos medios, pero no especializados.

¹¹ **Bercovitz, Alberto.** *Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán.* Madrid, 1969, pág. 140.

Entonces, se puede concluir que la invención debe tener una actividad inventiva que no podría ser deducida por una persona experta en ese ámbito técnico.

3. **Aplicación industrial:** Este, en mi opinión, es el requisito menos técnico de los antes propuestos, debido que su mismo nombre ya nos da una pauta de lo que significa.

El artículo 19 de la Decisión 486 de la CAN nos indica que:

Artículo 19.- Se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial, cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios.

Primeramente, de este concepto que nos proporciona el artículo 19 de la Decisión 486 de la CAN podemos darnos cuenta por qué la patente de invención consta dentro del grupo denominado propiedad industrial; el artículo 19 menciona *Se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial.*

Citando nuevamente al Profesor José Manuel Otero Lastres, nos indica que... por medio de este requisito se viene a exigir a la invención que reúna las cuatro características siguientes: que tenga carácter industrial, que sea ejecutable, que sea repetible y que sea útil¹². En este sentido, el Profesor Otero cita al Profesor Bercovitz (Bercovitz, Alberto. *Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán*. Madrid, 1969, pág. 485.) y nos señala que *el carácter industrial lo posee la regla para que obrar humano, en cuya ejecución han de utilizarse fuerzas o materiales de la naturaleza para la obtención de un resultado. La ejecutabilidad significa que la regla técnica debe ser susceptible de ser puesta en práctica con éxito por un experto en la materia... La repetibilidad implica que cada vez que se pongan los medios previstos se obtendrá el resultado apetecido, aun cuando existan algunos defectos... la utilidad significa que el resultado conseguido a través de la invención satisface alguna necesidad humana que existe en el momento de solicitar la patente o que previsiblemente ha de existir en un futuro próximo.*

Podríamos asegurar que el criterio que manejan los países miembros de la Comunidad de Naciones es de patentar aquello que pueda usarse en la práctica o en la industria; en el proceso 11-IP-95 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina manifiesta que: *Al decir de GÓMEZ SEGADÉ el requisito es perfectamente*

¹² Otero Lastres, José Manuel. Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina de Naciones, Medellín, 2001, pág. 118.

lógico y razonable. La concesión de la patente debe constituir un estímulo para el desarrollo de la industria y de la tecnología. En consecuencia, sólo deben patentarse las invenciones que puedan emplearse en la práctica. En esta misma línea de aplicación, el proceso 26-IP-99 del Tribunal señala: La industrialidad es el último requisito que debe reunir una patente, ella ha de ser explicada como la facultad que tiene un invento de ser utilizable, es decir, que sea materialmente realizable en la práctica. Los medios propuestos por el inventor, deben ser capaces de proporcionar, con mayor o menor perfección, el resultado industrial perseguido.

3.3. La territorialidad de las patentes.

Es imposible obtener una patente a nivel mundial con una sola solicitud universal, puesto que la protección que se brinda al invento se da por parte de la Oficina Nacional de Patentes dentro de su territorio, ya que, de forma soberana, acepta que esa solicitud de patente cumple con los requisitos de forma y fondo bajo su legislación. Obtener una patente en uno u otro país puede ayudar en obtener la misma solicitud de patente en otro país, pero no necesariamente es vinculante este hecho para una u otro Oficina Nacional al momento de decidir si otorga o no una solicitud de patente.

Este **principio de territorialidad** se aplica en vista de que el sistema nacional de patentes requiere de solicitudes individuales para cada país en el cual se requiere llevar la protección. Esto conlleva a un problema que es ¿qué sucede si alguien desea solicitar y obtener mi patente en otro país sin mi consentimiento? Bueno, como respuesta a este problema se han creado distintos tratados internacionales que otorgan el **derecho de prioridad**, que en resumidas palabras no es más que aquel derecho que obtiene el solicitante sobre su solicitud por haberla presentado antes.

3.4. Tratados Internacionales sobre patentes suscritos por el Ecuador.

De acuerdo a lo expuesto en el párrafo que le antecede a este, creo que es pertinente profundizar sobre lo que es el **derecho de prioridad**.

