

SFQ - BIBLIOTECA

REVISTA DEL COLEGIO DE JURISPRUDENCIA
IURIS DICTIO
UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO



Enero 2.000

IURIS DICTIO

Año I N° 1

es una revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito

IURIS DICTIO

Revista del Colegio de Jurisprudencia
Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito

Año I, No. I

Quito, enero 2000

Director:
Fabián Corral Burbano de Lara

Editor:
Diego Pérez Ordóñez

Consejo Editorial:
Alberto Wray Espinosa
Rodrigo Jijón Letort
Fabián Corral Burbano de Lara
Álvaro Galindo Cardona
Diego Pérez Ordóñez

Diseño Gráfico:
Edwin Fuentes

Impresión:
AH/editorial

Las opiniones de los colaboradores de la
Revista del Colegio de Jurisprudencia
no implican que el Colegio de Jurisprudencia
ni la Universidad San Francisco de Quito
necesariamente estén de acuerdo con ellas.

Editorial**SECCIÓN MONOGRÁFICA:****“EL RÉGIMEN JURÍDICO DERIVADO
DE LA CONSTITUCIÓN
DE 1998”**

Federico Chiriboga V: La Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución Política de 1998.	7
César Coronel Jones: El Régimen de la Función Judicial en la Nueva Constitución Ecuatoriana.	9
Santiago Andrade Ubidia: El Rol de los Órganos de la Función Judicial a la Luz de la Vigente Constitución Política del Estado.	14
Jorge Zavala Egas: La Unidad Jurisdiccional.	19
Ricardo Noboa Bejarano: La Garantía del Amparo.	26
Diego Pérez Ordóñez: Apuntes Sobre la Acción de Amparo Constitucional.	30
Alberto Wray Espinosa: El Debido Proceso en la Constitución.	35

Sección Libre:

Fernando de Trazegnies Granda: La Desmaterialización del Derecho. Del Derecho de Pernada al Internet.	49
Luis Henrique Farías Mata: La Primera Disposición Transitoria de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Aplicación de la Ley en el Tiempo.	55
Patricio Quevedo Terán: La Constitución del '38: ¿realidad o ficción?	60
Juan M. Quevedo: Las Constituciones del Ecuador.	67
Javier Robalino: El Silencio Administrativo. Breves Apuntes.	70
Hugo A. Acciarri y Andrea Castellano: El Análisis Económico del Derecho de Daños Responsabilidad Civil y Eficiencia Económica.	73

Sección de Jurisprudencia:

Rodrigo Jijón L La Casación en los Juicios Ejecutivos.	77
Lorena Cascante R Fallos contradictorios en la Corte Suprema de Justicia ¿Son procesos de conocimiento los Juicios Posesorios?	84
Projusticia Actividades que cumple Projusticia en el marco del Financiamiento del BID	90
Nuestros Colaboradores	92

La jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución Política de 1998

Federico Chiriboga V.

El derecho internacional expresado en los tratados forma parte del ordenamiento jurídico interno y prevalece sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía. En caso de conflicto entre una ley y un tratado prevalece éste y la ley posterior no modifica al tratado y si lo hace queda comprometida la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano.

Este artículo ha sido concebido con un propósito didáctico, a fin de que los estudiantes del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito cuenten con una guía que les permita ampliar y profundizar los conceptos que aquí se esbozan.

1. ELABORACIÓN DE LOS TRATADOS:

Los tratados internacionales son el resultado de un conjunto de actos a través de los cuales los sujetos del derecho internacional expresan su consentimiento para obligarse en un acuerdo regido por las normas de dicho derecho y destinado a producir efectos jurídicos entre las partes.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que ha sido suscrito, pero no ratificado por el Estado ecuatoriano, y cuyas lineamientos seguiremos en este trabajo, entiende por tratado "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

La Convención de Viena, a los fines de la misma, excluye los acuerdos internacionales que no consten por escrito y solo se refiere a tratados entre Estados, excluyendo a los otros sujetos del derecho internacional, lo que motivó que se suscribiera la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

El proceso de formación de los tratados internacionales es materia de los artículos 6 al 18 de la Convención de Viena y este conjunto de actos, en su orden, son los siguientes: representación del Estado en la negociación; adopción del texto y su autenticación; manifestación del consentimiento, y entrada en vigor.

La Convención de Viena señala que "el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido".

En esta serie de actos hay unos de carácter internacional y otros de derecho interno, como la determinación

de las competencias o la forma de expresar el consentimiento. El derecho ecuatoriano no cuenta con un estatuto que regule el proceso de celebración de los tratados y ello ha creado serios inconvenientes que incluso han afectado a la seriedad del Estado en las relaciones internacionales. Las únicas normas relativas al tema en nuestro sistema jurídico son las que constan en la Constitución Política.

Siguiendo la tradición del derecho constitucional ecuatoriano, la Constitución de 1998 atribuye al Presidente de la República la facultad de "definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, cuando la Constitución lo exija". (Art. 171 (12)).

La ratificación es un acto internacional "por el cual el órgano competente de un Estado causa la vinculación obligatoria de éste a un tratado" (De la Guardia y Delpech, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*).

La exigencia de ratificación para expresar el consentimiento estatal es la posición adoptada por nuestra Constitución, la que la distingue de la aprobación que queda reservada al Congreso Nacional, como acto del derecho interno.

La terminología de nuestra Constitución no es usual en otras constituciones ni en la doctrina. Ratificar equivale a confirmar un tratado celebrado por la función ejecutiva, atribución que en los regímenes democráticos se confiere a la legislativa.

El proceso de celebración de los tratados, en consecuencia, se rige por normas del derecho internacional y por normas del derecho interno, que son las que determinan la forma de expresar el consentimiento estatal, cuyo cumplimiento es de la exclusiva responsabilidad del Estado contratante (Art. 46, Convención de Viena).

La Constitución de 1998 establece que solamente los tratados señalados en el Art. 161 requieren la aprobación del Congreso. Lo que la Constitución considera es el contenido material de los tratados y sus efectos en el ordenamiento interno. No habiendo en el Ecuador, según se ha dicho, normas que regulen la celebración de los convenios internacionales, debe entenderse que corresponde a la Función Ejecutiva, por intermedio del Minis-

tro de Relaciones Exteriores, la calificación de los tratados y es de su competencia determinar si requieren o no de la aprobación del Congreso.

Salvo los acuerdos no normativos, y los llamados ejecutivos, todos los demás tratados habrán de requerir la aprobación del Congreso, en la medida en que, de un modo u otro, afectan a la normatividad interna.

El Art. 162 la Constitución exige el previo control de la constitucionalidad, el que parece reservado tan solo al grupo de tratados a los que se refiere el Art. 161. El Tribunal Constitucional tiene así la doble responsabilidad de preservar la Constitución y de garantizar la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales. El tema del control de la constitucionalidad preventivo o a posteriori, mediante el recurso de inconstitucionalidad, no es materia de este trabajo, pero no puedo menos que subrayar su importancia, por los efectos que tiene en las relaciones internacionales.

Por último, la Constitución exige la promulgación de los tratados en el Registro Oficial.

Resumimos esta primera parte, con el siguiente párrafo del Dr. Armando Pesantes García ("Las Relaciones Internacionales"):

"Un tratado para su validez tiene que ser concluido por el órgano competente del estado o del sujeto del derecho internacional autorizado por el estatuto constitucional correspondiente para ajustar tratados. Si no es ese el caso o se omite en la confección de un tratado algún requisito legal interno fundamental, como por ejemplo la autorización legislativa, el documento resultante carece de valor y por tanto de obligatoriedad. Sin embargo, el Estado que normal y ostensiblemente conduce negociaciones que permitan suponer a la contratante que está cumpliendo con los preceptos constitucionales que regulan la materia respectiva y posteriormente aduce que el tratado resultante es constitucionalmente inválido, se hace responsable de delito contra el derecho internacional".

2. EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL Y EL INTERNO:

Los sistemas jurídicos de los Estados dan diversas soluciones a la integración de las normas de derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno y a la jerarquía de las primeras o las segundas.

La doctrina se divide en dos posiciones: a) la concepción dualista, que "parte del supuesto básico de considerar que el sistema jurídico internacional, en relación con cada uno de los sistemas nacionales, son dos órdenes jurídicos distintos, separados y autónomos". Como consecuencia, una norma internacional no puede ser directamente obligatoria en el orden interno y la normativa internacional necesita ser transformada o incorporada al ordenamiento interno. b) La concepción monista parte del presupuesto contrario: la unidad del sistema internacional y de los órdenes jurídicos estatales, admitiéndose la superioridad del derecho internacional, con lo que surge una relación de "subordinación" del orden interno. Así, en primer término, la norma internacional se integra en el sistema estatal sin necesidad de ningún acto expreso de voluntad del Estado ("transformación"). En segundo lugar, no puede hablarse, en realidad, de un conflicto entre ambos sistemas, pues en virtud de la subordinación existente entre ellos, el eventual conflicto o contradicción entre sus normas será únicamente un caso ordinario de oposición entre norma superior o norma inferior".

Estas doctrinas se han moderado y hoy la solución del conflicto se ha centrado "en los distintos sistemas nacionales y en sus soluciones concretas", reconociéndose que los tratados forman parte del derecho interno, una vez cumplidas las formalidades de ese ordenamiento, sin que se requiera de transformación (González Campos, Sánchez Rodríguez, Sáenz de Santa María, Curso de Derecho Internacional Público).

La Constitución de 1998 ha seguido la doctrina monista, que concede primacía al derecho internacional, el que se integra en el sistema estatal sin necesidad de transformación, es decir de un acto legislativo expreso.

La Constitución ha consagrado el principio de la suprallegalidad de los tratados, separándose del contrario que, como en la anterior, les confería categoría inferior a la ley.

El Art. 163 da aplicación plena al principio de la jerarquía normativa al establecer que "las normas de los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la República y prevalecen sobre leyes y otras normas de menor jerarquía".

En este punto debe resaltarse que, como consecuencia de la superior jerarquía de los tratados, una ley posterior no les afecta, lo que será de difícil aceptación para nuestros jueces, proclives a dar primacía a la ley nacional.

Interesa, aún cuando sea brevemente, analizar cuál es la fuerza vinculante de los tratados celebrados con anterioridad a la Constitución de 1998 y que no están comprendidos en el grupo de tratados señalados en el Art. 161.

Los tratados deben ser cumplidos de buena fe y una parte no puede invocar las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (Arts. 26 y 27 de la Comisión de Viena).

De otra parte, los tratados internacionales terminan conforme a las disposiciones del mismo o por consentimiento de las partes. Y la terminación debe sujetarse a las normas y procedimientos del derecho internacional.

Con estos antecedentes puede sostenerse que los tratados celebrados antes de la Constitución de 1998 y que no están comprendidos en los del Art. 161, solamente requieren de su publicación en el Registro Oficial para entrar en vigor, una vez que los preceptos constitucionales son de aplicación directa e inmediata.

En resumen y de acuerdo con nuestro marco constitucional: el derecho internacional expresado en tratados forma parte del ordenamiento jurídico interno y prevalece sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía; en caso de conflicto entre una ley y un tratado prevalece éste y la ley posterior no modifica al tratado y si lo hace queda comprometida la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano y, por último, los tratados son autoaplicables y no requieren de transformación, una vez aprobados por el Congreso cuando así se requiera.

Se ha consultado y tomado conceptos de las siguientes obras: Marco Gerardo Monroy Cabra, Derecho de los Tratados; Armando Pesantes G, Las Relaciones Internacionales; Juan Carlos Vega y Marisol Adriana Graham, Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales; González Campos, Sánchez Rodríguez, Sáenz de Santa María, Curso de Derecho Internacional Público; D.P. O'Connell, International Law; De la Guardia y Delpech, El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena.

El régimen de la Función Judicial en la nueva Constitución

César Coronel Jones

Una exposición de las reiteraciones y diferencias de los principios generales relativos a la Función Judicial, contenidos en la Constitución vigente. Se aborda la unidad jurisdiccional, el sistema procesal, la constitucionalización del debido proceso, y el sistema penitenciario, entre otros temas.

La Constitución de 1998 dictada por la Asamblea Nacional, establece, en el Título VIII a lo largo de cuatro capítulos, el Régimen de la Función Judicial, término del grado de moralidad social del país. Los capítulos están dedicados a los Principios Generales; organización y funcionamiento; Consejo Nacional de la Judicatura y Régimen Penitenciario, respectivamente.

En la reciente regulación, encontramos algunas reiteraciones básicas de principios contenidos en la anterior Constitución, pero también importantes diferencias o novedades.

A continuación se exponen en capítulos separados las principales reiteraciones y las diferencias o novedades más importantes:

I. REITERACIONES BÁSICAS

- El Principio de Unidad Jurisdiccional.

El art. 191, con el que se inicia el capítulo I de los Principios Generales, señala que el ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial y luego agrega "se establecerá la unidad jurisdiccional".

Cabe destacar la utilización del tiempo futuro en la norma al indicar que se establecerá la unidad jurisdiccional, lo que resulta concordante con la disposición transitoria vigésima sexta, en la cual se indica que todos los magistrados y jueces que dependan de la Función Ejecutiva, pasarán a la Función Judicial y, mientras las leyes no dispongan algo distinto, se someterán a su propias leyes orgánicas.

La referida disposición transitoria agrega que dicha disposición incluye a los jueces militares, de policía y de menores y que, igualmente, si otros funcionarios públicos tuvieran entre sus facultades la de administrar justicia en determinada materia, la perderán, y se trasladará a los órganos correspondientes de la Función Judicial.

A mayor abundamiento en la reiteración de que la unidad jurisdiccional se producirá a futuro, la disposición transitoria vigésima sexta asigna al Consejo Nacional de la Judicatura la obligación de presentar al Congreso Nacional los proyectos que modifiquen las leyes pertinentes para que estas disposiciones puedan cumplirse. Estas últimas expresiones parecen despejar toda duda de que la unidad jurisdiccional, más que una realidad es una aspiración o postulado constitucional que debe traducirse en realidad recién cuando se modifiquen las leyes pertinentes por parte del Congreso Nacional, a propuesta del Consejo Nacional de la Judicatura, el cual en estricto rigor, debiera ser agregado en el art. 144 de la Constitución como otro de los órganos a los que corresponde la iniciativa para la presentación de proyectos de ley.

Tampoco debemos dejar de comentar que el personal administrativo, que actualmente labora en las cortes, tribunales y juzgados militares, de policía y de menores, tienen estabilidad garantizada por la propia disposición transitoria vigésima sexta cuando pasen a formar parte de la Función judicial en el futuro, no así los magistrados, jueces u otros funcionarios públicos que dependen de la función ejecutiva, (el Director de Pesca, por ejemplo), que teniendo facultades de administrar justicia en determinada materia la perderán más bien por traslado de dichas atribuciones a órganos de la Función Judicial, sin que exista para dichos funcionarios la garantía de estabilidad.

Decimos que este principio de unidad jurisdiccional es una reiteración por cuanto ya estaba contenido en el artículo 118 de la Constitución anterior, sin embargo debemos reconocer que hay algunas notas diferenciales entre la forma como estaba antes reglado este principio y la manera en que se consagra hoy en la Constitución. En efecto, el art. 118 de la Constitución anterior que llamaríamos para mayor facilidad, del 97, establecía de manera más enfática que "con arreglo al principio de unidad jurisdiccional, el ejercicio de la potestad judicial corresponde exclusivamente a los magistrados, jueces y tribu-

nales, determinados en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales..."

Si bien el tenor de este artículo era más concluyente y terminante al utilizar la expresión "exclusivamente", deben señalarse dos particularidades, a saber:

a) Al referirse a los magistrados, jueces y tribunales determinados en "las leyes" se podía sostener que si esos magistrados o jueces habían recibido la asignación de funciones judiciales en leyes (por ejemplo, el Director General de Pesca en la Ley General de Pesca, art. 92) ellos podían ejercer tal potestad judicial aún sin pertenecer al orgánico de la Función Judicial, sin contrariar el principio constitucional de unidad jurisdiccional, pues la propia Carta Suprema entendía el principio de unidad jurisdiccional de esta manera; y,

b) No existía incorporación sistemática y ordenada de los jueces militares, de policía, de menores al orgánico de la Función Judicial, ni tampoco se reglamentaba el traslado de las facultades judiciales de funcionarios dependientes de la Función Ejecutiva u otros funcionarios públicos hacia los órganos correspondientes de la Función Judicial.

En síntesis, podríamos decir que la reiteración del principio de unidad jurisdiccional, efectuado en la nueva Constitución, ha sido pragmáticamente complementado con la norma de la disposición transitoria vigésimo sexta que dispone efectuar el traslado de funcionarios y de competencia judiciales, pero se ha reconocido que la unidad jurisdiccional no es una realidad y ni siquiera un principio constitucional exigible o aplicable de inmediato, sino que su efectiva vigencia está condicionada y diferida hasta que se aprueben las leyes que permitan viablemente.

-La impugnabilidad en sede judicial de los actos de otras autoridades

Esta otra expresión del principio de unidad jurisdiccional, cual es la de que los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado podían ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, ha sido reiterada en el art. 196 en términos similares a los que ya contemplaba el inciso 3 del art. 122 de la Constitución del 97.

Finalmente, cabe notar que se suprimió la mención contenida en el art. 118 inciso 2, que establecía que sin perjuicio de la unidad de la Función Judicial, ésta actuaría en forma descentralizada.

-Reconocimiento del arbitraje, mediación y métodos alternativos, así como de los jueces de paz.

Básicamente hay una reiteración también en esta materia, aún cuando existen algunas variables dignas de ser relevadas.

El art. 118 de la Constitución anterior en su inciso 3 disponía "Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias."

Por su parte el art. 191 de la Constitución vigente, en el inciso tercero, expresa de manera similar que "se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley". Como se ve, se ha suprimido la mención relativa a la negociación, pero aún más importante que ello, son las referencias a los jueces de paz y el re-

conocimiento a las autoridades y procedimientos de los pueblos indígenas.

En efecto, el art. 191 en el inciso 2 indica que de acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Que conozcamos no existe aún Ley que haya desarrollado este principio.

Por su parte el inciso final del mismo artículo 191, introduciendo una verdadera novedad y asignando una tarea de gran complejidad a los legisladores, reconoce y asigna a las autoridades de los pueblos indígenas, funciones de justicia, para que aplicando normas y procedimientos propios puedan resolver sobre conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derechos consuetudinarios, pero siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes (suponemos las tales normas y procedimientos).

-La redacción del texto constitucional es bastante amplia y en nuestra opinión poco afortunada.

Las interrogantes que surgen de la lectura de su texto son múltiples, y planteamos a continuación las que aparecen a primera vista:

¿Cuáles pueden ser considerados conflictos internos de los pueblos indígenas: los relativos a las costumbres, familiares, sociales y laborales de los mismos? ¿Los relativos a cuestiones religiosas o de su organización interna o también los conflictos familiares, matrimoniales, sucesorios?

¿Qué ocurre con los conflictos relativos a tenencia de la tierra dentro de las comunidades indígenas? ¿Hay infracciones penales que puedan ser consideradas conflictos interiores? ¿Quién y con qué oportunidad establecerá que las normas o procedimientos de los pueblos indígenas no son contrarios a la Constitución y las leyes?

¿Cuáles son las autoridades de los pueblos indígenas y cómo se determina su legitimidad y el ámbito de su competencia?

Como ya dijimos, es un desafío para la legislatura el hacer compatibles las funciones de las autoridades de los pueblos indígenas con las del sistema judicial nacional; por otro lado ¿será acaso esta norma un antecedente para que se pueda establecer las llamadas zonas francas jurídicas de las que han hablado personajes políticos, con el ánimo de permitir que en un territorio determinado, en ciertas materias, puedan aplicarse normas y procedimientos peculiares por parte de autoridades ajenas a la función judicial en la medida en que no se contraría ciertos principios fundamentales de la Constitución?

-El sistema procesal como medio para la realización de la justicia.

El artículo 192 de la Constitución vigente, reitera la norma del art. 117 de la Constitución del 97, en el sentido de que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia, y que no se sacrificará ésta por la sola omisión de formalidades. Se agrega en la actual Constitución que el sistema procesal hará efectivas las garantías del debido proceso, las cuales están constitucionalizadas en el art. 24 de la propia Carta Política, a lo largo de sus 17 numerales en lo que constituye probablemente el más importante avance de la nueva Constitución para resguardo de las garantías individuales de los ciudadanos.

-Organización judicial y búsqueda de la Independencia de los jueces.

En esta materia la nueva Constitución es incluso más amplia que la vigente hasta 1997.

En efecto, la anterior Constitución establecía como órganos de la Función Judicial a la Corte Suprema y agregaba los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, y a los demás juzgados dependientes de aquella, mientras que la nueva, sólo señala a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales y Juzgados que establezcan la Constitución y la Ley, dejando así un amplísimo campo para que por medio de Ley se pueda crear y suprimir Tribunales.

Ambas Constituciones incluyen al Consejo Nacional de la Judicatura.

Existen unos cuantos principios fundamentales relativos a la organización de la Corte Suprema que han sido reiterados, a saber:

La jurisdicción en todo el territorio nacional y la sede en Quito, su integración por magistrados que no estarán sujetos a períodos fijos, y el sistema de designación de nuevos magistrados por parte del propio pleno de la Corte Suprema, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, escogiendo alternadamente, a profesionales que hayan ejercido la judicatura, la docencia universitaria o permanecido en el libre ejercicio profesional, en ese mismo orden.

Finalmente, se establece el principio de que las designaciones de la Función Judicial se realizarán previo concurso de merecimientos y oposición, según corresponda, con excepción de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Se reitera también el principio de independencia de los órganos de la Función Judicial en el ejercicio de su potestad, con la novedad de que se aclara que es aún interna, es decir, incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial; y que los magistrados en el ejercicio de su potestad jurisdiccional están solamente sometidos a la Constitución y a la ley (art. 192).

Así mismo se reitera la prohibición de que los magistrados y jueces puedan ejercer la abogacía, o desempeñar otro cargo público o privado, con excepción de la docencia universitaria, prohibiéndoles también ocupar funciones directivas en los partidos políticos e intervenir en contiendas electorales (art. 132 de la Constitución de 1997 y art. 205 de la actual Constitución).

Finalmente, tanto la anterior Constitución, como lo había venido estableciendo desde 1992, así como la nueva, establecen también la existencia del Consejo Nacional de la Judicatura como órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial, pero mandan que la integración, forma de designación de sus miembros, estructura y funciones, será establecido en la respectiva ley.

I. LAS PRINCIPALES NOVEDADES

-Para Garantizar la Independencia judicial

Con este objetivo la más importante novedad es que se elimina la posibilidad de plantear juicio político a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, el literal g del art. 82 establecía que entre las funciones del Congreso Nacional estaba la de proceder al enjuicia-

miento político durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas, por infracciones cometidas en el desempeño de sus cargos, y resolver su censura en el caso de declaratoria de culpabilidad, lo que produciría como efecto su destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos durante el mismo período, agregando que, si la acusación implicare responsabilidad penal del funcionario, después de juzgar su conducta oficial, se ordenaría que pase el asunto a conocimiento del juez o tribunal competente.

En la Constitución actual, el art. 130 numeral 9, en el cual se establece el listado de funcionarios que pueden ser objeto de enjuiciamiento político, continúan apareciendo el Presidente y Vicepresidente de la República, y otros funcionarios, inclusive los Superintendentes y vocales del Tribunal Constitucional, pero se ha excluido a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

El hecho de que haya desaparecido la posibilidad de enjuiciamiento político, no significa que los magistrados de la Corte Suprema están exentos de responsabilidad en el ejercicio de sus cargos, pues el art. 120 de la Carta Fundamental establece que no habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones.

Por su parte el art. 193 de la propia Constitución establece que el retardo de la administración de justicia imputable al juez o magistrado, será sancionado por la ley; y, el Código de Procedimiento Civil continúa vigente en la parte que prevé el juicio de indemnización de daños y perjuicios contra los magistrados y jueces que hayan causado perjuicio económico a la partes o terceros interesados; así también, tanto el Código Penal como la legislación común y la ley orgánica de la Función Judicial, continúan contemplando la posibilidad de que los magistrados de la Corte suprema sean enjuiciados penalmente.

Finalmente el Consejo Nacional de la Judicatura tiene facultades disciplinarias que se extienden incluso a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo se plantean algunas inquietudes respecto de la forma cómo pueda ejercerse ese control disciplinario, derivadas del hecho de que en el art. 123 de la Constitución se establece que "No podrán ser funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses o representen a terceros que los tuvieren en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas. El funcionario público deberá abstenerse de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad a los que preste sus servicios." Y resulta que el Consejo de la Judicatura está integrado por magistrados que sin duda tienen interés en las áreas que son controladas o reguladas por dicho organismo.

-En cuanto a la Organización Judicial.

La más importante novedad a este respecto es el que la Constitución no indica cuántos magistrados deben integrar la Corte Suprema de Justicia, ni tampoco señala el número de salas que la deban integrar, ni el número de magistrados que deban integrar cada sala.

Como se sabe, la Corte Suprema está actualmente compuesta por treinta y un magistrados, los que fueron designados conforme las disposiciones transitorias decimaquinta, decimasexta, decimaséptima y decimoctava,

aprobadas por el Congreso Nacional para aplicar los principios aprobados en la consulta popular del 25 de mayo de 1997. Estas disposiciones fueron publicadas en el Registro Oficial 120 del 31 de julio de 1997 y 142 del 1 de septiembre de 1997.

Lo importante de destacar es que la Constitución, al no imponer el número de magistrados ni el número de salas, ni el número de magistrados que deba integrar cada sala, deja abierta la posibilidad de que en la Ley Orgánica de la Función Judicial se realicen estas determinaciones. Valga la oportunidad para señalar el deseo de que la referida Ley restaure la coherencia con el sistema de casación que actualmente existe y establezca una sola sala por materia y un mayor número de magistrados en cada sala de casación, con miras a lograr el mayor grado de acierto y profundidad en las decisiones sobre casación.

También cabe destacar que al no haberse limitado el número total de magistrados de la Corte Suprema, existe la posibilidad de que en la Ley Orgánica respectiva, también se aborde el tratamiento de este importante asunto.

Otra novedad la constituye la supresión de la norma que imponía el sorteo diario de las causas para radicar la competencia de los jueces civiles, penales, del trabajo, de inquilinato y demás jueces especiales en toda controversia judicial. El art. 133 de la Constitución anterior había confirmado la elevación a rango constitucional de esa disposición. Aún los defensores de la bondad del sistema de sorteo, convenían mayoritariamente en que no se justificaba haber elevado al rango constitucional una norma referente a un asunto más bien reglamentario, como lo es el sorteo. Coincidimos con esa apreciación y celebramos que se haya eliminado la norma del antiguo artículo 133.

También respecto de la organización judicial se ha incluido en el art. 207 como principio constitucional, la norma de que quien litigue temerariamente pague, a quien haya ganado el juicio, las tasas que éste halla satisfecho, sin que se admita exención alguna. Esto nos lleva a concluir que incluso el Estado, cuando litigue temerariamente, deberá ser condenado al pago de las costas de temeridad a favor de la parte que resulte triunfadora en el respectivo juicio.

- Sistema Procesal

La nueva Constitución dispone la sustanciación de los procesos por medio del sistema oral y pone especial énfasis en la presentación y contradicción de las pruebas.

Este es un cambio sustancial, pues el antiguo art. 119 simplemente disponía que se adopte en lo posible el sistema oral, mientras que ahora hay un mandato imperativo que además se encuentra reiterado en la disposición transitoria vigésima séptima que señala que la implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema.

Sobre este mismo aspecto, preocupa en cambio, el tenor del art. 194 en la parte que indica que la sustanciación de procesos se llevará a cabo mediante el sistema oral de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e intermediación.

La inquietud surge por cuanto el principio dispositivo consiste en que el ejercicio de la acción procesal está encomendado en sus dos formas, activa y pasiva, a las partes y no al juez (1).

No tenemos clara la razón por la cual la Asamblea Nacional elevó a rango Constitucional el principio dispositivo en la sustanciación de los procesos, sobre todo por cuanto este principio no rige siempre en el proceso civil, y menos aún en el penal; en efecto, las facultades importantes que la Ley concede en materia de prueba a los tribunales, que pueden ordenar la práctica de diligencias probatorias para mejor proveer, o la posibilidad de declararse incompetentes cuando así proceda aunque las partes no propongan la excepción y la de revisar sus propias decisiones, aunque las partes no interpongan en contra de ellas recursos; son normas que van contra el principio dispositivo, y que han sido largamente admitidas por nuestro derecho procesal y más aún hay una corriente casi universal que las promueve.

Parece necesario detenerse a analizar las implicaciones del principio dispositivo. David Lascano dice: "que según la doctrina que llamaríamos clásica o tradicional, el principio dispositivo obtiene su más completo desarrollo con la aplicación de las máximas del Derecho común: a) *nemo iudex sine actore*; b) *ne procedat iudex ex officio*; c) *ne eat iudex ultra petita partium*; y d) *secundum allegata et probata iudex iudicare debet*. Es decir, que el juez no puede actuar sin que un sujeto (particular o público), pida el ejercicio de su actividad específica; que el órgano jurisdiccional no puede proceder de oficio o sea espontáneamente, sino a pedido de parte; que debe proveer conforme a lo que se pide y sólo sobre lo que se pide; y que al fallar debe hacerlo conforme a los hechos alegados y a los elementos de convicción que se hayan producido" Revista de Hugo Alsina, año IX, vol.II).

Entre las excepciones que pone al principio dispositivo, menciona la consistente en que el juez debe obrar de oficio cuando se trate de un litigio que interese al orden público y del cual tenga conocimiento.

El significado histórico y sociológico del principio, lo explica Lanza de la siguiente manera:

"Este principio indica indiscutiblemente el triunfo histórico de los derechos de libertad, porque si así no fuese, vendría a constituirse una verdadera desnaturalización policiaca del proceso, el cual debe su elevación, como garantía jurídica de libertad ciudadana, justamente a la separación ya recordada, entre la función de juzgar y la función de acusar..."

Algunos jurisconsultos distinguen el principio dispositivo del principio del impulso procesal. Hacen consistir aquél en la facultad concedida a las partes de disponer del material del pleito, esto es, determinar las cuestiones litigiosas, desistirse de la acción o de la demanda, ofrecer pruebas, interponer recursos; etc. El "impulso del proceso sólo concierne a iniciar la acción y continuar u ejercicio" (2).

Creemos que el mandato constitucional se dirige sobre todo al proceso penal, procurando la vigencia de un sistema procesal penal en que haya una clara separación entre las funciones de juzgar y la función de acusar, recogiendo el sistema acusatorio, que se identifica con el principio dispositivo frente al sistema inquisitivo, que en

buena parte rige aún en nuestro Código de Procedimiento Penal, en el cual el juez penal ejerce una doble función, de investigador y juzgador simultáneamente. En este sentido es indudable que el nuevo Código de Procedimiento Penal, aprobado ya en segundo debate por el Congreso Nacional, significará una concreción del mandato constitucional del art. 194.

- Constitucionalización del debido proceso.

Quizá la más importante novedad está en los arts. 23 y 24 de la Constitución; en el primero se consagra como garantía individual de las personas, la seguridad jurídica, el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones; y en el art. 24, se detallan, en extenso, las diecisiete garantías básicas para asegurar el debido proceso.

La circunstancia de haber elevado a rango constitucional las garantías del debido proceso, tiene relación directa con el sistema de control constitucional. Para completar el sistema de garantías individuales, la Constitución debió facultar el efectivo control por parte del Tribunal Constitucional de la vigencia de estas garantías. Sin embargo, ello se ve seriamente menoscabado el haberse excluido la posibilidad de proponer Amparo Constitucional contra las decisiones judiciales adoptadas en el curso de un proceso.

Conocido y obvio es que las garantías al debido proceso suelen ser frecuentemente violadas por los jueces, que en el curso de los procesos dejan de respetarlas y al haberse vedado el Recurso de Amparo Constitucional contra las decisiones judiciales, en el inciso 2 del art. 95 de la Constitución, se ha condenado a la esterilidad, en buena parte, las garantías de la seguridad jurídica y el debido proceso recientemente establecidas por la propia Constitución.

Es necesario que cuanto antes se dé solución a esta gravísima falencia de nuestro sistema de control constitucional.

En principio, se presentan dos vías de solución: la primera, una reforma constitucional que elimine el inciso 2 del art. 195 y la segunda, que por la vía legislativa, se faculte el planteamiento del recurso o cuestión de inconstitucionalidad, por ejemplo, ante la Corte Suprema de Justicia, cuando en el curso de un procedimiento judicial se produzcan violaciones a las garantías del debido proceso. Este recurso o cuestión de inconstitucionalidad, que deberían tener un trámite especialmente expedito y que en casos graves podría ir acompañado de la

suspensión de la providencia o actuación judicial cuestionada, guarda coherencia con la amplia facultad que hoy tienen las cortes, tribunales y jueces para contribuir al control constitucional, en ejercicio del llamado control difuso, según los artículos 273 y 274 de la Constitución.

- Sistema penitenciario

El último de los capítulos del título VIII de la Constitución se refiere al Régimen Penitenciario, innovando así la antigua Constitución que nada estatuyó sobre esta materia al tratar de la Función Judicial. En este capítulo que contiene un solo artículo, se establecen los siguientes principios:

a) El sistema penal y el internamiento tendrán como finalidad la educación del sentenciado y su capacitación para el trabajo, a fin de obtener su rehabilitación que le permita una adecuada reincorporación social.

b) Los centros de detención contarán con los recursos materiales y las instalaciones adecuadas para atender la salud física y psíquica de los internos. Estarán administrados por instituciones estatales o privadas sin fines de lucro, supervisadas por el Estado.

c) Los procesados o indiciados en juicio penal que se hallen privados de su libertad, permanecerán en centros de detención provisional.

d) Únicamente las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de la libertad, mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán internas en los centros de rehabilitación social.

e) Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado.

De estas normas, la que más llama la atención en un primer análisis, es la que dispone que solamente las personas declaradas culpables mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán internas en los centros de rehabilitación social. Como se sabe, la gran mayoría de los procesados o indiciados en juicios penales que se encuentran privados de su libertad, no cuentan con una sentencia condenatoria ejecutoriada y son protagonistas de un drama social de dolorosas y enormes dimensiones.

Hasta que los procesos penales se tramiten con la celeridad que la justicia demanda, será necesario que el Estado habilite centros de detención provisional, en donde se pueda ubicar a la enorme cantidad de procesados e indiciados que carecen de una sentencia ejecutoriada.

NOTAS

1 Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, 1979, pág. 631

2 Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, 1979, pág. 632

El rol de los órganos de la Función judicial a la luz de la vigente Constitución política del Estado

Santiago
Andrade Ubidia

Entendido a cabalidad el rol de cada uno de los órganos, la administración de justicia marchará en mejor forma y contribuirá efectivamente a que el Ecuador sea un Estado más justo. Cada uno de los órganos de la Función Judicial está llamado a cumplir con el papel que les ha asignado la Constitución Política del Estado.

La Constitución Política codificada, que se aprobó en Riobamba el 5 de junio de 1998, promulgada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998 y vigente desde el 10 de agosto del mismo año, en su artículo 198 dispone: "Serán órganos de la Función Judicial: 1. La Corte Suprema de Justicia; 2. Las cortes, tribunales y juzgados que establezcan la Constitución y la ley; 3. El Consejo Nacional de la Judicatura. La ley determinará su estructura, jurisdicción y competencia."

Esta norma es el resultado de un largo proceso de evolución, que se inició en la década de los ochenta, cuando destacados juristas y varias organizaciones de la sociedad civil expresaron su disconformidad con el estado de la administración de justicia en el país y reclamaron la adopción de medidas que permitieran enmendar las falencias que se advertían y que provocaron un sentimiento de verdadero malestar.

Así, en múltiples foros se escuchaba el reclamo. A manera de ejemplo (y sin que signifique que haya sido la primera acción) en la obra "La Reforma de la Constitución" publicada en 1988 por el Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales y la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, aparece el trabajo del doctor Edmundo Durán Díaz intitulado "Las reformas constitucionales y la Función Judicial" (pp. 145-175), en donde se lee esta lapidaria afirmación: "La administración de justicia no es perfecta, ni siquiera buena"; y a renglón seguido, se hace un análisis profundo de los factores que confluyen para ello: los hombres, las leyes y los recursos materiales.

La Corte Suprema de Justicia no fue ajena a esta inquietud; por ello y con posterioridad al "Proyecto de estudio sobre la Administración de Justicia en el Ecuador", presentado por CAJ/ FIU e ILANUD en 1989, suscribió

un convenio con la Secretaría Nacional para el Desarrollo Administrativo (SENDA) en marzo de 1990, cuyo resultado fue el "Programa de Desarrollo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia y sus Dependencias Judiciales" (PRONAD). Por iniciativa emanada directamente de la presidencia del máximo Tribunal de Justicia, ejercida entonces por el doctor Walter Guerrero Vivanco (septiembre - 1990 a enero - 1993), se presentó el "Perfil del Primer Plan Bienal de Desarrollo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador 1991-1992" y, como una acción se llevó a cabo una evaluación del sector justicia del Ecuador, análisis legal y administrativo, cuyo informe final (elaborado por CAJ/FIU y que contó con la activa participación de ministros de la Corte Suprema de Justicia y de las Cortes Superiores, jueces, funcionarios administrativos de la Función Judicial, académicos e investigadores universitarios a más de expertos internacionales), se presentó en junio de 1991, que puso al descubierto la real situación de la administración de justicia.

Es mérito del Congreso Nacional de 1992 el haber recogido el clamor general e iniciado el proceso de solución de los problemas de la Función Judicial, mediante la reforma de la Constitución Política (Registro Oficial suplemento al No. 93 de 23 de diciembre de 1992); posteriormente, los Congresos de 1996 (Registro Oficial No. 863 de 16 de enero de 1996) y de 1997 (Registro Oficial No. 120 de 31 de julio de 1997) introdujeron otras reformas, hasta llegar a la Asamblea Nacional Constituyente que en 1998 aprobó el texto que rige en la actualidad.

La Constitución Política distingue claramente tres órganos de la Función Judicial, cada uno de los cuales ha de cumplir con un rol claramente diferenciado, los cuales han de ser debidamente desarrollados en la legislación secundaria, conforme la disposición imperativa contenida en el párrafo final del artículo 198 antes transcrito.

-LOS ÓRGANOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

A la Corte Suprema de Justicia le compete, primordialmente, realizar el control de la legalidad en las resoluciones de los juzgadores de instancia, ejercer la actividad colegisladora mediante la presentación de proyectos de reformas a la Constitución y a las leyes y dictar resoluciones obligatorias en los casos de fallos contradictorios y de duda u oscuridad de las leyes, a más del control y supervigilancia de la situación jurisdiccional de los tribunales, Cortes Superiores y Juzgados y de resolver como tribunal de instancia las causas que, de modo excepcional, la ley le ha confiado.

A los Tribunales Distritales, Cortes Superiores, Tribunales Penales y Juzgados de primer nivel, les corresponde conocer de las causas que se sometan a su conocimiento dentro del ámbito de su competencia, juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado.

Estos son los órganos que cumplen con la primordial función encargada por el pueblo ecuatoriano a través del legislador constitucional a la Función Judicial.

Al Consejo Nacional de la Judicatura corresponde la función auxiliar y de apoyo de administrar los recursos humanos y materiales con que cuenta la Función Judicial, para el cumplimiento de su alta misión.

Sin lugar a dudas, la buena marcha de la Función Judicial precisa de que los diversos órganos que, por mandato constitucional la conforman, trabajen en forma armónica, desconcentrada y descentralizada, con una adecuada distribución de funciones y exacta determinación del rango jerárquico de cada uno de ellos.

No ha existido en el pasado, ni existe en la actualidad discrepancias, al respecto entre la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Distritales, las Cortes Superiores y los Juzgados de primer nivel; es necesario evitar que en el futuro surjan conflictos entre los órganos judiciales propiamente dichos y el órgano auxiliar y de apoyo que tiene a su cargo lo administrativo y disciplinario, esto es, el Consejo Nacional de la Judicatura.

- LA IMPORTANCIA DE LA INDEPENDENCIA

Siguiendo la tendencia mundial, se propuso en el país como una necesidad para la construcción de una verdadera democracia y para la vigencia del Estado de Derecho, el que la administración de justicia goce de independencia interna y externa, que los jueces se profesionalicen y especialicen, y que los recursos financieros y materiales se administren de manera técnica y eficiente. Durán Díaz, recogiendo el criterio general, estima que a más del problema de la falta de recursos materiales y económicos y la obsolescencia de la legislación procedimental, hay un problema humano de los hombres y las mujeres que trabajan en la administración de justicia: "Aparte de las cualidades de talento, probidad, conocimiento y experiencia que deben tener los jueces, la imparcialidad es fundamento profundo e insoslayable de la justicia. Imparcialidad significa desoír las voces de la gratitud, del favor, de la influencia, de la recomendación, del ruego, de la amenaza, del dinero, del odio, del amor, del afecto, de la antipatía, de las afinidades o de las rivalidades políticas y escuchar solamente los argumentos de la razón y de la ley. Imposible que exista un juez

siempre imparcial en uno y en todos los juicios que le toque fallar. Sería el juez perfecto, y la perfección está todavía lejos de la condición humana. De modo pues que hay que buscar el camino que permita buscar encontrar los jueces menos imperfectos. La Constitución y la Ley pueden facilitar la tarea exigiendo, por lo menos, tres condiciones previas: la preparación, la especialización y la selección de los jueces" (op. cit., pp. 151-152).

Cierto lo que dice el jurista, pero no es suficiente; no basta con realizar la mejor selección, es necesario también que en el desempeño de sus labores cuente con las condiciones adecuadas para que lleve adelante su labor con dignidad. Es un atropello a esa dignidad el sobrecargarle de trabajo, no dotarle de los medios materiales e irrespetarle haciéndole víctima de toda clase de presiones a fin de desviarle del recto camino y obligarle a proceder contra su conciencia. Por ello, una de las garantías con que el juez ha de contar es el de su independencia. Esta independencia se presenta en dos ámbitos: el externo y el interno.

Contra la garantía de la independencia externa atenta toda presión de tipo político, económico, profesional o social; sería innoble que un partido político o una organización económica o social, sea directamente mediante escándalos en los medios de comunicación social, o indirectamente mediante amenazas, sugerencias, ofrecimientos o dádivas, pretenda que el juez falle según sus cálculos o en beneficio de sus integrantes cuando no les asiste el derecho y la razón, pero sería igualmente innoble que los abogados, por muy destacados que sean, pretendan que su verdad es la verdad y que el juez únicamente es honesto cuando resuelve una causa a su favor y que de lo contrario es inmoral y prevaricador.

Contra la garantía de la independencia interna atenta la injerencia abusiva de quienes se hallan en una posición jerárquicamente superior al juez. La situación de extrema vulnerabilidad en que se halla el juez en nuestro país por la falta de una carrera judicial que permita el ingreso y el ascenso por méritos y la posibilidad de una jubilación digna, es determinante para que sea particularmente propenso a ceder por temor o favor ante una simple "recomendación" de quien ha sido determinante para su ingreso a la Función Judicial o de quien podría serlo para su ascenso o su separación. Esta realidad ha merecido y debe merecer una prioritaria atención, cuidando que no se produzca simplemente un cambio de actores, lo que ocurriría, por ejemplo, que en lugar de presionar los partidos políticos lo hicieran los grandes estudios de abogados, o que en lugar del juez de nivel superior ejerza influencia un funcionario miembro del órgano de administración y disciplina de la Función Judicial.

-CAMBIO ESTRUCTURALES

El legislador ecuatoriano, en procura de alcanzar la profesionalización y la independencia de la administración de justicia, realizó cambios profundos a la estructura y organización de la Función Judicial, mediante las reformas constitucionales producidas en virtud de la Ley promulgada en el Registro Oficial (suplemento) No. 93 de 23 de diciembre de 1992; así es como le dio a la Corte Suprema de Justicia el carácter de Tribunal de Casación a fin de que realice el control de la legalidad en los

fallos de instancia y sin perjuicio de ejercer las demás atribuciones que le señalen la Constitución y la ley; inició el proceso real de unidad jurisdiccional al incorporar a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal a la Función Judicial; potenció a los Tribunales Distritales y a las Cortes Superiores al darles el carácter de juzgadores de última instancia (salvo los casos de excepción en que la Corte Suprema de Justicia conserva ese carácter), lo cual implica una efectiva descentralización de la administración de justicia; dispuso que la Corte Suprema de Justicia sea especializada en las principales materias y que la Ley Orgánica de la Función Judicial establezca los procedimientos para la especialización de los demás tribunales y juzgados; respecto del control difuso de la constitucionalidad dispuso que lo realicen tanto la Corte Suprema de Justicia como los tribunales de última instancia; en procura de que exista la carrera judicial ordenó que los magistrados y jueces de la Función Judicial, excepto los ministros de la Corte Suprema de Justicia, sean nombrados previo concurso de merecimientos y oposición, de acuerdo con lo establecido en la ley; y creó el Consejo Nacional de la Judicatura como órgano administrativo y de gobierno de la Función Judicial.

Sin embargo, desde el primer momento se advirtió que era inconveniente que la Función Judicial tuviera dos cabezas, por ello es que se acudió a conocer directamente la opinión del pueblo ecuatoriano y así es como en la consulta popular de 26 de noviembre de 1995, se le pidió que decidiera si el Consejo Nacional de la Judicatura debía o no ser el órgano de gobierno de la Función Judicial, (pregunta No. 9); la respuesta del pueblo ecuatoriano fue negativa, habiéndose pronunciado por el NO el 59.81 por ciento de votantes, mientras que por el SÍ únicamente se pronunció el 40.18 por ciento de votantes, según consta publicado en el Registro Oficial No. 1000 de 31 de julio de 1996.

- NUEVA CONSULTA POPULAR

No obstante este resultado concluyente, se volvió a acudir al pueblo a preguntarle sobre su criterio respecto de las funciones del Consejo Nacional de la Judicatura, y así es como la consulta de 25 de mayo de 1997 en su pregunta No. 12 se le planteó la siguiente interrogación: "¿Está usted de acuerdo que el Consejo Nacional de la Judicatura que establece la Constitución Política cumpla funciones administrativas y que sus miembros sean designados por la Corte Suprema de Justicia?" El 55.97 por ciento de los votantes se manifestó mayoritariamente por el SÍ, y el 44.03 por ciento por el NO, según consta en la publicación de los resultados realizada en el Registro Oficial No. 80 de 5 de junio de 1997, a consecuencia de lo cual se reformó la Constitución Política, mediante ley promulgada en el Registro Oficial No. 120 de 31 de julio de 1997, disponiendo que el Consejo Nacional de la Judicatura sea el órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial.

Estos dos pronunciamientos categóricos del pueblo ecuatoriano fueron los mandatos explícitos con que contaba la Asamblea Nacional para su trabajo reformador de la Constitución Política del Estado. Mal podía realizar una reforma que estuviera en contradicción de la volun-

tad soberana del pueblo, expresada en dos oportunidades.

La Asamblea Nacional Constituyente al promulgar la Constitución reformada y codificada, en su artículo 199, a más de la independencia externa que ya había sido consagrada desde la Constitución de 1967, reconoció explícitamente la independencia interna de los órganos de la Función Judicial; señaló en su artículo 198 como órganos de esta función del Estado a la Corte Suprema de Justicia (No. 1), a las cortes, tribunales y juzgados que establezca la Constitución y la Ley (No. 2) y al Consejo Nacional de la Judicatura (No. 3); y respecto de este último, en su artículo 206 dispuso que sea el órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial, obviamente que esta calificación no debe sacarse del contexto, sino que debe entenderse en armonía con el marco constitucional y sin atentar al rango de la Corte Suprema de Justicia y al rol que la Carta Política le confiere; o sea que las funciones de gobierno, administrativas y disciplinarias, se han de entender en auxilio a la administración de justicia; es decir, el Consejo Nacional de la Judicatura es, por su naturaleza, un órgano auxiliar, un medio instrumental de ayuda a que las cortes, los tribunales y los juzgados, que son los órganos principales, cumplan con la finalidad inherente de la Función Judicial, o sea el administrar justicia.

Lo anterior a diferencia de lo que ocurre con la Función Ejecutiva, por ejemplo, cuya actividad principal es el gobierno y la administración del Estado y su fin o razón de ser el desarrollar esta actividad, en el caso de la Función Judicial la administración de la misma y la disciplina de sus integrantes no es su actividad principal ni su fin el desarrollo de esas actividades; por lo tanto el "gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial" ha de entenderse en este contexto, siempre como una actividad auxiliar y complementaria, al servicio de la actividad principal de administrar justicia el cual es, en sí mismo, uno de los más altos fines del Estado; lo anterior nos lleva forzosamente a aceptar que el Consejo Nacional de la Judicatura, dado su carácter de órgano auxiliar y de apoyo, en su actuar está siempre supeditado y al servicio de los órganos judiciales que son los que con su accionar buscan la consecución del antes señalado alto fin de la Función Judicial.

- DIFERENCIA JERÁRQUICA

No debe perderse de vista, además, que la propia Constitución Política vigente ha establecido profundas diferencias entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Nacional de la Judicatura, que demuestran claramente la diferencia jerárquica entre una y otro. En efecto, el artículo 206 de la Constitución que se refiere al Consejo Nacional de la Judicatura, dice que es el organismo de gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial y que la ley determinará su integración, la forma de designación de sus miembros, su estructura y funciones; de lo anterior se ve que únicamente su creación es de índole constitucional, mientras que lo concerniente a la designación de sus miembros y a su funcionamiento deberá ser regulado por la ley.

Al contrario, es la propia Constitución la que, en sus líneas fundamentales, regula la organización de la Corte

Suprema. Esa diferencia denota el rango que tiene cada uno de tales organismos, pues, inclusive se prevé que el Presidente de la Corte Suprema informará anualmente por escrito al Congreso Nacional sobre sus labores y programas, a más de que el artículo 202 prevé que la propia Corte Suprema, en caso de vacante, designará a los Magistrados que la integran y dispone que sus integrantes no estarán sujetos a periodo fijo en relación con la duración de sus cargos; por su trascendencia y rango, en conformidad al artículo 144 numeral tercero, la Corte Suprema tiene iniciativa para presentar proyectos de ley: nótese que a diferencia de otros organismos, (artículo 145) como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Electoral —que tienen iniciativa para presentar proyectos de ley en las materias que les son atinentes—, la Corte Suprema goza de tal iniciativa en forma plena, es decir, sobre todo tipo de materias, en cuyo debate podrá participar (artículo 149); de acuerdo al artículo 281 de la Carta Política la Corte Suprema podrá presentar proyectos de reforma constitucional; al tenor del artículo 197, la Corte Suprema en Pleno, en caso de fallos contradictorios, dictará normas con valor general y obligatorio, mientras la ley no determine lo contrario: de este modo la Corte Suprema goza de una facultad cuasi legislativa.

El Consejo Nacional de la Judicatura no goza de iniciativa legislativa, salvo la que consta en la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta de la Constitución Política, por su propia índole, de carácter temporal, a fin de en aras de la unidad jurisdiccional, conseguir que los magistrados y jueces que dependen de la Función Ejecutiva, se integren a la Función Judicial. En nuestra patria el Consejo Nacional de la Judicatura no goza de autonomía constitucional, no tiene la facultad de designar ni menos disciplinar a la Corte Suprema; se encuentra sujeto a ella, sin perjuicio de lo cual ha de cumplir funciones trascendentes y de importancia que sirvan para la modernización, la actualización y la mejora del servicio público de administración de justicia, así como para velar por su transparencia e incorruptibilidad.

- UNIDAD Y DESCENTRALIZACIÓN

Siendo como es la Función Judicial una sola, se impone que exista un solo cuerpo normativo que contenga todas las disposiciones legales que regulan la organización y el funcionamiento de los diversos órganos que la componen, que entre ellos distribuya las atribuciones y las responsabilidades, en forma armónica, debidamente jerarquizada, organizándolos a fin de que sirvan adecuadamente a la alta finalidad perseguida, impidiendo que se produzca el absurdo de que los medios de apoyo y auxilio lleguen a constituirse en la razón de ser de la función misma.

Es un clamor nacional y un mandato constitucional insoslayable la desconcentración y la descentralización; también la Función Judicial está en el deber de hacerlo; respecto de la descentralización, a partir de la reforma constitucional de 1992, como se ha señalado en líneas anteriores, se inició un proceso de efectiva descentralización al darse a los Tribunales Distritales y a las Cortes Superiores el carácter de juzgadores de última instancia, salvo obviamente los casos de excepción en que se le encarga esta labor a la Corte Suprema de Justi-

cia la que, de acuerdo con el artículo 200, fundamentalmente actúa como corte de casación, a través de sus salas especializadas; respecto de la desconcentración, el párrafo final del artículo 206 manda que el manejo administrativo, económico y financiero de la Función Judicial se haga en forma desconcentrada.

No es admisible concebir un sistema en el cual las decisiones fundamentales se hallen concentradas en cuatro o siete personas, ya que ello conduciría al establecimiento de un sistema centralizado, oligopólico, en el que la voluntad de esas cuatro o siete personas decida la marcha del Estado y de sus funciones. Por ello, la ley debe cuidar que haya una adecuada distribución de atribuciones y responsabilidades entre los diversos órganos del poder público, con el equilibrio resultante de un armonioso juego de pesos y contrapesos que impida el despotismo. Uno de los elementos fundamentales para la buena marcha de la administración de justicia es el contar con el mejor elemento humano, que sea honesto, versado, animado de gran espíritu de trabajo y profundamente comprometido con la noble misión de impartir justicia, de allí que la Constitución Política ha puesto especial empeño en reconocer y garantizar la carrera judicial (artículo 204) y en disponer que, con excepción de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, todos los servidores judiciales sean nombrados previo concurso de merecimientos y oposición, según corresponda, de acuerdo con lo establecido en la Ley (ibídem).

El cumplimiento de estas disposiciones constitucionales imponen el que la ley establezca en debida forma los requisitos de ingresos, ascenso y separación de los servidores judiciales, sus diversas categorías, sus derechos, deberes y prohibiciones, y demás cuestiones atinentes. Uno de los resguardos que ha de tener la ley es el evitar que se concentre en pocas manos las atribuciones de organizar y llevar adelante los concursos de merecimientos y oposición, de nombrar, promover, sancionar y separar a los servidores judiciales, por lo tanto, es necesario que esta responsabilidad sea adecuadamente distribuida; así, la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura (integrada por 4 miembros) ha de organizar los concursos de merecimientos y oposiciones y ha de enviar los resultados de los mismos a la Corte Suprema de Justicia, a las Cortes Superiores o a los Tribunales Distritales, según corresponda, (integrados por muchos magistrados, con distribución provincial entre los veinte distritos en que se halla dividido el país) para que realicen el nombramiento, previa revisión de la legalidad del concurso de merecimientos y oposiciones y de sus resultados.

-NO HAY TAL GOBIERNO

Es un error pensar que en nuestra patria, el nombramiento de magistrados, vocales de tribunales penales, jueces, secretarios y demás funcionarios y empleados judiciales sea un acto de gobierno. En efecto, carece de todo fundamento jurídico sostener que, habiéndole asignado la Constitución Política al Consejo Nacional de la Judicatura, "el gobierno" de la Función Judicial, éste debe hacer los nombramientos de todos los servidores de esta función. En efecto: siendo el "gobierno" la "acción u efecto de gobernar", o el "orden, régimen o sistema pa-

ra regir la nación o alguna de sus provincias", es evidente que éste se concreta en actos a los cuales la ciencia política ha denominado "actos políticos" o "actos de gobierno". Los actos de gobierno, conforme lo define la ley española, son las "cuestiones que se suscitan en relación con los actos políticos de gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, seguridad superior del Estado y mando y organización militar". Universalmente se acepta que los actos de gobierno se caracterizan por no estar sujetos al control jurisdiccional, debido a no estar limitados por norma positiva alguna, sino tan solo por el objetivo del bien común del Estado.

Modernamente se considera como tales en estricto sentido solamente aquellos que se refieran a las relaciones internacionales y a las relaciones entre las funciones del Estado; sin embargo históricamente, en sentido amplio, se ha considerado actos de gobierno a todos aquellos efectuados por los órganos supremos del Estado que no se hallan limitados por norma positiva alguna, rebasando inclusive todo límite de discrecionalidad; por ello se ha tenido como actos de gobierno la designación de los titulares de funciones de libre nombramiento y remoción, siendo los más notables el nombramiento de los ministros de gabinete.

Ahora bien, de acuerdo con la legislación vigente, ninguno de los cargos de la Función Judicial es de libre nombramiento y remoción. En efecto: la Ley Orgánica de la Función Judicial señala las condiciones que deben reunir sus titulares para ser designados, y establece quienes no pueden ser nombrados; la Constitución Política del Estado determina la forma de designación de los Magistrados de la Corte Suprema, y consagra de manera imperativa, que excepto éstos, todos los integrantes de la

Función Judicial deben ser designados por concurso de merecimientos y oposición; y, finalmente, la propia Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, señala el trámite y competencia de los concursos, cuya convocatoria y administración encarga al Consejo, en cuanto que la designación atribuye a la Corte Suprema, a los tribunales distritales y a las cortes superiores. En consecuencia, ninguno de los nombramientos de los integrantes de la Función Judicial es de libre nombramiento y remoción, siendo de estricto carácter reglado. Por consiguiente, los actos de nombramiento no son actos de gobierno sino actos estrictamente reglados, y en consecuencia, carece de todo fundamento el señalar que como consecuencia de haber atribuido la Constitución al Consejo Nacional de la Judicatura el "gobierno administrativo y disciplinario" de la Función Judicial, le corresponde a éste el realizar los nombramientos de los integrantes de la Función Judicial.

Cada uno de los órganos de la Función Judicial está llamado a cumplir con el rol que les ha asignado la Constitución Política del Estado: a la Corte Suprema, el control de la legalidad en las resoluciones judiciales; a los Tribunales Distritales, Cortes Superiores y tribunales y juzgados de primer nivel, sustanciar y resolver las causas "diciendo el derecho"; a todos ellos, realizar el control "difuso" de la constitucionalidad (artículo 274); y al Consejo Nacional de la Judicatura auxiliar a los órganos judiciales encargándose de la administración de los recursos materiales y de la disciplina del recurso humano.

Entendido a cabalidad el rol de cada uno de los órganos, la administración de justicia marchará en mejor forma y contribuirá efectivamente a que el Ecuador sea un Estado más justo, en que se respete el derecho de cada uno de sus habitantes.

La unidad jurisdiccional

Jorge Zavala Egas

El principio de unidad jurisdiccional requiere que cualesquiera que sean las personas y el Derecho material aplicable, sean los Juzgados y Tribunales integrados en el Poder Judicial y provistos, por ende, de un mismo status quienes ejerzan la potestad jurisdiccional.

I.- LA POTESTAD JURISDICCIONAL EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

I.1.- La división de poderes del Estado no tiene una normativa expresa en la Constitución Política y la única norma a la que ellos se refiere lo hace en forma equívoca o imprecisa. En efecto, el Art.118 expresa que *son instituciones del Estado los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.*

I.2.- Hemos expuesto nuestra opinión en contrario, y la hemos fundamentado antes al expresar que la persona jurídica Estado requiere de la existencia de órganos como sujetos que ejercen la potestad pública y que la institución es algo distinta de la persona jurídica llamada Estado y también de los órganos como sujetos de la potestad. (1)

I.3.- En nuestra Constitución son los órganos los que han recibido de la normativa jurídica la potestad de ejercer el *imperium* (poder público) y, por ello, afirmamos que, desde un punto de vista subjetivo, poder público es toda organización que tiene potestad para ejercerlo y entre estos órganos se encuentran los que conforman el Poder Judicial, vale decir, jueces y tribunales.

I.4.- Hemos dicho que la potestad es una atribución que nace directamente del ordenamiento jurídico y, por ello, debe existir una normativa previa que la haga surgir y la atribuya a determinado órgano que, así, pasa a ser sujeto de la potestad. Siendo ésta la simple sujeción o sometimiento de otros sujetos al ejercicio de dicha potestad, sin que le corresponda a la misma ningún deber correlativo, pues consiste en la simple facultad de crear unilateralmente efectos jurídicos al órgano, sujeto de la potestad, al que llamamos por ello poder público.

I.5.- Por lo expresado, nuestra conclusión es que, desde un punto de vista subjetivo, es poder público todo órgano o sujeto que ejerce la potestad, otorgada por el ordenamiento jurídico, de crear e imponer situaciones jurídicas a un sujeto o a un círculo de sujetos que quedan obligados, sin requerir de su consentimiento.

I.6.- Nuestra Constitución expresa que *el ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial* (Art.191), sin embargo más adelante expresa que los *magistrados y jueces ejercen potestad jurisdiccional* (Art.199), lo cual nos hace concluir que el

constituyente manifiesta una sola potestad, la de ejercer la jurisdicción o, si se prefiere, la de imponer el poder judicial o el poder público de los jueces y tribunales.

I.7.- Por ello, lo que nuestra Constitución configura es un real *Poder Judicial* que tiene como antecedente, como concepto previo el de la *potestad jurisdiccional* que es inherente al Estado-persona jurídica y que nuestro ordenamiento jurídico atribuye su ejercicio al conjunto de órganos –jueces y tribunales– que conforman el citado Poder Judicial.

I.8.- Lo expresado nos conduce a pensar, en consecuencia, que la potestad jurisdiccional no es lo que el Poder Judicial hace, sino que los órganos judiciales lo son por ejercerla. Es decir, como lo expresa el profesor I. DE OTTO Y PARDO *el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales*, por lo que es *claro que aquélla no puede ser definida como lo que éstos hacen, sino viceversa.* (2)

I.9.- Obligados a sustentar nuestra postura que la delimitación de la potestad jurisdiccional es un concepto previo al de Poder Judicial debemos compararla con la potestad administrativa y descubriremos que, en esencia, ambas tienen la misma función: determinar el Derecho en casos concretos (*ius dicere*), *pues no puede negarse que la actividad administrativa, en la medida que define unilateral e imperativamente situaciones jurídicas subjetivas de terceros, también determina el Derecho o contribuye a su realización en el caso concreto.* (3)

I.10.- De esta forma encontraríamos la diferencia entre ambas potestades y funciones de las mismas en que la jurisdicción es una determinación del Derecho en caso concreto, pero en forma *irrevocable* o lo que se conoce como fuerza de cosa juzgada; pero existen los actos administrativos firmes o las resoluciones ejecutoriadas que son irrecorribles (cosa juzgada formal) así como la imposibilidad que la propia Administración revoque un acto administrativo para decidir sobre el mismo asunto (cosa juzgada material), pues en nuestro ordenamiento jurídico no está incluida, como parte de la potestad, el de la revocación de los actos administrativos por motivos de oportunidad.

I.11.- El argumento en contrario se sostendría en el Art.196 de la Constitución que prescribe la falta de inmutabilidad de los actos administrativos al respectivo control judicial, pues dice la norma que los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras

funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial en la forma que determine la ley. En efecto, pero ello no elimina que si el acto administrativo no es impugnado en tiempo y forma, no devenga tan irrevocable como el acto jurisdiccional. (4)

Un ejemplo de lo expresado lo encontramos en la sentencia del Tribunal Constitucional español No.80/83 que al determinar la irrecurribilidad de una resolución administrativa expresó:

"...que las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia...no han colocado al recurrente en situación de indefensión ni puede afirmarse que le hayan impedido el acceso a los Tribunales de justicia, vulnerando con ello su derecho a la tutela judicial...Es el propio recurrente quien no ha ejercitado su derecho, al no actuar con la debida diligencia formulando el recurso... fuerza del plazo y al no intentar la vía contenciosa-administrativa para hacer valer sus pretensiones....." (5)

I.12.- Esta igualdad esencial entre la potestad jurisdiccional y administrativa como determinadoras del derecho en forma irrevocable nos obliga a desechar una búsqueda del concepto de potestad jurisdiccional, en la Teoría General del Derecho, como concepto absoluto; sino, por el contrario, debemos encontrarlo en la normativa misma de la Constitución.

I.13.- Comencemos por consignar que nuestra Constitución garantiza el derecho de toda persona a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses...El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley (Art.24, No.17) de lo que se concluye, sin dificultad alguna, que a los órganos judiciales les compete el juicio de los derechos e intereses de las personas y les compete hacer ejecutar lo juzgado, pues no de otra forma la norma constitucional prevé la sanción para los que incumplan las resoluciones judiciales; pero esa garantía sólo puede hacerse efectiva a través del sistema procesal o lacónicamente por medio del proceso que es el instrumento para la realización de la justicia (Art.192).

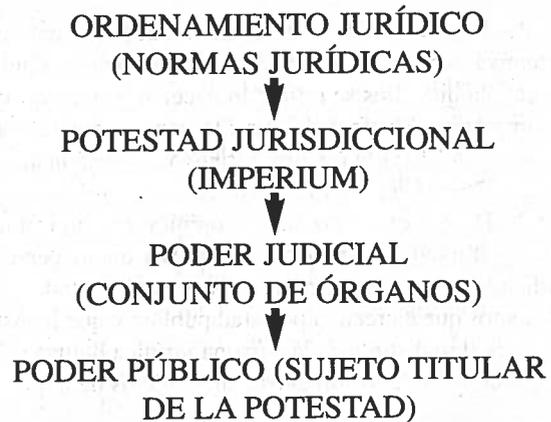
I.14.- Lo desarrollado antes nos explica que debe haber un proceso, según el mandato constitucional, para que se pueda resolver un conflicto inter partes y así ejercer la potestad jurisdiccional a través del órgano judicial, un tercero que determina el derecho para las partes. Lo que no dice más allá de cómo ha de ser ejercida la potestad jurisdiccional, esto es, que debe serlo a través del proceso.

I.15.- Ahora bien, cuestión diferente es el ámbito que abarca la potestad jurisdiccional el que se encuentra previsto en nuestra Constitución en forma expresa: a) los derechos y garantías determinados en ésta y en los instrumentos internacionales vigentes (Art.18); b) las sanciones privativas de la libertad (No.6 del Art.23); c) las actuaciones administrativas, incluyendo el ejercicio de la potestad reglamentaria (Art. 196); d) todo conflicto entre derechos e intereses entre particulares (No.17, Art.24); y, e) la cuestión de inaplicabilidad de normas contrarias a la Constitución (Art.274). En definitiva, compete a la potestad jurisdiccional la resolución de cualquier conflicto o controversia entre los ciudadanos o entre éstos y los órganos del poder público y, además,

posee el monopolio de la privación de la libertad de los particulares. La excepción sólo se encuentra en las atribuciones que le han sido conferidas al Tribunal Constitucional como órgano, independiente del Poder Judicial, en el Art. 276 de la misma Constitución.

I.16.- Dice DIEZ-PICAZO, L.M. que son tres los rasgos adicionales que caracterizan a la potestad jurisdiccional: 1) debe resolver los litigios con sujeción a las normas jurídicas, de tal forma que se trata de una actividad eminentemente aplicativa del Derecho; 2) debe abarcar no solo el juzgamiento, sino la ejecución de lo juzgado, no en cuanto a su directa intervención en ello, sino en su competencia para retener el control último de la ejecución de sus resoluciones; y, 3) se trata del ejercicio de imperium que conlleva una situación de supremacía sobre todos aquéllos —particulares y autoridades— cuyas situaciones subjetivas son objeto de juicio, los cuales quedan jurídicamente sometidos a lo que unilateral e imperativamente resuelva el órgano judicial.

I.17.- De lo antes afirmado se desprende lo siguiente:



II.- EL PODER JUDICIAL Y LA UNIDAD JURISDICCIONAL.

II.1.- El Poder Judicial, en consecuencia, es el que ejerce la potestad jurisdiccional que le es atribuida por la Constitución de la República y más normas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y cuyo medio de actuación es el proceso, dentro de los límites del ámbito que le precisa la propia Carta Política y con las excepciones que la potestad del control de la constitucionalidad atribuye al Tribunal Constitucional.

II.2.- Una de las peculiaridades del Poder Judicial es que está constituido por una pluralidad de órganos —jueces y tribunales— que deben encontrar su unidad, pues a diferencia de los órganos administrativos que se unifican en acatamiento al principio de jerarquía, los del Poder Judicial son extraños al mismo. Siguiendo al mismo autor en cita, podemos afirmar que los jueces son órganos judiciales monocráticos y los tribunales lo son colegiados, pero independientes entre sí.

II.3.- Esto nos conduce a precisar que la potestad jurisdiccional le es atribuida a cada uno de estos órganos monocráticos y colegiados, independientes entre sí, cada uno, formando el centro de tal potestad (policéntrico), sin pertenecer a ningún otro centro de poder (descentralizado) El Poder Judicial, en otras palabras, reside en todos y cada uno de los Juzgados y Tribunales en cuanto ejercen por sí solos la potestad jurisdiccional.

II.4.- Esa realidad orgánica, sin embargo se encuentra aparentemente rebatida por la propia Constitución, pues ésta en su Art. 191 prescribe que se establecerá la unidad jurisdiccional, esto es, que su principio de organización es la unidad. Se hace preciso, pues hallarlo para entender su naturaleza.

II.5.- El primer dato que encontramos es su antítesis con el concepto de jurisdicciones especiales, vale decir, aquellas en que se juzgaban a personas de rango privilegiado en función económica o de sangre. Experiencia que acompaña a la ruptura del principio de igualdad, sin que, por el contrario, la especialización, en razón de la materia (civil, mercantil, penal, laboral, fiscal, administrativo, etc.), de los juzgados y tribunales tenga ese efecto, pues, en este caso, se cumple a cabalidad el principio de igualdad ya que todas las controversias son juzgadas por los mismos órganos judiciales con independencia de las condiciones particulares de las partes procesales y, lo que es más trascendente, con iguales garantías para la consecución de un debido proceso. Tampoco los fueros de altos funcionarios del Estado o representantes populares constituyen violación del principio de igualdad ya que no pasan de ser una institución que simplemente altera la competencia de los mismos órganos judiciales.

II.6.- Dice DIEZ-PICAZO que como prohibición de la existencia de jurisdicciones especiales, por tanto, el principio de unidad requiere que cualesquiera que sean las personas y el Derecho material aplicable, sean Juzgados y Tribunales integrados en el Poder Judicial y provistos, por ende, de un mismo status quienes ejerzan la potestad jurisdiccional...El principio de unidad jurisdiccional exige que haya un solo Poder Judicial, el cual como no puede ser menos, corresponde al Estado. (6)

II.7.- El principio de unidad jurisdiccional contiene el subprincipio de exclusividad, dado que implica que no pueda atribuirse la potestad jurisdiccional a ningún órgano que no integre el Poder Judicial, lo cual deriva de lo prescrito en el No.17 del Art.24 de la Constitución, ya que si se admite que algún conflicto derivado de derechos e intereses de particulares pueda ser resuelto por órgano no judicial se estaría violando la garantía constitucional del debido proceso.

II.8.- Ello no significa que la Administración Pública no pueda aplicar el derecho para casos que ase afecten derechos subjetivos concretos, pero siempre que sus resoluciones puedan ser recurridas posteriormente ante los órganos del Poder Judicial competentes para su conocimiento, tal como lo prescribe el Art. 196 de la Constitución, ni tampoco puede ser inconstitucional el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida al Tribunal Constitucional por la misma Carta Política.

II.9.- Por otra parte, existe la otra cara del subprincipio de exclusividad y es la de que los jueces y tribunales no pueden ejercer otra potestad que la jurisdiccional y, por esa razón, les está prohibido juzgar actos que no sean propios de la jurisdicción. Un ejemplo de lo expresado es la sentencia 43/88 del Tribunal Constitucional español, en el caso de un laudo, dictado en proceso de arbitraje en equidad, del cual se interpuso recurso de nulidad ante el órgano judicial:

"Pero la posibilidad del recurso no transfiere al Tribunal revisor, ni le atribuye, la jurisdicción de equidad, no sólo la originaria, exclusiva de los árbitros, ni siquie-

ra la revisora del juicio de equidad en sí mismo. No es juez del juicio de equidad, porque iría contra la misma esencia de ese juicio: personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamentos que el leal 'saber y entender' del árbitro. La revisión que opera el recurso de nulidad es...un juicio externo. El Tribunal es sólo juez del juicio o de sus mínimas garantías formales, no se pronuncia sobre el fondo...(no es admisible que se conozca) el fondo del laudo, porque ello supondría transferir a Jueces de Derecho facultades no atribuidas ni por la Ley ni por los contratantes que designaron a los árbitros, dirigidas a la solución del conflicto por vía de equidad y no por los postulados estrictos del Derecho...." (7)

II.10.- Es lo que se llama el subprincipio de exclusividad en sentido negativo, esto es, la imposibilidad de los órganos judiciales de ejercer otra potestad que no sea la jurisdiccional, tal como, por ejemplo, vimos en la sentencia transcrita antes y de esta misma cuestión nace el problema de la llamada jurisdicción voluntaria.

II.11.- Es nuestro criterio que la Constitución en ninguna parte acoge un concepto contencioso para la jurisdicción o para delinear la potestad jurisdiccional y, más bien en el No.17 del Art.24, se pronuncia por una concepción de tutela a derechos e intereses de los ciudadanos, donde encaja a la perfección la jurisdicción voluntaria que, para nosotros, no es otra cosa que una forma de darle certeza a determinados actos o negocios jurídicos o, bien, garantizar determinados derechos subjetivos, lo cual no enajena el concepto de jurisdicción, sin discutir, por su obviedad, que no hay diferencia esencial alguna con la actividad administrativa en este caso.

II.12.- Siguiendo al profesor italiano F.U. DI BLASI se concluye que desde un punto de vista histórico, no suscita grandes dudas que la jurisdicción voluntaria nació como la ficción de un proceso contencioso a fin de dotar de certeza a determinados actos y negocios; y, en la medida en que esta ficción se ha consolidado a lo largo de los siglos como uno de los cometidos de la Administración de Justicia, cabe decir que entra dentro del concepto de jurisdicción, por más que estructuralmente la jurisdicción voluntaria no pueda diferenciarse de la normal actividad administrativa. Es por esto que resulta sumamente relevante que la ratio histórica de la intervención judicial en este tipo de supuestos haya sido -y siga siendo- garantizar derechos y situaciones jurídicas subjetivas. (8)

II.13.- La unidad jurisdiccional es el principio aplicable al ejercicio de la potestad jurisdiccional por el cual le compete sólo a los órganos -jueces y tribunales- judiciales, en su función aplicativa, determinar lo que es Derecho en caso concreto y en forma irrevocable, esto es, con fuerza de cosa juzgada, a través del proceso y dentro del ámbito constitucionalmente demarcado.

II.14.- Es, además, un principio de máximo grado, pues se encuentra como una prescripción constitucional, lo cual implica dos extremos: es tan inconstitucional que órganos no judiciales pretendan ejercer la potestad jurisdiccional, aun en forma concurrente, como que los órganos judiciales actúen fuera del ejercicio de la potestad jurisdiccional que les ha sido atribuida. El primer extremo conocido como de exclusividad positiva, el segundo como exclusividad negativa.

III.- LA UNIDAD JURISDICCIONAL, LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL

III.1. Son derechos fundamentales el del debido proceso (No.27, Art.23), comprendida la tutela judicial efectiva (No.17, Art.24) y, por tanto, son de aplicación directa e inmediata, al tenor de lo prescrito en el Art.18, pero como estos derechos, por lo general, son negados, desconocidos o desnaturalizados por los órganos judiciales, esto es, por jueces o tribunales, efecto del principio de unidad jurisdiccional, es exigencia constitucional el amparo contra procesos que desconozcan estos derechos.

III.2.- No está en discusión que el Art.95, inciso segundo de la Constitución prescribe que no serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso, así como la norma que consta en el inciso final del Art.276: las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional; pero la correcta interpretación de estas normas sólo se encuentra en un sentido: no es susceptible de acción de amparo el fondo de Derecho resuelto por una decisión judicial, esto es, la materia litigiosa decidida en una providencia no puede ser objeto de amparo, sin embargo sí lo es la violación de la garantía al derecho fundamental del debido proceso (No.27, Art.23 y Art.24), incluida la tutela judicial efectiva (No.17, Art.24).

III.3.- Es de toda evidencia que teniendo plena vigencia el principio de la unidad jurisdiccional, el poder público que está en capacidad, por lo general, de violar los derechos fundamentales enunciados es el Poder Judicial y no existe justificativo alguno para que tal ataque a derechos fundamentales, esté exento de protección de la garantía constitucional del amparo, la normativa constitucional dice todo lo contrario. Lo que sucede es que, sin razón alguna, las normas que prohíben el amparo contra decisiones judiciales han llevado al equívoco de pensar que el derecho fundamental al debido proceso, en la que se ha incluido el derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentra desprotegida de la garantía institucional del amparo.

III.4.- La errada idea confirma su equívoco al aprehender la norma que contiene el Art.18 de la Constitución cuando expresa que los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad para, más adelante, expresar en forma contundente que no podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos y, en el caso que existan leyes, ésta no podrán restringir el ejercicio de tales derechos y garantías constitucionales.

III.5.- Nuestra interpretación del inciso segundo del Art.95 y del inciso final del Art.276 de la Constitución, permite la intangibilidad del derecho al debido proceso y es acorde con el mandato constitucional previsto en el inciso segundo del ya citado Art.18 cuando prescribe que en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.

III.6.- En consecuencia, no existe otra forma de interpretar la prohibición de amparo contra las decisiones judiciales adoptadas en proceso (Arts.95 y 276) que circunscribirla, acantonarla, limitarla a la valoración jurídica del acervo probatorio de los hechos acogida por los jueces y tribunales, sobre lo cual ningún órgano judicial o extrajudicial puede volver a pronunciarse; pero no cuando se trata de proteger el derecho al debido proceso, incluida la tutela judicial efectiva, pues es obvio que no se está demandando amparo contra una decisión judicial, sino contra la violación del derecho al debido proceso, por lo que tal amparo no se encuentra comprendido en la prohibición constitucional.

III.7.- Se puede esgrimir como argumento contrario que la violación al derecho fundamental del debido proceso siempre se concreta en una providencia judicial y, en consecuencia, que para amparar tal derecho público subjetivo se debe realizar un juicio de constitucionalidad de tal providencia; pero tal razonamiento no es adecuado a la realidad jurídica, ya que el amparo como institución protectora, lo es del derecho lesionado y no pretende particular o directamente la revisión de una o más providencias judiciales o su revocación, se trata de la pretensión de restaurar el derecho a obtener un debido proceso que en su inicio, en su tramitación o en su resolución ha sido lesionado. Por ejemplo, si un tribunal judicial niega la admisión de una demanda contra un acto o hecho de la Administración, oportunamente interpuesta, por considerar a ese acto inmune a la tutela judicial. Existe, en este caso, una clara violación al derecho a una tutela judicial efectiva y, por consecuencia, a un debido proceso (Art.24, No.17 y Art.23, No.27 C.Pol.) en clara violación del mandato constitucional prescrito en el Art.196 ídem. En este caso, el amparo tiene como pretensión restaurar o restablecer el derecho violado y así poder acceder al proceso, medio de concretar la tutela judicial. La providencia de inadmisión y sus fundamentos en Derecho no es la materia del proceso constitucional, lo es la actuación del órgano del poder público llamado Poder Judicial, con total independencia del contenido de la providencia de inadmisión y ésta a lo sumo constituye medio probatorio de la lesión constitucional. Mas, no es contra la providencia judicial la acción de amparo, sino contra la postura del órgano judicial renuente a brindar la tutela judicial constitucionalmente requerida.

III.8.- Afirmamos, en consecuencia, que existe la garantía del amparo constitucional cuando el Poder Judicial, una vez agotadas todas las instancias, ha dejado subsistentes violaciones al derecho fundamental del debido proceso, pues el citado poder público se encuentra sometido a los derechos fundamentales en igual forma que los otros poderes. Es una manifiesta interpretación contraria a la Constitución afirmar que sólo están obligados a respetar los derechos constitucionalmente garantizados los órganos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, mas no así el Judicial, cuando la misma Constitución prescribe que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución, sin excepción alguna y, con mayor significación, comprendiendo que el Poder Judicial es un conjunto orgánico integrante del Estado (Art.118, No.1).

III.9.- Por ahora no existe ley que regule el proceso de amparo para garantizar el derecho fundamental al de-

bido proceso y a la tutela judicial efectiva, cuando es lesionado por órgano judicial. Empero ello no es obstáculo alguno para que el Tribunal Constitucional asuma la competencia directa para conocer las acciones de amparo que propongan los ciudadanos que estimen afectado su derecho al debido proceso, comprendida la tutela judicial efectiva, pues tomando en consideración las normas que contienen los Arts.16 y 18 incisos primero y tercero de la Constitución, tiene plena competencia para así hacerlo de acuerdo a lo prescrito en el No. 7 del Art.276, ídem y el número 7 del Art.12 de la Ley del Control Constitucional.

III.10.- No hay que olvidar que se encuentra en plena vigencia la denominada por M. CAPPELLETTI jurisdicción constitucional de la libertad, puesto que la Constitución contiene una normativa extensa que es de libertad y que ella es materia propia del Tribunal Constitucional, por lo que abrir éste a pretensiones individuales no es más que un ejercicio de coherencia. Por otro lado, si se quiere evitar toda esfera exenta al imperio de los derechos y, en consecuencia, lograr su protección incluso frente a posibles violaciones del...Poder Judicial, el único órgano idóneo para ejercer esa fiscalización es precisamente el Tribunal Constitucional. (9)

III.11.- Lo expresado nos hace concluir que contra las violaciones al derecho del debido proceso se abre un nuevo y distinto proceso, de única instancia, ante el Tribunal Constitucional, de naturaleza constitucional, en razón de la materia, que no consiste, repetimos, en revisar el Derecho aplicado por los jueces y que no tiene ninguna de las características de la casación, pues se trata de enjuiciar tan solo la inaplicación de las normas que regulan el debido proceso; normas que, por otra parte, se encuentran en la propia Constitución.

III.12.- Para la interposición de la acción de amparo, directa ante el Tribunal Constitucional, sólo está legitimada la parte que se estima agraviada en su derecho en el proceso anterior, que pasa a ser la actora y, hay que ser radicales en una limitante en este nuevo proceso constitucional: es de carácter residual o subsidiario, sólo tiene oportunidad cuando se han agotado los recursos procesales en la vía ordinaria. Con otras palabras, se hace necesario agotar la vía judicial ordinaria como presupuesto para acceder con la demanda ante el Tribunal Constitucional. De no existir tal agotamiento se produce la inadmisión de la demanda mediante auto o bien en resolución final. Ello obedece a que, precisamente, los recursos ordinarios tienen como objetivo corregir las desviaciones jurídicas en que han incurrido los jueces y tribunales que antecedieron en el conocimiento de la causa y entre ellas se encuentra, en primer lugar, la constatación que se hayan acatado las normas y principios del debido proceso.

III.13.- Por otra parte, se hace preciso determinar si es obligación que durante el proceso previo, ante los jueces y tribunales, se haya alegado la inobservancia de las reglas del debido proceso y se haya invocado en forma expresa, en el proceso, el derecho constitucional vulnerado tan pronto, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello. Este requisito deberá ser confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero para nosotros no es de tanta claridad esa exigencia, no obstante reconocer que facilita el conocimiento, por parte del

juez o tribunal, de la violación para que pueda ser corregida por el propio órgano judicial o por el que conozca del recurso de apelación o nulidad y si es del caso por el de casación; pero no hay que olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico rige, con jerarquía constitucional, el principio por el que las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente (Art.273).

III.14.- Ahora bien, surge la interrogante: ¿por qué el órgano competente, para esta acción de amparo, es el Tribunal Constitucional y no un órgano de la Función Judicial al que hace referencia el Art.95 de la Constitución y el Art.47 de la Ley del Control Constitucional? Nuestra respuesta se fundamenta en la siguiente realidad legal: la Ley del Control Constitucional, que fue expedida antes de la vigencia de la Constitución vigente, sólo tiene previsto el amparo para acto ilegítimo de autoridad de la administración pública (Art.46 LCC), pues así lo preveía el Art.31 de la Constitución vigente cuando se la expidió y, en consecuencia, la competencia atribuida a los jueces de lo civil o los tribunales de instancia(Art.47 LCC) es para conocer y resolver las acciones de amparo contra esos actos en particular; sin embargo, el Art.95 de la Constitución actualmente en vigor, impone la acción de amparo contra acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente. Es decir, un concepto más amplio que el previsto en la Ley, pues acto de autoridad pública no sólo es el originario en autoridad de la administración pública, sino también el nacido de autoridad legislativa o judicial. Por ello, afirmamos que la competencia del Tribunal Constitucional para conocer y resolver de las pretensiones particulares, en este caso, se encuentra asegurada sobre la base de las normas que prescriben los numerales 7 de los Arts.276 de la Constitución y del Art.12 de la LCC.

III.15.- En conclusión, ningún órgano que ejerza poder público, esto es, que tenga atribuida la potestad de imperium, por el Ordenamiento Jurídico y que en su ejercicio concreto lesione un derecho constitucional, está exento de su sometimiento a la jurisdicción constitucional y al proceso de amparo, de acuerdo a las reglas de competencia señaladas en la Constitución y en la Ley del Control Constitucional.

III.16.- Cuando se trate de violaciones al derecho del debido proceso, incluida la tutela judicial efectiva, atribuida a un órgano del Poder Judicial se ejerce la acción directa de amparo constitucional ante el pleno del Tribunal Constitucional, de acuerdo a la competencia que a ese órgano jurisdiccional, en materia constitucional, le atribuye el Art.276, No.7 de la Constitución y el Art.12, No.7 de la Ley del Control Constitucional, en relación con los Arts.16 y 18 de la Constitución.

IV. CONCLUSIONES:

A) Sobre la potestad jurisdiccional:

1. El Estado es una persona jurídica que requiere de órganos para manifestar su voluntad.
2. Los órganos son los que están investidos de potes-

tad de imperio, tornándose así en sujetos de poder público.

3. La potestad nace del ordenamiento jurídico y consiste en la simple sujeción o sometimiento de otros sujetos que no tienen ningún deber correlativo.

4. Así, poder público es todo órgano que ejerce la potestad de crear e imponer situaciones jurídicas a un sujeto o círculo de sujetos que quedan obligados, sin su consentimiento.

5. La Constitución Política prevé la potestad jurisdiccional, esto es, la de ejercer la jurisdicción y se la atribuye a los jueces y magistrados;

6. Por ello, afirmamos la existencia de un Poder Judicial que tiene como concepto previo el de la potestad jurisdiccional, la que es atribuida a los jueces, simples órganos del Estado.

7. La equivalencia de las potestades jurisdiccional y administrativa nos obligan a buscar la especificidad de la primera en nuestro Derecho Positivo, esto es, en el texto de la Constitución y desechar un concepto a priori de jurisdicción.

8. Comienza, nuestra Constitución, por obligar a que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, esto es la aplicación del Derecho, en caso concreto y con efectos irrevocables, se la realice bajo la premisa de la existencia de un proceso.

9. El ámbito de esa potestad jurisdiccional lo marca la Constitución en: la tutela de los derechos y garantías reconocidos en ésta y en los convenios internacionales; las sanciones privativas de la libertad; las actuaciones administrativas; los conflictos derechos e intereses entre particulares y la cuestión de inaplicabilidad de normas jurídicas contrarias a la Constitución.

B) Sobre el poder judicial y la unidad jurisdiccional:

1. El Poder Judicial es el órgano que ejerce la potestad jurisdiccional y cuyo medio de actuación es el proceso, dentro de los límites que impone la propia Constitución Política.

2. El Poder Judicial está constituido por una pluralidad de órganos cuya unidad no se cimenta en el principio de jerarquía, pues cada uno es independiente y no se pertenecen a ningún centro de poder.

3. La unidad jurisdiccional es la antítesis y la reacción contra las denominadas jurisdicciones especiales, conceptuadas como aquellas en que se juzgaban, en el antiguo régimen, a la aristocracia y nobleza, o lo que es lo mismo, jurisdicciones que consagraban la no vigencia del principio de igualdad.

4. El principio de unidad requiere que cualesquiera que sean las personas y el Derecho material aplicable, sean los Juzgados y Tribunales integrados en el Poder Judicial y provistos, por ende, de un mismo status quienes ejerzan la potestad jurisdiccional...El principio de unidad jurisdiccional exige que haya un solo Poder Judicial, el cual como no puede ser menos, corresponde al Estado.

5. De la unidad jurisdiccional deriva el subprincipio de exclusividad que, en sentido positivo, significa que no puede atribuirse potestad jurisdiccional ningún órgano que no esté integrado al Poder Judicial y, en su faceta negativa, tal exclusividad implica que los jueces no pueden ejercer otra potestad que no sea la jurisdiccional.