1. Convenio de París del 20 de marzo de 1883, que a saber es de los tratados internacionales más antiguos sobre Propiedad Intelectual, señala en su artículo 4, literal A, lo siguiente:

1) Quien hubiere depositado regularmente una solicitud de patente de invención, de modelo de utilidad, de dibujo o modelo industrial, de marca de fábrica o de comercio, en alguno de los países de la Unión o su causahabiente, gozará, para efectuar el depósito en los otros países,

de un derecho de prioridad, durante los plazos fijados más adelante en el presente.

El plazo mencionado en el mencionado artículo para las patentes de invención es de 12 (doce) meses, de acuerdo al literal C del mismo artículo 4 del Convenio de París.

2. Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT por sus siglas en inglés), este tratado internacional es de gran relevancia –el más importante en la actualidad en mi opinión- y fue creado para superar algunos de los problemas presentados por el hecho de que el inventor debía presentar una solicitud en varios países en el tiempo record de 12 meses de acuerdo al Convenio de París antes de que alguna otra persona lo haga; se creó el PCT en la ciudad de Washington y fue adoptado en 1970.

El PCT establece un procedimiento simplificado para que el inventor o solicitante obtenga la patente en un gran número de países. El objetivo principal del PCT es *simplificar los métodos anteriores o tradicionales de solicitud de protección de invenciones por patente en varios países y hacerlos más eficaces y económicos en interés de los usuarios del sistema de patente de las oficinas que son responsables de la administración de este sistema.*

De acuerdo al artículo 22 del texto del PCT *El solicitante proporcionará a cada Oficina designada una copia de la solicitud internacional (salvo que ya se haya efectuado la comunicación prevista en el Artículo 20) y una traducción de la misma (en la forma prescrita) y pagará la tasa nacional (si procede) antes del vencimiento del plazo de 30 meses desde la fecha de prioridad., pero el Ecuador concede un plazo de 31 meses para poder presentar la solicitud de patente PCT a fase nacional de acuerdo a los establecido en el mismo artículo 22, numeral 3, que señala 3) Para el cumplimiento de los actos mencionados en los párrafos 1) o 2), cualquier legislación nacional podrá fijar plazos de vencimiento más amplios que los que figuran en esos párrafos.*

3. Decisión 486 de la CAN, esta Decisión adoptada por la Comunidad Andina de Naciones, en referencia al derecho de prioridad, nos señala en su artículo 9 que:

La primera solicitud de patente de invención o de modelo de utilidad, o de registro de diseño industrial o de marca, válidamente presentada en otro País Miembro o ante una autoridad nacional, regional o internacional con la cual el País Miembro estuviese vinculado por algún tratado que establezca un derecho de prioridad análogo al que establece la presente Decisión, conferirá al solicitante