6. Se concluye, en consecuencia, que la unidad jurisdiccional es el principio aplicable al ejercicio de la potestad jurisdiccional, por el cual le compete sólo a los órganos judiciales (jueces y tribunales), en su función aplicativa, determinar lo que es Derecho, en caso concreto y en forma irrevocable, esto es, con fuerza de cosa juzgada, a través del proceso y dentro del ámbito constitucionalmente demarcado.

C) La unidad jurisdiccional, la garantía del debido proceso y la acción de amparo constitucional.

1. El derecho al debido proceso, comprendido el de la tutela judicial efectiva, por lo general, sólo puede ser negado, desconocido o desnaturalizado por los órganos judiciales, como efecto del principio de la unidad jurisdiccional y, por consecuencia, se hace imperioso el amparo contra procesos judiciales que desconozcan el derecho al debido proceso.

2. La prohibición constitucional (Arts.95, inciso segundo e inciso final del Art.276) de poder ejercer la acción de amparo contra providencias judiciales sólo pueden ser interpretadas en el sentido que no es admisible la acción de amparo contra el Derecho contenido en la providencia judicial, lo cual no se hace extensivo al amparo por violación al derecho del debido proceso.

3. Afirmamos la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de las acciones directas de los titulares del derecho al debido proceso violentado por órgano judicial, pues así deviene de una atenta lectura de los Arts.16, 18 y 276, No.7 de la Constitución y No.7 del Art. 12 de la Ley del Control Constitucional.

4. No creemos que la competencia judicial que confiere el Art.46 de la LCC abarque las acciones contra lesión constitucional de un órgano judicial, pues el amparo legislado es sólo contra actos de la administración pública (Art.46 LCC), tal como lo concebía la anterior Constitución en su Art.31; mientras que la Constitución en vigencia lo admite para cualquier acto de autoridad pública, concepto mucho más amplio que el adoptado por el legislador y comprensivo, a su vez, de los actos del poder judicial y del poder legislativo, además del nacido de la Administración Pública.

5. Nos pronunciamos, en consecuencia, que por derivación del principio de unidad jurisdiccional, la lesión al derecho del debido proceso, comprendida la tutela judicial efectiva, se produce, generalmente, por los órganos judiciales y que la citada lesión puede ser restaurada, en forma residual, por el Tribunal Constitucional, mediante la acción de amparo constitucional directa.

No podemos ignorar la trascendencia de la vigencia de los derechos humanos para la vigencia del Estado de Derecho, pues éstos "encarnan los principios inspiradores de toda política estatal. Por lo que cumplen una misión de fundamento y límite de todas las normas que organizan el funcionamiento de los poderes públicos y, en suma, de todas las experiencias concretas de juridicidad surgidas en el seno del ordenamiento en que se formulan..." (11)

Es hora que los operadores jurídicos —abogados, jueces, tribunales, fiscales, autoridades administrativas, legisladores y otros— iniciemos una activa interpretación de la Constitución Política, como norma jurídica de prioritaria y obligatoria aplicación, fundamentalmente, los preceptos que reconocen los derechos humanos, pues és-

tos se han convertido en la causa y el fin del Estado Social y Constitucional de Derecho al que aspiramos vivan las futuras generaciones; pero que nos toca a nosotros, hoy, construir y consolidar. Primero, batallando jurídicamente por la vigencia efectiva de esos derechos y, en forma concomitante, ir amurallando cada conquista obtenida, para evitar la más leve intromisión del Poder y, así al final, ver sólidamente erigido y debidamente protegido el espacio de la libertad, en el que la humanidad tiene derecho a vivir.

Así se viene luchando en países como Italia, Alemania, España y en Europa toda desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, con grandes conquistas y reiterados avances. No olvidemos que EE.UU. se desarrolló con clara convicción en los derechos humanos. Y si bien América Latina ha sido, hasta la década del 70, objeto de conquista por parte del poder autoritario, cuando no

francamente dictatorial, desde 1980 ha emprendido la misma lucha por la vigencia efectiva de los derechos humanos.

Ecuador tiene una Constitución que le permite consolidar una convicción muy fuerte sobre la necesidad de imponer concretas acciones para la vigencia efectiva de los derechos humanos, es la hora de asumir la responsabilidad que nos toca a los operadores jurídicos, vale decir, abogados, jueces, autoridades y al Tribunal Constitucional.

¿Estamos a la altura para el cumplimiento del deber? Nuestras acciones nos darán la respuesta que merezcamos y serán objeto del inexorable juicio de los que vienen generacionalmente desde atrás, con ansias de vivir en libertad, y que no son otros que nuestros hijos, alumnos y discípulos.

NOTAS

1 ZAVALA EGAS, Jorge. *El Estatuto del régimen administrativo de la Función Ejecutiva en el ordenamiento jurídico*. CLD, Quito, 1995, Pág.17 y en *Derecho Constitucional, Tomo I, Capítulo II*

2 *Estudios sobre el Poder judicial*, Madrid, 1989, Págs.17 y sgts.

3 DIEZ-PICAZO, L. M. *Régimen constitucional del Poder judicial*. Madrid, 1991, Pág.23

4 *ídem*, Pág.24

5 *Jurisprudencia Constitucional*. Boletín Oficial del Estado, Tomo Séptimo, Madrid, 1985, Pág.35

6 *Ob. Cit.* Págs.36 y 37

7 *Jurisprudencia Constitucional*. Boletín Oficial del Estado, Tomo Vigésimo, Págs. 467 y 468 Madrid, 1989

8 *En Novísimo digesto italiano*, Vol.VII, Turín 1975, Págs.1094 y sgts., cita de Diez-Picazo

9 PRIETO SANCHIS, LUIS *Estudios sobre derechos fundamentales*, Pág. 221, Madrid, 1994

10 GIMENO SENDRA, V. y GARBERI LLOBREGAT, J. *Los procesos de amparo*, Pág.34, Madrid, 1994.

11 PEREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado y Constitución*. Madrid, 1995

La garantía del amparo

Ricardo Noboa
Bejarano

La acción de amparo constitucional corre el riesgo de prostituirse si el Congreso Nacional, con la discusión de las reformas a la Ley de Control Constitucional, y la Función Judicial, no actúan con responsabilidad, probidad y reflexión científica.

ANTECEDENTES

En el artículo 16 de nuestra Constitución Política puede leerse que "el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos". Es la primera vez que una Constitución ecuatoriana, apartándose de los conceptos del constitucionalismo clásico, consagra el principio de que nada hay más importante que el respeto "a los derechos humanos". Esta declaración, sin la presencia de la acción de amparo, es mera formalidad. Es simplemente lirismo constitucional, como lo fueron las declaraciones de constituciones anteriores que proclamaban la garantía de los derechos fundamentales. Y efectivamente, en la práctica, el recurso más empleado para hacer efectiva la garantía constitucional de respeto a los derechos humanos es la "acción de amparo", incorporada desde la constitución precedente para salvaguardar estos bienes jurídicos fundamentales de las personas. Y es que las herramientas tradicionales de la Función Judicial se evidenciaron insuficientes para dar al ciudadano la rápida protección que la arbitrariedad exige. Si a ello se añade una Función Judicial lenta, anticuada, penetrada por la evidente influencia política de los partidos y proclive a la corrupción, el ciudadano común se encontraba realmente "desamparado" frente a los actos de los poderes públicos y en ocasiones de los particulares. La acción de amparo vino a suplir tal deficiencia y a hacer efectiva la proclama de protección y respeto a los derechos que destaca la Constitución. Sin embargo, hoy, a fines de 1.999 la acción de amparo tiene adversarios poderosos y muchos se quejan de su efectividad e incluso de su justificación. Su proliferación, su aplicación generalizada e indiscriminada, la utilización para evitar sanciones judiciales, la dudosa protección que los jueces en base a ella le dan a intereses netamente económicos, hacen que la acción de amparo pierda prestigio ante la ciudadanía y muchos critiquen abiertamente su profusión. Sin embargo, si bien es cierto que puede haber un abuso en la interposición de los recursos, no es menos cierto que ello se corrige con una adecuada reglamentación. Lo que no se puede corregir sin la protección correlativa es la arbitrariedad, los abusos y el menosprecio con el cual se tratan los derechos fundamentales de las personas, haciendo de la acción de amparo un inestimable bien jurídico del cual hoy en día no se puede prescindir.

El artículo 18 de la Constitución es otra de las normas relevantes de nuestra Carta Política. En su tercer inciso se lee: "No podrá alegarse falta de ley para justificar

la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos". Antiguamente la falta de ley era el pretexto para que los jueces y las autoridades se nieguen a aplicar la Constitución. Era el escudo tras el que se escondía la abulia y la negligencia. Las normas constitucionales se convertían en simples "consejos al legislador", que si no dictaba la ley neutralizaba la Constitución. La "regulación legal" esterilizaba la regulación constitucional. Por ello, para hacer realmente efectiva la garantía de los derechos, para convertir a la Constitución en el eje central del ordenamiento jurídico y no en una norma abstracta dependiente de leyes secundarias, se incorporó este inciso, que vuelve de aplicación inmediata las normas protectoras de los diferentes derechos establecidos en la Constitución, y entre ellos la acción de amparo. Sin embargo, existen cuestiones reglamentarias que es imposible que consten en la Constitución. Es por ello, y también para evitar que la acción se desacredite por su indiscriminada aplicación que hay que exigirle al Congreso Nacional la expedición con urgencia de las reformas a la Ley de Control Constitucional que legislen racionalmente el amparo y lo conviertan realmente en una garantía debidamente institucionalizada que salvaguarde y robustezca los derechos humanos.

PARA MEJOR COMPRENDER...

Dulcelina Pineda e Ismael Simijaca son un par de campesinos colombianos que han vivido durante más de veinte años en un pajonal de una hectárea rodeado de fincas y sin acceso directo a la vía pública. Todos los días, Dulcelina e Ismael para llegar a la vía usaban la servidumbre de tránsito a que tenían derecho, atravesando el terreno de uno de sus vecinos, y llevando a lomo de burro sus productos para venderlos en el mercado. Un buen día el dueño de la finca decidió impedir el libre tránsito de la pareja argumentando que el sendero que atravesaban estaba destinado exclusivamente al tránsito de personas y no de animales. Es decir que, para el dueño de la finca, el burro de Dulcelina e Ismael afectaba su derecho de propiedad y no podía pasar por el sendero, lo que obligó a los ancianos a arrastrarse por debajo del alambrado cargando en sus hombros los productos de su trabajo con el cual se procuraban su diario sustento. En Colombia la acción de amparo se denomina "acción de tutela", y a ella recurrieron los ancianos para que la justicia suspenda la decisión del propietario, permitiéndoles

usar la servidumbre (a ellos y al burro) evitando poner en riesgo su vida y su integridad personal, eliminando también la humillación que significaba arrastrarse por debajo de la cerca para acceder al camino. Examinada la solicitud, un Juez municipal decidió tutelar transitoriamente los derechos a la vida e integridad personal, a la dignidad humana, el derecho a la igualdad, a la locomoción y al trabajo de los solicitantes. En una palabra, los derechos humanos de Dulcelina e Ismael. El fallo fue revocado por un Juez ordinario, quien argumentó que los accionantes debían iniciar un juicio civil de perturbación de servidumbre, pues en nada menoscababa su integridad el hecho de que transiten por un camino sin la ayuda de un animal de carga. La Corte Constitucional colombiana (equivalente a nuestro Tribunal Constitucional) consideró que la actuación del dueño del predio sirviente "al cerrar el camino, obligando a los ancianos solicitantes a arrastrarse bajo el alambrado y a cargar lo que sus cansadas espaldas pueden soportar, sobrepasa el ámbito del derecho real de servidumbre y deviene en un desconocimiento del deber de solidaridad exigible a todo individuo en un Estado Social de Derecho, y obliga al juez de tutela a hacer efectiva la especial protección que otorga nuestra Carta Política a las personas de la tercera edad". Mas adelante agrega: "La opción escogida finalmente por el accionado implica obligar a los accionantes a tener que cumplir funciones de bestias de carga, resulta violatoria de uno de sus derechos fundamentales: el de la dignidad humana, reconocido en el artículo primero de la Carta Política, y pilar de nuestro Estado Social de Derecho". Finalmente, la Corte Constitucional concede "la tutela de los derechos de los accionantes a la dignidad humana y a la protección especial de la tercera edad" ordenando el retiro inmediato de cualquier obstáculo que impida el libre tránsito de los accionantes y de su animal de carga por el camino que ellos acostumbraban usar.

Muy posiblemente en el Ecuador el Tribunal Constitucional se hubiese tardado más de un año en resolver este caso, pues ni Dulcelina Pineda ni Ismael Simijaca hubiesen gozado de influencias políticas o de otra índole. Muy posiblemente la resolución final les hubiese llegado tarde, cuando sus espaldas agobiadas ya no les permitiesen trabajar. En todo caso, la Corte Constitucional colombiana resolvió un caso ejemplificante, que lo cuento en este artículo porque debe servir de meditación y precedente para la aplicación de casos concretos y la elaboración de toda una doctrina jurídica sobre el amparo constitucional.

En primer lugar, el fallo hace valer la calidad de "Estado Social de Derecho" de la República de Colombia, un concepto de escaso manejo en nuestro medio, en el cual hablamos mucho de "Estado de Derecho" simplemente. Nuestra Constitución, al igual que la colombiana, considera al Ecuador como un Estado "Social" de Derecho. ¿Que significa esto? Significa que el Estado tiene una opción preferencial por los más débiles, que la dignidad humana exige la protección fundamental del Estado, que, tal como lo dice el art. 16 de nuestra Constitución, es "el más alto deber del Estado es respetar los derechos humanos". Significa que al ser un Estado "Social" de Derecho, al resolver un recurso de amparo los tribunales tienen que analizar con toda profundidad y prudencia cual es la parte más "débil" y si esta parte "débil" se encuentra en situación de indefensión. El Estado Social de Derecho rompe el molde de las categorías clásicas del estado liberal y centra su protección no en el "individuo"

abstractamente considerado sino en la persona humana y sus condiciones en la sociedad.

En segundo lugar, el caso se refiere a un problema entre particulares. Si bien la generalidad de los recursos se plantean contra los actos de autoridad que se consideran arbitrarios, pueden darse casos de particulares que abusan de sus derechos perturbando los de los demás.

En tercer lugar, el fallo ratifica el carácter transitorio del derecho de tutela o de amparo. Mientras se resuelve sobre lo principal, el derecho del fundamental del accionante está garantizado, de modo tal que no se encuentre en evidente desventaja mientras se resuelve la cuestión de fondo.

Finalmente, el fallo robustece los derechos fundamentales. Dulcelina e Ismael podrán cargar el producto de su trabajo en el burro, su dignidad ha sido puesta a salvo, el derecho ha sido aplicado frenando el abuso del poder y la institución del amparo ha justificado su existencia. Quizá pocos casos avalan tanto la acción de amparo como ésta que los colombianos denominan "el paso del burro".

EL AMPARO, SUS CARACTERISTICAS Y CONDICIONES.-

Nace el amparo "al amparo" del artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de Diciembre de 1.948 que indica:

"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". La norma fue ratificada por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de Costa Rica que dispone:

"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, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

El recurso como tal tardó en llegar a Latinoamérica, a pesar de que el "habeas corpus" (una de sus manifestaciones en lo relacionado a la detención arbitraria) fue incorporado a la mayoría de las Constituciones desde el siglo pasado.

Hoy, la Constitución argentina lo tiene en el art. 43 que garantiza a "toda persona la interposición de una acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo" contra todo acto que afecte derechos o garantías reconocidos por la constitución. La boliviana lo consagra en el art. 19; la colombiana en el art. 86; la chilena lo configura como un recurso de "protección" en el art. 20 y enumera los derechos y garantías protegidos; la peruana lo legisla como "acción de amparo" en el art. 200 numeral 2; para citar algunos casos.

El amparo es una "acción" procesal de la que participan todos los elementos inherentes a las mismas. Es, en primer lugar, una pretensión, sometida a conocimiento de un juez, que luego de un procedimiento, dicta una resolución que puede ser apelada para ante un juez aquem. Hay por tanto, una contienda entre las partes sometida al juez competente. En el Ecuador, es una acción.

autónoma y directa; en cambio, en otros países (Colombia y Argentina, por ejemplo) es subsidiaria y residual, pues solo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa.

Las condiciones objetivas que deben darse para que proceda la acción de amparo:

1.- que se vulnere o amenace vulnerar un derecho protegido por la Constitución

2.- que la violación o amenaza provenga de una autoridad;

3.- que de modo inminente se cause o pueda causar un daño grave.

1.- Estas dos situaciones, vulneración o amenaza son distintas. La violación de un derecho implica la ocurrencia del hecho o de la omisión. La adopción de "medidas urgentes destinadas a cesar o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública" a que se refiere el art. 95 de nuestra Constitución se refieren a la vulneración de un derecho cuya violación debe dar paso inmediato al amparo. En tanto, la amenaza se presenta como una violación potencial "inminente y próxima" que, al tenor del mismo artículo debe "evitarse" que ocurra. El criterio para evaluar la amenaza debe ser eminentemente racional, razonado, de sentido común. No es amenaza la simple apertura de una investigación, por ejemplo. Sí es amenaza la declaración pública de una autoridad sobre una eventual censura de prensa. ¿Qué derechos se han vulnerado o pretende vulnerar? Según algunas Constituciones son los derechos "fundamentales". Según otras, entre ellas la nuestra, son todos los derechos consagrados en la Constitución ("o en un tratado o convenio internacional vigente" agrega nuestro art. 95).

En Colombia la acción "de tutela" protege todos los derechos señalados como "fundamentales" en el Capítulo I del Título II de la Carta Política. Por tanto, los derechos Sociales, Económicos y Culturales (Capítulo II) y los Derechos Colectivos y del Ambiente (Capítulo III) no están protegidos por la acción de amparo. En el Ecuador, por el contrario, el amparo protege cualquier derecho establecido en la Constitución. La protección de la Constitución ecuatoriana es por ende amplísima, pues abarca todos los derechos establecidos en el Título III de nuestra carta política. Ello significa que toda persona tiene derecho para solicitar el amparo constitucional: a) cuando se violentan o amenazan violentar sus derechos "fundamentales", esto es aquellos que en el Capítulo 2 del Título III se identifican como "derechos civiles" (derecho a la vida, la integridad personal, la igualdad ante la ley, la libertad, etc.); b) cuando se violentan o amenazan violentar sus derechos políticos (Capítulo 3 *ibidem*), esto es el elegir y ser elegido, su iniciativa legislativa, el de ser consultados, el de fiscalizar, revocar el mandato y desempeñar empleos públicos. Es decir que, si un grupo de ciudadanos decide, cumpliendo los requisitos legales, pedir una convocatoria a consulta popular y el Tribunal Supremo Electoral la llegase a negar, podrían interponer un recurso de amparo constitucional para hacer respetar su derecho político a ser consultados;

c) cuando se violentan o amenazan violentar sus derechos económicos, sociales y culturales, esto es el derecho a la propiedad, al trabajo, a la protección de la familia, a la salud, los derechos de los niños y adolescentes, de las mujeres embarazadas, de los discapacitados, de los enfermos graves y las personas de la tercera edad; el derecho a la seguridad social, a la cultura, a la educación,

a acceder a la ciencia y la tecnología y a la información; y,

d) cuando se violentan o amenazan violentar los derechos colectivos, esto es aquellos que la Constitución reconoce en favor de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, en beneficio del medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y en beneficio de los consumidores para no ser afectados por los daños y la mala calidad de bienes y servicios.

Es posiblemente por esta amplitud que se hace necesario reglamentar de mejor manera la acción de amparo, a fin de evitar que se presenten recursos de amparo genéricos, imprecisos, impersonales, abstractos, de naturaleza política o que tiendan a retardar la ejecución de un procedimiento. Es por ello que otras legislaciones permiten el amparo únicamente cuando no existe otro medio idóneo de defensa (acción subsidiaria y residual, como hemos visto antes), lo que no ocurre en el Ecuador.

2.- Que la violación o amenaza provenga de una autoridad: nuestro art. 95 indica que el acto u omisión de la autoridad debe ser "ilegítimo", es decir contra la ley. No deben confundirse las acciones de las autoridades que vulneran o amenazan derechos constitucionales con los actos que la autoridad expide en el ejercicio de sus funciones, confusión que tiende a ocurrir frecuentemente en nuestro país. Los actos expedidos en el ejercicio de las funciones de las autoridades son susceptibles de impugnación en la vía administrativa, y son los Tribunales Administrativos los llamados, a través del recurso de plena jurisdicción o la anulación, a determinar su validez o nulidad. Por ejemplo, un acuerdo ministerial que crea, extingue o modifica derechos no puede ser susceptible de un recurso de amparo constitucional. Su validez o nulidad debe discutirse en la vía administrativa. Pero un acto administrativo que obedece más a la voluntad del funcionario que a la ley, más al capricho que a las atribuciones es susceptible del recurso de amparo. Por ejemplo, una orden de desalojo que vaya a ocasionarle al posesionario regular de un inmueble un grave perjuicio económico puede ser susceptible del amparo constitucional pero la orden de desalojo de un Gobernador a un grupo de invasores que no justifican ningún derecho, no admite tal recurso; la resolución del Gerente de una empresa estatal de servicios públicos que perjudique a los usuarios puede ser igualmente suspendida en virtud de un amparo; la contaminación originada por una refinería; la masiva distribución de productos defectuosos; la publicidad pornográfica que pueden llegar a difundir ciertos medios de comunicación; la clausura de una universidad; las decisiones de autoridad que afecten el patrimonio cultural de una ciudad; la negativa de un municipio a facilitar la movilización de los discapacitados; la obligación del Estado a usar métodos anticonceptivos, son ejemplos de actos u omisiones de autoridad que pueden motivar la presentación de recursos de amparo. Muchas veces la orden proviene de una autoridad superior, debiendo ejecutarla un inferior. Bueno sería que la ley de control constitucional disponga que, si se actúa en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, la acción se entenderá dirigida contra ambos. Resulta frustrante, como ocurrió en un caso concreto, que el Tribunal Constitucional deseche un amparo debido a que la acción se encontraba "mal enderezada" en virtud de que la autoridad accionada "solo cumplía ordenes superiores", con lo cual el Tribunal podía haber legi-

timado una orden arbitraria de la autoridad simplemente por cuestiones procedimentales, cuando la esencia del amparo es la protección del derecho violado y no la directa o indirecta responsabilidad de la autoridad.

¿Están los actos "ilegítimos" de la Función Legislativa incluidos en el art. 95? Por supuesto. La inmunidad parlamentaria no implica que el Congreso, en pleno o a través de sus Comisiones pueda vulnerar o amenazar vulnerar derechos constitucionales, fundamentales o no, siendo lógico entonces proteger éstos por la vía del amparo a fin de evitar un irremediable perjuicio. Obviamente se excluyen las leyes expedidas, pues el procedimiento para pedir su inconstitucionalidad está previsto en la propia Carta.

3.- Que de modo inminente se cause o pueda causar un daño grave: el art. 95 ya citado indica que en la misma providencia en que el juez convoque a las partes para oír las en audiencia pública, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho. Ello significa que es necesario que existan pruebas de la conducta u omisión de la autoridad o de la persona que violenta los derechos constitucionales. Establecida la prueba, el juez debe con celeridad ordenar el restablecimiento inmediato del derecho frente a la grave o inminente violación (o amenaza) del mismo. Que sea inminente significa que es urgente solucionarlo, que va a suceder si no se lo detiene a tiempo. Pero no solo es la inminencia la característica de la violación del derecho. Tiene también que causar un "daño grave". Puede ser inminente una disposición de autoridad pero con consecuencias leves o mínimas para el ciudadano. La consecuencia será grave cuando el daño sea irremediable, como cuando con el acto se afecta la vida, la salud, la integridad, la libertad o de modo serio e injusto el patrimonio de una persona.

CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

La acción de amparo es una acción judicial, directa, autónoma, subjetiva, personal y concreta. Son sus sujetos todas las personas, naturales o jurídicas, éstas últimas actuando a través de sus representantes legales. Las colectividades también pueden ser sujetos activos de la acción de amparo. Son sujetos pasivos de la acción toda autoridad pública de cualquier función del Estado, los particulares que presten servicios públicos o actúen por cuenta de autoridades públicas o los particulares cuya conducta afecte intereses de la comunidad. El objeto de la acción es la protección de cualquiera de los derechos establecidos en el Título III de la Constitución, siempre que se encuentren amenazados de un daño inminente y grave. Este es el marco dentro del cual se desenvuelve el recurso de amparo. Se hace necesario que la reforma a la Ley de Control Constitucional reglamente de modo preciso estos detalles a fin de que no existan dudas sobre quiénes pueden presentar la acción y en qué casos. Hoy el art. 46 y siguientes de la Ley confunden debido a que responden a la pasada Constitución y a que, por entrar a definir ciertos aspectos van más allá de lo establecido en nuestra Carta Política. Si el art. 95 de la actual Constitución ya establece el marco de la acción, no cabe que el art. 46 de la Ley vuelva a establecerlo debido a que pueden darse contradicciones y eventualmente demandas de inconstitucionalidad, pues es el texto del art. 95 el que

debe prevalecer. La ley debe reglamentar con claridad el trámite de la apelación ante el Tribunal Constitucional, organismo que ha convertido en un verdadero cuello de botella la segunda instancia del amparo. Un recurso que debe resolverse ágilmente, con celeridad, llega a tardar hasta un año en la segunda instancia, donde se empantana el trámite. Hoy en día la apelación se resuelve en una de las Salas del Tribunal, y siempre que la resolución sea tomada con 3 votos conformes, podrá ejecutarse. Si uno de los Vocales está en contra, pasa el expediente a conocimiento del pleno del Tribunal, compuesto de 9 magistrados. Esto es absurdo y debe reformarse, aplicándose el mismo criterio que se aplica en los casos que se conocen en la Corte Suprema de Justicia, donde las salas respectivas conocen y resuelven los respectivos recursos de casación sin que estos vayan jamás al pleno. De igual manera, los tres magistrados integrantes de cada sala del Tribunal Constitucional donde recaiga por sorteo el amparo, deben resolver el recurso en última instancia. El sistema actual obliga que 9 de cada 10 casos suban al pleno (pues casi nunca se logran los tres votos conformes), donde 9 vocales que tienen muchos otros asuntos que atender tienen que estudiar además los recursos de amparo que suben en grado. He conocido casos en los cuales los vocales han votado sin siquiera haber leído cuidadosamente el expediente ni enterarse a conciencia del caso concreto. Ello aparte de las presiones políticas que siempre se dan en un Tribunal que, a pesar de los esfuerzos no logra desprenderse de la influencia de los partidos, siendo algunos de los vocales personas muy cercanas a determinados grupos políticos. Incluso, como el art. 54 de la Ley de Control Constitucional concede al Tribunal diez días para resolver las apelaciones que suban en grado (lo que es correcto dada la característica de urgencia que tiene la acción), uno de los ilustres vocales del Tribunal actual se ha declarado incompetente para conocer los casos debido a que alega haber perdido la competencia por haber pasado con largueza el plazo antedicho. Sin entrar a analizar la procedencia de la excusa, resulta evidente que la misma crea dudas entre la ciudadanía y exige prontitud en el despacho de las causas. Por ello, consideramos que el mejor sistema es aquel que concede a la Sala que avoque conocimiento por sorteo la decisión final sobre la apelación, sin que esta vaya al pleno del Tribunal. La acción de amparo corre el riesgo de prostituirse si el Congreso y la Función Judicial no actúan con responsabilidad, probidad y reflexión científica. El Congreso al expedir las reformas a la Ley de Control Constitucional y la Función Judicial al tramitar las respectivas demandas. Nuestros jueces deben estudiar a fondo las razones que llevaron al país a adoptar la institución del amparo y cuáles son sus características esenciales. Solo así podrá crearse la suficiente doctrina sobre la materia y evitar que el recurso proliferare y muchas veces sirva para tratar de detener decisiones legítimas de las autoridades o proteger intereses que deben defenderse en el procedimiento ordinario utilizando los abundantes recursos que la ley ecuatoriana provee. De lo contrario podemos llegar, como tantas veces se ha llegado en el país, a desgastar una institución jurídicamente pertinente y socialmente necesaria al punto que su desprestigio pueda generar una corriente de opinión adversa a su vigencia. Y ello debe ser impedido por quienes queremos robustecer en el Ecuador el Estado de Derecho. O mejor dicho, ... el Estado Social de Derecho.

Apuntes sobre la acción de amparo constitucional

Diego Pérez Ordóñez

El juzgador de la acción de amparo debe limitar su función a valorar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado, a la luz del concepto de violación. No puede examinar ni analizar cuestiones legales ni reglamentarias.

La acción de amparo, recogida y modificada por la Constitución de 1998, nació con el objetivo de proteger las potenciales y efectivas violaciones de los derechos constitucionales. La Carta Política, que ahora la llama acción en vez de recurso, amplió su aplicación con el objetivo de precautelar estas violaciones no solamente de parte de la autoridad, sino también de quien preste un servicio público o, en ciertos casos, de los particulares. Lo anterior es teoría. Lo que ha ocurrido en la práctica es la prostitución del amparo constitucional. Los juzgados se han llenado de estas acciones, casi con cualquier excusa. Aprovechando la prohibición constitucional de inhibición, muchos abogados la presentan incluso contra laudos arbitrales, personas jurídicas de derecho privado, a sabiendas de que no han afectado grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso, como lo exige la Constitución.

En cambio los jueces, ya de por sí imposibilitados de tramitar las abundantes causas a su cargo, no han estudiado suficientemente a fondo la acción de amparo constitucional como para poder resolver ágil y adecuadamente. Por todo lo anterior la acción, en el día a día, no ha tardado en convertirse en una caricatura de lo que en realidad debería ser. En una suerte de instancia de desesperación...

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA

1.1.- Aproximación al concepto:

La idea de amparo equivale a defensa y protección: amparar es defender y proteger. Desde el punto de vista jurídico el amparo busca tutelar los derechos constitucionales del individuo (persona natural o jurídica) o de la colectividad, frente a una amenaza o inminencia de daño grave e irreparable, y reponer - temporal o definitivamente - las cosas al estado anterior a la violación de los derechos constitucionales. Así, pues, el jurista mexicano Serrano Robles afirma que "El juicio de amparo es guardián del derecho y de la Constitución. La finalidad del

juicio es precisamente esa: hacer respetar los imperativos constitucionales en beneficio del gobernado." (1)

Para el caso de la Constitución ecuatoriana de 1998, Alcívar complementa lo anterior:

"Se trata de un recurso de naturaleza urgente, breve, sumaria, encaminado a evitar un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública (o a remediar inmediatamente sus consecuencias), con el cual se viola o se puede violar algún derecho consagrado en la Constitución o en convenios internacionales y amenace con causar un daño grave." (2)

De acuerdo con el Art. 95 de la Constitución Política de la República del Ecuador, vigente desde 1998, el amparo constitucional se inicia por medio de una acción, propuesta por cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, ante el órgano judicial establecido por la ley. Esta acción, por fuerza tramitada preferente y sumariamente, busca cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, por medio de la adopción de medidas urgentes. Es necesario que el acto u omisión de la autoridad pública, efectiva o potencialmente, viole un derecho o garantía consagrada en la Constitución o en los tratados o convenios internacionales con vigencia jurídica en el Ecuador. También es posible proponer esta acción contra quienes presten servicios públicos o actúen por medio de delegación o concesión de la autoridad pública, o contra los particulares, siempre que su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo, o un derecho difuso.

1.2.- ESENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL:

La Constitución de 1998 ha preferido usar la palabra "acción" en vez de "recurso" - como en las reformas a la Carta Política de 1979 - para referirse a la naturaleza del amparo. De acuerdo con Sagüés, quien a su vez cita a otros autores, en la legislación mexicana también se ha optado por hablar de acción porque "En general, se pen-

só que el concepto de 'acción' era más amplio que el de 'recurso'; pero también se precisaron otras particularidades. El amparo era acción en cuanto implicaba el derecho a la jurisdicción (Ibáñez Frocham), o porque no perseguía la mera revisión de un acto lesivo, sino que importaba un verdadero proceso de contralor de la constitucionalidad (Bidart Campos), o debido a que el recurso constituía un remedio dentro de un proceso, y el amparo, por el contrario, cuestionaba actos realizados fuera del proceso (Palacio), sin perjuicio de que haya recursos procesales, dentro del trámite del amparo (Morello), etcétera." (3)

En la Constitución ecuatoriana la calificación del Art. 95 se prefirió porque el amparo es, en la práctica, una acción independiente y unilateral. Los recursos, en cambio, generalmente están atados a una decisión precedente, derivada de un proceso. La independencia de la acción de amparo frente a otros procesos se debe, a criterio de Serrano Robles, a que "El juicio de amparo es, por tanto, un procedimiento autónomo con características específicas propias de su objeto, que es el de lograr la actuación de las prevenciones constitucionales a través de una contienda equilibrada entre el gobernado y el gobernante." (4)

II. LOS SUJETOS DE LA ACCIÓN DE AMPARO

2.1.- Sujetos Activos:

De acuerdo con la Constitución en vigor, la acción de amparo constitucional puede ser propuesta por las siguientes personas:

- a) Por cualquier persona, por sus propios derechos;
- b) Por un representante legitimado de una colectividad;
- c) Por la Defensoría del Pueblo, de acuerdo con el Art. 96 de la Constitución.
- d) De acuerdo con lo que permite la Ley de Control Constitucional: cualquier persona natural o jurídica, tratándose de la protección del medio ambiente, puede ser actor; y
- e) Un agente oficioso que justifique que el afectado se encuentra en imposibilidad de iniciar la acción, y debidamente ratificado en el término de tres días.

2.2.- Sobre los sujetos pasivos de la acción:

La acción de Amparo Constitucional puede ser propuesta, de acuerdo con la Constitución y la Ley de Control Constitucional, contra:

- a) La autoridad de la administración pública;
- b) Las personas que presten servicios públicos o que actúen por delegación o concesión de una autoridad pública;
- c) Los particulares, si su conducta afecta grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

2.3.- Sobre los Intereses Comunitarios, Colectivos y los Derechos Difusos.

Quedó claro que el inciso tercero del Art. 95 de la Constitución permite que se la acción sobre la que estamos tratando se inicie en contra de los particulares cuando su conducta -la del particular, se entiende- afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un

derecho difuso.

Los intereses difusos, colectivos o supraindividuales tienen que ver con situaciones jurídicas subjetivas no titularizadas por una sola persona, individual o singularmente, o por cada uno de los individuos que forman la sociedad, en forma privativa y separada de los demás. Su condición esencial es que muchas personas compartan en común el mismo interés. Se utiliza el adjetivo calificativo "difuso" para dejar entender que el derecho es compartido entre varias personas unidas por un interés común, cuando el interés se eleva por el de cada uno en particular. Se trata de un concepto típico del Derecho Ambiental, pero no por eso limitado únicamente a esta disciplina jurídica. Bidart Campos dice que: "Coparticipación en intereses de esta clase encontramos cuando se habla del interés difuso de que no se contamine un curso de agua; o de que se preserve la pureza del medio ambiente; o de que no se haga depredación de la fauna, la flora o el patrimonio cultural; o de que se resguarde la sanidad de los alimentos, etc." (5)

Con relación a los derechos colectivos, el mismo Bidart Campos afirma: "El adjetivo colectivo tiene el mismo sentido, (que el adjetivo difuso) porque atiende a la circunstancia de que el interés se halla difundido en una colectividad que abarca un número indeterminado de personas, sin individualizarse en ninguna de ellas y sin circunscribirse particularizadamente en cada una." (6)

Los derechos difusos pueden ser puestos en movimiento por medio de una acción popular difusa que "consiste en el conjunto de sentimientos, pensamientos, deseos, decisiones populares referentes a la marcha del Estado e integrantes de esa fuerza social denominada opinión pública, respecto de la que se consideran los medios de producirla, los de expresarla, los de dirigirla. Estos medios se constituyen principalmente por las reuniones y agrupaciones políticas y por la manifestación pública del pensamiento." señala Borja y Borja. (7)

Los derechos difusos o colectivos se caracterizan por su falta de pertenencia a una persona determinada o a grupos perfectamente determinados. Pertenecen, más bien, a un grupo de individuos de muy difícil o imposible determinación. El jurista Morello opina que "los intereses difusos son aquellos que no son ya sólo de uno o varios, sino, mejor, de todos los que conviven en un medio determinado y cuya suerte en lo que concierne al enriquecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento o consumo sin reposición, angustia al conjunto en lo inmediato y en el provenir vital de cada uno, sobremanera el de las próximas generaciones. Enmarcan, por consiguiente, verdaderos y perentorios intereses de la sociedad." (8) Por su parte Libster afirma que "(...) los intereses difusos comprenden un vasto espectro de preocupaciones, entre las cuales se hallan las relacionadas con el medio ambiente, los consumidores y el patrimonio artístico y cultural(...)" (9)

III. PRINCIPIOS QUE RIGEN AL AMPARO CONSTITUCIONAL

3.1.- La Celeridad: mediante esta acción se busca eliminar todo incidente o dilación que tienda a retardar el proceso. Se debe siempre buscar la economía procesal. El jurista argentino Sagüés afirma que "Claro está

que tanto por su tramitación comprimida y acelerada (dado que se diligencia en términos sumamente breves, y sin la amplitud normal del material probatorio común), como por la temática a la que comprende (que es limitada, aunque de fundamental importancia), el amparo no constituye un proceso ordinario, sino especial. Por ello, Palacio lo denomina 'plenario rápido', Morello 'plenario rapidísimo', y Buzaid 'sumarísimo'. " (10)

3.2.- La Protección: la acción de amparo busca proteger los derechos constitucionales del individuo y de la colectividad. Es un proceso tuitivo, como lo afirma Hernán Salgado, magistrado constitucional: "El objeto o finalidad de la institución del amparo consiste en que, al tiempo de brindar una protección inmediata al agraviado, busca restablecer o reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional, es decir, suspende los efectos violatorios." (11)

3.3.-La Instancia de Parte: en casos de amparo constitucional el juzgador no puede actuar de oficio. "El principio de iniciativa o instancia de parte (...) hace que el juicio jamás pueda operar oficiosamente y, por lo mismo, para que nazca sea indispensable que lo promueva alguien, principio que resulta obvio si se tiene en cuenta que el procedimiento de control, como juicio que es, sólo puede surgir a la vida jurídica por el ejercicio de la acción, que en el caso es la acción constitucional del gobernado, que ataca al acto autoritario que considera lesivo a sus derechos" es la opinión del ya citado Serrano Robles. (12)

3.4.- La Relatividad de la Sentencia: la resolución del juzgador no tiene efecto erga omnes, se limitará al individuo agraviado y a la violación de derechos constitucionales a los que se refiera la acción. La resolución no tiene por qué hacer una declaración general sobre el acto que la motiva, sino que debe circunscribirse a amparar y proteger al agraviado. El mexicano Reyes tiene el criterio de que "La ley o acto que se reclamen serán anulados en virtud de la sentencia protectora, pero seguirán surtiendo efectos para cualquiera otros afectados que no hayan promovido el juicio de amparo para reclamarlos como inconstitucionales." (13)

3.5.- Exclusividad del Derecho Constitucional: el juzgador de la acción de amparo debe limitar su función a valorar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado, a la luz del concepto de violación. No puede examinar ni analizar cuestiones legales ni reglamentarias. En opinión del peruano Rodríguez Domínguez "En la protección de los derechos constitucionales es incuestionable el ejercicio de la función jurisdiccional y su carácter constitucional surge porque los derechos son directamente protegidos por la Constitución. Existe pues una jurisdicción constitucional, es decir, el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado para resolver litis o conflictos constitucionales." (14)

IV.- SOBRE EL ACTO ORIGINARIO DEL AMPARO

La acción de amparo constitucional puede tener como origen inmediato un acto (15) u omisión ilegítimos. Éstos necesariamente deben ser violatorios o potencialmente violatorios de cualquiera de los derechos constitucionales o de un tratado o convenio internacional con vigencia en el Ecuador. Para que la acción de amparo cons-

titucional sea procedente es indispensable que el acto u omisión amenacen con causar un daño grave y de manera inminente al agraviado o a la colectividad. En otras palabras, los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo constitucional con respecto al acto que la origina son:

a) El carácter de violatorio o potencialmente violatorio del acto u omisión: se entiende que la conducta, positiva o negativa, debe violar por lo menos alguno de los derechos constitucionales del agraviado o de la colectividad. Se entiende que el objeto de la violación debe ser un derecho o una garantía, y no un precepto constitucional. En este campo existen tres posibilidades: que los derechos constitucionales del agraviado se vean amenazados; que la violación constitucional ya ha sido consumada y que, por tanto, le cause daño grave al accionante; y que la amenaza y/o la consumación puedan repetirse sucesivamente y en el futuro.

b) La amenaza de violación constitucional debe ser inminente: no cabe que se inicie una acción de amparo constitucional contra un acto u omisión no susceptibles de resultar en violación constitucional efectiva. Los tratadistas discuten, sin embargo, si podría ser eficaz la acción de amparo contra una violación putativa.

c) La gravedad del daño: hay daños que son, por su propia naturaleza, irreparables pero obviamente indemnizables. Hay otros daños que sí dan lugar a restituir las cosas a su estado anterior. La Constitución exige que el daño sea grave, es decir que tenga consecuencias negativas (con la condición de que un derecho o garantía constitucional haya sido violada) sobre los bienes, la integridad o la honra del accionante o de la comunidad. No cabe que el daño sea leve.

d) El acto u omisión de la autoridad pública debe ser ilegítimo: es decir contrario a Derecho y de ningún modo conforme a la ley. Hay que añadir que es absolutamente necesario que el acto u omisión provengan de la autoridad pública. No es posible, y esta prohibido por la misma Constitución, iniciar una acción de amparo en contra de los actos de autoridad legislativa o judicial.

4.1.- La suspensión del acto:

De acuerdo con el Art. 95 de la Constitución el juez o tribunal que tramita la acción de amparo puede, en la misma providencia en la que convoca a audiencia pública a las partes, ordenar la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en la violación de un derecho. En el Art. 51 de la Ley de Control Constitucional se le ordena al juez o tribunal que, de admitir la acción de amparo, ordene la suspensión definitiva del acto u omisión impugnados, disponiendo la ejecución inmediata de todas las medidas que considere necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre el derecho violado, sin perjuicio de las ya tomadas con carácter preventivo. Si se niega el recurso, el juez o tribunal deberá revocar la suspensión temporal del acto y de las medidas preventivas.

Con respecto a la suspensión del acto violatorio de los derechos constitucionales, el prenombrado Serrano Robles opina que:

"La suspensión en el Juicio de Amparo, es la paralización, la detención del acto reclamado de manera que si éste no se ha producido, no nazca, y, si ya se inició, no prosiga, no continúe, que se detenga temporalmente, que se paralicen sus consecuencias o resultados, que se evite

que éstos se realicen." (16)

Para complementar lo anterior, otro jurista mexicano nos explica el objetivo principal de la suspensión del acto ilegítimo y violatorio de derechos constitucionales:

"Para nadie resulta sorprendente, sin embargo, comprobar que por muy sumario y concentrado que sea el proceso de amparo, el acto de autoridad pueda consumarse mientras el procedimiento transcurre (en un lapso de tiempo que va del momento en que se impugna el acto, hasta aquél en que los tribunales federales otorgan su protección, si es que ésta se juzga concesible), en forma que no pueda ya material o jurídicamente reavivarse, o repararse eficazmente el bien o derecho lesionados, de manera que se restablezcan las cosas al estado que guardaban antes de ocurrir la afectación reclamada en el amparo, o se restituya al agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales violados." (17)

V. SOBRE EL PROCEDIMIENTO

El sumario procedimiento de la acción de amparo constitucional está establecido en el Art. 95 de la Constitución, y en la Ley de Control Constitucional. Casi no hay que decir que, en lo que la Ley de Control se oponga a la Carta Política, aquélla se entenderá derogada.

Para conocer y tramitar esta acción son competentes: cualquiera de los jueces de lo Civil o los tribunales de instancia de la sección territorial donde se consume o se pueda consumir la violación constitucional derivada de un acto u omisión. Subsidiariamente, ante el juez o Tribunal de lo Penal, en caso de días feriados o fuera del horario de atención de juzgados o tribunales, o circunstancias excepcionales debidamente justificadas. En el juez o tribunal que conozca la acción radicaré la competencia privativa de la causa.