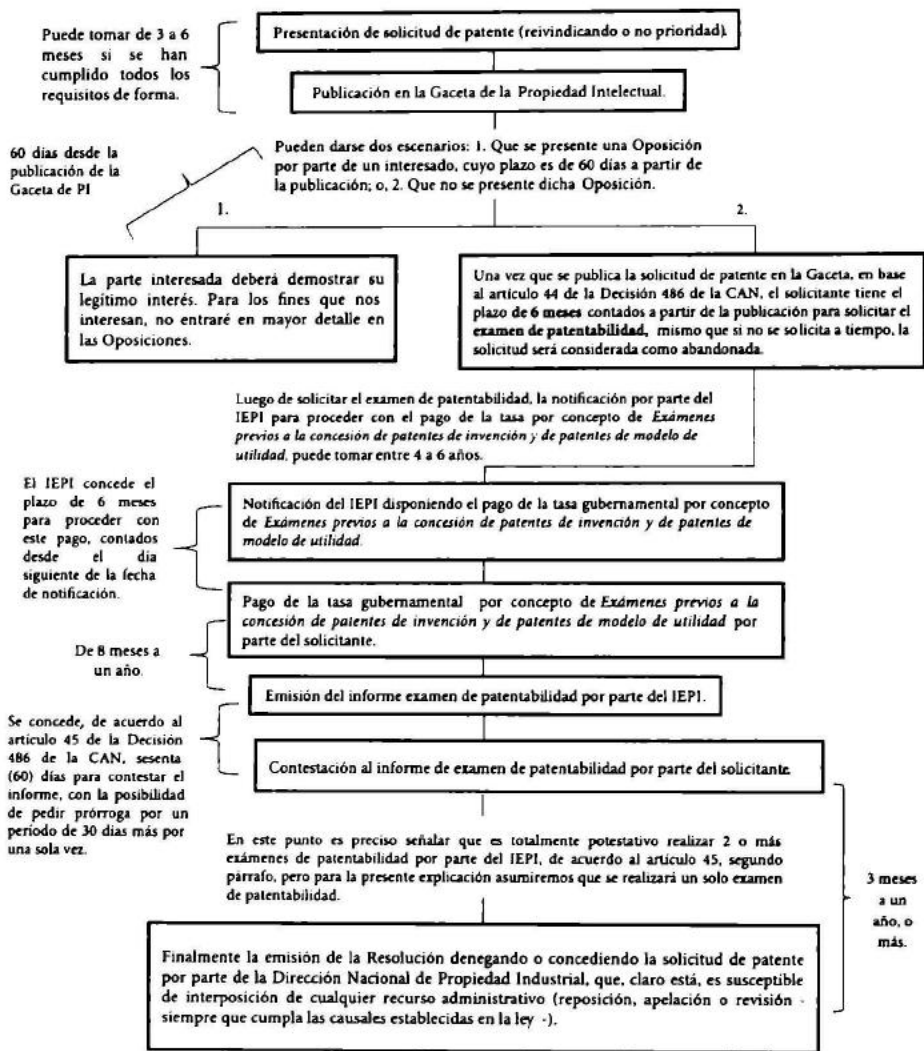
o a su causahabiente un derecho de prioridad para solicitar en el País Miembro una patente o un registro respecto de la misma materia.

Teniendo mucho más en claro lo que significa el derecho de prioridad sobre una patente, podremos continuar con este análisis del por qué las patentes ecológicas se encuentran en auxilio del medio ambiente.

1.5 Proceso de solicitud de una patente en Ecuador.

Comparto totalmente con los lectores que en este momento se están diciendo y preguntado ¿por qué es necesario saber el proceso de solicitud de una patente en Ecuador?, y si yo fuese el lector, el primer pensamiento que me vendría a la mente es que el autor de este artículo solo quiere llenar las hojas y ocupar más espacio explicando el proceso de solicitud de una patente en Ecuador; ante lo mencionado –si es que lo han pensado- quiero decirles que por favor tengan paciencia ya que, como señalé al inicio de este artículo, el tema de las patentes ecológicas, patentes verdes (Green patentes) o patentes relacionadas con tecnologías ecológicamente racionales, ha venido silenciosamente abriéndose campo dentro de la Propiedad Intelectual, y por qué no decirlo, han sido imperceptibles para muchas personas.

Intentaré explicar lo más preciso y resumido posible este proceso de obtención de patente en Ecuador e incluiré el tiempo promedio –en base a la práctica- en que se demora cada etapa de este proceso. Quiero dejar muy en claro que no es una crítica a la labor que realiza el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, ya que a nivel mundial existe una gran similitud en los tiempos que se toman las Oficinas Nacionales de Propiedad Intelectual para realizar el mencionado proceso, pero señalar los tiempos aproximados de cada etapa es necesario para el presente estudio y con el permiso de Ustedes, me permitiré dejar este espacio en blanco y expondré el mencionado proceso en la siguiente hoja –que debido a su magnitud no cabe en el presente folio-.



Como se podrán dar cuenta estimados lectores, el tiempo aproximado para obtener una resolución concediendo o denegando una solicitud de patente en el Ecuador es de aproximadamente:

- **Mínimo:** 5 años, 8 meses y 60 días.
- **Máximo:** 8 años, 8 meses y 60 días.

Por favor, tengan muy en cuenta estos periodos para poder realizar el análisis respectivo en las siguientes hojas.