Es importante anotar que en el caso de la figura que nos ocupa no procede el sorteo: existe prohibición expresa, constitucional y legal, de que el juez ante el que se pida el amparo se niegue a conocerlo. Es decir que si el accionante presenta el escrito en el que se solicita el amparo ante un juez de lo Civil determinado con anterioridad, éste no podrá negarse a tramitarlo alegando falta de sorteo previo. No procede el sorteo, además, porque la

Constitución y la Ley han querido que esta acción se tramite, por la naturaleza de los derechos que tutela, de la manera más sumaria y expedita posible.

El mismo día en que conozca la acción de amparo, el juez o tribunal deberá convocar a las partes y, dentro de las subsiguientes 24 horas, las oír en audiencia. En la misma providencia el juez podrá ordenar que se suspenda cualquier acto potencialmente violatorio. En la audiencia la ausencia no justificada del actor se tendrá por desistimiento de la acción. En cambio, la ausencia del acusado ni impide la realización de la audiencia ni la resolución. La audiencia es el momento clave de la tramitación del amparo constitucional. En esta diligencia, si ambas partes están presentes, el accionante sustentará su caso en base a la supuesta violación constitucional de la que ha sido víctima. El acusado, por su lado, tratará de desvirtuar la acción intentando menoscabar su pertinencia. Por su lado el juez, se supone, formará su criterio con las exposiciones orales y se interiorizará, antes de resolver, con la ayuda de los memoriales en Derecho que las partes pudieran presentarle al final de la audiencia.

El juez o tribunal que conozca el amparo constitucional tiene la obligación de, en las 48 horas subsiguientes a la realización de la audiencia, dictar resolución. De admitir el amparo deberá suspender definitivamente el acto violatorio, pero si decidiera no admitirlo, estará en la obligación de revocar la suspensión anterior, si ésta existió. Esta resolución, de acuerdo con la Constitución, podrá ser apelada ante el Tribunal Constitucional para su confirmación o revocatoria definitiva. Una de las salas del Tribunal, que podrá dictar las medidas necesarias para proteger los derechos objeto de la acción, conocerá la apelación y tendrá que resolver en no más de diez días. En concordancia con el Principio de Celeridad, la Ley prohíbe la admisión de incidentes durante los trámites ante el Tribunal Constitucional. De todas maneras, para la sala que avoque conocimiento del recurso de apelación de la acción de amparo constitucional, es opcional la convocatoria a una nueva audiencia.

La ejecución de la resolución del Tribunal Constitucional le compete al juez ante el que originalmente se presentó la acción de amparo.

NOTAS

1 Serrano Robles, Arturo, "El Juicio de Amparo en General y las Particularidades del Amparo Administrativo" en "Manual del Juicio de Amparo", 2ª Edición, México, Editorial Themis, 1999, Pág. 3.

2 Alcívar Santos, Orlando, "Comentarios a la Constitución Política del Estado. (La Asamblea Itinerante)", Guayaquil, Offset Abad, 1998, Pág. 85.

3 Sagüés, Nestor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo.", 4ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1995, Págs. 64-65.

4 Serrano, "El Juicio de Amparo en General...", Pág. 14.

5 Bidart Campos, Germán, "Derechos Difusos" en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Tomo VI (Apéndice), Buenos Aires, Driskill, 1990, Pág. 229.

6 Bidart Campos, Idem.

7 Borja y Borja, Ramiro, "Derecho Constitucional Ecuatoriano", Tomo I, Quito, s/e, 1979, pág. 334.

8 Citado en Libster, Mauricio, "Delitos Ecológicos", Buenos Aires, Ediciones DePalma, 1993, pág. 235.

9 Libster, Idem.

10 Sagüés, "Derecho Procesal Constitucional...", Pág. 352.

NOTAS

11 Salgado Pesantes, Hernán, "De las Garantías de los Derechos" en Chiriboga Zambrano, Galo y Salgado Pesantes, Hernán, "Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana", Quito, ILDIS, 1995, Pág. 36.

12 Serrano Robles, Op. Cit, Pág. 31.

13 Reyes Tayabas, Jorge, "Derecho Constitucional Aplicado a la Especialización en Amparo", 4ª edición, México, Themis, 1998, Pág. 206.

14 Rodríguez Domínguez, Elvito A., "Derecho Procesal Constitucional", Lima, Grijley, 1997, Pág. 18.

15 Borja y Borja sostiene que "El acto es acto jurídico si le corresponden consecuencias jurídicas (...) Al tratar sobre los caracteres de la infracción (apartado 91) se dice que el acto es la manifestación de la voluntad humana en el mundo exterior consistente en modificarlo o mantenerlo exento de cambio, y así consta de tres elementos, a saber: manifestación de voluntad, resultado, nexo causal entre voluntad y resultado.", Borja y Borja, Ramiro, "Teoría General del derecho Administrativo", 2ª edición, Quito, Pudeleco, 1995, Pág. 127. El penalista español Luis Jiménez de Asúa complementa: "El acto es la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda.", Jiménez de Asúa, Luis, "Tratado de Derecho Penal", 3ª edición, Tomo III, Buenos Aires, Losada, 1963, Pág. 331)

Para entender las implicaciones constitucionales de la omisión, como conducta negativa es necesario revisar algunos conceptos. Cabanellas y Alcalá-Zamora dicen que la omisión consiste en: "Abstención de hacer; inactividad; quietud (...) El incumplimiento de los deberes activos impuestos a la autoridad origina, por la abstención, la responsabilidad de las mismas cuando han de actuar de oficio; y también si desatienden los justificados requerimientos de los particulares o actúan sin celo o con malicioso retraso." Cabanellas, Guillermo, Alcalá-Zamora y Castillo, Luis, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", 12ª edición, Tomo IV, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1979, Pág. 672. Cabanellas de Torres agrega que la omisión puede ser dolosa cuando estamos ante "La que no se debe a simple olvido, desidia o negligencia, sino que es voluntaria y dirigida a la producción de un resultado perjudicial para otro, que cabía evitar o que se estaba obligado a impedir; en el primer caso sin riesgos para uno, y en el segundo, aunque fuere peligroso." Cabanellas de Torres, Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental", 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1982, Pág. 224.

16 Serrano Robles, Op. Cit., Pág. 109. El subrayado y las mayúsculas son originales del autor.

17 Castro, Juventino V., "La Suspensión del Acto Reclamado en el Amparo", 3ª edición, México, Porrúa, 1998, Pág. 15.

El debido proceso en la Constitución

Alberto Wray

Las reglas incorporadas en la Constitución y en los instrumentos internacionales tienen carácter eminentemente procesal, y aunque vayan dirigidas fundamentalmente a los jueces y a los órganos de la administración que emiten actos creadores de normas jerárquicamente inferiores a la ley, también constituyen reglas para el legislador y permiten que el contenido de las leyes sea sometido a examen.

1. EL NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL

El artículo 23 de la Constitución menciona expresamente al "debido proceso" (número 27) entre los derechos que el Estado garantiza a toda persona. Adicionalmente, el artículo 24 enuncia las garantías básicas que han de observarse "para asegurar el debido proceso"

El propósito del presente estudio es delimitar el sentido y alcance de este expreso reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional. Semejante esfuerzo parece plenamente justificado si se tiene presente que:

a) Es la primera vez que una norma constitucional ecuatoriana emplea la expresión "derecho al debido proceso";

b) Según el texto constitucional, el concepto de debido proceso no se reduce a la aplicación de las garantías enumeradas por el artículo 24, puesto que tal enumeración se hace "sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia"; y,

c) En la doctrina constitucional, particularmente en la norteamericana, la expresión tiene un sentido que sobrepasa lo procesal. ¿Habrá que darle en el derecho ecuatoriano la misma amplitud?

La cuestión remite inevitablemente a un análisis inicial respecto de los antecedentes doctrinales e históricos de la disposición constitucional.

2. EL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL EXTRANJERO: ESTADOS UNIDOS Y COLOMBIA

Se examinará a continuación el alcance del principio constitucional del debido proceso en el derecho norteamericano, del cual proviene, para considerar de inmediato el tratamiento que ha recibido en otros regímenes constitucionales, más cercanos a nuestra tradición jurídica.

A.- El debido proceso en el derecho norteamericano
Cuando se inquiriere por los antecedentes históricos

del llamado "debido proceso de ley", la doctrina suele remitirse a la Carta Magna (1215). Aunque la idea central de proteger los derechos contra la arbitrariedad mediante procedimientos formales previamente establecidos y susceptibles de aplicarse por una autoridad imparcial, se encuentra sin duda entre las garantías arrancadas por los barones a Juan Sin Tierra, la verdad es que aquel trascendental documento no empleó las palabras "debido proceso", ni su equivalente en la lengua culta de la época, sino la locución latina "per legem terrae".

La historia menciona a un documento bretón del siglo XIV como el primero en emplear la expresión "debido proceso" dentro de un contexto constitucional(1). Con todo, en 1354, al aparecer la Carta Magna escrita por vez primera en inglés para que fuera ratificada por Eduardo III, la frase latina "per legem terrae", que era la que constaba en la versión original, apareció traducida no con su equivalente literal "by the law of the land", sino por las palabras "by due process of the law"(2). Ambas formas, sin embargo, se utilizaron indistintamente en la literatura constitucional inglesa, y ambas fueron recogidas tanto en los documentos político constitucionales como en la literatura jurídica norteamericana del siglo XVII (3).

A diferencia de lo ocurrido en el derecho inglés, en el cual la fórmula "debido proceso" ha tenido poco uso (4), en el derecho norteamericano ha llegado a convertirse en uno de los preceptos constitucionales más fecundos, tanto por las consecuencias de su aplicación, como por las polémicas jurídicas que ésta ha generado.

Aunque ausente del texto original de la Constitución de los Estados Unidos, la expresión "debido proceso" se introdujo en la 5ta. Enmienda (1791), a modo de garantía de los ciudadanos frente al poder del gobierno federal:

"(A ninguna persona) ... podrá obligársele a testificar contra sí misma en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley; ni podrá privársele de su propiedad para darle un uso público sin una justa compensación"

La misma expresión volvió a emplearse en la 14ta. Enmienda, vigente desde 1868, para garantizar los dere-

chos de los ciudadanos frente al poder de los estados:

"Ningún estado podrá expedir o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso de ley, ni podrá negarle a una persona sujeta a su jurisdicción la protección de las leyes en condiciones de igualdad"

Estos enunciados generales han dado lugar a un desarrollo amplísimo del debido proceso por los tribunales, no exento de polémica.

2.1. Concepto general y clases: debido proceso sustantivo y debido proceso procedimental

A pesar de haberse enunciado en un contexto eminentemente procesal, en su aplicación por los tribunales americanos el principio rebasó el ámbito de lo procesal a mediados del siglo XIX (5). En 1856, una Corte de Nueva York utilizó una cláusula de la Constitución estatal en la que se aludía al debido proceso, como fundamento para declarar inconstitucional una ley que prohibía la venta de licor (6). Fue la primera ocasión en la que se estableció la tesis según la cual el examen acerca de la idoneidad jurídica de los procedimientos para limitar un derecho era en último término de competencia judicial y podía, por consiguiente, aplicarse a los aspectos sustantivos, es decir al contenido mismo de las leyes. En otros términos, no era debido proceso "de ley" cualquiera que la ley estableciese, sino solamente aquél que reuniera ciertos requisitos.

La tesis fue acogida por la Corte Suprema en 1884 (7) y sirvió básicamente para cuestionar la imperatividad de leyes limitativas de la propiedad (8) y de la libertad de contratación (9). La preocupación de la Corte se desplazó a partir de 1925 a los derechos y libertades civiles no relacionados con la propiedad, cuando en histórica decisión, utilizó el principio del debido proceso establecido por la decimacuarta enmienda, para hacer valer contra los estados los derechos y garantías civiles reconocidos por la primera enmienda (10). Quedó así abierto el camino para las más recientes decisiones mediante las cuales el principio del debido proceso ha servido para ampliar el alcance del derecho a la intimidad personal (privacy) relacionándolo con las decisiones relativas al aborto (11), al uso de anticonceptivos (12) y al llamado derecho a morir (13).

La amplitud del concepto ha obligado a la doctrina constitucional estadounidense a distinguir entre el debido proceso sustantivo (substantive due process) y el propiamente procesal (procedural due process). El primero se refiere al contenido o a la materia del acto de poder, sea ley o decisión administrativa. El segundo alude a la forma o manera mediante la cual se llega a la adopción de las decisiones administrativas o judiciales con las que se limita o se afecta un derecho. En ambos casos, un órgano judicial debe decidir si el acto de poder, en su forma o en su contenido, ha sido injusto, irracional o arbitrario (14), es decir, si satisface o no los requerimientos del "debido proceso".

2.2. La protección de los derechos sustantivos y el carácter instrumental de lo procesal

Como se dijo, la evolución dual del concepto debido proceso, su empleo a manera de paradigma para definir la validez constitucional tanto de las actuaciones admi-

nistrativas como del contenido de las leyes, solamente ha sido posible a partir de la aceptación del principio en cuya virtud no por hallarse previsto en la ley, cualquier procedimiento se convierte en jurídicamente idóneo.

Esta constatación conduce a su vez a un nuevo interrogante: ¿Si no depende de la voluntad del legislador y si su contenido no está detallado en la Constitución, en qué consiste el debido proceso?

La respuesta puede resumirse en los enunciados siguientes:

a) Las reglas del debido proceso aluden siempre a la forma en que se priva a una persona de un derecho sustantivo, o se lo limita (15). Esto es evidente en el caso del llamado debido proceso procedimental, pero no lo es tanto cuando se examina el caso del debido proceso sustantivo, el cual conduce a una reflexión acerca del alcance o contenido del derecho subjetivo en cuestión: la intimidad, la propiedad. Sin embargo, las razones por las cuales se llega a esa reflexión sobre el derecho subjetivo tienen que ver exclusivamente con la necesidad de averiguar si determinado acto de poder, adoptado sin algún requisito procedimental, afecta o no un derecho subjetivo concreto: ¿está el derecho a percibir ciertos beneficios de la seguridad social, comprendido dentro de la noción de propiedad? Este tipo de discusión en los tribunales estadounidenses tiene el propósito de determinar si para declarar inelegible a una persona deben o no observarse ciertos requisitos de forma, indispensables cuando se trata de privar de la propiedad o de limitarla (16).

b) De esta manera, la forma adquiere importancia en cuanto se constituye en instrumento para la protección eficaz de un derecho sustantivo (17)

c) Como se trata de una garantía funcional, el concepto de debido proceso no puede reducirse a un número predeterminado de reglas fijas, sino que en cada tipo de situación se manifestará de la manera en que las circunstancias lo exijan para garantizar de modo eficaz el respeto al derecho sustantivo;

d) Pueden, sin embargo, enunciarse ciertas cualidades o exigencias básicas, a partir de las cuales podría examinarse si una determinada manera de obrar corresponde o no al concepto "debido proceso" (18);

e) Tal examen puede recaer en las actuaciones de cualquier órgano de poder: si se trata de uno de las ramas judicial o administrativa, la referencia inmediata será, de ordinario, la ley; pero también es posible someter a examen a la ley misma, con el propósito de verificar si el procedimiento establecido en ella para limitar un derecho o para extinguirlo, satisface o no esas exigencias básicas.

B.- El debido proceso en la Constitución colombiana

Aunque todas las constituciones iberoamericanas contienen normas cuyo contenido corresponde a lo que la doctrina denomina debido proceso de ley (19), solamente la Constitución de Colombia invoca de modo expreso el concepto. Dice el artículo 29:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la res-

trictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se aleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

Como se ve, el concepto no se agota en el conjunto de principios que la Constitución enuncia expresamente. Por eso puede hablar de la existencia de un derecho a "un debido proceso público sin dilaciones" o declarar nula, de pleno derecho "la prueba obtenida con violación del debido proceso".

En el texto colombiano, la exigencia del debido proceso queda expresamente limitada a las actuaciones judiciales y administrativas. Esto no significa que el principio no pueda ser aplicado al contenido de las leyes, en cuanto regulen la actuación de la administración o de los jueces.

2.3. El contenido material del debido proceso

La necesidad de que el principio resulte aplicable a las situaciones más diversas ha conducido, cuando se trata de definir su contenido, o a formulaciones sumamente generales o a la enumeración de las cualidades que debe reunir un procedimiento para que sea "el debido". De hecho, la segunda modalidad es consecuencia de la insuficiencia de la primera: cualquier intento de definición lleva necesariamente a la enumeración de condiciones, de modo que el camino más directo para precisar el contenido y alcance del "debido proceso" consiste en identificar los principios en los que se descompone y desarrollarlos a fin de descubrir su particular forma de manifestarse en cada caso.

a) Idoneidad

Como se trata de un medio para proteger ciertos derechos básicos, el debido proceso se conforma de tal modo que resulte adecuado para asegurarlos frente a un tipo específico de amenaza. Se trata de una secuencia definida de tal manera que sirva como mecanismo de protección eficaz de un derecho concreto frente a un determinado tipo de amenaza. Esta correspondencia entre medios y fines, entre las exigencias formales que se establecen, el derecho que se quiere proteger y la naturaleza de los peligros que lo amenazan, impide que haya una suerte de receta universal (20). Así, la publicidad, que resultaría necesaria cuando se trata de escoger entre varios para beneficiar a uno, otorgándole una concesión, por ejemplo, resultaría inadecuada si de lo que se trata es de investigar la posible comisión de una falta.

b) Neutralidad

Dejaría de ser debido un procedimiento concebido o estructurado de modo tal que con su sola aplicación inclinase la balanza hacia uno de los lados. A pesar de la adhesión que a primera vista arranca este enunciado, su formulación no es del todo correcta. El procedimiento que se aplica para ventilar las cuestiones que interesan a los menores de edad, o a los miembros de cualquier otro grupo vulnerable, está concebido de tal modo que no hay

equilibrio entre los contendientes pues de lo que se trata es, precisamente, de proteger a uno de ellos, de preferir su interés frente al otro contrapuesto.

La exigencia de neutralidad no se refiere, entonces, a la ausencia de preferencias al optar entre los intereses en juego. En este sentido, los procedimientos llamados protectivos no están reñidos con el debido proceso, gracias a que su opción es en favor de un interés genérico, no de uno personal.

Cuando los elementos que se consideran para definir la idoneidad del procedimiento llegan al extremo de configurarse *intuitu personae*, el resultado entraña privilegio o discriminación. La generalidad se convierte por ese motivo en condición necesaria de neutralidad. Cuando se trata de proteger los intereses de los grupos vulnerables, por supuesto que las circunstancias de la persona influyen en las características del procedimiento, pero se han extraído no de una persona en particular, sino de un conjunto definido por sus elementos comunes: los menores de edad, las mujeres, los trabajadores.

Lo mismo cabe decir de las situaciones fácticas. Se trata de evitar que la consideración de la persona o personas involucradas en un determinado caso, influya en el diseño del procedimiento. Para ello el análisis debe remitir de una situación concreta a una confrontación entre el procedimiento en cuestión y las demás situaciones del mismo género. La generalización viene a ser así condición de igualdad y, por esa vía, garantía de neutralidad.

c) Imparcialidad

Parecidas consideraciones deben hacerse con respecto al órgano encargado de administrar el proceso: el debido proceso exige que sea un órgano imparcial. Esta es una condición definida ordinariamente por la ausencia de vínculos con uno de los extremos de la confrontación.

De ordinario, la exigencia se limita a la ausencia de vínculos personales con el caso en sí o con sus protagonistas, que es el primero y más elemental de los niveles posibles. Pueden sin embargo presentarse ciertas formas de vinculación entre el órgano de decisión y el caso, cuya presencia no se considere formalmente como uno de los factores que resta imparcialidad: ¿Puede decirse que es imparcial la autoridad que, aunque sin relación alguna con el caso concreto ni con las partes en conflicto, afronta una situación personal idéntica a la de una de ellas? Aquí la vinculación no es directa y según las causas de excusa previstas por el Código de Procedimiento Civil, no habría fundamento para recusar al juez. Pero aunque sea más difícil de advertir en la práctica, no cabe duda de que la similitud de situaciones puede influir en la decisión. Aquí habría lugar a preguntarse si el principio constitucional podría servir para impugnar la intervención de un juez o de una autoridad administrativa en un caso determinado, invocando directamente dicho principio y a pesar de que la causa de excusa no esté específicamente prevista por la ley positiva. Si se atiende a lo dispuesto por el artículo 18 y por el inciso segundo del artículo 272 de la Constitución, la respuesta tendría que ser afirmativa.

No ocurre lo mismo con la definición acerca de si la ausencia de afinidad ideológica debe exigirse o no como condición de existencia de la imparcialidad. Es innegable que al juzgar cierto tipo de conflictos, particularmente aquellos en los que la solución depende de la defini-

ción de un valor abstracto, la ideología tiene incidencia definitiva. Ser más liberal, en el sentido amplio del término, o más conservador, influye indudablemente en la valoración de las acciones; pero hay dos razones de gran peso que obligan a concluir que en estos casos no está en discusión la imparcialidad del órgano encargado de administrar el conflicto. En primer término, excluir a alguien del ejercicio de cualquier tarea pública o descalificarlo por su forma de pensar, contraviene otro principio constitucional básico. En segundo lugar, la exclusión en estos casos no constituye solución, porque aceptarla significaría simplemente optar por la tesis contraria.

d) Igualdad

Las situaciones similares, deben recibir el mismo tratamiento. De ahí que, de ordinario, las reglas de procedimiento consten enunciadas en normas de carácter general. Como se vio, la generalidad es condición de neutralidad y de imparcialidad.

La adopción de medidas tendientes a afectar de cualquier modo un derecho mediante el ejercicio de potestades administrativas o jurisdiccionales, de ordinario pasará por la aplicación de procedimientos previstos en normas generales. El tratamiento discriminatorio es, en estos casos, más fácil de advertir. No ocurre lo mismo cuando se trata de ejercitar facultades normativas por parte de los órganos legislativos o de los que ejercen potestad reglamentaria, y al hacerlo se retrotrae en el tiempo la aplicación de las normas para afectar situaciones jurídicas ya definidas. La retroactividad en esencia, es una amenaza contra la igualdad y, por consiguiente, contra la neutralidad y la imparcialidad en el ejercicio del poder.

e) Transparencia

En cuanto principio, tiene que ver con la posibilidad de conocimiento. Todo interesado debería contar con la posibilidad de informarse no solamente del procedimiento que deberá observarse para que se le pueda privar de su derecho o limitarlo, sino también de las razones o motivos para hacerlo, así como de los fundamentos de hecho que se invocan y de las evidencias presentadas para sustentarlos. Como se verá más adelante, esta posibilidad de conocimiento es condición indispensable para que puedan cumplirse otras exigencias del debido proceso, como la contradicción.

El problema que se presenta en relación con este punto, tiene que ver con la clase de decisiones cuya adopción obliga a contar directamente con el o los interesados. No cabe duda alguna, cuando se trata de actos creadores de normas particulares. Pero la consulta a los interesados de ordinario no se ha tenido como exigencia del debido proceso, si van a crearse normas de carácter general (21).

En ciertos casos, hay motivos para discutir acerca del momento en que debe producirse la comunicación al interesado o afectado por la adopción de un acto con alcance particular. La regla general, impuesta por el sentido común, remitiría a la exigencia de que la comunicación sea previa, si de lo que se trata es de asegurar la defensa. ¿Pero, qué ocurre con medidas de urgente adopción o las previsiones de carácter cautelar?

La doctrina y los tribunales norteamericanos han respondido a la cuestión aceptando que cuando el bien público lo exija y particularmente para evitar que la con-

ducta antijurídica quede en la impunidad, pueda adoptarse la medida limitativa del derecho antes de que se efectúe la notificación al afectado, siempre y cuando quede abierta la posibilidad de discutir judicialmente la procedencia y el alcance de tal medida con la amplitud necesaria (22).

La transparencia, en cuanto principio aplicable al procedimiento, comprende también a la posibilidad de acceder a la evidencia existente, para tener la posibilidad de contradecirla.

f) Contradicción

El concepto mismo del debido proceso se levanta sobre la necesidad de que, como respuesta a una exigencia de justicia, las decisiones mediante las cuales se afecta el derecho de una persona, se adopten después de haber oído la versión del afectado y de haberle permitido presentar en su favor las evidencias de descargo de que disponga.

La contradicción abarca, entonces, no solamente la posibilidad de enunciar un argumento, sino también la de someter a la evidencia de cargo al contrapeso tanto de la crítica como de otras evidencias que la contradigan o la relativicen.

El principio así enunciado alcanza también a la idoneidad o aptitud del procedimiento para servir como mecanismo que haga efectiva la contradicción.

g) Evidencia

No pueden afectarse derechos sin que se haya demostrado razonablemente que se han producido los supuestos de hecho exigidos por una norma de carácter general: estos supuestos deben ser probados, no simplemente invocados.

Los problemas relativos a la prueba aluden a su producción, ciertamente, (qué debe probarse, quién debe hacerlo, cómo y cuándo) pero también a la posibilidad de contradicción, como ya se dijo. De lo que se trata es de que la decisión no se tome sin considerar el punto de vista desde la perspectiva de los dos intereses que se contraponen.

h) Motivación

La manifestación expresa de los criterios en los que la decisión se funda, es una exigencia nacida del carácter responsable de la autoridad pública, por un lado y de la sujeción del poder al derecho, por otro. En virtud de lo primero, es posible exigirle a quien ejerce potestades públicas que dé cuenta de los motivos de sus acciones y, en virtud de lo segundo, es posible confrontar esos motivos con los referentes normativos que legitiman el ejercicio de la autoridad.

3. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA: SEGURIDAD JURÍDICA Y DEBIDO PROCESO

Las reglas incorporadas en la Constitución y en los instrumentos internacionales, tienen carácter eminentemente procesal y aunque vayan dirigidas fundamentalmente a los jueces y a los órganos de la administración que emiten actos creadores de normas jerárquicamente inferiores a la ley, también constituyen reglas para el legislador y permiten que el contenido de las leyes sea sometido a examen.

El carácter procesal de las reglas expresas, no restringe el alcance del principio: tal como está enunciado, el

principio del debido proceso no está limitado a las reglas del artículo 24, puesto que el texto de esta misma disposición se remite a otras fuentes: la propia Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes y la jurisprudencia, dice, podrían considerar otras garantías que se entenderían incorporadas a la noción de debido proceso.

3.1. La jurisprudencia y las reglas del debido proceso

La alusión a la jurisprudencia constituye una innovación trascendental en el sistema nacional, porque significa reconocer a los fallos de los tribunales fuerza de precedente obligatorio, más allá de la causa en la que se pronuncien.

Pero la aplicación del precepto no deja de traer problemas. ¿Cuál es la jurisprudencia que ha de considerarse fuente de garantías? ¿En qué condiciones?.

Lógico es pensar que se trata, fundamentalmente, de la proveniente de los tribunales de más alta jerarquía. Aquí es en donde comienza el problema: los fallos de casación de la Corte Suprema tienen fuerza de precedente obligatorio solamente cuando el principio ha sido reiterado por más de dos ocasiones, por disponerlo así la Ley de Casación. Como la Corte ejercita muy pocas veces la atribución constitucional para dirimir las contradicciones, de manera que, en casi todas las materias, hay precedentes obligatorios que se contradicen, generando mayor incertidumbre.

El Tribunal Constitucional, de otro lado, no fundamenta sus decisiones. La enunciación de antecedentes y la invocación de enunciados con evidente intención política, pocas veces permite vincular una conclusión con algún principio abstracto cuya pertinencia haya sido definida a partir de determinados hechos.

En uno y otro caso, la modificación de las normas operativas internas podría mejorar la situación. Parece indispensable, por lo menos, adoptar precauciones para evitar la profusión de fallos contradictorios, imponiendo a las salas de una misma materia, la obligación de reunirse para dirimir la contradicción, antes de dictar el fallo que vaya a originarla, como ocurre en el sistema español. También sería útil exigir para cada caso, la identificación del autor de la ponencia y la motivación expresa en los votos de los magistrados que concurren o disienten.

A pesar de las dificultades, la innovación constitucional parece conveniente, porque abre la puerta a que por medio de la actuación de los jueces se adapten los principios del debido proceso a situaciones de alguna manera inéditas, por una parte y, por otra, porque obligará a pensar más allá del caso, al menos cuando se trate de definir el alcance del debido proceso.

Por cierto, no solamente la jurisprudencia nacional importa en este punto, sino también la proveniente de los tribunales internacionales creados por convenciones internacionales ratificadas por el Ecuador. Es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo.

Precisamente este alto tribunal ha definido el alcance del concepto debido proceso y ha establecido que las reglas que lo configuran han de considerarse indispensables en todo estado democrático, advirtiendo que su vigencia no puede suspenderse ni siquiera durante los estados de emergencia:

"El concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma. Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, a los que la Corte se referirá en seguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión" (23)

Por cierto, para los casos en los que el tribunal internacional tiene entre sus facultades la de emitir opiniones sobre puntos de derecho sin referencia directa a un caso específico, como ocurre con las opiniones consultivas de la Corte Interamericana o, en materia de integración, el Tribunal Andino, ha de entenderse que también estas opiniones están comprendidas dentro de la expresión jurisprudencia que emplea la Constitución.

3.2. La garantía constitucional a la seguridad jurídica

Otro principio de trascendental importancia introducido por las últimas reformas a la Constitución, es el que establece a la "seguridad jurídica" como un derecho garantizado por el Estado.

En la doctrina, el concepto alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros. Propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscriba cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta.

No se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas. Si tales actos de apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado.

Distinto es el caso de los actos creadores de normas generales: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos, pueden atentar directamente contra la seguridad jurídica en cuanto establezcan reglas de alcance general de cuya aplicación se genere la incertidumbre jurídica. Esto ocurre, por ejemplo, con las leyes retroactivas.

De aquí nace la vinculación entre el debido proceso y la garantía constitucional a la seguridad jurídica. De hecho, esta última no es sino una regla del debido proceso aplicable al ejercicio del poder normativo.

4. REGLAS COMUNES A TODO PROCEDIMIENTO

Entre las garantías consignadas por el artículo 24, hay algunas que son aplicables a todo tipo de procedi-

miento: sea judicial o administrativo. Otras son específicamente judiciales y finalmente, hay otras aplicables exclusivamente al ámbito del proceso penal. Aquí van a examinarse exclusivamente las primeras.

4.1. Acceso a la justicia, jurisdicción y competencia

El primer grupo de garantías comunes a todo procedimiento responde a la exigencia más elemental del estado de derecho y tiene que ver con la posibilidad de que cualquier acto de poder mediante el cual se afecten derechos, pueda llegar a ser objeto de examen por parte de una autoridad judicial. Se trata, entonces de un conjunto de reglas tendientes a definir el marco de acción de los jueces como medio de protección de los derechos.

4.1.1. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión

La posibilidad de acudir ante los órganos de justicia no es sino una de las manifestaciones del derecho de petición, reconocido por la Constitución entre las garantías inherentes a la naturaleza de la persona e indispensables para su desenvolvimiento moral y material (24).

De hecho, la primera condición para que un sistema de administración de justicia pueda considerarse eficaz, es que las personas puedan llegar efectivamente ante los jueces con sus reclamos. Esta posibilidad puede verse limitada por exigencias establecidas en la misma ley, restringiéndola (limitaciones formales), o por la incidencia de ciertos hechos que la obstaculizan en la práctica, tales como la distancia o el costo (limitaciones fácticas).

En este sentido, la situación óptima consistiría en que las leyes no establezcan limitaciones o restricciones formales y que el estado introduzca mecanismos capaces de anular el peso relativo de las limitaciones fácticas.

Hay, sin embargo, factores que impiden que esa situación óptima sea realidad. Algunos son necesarios y, en consecuencia, no se apartan de las exigencias del debido proceso. Otros son francamente arbitrarios y, aunque establecidos legalmente, contravienen esta expresa norma constitucional.

A.- Las limitaciones derivadas de la necesidad de orden

La necesidad de ordenar el acceso, obliga a limitarlo. En efecto, cuando las normas procesales organizan el acceso según diversos criterios para garantizar la funcionalidad del sistema, limitan la posibilidad de acceder a la justicia.

La línea que separa la necesidad de la arbitrariedad puede ser, en muchos casos, casi imperceptible. Todas las limitaciones provenientes de la necesidad de ordenar el acceso, a partir de cierto punto pueden constituirse en exigencias arbitrarias.

Conviene hacer un breve examen de los principales casos, para ver en qué medida las normas que los concretan pueden constituir una indebida limitación al acceso.

a) Las reglas sobre la capacidad procesal

La circunstancia de que ciertas personas no puedan acudir por sí mismas con sus reclamos ante los órganos de justicia, constituye, ciertamente una limitación formal al acceso libre. Esta limitación proviene de la necesidad de proteger los intereses del propio reclamante, cuando por sus características personales, su juicio y su arbitrio resultan insuficientes. Así, los incapaces no pueden, en

general, formular reclamo judicial sin el concurso de su representante legal (25), aunque, para ciertas materias, la propia ley reconozca una capacidad procesal especial.

Su fundamento, por otro lado, no puede ser discriminatorio. En consecuencia, solamente serían admisibles las limitaciones en consideración a la persona establecidas con la finalidad de proteger al propio reclamante. Aquí entra en juego otro precepto constitucional: el relativo a la igualdad, ya que cualquier intento de crear una suerte de incapacidad artificial, aun a título de protección, entrañaría un tratamiento desigual, constitucionalmente indamisible.

De otro lado, el reconocimiento de derechos a entes que carecen de personalidad jurídica, cada vez más frecuente, genera una limitación indebida, aunque involuntariamente establecida, pues resulta de la falta de coherencia entre las normas que exigen el requisito de la personalidad jurídica como supuesto necesario para la capacidad procesal y las nuevas, que reconocen esos derechos. Así, por ejemplo, la propia Constitución en sus artículos 83 a 92 reconoce derechos a los pueblos indígenas y a los consumidores, e indeterminadamente a la población en general. Pero fuera de los pocos casos en los que la legislación establece la llamada "acción popular" los derechos de los consumidores o de los pobladores considerados genéricamente, no podrían reclamarse judicialmente. El caso de los pueblos indígenas es todavía más evidente: los derechos a los que se refiere la Constitución son de carácter colectivo, es decir que no se reconocen individualmente a los individuos integrantes del grupo, sino al grupo en sí. Pero el pueblo, como tal, no tiene personalidad jurídica y carece, por consiguiente de capacidad procesal. Se volverá sobre este tema más adelante, al hablar de la exigencia de interés directo.

b) La exigencia de interés directo

En principio, solamente quien se ve afectado por la conducta de otro, puede intentar con éxito una acción, es decir, demandar la intervención y el pronunciamiento de los jueces. "El que intenta una demanda debe tener interés; es decir, debe aspirar a algún provecho real y efectivo que provenga directamente del fallo que solicita", enseña Peñaherrera, y agrega que dicho interés puede ser simplemente moral, pero siempre "nacido y actual", aunque en ocasiones esté subordinado a cierta condición o evento (26). Esto no impide que una persona pueda reclamar por otra o a nombre de otra, siempre que la representante o sea su procurador o mandatario.

Aunque en sentido genérico la expresión interés aplicada al ámbito procesal alude a cualquier circunstancia o situación que a una persona le permite intentar, aún sin estricto derecho, una acción procesal, la doctrina distingue al menos tres grados o niveles de vinculación entre un sujeto y la posibilidad de instar: el derecho subjetivo, entendido como la protección que el orden jurídico otorga en forma exclusiva a un individuo determinado; el interés legítimo, que habilita a los miembros de una clase o grupo para reclamar contra los actos que la afectan, sin que tal reclamación conlleve la posibilidad de reparación pecuniaria y, finalmente, el interés simple, definido como el que todo ciudadano tiene en que la ley sea cumplida. Este último no da derecho a interponer reclamos o a ejercitar acciones, y solamente permite presentar denuncias (27), salvo situaciones especiales en que la ley otor-

ga habilitación procesal a quien tiene nada más que interés simple, mediante la llamada acción popular.

No hay motivo para discutir los principios básicos de esta limitación, inherente al carácter de los intereses que se trata de proteger o satisfacer. La situación de los llamados intereses difusos, requiere sin embargo de un tratamiento especial, inexistente en el ordenamiento jurídico nacional.

Hay un interés difuso cuando el daño real o potencial derivado de la inobservancia de la norma jurídica, no afecta a personas determinadas, sino a un grupo de sujetos indeterminados, definidos solamente por su calidad común, como ocurre por ejemplo con los habitantes de una localidad cuando se infringen las regulaciones relativas a la preservación del paisaje o a la protección de la fauna.

La posición tradicional de la doctrina, como se dijo, no reconoce en estas situaciones otra forma de instar que la presentación de una denuncia en guarda de la legalidad, de manera que sean las autoridades competentes, generalmente del orden administrativo, las que se encarguen del castigo al infractor y de procurar la eventual reparación del daño. Las limitaciones de esta postura son evidentes, porque la simple denuncia no crea derecho alguno con respecto a la prosecución de la instancia y no impide, por lo mismo, que la inacción mostrada por el órgano público antes de la denuncia, persista después.

Sin embargo, es muy antigua en el derecho y específicamente en el derecho civil, la protección en ciertos casos excepcionales de algunos intereses difusos mediante la llamada acción popular. Así ocurre, por ejemplo con la extensión de los derechos del dueño concedida a favor de "cualquier persona del pueblo" por el artículo 1012 del Código Civil, a fin de que se procure judicialmente la remoción o enmienda de los obstáculos puestos en caminos, plazas u otros lugares de uso público, así como de los peligros que amenacen a quienes transiten por ellos. Parecida acción concede el artículo 2260 del mismo Código "en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas". En ambos casos, como es característico de este tipo de acción, quien la promueve no solamente se considera parte en el juicio, sino que, además, tiene derecho a que se le reconozca una compensación por el tiempo empleado en la gestión, además de los gastos y costas efectuados.

Pero esta clase de normas se ha mirado tradicionalmente como excepcional; una suerte de curiosidad. La profusión actual de situaciones en las que se reconocen derechos a colectividades carentes de personalidad jurídica, obliga a pensar en el establecimiento de una institución procesal con alcance general que pueda ser invocada en todos los casos de protección a los intereses difusos. Su inexistencia crea una situación de indefensión contraria a la regla constitucional, porque se está ante el caso de un derecho reconocido por norma expresa, cuya infracción no puede reclamarse.

c) La intervención de abogado

No solamente los escritos o pedimentos ante los jueces y tribunales, sino además toda solicitud o exposición ante los organismos, instituciones y dependencias del Estado en las que se formulen cuestiones de derecho, deben llevar firma de abogado (28).

Esta exigencia restringe el acceso a la justicia, aunque su fundamento se vincule con la necesidad de garantizar a toda persona una defensa adecuada. El supuesto del que se parte es que tal defensa requiere de conocimientos especializados, cuyo dominio caracterizaría a los abogados. Si solamente de esto se tratara, la asesoría de un abogado debería ser un derecho, una garantía reconocida al ciudadano, no una exigencia legal. Esta última, y consiguientemente la restricción, surgen más bien como respuesta a los intereses gremiales de los propios abogados.

Efectivamente, la ley podría distinguir entre la prestación de servicios legales para terceros, que es lo que caracteriza a la profesión legal, de la autodefensa, es decir la posibilidad de que una persona defienda por sí misma sus propios intereses, con prescindencia del concurso de abogado (29). Si la legislación limita esta posibilidad, es para evitar que sirva de escudo a quienes pretenden ejercer la abogacía sin estar autorizados legalmente.

Aunque por las características socio económicas relacionadas con el ejercicio de la profesión legal, la exigencia de respaldo profesional constituye, de facto, un importante obstáculo al libre acceso a la justicia, especialmente para los más pobres, la eliminación total de tal exigencia no sería una buena solución, porque no llegaría al fondo del problema. Los pobres, en efecto, seguirían sin la posibilidad de contar con servicios legales adecuados y la desventaja que ahora soportan posiblemente se agravaría.

De aquí surge la necesidad de contar con un sistema eficiente de defensoría pública. Precisamente, el número 10 del artículo 24 de la Constitución ha considerado la existencia de este sistema entre las garantías del debido proceso, aunque limitándola al servicio de ciertos grupos vulnerables y de las personas que no dispongan de medios económicos.

Esta limitación, aunque conste del propio texto constitucional, no se justifica. La defensoría pública surge como respuesta a la necesidad del estado de ofrecer consejo legal competente y oportuno a todo aquél que, en un momento procesal determinado, no haya designado un abogado de su confianza para que le asesore, sin que importen los motivos o los factores que hayan conducido a ese resultado.

d) El número mínimo

Otra exigencia inadmisibles en un sistema democrático es la relativa a la concurrencia de un número mínimo de interesados como requisito de legitimación activa. Resulta atentatorio al principio según el cual los derechos se reconocen y garantizan tanto a la persona individual como a los entes colectivos. Si lo que está amenazado es el derecho individual, hay que reconocer al individuo la posibilidad de defenderlo, forme o no parte de un ente colectivo.

Paradójicamente, esta garantía básica se ha visto seriamente limitada por la propia Constitución, cuyo artículo 277, exige un número mínimo de mil ciudadanos para presentar una demanda por inconstitucionalidad en contra de normas de carácter general o de actos administrativos.

B.- La indefensión originada por situaciones normativas que ponen a ciertas personas o a ciertas decisiones

formalmente fuera del alcance de la justicia:

a) La inmunidad

Si se pone a una persona fuera del alcance del sistema de justicia, se limita en la práctica el acceso de quienes eventualmente se vean perjudicados por la conducta de aquélla. Esta situación resulta inadmisibles en un régimen democrático. Sin embargo, subsiste en ciertos casos bajo la forma de inmunidad.

En el Ecuador, la inmunidad constitucionalmente reconocida favorece a los legisladores (30) y significa que no puede iniciarse proceso penal contra ellos, salvo en el caso de delito flagrante, cuya ocurrencia debe ser calificada por el Congreso. La disposición constitucional refuerza la inmunidad, de manera todavía más injustificable, con una suerte de irresponsabilidad civil, al establecer que los diputados no serán civilmente responsables por las opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones (31).

Hay además otros funcionarios de elección popular, los concejales, el Prefecto y los consejeros provinciales a los que, sin llegar a la inmunidad, la ley ha favorecido también con una protección especial, que les pone, al menos parcialmente, fuera del alcance del sistema de justicia, al impedir que se les persiga por las opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones.

Ambas son situaciones de privilegio, enraizadas en la tradición política europea, cuya existencia suele justificarse con la necesidad de impedir que el ejercicio de la representación popular pueda ser obstaculizado mediante el uso artificioso del proceso judicial. En la práctica, como es de conocimiento general, la inmunidad parlamentaria ha conducido a una verdadera impunidad, cuyo manto protector se despliega en función del juego de fuerzas entre los partidos.

Igualmente injustificada es la irresponsabilidad funcional de los concejales y consejeros.

Una y otra han sido no solamente obstáculos para la justicia, sino también causas determinantes para que en la práctica política ecuatoriana haya tan poco respeto por la honra ajena.

La irresponsabilidad por las opiniones emitidas en ejercicio de una función de elección popular, debería limitarse exclusivamente al voto que se emite respecto de una cuestión concreta y a los fundamentos invocados para sustentarlo. La inmunidad parlamentaria, injustificablemente extendida al ámbito civil, debería limitarse a la exigencia de que, para hacer efectiva la orden judicial de privación de libertad contra un legislador, se cuente con autorización del Congreso, pero sin que tal autorización sea necesaria para la iniciación del proceso penal.

b) Las facultades de los Tribunales de Honor

Durante los gobiernos de facto de los años setenta, comenzaron a proliferar las llamadas leyes de defensa profesional, cuyas normas, junto con la afiliación obligatoria a la organización gremial, establecieron la existencia de los llamados tribunales de honor, integrados por individuos de la respectiva profesión, electos por las instancias gremiales. Las facultades de estos tribunales no se limitan a la imposición de sanción internas, sino que alcanzan al juzgamiento de la conducta profesional y pueden llegar a la suspensión y hasta a la prohibición del ejercicio profesional. Lo curioso es que a los fallos de tales tribunales se ha querido reconocerles fuerza inamovi-

ble, equivalente a la de la cosa juzgada y, por consiguiente, impedir su revisión por la justicia ordinaria.

Esta pretensión atenta indudablemente contra las normas del debido proceso. La Constitución española es, en este aspecto, terminante: "Se prohíben", dice en su artículo 26, "los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales".