4. Las Patentes de Invención Ecológicas.

Después de esta larga travesía dentro de la Propiedad Intelectual, hemos llegado finalmente al tema que nos compete, que es, *Las patentes de invención ecológicas, la creatividad humana en auxilio del medio ambiente.*

Como ya lo he advertido, el objetivo de este artículo es exponer ¿cómo la figura jurídica de inventos relacionados con tecnologías ecológicamente racionales, pueden ayudar a mejorar y evitar el cambio climático? Pues bien, ciertamente ya he proporcionado conceptos básicos de la Propiedad Intelectual, conceptos jurídicos, conceptos técnicos e inclusive tiempos estimados en el proceso de patentabilidad de un invento, que nos serán de completa utilidad para comprender la importancia del trato especial para este tipo de patentes de invención.

4.1. ¿Qué son las patentes de invención ecológicas, patentes verdes (Green patents), o, patentes relacionadas con tecnologías ecológicamente racionales?

Antes de seguir yo quisiera preguntarles a Ustedes estimados lectores ¿saben por qué se ha producido el cambio climático?, para responder esto regresemos a la primerísima página de este artículo y recordaremos lo señalado por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en su artículo 1, numeral segundo, que mantiene que cambio climático se entiende a *un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana* (lo subrayado me pertenece); y les pregunto nuevamente ¿qué actividad humana ha causado el cambio climático?, les doy una pista en forma de otra pregunta ¿Qué figura jurídica que protege la Propiedad Intelectual nunca se esperó que tenga el actual impacto ambiental?, para ser más directo ¿Qué inventos pudieron haber creado el cambio climático?.

A saber, los inventos que han producido mayor contaminación, desde mi perspectiva, son entre otros:

- **De la industria.-** esta en general ha empleado varios inventos que emiten una gran cantidad de gases perjudiciales para la humanidad y que han causado el efecto invernadero, además de fabricar masivamente inventos que perjudicaron el medio ambiente, como las pilas eléctricas – invento de **Alessandro Giuseppe Antonio Anastasio Volta** creado en 1800-, plásticos – invento de **John Wesley Hyatt** alrededor de 1860-. En sí desde la revolución industrial y desde su creación más notoria, que fue la máquina de vapor, se empezaron a inventar nuevos sistemas y aparatos que permitieran una mayor industrialización y producción a escalas enormes cuya repercusión ambiental al pasar de los años fue gigante.

- **Los vehículos de motor.**- puesto que sus motores y todo sistema de locomoción, no queman de forma debida los combustibles, creando tres contaminantes perjudiciales: *los hidrocarburos, óxido de nitrógeno y monóxido de carbono*, gases que son también causantes del efecto invernadero que ha terminado en el cambio climático.

Estimados lectores, por favor no me mal interpreten, no estoy atacando a las personas inventoras de tan extraordinarios inventos, puesto que increíbles pensadores como ellos merecen mi más sincero respeto. A lo que yo me refiero es que tal vez nunca se consideró la afectación climática que uno u otro invento podía significar para nuestro planeta, como hoy día no podríamos estar considerando el hecho que con los inventos ecológicos disminuyamos establecemos el problema del medio ambiente pero, solo por decir, alteremos la flora y fauna de nuestro planeta, que nos acarrearía problemas en un futuro.

Ahora bien, prosiguiendo con nuestro estudio, recordemos que en páginas anteriores establecimos que el concepto de invención no es un concepto estático, pues este dependerá, total o parcialmente, de la legislación en donde se pretenda obtener la protección jurídica, ya que mediante ley, cada país establecerá los parámetros o requisitos que una invención deberá tener para ser considerada como tal.

Recordemos que los requisitos a nivel mundial, con mayor o menor rigurosidad dependiendo el país, para que un invento sea aceptado como una patente de invención son: *novedad, nivel inventivo y aplicación industrial*.

En consecuencia, podemos establecer sin lugar a duda que una patente de invención ecológica, verde o relacionada con tecnologías ecológicamente racionales, debe tener necesariamente los tres requisitos mencionados en el párrafo que le antecede a este; no olvidemos que sea una patente farmacéutica, patente tecnológica o patente ecológica, es una patente al fin. Siguiendo esta misma línea, en mi humilde opinión, considero que no es necesario, ni pertinente, establecer a las patentes de invención ecológicas como una nueva categoría de patentes de invención, puesto que estas pueden ser incluidas sin ningún problema en cualquiera de las categorías ya existentes y aceptadas por la mayoría de países en el **Arreglo de Estrasburgo de 1971**, mismo que *prevé un sistema jerárquico de símbolos independientes del idioma para clasificar las patentes y los modelos de utilidad con arreglo a los distintos sectores de la tecnología a los que pertenecen*¹³; siendo esta clasificación la siguiente:

13 <http://www.wipo.int/classifications/ipc/es/>

A	SECCION A — NECESIDADES CORRIENTES DE LA VIDA
B	SECCION B — TECNICAS INDUSTRIALES DIVERSAS; TRANSPORTES
C	SECCION C — QUIMICA; METALURGIA
D	SECCION D — TEXTILES; PAPEL
E	SECCION E — CONSTRUCCIONES FIJAS
F	SECCION F — MECANICA; ILUMINACION; CALEFACCION; ARMAMENTO; VOLADURA
G	SECCION G — FISICA
H	SECCION H — ELECTRICIDAD

Asumo que la OMPI, en uso de un criterio similar al mencionado, creó una **nueva herramienta** que empezó a funcionar desde el 16 de septiembre de 2010 en su página web, relacionada con la Clasificación Internacional de Patentes (CIP) que *facilita la búsqueda de información en patentes relacionadas con tecnologías ecológicamente racionales y que permite encontrar las tecnologías verdes consolidadas y las más recientes, y dar con posibles asociados con miras a la realización de nuevas actividades de I+D y a la explotación comercial*¹⁴.

Hasta la presente fecha, no existe algún tratado internacional o pronunciamiento de la OMPI que defina lo que es una patente ecológica o patente verde *per se*, sino que más bien la OMPI nos proporciona una pauta sumamente curiosa e imprescindible para entender lo que se considera una patente ecológica o verde, pues nos dice que existen las patentes *relacionadas con tecnologías ecológicamente racionales*, lo cual nos remite al **Programa 21**, que es un acuerdo de las Naciones Unidas (ONU) que promueve el desarrollo sostenible, aprobado en la **Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD)**; *es un plan de acción exhaustivo que habrá de ser adoptado universal, nacional y localmente por organizaciones del Sistema de Naciones Unidas, Gobiernos y Grupos Principales de cada zona en la cual el ser humano influya en el medio ambiente*¹⁵.

El **Programa 21** en su capítulo segundo, introducción, señala: *2.1 A fin de abordar la problemática del medio ambiente y el desarrollo, los Estados han decidido establecer una nueva asociación mundial...* pero lo que nos concierne, para continuar nuestro estudio es lo que se señala en la sección IV, capítulo 34, donde el encabezado dice **TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA ECOLÓGICAMENTE RACIONAL, COOPERACIÓN Y AUMENTO DE LA CAPACIDAD** (lo subrayado

14 Ibidem.

15 <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/index.htm>

me pertenece) y define (les pido disculpas por transcribir las definiciones, pero son totalmente necesarias):

34.1. Las tecnologías ecológicamente racionales protegen al medio ambiente, son menos contaminantes, utilizan todos los recursos en forma más sostenible, reciclan una mayor porción de sus desechos y productos y tratan los desechos residuales en forma más aceptable que las tecnologías que han venido a sustituir.

34.2. En el contexto de la contaminación, las tecnologías ecológicamente racionales son “tecnologías de procesos y productos” que no generan desechos o generan pocos, a fin de prevenir la contaminación. También comprenden tecnologías de “etapa final” para el tratamiento de la contaminación, luego de que ésta se ha producido (lo subrayado me pertenece).

34.3. Las tecnologías ecológicamente racionales no son meramente tecnologías aisladas, sino sistemas totales que incluyen conocimientos técnicos, procedimientos, bienes y servicios y equipo, al igual que procedimientos de organización y gestión... (Lo subrayado me pertenece).

Por lo tanto -y permítanme expresar mi emoción- aquí es donde precisamente convergen la Propiedad Intelectual y el Derecho Ambiental, dos ramas del derecho que se encontraron cual cita romántica en el fin del mundo, o bueno, ¡para evitarlo!