No cabe duda que a partir del reconocimiento constitucional de las normas del debido proceso, semejante pretensión no puede subsistir. Mientras la ley no se reforme o se adopte, en general una prohibición semejante a la española, hay que reconocer que los únicos que podrían resolver en definitiva sobre el derecho de un individuo a ejercer su profesión, son los órganos de la justicia ordinaria.

4.1.2. Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto

La generalidad se constituye, como se dijo, en garantía de neutralidad y de imparcialidad, de manera que toda persona sea juzgada, ante identidad de circunstancias, por el mismo juez o, al menos, por el juez definido de acuerdo a los mismos criterios.

El problema surge cuando la ley establece, aunque sea con carácter general, competencia para el conocimiento de cierto tipo de asuntos a jueces distintos de los ordinarios. Así ocurrió, por ejemplo, con los llamados tribunales especiales, establecidos por el Gobierno Militar en los años setenta y así ocurre todavía cuando, en virtud de regímenes de emergencia, se somete a los tribunales militares a civiles que no son miembros de la institución armada, o a los miembros de un grupo profesional a tribunales gremiales.

La Constitución española subsana la cuestión refiriéndose expresamente a la justicia ordinaria: "todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley" dice el artículo 24.

4.1.3. La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación

Con excesiva frecuencia, al examinar con sentido crítico el sistema procesal, suele invocarse al procedimiento oral como si fuera el remedio a los males provenientes de una concepción procesal obsoleta, rígida, proclive a la proliferación de incidentes, poco funcional y levantada a espaldas de las posibilidades que ofrece la tecnología.

Lo que caracteriza al procedimiento oral es fundamentalmente la posibilidad de contradicción respecto de la prueba, la cual, debidamente concentrada, se presenta, discute y valora en una o más audiencias con la presencia del juez, las partes, los testigos, los peritos y las demás personas que algo tienen que ver o que decir con respecto al asunto materia del litigio. Esto le permite al juez evaluar los planteamientos de las partes con vista de la prueba, conocer de una vez todas las cuestiones relacionadas con la controversia y emitir, en corto tiempo su sentencia.

De manera que aunque el procedimiento oral sea, como lo es, una solución adecuada particularmente en lo que tiene que ver con la calidad del resultado, su invoca-

ción a manera de remedio inmediato es ilusoria y mucho más si se pretende presentarlo como un instrumento de descongestión en el despacho de las causas.

En efecto, si bien para las partes la duración del juicio es menor si se lo ventila sujetándose a un procedimiento oral, éste, en cuanto garantiza una aplicación estricta del principio de inmediación, exige al juez mayor tiempo de dedicación a cada caso y, por consiguiente, obliga a limitar el número de causas de despacho simultáneo. De otra parte, la adopción del procedimiento oral supone una organización administrativa diferente, distintas habilidades en el personal judicial, cierto entrenamiento en abogados y jueces. Estas dificultades, que son reales, no deben servir de pretexto para postergar en el tiempo la aplicación del precepto constitucional.

El sistema oral ofrece ventajas cualitativas frente al vigente. Permite un mejor examen del caso por parte del juez y una mayor garantía a los derechos de las partes. Hay que afrontar las dificultades para superarlas y hacerlo dentro del plazo establecido por la disposición transitoria de la Constitución.

En consecuencia, no solamente habrá que elaborar con cuidado las distintas etapas de una secuencia de transición, sino que, previamente tendrán que adoptarse medidas tendientes tanto a la capacitación de abogados y jueces, como a depurar el sistema de justicia de ciertos defectos que, aunque no sean parte del procedimiento en sí, pesan sobre el sistema procesal y que, paradójicamente, contradicen uno a uno los objetivos a los que, según la Constitución deben tender las leyes procesales. Tales defectos son la acumulación de funciones no jurisdiccionales en el juez, la inexistencia de mecanismos preprocesales, la insuficiencia de las facultades del juez en orden a dirigir y controlar el proceso, la multiplicidad de procedimientos y la deficiencia en los mecanismos de gestión administrativa.

4.1.4. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades

Las reglas del debido proceso ofrecen un punto de referencia bastante claro para que los tribunales y los órganos administrativos puedan darle contenido concreto a este útil precepto. En efecto, la antigua discusión respecto a si determinadas formalidades son o no prescindibles, queda superada si uno se remite a las reglas del debido proceso: solamente éstas son indispensables. Cualquiera otra, es una formalidad prescindible.

4.2. La legitimidad de la sanción:

4.2.1. No se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza.

Es otra innovación de gran importancia, mediante la cual queda elevado a la condición de precepto constitucional el principio de la irretroactividad de las leyes, el cual deja de ser solamente una regla o criterio de interpretación destinado al juez. En efecto, si no puede juzgarse a una persona, en cualquier ámbito o materia, puesto que la Constitución no hace distinción alguna, sino conforme a leyes preexistentes, el legislador no puede pretender que, mediante una ley retroactiva se quebrante ese precepto. El principio se convierte así en regla

para el legislador, tanto como para el juez.

Como era de esperar, el primero en quebrantar la Constitución ha sido el Congreso.

4.2.2. A nadie se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley.

La forma en que la Constitución ha consignado este precepto genera problemas de suma complejidad. El enunciado es absoluto, de manera que el principio de reserva de ley comprende no solamente la tipificación de infracciones penales, sino que se extiende también a las potestades disciplinaria y de policía de la administración y a la potestad legislativa de los gobiernos seccionales.

La potestad disciplinaria de la administración queda de esta manera prácticamente suprimida, porque es impensable que una ley tipifique todas las faltas administrativas que podrían cometer los funcionarios y empleados o, en general, las personas afectas a un servicio público: desde el atraso, hasta las faltas de orden deberían estar tipificadas en la ley y sancionadas con una pena.

El caso de las municipalidades es todavía más grave, puesto que la posibilidad de que puedan aplicar sanciones mediante ordenanza, por el incumplimiento de las disposiciones de ésta, queda constitucionalmente cuestionada.

Si lo que se quería era evitar abusos, bastaba, además de extender a las actuaciones administrativas los preceptos del debido proceso, establecer la prohibición de que la administración pueda imponer cierto tipo de sanciones, cualquiera que sea la falta. La Constitución española, por ejemplo, dispone que "la Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad" (32). Cosa similar debería haberse hecho, aunque sin limitar la prohibición solamente a la pena privativa de libertad, sino extendiéndola además a otras sanciones típicamente penales, como la inhabilitación permanente para el ejercicio de ciertos derechos.

4.2.3. En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado

La novedad consiste en que el principio de la retroactividad en favor del reo se extiende ahora, por mandato constitucional, a todo tipo de sanción y no solamente a la de carácter penal. Lo mismo ocurre con el principio de la aplicación de la ley más favorable en caso de duda.

4.2.4. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente

También aquí parece que habría sido deseable una redacción más precisa. Si la persona a la cual se aplica la sanción es el único recurrente, la aplicación del principio no ofrece dificultad alguna. Pero si además de su recurso se ha presentado también otro por la contraparte en el proceso o procedimiento, no podría decirse que pueda operar la "non reformatio in pejus". Si así fuera, la injusticia consagrada en primera instancia para favorecer al reo de una infracción permanecería inalterable y los recursos, inclusive el de casación, carecerían de sentido.

A menos que se quiera consagrar un absurdo jurídico, la jurisprudencia tendrá que ir superando el problema, limitando la aplicación del principio a los casos en los que el sancionado es el único recurrente.

4.2.5. Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones

Se trata de una regla para el legislador. También para aplicarla es necesario distinguir al menos entre dos situaciones posibles.

En primer lugar, cuando por medio del mismo acto legislativo se tipifica más de una infracción y se asigna, por consiguiente, más de una sanción. Aque el la aplicación del principio es inmediata, aunque queda siempre sujeta al criterio del juez constitucional la apreciación respecto a cuál de las faltas es más grave.

El segundo supuesto presenta todavía una situación más compleja. Cuando se aprueba una nueva ley sancionadora, no se guardan para la apreciación de la gravedad de las faltas y de las penas, los mismos criterios que estuvieron vigentes cuando se expidieron otras leyes sancionadoras aplicables a la misma materia. Así, las recientes reformas al Código Penal en materia ambiental, introducen sanciones cuya gravedad no necesariamente guarda relación con las previstas para otros delitos por el mismo Código Penal.

El principio constitucional debería obligarle al legislador a cuidar ambos aspectos.

4.3. La presunción de inocencia

Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada. También en este aspecto la novedad reside en la extensión del principio, concebido tradicionalmente para lo penal, a todas las materias.

4.4. El derecho de defensa:

Está regulado en la Constitución con cierta minuciosidad, lo cual constituye una ventaja frente al texto anterior, que lo limitaba a lo penal.

4.4.1. Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento

Además de su importancia en el proceso penal, de la cual se tratará en otra oportunidad, el respecto al derecho de defensa tiene especial importancia en el procedimiento administrativo, siempre que con la resolución que se adopte se pueda afectar un derecho.

El problema surge particularmente cuando la ley o el reglamento se han concebido sin tener presente la necesidad de dar paso al derecho de defensa y establecen un procedimiento que ofrece garantías plenas a las personas cuyos derechos pueden verse afectados.

El propio Tribunal Constitucional no siempre ha respetado este derecho al tramitar en instancia de apelación la acción de amparo, debido a que la Ley de Control Constitucional alude solamente al peticionario del amparo y al órgano que expidió el acto como contrapartes. Pero son múltiples las situaciones en las cuales el acto administrativo cuyos efectos se trata de suspender ha creado o reconocido derechos a favor de terceros. En ese caso, las normas del debido proceso obligarían a que en el trámite de la acción de amparo ante el juez, se cuente con este beneficiario del acto y que el Tribunal le reconozca su derecho a ser parte del procedimiento.

4.4.2. Toda persona tendrá el derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra.

Para que el derecho a la defensa pueda ser eficaz, es indispensable que la persona de quien se afirma ha vio-

lado la ley, conozca los cargos que se le hacen. El artículo 8 del Pacto de San José incluye entre las garantías judiciales básicas a la "comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada". El numeral 12 del ya citado artículo 24 de la Constitución, por su parte, garantiza a toda persona "el derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra".

Es preciso llamar la atención sobre los adjetivos que emplean estas normas, ambas de jerarquía constitucional: comunicación "detallada", dice el instrumento internacional, al tiempo que la Constitución exige que la persona inculpada sea "debida y oportunamente" informada. ¿Qué es lo que debe detallarse? ¿Cuándo la información sería indebida? La respuesta a estas preguntas remite necesariamente a la finalidad que se persigue con la exigencia normativa: ¿Por qué motivo la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, consagran esta garantía? La respuesta de la doctrina – y la del sentido común, podría decirse – es terminante: esta garantía es un medio para que pueda hacerse efectivo el derecho a la defensa.

La información debida a la persona contra la cual se formulan cargos, debe ser, entonces, de tal naturaleza que le permita ejercitar su derecho a defenderse. Para ello es imprescindible que comprenda no solamente la noticia de la inculpación, sino también una relación detallada de los cargos y de la conducta personal presuntamente antijurídica en la cual estos se apoyan.

Precisamente, refiriéndose al derecho de la persona a que se le comunique la imputación que se le hace, dice un estudio publicado por la Comisión Andina de Juristas:

"En cuanto al contenido de la información proporcionada, ésta debe referirse tanto a la naturaleza como a la causa de la imputación realizada. La naturaleza de la imputación tiene un sentido jurídico e implica identificar el tipo penal que la legislación señala para el caso. La causa de la acusación tiene un sentido fáctico y se refiere a determinar las circunstancias por las cuales se hace la imputación contra una persona determinada" (33).

Esto significa que si la imputación se hace en contra de varias personas por su eventual participación en un mismo hecho, el derecho a la defensa de cada una exige que la explicación de las causas de la imputación se efectúe con respecto a cada uno de los imputados, por separado.

Estas reflexiones, aunque originalmente provenientes del proceso penal, son extensibles a cualquier tipo de procedimiento, puesto que se está hablando del mismo derecho fundamental.

4.4.3. Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho

Se trata de un principio en cuya virtud toda orden, mandato o determinación del juez, debe fundamentarse. No es nuevo en nuestra historia legislativa, pero si es la primera vez que consta como precepto constitucional y es también la primera vez que se especifica su alcance, mediante la exigencia expresa de que el juez enuncie las

normas o principios en que se haya fundado y explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

Hay que notar que la exigencia de motivación es aplicable no solamente a las sentencias, sino a toda determinación mediante la cual se afecten derechos de las personas.

En el proceso penal interesa especialmente advertir que la exigencia constitucional obliga al juez a explicar dos decisiones con las cuales quedan siempre afectados los derechos de una persona: la decisión de sindicarla y la de disponer la prisión preventiva.

En ambos casos, la motivación debe comprender una referencia explícita a los hechos, es decir: en primer lugar, al acto u omisión específicos que le permiten al juez vincular al sindicado con la comisión del hecho delictivo; en segundo término, también una referencia explícita a los actos u omisiones a los que considera "indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso".

La exigencia constitucional debería haber puesto fin a la antigua práctica observada de manera generalizada por los jueces según la cual obviaban de hecho la obligación de justificar su decisión, con expresiones ambiguas. Ahora la Constitución le obliga al juez a ser preciso en su motivación de manera que, cuando sindique a varias personas, tendrá que referirse a cada una de ellas y, con mayor razón, cuando dicte orden de prisión preventiva contra varias personas. La motivación tendrá que satisfacer la exigencia de que, con respecto a cada una de ellas, se expresen los actos u omisiones que permiten vincularlas con el hecho delictivo y los indicios que permiten presumir su autoría o complicidad.

Los principios constitucionales son de aplicación inmediata. Así lo prescribe el artículo 18 de la Constitución y agrega:

"No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos o para negar el reconocimiento de tales derechos".

De manera que la exigibilidad de los principios del debido proceso no está supeditada a la promulgación de una nueva ley procesal. Deben ser aplicados ahora, a todos los procesos en curso.

Estos mismos principios son también aplicables a la excitativa fiscal, particularmente cuando contiene la pretensión de atribuir a una persona la participación en el delito.

La excitativa fiscal es el instrumento mediante el cual el Ministerio Público ejercita la acción penal. Así lo reconoce en forma unánime la doctrina. Dice el doctor Guerrero Vivanco:

"La excitativa fiscal es una declaración de conocimiento por medio de la cual, los representantes del Ministerio Público ejercen la acción penal, con el propósito de llevar a oídos del juez respectivo, la noticia del cometimiento de un delito perseguible de oficio, a fin de que se inicie el proceso penal correspondiente"(34) .

A su vez, Zavala Baquerizo advierte que la excitativa fiscal, desde el punto de vista formal, debe cumplir dos clases de requisitos: unos, a los que llama necesarios, jamás pueden faltar y el primero de ellos, es la relación del

delito. Los otros, a los que llama contingentes, no son indispensables y entre ellos se encuentra la nominación de los autores cómplices y encubridores) (35). Cuando esto ocurre, el Fiscal, al pedir que determinada persona sea sindicada en el juicio, está formulando una acusación concreta, aunque esta tenga carácter provisional. Dice Zavala:

"Pero cuando ya la persona ha sido señalada dentro de un proceso penal que tiene por objeto un delito perseguible de oficio, entonces, el Estado a través del órgano jurisdiccional penal, la sindicada de haber cometido el delito. Sindicar significa acusar a una persona dentro de un proceso penal. El juez considera en el auto cabeza de proceso que se ha cometido un delito, por cuanto el hecho que ha llegado a su conocimiento se encuentra descrito en la ley penal como delito y acusa provisionalmente como autor de ese delito a la persona a quien concretamente señala dentro del auto inicial". (36)

No cabe duda entonces de que, cuando el Ministerio Público solicita que se sindique a una persona, le imputa un cargo de naturaleza penal. Para hacerlo, está obligado a cumplir la exigencia del numeral 12 del artículo 24 de la Constitución: explicar no solamente cuál es el delito que se atribuye a los sindicados, sino también cuál es el acto u omisión de cada uno de ellos que permite vincularlo con la comisión del acto punible. Esta especificación, como quedó dicho, debe referirse necesariamente a cada uno de los sindicados. Si estas especificaciones no se cumplen, no puede decirse que la comunicación haya sido debida, detallada y oportuna, como exigen la Constitución y los instrumentos internacionales.

La actuación del fiscal también está sujeta a la exigencia constitucional relativa a la motivación de las decisiones. Efectivamente, la exigencia expresa del numeral 13 del artículo 24 de la Constitución no está referida únicamente a las decisiones de los jueces, sino, en general, a "las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas". Consiguientemente, comprende a los actos mediante los cuales el Ministerio Fiscal ejercita sus atribuciones.

4.4.4. Las partes tendrán derecho de acceso a los documentos relacionados con el procedimiento en el que deban intervenir

También se trata de una garantía básica para la defensa y también reviste especial importancia, además del ámbito penal, en el administrativo.

4.4.5. En cualquier clase de procedimiento, los testigos y peritos estarán obligados a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio respectivo

En su versión original, el texto propuesto a la Asamblea decía "En cualquier clase de procedimiento, los testigos y peritos están obligados a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio que verbalmente hagan las partes". Para poner fin a la falta de rigor técnico de que adolecen ambas pruebas en nuestro sistema procesal, tanto civil como penal, resulta indispensable que ambas pruebas tengan lugar durante una audiencia oral, en la cual tanto el testigo como el perito respondan al interrogatorio de quien requirió su testimonio y al contra interrogatorio directo, sometido al control del juez, de la contraparte. Ya se ha establecido así en el nuevo Código de Procedimiento Penal, aunque la modalidad no pueda entrar en vigencia sino luego de dieciocho meses de la

promulgación.

4.4.6. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna

Este precepto es una garantía de la eficacia de las demás reglas del debido proceso. Su importancia es innegable y les corresponde a los jueces hacerlo cumplir. Basta mencionar un ejemplo: existen en la práctica dia-

ria de los tribunales infinidad de situaciones en las cuales se pretende probar las pretensiones de alguna de las partes mediante "diligencias previas" practicadas sin la intervención de la contraparte. El valor probatorio de tales diligencias sería nulo, si se tiene en cuenta las reglas del debido proceso.

Las demás reglas del artículo 24 se refieren específicamente al ámbito procesal penal. Su análisis excede a los límites del presente trabajo.

NOTAS

1. Charles A. MILLER, *The forest of due process of law*, en J. Roland PENNOCK y John W. CHAPMAN, editores, *Due process*, New York University Press, 1977, p. 5.

2. Geoffrey MARSHALL, *Due process in England*, en J. Roland PENNOCK y John W. CHAPMAN, editores, *Due process*, New York University Press, 1977, p. 69.

3. Charles A. MILLER, *op. cit.*, págs. 6 a 10.

4. Marshall advierte que las referencias al término debido proceso de ley en la literatura jurídica inglesa son tan escasas, que ni siquiera consta como entrada directa en algunos de los diccionarios y de los repertorios más importantes. Vid. Geoffrey MARSHALL, *loc. cit.*

5. Las referencias acerca de la evolución histórica del concepto en la jurisprudencia norteamericana provienen de las siguientes fuentes: Gerald GUNTHER, *Constitutional Law*, The Foundation Press Inc, 1985, Caps. 7 y 8; J. H. KILLIAN y G. A. COSTELLO, (Ed.), *The Fourteenth Amendment*, Congressional Research Service, Library of Congress for the United States Senate, <http://caselaw.findlaw.com/data/constitution/amendment14/>.

6. *Wynehamer v. People*, 13 N.Y. 358 (1856)

7. *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884)

8. *Chicago, M. & St. P. Ry. Co. v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890)

9. *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897)

10. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925)

11. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

12. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)

13. *Cruzan v. Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990)

14. Henry J. ABRAHAM, *The judiciary: the Supreme Court in the Governmental Process*, New York University Press, 1996, págs. 118, 119.

15. "Las reglas del debido proceso existen para proteger a la personas no de la privación misma del derecho, sino de la privación injusta o indebida de la vida, la libertad o la propiedad", *Carey v. Piphus*, 435 U.S. 247, 259 (1978)

16. *Mitchell v. W.T. Grant Co.*, 416 U.S. 600, 604 (1975)

17. "Lo que significa el debido proceso de ley, depende de las circunstancias. Varía con la materia y con las necesidades de la situación. El debido proceso de ley es aquél en el cual las formas que deben observarse resultan apropiadas para el caso y justas para las partes. Debe ser el procedimiento que generalmente se observa para situaciones análogas y debe adaptarse al propósito perseguido. Siempre que sea necesario para la protección de las partes, debe ofrecerles la oportunidad de ser oídas respecto de la justicia del pronunciamiento en cuestión. Cualquier procedimiento observado por una autoridad pública, sancionado por la costumbre o establecido por la discreción del poder legislativo que preserve estos principios de libertad y justicia, debe tenerse como el debido proceso de ley. *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516, 537 (1884).

18. "La identificación de las exigencias específicas del debido proceso, generalmente requiere de la consideración de tres factores distintos: primero, el interés privado que se verá afectado por la acción oficial; el riesgo de afectar erróneamente ese interés mediante el procedimiento empleado y la valoración probable, si existen, de otros medios procedimentales y, finalmente, de protección el interés del Gobierno, incluida la función desempeñada o el propósito perseguido, así como la carga fiscal y administrativa que el empleo de procedimientos adicionales o sustitutivos generaría." *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 335 (1976)

19. La Constitución española desarrolla los principios del debido proceso, sin emplear esta denominación, en la forma siguiente: "Artículo 23, núm. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publi-

NOTAS

dad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.- Artículo 24 : 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los que jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.- 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.- Artículo 25: 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.- 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.- 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

20. "La naturaleza misma del debido proceso está reñida con cualquier idea de la existencia de procedimientos universales susceptibles de aplicarse a cualquier situación imaginable" *Cafeteria & Restaurant Workers Union v. McElroy*, 367 U.S. 886, 894-95 (1961).

21. "Cuando una regla de conducta ha de aplicarse a más de unas pocas personas, es prácticamente imposible que cada uno pueda tener directa voz en su adopción. La Constitución no exige que todo acto del poder público se emita en asamblea popular. Las normas de carácter general provenientes del poder del Estado a veces afectan a las personas o a la propiedad de los individuos hasta el extremo sin ofrecerles la posibilidad de ser oídos. Los derechos, en esos casos, están protegidos en la única forma en que pueden serlo en una sociedad compleja, mediante el poder del pueblo, remoto o inmediato, sobre aquellos que hacen las leyes" *Bi-Metallic Investment Co. v. State Bd. of Equalization*, 239 U.S. 441, 445-46.

22. "En raras y extraordinarias situaciones cuando la acción sumaria es necesaria para prevenir daño inminente al bien público, y el interés privado afectado puede estimarse razonablemente como de menor importancia, el poder público puede tomar acciones sin previa noticia y sin oportunidad de defensa previa, sujetándose a un completo examen posterior de su actuación" *Board of Regents v. Roth*, 408 U.S. 564, 570 n.7 (1972), citado por J. H. KILLIAN y G. A. COSTELLO, loc. cit.

23. Opinión consultiva OC-9/87

24. Art. 23, núm. 15

25. Código de Procedimiento Civil, arts. 34 y 35.

26. V.M. Peñaherrera, *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*, Quito, 1960, Editorial Universitaria, Tomo III, p. 166

27. Agustín Gordillo, *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966, p. 324

28. Artículos 148 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y 50 de la Ley de Federación de Abogados

29. Según la legislación vigente, es posible que una persona comparezca a una junta u otra diligencia dentro del juicio por sí misma, sin en el concurso de abogado. Pero solamente los abogados pueden ser procuradores, es decir, actuar como mandatarios para comparecer en juicio por otro, excepto cuando se trata de comparecer ante autoridades, judiciales o no, residentes en cantones en los que no hay por lo menos cinco abogados (arts. 44 CPC y 49 LFA)

30. Artículo 137 de la Constitución

31. Artículos 33 de la Ley de Régimen Municipal y 24 de la Ley de Régimen Provincial.

32. Artículo 25

33. Comisión Andina de Juristas, *Los sistemas de defensa pública en Bolivia, Colombia y Perú: un análisis comparado*, Lima, 1998

34. Walter Guerrero Vivanco, *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, pág. 150

35. Jorge ZAVALA BAQUERIZO, *El Proceso Penal*, Tomo I, págs. 324 a 328

36. Jorge ZAVALA BAQUERIZO, *El Proceso Penal*, Tomo III, pág. 506

SECCIÓN LIBRE

Fernando de Trazegnies Granda:
La Desmaterialización del Derecho. Del Derecho de Pernada al Internet.

Luis Enrique Farías Mata:
La Primera Disposición Transitoria de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Aplicación de la Ley en el Tiempo.

Patricio Quevedo Terán:
La Constitución del '38: ¿realidad o ficción?

Juan M. Quevedo:
Las Constituciones del Ecuador.

Javier Robalino:
El Silencio Administrativo. Breves Apuntes.

Hugo A. Acciarri y Andrea Castellano:
El Análisis Económico del Derecho de Daños Responsabilidad Civil y Eficiencia Económica.

Del derecho de pernada al Internet

Fernando de
Trazegnies Granda

La desmaterialización del Derecho (1)

El proceso de desmaterialización ha afectado a todo el Derecho y se ha ido profundizando a medida que avanzaba la modernidad. Al punto que la práctica y el orden jurídico contemporáneos en gran parte están contruidos sobre la base de símbolos y emblemas, de representaciones, de sombras, de situaciones meramente delineadas que, sin embargo, son tan fuertes o más fuertes que las realidades tangibles.

I. INTRODUCCION

En los conventos de la Edad Media, se acostumbraba designar a un miembro de la comunidad para que a la hora de la cena entretuviera a los demás monjes con lecturas espirituales. Estas charlas de refectorio tenían una doble finalidad. De un lado, permitían aprovechar el tiempo y no perder ni aun el momento de satisfacción de las bajas necesidades materiales para proseguir en la tarea de la edificación del alma. Por otro lado, la lectura apartaba a los monjes de los sabores y olores que ascendían desde la mesa y así evitaba que éstos incurrieran en la tentación de la sensualidad culinaria.

Hoy me siento muy incómodo entre ustedes porque tengo la impresión de que estoy en la situación de ese monje aguafiestas, que ha sido llamado para frustrarles con abstractos discursos los placeres materiales -pero no por ello menos legítimos- de un buen almuerzo.

Pero como en este gran teatro del mundo a cada uno le corresponde desempeñar el papel que le ha sido asignado, no me queda más remedio que proponerles un tema de reflexión.

El pintor belga Magritte hizo un hermoso y preciso cuadro en el que solamente aparecía una impecable pipa. Pero agregé debajo de ella la frase: "Esta no es una pipa". Y efectivamente no era una pipa: era la imagen de una pipa. Lo mismo podríamos decir hoy de muchas cosas y, en particular, del Derecho. Muchas de las instituciones y procedimientos que utilizamos los juristas contemporáneos han perdido su materialidad: ya no son una cosa sino la representación de una cosa. Por eso, he pensado que podríamos conversar sobre la desmaterialización del Derecho.

¿Qué significa esta expresión que suena muy abstracta? ¿Qué es lo que quiero decir cuando hablo de una desmaterialización del derecho? En realidad, el concepto se va a ir mostrando más claramente durante el desarrollo de esta exposición. Pero me gustaría desde el inicio presentarles una aproximación, incluso un tanto brutal, al tema que quiero tocar.

Regresemos por unos instantes nuevamente a la Edad Media. En esa época fascinante y aterradora, el señor feudal tenía el derecho de gozar de la primera relación sexual con cada mujer de sus dominios. En consecuencia, la noche anterior a la boda, todo novio debía llevar a su futura esposa a la cama del señor. Este era un derecho absolutamente material, un derecho sobre el cuerpo mismo, un derecho tangible en el sentido más literal del término. Sin embargo, pronto ese derecho inició, ya en la propia Edad Media, un proceso de desmaterialización, tanto debido a la reprobación de la Iglesia como a cambios en las costumbres. Paulatinamente, el derecho de pasar la noche con la joven virgen y gozar físicamente de su cuerpo fue ejercitado bajo la forma emblemática de que el señor pusiera solamente una pierna sobre el lecho de la novia. De ahí que ahora conozcamos esa institución feudal con el nombre de derecho de pernada. Como podemos ver, ese derecho que tenía originalmente una substancialidad material pasó a convertirse en un mero gesto simbólico, en un emblema abstracto del señorío sin ninguna participación de los sentidos. Para utilizar palabras hoy de moda, podríamos decir que, al pasar a ser pernada, el derecho al sexo material se convirtió en una forma jurídica de sexo virtual.

Este proceso de desmaterialización, como lo veremos a continuación, ha afectado en general a todo el Derecho y se ha ido profundizando a medida que avanzaba la modernidad; al punto que la práctica y el orden jurídico contemporáneos en gran parte están contruidos sobre la base de símbolos y emblemas, de representaciones, de sombras, de situaciones meramente delineadas que, sin embargo, son tan fuertes o más fuertes que las realidades tangibles.

II. LA DESMATERIALIZACION MODERNA DEL DERECHO

1. Materialismo y desmaterialización.

Hablar de desmaterialización en el mundo moderno puede parecer un tanto paradójico porque estamos acostumbrados a oír que la modernidad ha acentuado el ma-

terialismo y que, consecuentemente, vivimos en un mundo que es calificado como materialista. La Iglesia nos lo ha dicho con censura en repetidas oportunidades. Nos lo han dicho con nostalgia los sectores sociales tradicionales que lamentan la substitución de los valores y jerarquías aristocráticas por aquellos derivados del dinero y el comercio. También algunos movimientos políticos reformistas o revolucionarios han insistido en la condena al materialismo capitalista. Ciertos espiritualismos de fuente diversa han expresado con acritud su preocupación por el hecho de que el materialismo prima en nuestras vidas de hombres modernos. Y algunos de ellos, convertidos en fundamentalistas, han proclamado airadamente la guerra santa contra el materialismo actual.

Pero, ¿qué significa esta afirmación de que el mundo de hoy es materialista? ¿Cómo se compatibiliza con el planteamiento que quiero hacerles de que el Derecho se encuentra en proceso de desmaterialización?

En realidad, el materialismo puede ser entendido de muchas maneras; por eso, la afirmación de que el mundo actual es materialista tiene también múltiples significados. Para unos, el materialismo implica una primacía de lo económico sobre lo moral, una atención prioritaria a las formas de producción de bienes materiales sin tener en cuenta las exigencias axiológicas, sin prestar atención a los valores, particularmente aquellos, como la espiritualidad, la justicia y la caridad, aportados por el cristianismo. Para otros, el materialismo está constituido por el predominio de la sociedad burguesa sobre la aristocrática, con su acento en la obtención sistemática de bienes materiales antes que en la búsqueda de la gloria o en el respeto de la tradición. Por su parte, las tendencias políticas de izquierda, si bien otorgan la máxima importancia a la economía y a la producción de bienes materiales, utilizan un cierto concepto de materialismo para denunciar las desigualdades en la distribución de esos bienes. Por su lado, los espiritualismos critican al materialismo por quedarse en la parte exterior de las cosas, lo que lleva a cegar los espíritus, frustrándoles su capacidad natural de percibir realidades interiores más sutiles y elevadas.

Para los efectos de la reflexión que quiero llevar a cabo en esta exposición, voy a utilizar los términos materialismo y material en un sentido bastante más simple, más pragmático, casi de diccionario. Así, dentro de este orden de ideas, lo material es aquello que constituye el cuerpo de las cosas, es la parte de la realidad percibida por los sentidos, que tiene un lugar en el espacio y en el tiempo y que se manifiesta a través de un cierto comportamiento físico.

De esta forma, lo material se opone a lo formal, se opone a lo representativo y también a los productos de una racionalidad descarnada. Quizá podríamos decir más directamente, hablando en el lenguaje de moda, que lo material se opone a lo virtual. Sin embargo, esta afirmación sólo puede hacerse con una previa aclaración. Lo virtual ha sido siempre -filosóficamente hablando- algo que tenía una posibilidad de realidad, pero que todavía no estaba actualizado. De alguna manera, dentro de la acepción tradicional, lo virtual era algo que es y no es; o, quizá mejor, era algo que tenía el ser de poder ser pero todavía no era: lo virtual era lo que la filosofía llamaba la potencia. En cambio, con el desarrollo de la computa-

dora y de las comunicaciones electrónicas, la palabra "virtual" ha tomado más bien la connotación de inmaterial: no es algo que debe ser actualizado sino algo que ya es actual, pero que ha sido actualizado relativamente fuera del dominio de lo material, de lo físico.

El camino de la desmaterialización de la sociedad y, consecuentemente del Derecho, se inicia hace mucho tiempo atrás. Y, paradójicamente, quizá el primer hito de ese camino es la invención la invención de un elemento que usualmente caracteriza al materialismo: el dinero.

El dinero es un bien que no es un bien, es decir, es un bien que no tiene ninguna utilidad propia, que no nos da ninguna satisfacción por sí mismo, sino que simplemente nos coloca en la posibilidad de tener todo tipo de satisfacciones. Podríamos decir que el dinero es un bien de satisfacción virtual.

Por consiguiente, el dinero no es una cosa sino un símbolo, una representación de cosas que no están prefiguradas en la naturaleza del dinero mismo, una forma abstracta de acceder por su intermedio a cosas concretas. Por eso, el dinero puede ser un pedazo de metal o un pedazo de papel. Poco importa, porque lo que cuenta no es su materialidad sino su poder evocador. Por consiguiente, cuando las relaciones económicas entre los hombres se monetizan, el valor sensorial de uso cede en importancia ante el valor simbólico de cambio; y así lo virtual pasa a jugar un papel más activo que lo material.

2. El Derecho desmaterializado.

Este fenómeno de desmaterialización afecta todas las formas sociales. Y, ciertamente, el Derecho no podía quedar inmune. Si tenemos en cuenta que el Derecho es una de las formas más determinantes de la organización social, no cabe duda de que las nuevas orientaciones en las relaciones entre los hombres producen inmediatamente efectos tanto en la concepción del Derecho como en sus técnicas. Y este proceso de desmaterialización del Derecho se ha venido produciendo desde tiempos antiguos, cobró una gran importancia con la modernidad y se ha vuelto decisivo en las últimas décadas.

Es interesante realizar si no un inventario, cuando menos un muestrario de estas desmaterializaciones en el Derecho moderno.

a. Las personas.

Podemos comenzar con las personas, ya que son las protagonistas de la acción jurídica.

Como es sabido, los romanos entendían el Derecho como la ciencia de lo justo y de lo injusto basada en la *rerum notitia*, según frase de Ulpiano. Esta *rerum notitia* implicaba que había que atender a las cosas como son, sin caer en la tentación de operar dentro de un paraíso conceptual. Y, desde esta perspectiva asumida en forma restringida, el Derecho romano construyó la noción de persona sobre la base del hombre real, de la persona natural. En cambio, si bien reconoció la existencia de personas jurídicas con personalidad independiente, les dio muy poca importancia. Las fuentes casi no se ocupan de ellas y todo indica que tuvieron una mayor vigencia en lo que hoy llamaríamos el "Derecho Público": entre las corporaciones o *universitates* (palabra que viene de universalidad de patrimonio) se encontraba en primer lugar el Estado romano, luego los municipios y, por último, las asociaciones (llamadas también *collegia* o *sodalitates*) que agrupaban a los gremios, las hermandades

y otras instituciones con funciones casi públicas. Pero la vida civil, la actividad de todos los días, la operación propiamente dicha de la sociedad, se realizaba siempre por personas naturales en toda su corporeidad, seres de carne y hueso, perfectamente identificables y ubicables en el espacio.

La situación ha cambiado radicalmente en nuestro mundo moderno, donde la persona natural ha sido relegada a un segundo plano, tanto porque existen otros centros no materiales de derechos y obligaciones que actúan como biombos delante del hombre material llamados personas jurídicas, como también porque las funciones económicas más importantes de nuestra sociedad corresponden ahora precisamente a esos centros abstractos de imputación y no a las personas naturales.

La persona jurídica no es una persona material sino una construcción lógica. Sin embargo, piensa, decide, es propietaria, lucha contra otras personas jurídicas o celebra alianzas para aumentar su poder. El hombre real desaparece detrás de ella porque ya sólo cuenta desde la perspectiva abstracta del voto: es simplemente una unidad en la toma de decisiones; pero lo decidido se impone en tanto que voluntad de la sociedad sobre todos y cada uno de los miembros que la integran. En consecuencia, el hombre material ha pasado a formar parte de un todo constituido por un sistema inmaterial; y ese sistema prima sobre sus partes individualmente consideradas.

Aún más. La relación entre la persona natural y la persona jurídica se hace cada vez menos directa y transparente: una multitud de abstracciones tejen una red desmaterializada entre el hombre de carne y hueso y la sociedad. En la mayor parte de los casos de personas jurídicas significativas, los accionistas no son personas naturales sino otras personas jurídicas que a su vez pertenecen a otras personas jurídicas y éstas a otras, constituyendo una maraña de irrealidades que, sin embargo, tienen una realidad mayor que la material. Rastrear la presencia de los hombres naturales detrás de esas contrucciones de espejos, resulta difícil aún para un experto genealogista. Dentro de ese mundo de corporaciones, el hombre individual, la persona natural, se encuentra tan empequeñecido que cuenta muy poco. De ahí que se diga actualmente que las grandes corporaciones no pertenecen a sus accionistas sino a sus ejecutivos. Pero, si bien es exacto que los accionistas por sí mismos son incapaces de dirigir estas sociedades gigantescas, no es cierto tampoco que los ejecutivos y funcionarios de ellas tengan una capacidad total de manejo. En el fondo, las sociedades no pertenecen a esos ejecutivos y funcionarios sino que éstos pertenecen a la sociedad; y, finalmente, los criterios colectivos, que sobrepasan abrumadoramente las posibilidades tanto del funcionario como del accionista, se imponen en forma impersonal.

Claro está que todavía los hombres reales tienen una presencia en la vida del Derecho. Todavía son los hombres quienes contraen matrimonio, quienes tienen hijos, quienes se mueren y quienes heredan. ¡Menos mal! Pero no puede ocultársenos que esa presencia es muy marginal y que la sociedad se encuentra conducida por las corporaciones. Casi podríamos decir que en nuestro mundo de fines del S. XX, el hombre natural sólo tiene vigencia en el espacio reducido de la intimidad del hogar.

b. Las cosas.

Y, ¿qué sucede con las cosas? Las cosas constituyen por excelencia el reino de la materialidad. Las cosas son aquellos objetos físicos que el Derecho considera como un "bien", es decir, como algo que puede tener un valor digno de ser protegido. Es por eso que, en la antigüedad, cada vez que se planteaba la cuestión de saber cuál era el objeto de la propiedad, se abría paso la cosa en toda su materialidad, como modelo de aquello que puede ser propio.

Si regresamos nuevamente al Derecho romano, observaremos que ahí las cosas tenían una corporeidad definida: eran aquellos objetos tangibles, es decir, perceptibles por los sentidos, que requerían un espacio donde ubicarlos y que no podían ser desdoblados imaginativamente porque cada cosa era, para decirlo de manera perogrullesca, una cosa. Por eso también es que los romanos consideraban que sobre cada cosa no podía haber sino un propietario: la copropiedad, si bien era admitida en algunos casos no sin cierta repugnancia conceptual, constituía para el Derecho romano una suerte de monstruo jurídico porque perdía el contacto físico con la cosa material y le daba calidad de objeto del Derecho a unas cuotas ideales, causando muchas perturbaciones en la relación real entre la persona natural y la cosa material.

Por todo ello es que la organización que el Derecho romano da a la propiedad, apunta siempre a lo concreto, a las cosas en su verdadera realidad material. La propiedad romana se refiere a las tierras y a las fincas, a los elefantes y otros cuadrúpedos que se doman por el cuello, a las ramas de los árboles, a los vuelos de los muros, a las sepulturas, al oro y la plata, al rebaño y a las cosechas, a las carrozas con sus caballos. Solamente por excepción se habla de derechos reales sobre cosas incorporeales, como en el caso de la servidumbre o del uso; pero aun entonces, esa incorporeidad se resuelve en última instancia en una materialidad que constituye su sustento de realidad.

Esta concepción material de la propiedad está presente todavía en la mentalidad de los juristas del siglo pasado y de comienzos del presente siglo. Planiol y Ripert, en su célebre Tratado de Derecho Civil, todavía sostienen que el objeto de la propiedad es una cosa corporal y que no es propio aplicar este concepto a derechos incorporeales. Y Colin y Capitant, reconociendo que ya comienza a hablarse de propiedades abstractas, indican que sólo metafóricamente puede admitirse una expresión como "propiedad intelectual".

Porque la idea central de esa propiedad clásica es que está referida a la tierra, a la casa, al ganado, a los granos, a los objetos producidos en el taller. Quizá hasta bastante entrada la modernidad, la sociedad tenía todavía un carácter fundamentalmente agrícola y la propiedad era tratada por el Derecho con esa concreción y ese apego a la naturaleza que tiene el hombre de campo en su encuentro con el mundo que lo rodea. El Derecho Civil tradicional pretende organizar legalmente un paisaje bucólico, con tierras amenas, ríos, montes, frutos, animales que tienen crías, instrumentos de labranza.

Notemos que nuestras leyes actuales cultivan una cierta nostalgia de esas épocas. El Código Civil peruano legisla todavía sobre las piedras, las conchas u otras cosas análogas que se hallen en la orilla del mar, como las

que podemos encontrar en un caluroso día de playa. Y se refiere también a los animales de cacería, anotando con ingenioso razonamiento que pertenecen al cazador aun cuando éste sólo los haya herido, siempre que después los persiga sin interrupción. Igualmente, nuestro Código tiene particular preocupación por las cosechas, por las siembras con semillas ajenas y por las porciones de tierra de cultivo que el río pueda arrancar de un predio y depositar en otro.

Es posible que alguna vez se presente una ardua discusión jurídica por algunas conchas encontradas en la playa; o que dos cazadores discutan sobre cuán intensamente uno de ellos persiguió a la presa herida para determinar la propiedad del animal muerto. Pero no cabe duda de que todos estos temas, tan concretos, tan ingenuamente materiales, no constituyen aspectos decisivos de la vida moderna. Y es que esa convivencia en amorosa intimidad con la naturaleza ha sido sobrepasada ya en el siglo anterior por la civilización industrial. Y en este siglo, incluso ese mundo industrial está siendo superado por el mundo de los símbolos y de los sueños.

En nuestra época, el reino de la materialidad ha sido subvertido por bienes más sutiles e incorpóreos. Cada vez que nos preguntamos ahora sobre la propiedad, la cosa material lejos de imponerse como lo hacía antes, se esconde, se evapora; cada vez que intentamos coger la cosa se nos escapa entre los dedos.

Este hecho puede ser comprobado a propósito de cualquier aspecto de nuestra vida cotidiana. Hemos hablado del dinero como una desmaterialización del valor. Pero a su vez, ese bien incorpóreo y solamente simbolizado por el metal o el papel, se vuelve cada vez menos aprehensible físicamente si tenemos en cuenta que las representaciones materiales de ese bien inmaterial pierden a su vez corporeidad. En la práctica, vemos que el dinero constituido por la moneda, por los billetes, es utilizado únicamente para las transacciones microscópicas que tienen lugar con relación a los aspectos más ordinarios de la vida en sociedad. Pero esa "cosa" llamada dinero no existe como cosa en todas las operaciones importantes de la economía. El cheque y la letra de cambio han sustituido al dinero en gran parte de los casos. Y la anotación en cuenta corriente constituye una forma todavía menos material de pago. Si agregamos que las instrucciones para realizar tal anotación pueden ser impartidas mediante una comunicación electrónica a través de Internet, la poca materialidad que tenía la moneda metálica o el papel moneda, queda así reducida a cero.

En verdad, ¡qué lejos está la propiedad moderna de esa propiedad que era organizada jurídicamente por el Code Napoléon! Hoy en día ya no sabemos bien lo que es una cosa. ¿Podemos decir, por ejemplo, que la electricidad es una "cosa"? ¿Y el know-how, lo es? Hablamos hoy de propiedad de turnos, en donde lo que cuenta no es la cosa sino el tiempo; hablamos de propiedad de frecuencias, que son meras vibraciones; hablamos de propiedad de derechos de conexión, de propiedad del empleo, de propiedad de un cierto mercado. Estoy seguro que todo ello habría puesto absolutamente nerviosos a Marcel Planiol y a Georges Ripert, para no hablar de los civilistas franceses del S. XIX.