Indudablemente estimados lectores se seguirán preguntando ¿qué es una patente ecológica o verde (Green patent)? Pues bien, fijense detenidamente lo que establece el punto 34.1 en su parte final...*en forma más aceptable que las tecnologías que han venido a sustituir*, y en el punto 34.2...*“tecnologías de procesos y productos” que no generan desechos o generan pocos, a fin de prevenir la contaminación. También comprenden tecnologías de “etapa final” para el tratamiento de la contaminación, luego de que ésta se ha producido.*

Basándome en lo dicho y en concordancia con lo establecido en el artículo 14 de la Decisión 486 de la CAN, me permito proponer que: una patente de invención ecológica, verde (Green patent), o, relacionada con tecnologías ecológicamente racionales, es una invención, sea de producto o de procedimiento, en cualquier campo de la tecnología, que es nueva, tiene nivel inventivo y es susceptible de aplicación industrial, cuyo fin es mejorar o proteger el medio ambiente; previniendo, reduciendo o eliminando la contaminación, total o parcialmente.

4.2. ¿Qué mejore o proteja el medio ambiente y que prevenga, reduzca o elimine la contaminación, deberá ser un requisito para que una invención se considere ecológica, verde o relacionada con tecnologías racionalmente ecológicas?

Pues sí, en mi opinión, debe ser considerado como un requisito que una solicitud de patente o patente cumpla con el fin de mejorar o proteger el medio ambiente, previniendo, reduciendo o eliminando la contaminación, para que una patente de invención sea considerada como ecológica o verde.

Aparentemente, no soy el único que sostiene esta teoría –misma que se me ocurrió en una clase de Derecho Ambiental, cátedra impartida por el Dr. René Bedón Garzón-, es más, algunos países han adoptado ya un programa piloto para brindar un trato especial a las patentes de invención ecológicas o verdes. Estos países son: *Canadá, Estados Unidos de Norte América, Japón, China, el Reino Unido, Australia* y recientemente en el 2012 *la República Federativa del Brasil*.

Lo planteado en la pregunta no se trata solamente de un requisito que debe ser considerado para que un invento sea ecológico o verde al momento de brindar la protección jurídica, sino, también se trata de un requisito que se deberá tomar en cuenta para que a la solicitud de patente se le brinde un tratamiento especial durante el proceso de concesión. Es muy importante que la solicitud cumpla el mencionado requisito puesto que al tratarse de un invento que puede dar una solución, total o parcial, al cambio climático, el proceso para brindar o no protección debe ser rápido y eficaz en vista que la problemática necesita una respuesta rápida y concisa.

En renglones anteriores apreciamos el tiempo que puede tomar la concesión o denegación de una patente de invención en el Ecuador, pudiendo tomar aproximadamente entre 5 a 8 años sin presentar algún tipo de recurso administrativo en contra de la Resolución del IEPI. Pero lo que se busca con el tratamiento especial de una solicitud de patente de invención ecológica o verde, es que los tiempos de espera por parte del solicitante disminuyan drásticamente para que su creación pueda ingresar en el mercado inmediatamente y empezar a contrarrestar y combatir el daño que ha sufrido el medio ambiente; es claro que el interés superior sería el del medio ambiente y el de la humanidad entera, el creador ciertamente se beneficiaría ¿pero no nos beneficiaríamos todos de un catalizador que mejore la combustión de los combustibles? No debería primar el típico criterio nacionalista de denegar solicitudes de patentes extranjeras y apoyar las nacionales, sino que se debe tener una visión más consiente y a futuro, incentivando que la gente desee crear inventos que puedan ayudar al planeta entero.

4.3. ¿Por qué las patentes invención ecológicas, patentes verdes (Green patents), o, *patentes relacionadas con tecnologías ecológicamente racionales* ameritan un tratamiento especial?

Sobre este tratamiento especial a las solicitudes de patentes ecológicas, verdes (green), relacionadas con tecnológicas racionalmente ecológicas, las Oficinas de Propiedad Intelectual de los países ya mencionados, advierten:

1. **Canadá:** En el 2010, en la página oficial del Estudio Jurídico Bereskin & Parr LLP, del país de Canadá, mediante un artículo titulado *Canadian Intellectual Property Office to Fast-Track Examination of Clean Tech Patents and to Restrict Expedited Examination of Applications Subject to Delay*, escrito por *Isis E. Caulder* y *Maya Medeiros*, se nos hace conocer que *La Oficina Canadiense de Propiedad Intelectual (CIPO por sus siglas en inglés) recientemente ha publicado modificaciones propuestas al Reglamento de Patentes que permite a los propietarios de invenciones medioambientalmente beneficiosas para obtener más fácilmente exámenes acelerados de sus solicitudes de patentes* (la traducción me pertenece).