Notemos cómo estas propiedades contemporáneas desconocen las bases más elementales del antiguo dere-

cho de propiedad, fundado en el carácter material de la cosa. Uno de los principios básicos de la propiedad clásica es que la cosa es siempre una sola. Esto significa que pueden establecerse cuotas partes sobre ella pero no puede decirse que una cosa son dos cosas, ya que ello sería una contradicción. De ahí que la propiedad sea siempre exclusiva: el derecho de propiedad puede ser compartido pero no pueden haber dos derechos de propiedad diferentes con relación al mismo objeto físico.

Pero sucede que en la propiedad intelectual, una misma cosa da lugar a dos propiedades diferentes. Una pintura es de propiedad de quien la ha comprado. Pero, a su vez, el pintor retiene un derecho de propiedad, como autor de ella, llamado moral, que le permite oponerse a que le agreguen bigotes a la imagen que ha pintado, que la presenten como si la hubiera pintado otro o que la usen en una forma denigrante. En consecuencia, sobre un mismo objeto existen dos propietarios, con sus respectivos derechos de uso y de señorío sobre la cosa. Pero no son condóminos, no tiene cada uno una cuota ideal, sino que cada uno es totalmente propietario desde un cierto punto de vista. La solución de este aparente dilema consiste en que una misma cosa se convierte en dos cosas para los efectos del Derecho: la cosa "moral o autoral" y la cosa "patrimonial"; de manera que pueden haber dos propiedades que, si bien se dirigen al mismo objeto físico, tienen como base dos cosas distintas, una material y la otra inmaterial.

Esta suerte de esquizofrenia jurídica llega al paroxismo cuando se trata de bienes que forman parte del patrimonio cultural de la Nación. En ese caso, si una obra de factura contemporánea es declarada de valor cultural, encontramos tres derechos con relación al mismo objeto: el del propietario del bien físico, el del autor o sus herederos y el de la Nación.

c. Los contratos

El mismo proceso de desmaterialización ha marcado la contratación moderna.

Tanto la contratación romana como la medieval estaban basadas en el cumplimiento de ciertas formalidades materiales. En otras palabras, de manera general, la forma no era simplemente ad probationem sino ad solemnitatem.

En el Derecho romano, los contratos podían perfeccionarse sea mediante el pronunciamiento de ciertas palabras, sea mediante la entrega de la cosa. Como puede verse, en ambos casos se trata de formalidades materiales, sometidas a comprobación por los sentidos. Estas formalidades eran muy rigurosas y, por ejemplo, la más pequeña equivocación de las partes al pronunciar las fórmulas solemnes constitutivas del acto, daba lugar a que éste se entendiera como no realizado. Cuando se trataba de entregar un bien, la toma de posesión por el adquirente solamente se entendía efectuada cuando esa persona recibía el bien físicamente. Es perfectamente conocido y no necesito abundar en el tema, que en Derecho romano la posesión tenía que adquirirse corpore et animo, es decir, por el cuerpo y por la intención. Esta corporalidad del derecho exigía que el adquirente recibiera en la mano la cosa si se trataba de un mueble o que pusiera el pie en ella si se trataba de un inmueble. En épocas más antiguas se exigió incluso que el nuevo poseedor se revolcara en el suelo y que rompiera ramas de los arbustos que

en adelante quedaban bajo su arbitrio. En el Perú virreynal del S. XVIII todavía se practicaba la diligencia de toma de posesión recorriendo los linderos en todo el perímetro del fundo en presencia de notario y testigos, mientras se gritaba "¡Posesión, posesión!".

En el Derecho medieval anglosajón, el indenture era un contrato que se celebraba por duplicado en una misma hoja de papel. Luego se partía en dos esa hoja, de manera que quedaba con los dientes e irregularidades propios de la rotura. Para darle fuerza legal al contrato era necesario poner los dos ejemplares lado a lado y ver si efectivamente la desgarradura de uno coincidía con la del otro.

Todo esto nos parece exótico porque se nos ha hecho perfectamente natural que los contratos se perfeccionen al margen de una materialidad pre-establecida, mediante el simple acuerdo de las partes. Nuestras leyes ya no exigen el pronunciamiento de fórmulas rituales ni la confección de documentos especiales; salvo raras excepciones, las formalidades previstas por la ley tienen un carácter ad probationem y no ad solemnitatem. Un contrato puede cerrarse con una palabra, con un gesto, con una señal electrónica; ni siquiera se requiere que la voluntad sea simultánea ni que las partes estén físicamente una frente a la otra. Todos los aspectos materiales, corpóreos, han perdido su carácter de condición del acto y ahora sólo cuenta la inmaterialidad de la concordancia lógica entre la intención de los contratantes.

Y si nos preguntamos por las garantías, encontraremos la misma evolución. Entre los métodos más antiguos de contraer deudas está la prenda de sí mismo, por la cual el deudor se obligaba a permanecer como esclavo del acreedor hasta que pudiera hacerle el pago: el cuerpo del deudor era la garantía de la obligación. Posteriormente y hasta hace pocos años, si bien se había suprimido esa garantía bárbara, era todavía condición fundamental para la existencia de la prenda que el bien pignorado se entregara físicamente al deudor o a un tercero. Hoy se habla de la posibilidad de que la entrega sea física o jurídica; y, ciertamente, la entrega jurídica simplemente consiste en no entregar el bien sino en retenerlo. Por consiguiente, incluso la entrega -que usualmente implica un desplazamiento físico en el espacio- ha sido igualmente desmaterializada.

d. La responsabilidad.

En el campo de la responsabilidad, los juristas romanos optaron también por la materialidad. Es por ello que, con esa precisión, esa economía de palabras y esa elegancia que ostenta el latín, la *lex Aquilia* establece que el daño reparable se produce *corpore corpori*, esto es, "por el cuerpo y al cuerpo". En consecuencia, el daño -para ser reparable por intermedio del Derecho- tiene que haber sido producido físicamente y haber causado a su vez daños físicos. Los daños que no tienen materialidad y que, por tanto, carecen de expresión económica, no son reparables.

En el Derecho moderno, el concepto de daño ha sido ampliado de manera que ya no se requiere que sea causado materialmente ni tampoco, en ciertos casos, que se haya producido mediante un acto material. Si bien el llamado "daño moral" del Derecho actual no es muchas veces sino una forma de disimular el pago de una reparación por daños materiales que no pueden ser probados

al detalle, es verdad también que una corriente doctrinaria propone indemnizar aspectos tan inmateriales e incorpóreos como la frustración del plan de vida de una persona, la imposibilitación de lograr ciertos objetivos y otros conceptos análogos que, en tanto que daños, no se apoyan en una sustantia física. Igualmente, el Derecho actual reconoce la posibilidad de causar daños sin tocar el cuerpo de la persona, sin que intervenga ningún hecho material: la injuria, la calumnia -que en tiempos de Roma eran sancionadas punitivamente- ahora son configuradas como daños civilmente reparables aunque el causante no haya tenido contacto físico alguno con la víctima a través de ningún medio material.

III. VENTAJAS Y PELIGROS DE LA DESMATERIALIZACION

No cabe la menor duda de que este proceso de pérdida de la materialidad ha dado una gran soltura, una gran agilidad a la contratación y, en general, a la organización de la vida moderna. Las formalidades materiales constituían una carga pesada que hacía muy torpe la operación del Derecho. En cambio, lo que hemos llamado desmaterialización permite estar a tono con este mundo en el que vivimos, donde lo virtual tiene un papel tan importante.

Por otra parte, el reconocimiento de aspectos inmateriales que pueden y deben ser tutelados por el Derecho enriquece sin duda el universo de los bienes jurídicos. No podríamos vivir en un mundo con el nuestro si el Derecho no admitiera la realidad de la existencia de acciones de sociedades, derechos de autor, daños producidos por la competencia desleal y un gran número de otros elementos indispensables de la vida social contemporánea.

Sin embargo, no cabe duda de que este proceso despierta también preocupaciones y recelos cuando se advierte que lo virtual se extiende a la sociedad toda y comienza a superar lo real. En este caso, la desmaterialización puede ir acompañada de una despersonalización y de una desensualización que, en vez de facilitar la vida, podrían terminar empobreciéndola.

Notemos cómo una sociedad que nació bajo las banderas del individualismo y del liberalismo, ha empezado a dejar de tomar en cuenta al individuo. La producción no atiende a ninguna persona concreta, como lo hacía el antiguo artesano zapatero que hubiera considerado imposible hacer un zapato sin tomar las medidas del pie del cliente. Ahora se calcula, se programa, se prevén las necesidades atendibles sobre la base de la idea del consumidor abstracto, sobre la base de un prototipo del comprador. Las empresas investigan a sus clientes no en términos de hombres reales con nombre y apellido, con gustos y medidas específicos, sino como promedios: el consumidor medio es el héroe del mercado pero, al mismo tiempo, es un ser inexistente.

Por otra parte, el marketing y la publicidad -que en principio nacen para poner en contacto al productor con el hombre- abandonan ahora al hombre real y se dedican a inventar hombres virtuales, hombres que nunca han existido: el intermediario entre dos realidades se ha convertido en un destructor de la realidad y un promotor de mundos de ensueño que sabemos que no tienen realidad

presente ni futura pero cuya mentira crea una verdad irreal que permite una mayor venta de ciertos productos. Basta con encender la televisión o con mirar los anuncios publicitarios en las calles para toparnos con tipos humanos inventados, casi caricaturas, que, sin embargo, tienden a convertirse en prototipos o modelos de la realidad.

Este mismo proceso lleva a una transformación de los roles de los diferentes sectores de la actividad, de manera que en muchos casos los servicios superan a las actividades productivas en cifras de venta y pasan a ocupar el primer lugar de la dinámica económica. Curiosamente, en un mundo acusado -probablemente con razón- de materialista, los mejores negocios no se hacen vendiendo bienes destinados a satisfacer los apetitos materiales y las necesidades individuales efectivas, sino alimentando sueños e ilusiones. Es sintomático que Disneyworld tenga una cifra de negocios que excede largamente al presupuesto de algunos Estados sudamericanos: la manipulación de símbolos y de ensueños, está en camino de ser extraordinariamente más rentable que la fabricación de cosas materiales.

No es un secreto para nadie que el negocio del turismo tiene mucho más de fantasía y de irrealidad que de verdadera satisfacción personal: los afiches turísticos son más sugestivos que la realidad ofrecida; y, a su vez, para gozar de esa realidad ofrecida, una vez en el sitio tenemos que asumir una perspectiva de afiche. Cuántas veces hemos llegado a un lugar publicitado y hemos pensado que la fotografía era más linda que la escena en la que ahora podemos participar directamente. E incluso si viajamos con una cámara fotográfica, buscamos el ángulo desde el cual se han tomado las fotografías publicitarias para hacer una igual y luego disfrutar con ella al regreso a casa como si fuera el verdadero recuerdo de un lugar que quizá era diferente. Conscientes de esta necesidad de virtualidad, algunos lugares turísticos tienen la gentileza de marcar con una señal esas "esquinas de la foto" que reemplazarán en nuestra memoria a la complejidad del conjunto de nuestras sensaciones e impresiones.

De esta manera, el mundo virtual de fines del S. XX corre el riesgo de vivir del sueño y en el sueño. Y la situación es aún más grave si esa virtualidad se asocia con una racionalidad fría y crea un programa de vida en común que excluye lo sensual, lo irracional, lo caótico, lo material, con la idea de instalar una organización perfec-

tamente tecnocrática en la que no haya conflictos, oposiciones ni discrepancias y en la que, bajo una apariencia democrática, vivamos un totalitarismo que se funda no en el Partido ni en la ideología sino en una razón desmaterializada e institucionalizada.

Los abogados -y me refiero a quienes practicamos el Derecho- podemos y debemos contribuir a la construcción del mundo del S. XXI aportando una perspectiva de saludable conflicto. Porque nuestra profesión nos lleva a relacionarnos no con entelequias sino con hombres reales, con personas que poseen cuerpos, pasiones, intereses y que, precisamente, por ello, entran en conflicto unos con otros, pretenden superarse unos a otros. El papel del abogado no es suprimir los conflictos sino organizarlos; no es domar los intereses individuales hasta que desaparezcan, sino combinarlos para que esa competencia entre ellos y ese conflicto natural que ellos despiertan, sea productivo. Nada está más lejos del abogado que la mentalidad del frío planificador que mira el mundo desde lo alto; nosotros miramos el mundo desde tierra, desde la perspectiva de nuestros clientes que actúan en el corazón de la batalla social.

Es por ello que los abogados no creemos que la sociedad se ordena desde arriba, cubriendo los conflictos con una manta para ocultarlos y apagarlos. No creemos que el Derecho sea simplemente una expresión del poder político que se impone sobre los miembros de la sociedad civil para darles un orden conforme a un modelo pre-establecido. La vida en común no puede ser una creación del Estado sino el producto de la actividad conflictiva, desordenada pero vital, de los particulares; el producto de múltiples relaciones a nivel de la sociedad civil que cada individuo libre va creando en todos los sentidos. Estos encuentros múltiples y de todo tipo van agregándose y forman una tela que constantemente es tejida por el Derecho, destejida por la vitalidad disociante de los actores sociales y vuelta a tejer por la actividad de los abogados.

Espero, apreciados colegas, que estas reflexiones de refectorio no hayan tenido el ingrato efecto de convertir un almuerzo material en un almuerzo virtual. En todo caso, les agradezco mucho su paciencia en tan difíciles circunstancias

(1) Conferencia pronunciada en mayo de 1998 en Lima, ante la Federación Interamericana de Abogados.

Aplicación de la ley en el tiempo

Luis Henrique
Farías Mata

La primera disposición transitoria de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena

El texto de la Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 344 se ha mantenido invariable en todas las regulaciones comunitarias. Aquella reposa sobre dos principios fundamentales: el inveterado respeto a los derechos adquiridos; acompañado, de otra parte, por las naturales restricciones que todo derecho comporta en beneficio del interés general o colectivo.

Para comenzar con el análisis, es conveniente decir que el texto de la Disposición 344 es el siguiente: "Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación existente con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión, subsistirá por el tiempo en que fue concedido. En lo relativo a su uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas se aplicarán las normas contenidas en la presente Decisión."

I. ANTECEDENTES TEÓRICOS

Con fundamento en la teoría universal consolidada al respecto, la norma andina transcrita se encuentra sin duda destinada a resolver en el caso de la Propiedad Industrial -competencia soberanamente atribuida por los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena a los órganos comunitarios andinos- el problema de la "aplicación de la ley en el tiempo", clásico de la Teoría General del Derecho, y que el Tribunal ha presentado a través de su jurisprudencia en los siguientes términos:

"Supervivencia de los efectos de la ley antigua' 'ultra actividad de la ley', principio de 'no retroactividad de la ley', son sólo aspectos parciales del más general de los 'conflictos de leyes en el tiempo', al que también se lo conoce como de la 'aplicación de la ley en el tiempo'..., todas ellas coincidentemente destinadas a identificar lo que también en doctrina es denominado 'límite temporal de la vigencia de la ley'; y referentes al hecho real y específico de que, como lo ha reseñado la doctrina:

'A pesar del peligro que entrañan en el terreno jurídico las analogías, las cuales, las más de las veces, confunden en mayor medida que aclaran, podemos afirmar que las leyes, al igual que las personas, tienen una existencia temporal. Nacen y mueren y, además, en el momento del nacimiento y de la muerte, suscitan problemas específi-

cos, ya que su personalidad tiende a veces a rebasar el instante preciso en que se verifican esos dos acontecimientos.

'El estudio de la vigencia temporal de la ley es, por consiguiente, la determinación del período de tiempo durante el cual tiene la ley carácter obligatorio..., cuándo entra en vigor una ley, cuándo cesa de estarlo y en virtud de qué circunstancias rige a veces relaciones jurídicas nacidas fuera de su período de vigencia o, a la inversa, no rige relaciones jurídicas que nacieron en el período mencionado.' (SÁNCHEZ-COVISA HERNANDO, Joaquín, 'La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano', Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, Págs. 95, 118 y siguientes.)

'Implícito en la vigencia temporal de la ley aparecen por tanto, y esencialmente, dos problemas, atañedores al presente caso y ambos también de relevancia en la interpretación de la jurisprudencia de este Tribunal Andino, y que son los que el mismo SÁNCHEZ-COVISA resume en forma admirable, a saber:

1o La determinación de los dos instantes precisos en que una ley empieza a ser obligatoria y deja de ser obligatoria. De una ley situada entre esos dos momentos puede en efecto proclamarse que 'está vigente'. Antes o después podrá ser un proyecto de ley, una ley en formación, una ley derogada o anulada, pero en ningún caso una ley vigente. Esto es lo que podríamos llamar 'vigencia in abstracto de la ley', ya que tal vigencia tiene lugar aunque no exista ninguna situación de hecho concreta a la que pueda aplicarse.

2o La determinación de las situaciones de hecho a las que no se aplica, a pesar de estar vigente, o a las que se aplica a pesar de haber cesado de estar vigente... Esto es lo que podríamos llamar 'vigencia in concreto de la ley', ya que tal vigencia tiene lugar con relación a situaciones de hecho concretas, prescindiendo de la vigencia abstracta de la norma.

'La vigencia in abstracto de la ley supone un estudio de la ley, como fuente de producción del Derecho, en los momentos inicial y terminal de su existencia. La vigencia in concreto de la ley supone, por el contrario, un estudio de las situaciones de hecho sobre las cuales desarrolla la ley su fuerza vinculante.

Lo primero es un problema de la teoría general de la ley. Lo segundo es uno de los grandes capítulos en que se divide la teoría del conflicto de las leyes.' (Obra y páginas citadas)"(1)

II. LOS SISTEMAS DE DERECHO POSITIVO DESTINADOS A RESOLVER LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO.

La doctrina ha elaborado cuidadosamente los principios que, ante la ausencia de regulación legislativa al respecto, sirven de guía al intérprete para resolver los problemas relativos a la aplicación de la ley en el tiempo, pero no es nada infrecuente que el propio legislador consagre expresamente las bases generales de los mismos, acudiendo normalmente a disposiciones transitorias, que es lo que ha venido haciéndose en el caso de las diferentes Decisiones destinadas a regular el régimen de la Propiedad Industrial.

Pero, aun en el caso de que haya sido consagrada expresamente esa regulación en el Derecho positivo, pudiendo ser incluso por vía constitucional -lo que tampoco es infrecuente, pero hay que tenerlo en cuenta a los fines de la debida interpretación-, esos mismos principios generales ayudan a descubrir el sentido de lo legislado. Tal es el caso de la Disposición Transitoria Primera de la 344, en las dos partes que la integran.

PRIMERA PARTE.- Resalta en ésta la obligatoriedad del respeto que la ley nueva debe guardar en el caso de los supuestos de hecho cumplidos bajo la vigencia de la normativa anterior, lo que culmina en el reconocimiento de los derechos adquiridos bajo el amparo de ésta, que la citada Transitoria traduce a través de la frase: "todo derecho de Propiedad Industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación existente con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión, subsistirá por el tiempo en que fue concedido."

Cumple así esta primera parte de la norma en análisis dos de los tres requisitos "cuya concurrencia se precisa para que la aplicación de la ley (nueva) no se haga en forma retroactiva...":

'PRIMER REQUISITO.- La ley no valora los supuestos de hecho pasados.

'SEGUNDO REQUISITO.- La ley no regula las consecuencias pasadas de supuestos de hecho pasados"

Conforme al tercero: "La ley no regula las consecuencias futuras de supuestos de hecho pasados (2), problema este último que examinaremos al estudiar la SEGUNDA PARTE de la Disposición Transitoria, transcrita supra.

Es, pues, la salvaguarda de los derechos adquiridos, el contenido u objeto de la norma; pero trasluce también de este último lo siguiente:

a) Que el respeto y reconocimiento del impero atribuido a la legislación anterior reposa en la condición fi-

jada por la propia norma de que -en absoluta coincidencia con la doctrina- ese derecho haya sido "válidamente concedido de conformidad" con la ley entonces vigente, lo que resulta lógico y más que natural porque nadie podría tener derecho a consolidar situaciones nacidas al margen de la ley. En ese mismo sentido la Decisión 344 se encuentra plagada de ejemplos confirmatorios de la tesis: bastaría con citar entre ellos su artículo 113, en la parte correspondiente al párrafo a) (3)

b) Por argumento a contrario se desprende asimismo del párrafo anterior que el reconocimiento no se extiende a las "meras expectativas", pues nadie podría tampoco tener derecho a que la ley no evolucione. El tema es someramente abordado más adelante.

c) Por otra parte, entra también a juzgar en esta DISPOSICIÓN la elusiva noción de "orden público" que podría tener en cuenta la nueva ley; noción conforme a la cual se impediría, por ejemplo, al titular de un derecho de propiedad válidamente adquirido conforme a un ordenamiento legal, que pretendiera quedar exonerado de la aplicación de una figura instituida y regulada posteriormente por la nueva ley: tal es el caso de la expropiación inspirada en finalidades de interés general o colectivo, éstos colindantes con el orden público (4); y, finalmente,

d) Incide también en el problema de la aplicación de la ley en el tiempo, la naturaleza de la materia a la cual van a ser aplicados los anteriores principios, que son tratados por la doctrina bajo el rubro "la irretroactividad en los distintos sectores del orden jurídico", entre los cuales y en cuanto toca a la norma en análisis, cobran especial relieve los regulados por leyes político-administrativas y procesales.

Y justamente lo señalado en los precedentes párrafos "b)", "c)" y "d)" aparece subyacente en la frase final de la transcrita Disposición Transitoria, que examinaremos a continuación.

SEGUNDA PARTE.- En efecto, expresa también la norma en su frase final, recordémoslo, que a pesar de encontrarse el derecho válidamente adquirido sometido al imperio de la ley anterior que le dio origen, en cambio se rige por la ley nueva todo "lo relativo a su uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas", con lo cual la Primera Disposición Transitoria de la 344 se coloca ahora, pero en principio, dentro de las previsiones del tercer requisito ya señalado, con arreglo al cual le está vedado a una ley nueva la posibilidad de regular "las consecuencias futuras de un supuesto de hecho pasado", so pena de incurrir en vicio de retroactividad. Mas, y así lo reconoce la doctrina(5), la propia rigidez de este principio al ser colocado frente a los hechos conduce a soluciones muy matizadas cuando se trata de dársele aplicación en la práctica, surgidas particularmente como consecuencia de lo señalado en los precedentes párrafos "b)", "c)" y "d)", ya abordados en los precedentes comentarios a la "PRIMERA PARTE" de la transcrita Disposición Transitoria, y sobre las cuales formularemos más adelante algún otro comentario.

Pero lo que cabe destacar sobre todo y por ahora respecto de esta segunda parte de la Transitoria es lo siguiente:

a) Que ella responde a una, en cierta forma, ya inveterada tradición legislativa comunitaria, sólo parcialmente interrumpida por la escasa vigencia de dos meses que

tuvo la Decisión 311, interrupción que produjo, sin embargo, una cierta vacilación en la jurisprudencia del Tribunal Andino que empero, a partir de la 313, tuvo necesariamente que enderezar su rumbo (6).

En efecto:

1.- La Decisión 85. Su artículo 85 estatuyó el mismo reconocimiento de los derechos adquiridos, aunque sin aludir expresamente a la legitimidad en la adquisición de los mismos, lo que de todas maneras resulta obvio; pero, por ser la primera Decisión comunitaria en materia de Propiedad Industrial, la regulación de esa protección tuvo que ser necesariamente puesta por ella en función de las respectivas legislaciones de los países miembros que eran las vigentes cuando la Comunidad Andina, a través de la Decisión 85, comenzó a legislar sobre la nueva competencia comunitaria que en materia de Propiedad Industrial les había sido atribuida por aquellos.

Esta, tal como lo habíamos expresado arriba, inició la tradición legislativa de aplicación de la ley nueva en cuanto "al uso y goce, obligaciones y licencias, renovaciones y prórrogas", de los derechos de Propiedad Industrial adquiridos conforme a la Ley anterior; y, al respecto, congruentemente concluyó expresando que las solicitudes en trámite quedarían sometidas al régimen comunitario por ella misma establecido. Su texto, en efecto, es el siguiente:

"Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de acuerdo (con) la legislación de los respectivos Países Miembros anterior a la vigencia del presente Reglamento subsistirá por el tiempo (sic) que fue concedido. En cuanto a su uso y goce, obligaciones y licencias, renovaciones y prórrogas, se aplicarán las normas que este Reglamento contiene.

Los plazos previstos en los Artículos 30 y 34 se computarán para las patentes ya concedidas con anterioridad a la vigencia de este Reglamento, a partir de la fecha de dicha concesión. Si hubiere ya transcurrido en su totalidad, se concederá un plazo adicional de un año a partir de la vigencia de este Reglamento.

Las solicitudes en trámite se sujetarán a lo dispuesto en este Reglamento."

2.- La Decisión 311. El mismo principio de respeto a los derechos adquiridos conforme a la legislación previa y, por el contrario, de aplicación de la ley nueva a "las consecuencias futuras de supuestos de hecho pasados", sentados e iniciados por la Decisión 85 en el Derecho Comunitario andino regulatorio de la Propiedad Industrial, también los conserva - ambos- la Cuarta Disposición Transitoria de la 311 en su primer párrafo.

Sin embargo, en el segundo, esa misma Disposición Transitoria introduce un elemento nuevo, seguramente bajo la presión de problemas específicos derivados de que la 85, necesariamente sin antecedentes de regulación legislativa comunitaria de la materia, se vio obligada a respetar los derechos de Propiedad Industrial adquiridos -única solución que podía haber adoptado, por ser ella la primera- con arreglo a las diferentes legislaciones nacionales, sin duda dispares, de los entonces cinco países miembros; con lo cual debieron producirse difíciles situaciones de hecho derivadas de procedimientos en trámite cumplidos con fundamento en las legislaciones nacionales, posibles situaciones que la 311 trató de reme-

diar mediante un principio aparentemente contradictorio con los que previamente ella misma había recogido de la 85.

El principio precedentemente anunciado consistió en someter la tramitación y resolución de las solicitudes que se encontraban en curso para el momento de la puesta en vigor de la 311 no al imperio de ésta, como hubiera sido de esperarse, sino al del correspondiente "ordenamiento legal vigente en la fecha de" presentación de aquellas solicitudes, ya fuere la precedente Decisión 85 o -habría que entenderlo así- incluso al de las leyes internas vigentes en los países miembros para el momento de la promulgación de la 85, contrariando, en este último aspecto- si es que estuviere aún pendiente de resolver por la 85 alguna solicitud inicialmente fundamentada en los preceptos de leyes internas-, lo que la propia Decisión comunitaria 85 había dispuesto en la parte final de su artículo 85 (7).

Empero, la propia 311 se vio así mismo obligada a complementar el nuevo mandato de aplicación de la ley antigua al someter esas solicitudes, cuando menos, a las condiciones de inadmisibilidad al registro previas en sus artículos 71, 72, 73 y 83, vulnerando de esta manera, aunque sólo fuere parcial y justificadamente, lo que ella misma -ley nueva- acababa de establecer.

Para la cabal comprensión del problema, se transcribe a continuación la referida Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 311:

"Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación existente con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión, subsistirá por el tiempo en que fue concedido. En lo relativo a su uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas, se aplicarán las normas contenidas en la presente Decisión.

Las solicitudes de registro de marca, los escritos presentando observaciones a dicho registro, los nombres comerciales y los lemas comerciales que se hubieren presentado con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión, serán tramitados y resueltos conforme al ordenamiento legal vigente en la fecha de su presentación. No obstante, se sujetarán a los artículos 71, 72, 73 y 83 de la presente Decisión."

Trasunta en definitiva del precedente párrafo segundo, la contradicción(8) - así fuere parcial, insistimos- en que éste incurre respecto de los principios que la 311 mantuvo en el primer párrafo de su Cuarta Transitoria, recogidos a su vez por esta última, de la Decisión 85.

3.- Las Decisiones 313 y 344. Estas retoman el hilo conductor encetado por la 85 respecto de la ley aplicable en materia de Propiedad Industrial, al eliminar el últimamente transcrito y comentado segundo párrafo de la precedente Disposición Transitoria Cuarta, con lo cual ambas conservan en sus Disposiciones Transitorias Tercera y Primera, respectivamente, un texto idéntico al contenido en el primer párrafo de la correspondiente Disposición Cuarta de la Decisión 311, por tanto enteramente equivalentes las tres Decisiones al también transcrito y comentado artículo 85 de la Decisión 85.

De esta manera las diferentes Disposiciones comunitarias que han regido en materia de Propiedad Industrial se han visto compelidas a someter a la ley nueva el "uso,

goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas" de los derechos adquiridos conforme a la ley derogada, contrariando así el tercero de los señalados principios doctrinarios de que la ley nueva no puede regular las consecuencias futuras de supuestos de hecho pasados so pena de incurrir, a la luz de la doctrina, en retroactividad. Pero ello ha sucedido, como anunciáramos arriba, por las razones que matizan ese rígido principio establecido por la doctrina. Son éstas:

b) Las expectativas. En efecto, una cosa es el reconocimiento, la protección y conservación del derecho de propiedad intelectual válidamente adquirido conforme a una legislación derogada, y otra, las expectativas de que su "uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas" hayan de mantenerse indefinidamente reguladas por las disposiciones de la ley que diera nacimiento a ese derecho, sin posibilidad de someterlas en algún momento a "restricciones", en las diversas manifestaciones de éstas, ya se trate de limitaciones, servidumbres impuestas obligatoriamente por el Estado, o de la expropiación por causa de utilidad pública o social; restricciones que hoy día afectan a la propiedad en general, y de las que no podía escapar tampoco la específica propiedad industrial una vez que aquella ha sido puesta en función social. Asimilarlos, sería confundir derechos adquiridos con meras expectativas.

Adicionalmente, todo lo anterior se encuentra conectado y complementado por la noción de orden público, elaborada en el campo del no siempre correctamente llamado Derecho Internacional Privado.

c) El orden público. Conexos se encuentran en efecto con la noción del mismo, el interés general o colectivo, sustento del Derecho Administrativo y, en el caso específico, el interés comunitario que preside la regulación andina sobre la materia. Sirva de ejemplo el artículo 82 de la Decisión 344, que en su párrafo g) consagra la imposibilidad de obtener registro sobre signos "contrarios a la ley, la moral, el orden público o a las buenas costumbres".

Y es que, conforme al concepto de orden público, ciertos principios y costumbres surgidos de diferentes fuentes -de orden político, moral, religioso, sociológico-, los cuales conforman el sustrato de un ordenamiento jurídico positivo, se imponen incluso sobre las más rígidas reglas flexibilizándolas, como manera de hacer escapar de ellas las peculiaridades que sirven de soporte al caso concreto. Es así como los principios que dan nacimiento y protegen los derechos de propiedad intelectual legítimamente adquiridos, son puestos función de los intereses no sólo del propietario sino también de la Comunidad, cuyos integrantes tienen también derecho a obtener beneficios de esa propiedad, adquirida por su titular sobre la base de conocimientos normalmente derivados de la colectividad, nacional y universal, a la que todos pertenecemos.

Puesta la Propiedad Industrial en función social surgen restricciones legales, de las cuales se encuentra así mismo plagada la normativa comunitaria (9).

d) Los distintos sectores del ordenamiento jurídico. Morigera también igualmente, y a su vez, la rigidez del principio conforme al cual la ley nueva no pueda regular las consecuencias futuras de hechos pasados so pena de incurrir en retroactividad, la necesaria evaluación que

debe hacerse de la naturaleza de los ordenamientos jurídicos en los cuales la ley nueva se inserta. Como decíamos, son particularmente relevantes a este respecto, para el caso concreto, los correspondientes al Derecho Administrativo y al Procesal.

En efecto, el primero se ha edificado sobre un armonioso juego entre interés individual y colectivo, con prevalencia de éste, situación pareja a la del Derecho Comunitario que también superpone el interés comunitario al específico de los otros actores del proceso, incluidos Estados miembros, órganos e instituciones de la Comunidad y, no se diga, personas particulares. El segundo, por cuanto es precepto de este otro sector del ordenamiento jurídico el que las nuevas leyes procesales y, por extensión las procedimentales en general, se apliquen inmediatamente, desde su entrada en vigencia, a los procesos en curso, salvo el caso de los lapsos y plazos ya cumplidos.

Todo lo anterior revela:

CONCLUSIONES:

I. Que el texto de la Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 344 se ha mantenido invariable en todas las regulaciones comunitarias;

II. Que aquella reposa sobre dos principios fundamentales: de una parte, como regla, el inveterado respeto a los derechos adquiridos; acompañado, de otra parte, por las naturales restricciones que todo derecho comporta en beneficio del interés general o colectivo, en el caso, el interés comunitario.

III. Que incluso las particularidades reguladas por vía de excepción en determinadas Decisiones comunitarias -específicamente las contenidas en la respectiva Disposición Transitoria Cuarta de la 311- guardan fidelidad al primero de ellos, regla general, cuando mantiene las excepciones dentro del riguroso límite de otros conceptos (meras expectativas; orden público preminente; distintos sectores del ordenamiento jurídico) que le sirven de soporte, y que constituyen asimismo patrimonio de la mejor doctrina universal, proporcionándole de esta manera seguridad jurídica al titular de la propiedad intelectual, sin desmedro por ello de la protección al interés comunitario, necesariamente prevalente. Revela también en suma:

IV. Que la jurisprudencia andina contribuye igualmente a mantener esa seguridad jurídica cuando sujeta cada caso concreto a los principios generales que rigen la materia, establecidos por vía de regla e incluso de excepción, y que se encuentran implícitos en todas y cada una de las sucesivas Disposiciones Transitorias relativas al tema, consagradas congruentemente por las Decisiones 85, 311, 313 y 344; principios y excepciones que también constituyen patrimonio jurídico universal, se encuentren o no explicitados en los distintos ordenamientos jurídico-positivos.

V. No obstante, si los Países Miembros quisieren introducir reglas que en un articulado ad hoc expliciten esos principios generales, nada se opone a ello; y, por tanto, no es propósito de esta intervención desanimar tal iniciativa.

NOTAS

1 Sentencia de fecha 11 de octubre de 1994, que puso fin a la interpretación prejudicial 01-IP-94 (caso MAC POLLO S.A). Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 164, del 2 de noviembre de 1994, y en "Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", Tomo III, BID-INTAL, 1992-1994, Págs. 126-127.

Sánchez-Covisa, Op. Cit., Pág. 228

Quando el "registro se haya concedido en contravención de cualquiera de las disposiciones de la presente Decisión".

Por lo que toca a la propiedad industrial, v. tercer párrafo del artículo 107 de la Decisión 344: "..., no se prohibirá la importación de un producto o servicio que se encuentre en la situación descrita en el primer párrafo de este artículo, cuando la marca no esté siendo utilizada en el territorio del país importador, según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 110...". Artículo interpretado por el Tribunal en reciente sentencia de fecha 20 de agosto de 1999. (actor: Dr. Luis Carlos Sáchica Aponte, interpretación prejudicial 28 IP 99 G.O.A.C. No 481 del 13 de setiembre de 1999.) El resaltado es mío.

"El problema implícito en este requisito tercero es el que ha suscitado mayor número de polémicas y de divergencias doctrinales y aquel cuyo estudio puede ser de mayor trascendencia real... Es precisamente en este terreno -el de los efectos futuros de los hechos pretéritos- donde se ventilan la mayoría de las controversias judiciales - o, al menos, las de las más graves repercusiones- sobre el problema de la retroactividad." Sánchez-Covisa, op. cit., pág 251.

Sentencia de fecha 29 de agosto de 1997, que puso fin a la interpretación prejudicial 07-IP-96 (caso "REMAVENCA", también citado como "ELEGANTE TRIGUEÑA CON TURBANTE"), Capítulo II, Tránsito de Legislación. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 299, del 17 de octubre de 1997, y en JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, Tomo VI, 1997, páginas 374 a 378.

"Las solicitudes en trámite se sujetarán a lo dispuesto en este Reglamento." Véase supra.

La que por cierto no deja de reflejarse, como es comprensible, en la jurisprudencia del Tribunal Andino. Véase, en efecto, los fallos de: 1o de julio de 1993 (caso "Confecciones Anter Ltda.", Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Tomo III, páginas 57 y ss); de 25 de febrero de 1994 (marca "Lois Vuitton", op. cit., páginas 104 y ss); de 11 de octubre de 1994 (caso "Sociedad Comidas Rápidas Mac Pollo S.A., op. cit., páginas 125 y ss) la de 4 de julio de 1994 (caso "Industrias Noel S.A., op. cit., páginas 149 y ss); y la ya citada "REMAVENCA", en precedente nota (7).

Decisión 344:

"Art 82.- No podrán registrarse como marcas los signos que: (...) g) Sean contrarios a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres."

"Art. 108.- La oficina nacional competente cancelará el registro de una marca a solicitud de cualquier persona interesada cuando sin motivo justificado, la marca no se hubiese utilizado en al menos uno de los Países Miembros, por su titular o por el licenciataria de éste, durante los tres años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación. La cancelación de un registro por falta de uso de la marca también podrá solicitarse como defensa en un procedimiento de infracción, de observación o de nulidad interpuestos con base en la marca no usada."

La Constitución del '38: ¿realidad o ficción?

Patricio Quevedo Terán

Uno de los períodos políticos más accidentados del Ecuador terminó con la expedición de la Constitución de 1938. Se reaviva la polémica acerca de su vigencia, con una detallada crónica histórica de los sucesos de la convulsionada época.

Es posible que una de las jornadas políticas más largas que registre el Ecuador, haya sido la que corrió desde la mañana del uno de diciembre de 1938 hasta la madrugada del día siguiente, pero de lo que no cabe duda alguna es que constituyó la más rica en acontecimientos perturbadores. Durante esas dramáticas horas renunció el presidente interino Borrero; buscó febrilmente la Asamblea Nacional un reemplazo; entre los ajetreos políticos, procuró completar la aprobación de la nueva Constitución; modificó su reglamento; registró el abandono de la tercera parte de sus integrantes; eligió a un presidente calificado de constitucional; se posesionó éste e inició el desempeño de sus funciones. ¡Nada menos!

Vistos los hechos desde la perspectiva de ahora, parece claro que la jornada marcó el arranque de la etapa final en el predominio del Liberalismo partidista; significó también el auge más notorio y el discreto anuncio de la caída final del doctor Carlos Arroyo del Río, uno de los personajes sin los cuales no se entiende al Ecuador contemporáneo pero, desde una consideración fría y jurídica, nada le distingue tanto a la vertiginosa jornada, como la circunstancia de que dejó planteado el más apasionante debate que consigna el Derecho Constitucional de nuestro país.

Efectivamente, nada tiene de raro que los especialistas discutan sobre las bondades y las debilidades de una Carta Política, que discutan sobre el acierto o la equivocación de cualquier modalidad estructural -unicameralismo o el bicameralismo legislativo, para decir un ejemplo- pero que el debate se proponga alrededor del número de Constituciones que haya tenido el país, es algo ya bastante fuera de lo común y, si la controversia se ubica sobre la existencia o la inexistencia de una Carta, entonces debe admitirse que resulta ya francamente singular.

Y estos dos últimos son precisamente, los enigmas que se plantean a propósito de los sucesos iniciales de diciembre del 38. Reconozcamos por supuesto, que la pregunta en torno al número de Constituciones que ha tenido el Ecuador, supera al solo drama de hace 61 años. Ca-

si nunca se ha intentado aclarar cuestiones tan complejas como el sentido de la Constitución de 1812, llamada Constitución Quiteña, en plenos albores de la lucha independentista; la efectiva vigencia de la Constitución grancolombiana de Cúcuta, respecto del actual Ecuador; la del documento aprobado por el Congreso Admirable de 1830, mientras se rompían ya las amarras del Distrito del Sur; (1) el alcance de las normas que expidieron los Gobiernos rivales durante el trágico bienio de 1859-60 o, que para decirlo con mucha mayor cercanía, el criterio que debe sustentarse acerca de las normas constitucionales vigentes: significan solo una reforma a la Carta del 1979 o representan un cuerpo autónomo, que debe ser contado de manera independiente.

LA DÉCADA CONVULSA

Pero en cambio, la propia y decisiva pregunta en torno de la existencia jurídica de la Constitución del 38, o la carencia de ella, deriva ostensiblemente de lo que ocurrió durante las cargadas horas iniciales de diciembre de ese año.

A su vez lo que entonces tuvo lugar, solo alcanza cierta comprensión, si se lo examina como la punta del 'iceberg' - para usar de la socorrida comparación - cuyos niveles inferiores se hundieran entre las turbulencias de toda la década del treinta.

Es bastante bien conocida la evidencia de que esa década resultó la más convulsionada de toda la experiencia republicana del Ecuador. Así lo prueban las desgracias de la exportación, la Guerra de los Cuatro Días y la batalla de las cuatro horas, el sorprendente número de Jefes de Estado y el clima de ansiedad política que se había tomado la cotidiana tónica de esos tiempos.

Próximo ya a cumplir dos años de ejercicio dictatorial, el ingeniero Federico Páez (2) reunió a una Asamblea Constituyente pero, los trabajos dirigidos a redactar una Carta que sustituyera a la del 29, oficialmente muerta cuando el doctor Antonio Pons entregó el poder en manos de los militares el último trimestre del 35, fueron abruptamente interrumpidos por el propio Ministro

de Defensa de la dictadura, el general Alberto Enríquez, quien se convirtió en el nuevo Jefe Supremo.

De Enríquez suelen recordarse la expedición del Código de Trabajo y la iniciativa de la Asamblea de 1938. Esta Convención fue realmente singular. Rompió la terca tradición que venía desde el comienzo de la República y, en vez de elegir como Presidente interino al propio Enríquez, prefirió al jurista cuencano y devoto liberal Manuel María Borrero, quien había encabezado la Corte Suprema de Justicia y formó sin muchas dificultades un Gabinete prestigioso pero demasiado tradicionalista, a los ojos de muchos políticos de la época.

De todas formas, la Asamblea se distinguió todavía mucho más, por el método utilizado para su integración. No respondió al número de electores de cada provincia, sino a una división igualitaria y tripartita entre conservadores, liberales e izquierdistas o socialistas. La novedosa tesis había madurado en la cabeza del General y, curiosamente, de pronto le fue sugerida también por sus asesores, casi todos ubicados dentro de lo que podía llamarse el izquierdismo. Con prescindencia del número de habitantes y, sobre todo de las preferencias políticas de éstos, se dispuso que cada provincia estuviere representada por un conservador, un liberal y un socialista. "Si estas son las tendencias políticas dominantes, que tengan la oportunidad de probar la verdad y bondad de sus planteamientos", explicó Enríquez Gallo, pero claro, ya en la vida práctica, se dieron fenómenos muy poco democráticos. Hubo provincias en las que solo se encontraron diez o veinte ciudadanos de alguna de aquellas tendencias y, sin embargo, ellos debieron escoger a un asambleísta (3), número idéntico al representante de otra tendencia, que podía contar con 20 ó 30 mil adherentes en el mismo lugar. De todas formas, las rarezas de la elección y los arreglos de posteriores entretelones, dieron lugar a un leve predominio del bloque socialista; después venían los liberales, divididos entre varias facciones y algo menos numerosos eran los conservadores.

EL AGUA Y EL ACEITE

Hay un apreciable reconocimiento de que iniciado el desempeño de la Asamblea, conspiró gravemente contra éste, la continua interferencia, la virtual pugna entre los dos objetivos que se le habían fijado al Organismo: redactar la nueva Carta Constitucional y elegir al Presidente de la República. "Lo político perturbó la creación constitucional", apuntó con sagacidad el resumen anual de El Comercio (4), distrajo la atención de los diputados y probablemente impidió que se cumplieran con el necesario acierto los propósitos aludidos. De esta suerte, no fue raro que los mismos días cuando se analizaban temas de elevada complejidad jurídica, el proceso de formación de las leyes, para decir un caso, se bregara con pasión, habilidad y suspicacia en torno de las alternativas concretas de manejo del Ejecutivo y la administración del país, interferencia que se reveló como funesta y que perjudicó lo mismo al éxito de la actividad inmediata, como al de la que tenía mucho mayor alcance temporal.

Otro elemento de grave perturbación se encarnó en el Coronel Luis Larrea Alba y la Vanguardia Revolucionaria Socialista Ecuatoriana - VRSE-, el inquieto movimiento que lo reconocía como líder y que mostraba una

clara propensión a los ajeteos subversivos, particularmente dentro de las importantes filas castrenses. Ciertos prejuicios dogmáticos, sobre todo marxistoides, son culpables de la omisión casi completa acerca del personaje y de su grupo que, aunque izquierdistas no eran ortodoxos, pero la verdad es que las evidencias revelan cuánto impacto tuvieron sobre la realidad política de los treinta e inclusive de algunos pocos años después.