Es generalmente deseable fomentar el financiamiento seguro de tecnologías limpias para que estas puedan ser llevadas al mercado más rápidamente (la traducción me pertenece). Permittiéndonos confirmar que los inventores buscan una protección que sea concedida más rápido y sacar sus inventos al mercado y poder combatir este problema con la rapidez que la problemática merece.

2. **Estados Unidos de Norte América:** En Estados Unidos de Norte América el programa piloto fue llamado **Green Technology Pilot Program**, mismo que ya fue cancelado por razones que desconozco, pero que proponía en la página web de la Oficina de Patentes de los Estados Unidos: *Under the Green Technology Pilot Program, an applicant was able to have an application advanced out of turn (accorded special status) for examination, for applications pertaining to green technologies including greenhouse gas reduction (applications pertaining to environmental quality, energy conservation, development of renewable energy resources or greenhouse gas emission reduction).*
3. **Japón:** En Japón el 1 de noviembre de 2009 la Oficina de Patentes, considerando la necesidad de investigación acelerada y desarrollo de "Tecnologías Verdes" para evitar el calentamiento global, la Oficina de Patentes de Japón comenzó la implementación de un programa piloto para acelerar los exámenes de "solicitudes con relación ecológica". El programa se hizo efectivo... para ayudar a proveer una protección más temprana para los

resultados de investigación y desarrollo en “tecnología verde”¹⁶ (la traducción me pertenece). La OPJ nos dice “Solicitudes con relación ecológica” significan solicitudes que se relacionan a inventos verdes, i.e., inventos que promuevan la conservación de energía, reducción de las emisiones de dióxido de carbono, etcétera.

4. **China:** En China el 1 de agosto de 2012 la Oficina China de Patentes introdujo una nueva regla que permite la aceleración de los exámenes de las solicitudes de patentes para inventos dentro del área de “tecnología verde”. Esto puede incluir: *solicitudes relacionadas con la protección ambiental, reducción de la emisión de dióxido de carbono, reducción del uso de energía, o la conservación de recursos naturales.*
5. **Reino Unido:** El Reino Unido creó *The Green Channel* para solicitudes de patentes y fue presentado el 12 de mayo de 2009, *este servicio permite a los solicitantes pedir un procesamiento acelerado de sus solicitudes de patentes si la invención tiene un beneficio ambiental. El solicitante debe realizar una solicitud por escrito indicando: 1. ¿Cómo su solicitud es eco-amigable?; y, 2. ¿Qué fase desea que se acelere: búsqueda, exámenes, ambas, y/o la publicación?¹⁷ (la traducción es mía).*
6. **Australia:** Bajo el título de *Fast Tracking Patents for Green Technology* la Oficina de Patentes de Australia nos dice: *Estamos ayudando a inventores verdes a encontrar una vía más rápida hacia el mercado, ofreciendo prioridad a las tecnologías eco-amigables en el sistema de solicitudes de patentes¹⁸ (la traducción me pertenece).*
7. **República Federativa del Brasil:** Este considero es el caso más emblemático para nuestro estudio, debido que Brasil –a saber- es el primer país en Sudamérica en adoptar un programa piloto de patentes ecológicas o verdes. El 17 de abril de 2012 mediante Resolución No. 283/2012, la Oficina Brasileña de Patentes y Marcas estableció el criterio de un programa piloto para una vía más rápida en los exámenes de solicitudes de patentes que cubren inventos “verdes”. La mencionada resolución consta de 18 artículos y de un anexo de 3 hoja en donde se establece una lista

16 ONDA TECHNO Intl. Patent Attys. <http://www.ondatechno.com/English/ip/patent/report/20091130.html>

17 Intellectual Property Office (UK) <http://www.ipo.gov.uk/types/patent/p-applying/p-after/p-green.htm>

18 Intellectual Property Office (Australia) <http://www.ipaustralia.gov.au/get-the-right-ip/patents/patent-application-process/expressed-and-modified-examination-for-standard-patents/green-patents/>

de *tecnologías verdes basadas en el inventario de la OMPI*, y las divide en: 1. Energías alternativas; 2. Transportación; 3. Conservación de energía; 4. Manejo de desperdicios; y, 5. Agricultura.