No es el momento de enjuiciar al fugaz gobierno de Larrea Alba, que duró 8 semanas no completas el segundo semestre del 31, pero sí hay que recordar cómo gracias al aprovechamiento de ciertas ausencias, los socialistas lograron que la Asamblea del 38 ascendiera a Larrea hasta el grado de General y ordenara su incorporación al Ejército. Despertados de la sorpresa los adversarios, obtuvieron con exigua mayoría la reconsideración de ambas medidas, aún a despecho de que sus principales portavoces, los asambleístas Gómez González y Comandante Plaza Monzón fueran físicamente agredidos por exaltadas mujeres de la barra. El espinoso asunto siguió latente, provocó nuevos tropiezos y fue el motivo específico para la disolución material de la Asamblea, el 13 de diciembre siguiente.

Y por supuesto, conspiró también contra el desempeño de la Convención, el agudo fraccionamiento de los liberales, considerados a sí mismos como los predestinados para detentar el Ejecutivo, una extraña fe que de modo tácito, era compartida por un amplio sector de la opinión ciudadana y que suponía la exclusión no escrita de los conservadores respecto de la cima del mando.

En realidad el multiforme Liberalismo, más allá de sus reverentes declaraciones doctrinarias, daba la impresión de un amplio paraguas político, dentro del cual se apiñaban tendencias bastante diversas, apenas se planteaban cuestiones personalistas: los diputados liberales del 38 mostraron siempre una apreciable inclinación hacia la independencia, la Junta Suprema del Partido aparentaba disponer de más poder que el efectivamente acatado, la Junta Provincial de Pichincha acusaba inclinaciones propias, también la del Guayas, donde la figura indiscutida era la del jurista, profesor y político Carlos Alberto Arroyo del Río e, inclusive, las Juntas de otras provincias.(5)

UN PUENTE DESDE EL 29 HASTA EL 45

Entre tantas borrascas, no es raro que la gestación de la Carta avanzara lentamente y sufriera serios tropiezos. Un escuetísimo comentario acerca de ella es el que la reconoce como el puente entre la Constitución de 1929, la primera que mencionó los derechos "sociales" y la intervención del Gobierno en los procesos económicos, y la de 1945 que profundizó y desarrolló con amplitud ambos aspectos. Cierta crítica muy influyente en su tiempo, fue la del pensador y ex-ministro, Pío Jaramillo Alvarado, al que luego se le llamaría "maestro en ecuatorianidades". Entrevistado por un periodista de mucha garra y de numerosos lectores, Lucas Noespinto, cuyo secreto consistiera en unir dentro de su columna el trabajo del cronista que ofrece noticias, con el del comentarista que enuncia juicios sobre aquéllas, apuntó enérgicamente que, "es posible que una Constitución sea fascista, que otra sea bolchevique, que una tercera sea nacista, pero lo

que no puede tener una Constitución es las tres orientaciones a la vez" (6). Sin embargo el proyecto registró también defensores entonces y, con ánimo bien decidido también ahora, según ocurre con el doctor Rafael Arízaga Vega (7), quien no trepida en destacar como novedades valiosas, la descentralización de rentas en beneficio de los organismos seccionales, el establecimiento de la Comisión Permanente de Legislación y la modesta semilla autonómica, orientada a garantizar la entonces inexistente libertad de elecciones.

Aunque el documento fue el eslabón tendido desde la Carta del 29 hasta la del 45, como ya lo sabemos, no dejó de corregir el peligroso semiparlamentarismo de la primera, que tan funesto había resultado, pero no ofreció otras grandes novedades en cuanto a los demás aspectos de la mecánica del Gobierno. Mucho más interesantes fueron en verdad, los debates de los tres bloques acerca de las garantías ciudadanas y de los aspectos que podrían decirse propiamente doctrinales. Hubo una propuesta conservadora sobre verdadera libertad de enseñanza, no aceptada por los otros grupos; también se discutió arduamente sobre el divorcio, con el apoyo de un manifiesto de señoras de Quito; se intentó prohibir a las sociedades secretas, sin que faltaran alusiones a la masonería y, por supuesto, se alzó la voz cuando el debate sobre las garantías de los obreros, que eran la natural consecuencia del flamante Código del Trabajo. Pero las innovaciones mismas formalmente aprobadas, no fueron mayores, ya que las ideas mucho más claras de conservadores - normas canónicas, doctrina social de la Iglesia y de socialistas - aspiraciones contagiadas de marxismo, para ser incorporadas al documento, necesitaban del apoyo morigerador y pragmático de los liberales. Por supuesto y aunque contradiga a las nociones elementales de Filosofía Política, bueno es anotar la frecuente coincidencia -excepto en los aspectos estrictamente socioeconómicos- de liberales y socialistas, tanto sobre los asuntos constitucionales, cuanto al momento de las definiciones políticas de corto y mediano plazos.

CANDIDATOS Y CANIBALISMO

Mientras se aproximaba la peor tempestad, surgió un arbitrio parlamentario que no puede pasarse por alto. Quien lo planteó fue el socialista Luis Maldonado Tamaño y tal vez no todos advirtieron sus posibles efectos. Se trata de que dentro de las listas de quienes "sonaban" como posibles presidentes constitucionales, es decir Alberto Enríquez, Humberto Albornoz, José Rafael Bustamante, Carlos Arroyo del Río, etc., dos de los más importantes quedaron inutilizados, porque la Asamblea decidió que no podría desempeñar la Primera Magistratura, quien fuere el titular de la presidencia interina y el titular de la propia Asamblea, vale decir los doctores Borrero y Francisco Arízaga Luque, liberal en el membrete pero bastante cercano a los izquierdistas este último. La consecuencia fue tan considerable que, inclusive se llegó a considerar la renuncia de los dos personajes, como medio de evitar la prohibición y como circunstancia también reveladora de la sutileza e ingeniosidad de las fórmulas que fueron barajadas.

La crisis aumentó de velocidad la última decena de noviembre. Arreciaron entonces los rumores sobre la se-

paración del presidente Borrero y se reunió la Asamblea del Partido Liberal, que parecía tener fuerza casi decisiva, dadas las circunstancias. Los dignatarios revelaban ya la importancia que se otorgaba al cónclave, porque dirigió las deliberaciones el prohombre guayaquileño, Enrique Baquerizo Moreno; para primer vicepresidente se escogió al General retirado Francisco Gómez de la Torre y segundo vicepresidente fue Ricardo Jaramillo, director del combativo diario El Día. Luego de álgidas sesiones secretas, la Asamblea liberal escogió como su candidato - y no hay que olvidar lo que esto significaba: casi el Presidente de la República- al doctor Arroyo del Río; éste se excusó pero el gesto pareció más bien convencional y los delegados le ratificaron en la postulación.

De todos modos, cabe notar que Arroyo dispuso siempre de algunos partidarios incondicionales pero, simultáneamente, de adversarios irreductibles, quienes pusieron el grito en el cielo con diapasón tan subido, que hasta los menos avisados advirtieron que se preparaban grandes acontecimientos.

BORRA ... Y VA DE NUEVO

La jornada más dramática se abrió apenas iniciado el primero de diciembre. Por la mañana se confirmó ya que había renunciado el doctor Borrero, de suerte que la tarea de los assembleístas, ordinariamente agitada como conocemos, se volvió frenética durante las horas posteriores. De un lado, faltaban todavía de aprobarse los últimos artículos de la Constitución y las disposiciones transitorias que seguramente serían necesarias y, de otro lado, la acefalía que equivalía al caos, amenazaba a la República y urgía decidir algo en torno de la dimisión del Presidente interino del Ecuador.

De ahí que las horas que siguieron dieran la impresión de un carrusel vertiginoso, de reuniones secretas tras otras, ofertas y contraofertas, nombres que brillan y casi enseguida se apagan, violentos debates parlamentarios y constitucionales que tienen algo de pesadilla, fórmulas semejantes a juegos pirotécnicos, recesos congresales e instalaciones fugaces. Recién cuando faltaban solo 10 minutos para la medianoche, mientras las barras vociferantes y gratificadas con generosidad se mantenían impertérritas y Quito entero era un aquelarre de los más exorbitantes rumores, se logró alguna claridad en medio de la vorágine. Reinstalados los assembleístas, de algún modo trataron de discutir los párrafos que aún faltaban de la Ley Fundamental pero, de pronto, al descubrirse el secreto de los pactos que estaban a punto de ser alumbrados, los conservadores decidieron abandonar el salón y anunciaron el discutible propósito de explicar al país su actitud, a través de un manifiesto público; ya sin ellos, el siempre sorprendente acuerdo de liberales y socialistas pudo avanzar con menos dificultades.

Pero todavía quedaba un obstáculo reglamentario, indispensable para salvar las apariencias jurídicas. Se trataba de que hace tiempo, cuando ningún nigromante de la política hubiera podido adivinar el ululante tramo crucial de esta medianoche, se había aprobado la norma de que solo cuando se hubiera "promulgado" la Constitución, se procedería a elegir el nuevo Presidente de la República. Pero si ahora a duras penas, el Secretario había leído los textos de la Carta; se los había aprobado con

apuro; los taquígrafos habían tomado notas, a falta de grabadoras y se habían mencionado apresuradamente las ideas básicas de varias disposiciones transitorias, ¿cómo salvar el escollo legalista?

Fue entonces cuando llegó el momento culminante de la habilidad política, bien aderezada con ropaje forense. Se ensayaron las más ingeniosas y alambicadas fórmulas: hubo propuestas, apoyos insuficientes, rechazos que bloqueaban el camino, reconsideraciones carentes del número suficiente de votos -las dos terceras partes-, mientras continuaban surgiendo entrometidas disposiciones transitorias, cuya meta ostensible era cerrar el paso de la Presidencia a uno u otro de los aspirantes, el más notorio de los cuales era el doctor Arroyo del Río poco simpático para los izquierdistas, mediante la receta de prohibírsele a los abogados y representantes de compañías extranjeras.

Hacia la 1.30 de la madrugada del día dos, el artículo final expresó: "La presente Constitución regirá en la República desde el día de su promulgación en la Capital. El Presidente la mandará a imprimir bajo su vigilancia y solo la edición autorizada por él se considerará auténtica.- Dado en Quito, el 2 de diciembre de 1938" (8), lo que a primera vista pareció casi una condena contra cualquier intento de solución, hasta que del sector socialista brotó la fórmula que los asambleístas presentes juzgaron como salvadora.

Sobre las 2.30 de la mañana, justo después de que se propusiera nombrar como nuevo Presidente interino al doctor Camilo Octavio Andrade, Ministro de Defensa hasta la víspera, para salvar el punto ritual mencionado, el asambleísta doctor Carlos Cueva Tamariz propuso que, "La presente Constitución regirá desde el día de hoy; así se aprueba con la más grande solemnidad", texto cuya segunda parte tal como es sencillo notar, constituye un esfuerzo algo pueril por ocultar cualquier fractura de índole jurídica. Gozosamente o, por lo menos con un gran suspiro de alivio, los legisladores presentes - liberales y socialistas- aprobaron la propuesta y entendieron que desde ese momento el país tenía una nueva Constitución.

PRESIDENTE HABEMUS

Hecha la quiromancia, faltaba solo evacuar el puntual asunto político, lo que se hizo con verdadera precipitación: se repartieron las papeletas para elegir Presidente constitucional de la República quien, según otra norma transitoria, duraría hasta el 31 de agosto de 1942 -¡escaso poder adivinatorio de los legisladores!-; el Secretario leyó los nombres allí escritos y con abrumadora mayoría triunfó el médico doctor Aurelio Mosquera Narváez, quien había sido rector de la Universidad Central y dirigía ahora el Partido Liberal Radical. El resultado se conoció a las 2.56 a.m.; el ganador ingresó en la sala de sesiones a las 3.15 a.m. y solo 30 minutos después ya había concluido la ceremonia de su posesión solemne (9).

Durante la mañana del 2 de diciembre se difundieron los primeros nombres de los Ministros: el joven Galo Plaza Lasso, hijo del General Leonidas, "dueño de la República entre 1912 y 1925" al decir de las malas lenguas, se encargó de la Defensa Nacional; el célebre políglota católico, doctor Julio Tobar Donoso, accedió a seguir en

la Cancillería; el abogado guarandeño César Augusto Durango fue a Previsión Social y Trabajo y el ingeniero Carlos Freile Larrea, fugaz encargado del mando cuando la Guerra de los Cuatro Días, al Ministerio de Obras Públicas. El día siguiente fue llenado el decisivo Ministro de Gobierno con el veterano político doctor José María Ayora, y poco después, el guayaquileño José María Estrada Coello, vino a Educación Pública y Deportes.

Simultáneamente los conservadores, dirigidos por el Dr. Moisés Luna, publicaron su anunciado manifiesto, en el que destacaron como imperativo del momento "el afianzamiento del régimen constitucional" -¡nótese este último calificativo!- y apuntaron además que "independencia no es hostilidad", mientras los delegados ecuatorianos viajaban hacia la espinosa Conferencia Panamericana de Lima y las aguas parecían haber vuelto a su cauce el mes de diciembre, poco propicio para las asonadas político- administrativas.

DEFUNCIÓN DE LA ASAMBLEA

Sin embargo esta impresión iba a ser del todo engañosa. El primer síntoma se manifestó apenas 5 días después de la elección. Durante una reunión popular izquierdista en Guayaquil, el doctor Arízaga Luque no trepidó en calificar de "reaccionario" al Gobierno, pese a que los diputados socialistas habían contribuido decisivamente a establecerlo y allí mismo aconsejó sin reservas, mantener la unión de la tendencia.

En cuanto a la Asamblea, varios de sus integrantes calcularon que se necesitarían más de 30 días de sesiones para completar los que consideraban sus encargos: presupuesto del 39, varias leyes orgánicas, algunos nombramientos, etc., lo que dio alas a la suspicacia de un poder al menos paralelo que el del Ejecutivo, con la circunstancia agravante de que muy tranquilamente los diputados se dieron a la tarea de elegir, sin coordinación alguna respecto de la Presidencia, a funcionarios tan importantes como el Contralor, el Procurador de la Nación, el Director de Estancos, los vocales del Consejo de Estado y de la flamante Comisión Permanente de Legislación, a lo que debe añadirse el nada elegante detalle de preferir para numerosas de esas dignidades a unos cuantos de los propios legisladores, lo que volvió a provocar la ira de Jaramillo Alvarado, quien declaró al infaltable Lucas Noespinto: "La misión de la Asamblea es solo la Constitución, lo demás sería despotismo sin freno" (10).

Todavía más grave fue el inicio de los debates parlamentarios sobre normas que han provocado siempre urticaria en los intereses de ciertos ecuatorianos: "el control de cambios para las importaciones" o, dicho de otro modo, la distribución de divisas para realizar las compras externas, pero el remate llegó solo 9 días después de que se había escogido a Mosquera Narváez. En otro momento de oportunas ausencias y mayorías, la Asamblea volvió a otorgar el generalato a Larrea Alba y a ordenar su reincorporación dentro del Ejército.

El Ejecutivo decidió entonces, que había llegado justo el instante de cortar el problema por lo sano; envió un enérgico Mensaje a la Convención en el que rechazaba lo decidido, mediante argumentos legales contundentes y la alusión al malestar del Consejo Superior Militar. El problema se puso al rojo vivo; menudearon los rumores y la

Asamblea resolvió "devolver" sin más el documento por 31 votos contra 17; entre los primeros se contaron 11 liberales, 18 socialistas y 2 conservadores y entre los segundos 5 liberales, 1 socialista y 11 conservadores.

El 13 de diciembre la réplica del Mandatario y su Gabinete consistió en declarar terminadas las funciones de la Asamblea -caso insólito en la práctica ecuatoriana-; convocar a elecciones de senadores y diputados ordinarios para el segundo domingo de mayo y señalar enfáticamente que, "el Ejecutivo queda sometido a la Constitución que acaba de ser expedida por el Poder Constituyente y a las demás leyes de la República". Para cubrir el inevitable remiendo hasta cuando el Congreso abriere sus labores, el gobierno aclaró que "se limitará a expedir los Decretos de Emergencia que fueren absolutamente indispensables para la marcha normal de los negocios públicos" (11). Ese mismo día soldados armados impidieron la sesión de la Asamblea y se apresó al Primer Vicepresidente de ella, doctor Antonio José Borja -socialista- y los diputados de la misma tendencia Luis Maldonado y Carlos Cueva Tamariz, junto con Clotario Paz y Rafael Alvarado, directores de VSRE.

A través de declaraciones clandestinas, el diputado Rocha, de los Ríos, pidió destituir al recién estrenado Presidente de la República pero, en cambio, un manifiesto de damas encopetadas criticó los sobresaltos causados por los izquierdistas y sostuvo que el Ejecutivo actuó "ajustado a la Constitución" y con el empeño de "mantener normas constitucionales y legales," ante la amenaza del caos (12).

Como era de preverse, el 14 resultó un día muy agitado. Claro que el Ministro Ayora afirmó que "se ha solucionado satisfactoriamente el problema" pero, a más de la insoportable tensión del ambiente, hubo el cercano peligro de que se enfrentaran a tiros la caballería Yaguachi, muy adicta al general Enríquez, con los Carabineros, mientras que unos 17 diputados, 12 de ellos izquierdistas, dirigentes de VRSE y los cronistas de El Comercio quien calificaran al espectáculo de "tragicómico"- El Telégrafo, El Universo, Últimas Noticias- este último el joven Benjamín Terán Varea- se reunieron en La Magdalena, hacia el suroeste de Quito, dentro del edificio de la antigua fábrica de cerveza La Imperial, de la familia Herrman, intentando los primeros, armar una sesión de la Asamblea y echar del mando a Mosquera Narváez.

Poco después llegó en 3 buses un piquete del batallón Cayambe, dirigido por el Comandante Arangundi; entró en la propiedad y apresó a los allí concentrados, entre los que se incluyeron Arízaga Luque, Armando Espinel Mendoza, Rocha, Gómez González, Ontaneda, etc., quienes junto con los periodistas, fueron conducidos hacia el Panóptico, mientras un poco frecuente avión de guerra hacía sus evoluciones sobre el local.

UNA ELECCIÓN EN DOS TARDES

Casi enseguida tuvo lugar el tranquilizador saludo del Cuerpo Diplomático al nuevo Gobierno; éste designó el 17 de diciembre una Comisión de prominentes exasambleístas - Manuel Elicio Flor, Alfonso Mora y César Augusto Durango- para que "compagine el articulado de la Constitución", con la advertencia de que "terminado el trabajo, se la imprimirá inmediatamente", si bien uno de

los comisionados entendió con menos tranquilidad que de lo que se trataba era de "compaginar y redactar ciertos artículos que no han alcanzado a ser discutidos por la Asamblea Nacional". El grupo recogió actas y papeles del disuelto Organismo y Flor calculó que el trabajo estaría listo en algo más de 15 días (13); por cierto, el Secretario siguió en funciones para facilitar el desempeño.

A su vez, en el Mensaje de Año Nuevo, el Presidente Mosquera aseveró que "la labor del Gobierno está amparada por la Constitución dictada por la extinguida Asamblea", mientras que el Ministro Ayora dijo que el Congreso "se reunirá indefectiblemente el 1o. de febrero" nueva fecha escogida por el Ejecutivo, pero es revelador que el 21 de diciembre, "un político" a quien no se identifica, dijera que "debe estar vigente la Constitución de 1906", lo que puede entenderse como un globo de ensayo, acaso propiciado por el grupo del doctor Arroyo del Río (14).

Ya en enero, recobraron lentamente la libertad los detenidos; varios funcionarios electos por la Asamblea intentaron posesionarse de sus cargos, sin conseguirlo; el Ministro de Gobierno manifestó el día 11, que "no estaban aprobadas las actas de la Asamblea sobre las sesiones en las que se hicieron los nombramientos", pero aclaró que el inminente Congreso, "no tendrá carácter de Constituyente". Entre el 15 y 16 de enero, con el raro horario de las 12 del mediodía hasta las 5 de la tarde, se tuvieron las siempre sospechosas elecciones previas a la conquista velasquista de la libertad de sufragio, con vehementes denuncias de fraude y el resultado fue una considerable mayoría liberal, un bloque conservador para salvar las apariencias y el casi inexistente grupo izquierdista.

Mientras el exiliado Velasco Ibarra (15) protestaba airadamente desde Buenos Aires por "la marginación del pueblo", bien puede considerarse a la última decena del mes como el lapso cuando se volvió apasionante el debate sobre la Carta que regiría en el futuro inmediato: la del 38 o la de 1906, escogida esta última por Páez, su malograda Asamblea y Enríquez, como muleta jurídica de sus actuaciones respectivas. Un senador de la Costa, también inidentificado, aseguró que "La Constitución (16) fue declarada vigente por la misma Asamblea y para su validez no necesita requisito de promulgación. Ya se trate de validez o no, no necesita de publicación en el Registro Oficial" (17). Se mezclaron noticias verdaderas o falsas, sobre ajeteos subversivos de los izquierdistas y casi de inmediato (18) vino la dura réplica de otro legislador y jurista cuyos nombres no se puntualizan: "El Congreso deberá asumir carácter de Constituyente; por falta de formalidades y problemas de compilación no puede considerarse permanente -la nueva Carta- sino de orden perentorio hasta la reunión del Congreso o Constituyente". Por su parte, el pedagogo y político Emilio Uzcátegui, dijo enérgicamente: "Con firmas o sin ellas, promulgada o no, la Constitución del 38 es la que tiene que regir, pues en nombre de ella se organizó el actual Gobierno y en nombre de ella clausuró a la Asamblea".

Hábilmente conducida la discusión, se volvió el tema central desde la primera reunión preparatoria del Congreso, dirigida por Arroyo en el Senado y José María Román en Diputados y, dada la composición de los bloques, fue muy previsible el documento principal: desde febre-

ro de 1939 se "declaró vigente a la Constitución de 1906 y no a la expedida por la pasada Asamblea", a la que se acusó de no haber sido promulgada, haber incluido artículos dispersos en las actas "y otros ni siquiera vertidos de las anotaciones de Secretaría"; también se afirmó que no constaban las firmas de todos los asambleístas. Entre los parlamentarios que más fervorosamente se opusieron a la nueva Carta estuvieron Andrés F. Córdova, presidente titular de Diputados y Guillermo Cisneros, de Cañar; también Tarquino Páez, de Imbabura, quien aportó con una extraña observación: cuando Mosquera Narváez prestó la promesa, no puntualizó cuál Constitución debía respetar.

El rechazo se aprobó por unanimidad y, a las razones de impugnación ya conocidas -"la Carta del 38 no se promulgó ni podía promulgarse"- se agregaron otras, como que desde el artículo 121 la redacción se ejecutó luego del día en que la Asamblea terminó sus funciones y que según informes del Archivero del Congreso, muchas actas fueron sacadas a limpio recién el mes de enero del 39. También se repitió que Páez, la Asamblea del 37 y Enríquez habían puesto en vigencia la Carta de 1906, claro que en cuanto no se opusiere a los propósitos de las respectivas dictaduras.

LA DISYUNTIVA

El epílogo era realmente presumible. Una comisión formada por sólidos liberales arroyistas: Manuel Benigno Cueva, Aurelio Aguilar Vásquez- futuro Ministro de Gobierno- Cristóbal Tobar Subía, Miguel Angel Albornoz- candidato para las fracasadas elecciones del 44- y Julio Enrique Moreno -Encargado del Poder 3 semanas en 1940- se encargó desde el 3 de febrero de estudiar las reformas que debían hacerse al viejo documento de 1906, para modernizarlo y poco después, otro grupo que incluyó a Andrés F. Córdova y hasta a conservadores como Mariano Suárez Veintimilla y Luis Alfonso Ortiz B., propuso específicamente la "concordancia" de la Constitución resucitada, con las nuevas condiciones institucionales del país, lo que también fue aprobado sin problemas, mediante 6 literales - ocho Ministros en vez de cinco, Contraloría General en vez de Tribunal de Cuentas,

existencia de la Procuraduría, etc.- el 28 de febrero siguiente, con lo que pudo estimarse ya completo el orden jurídico restaurado. Sin embargo el exministro de Gobierno, llamado "filósofo de la libertad", José Rafael Bustamante, comentó: "Tomadura de pelo. Una Asamblea puede legislativamente todo"(19).

Los acontecimientos de los 6 años posteriores corresponden más bien a la Historia General del Ecuador, Pero desde un punto de vista rigurosamente jurídico, es claro que: a) La Asamblea Constituyente de 1938 propuso poner en vigencia la Carta Política que había discutido, y así lo aprobó; b) El Gobierno de Mosquera Narváez derivó su legitimidad de la Asamblea y la Constitución del '38; c) Durante varias semanas, el Gobierno de Mosquera dio por sentada la vigencia de la nueva Carta y la invocó en actos y documentos públicos.

De esta suerte, dadas las anomalías formales ya citadas y que el Congreso del 39 magnificó, la vigencia jurídica de la Carta del 38 depende de la respuesta que se dé a esta pregunta: ¿Una Asamblea Constituyente puede hacer en el ámbito legislativo todo, como la dijera José Rafael Bustamante, o no? Si la respuesta es afirmativa, tuvo vigor pleno la Carta del 38, se la aplicó durante dos meses diciembre del 38 y enero 39- o al menos durante 10 días, como sostiene Arízaga Vega (20) y debe ser contada en la nómina de las Constituciones ecuatorianas. Si la respuesta es negativa, los otros efectos mencionados también lo son.

Pero además, si la respuesta es afirmativa, como parece probable (21), resultaría que el primero de febrero del 39 se dio un Golpe de Estado, al desconocer el Congreso ordinario a la flamante Carta; que fueron Regímenes de facto, no de iure, los de Mosquera Narváez a partir de esa fecha, Andrés F. Córdova, Julio Enrique Moreno y Arroyo del Río durante casi 4 años y que la "revolución gloriosa" del 28 de mayo del 44, efemérides máxima del velasquismo, no destruyó orden jurídico alguno, sino que abrió el camino para que se lo restableciera, criterios todos estos que alteran radicalmente las visiones tradicionalistas sobre la evolución jurídico-política del Ecuador.

NOTAS

Para la comprensión panorámica del llamado período republicano del Ecuador, hay algunas Historias Generales confiables, a veces con varias ediciones, tales como, Gabriel Cevallos García: "Historia del Ecuador", Oscar Efrén Reyes: "Breve Historia del Ecuador", Salvat Editores Ecuatoriana (algunos autores): "Historia del Ecuador" (1981), etc.

Sobre el tema constitucional específico son recomendables: Ramiro Borja y Borja: "Derecho Constitucional Ecuatoriano", Guillermo Bossano: "Evolución del Derecho Constitucional Ecuatoriano", Rafael Arízaga Vega: "Las Constituyentes" (1998).

Si bien corresponde a una etapa anterior, es valioso por los conceptos, la síntesis histórica y las orientaciones básicas, el "Discurso Introductorio" de Marcos Gándara Enríquez, que precede a las "Actas del Primer Congreso Constituyente del Ecuador, año 1830" (1998).

NOTAS

La insuficiencia de trabajos sistemáticos, hace inevitable la consulta de diarios y revistas de la época. Entre los primeros se recomienda sobre todo, El Comercio, de Quito y El Universo, de Guayaquil, debido a su actitud de liberalismo independiente, hay otros periódicos más vinculados con el liberalismo partidista, como El Telégrafo, de Guayaquil y El Día de Quito, así como también los hay cercanos a otros partidos de izquierda y derecha.

(1) Ordenadamente esclarece los orígenes constitucionales del Ecuador, el General Marcos Gándara Enríquez, en el "Discurso Introductorio y Actas del Primer Congreso Constituyente del Ecuador año 1830", volumen 15, de la Biblioteca del Ejército Ecuatoriano, Quito, IGM, 1998, páginas 2-69.

(2) Es acaso insuperable, la descripción del ingeniero Federico Páez que formula el diplomático e historiador Luis Robalino Dávila, en sus papeles autobiográficos.

(3) Una descripción muy ilustrativa es la de Oscar Efrén Reyes: "Breve Historia General del Ecuador", tomos II y III, Quito, 1967, páginas 287-288. Aunque se refiere a los años 20, del mismo Reyes resulta ilustrativa acerca del liberalismo partidista, "Los últimos siete años", Ediciones del Banco Central del Ecuador, Quito, 1997.

(4) El Comercio, 1o. de enero de 1939 (edición de aniversario y año nuevo).

(5) Luego de una protagónica figuración durante un cuarto de siglo hasta 1944, el rechazo y el olvido cubrieron al doctor Arroyo del Río, luego de la "revolución gloriosa" y las "sanciones" de la Asamblea Constituyente. Urge sin embargo un nuevo análisis del personaje, sobre todo a partir de la publicación de su obra "Por la Pendiente del Sacrificio" (Banco Central del Ecuador), a pesar de las dogmáticas oposiciones para que tal ocurriera.

(6) El Comercio, 21 de noviembre de 1938 (columna de Lucas Noespinto).

(7) Rafael Arízaga Vega "Las Constituyentes", Quito, Editorial Fraga, 1998, páginas 190-211.

(8) El Comercio, 2 de diciembre de 1938.

(9) Toda la prensa diaria de entonces informó con gran amplitud sobre estos acontecimientos, si bien los matices y los comentarios filtrados dentro de las crónicas varían según la orientación política del periódico respectivo.

(10) El Comercio, 8 de diciembre de 1938 (columna de Lucas Noespinto).

(11) El Comercio, 14 de diciembre de 1938.

(12) El Comercio, 15 de diciembre de 1938.

(13) El Comercio, 18 de diciembre de 1938.

(14) El Comercio, 21 de diciembre de 1938.

(15) El Comercio, 21 de enero de 1939

(16) El parlamentario se refiere al texto de la Constitución de 1938.

(17) Los temas de la sanción y la promulgación legales y, ni qué decir, de la sanción y promulgación de la Carta Política son de los más arduos e importantes del Derecho Público respecto de cualquier Estado. No se los abordará aquí y solo con el ánimo de facilitar la comprensión del proceso, se asimilan la "sanción" a la aprobación y la "promulgación" a la publicación del documento respectivo, para conocimiento de la ciudadanía.

(18) El Comercio, 23 de enero de 1939.

(19) El Comercio, 20 de febrero de 1939.

(20) Arízaga Vega: obra citada, páginas 193-195.

(21) Recuérdese por ejemplo lo ocurrido entre diciembre del 97 y mayo del 98 con la Asamblea de Sangolquí. Pese a que no se la llamó "constituyente" sino "solo" "constitucional" y que varias de sus características estuvieron previamente determinadas, no cumplió totalmente con ellas e, inclusive, demoró unos cuantos días el momento de su clausura. Además en el texto respectivo no constan las firmas de todos los asambleístas.

Las Constituciones del Ecuador

Juan M. Quevedo

Ecuador tiene un número impresionante de Cartas Políticas. Si fueran más simples y menos reglamentarias, tendrían más raigambre y la ciudadanía las conocería y respetaría.

Hay una necesidad imperiosa de simplificar, codificar, aclarar y racionalizar la legislación nacional. De esta manera el ciudadano, en vez de desesperarse en un océano de incertidumbre jurídica, batallando con textos que son con frecuencia oscuros y contradictorios, podría tener a su alcance un compendio nítido, actualizado y racional.

Esta imperiosa necesidad no puede satisfacerse dentro de marcos jurídicos encabezados por Constituciones Políticas por las que la mayoría de los ciudadanos no siente respeto, ni que generan mística alguna, pues la experiencia les demuestra que pronto serán reemplazadas, que no se cumplirá con ellas, y que con frecuencia serán ilegítimamente manipuladas.

En efecto, en los medios de comunicación ya se mencionan comentarios de diversos sectores en el sentido de que tiene que reemplazarse la Constitución que con tanta dificultad entró en vigencia en 1998.

La Gran Colombia dictó su primera Constitución en la Villa del Rosario de Cúcuta el 30 de agosto de 1821. Esta Constitución fue promulgada por el Libertador Simón Bolívar el 6 de octubre del mismo año. Al momento de dictarse esta primera Constitución de la Gran Colombia, la Carta Magna del Reino Unido, que se ha convertido en una especie de carta constitucional, y que con modificaciones sigue vigente, tenía ya seis siglos, y la Constitución de los flamantes Estados Unidos de Norteamérica, que también con modificaciones sigue vigente, tenía ya cerca de cincuenta años.

Antes de cumplirse nueve años de la promulgación de la primera Constitución, la Gran Colombia promulgó su segunda Carta Política en el Congreso Constituyente de Bogotá el 29 de abril de 1830. En este Congreso participaron como Diputados Constituyentes distinguidos ecuatorianos. Por Cuenca: José Andrés García. Por Chimborazo: Pedro Zambrano y Ramón Pizarro. Por Guayaquil: M. Santiago de Icaza. Por Imbabura: Antonio Martínez Pallares. Por Loja: José Félix Valdivieso. Por Manabí: Cayetano Ramírez y Fita. Por Pasto (en esa

época pertenecía al Departamento del Sur) Pedro Antonio Torres. Por Pichincha: José María de Arteta.

Al disolverse la Gran Colombia, la República del Ecuador, por intermedio del Congreso Constituyente de Riobamba, dictó la primera Constitución ecuatoriana propiamente dicha el 11 de septiembre de 1830, la misma que fue promulgada por el venezolano General Juan José Flores, primer Presidente de la República del Ecuador, actuando de secretario Esteban Febres Cordero.

Se puede argumentar que, si se toma en cuenta la Constitución Quiteña de 1812, en realidad, al separarse el Departamento del Sur de la Gran Colombia para formar la República del Ecuador, habíamos tenido ya cuatro Constituciones. La Constitución Quiteña de 1812, dictada por los heroicos patriotas liderados por el Obispo Cuero y Caicedo, el Marqués de Selva Alegre y otros, tenía la estructura típica de un documento constitucional, pero la historia le negó existencia efectiva.

En nuestra vida republicana posterior a la separación de la Gran Colombia hemos tenido veintiún Constituciones Políticas. Esto es un promedio aritmético de una Constitución cada ocho años.

Las preguntas que saltan a la vista son obvias: ¿Por qué? ¿Qué hacer para corregir este desempeño constitucional tan mediocre? Propongo cuatro respuestas a estas interrogantes.

Ninguna de estas cuatro respuestas incluye argumentos superficiales, autodestructivos, pesimistas y gastados, como por ejemplo "Así somos los ecuatorianos", "Es un asunto cultural, nunca cambiaremos", "Es un reflejo de nuestra inmadurez política" o "Es parte del subdesarrollo". Es tiempo de abandonar estas explicaciones fáciles y poco efectivas.

1.- LAS CONSTITUCIONES DEBEN LIMITARSE A CONTESTAR CIERTAS PREGUNTAS :

- ¿Quiénes somos?
- ¿Dónde estamos?
- ¿Cuáles son nuestras obligaciones principales?
- ¿Cuáles son nuestros derechos principales?

¿Qué estructura política y administrativa hemos elegido?

¿Cómo podemos reformar nuestra Constitución?

La alternativa a esta simplificación constitucional es la de generar Constituciones/Reglamentos que, en vez de dar respuestas básicas, catalogan las modas y tendencias políticas, económicas y culturales de cada época. Este es el camino que siempre hemos seguido. Este es el camino que no ha dado resultado.

El cambio en el mundo es cada vez más acelerado, más complejo y más impredecible. Los ejemplos abundan. Todas las predicciones, hechas por futurólogos, que se han fundamentado en una extrapolación del presente hacia adelante, han caído de bruces. La única constante parece ser que el futuro será diferente de lo previsto.

De lo que realmente se trata es de seleccionar un marco jurídico fundamental, que liberado de las veleidades y modas del momento, permita mantener una legislación coherente y lógica, y que sea susceptible de modificaciones cuando fuere necesario y que reconozca ciertos principios legítimos como la solidaridad humana, la dignidad del individuo y la protección del medio ambiente.

De adoptarse este criterio, la Constitución podría reducirse de doscientos ochenta y cuatro artículos, cuarenta y seis disposiciones transitorias y una disposición final, a quizá la cuarta parte de ese número de disposiciones. Así, su capacidad de sobrevivencia aumentaría radicalmente. Sintetizada la Constitución a sus elementos esenciales, podría ser conocida, respetada y defendida por la gran mayoría de los ciudadanos.

2.- LA CONSTITUCIÓN TIENE QUE SER SENCILLA Y DIÁFANA.

Tanto en la Constitución vigente, como en la mayoría de las anteriores, se declara el principio constitucional y luego se lo somete a lo que disponga la Ley. El efecto negativo de esta mecánica es doble:

a) Por un lado se hace difícil entender con claridad el alcance y los límites del principio constitucional, pues los legisladores posteriores podrán a su arbitrio manipular tal principio constitucional, mediante la promulgación permanente de leyes y reglamentos, que adaptan el principio constitucional a las necesidades y ambiciones cambiantes - y no siempre legítimas - del legislador.

b) Por otro lado, se debilita la fuerza conceptual del esquema. La Constitución, que es la Ley Suprema, y a la cual debe adaptarse todo el restante régimen jurídico de la República, es a su vez sometido a lo que dispongan las leyes.

Es obvio que se necesitan leyes y reglamentos que complementen a la Constitución, pero no puede someterse el principio constitucional a lo que dispongan las leyes.

3.- LA CONSTITUCIÓN NECESITA TENER LEGITIMIDAD.

No hace falta distinguir entre legalidad y legitimidad. Creo que la distinción es obvia y bastante conocida. Para que una Constitución tenga legitimidad podría identificarse tres requisitos:

a) Que la mayoría de los ciudadanos tengan hacia la

Constitución un sentimiento de respeto y, si se quiere, hasta de reverencia, por su carácter de Ley Suprema y por definir la esencia de la República.

El turista que viaja a Washington se impresiona al ver a los ciudadanos que visitan el edificio de los Archivos Nacionales, para desfilar con una actitud casi religiosa frente a los originales de los documentos básicos de esa nación, que allí se exhiben. Me pregunto si a alguien se le ocurriese exhibir en algún lado el original de nuestra Constitución, que tiene menos de dos años de vigencia, ¿cuál sería el número de ecuatorianos que haría el esfuerzo por visitarlo?

b) Que las disposiciones constitucionales sean realmente aplicables y ejecutables. Si no lo son, se transforman en retórica falsa y pierden legitimidad. Es posible que con frecuencia se trate simplemente de un problema de redacción.

Si la Constitución fija objetivos o metas, ello puede ser legítimo; pero cuando en el artículo 23 de la Constitución vigente, inciso siete, el Estado RECONOCE y GARANTIZA a las personas "el derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de óptima calidad; a elegirlos con libertad así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características" la reacción del ciudadano común será escéptica.

c) Que la Constitución sea un reflejo de lo que es el sentir mayoritario de la ciudadanía.

Los principios y conceptos impuestos arbitraria o artificialmente a la República por vía constitucional, así nos parezcan razonables y beneficiosos, no perdurarán por falta de legitimidad.

En un artículo del doctor Federico Chiriboga V., publicado recientemente en la página editorial del El Comercio de Quito, nos dice sobre el amparo constitucional:

"Quienes recibimos con entusiasmo la nueva institución desde la esperanza que no sería otro texto retórico y hueco, pronto comprobamos que había corrido la misma suerte que el resto de la Constitución: se la acata sin cumplirla, según vieja y vigente fórmula colonial. Y esto es muy grave, porque denuncia un hecho distorsionador: el divorcio entre la ley y la realidad."

En otras palabras, la Constitución carece de legitimidad, la misma que sólo puede recuperarse cuando hay coincidencia entre la ley y la realidad.

4.- EN EL MUNDO CAMBIANTE, LAS CONSTITUCIONES, PARA SOBREVIVIR, TIENEN QUE ADAPTARSE A LAS NUEVAS REALIDADES. POR ELLO, LAS CONSTITUCIONES TIENEN QUE INCLUIR NORMAS RESPECTO DE CÓMO PUEDEN SER MODIFICADAS.

Para que el procedimiento de modificación sea razonable, no puede ser demasiado rígido, porque produce anquilosamiento y divorcio con la realidad; pero no puede ser demasiado fácil, porque vulnera la seriedad y majestad de la Ley Suprema.

En la Constitución Quiteña de 1812 y dadas las circunstancias especiales de la época, se dispuso que:

"En este estado y conviniendo a la salud pública que los Pueblos queden impuestos al Régimen Provisional que el Supremo Congreso ha sancionado para el ejercicio de los tres Poderes, acordaron los señores que suscri-

ben se publique por Bando, en inteligencia que para las restantes sesiones se procederá, o por el mismo Supremo Congreso o por el Poder Legislativo, reformándose si lo exigiesen las circunstancias los artículos que parezcan inadaptables, o contrarios al carácter y necesidades de la nación."

Este texto sin duda respondía a las necesidades revolucionarias de la época, pero lleva dentro de sí las semillas de la impermanencia al llamarle al estatuto "provisional" y al disponer que sus artículos serán reformados cuando lo exijan las circunstancias, parezcan inadaptables o contrarios al carácter y necesidades de la Nación.

En las primeras Constituciones de nuestra era republicana se establece ciertas disposiciones no sujetas a reforma. Tal era el celo republicano de la época, que esa limitación debió parecer obvia, si bien algunos de los pro-

hombres de la época discretamente coqueteaban con la necesidad de estructuras más autoritarias.

En la Constitución Grancolombiana de 1830, por ejemplo, se dispone en el artículo 164 que:

"El poder que tiene el Congreso para reformar la Constitución, no se extiende a la forma de Gobierno que será siempre republicana, popular, representativa, alternativa y responsable."

Con una Constitución no reglamentaria, diáfana y plasmada de legitimidad, creo que sería beneficioso no imposibilitar, pero sí requerir prudencia en sus reformas.

El riesgo de seguir manejando nuestras Constituciones como lo hemos hecho desde nuestra independencia, es el de que sea probable que haya nuevas asambleas constituyentes en el futuro, y nuevas Constituciones que tengamos que estudiar, aprender y tratar de aplicar.

Breves Apuntes

El silencio administrativo positivo

Javier Robalino

El silencio administrativo produce la caducidad de la competencia de la Administración, lo cual implica la pérdida de esa competencia por el transcurso del tiempo, y en consecuencia, la imposibilidad de la Administración para rever o revisar su propio acto.

El silencio administrativo, o de la administración, ha sido definido como una forma de manifestación o declaración tácita de la voluntad de la Administración Pública. Dromi afirma que "la voluntad -de la Administración- es tácita cuando el silencio administrativo, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado como acto administrativo". (1)

Esta manifestación tácita de voluntad de la administración, cuando ha sido concebida en sentido positivo, supone que aquello solicitado a la Administración ha sido concedido. En este caso, se lo denomina silencio administrativo positivo. (2)

El silencio administrativo positivo fue introducido en la legislación ecuatoriana a partir de la expedición de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993. Con esta ley se produjo la inclusión del silencio administrativo positivo como una nueva institución jurídico administrativa, hasta esa fecha inexistente en nuestro sistema. (3)

A partir de esa fecha, es decir, desde la expedición de la Ley de Modernización del Estado, el legislador incorporó en otras normas la institución del silencio administrativo positivo: (I) Ley de Régimen Tributario Interno (4); (II) Ley Orgánica de Aduanas; y, (III) Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Estas normas, mutatis mutandis, contienen disposiciones para la aplicación del silencio administrativo positivo. Así el Art. 28 de la Ley de Modernización, referente al derecho de petición (5), establece un término de 15 días para recibir una respuesta de la Administración, caso contrario, se entenderá que la solicitud, pedido o reclamo ha sido aprobado.

Por su parte los artículos 69 y 127 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva establecen que el plazo máximo para resolver las peticiones y procedimientos sometidos a las entidades sujetas al Estatu-

to será de 60 días, luego de lo cual la petición se entenderá aceptada.

En cuanto a la Administración Tributaria Fiscal, la Disposición Final Primera de la Ley de Régimen Tributario Interno establece que, en los casos en que se prevean o no plazos específicos para resolver reclamos o recursos de los contribuyentes, la Administración Tributaria tendrá el plazo de 120 días hábiles para pronunciarse (6), y si vencido el plazo no hubiese resolución expresa, el silencio administrativo se entenderá como una aceptación tácita de los recursos o reclamos (7).