V. Conclusión.

Podemos concluir que las patentes de invención ecológicas, verdes (Green patents), o, relacionadas con tecnologías ecológicamente racionales, son patentes de invención que ciertamente deben cumplir los requisitos de patentabilidad mundialmente aceptados, que son: *novedad, nivel inventivo y aplicación industrial*; pero que también deben cumplir un fin único y diferente a cualquier otro tipo de patentes de invención, que es el mejorar o proteger el medio ambiente, previniendo, reduciendo o eliminando la contaminación. Precisamente este otro requisito, que no ha sido debatido doctrinariamente pero si impuesto por legislaciones nacionales, es el que distingue y caracteriza a una patente de invención ecológica, verde o relacionada con tecnologías ecológicamente racionales.

Esta es una figura jurídica la cual se la deberá estudiar o tratar siempre desde dos perspectivas, que son: 1. La Propiedad Intelectual; y, 2. El Derecho Ambiental; puesto que si bien la figura legal que protege la invención corresponde a la primera materia del derecho mencionada, las consecuencias que este invento traiga se verán reflejadas en lo que establece el Derecho Ambiental y lo que el mismo regula.

El tratamiento especial a este tipo de patentes es fundamental para que el ser humano pueda responder a tiempo frente al cambio climático, ya que si bien se busca el bien común de la humanidad, al crear tecnologías que combatan el cambio climático, dudo mucho que un inventor lo haga de forma altruista –aunque no descarto esta posibilidad- pero en la mayoría de ocasiones un creador espera una ganancia económica a cambio de su esfuerzo intelectual, pero si esta creación no es debidamente protegida, simplemente no proveerá de esta al país que le haya negado la protección o que no se la haya provisto de forma eficaz. Es por eso que el tiempo que se deberá demorar la Oficina de Patentes competente debe responder a la urgencia que la humanidad está viviendo, siendo así que en un par de meses y hasta un año, se pueda obtener una respuesta favorable o negativa, porque si se demora el tiempo al cual estamos acostumbrados podría ser muy tarde para el planeta en el cual vivimos.

Sé que suena muy dramático lo dicho anteriormente pero si nos detenemos a pensar conscientemente ¿cuánto tiempo más puede resistir nuestro planeta frente al cambio climático?, nos podremos dar cuenta que podríamos estar dependiendo solamente de la creación de un invento.



Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Dr. Santiago Guarderas Izquierdo
DECANO

Dr. Wladimir García Vinuesa
SUBDECANO

Dra. Ivette Haboud Bumachar
SECRETARIA ABOGADA

María Consuelo Velasco Mancheno
Editora

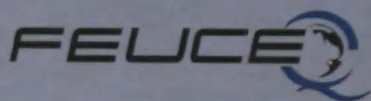
Harold Burbano Villarreal
Elsa María Carrillo Andrade
María Alejandra Almeida Albuja
Consejo Editorial

RUPTURA se ha constituido en la expresión del pensamiento jurídico de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, es decir de sus docentes y estudiantes. Esta Revista es la más antigua de este claustro universitario (1949) y su publicación estuvo siempre a cargo de la Asociación de Estudiantes de Derecho que con esfuerzo y perseverancia –y en diferentes épocas- ha logrado que en las páginas de RUPTURA se plasme el quehacer académico relativo a la investigación jurídica, que no deja de lado el análisis crítico.

Conscientes de lo que significa esta Revista para nuestra Facultad y Universidad el grupo de estudiantes de la AED, presidida por María Consuelo Velasco, nos entregan un nuevo ejemplar con un interesante y rico contenido que contribuye a la excelencia académica de la PUCE.

Prof. Dr. Hernán Salgado Pesantes, PhD

Esta publicación ha sido posible gracias al auspicio de:



**CENTRO DE
DERECHOS HUMANOS**

QUEVEDO & PONCE
Estudio Jurídico



CORONEL & PEREZ
ABOGADOS