La Ley Orgánica de Aduanas, en su artículo 77, va más allá que las otras normas relacionadas al silencio administrativo positivo, como procedemos a explicar. Dice el Artículo 77 que el Gerente ante el que se presentó el reclamo, resolverá en el término de 20 días hábiles, término al que se añadirá el que se haya concedido para la presentación de pruebas, el que no excederá de 10 días. La falta de resolución en el plazo establecido, dice esta Ley, producirá la aceptación tácita del reclamo. En otras palabras, el término para que se produzca el silencio administrativo en reclamaciones presentadas ante los gerentes aduaneros podrá ser de hasta 30 días hábiles. Es importante mencionar que en el inciso cuarto de este artículo el legislador ha establecido que la aceptación tácita del reclamo (I) excluye el deber del gerente aduanero de dictar resolución expresa y (II) tendrá el carácter de acto firme que ha causado estado. Respecto a lo último cabe mencionar lo siguiente: en primer lugar, se reconoce la caducidad o pérdida de la competencia de la administración para expedir la resolución o acto administrativo y, en segundo lugar, la producción del silencio administrativo agota la vía administrativa. Estos aspectos no han sido establecidos con la misma claridad en otras leyes.

Sobre la base de la legislación citada hemos podido comprender que, ante la inactividad de la Administración, el silencio administrativo positivo implica la aceptación tácita de una petición, reclamo o recurso. Al respecto y con el objeto de obtener una mejor comprensión del silencio administrativo positivo y llegar a algunas

conclusiones sobre el tema, es conveniente mencionar doctrina y jurisprudencia, para luego comentarlas. Citaremos a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (8), autores españoles que influyeron en la Ley de Procedimientos Administrativos de España, norma que a su vez influyó en la Ley de Modernización y en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo ecuatoriano.

Sobre el silencio administrativo positivo, García de Enterría y Fernández sostienen lo siguiente:

"En rigor, el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse dentro de un plazo limitado, pasado lo cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado." (9)

Esta concepción del silencio administrativo positivo es de mucha importancia, pues implica un cambio en el papel de la Administración. La Administración puede proceder a ejercer o no un derecho: el de vetar las peticiones de los administrados. Ya no debe, a manera de requisito sine qua non, autorizar o aprobar la petición presentada.

".....Puede decirse por lo tanto, del silencio -administrativo- positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a las que sustituye..." (10)

De esta manera, el silencio administrativo positivo constituye un acto administrativo que se ha producido por fuerza del derecho, ipso iure. Este acto administrativo ostenta todas las calidades de un acto expreso.

"Que la Administración resuelva de forma expresa de modo contrario al otorgamiento positivo que se ha producido en favor del particular por el transcurso del plazo del silencio. Ese acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por el silencio positivo se considera entonces como una revocatoria de oficio de un acto declarativo de derechos realizada al margen del procedimiento establecido y, en consecuencia, nula de pleno derecho (...) el plazo del silencio es un plazo de caducidad y no de prescripción(...) La Ley sanciona la inactividad de la Administración..." (11)

Sería entonces el acto emitido con posterioridad a la producción del acto administrativo ficto, un acto expedido por una Administración sin competencia, debido a la caducidad ya existente, y por lo tanto, ese acto llevaría consigo una nulidad absoluta. Al mismo tiempo, la inactividad y omisión de la Administración es sancionada, aspecto que ha sido recogido en nuestro ordenamiento, incluso con multas y sanciones administrativas y penales para los funcionarios encargados. (12)

"(...) el plazo del silencio se cuenta desde el ingreso de la solicitud o proyecto en el órgano correspondiente hasta la fecha de notificación al interesado (...)

El cómputo del plazo -de acuerdo a la LPA de España- puede complicarse cuando en el curso del mismo, el órgano administrativo llamado a decidir señala al interesado la existencia de defectos de orden técnico o de cualquier otro tipo que sea preciso subsanar. En estos casos, el requerimiento consiguiente interrumpe el plazo del silencio, que se reanuda una vez subsanadas las diferencias observadas (...)" (13)

A diferencia de la legislación española y luego del análisis de las leyes de Modernización, de Régimen Tri-

butario Interno, Orgánica de Aduanas y del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no encontramos, en ninguna de ellas, una disposición que nos permita considerar que la petición de requisitos o formalidades, términos probatorios, notificación por correo u otras gestiones de trámite, hechos o actos de simple administración puedan ser consideradas como interrupciones al plazo para el silencio, sin perjuicio de que la lógica pueda mandar lo contrario.

La Corte Suprema de Justicia ha manifestado su criterio sobre la aplicación del silencio positivo en reiteradas ocasiones, tanto en materia administrativa como en materia administrativo tributaria.

Así, en sentencia publicada en el RO 287 de 31-III-98 dentro del caso Agip vs. Petrocomercial, la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema consideró que "el derecho que se establece por el silencio administrativo positivo es un derecho autónomo, y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo cuando tal contestación es emitida con posterioridad al término que la ley establece para la oportuna contestación (...) por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como ya señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga la ejecución inmediata, de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución (...) Precisamente por ello, el efecto del silencio administrativo, no es una presunción de hecho sino de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo". (14)

Por su parte, la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia también ha reconocido la aplicación del silencio administrativo positivo. En la sentencia No. 31-96 publicada en el RO 378 de 7-VIII-96 la Corte consideró: "Con esta reforma -se refiere a la de la Ley 05 que estableció el silencio positivo- y continuando y acentuando el proceso de modificación antes aludido que se plasmó en el Art. 28 de la Ley de Modernización, se extiende al campo tributario el mandato de que el silencio administrativo ha de ser considerado, desde la fecha señalada, el 1ro de enero de 1995, como aceptación tácita de las pretensiones del particular. (...)". La misma sala en la sentencia dictada dentro del caso seguido por Flopec contra la entonces Dirección General de Rentas (RO 39 de 8-IV-97), concluyó, luego de analizar la vigencia y prelación de las normas de la materia que "(...) el trámite del recurso de reposición, cuyo silencio ha determinado la aceptación del recurso de reposición interpuesto por la actora, (...) que motivó la sentencia cuestionada en el presente recurso de casación, se establece la falta de diligencia del funcionario a un oportuno pronunciamiento ubicándose su conducta en los supuestos del inciso último del Art. 21 de la Ley 05, (...), por lo que se declara improcedente el recurso de casación..."

El silencio administrativo produce la caducidad de la competencia de la Administración, lo cual implica la pérdida de esa competencia por el transcurso del tiempo, y en consecuencia, la imposibilidad de la Administración para rever o revisar su propio acto, en este caso el acto producido por el silencio administrativo, como lo ha reconocido la Corte Suprema en sentencia 09-94 publicada en el RO 441 el 16-V-94.

Sobre la base de las normas, doctrina y jurispuden-

cia citadas, llegamos a las siguientes conclusiones:

(i) El plazo para el silencio administrativo positivo opera desde el momento de la presentación de la petición, recurso o reclamo, y sería interrumpido por la Administración, con la notificación de la resolución de la Administración al administrado dentro del plazo establecido, con lo cual la Administración ejercería el veto a la petición del administrado.

(ii) No es posible extender el plazo para el silencio administrativo positivo, salvo aquellas excepciones establecidas expresamente en las normas, como es el plazo probatorio establecido en el Art. 77 de la Ley Orgánica de Aduanas.

(iii) Si la Administración no resolviera dentro del plazo, la petición se entiende aceptada, y caduca el derecho de la Administración para resolver el asunto o petición sometido a ella.

(iv) Si la Administración llegase a resolver luego o fuera del plazo establecido, habría una revocatoria de un acto administrativo que sería nula de pleno derecho.

Los efectos del silencio administrativo positivo que acabamos de mencionar son muy importantes para el administrado ya que generan y producen derechos, y como dicen García de Enterría y Fernández, son además "muy peligrosos para la Administración, en la medida en que, si no actúa con la debida diligencia, queda vinculada en términos muy estrictos de la misma manera que si hubiera dictado una resolución favorable" (15). De ahí la importancia que para la Administración tiene esta institución, y que actualmente debe ser mejor difundida, con el objeto de evitar desconocimiento y arbitrariedad que afecte a los administrados, y abusos de éstos frente a la Administración.

NOTAS

1 Dromi considera que la voluntad expresa es la regla. Se entiende que esta voluntad es por excepción tácita. José Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, Tomo I, pag. 175.

2 Jaime Vidal Perdomo es su obra *Derecho Administrativo* plantea que la ausencia de respuesta de la Administración presenta varios problemas, el primero relacionado a la responsabilidad del Estado y del funcionario, lo cual ha sido contemplado en la Legislación Ecuatoriana. El segundo, el relacionado con los mecanismos que ha ingeniado el legislador para dar una respuesta al administrado, que es principalmente el silencio administrativo, positivo o negativo. El positivo, a criterio de este autor, se debería aplicar en casos de aprobaciones o autorizaciones, bajo el presupuesto de que la petición está completa.

3 El Código Tributario y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo reconocían exclusivamente la existencia del silencio administrativo negativo.

Para el efecto hay que tener en cuenta que el silencio administrativo negativo no produce un acto administrativo con todos sus efectos, sino que simplemente constituye una ficción legal con efectos procesales, que permite el desarrollo del procedimiento impugnatorio.

4 La Ley de Régimen Tributario Interno ha sufrido varias reformadas. Las que se han referido al silencio administrativo positivo son principalmente las siguientes: las Ley 51 RO 349 de 21-XII-93; Decreto Ley 05, RO 396 de 10-III-94; Ley 99-24, RO 181-S de 30-IV-99.

5 El Art. 23 numeral 15 de la Constitución establece el derecho de petición. Sin embargo, lo hace en sentido general al establecer el derecho a "dirigir quejas y peticiones a las autoridades,.....y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado.". Debería entenderse que esta norma constitucional reconoce el derecho de petición, y como una manifestación de este, el derecho a recibir una respuesta. Sin embargo, la Constitución no establece si tal respuesta será negativa o positiva. Por lo tanto, entenderíamos que la norma constitucional reconoce y no riñe con la aplicación del silencio administrativo negativo o positivo.

6 La Ley 99-24 de la Reforma para las Finanzas Públicas eliminó de la Disposición Final Primera de la Ley de Régimen Tributario Interno la palabra "peticiones", dejando así que el silencio administrativo positivo solo sea aplicable a los recursos y reclamos.

7 La Corte Suprema de Justicia ha considerado que el silencio administrativo no se aplica a los recursos de revisión por ser éstos extraordinarios. Ver sentencia 121-98 publicada en el RO 215 de 18 de junio de 1999.

8 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, Tomo I, pag 555

9 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Obra citada*, página 556

10 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Obra citada*, página 557

11 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Obra citada*, página 557

12 El silencio administrativo está relacionado con el concepto de la competencia de administración en razón del tiempo. "La competencia es por lo común permanente, en cuanto el órgano puede ejercer en cualquier tiempo sus atribuciones que le han sido conferida. Pero en ciertos casos, el órgano solo puede ejercer la atribución por un lapso determinado. Se dice, entonces, que la competencia es temporaria". José Roberto Dromi, *Obra citada*, página 167.

13 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Obra citada*, página 558

14 Materia de otro análisis será el procedimiento de ejecución del silencio administrativo positivo, que actualmente presenta múltiples deficiencias y vacíos legales.

15 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Obra citada*, página 556

Responsabilidad civil y eficiencia económica

El análisis económico del derecho de daños

Hugo A. Acciarri y
Andrea Castellano

El razonamiento: los daños que se producen en una sociedad no abarcan sólo un problema distributivo privado (que el dañador deba transferir o no una cantidad de dinero, en concepto de compensación, a la víctima), sino que también inciden en la riqueza total de la comunidad.

En los últimos años es frecuente en el medio jurídico nacional encontrar referencias al análisis económico del derecho o al Law & Economics. Qué signifiquen esas denominaciones, discernir si se trata de un único modo de análisis o de una o varias escuelas, y si son más o menos homogéneas las ideas de sus sostenedores, es una cuestión que demanda un desarrollo que excede los propósitos de este artículo. (10)

Lo propio ocurre con la posibilidad de intentar una evaluación de su bondad o la discusión de sus fundamentos. El objetivo de este trabajo, en cambio, es simplemente exponer, de modo preliminar, algunas líneas que sirvan para caracterizar los fundamentos y el modo de pensar de estas corrientes, circunscriptos al área del derecho de daños, sector que ha servido de punto de partida para la posterior expansión de estas ideas a casi todas las ramas del Derecho.

REGLAS DE RESPONSABILIDAD E INCENTIVOS

El germen que subyace en el origen de todo razonamiento de esta clase, es que los daños que se producen en una sociedad no abarcan sólo un problema distributivo privado (que el dañador deba transferir o no una cantidad de dinero, en concepto de compensación, a la víctima), sino que también inciden en la riqueza total de la comunidad. Así, si alguien, como consecuencia de su actividad, incendia una fábrica vecina, aunque luego indemnice completamente a su dueño, determinará con su accionar una disminución en el stock de bienes de la sociedad: antes existía un bien (la fábrica) que ahora habrá dejado de existir. Lo perdió su dueño, pero también, por agregación, la sociedad en general. Esto sucederá (en principio) tanto si el dañador paga como si no paga una indemnización a su víctima. No obstante, aunque luego de acontecido el suceso dañoso, la pérdida social sea —en ese sentido—, irreparable, situándonos ex ante a su producción, se puede inferir que no será igual la conducta del —entonces todavía potencial— dañador, si prevé que va a respon-

der por ese hecho, o si por el contrario, no espera sufrir consecuencias. El cuidado que ponga en su actividad, su inversión en prevención, y la intensidad con que la realice no serán, previsiblemente, idénticos en ambas situaciones.

La conducta del probable dañador se aprecia, aquí, en relación con su propio interés. Si no debiera responder (aunque la riqueza social disminuyera, esa reducción, ese empobrecimiento, lo sufriría otro, y por eso no se vería directamente afectado) su interés en prevenir previsiblemente sería (sino nulo), menor que si debe reparar. Si prevé que deberá responder, en cambio, invertir en prevención no será para él más que un medio orientado a disminuir las posibilidades de sufrir una consecuencia desagradable: pagar una indemnización.

De estas primeras afirmaciones pueden derivarse varias conclusiones: en primer lugar, las reglas de responsabilidad operan como incentivos para que las personas hagan o dejen de hacer ciertas cosas (2). Lo expuesto supone que la conducta de las personas puede reaccionar ante estímulos positivos y negativos y que, por lo tanto, si alguien puede prever que realizando un acto o actividad cualquiera recibirá consecuencias más disvaliosas que valiosas, no lo ejecutará, o modificará su accionar, mientras que tenderá a realizar ese acto o actividad, caso contrario. Las reglas de responsabilidad, en este sentido, imponen (o no) consecuencias indeseables, constituidas por los costos de verse sometido a la carga económica de un daño, sea por tener que afrontar una indemnización (el dañador), sea por verse imposibilitado de reclamarla (la víctima). Un sistema correcto de responsabilidad civil, por lo tanto, servirá para poner "en línea" los incentivos para que el accionar privado, guiado exclusivamente por el propio interés del agente, conduzca a su vez a la mejor situación social posible.

LA EFICIENCIA ECONÓMICA

Y en este punto (3) se introduce la cuestión de la eficiencia. La idea se relaciona con la noción de usar de la mejor manera posible los recursos. Cuando se piensa en un

individuo gestionando sus propios bienes, el análisis de la situación, a la luz de estas ideas, se desenvuelve en una dimensión única, y bastante sencilla. Pero cuando se hace referencia a una sociedad, existe también una dimensión del problema vinculada a la pluralidad de individuos. Hay, entonces, un stock social de bienes, conformado por la suma de los bienes de los individuos y organizaciones (4), y todo cambio que afecte ese stock global, en consecuencia, afectará los stocks individuales y el bienestar de las personas. Y no hay, en la ciencia económica, una única noción o criterio de eficiencia que defina el punto, sino varios alternativos. (5)

El concepto de eficiencia, que habitualmente se emplea en estos análisis, es el denominado de "Maximización de la Riqueza" o de Kaldor-Hicks (6). Una descripción sencilla lo muestra como un criterio que estima eficiente una medida, cuando el beneficio que produce, supera a su costo social. Esto es, cuando el beneficio que obtienen los que "ganan" con la medida (en nuestro caso, pensemos en la puesta en vigencia de un sistema completo o una regla de particular responsabilidad), supera a la pérdida que sufran los que "pierden" frente a la misma situación.

INTERPRETACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO DE DAÑOS

En su evolución histórica, el primer vínculo sistemático entre derecho de daños y economía nace con Coase (7) y su propuesta del empleo de reglas de responsabilidad para alcanzar el logro de la eficiencia. Hasta la publicación de su trabajo el efecto de las distintas alternativas de regulación de los deberes de indemnizar sobre la asignación de recursos, era poco discutida en la teoría económica. Del aporte que realiza Coase pueden destacarse dos cuestiones fundamentales que constituyen el pilar sobre el que se asientan las bases de la interpretación económica del derecho de daños:

Por un lado enfatiza que, para la ciencia económica, cuando se producen fenómenos dañinos el problema que se enfrenta es de naturaleza recíproca. Es decir que, si A (dañador) causa un perjuicio a B (víctima), evitar el daño a B implica causar un daño a A, al restringirlo en su actividad. Entonces, lo que realmente debe resolverse es si debe permitirse a A perjudicar a B o debe autorizarse a B a perjudicar a A. El criterio que debe guiar esta decisión es el de evitar el daño más grave o, en un sentido más amplio, minimizar el daño conjunto. En el caso de tratarse de dos actividades productivas, significa permitir que continúe realizándose aquella que resulte más valiosa.

Por otro lado, analiza cómo las reglas de responsabilidad inciden en este objetivo, distinguiendo dos situaciones: una en la que no existen costos de transacción (8) y otra en la que sí se verifican. Si las transacciones de mercado no representarían ningún costo las decisiones jurídicas respecto de la responsabilidad por daños **no tendrían efectos sobre la asignación de los recursos, y se alcanzaría la solución eficiente con independencia de la regla de responsabilidad.** Cuando existen costos para realizar las transacciones, en cambio, la cuestión es totalmente diferente, porque la solución eficiente no podría

producirse con independencia de la norma jurídica elegida. La propuesta normativa que surge de este planteo es que deben diseñarse las normas de manera que intenten reproducir la solución eficiente cuando existen costos de transacción que impiden realizar los intercambios de derechos necesarios que conduzcan al óptimo, o bien que deben diseñarse para reducir al mínimo los costos de transacción.

Este género de análisis presupone, entonces, que a la sociedad no le interesa eliminar todos los daños. Observa que en la práctica esto no es lo que sucede y que se toleran de muy buena gana algunas actividades que producen muchos daños, porque se estiman generadoras de beneficios superiores. Si se piensa simplemente en la circulación automotriz, una medida que prohibiera totalmente el tránsito vehicular, disminuiría también a cero los muertos, heridos y daños materiales ocasionados por tal actividad. Pero también se reducirían a cero todos sus beneficios (9). Y si la relación a considerar es la comparación costo-beneficio (10), entonces:

- a) Deben evitarse los hechos, actividades o medidas que generan más daños (costos) que el beneficio social que producen y,
- b) El modo de evitación de los daños no es intrascendente. Toda acción tendiente a la prevención o evitación importa costos. Estos costos, en sentido amplio, pueden provenir tanto de la inversión en medidas de prevención (un incremento en la prevención disminuye los daños esperables), como de la restricción al desarrollo de actividades (una disminución en el nivel de una actividad que puede causar perjuicios a terceros o hacer sufrir infortunios a quien la ejecute, reduce esa posibilidad de verificación de daños).

Cuando se adopta la eficiencia como objetivo, ambas cuestiones son dos caras de una sola moneda: en una misma dimensión se evalúa qué daños deben evitarse, y cómo deben prevenirse, a costa de qué puede hacerse. En definitiva lo que se intenta es encontrar la mejor relación entre costos y beneficios totales, para lo cual se conjugarán todos los costos (los atribuibles al esperable suceso dañoso, los que demanden las medidas de prevención, los que correspondan a la restricción de las actividades implicadas) y todos los beneficios, de todas las partes comprendidas en el campo en análisis, buscándose la alternativa óptima.

La posibilidad de influir sobre esa relación de costos y beneficios, no es en general, igualitaria para ambos implicados, ni uniforme para todos los supuestos. Se advierte, en consecuencia desde esta perspectiva, que la influencia, posición y posibilidades relativas de ambas partes, respecto del hecho dañoso, son factores altamente relevantes. (11)

El desarrollo particularizado de estas ideas presenta complejidades de orden muy diverso y mueve a reflexiones igualmente variadas. Pero al menos como una posición diferente de las clásicas, y siquiera como provocación a considerar aspectos muchas veces soslayados -y sin embargo, de enorme importancia-, relativos al diseño, finalidades, aplicación y consecuencias de los sistemas jurídicos, resulta digna de estudio y merecedora de interés y esfuerzo.

NOTAS

1 Para una aproximación inicial, pueden verse con provecho, en español, Polinsky, M. A. "Introducción al Análisis Económico del Derecho", Barcelona, 1985; Schäfer, H. B. y Ott, C. "Manual de Análisis Económico del Derecho Civil", Madrid, 1991; Pastor, S. "Sistema Jurídico y Economía", Madrid, 1989, Torres López, J. "Análisis Económico del Derecho", Madrid, 1987.

2 Esta hipótesis proviene del análisis microeconómico tradicional que supone que los agentes económicos se comportan racionalmente eligiendo la alternativa más conveniente entre las que están a su alcance.

3 La ubicación del tema es simplemente para procurar claridad expositiva, no por orden de importancia.

4 El término "organizaciones" se emplea aquí en un sentido amplio, semejante al utilizado por North, D. en "Instituciones, cambio institucional y desempeño económico", FCE, México, 1990.

5 El empleo de uno u otro criterios, referidos al agregado social, determinará, consiguientemente, consecuencias diversas para el bienestar individual de los implicados. Dadas estas premisas, no resulta indiferente cuál sea el concepto técnico de eficiencia que se adopte. El criterio paradigmático de la escuela económica neoclásica es el de Pareto, que describe una situación como eficiente, cuando no exista posibilidad de mejorar a alguno de los implicados, sin perjudicar a otro. Suele también hablarse en este sentido de "necesidad de unanimidad" o "derecho de veto", ya que bastará que alguien se perjudique, para que su oposición obste a calificar la medida a adoptar de eficiente. Como se ve, parece un criterio muy claro, pero bastante poco operativo para guiar decisiones sociales. Y el análisis económico del derecho en general y el del derecho de daños, en particular, opinan, precisamente, sobre alternativas de regulación distintas al mercado. Imponer una u otra regla de responsabilidad no puede, como premisa, requerir la unanimidad de la sociedad, ni siquiera la de los implicados.

6 En realidad, sólo para simplificar se unifican en el texto tres criterios cercanos. Si bien tal unificación puede ser criticable para una instancia más refinada del análisis, no es infrecuente en la corriente principal del Law & Economics, al menos en los trabajos más generales. Por ejemplo, señala Posner: "...in the less austere concept of efficiency used in this book - called the Kaldor-Hicks concept or wealth maximization-..." (Posner, R., "Economic Analysis of Law", cuarta ed., 1992, p. 13). El resaltado nos pertenece.

7 Coase, R., "The Problem of Social Cost", Journal of Law and Economics, 1960, p.1-44.

8 El concepto es introducido por Coase R., "The Nature of the Firm", Económica, 1937; los costos de transacción se identifican con los costos de utilizar el sistema de precios como mecanismo de asignación de recursos; en general incluyen los costos de identificación de las partes con las que se ha de tratar, los costos que implica reunirse con dichas partes, los costos del proceso de negociación en sí y los costos de puesta en marcha, vigilancia y ejecución del acuerdo al que se llegue.

9 En el ejemplo, como en cualquier otro de los que habitualmente se invocan, se parte de suponer un común denominador para todos los costos y beneficios, que generalmente (pero no necesariamente, ni para todos los autores) es el dinero. Así, si ése fuera el parámetro y una actividad produce 10 muertos y su prohibición total aparejara la pérdida de sólo 5 vidas (no habría ya, por hipótesis, muertos por accidentes, pero podrían morir esas 5 personas por la ausencia de ambulancias -y no hubieran muerto de no tomarse esa medida prohibitiva-, para hacerlo gráfico), esa prohibición no sería por sí eficiente, ya que la comparación no se haría en ese rubro (pérdida de vidas) únicamente, sino tomando en cuenta la cuantificación de los beneficios totales de la actividad y los costos totales que acarrea. Si mantenerla produce 10 muertes y suprimirla, hipotéticamente, no genera ningún muerto adicional (sustitución de las ambulancias por helicópteros) y reduce a cero los anteriores, pero produce otro género de perjuicios, podría ser igualmente ineficiente, ya que la circunstancia de que los costos se deriven de muertes o de otros factores no se estimará relevante a los fines del cálculo. Por supuesto, la expuesta es una versión demasiado elemental del razonamiento implicado, y hay tanto razones mucho más sutiles para sostener lo expuesto (que atenúan su aparente brutalidad), como versiones que buscan modificar esa clase de resultados. Lo interesante es que, como el personaje de Balzac que descubrió tardíamente que hablaba en prosa, analizar situaciones de la vida cotidiana (y de la regulación jurídica tradicional) con estos parámetros, puede llevar a descubrir -a veces para sorpresa- que muchas cosas suelen acontecer cotidianamente (en el campo del ser, no del deber ser) de ese modo, que fríamente expuesto puede repugnar.

10 El estudio pionero que propone esta perspectiva analítica en el ámbito del derecho de daños es el de Calabresi, G. "The Cost of Accidents: a Legal and Economic Analysis", Yale University Press, 1970.

11 Un tratamiento más detallado de este género de problemas incluye todavía más factores, intentando abarcar acabadamente el espectro total de los costos y beneficios implicados. Además de los expuestos en el texto, se adicionan, por ejemplo, los costos derivados del funcionamiento del sistema judicial. Este tipo de tratamientos ya se encuentra en Calabresi, G. op. cit., cuando formula su distinción entre costos primarios, secundarios y terciarios.

SECCIÓN JURISPRUDENCIA

Rodrigo Jijón L
La Casación en los Juicios Ejecutivos.

Lorena Cascante R
Fallos contradictorios en la Corte Suprema de
Justicia ¿Son procesos de conocimiento los
Juicios Posesorios?

La casación en los juicios ejecutivos

Rodrigo Jijón L.

La Corte Suprema de Justicia no debe permitir que la contradicción subsista, y tiene que tomar una decisión que le ponga fin, y otorgue a los ciudadanos seguridad jurídica reflejada en la posibilidad de prever cuál va a ser la decisión sin importar en qué Sala resulte sorteado el caso.

Han transcurrido algo más de seis años desde que se dictó la Ley de Casación. Parece oportuno que empecemos a evaluar si los objetivos y propósitos que se buscaron al tiempo de la aprobación de la ley se están cumpliendo, a efectos de que, en los niveles legislativos y judiciales, se adopten los correctivos que sean necesarios para conseguir el logro de esos objetivos.

Una de las razones para el establecimiento de la institución de la casación fue la unificación de la jurisprudencia y con ella el cumplimiento de una de las garantías constitucionales: la seguridad jurídica.

Las personas que acceden a la justicia deben estar en capacidad de prever de qué manera aplicarán los jueces las normas legales a determinadas circunstancias de hecho. La administración de justicia debe ser previsible y las sentencias que dicten los jueces deben ser (al menos teóricamente) iguales frente a circunstancias de hecho también iguales.

El presente trabajo busca contribuir a esa evaluación, mediante el análisis del tratamiento que las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia han dado a los juicios ejecutivos en materia de casación. Reconozco que por la limitación y especificidad del presente trabajo no se podrá obtener conclusiones generales pero espero que contribuya para la evaluación que, como lo dije anteriormente, merecen estos primeros años de la Ley de Casación.

Un elemento que debe tenerse en cuenta al efectuar este análisis es que, de conformidad con el Art. 19 de la Ley de Casación, la triple reiteración de un fallo constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes por parte de los jueces de primera instancia y para las Cortes Superiores. ¿Qué pasa si dos salas de la Corte Suprema fallan reiteradamente, sobre un punto de derecho en forma contradictoria? Al existir dos normas contradictorias se produciría una antinomia que atenta contra la coherencia del ordenamiento jurídico.

Entrando ya en materia, diremos que la casación para los juicios ejecutivos se convierte en tema relevante a partir de la reforma a la Ley de Casación publicada en el Registro Oficial 39 de 8 de Abril de 1997. En efecto, en esa reforma a su vez se modificó el artículo 2 de la Ley

de Casación que establece cuáles son las providencias judiciales de las que se puede interponer el recurso de casación. La reforma limitó, en lo que nos interesa, el recurso de casación a los autos y sentencias que ponen fin a los procesos de conocimiento.

Surgieron dos grandes preguntas en relación a los juicios ejecutivos:

1. ¿Se puede interponer el recurso de casación de los juicios ejecutivos? Naturalmente que la respuesta a esta pregunta dependerá si se considera que el juicio ejecutivo es o no un proceso de conocimiento.

2. En el evento de que se considere que no hay casación para las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos habrá que analizar qué pasa con los recursos de casación que se habían interpuesto y fueron sido admitidos a trámite antes de la reforma a la Ley de Casación.

II. ¿Cabe casación de las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos?

Inicialmente, la respuesta "oficial" de las tres Salas de la Corte Suprema de Justicia a esta pregunta es NO. Las tres salas han emitido más de tres fallos en los que resuelven que no procede el recurso de casación en los juicios ejecutivos.

Los fallos dictados por las salas Primera y Tercera fueron unánimes, en tanto que en los fallos de triple reiteración de la Segunda Sala uno de los Magistrados salva su voto.

Las salas coinciden en que el juicio ejecutivo no es un "proceso de conocimiento" y niegan por lo tanto la procedencia del recurso de casación para sentencias dictadas en juicios ejecutivos. Entre los argumentos que utilizan las salas para fundamentar que el juicio ejecutivo no es un proceso de conocimiento destacamos los siguientes:

a. Según la doctrina, pertenecen a la categoría de procesos de conocimiento los procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva. El ejecutivo no sería, por lo tanto, un proceso de conocimiento.

b. La finalidad de los procesos de conocimiento es la declaración del derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica e incluye, por lo tanto, al grupo general de declarativos y a los dispositivos, en todos estos juicios es el juez quien dice el derecho (ius dicit).

c. Cualquiera que sean los efectos de las sentencias que se dicten en los procesos de conocimiento, éstos son el resultado de una actividad intelectual y emocional del juez en cuya virtud examina los hechos y las pruebas aportadas por ambas partes, efectúa su valoración a la luz del ordenamiento jurídico vigente y formula la norma individual que en lo sucesivo ha de regir la conducta de aquellas con respecto al caso que motivó el proceso (declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor).

En cambio, en el juicio ejecutivo no hay tal declaración ya que se asume la certeza del derecho al arranque del juicio.

d. El proceso ejecutivo, a diferencia de los procesos de conocimiento, tiene por objeto hacer efectivo un derecho cierto, cuya satisfacción se tiende a asegurar mediante el empleo de la coacción.

e. La historia de la ley demuestra que la intención del legislador fue excluir de la casación al juicio ejecutivo.

f. El recurso de casación es una acción entablada contra la autoridad de cosa juzgada y en el juicio ejecutivo, en Ecuador, no existe esa calidad en razón de que, de conformidad con el art. 458 del Código de Procedimiento Civil, el deudor está facultado para, luego de dictada la sentencia, intentar la vía ordinaria, con la sola salvedad de que en este proceso posterior no se admitirán las excepciones que hubieran sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo.

Por todas estas razones, las salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia resuelven que no es admisible el recurso de casación en las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos.

La Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, no aplica ese criterio para todo tipo de juicios ejecutivos, y establece que en determinados casos sí es admisible el recurso de casación para dichos juicios. Como ejemplo de esta posición de la Segunda Sala, vamos a citar la parte pertinente del auto dictado por la misma, en el que admite a trámite el recurso de casación interpuesto por el accionante, Ab. Myrna Minuche Freire, dentro del juicio ejecutivo reclamando el cumplimiento de una obligación de hacer, transferir el dominio por dación en pago de tres macrolotes de terreno ubicados en el antiguo predio Mongón de Guayaquil. La opinión de la mayoría, en relación al tema que nos ocupa es la siguiente:

"Ciertamente es, que este Ministerio, en varios juicios ha expuesto el criterio jurídico que luego ha sentado precedente jurisprudencial obligatorio por esta Sala, en el sentido: que no constituyen 'juicios de conocimiento': los juicios ejecutivos, careciendo éstos de la posibilidad de cumplir el requisito de procedencia, que viabilizan la concesión del recurso de casación, por cuanto hemos sostenido también que no declaran, ni reconocen o establecen derechos, sino que se basan en títulos o documentos que éstos se encuentran preexistentes e indubitablemente señalados, tales los casos: de las cambiales, los pagarés, los cheques y las escrituras públicas con contratos de mutuo, hipotecas, prendas, que aluden a ellos, con obligaciones de dar, cuantitativamente determinadas. Por último, se hace indispensable tener presente: 2.1. Que el art. 423 del Código de Procedimiento Civil menciona los diferentes títulos de carácter ejecutivo, sin que necesaria-

mente todos ellos puedan dar origen al juicio ejecutivo. 2.2.- Que esos títulos ejecutivos tienen que contener obligaciones ejecutivas, caracterizadas por ser determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido, al tenor del art. 425 del mismo cuerpo legal, en el art. 429 de la Ley No 52 (R.O. No. 439: 12.5.94), para que pueda ser la base de la demanda ejecutiva. 2.3.- Que la letra de cambio, el pagaré, el cheque y la escritura pública que se apoya y se refiere específicamente a éstos, son documentos formales, que tienen protección especial de la ley, que hace que las obligaciones de dar consignadas, sean derechos preestablecidos, cuyo titular puede exigir inmediatamente su ejecución o cumplimiento. Basta reparar en los Arts. 487 y 411 del Código de Comercio y el art. 2 de la Ley de Cheques, para descubrir este elemento distintivo que les ha consagrado el legislador, a diferencia de otros títulos ejecutivos, así: la confesión (Art. 128 y 129 del Código de Procedimiento Civil); la sentencia que goza del efecto de cosa juzgada y la sentencia firme extranjera (Art. 124 del Código de Procedimiento Civil); las escrituras públicas (Arts. 170, 185 y 186 del Código de Procedimiento Civil); el documento privado reconocido judicialmente (Arts. 198 y 202 del Código de Procedimiento Civil); el testamento; el auto de adjudicación de remate de bienes muebles e inmuebles; las actas judiciales de remate; las actas transaccionales en instrumentos públicos o reconocidos judicialmente; y los demás documentos que las leyes especiales conceden tal carácter, deben ser de forma previa apreciados por el juez, llegando aún a efectuarse manifiestamente la declaratoria judicial, a fin de que recién puedan las obligaciones contenidas, reclamarse ejecutivamente; distinto de las tres órdenes de pago y los otros documentos comerciales establecidos de manera taxativa en la ley, en el que la presunción de autenticidad que revisten, solo es destruida por la falsedad o ilegalidad probadas. En la especie el título ejecutivo de la escritura de dación en pago, no es cambial, pagaré cheque u otro título mercantil que tenga ejecución inmediata sino que el derecho requiere reconocimiento mediante decisión judicial, puesto que no está intrínsecamente manifestado y con el carácter de autónoma la obligación de hacer, exigida por la accionante, en base de dicho documento, constituyendo un proceso de conocimiento, que prevé el art. 2 de la Ley reformativa a la Ley de Casación."

En el mismo sentido, y en el juicio No. 204-98 publicado en el Registro Oficial 127 de 10 de Febrero de 1999, la Corte, al conocer un juicio ejecutivo iniciado en base a una confesión judicial resuelve: "En la especie, el título ejecutivo de confesión judicial, no es cambial, pagaré, cheque u otro título mercantil que tenga ejecución inmediata, sino que el derecho que estipula requiere de reconocimiento mediante decisión judicial, puesto que no está intrínsecamente manifestada la obligación de hacer que describe las preguntas del pliego (aquí la relación del fallo es incompleta) firma de una escritura de compraventa, como también la obligación de devolver el dinero recibido en vista de que no se puede otorgar dicha escritura, que exige la accionante, en base de dicho documento, constituyendo un proceso de conocimiento".

La Segunda Sala, por lo tanto, establece que unos juicios ejecutivos, los que se fundamentan en letras de cambio, pagarés, cheques, o cierto tipo de escrituras públi-

cas, son en realidad juicios ejecutivos y, por lo tanto, no cabe interponer el recurso de casación de las sentencias que se dicten en estos juicios.

Por el contrario: hay otro tipo de juicios ejecutivos, los que tienen como antecedente otros títulos, que en realidad no son juicios de ejecutivo porque "el derecho requiere reconocimiento mediante decisión judicial, puesto que no está intrínsecamente manifestado y con el carácter de autónoma la obligación de hacer, exigida por la accionante, en base de dicho documento, constituyendo un proceso de conocimiento, que prevé el art. 2 de la Ley reformativa a la Ley de Casación."

La Segunda Sala ha expedido más de tres fallos reiterados admitiendo, parcialmente, la casación en juicios ejecutivos. Tal decisión es, por lo tanto, precedente de aplicación obligatoria y vinculante para los jueces inferiores.

La posición de la Segunda Sala en esta materia es contraria a la posición de la Primera y de la Tercera Sala que no admiten, como norma general, la casación en los juicios ejecutivos. Tenemos por lo tanto dos normas de aplicación obligatoria que son contradictorias.

¿Deben o no las Cortes Superiores admitir a trámite los recursos de casación de sentencias dictados en juicios ejecutivos? En uno u otro caso estarían incumpliendo un precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante. La situación de los jueces recuerda el consejo que daba un padre a su hijo "te cases o no te cases, igual te arrepentirás".

¿Qué deben hacer los litigantes, plantear o no recurso de casación de las sentencias que se dicten en juicios ejecutivos? Parecería que en este caso la recomendación debería ser que se presente el recurso de todas maneras pues, en virtud del sorteo, podría el proceso ir a la Sala que admite parcialmente el recurso de casación.

De conformidad con el artículo 197 de la Constitución Política del Estado le corresponde a la Corte Suprema de Justicia en Pleno expedir la norma dirimente que tendrá carácter obligatorio, mientras la ley no determine lo contrario, en caso de fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, dictados por las Salas de Casación, los Tribunales Distritales o las Cortes Superiores.

Más allá de lo difícil que resulta que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia se reúna para tomar una decisión obligatoria (a presencia de treinta Ministros hace poco probable que esto pueda ocurrir), es evidente que la Ley de Casación y la conformación de la Corte de Casación no contribuyen para con uno de los objetivos fundamentales de esta institución: la unificación de la Jurisprudencia.

2.- Si pasamos a contestar la segunda pregunta, la respuesta será la misma, pero más complicada. No hay un criterio uniforme de las Salas sobre la subsistencia de los recursos de casación que fueron admitidos a trámite antes de la reforma de mayo de 1997.

La Primera y la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia sostienen que las Salas de Casación perdieron competencia para seguir conociendo los recursos, pues de conformidad con la regla 20 del Artículo 7 del Código Civil, en lo referente a la sustanciación y ritualidad de los juicios se estará a la nueva ley.

Por el contrario la mayoría de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia sostiene que los recursos de-

ben tramitarse aplicando la ley que estuvo vigente al tiempo de la interposición del recurso y que, por lo tanto, si cuando fue admitido a trámite el recurso la ley facultaba el recurso de casación para los juicios ejecutivos, la Sala debe aplicar esa ley, tramitar y resolver el recurso de casación.

Creo oportuno en este punto analizar un poco más a fondo la posición de la Segunda Sala sobre la aplicación de la Ley de Casación de 1993.

Como ya señalamos anteriormente hemos encontrado más de tres fallos de la Segunda Sala en la que la mayoría sostiene que los recursos de casación admitidos a trámite antes de la reforma de 1997 deben ser resueltos.

El argumento expuesto por la mayoría de esta Sala para aplicar la Ley de Casación de 1993 lo expone el Ministro Dr Olmedo Bermeo I.:

" Este Ministerio tiene establecido que la reforma referida, rige inevitablemente para aquellas causas en que se haya interpuesto el correspondiente recurso de casación posterior a la vigencia de la Ley de Reforma a la Ley de Casación amparado en la disposición del Art. 7 del Código Civil, que establece: 'La Ley no dispone sino para lo venidero; no tiene efecto retroactivo'. Disposición que guarda concordancia con el Art. 22 de la Ley de Casación. La irretroactividad constituye un principio legislativo y jurídico, según el cual las leyes que se promulgan no tienen efecto en cuanto a los hechos anteriores a su promulgación, salvo expresa disposición en contrario. Es decir, la ley dispone para lo futuro, no tiene efecto retroactivo, ni pueden alterar o vulnerar los derechos ya adquiridos. La norma 20 del Art. 7 del Código Civil, constituye un grado de irretroactividad media, que respeta las situaciones y vínculos creados pero regula las modificaciones y efectos producidos después pero a consecuencia de disposiciones anteriores a la promulgación de la nueva ley. Esto es, se ha de respetar lo que obra de autos y que fue actuado con ley anterior, sometándose las futuras actuaciones judiciales a la nueva ley vigente. La actual ley Reformativa a la Ley de Casación, promulgada en el R.O. No. 39 de 8 de abril de 1997, constituye un cuerpo legal que se aplica desde su vigencia y los efectos que en su aplicación conlleva no afecta a los ya producidos por la legislación anterior."

Añade en el Considerando TERCERO: " Si bien es cierto, que con la vigencia de la Ley Reformativa a la Ley de Casación, de 8 de abril de 1997, limita la procedencia del recurso de casación a los juicios de conocimiento y que en este sentido esta Sala ha resuelto rechazar aquellos recursos interpuestos en los juicios ejecutivos con posterioridad a las dichas reformas, con la variante de que este Ministerio ha aceptado a trámite aquellos recursos interpuestos en esta clase de juicios con anterioridad a la vigencia de las reformas a la Ley de Casación, no es menos cierto que la intención del legislador fue la de evitar el abuso de este recurso, especialmente en estos juicios de cumplimiento o de ejecución, y que se ha convertido en un mecanismo de postergación del cumplimiento de las obligaciones por parte de los ejecutados, mas no la de coartar el legítimo derecho de los ejecutantes para recabar de sus deudores las correspondientes obligaciones con respaldo de un título ejecutivo."

Esta opinión del Dr. Bermeo es tomada del voto salvado expedido por dicho Magistrado en el Juicio No.

282-98 publicado en el Registro Oficial 129 de 12 de febrero de 1999.

Pese a que la Sala ha resuelto más de tres veces, como ya lo vimos, a favor de la admisibilidad de los recursos presentados antes de la reforma de la Ley, la propia Sala, mantiene el criterio contrario por más de tres ocasiones. con el Voto Salvado del Dr. Olmedo Bermeo que he citado, disponiendo que no son admisibles los recursos de casación de sentencias dictadas en juicios ejecutivos aun cuando tales recursos se hubiesen presentados antes de las reformas a la Ley de Casación, pues en cuanto a la ritualidad y sustanciación de los juicios debe aplicarse al nueva ley por lo que la Sala perdió competencia para seguir conociendo el recurso de casación.

El argumento a favor de esta tesis lo encontramos en el J No. 780-99, publicado en el Registro Oficial No. 288 de 30 de septiembre de 1999

" El art. 7, regla 20ma. del Código Civil, al hablar sobre los efectos de la ley en el tiempo, el problema de la retroactividad, dice: 'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieron comenzadas se regirán por la Ley que estuvo entonces vigente.' En tal virtud no se puede confundir la concesión del recurso de casación por el Tribunal de Alzada, como la situación de excepción dispuesta por el legislador en citada norma sustantiva, basta tener presente: 3.1. Los artículos 307 y 309 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente, definen a los términos y regulan la forma de contar el lapso fijado. 3.2.- Aunque nuestra legislación expresamente no da una definición de las palabras 'actuaciones y diligencias judiciales', surgen algunos elementos de sus pertinentes conceptos, cuando en algunos cuerpos legales son utilizados por nuestro legislador, así en los artículos: 117, 122 y 183 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y en el artículo 26 del reglamento sobre Procesos y Actuaciones Judiciales. En conclusión las actuaciones y diligencias judiciales son las actividades propias del juez, actuario, litigantes y más auxiliares que individual o colectivamente intervienen en el proceso en aplicación de la ley, como por ejemplo certificaciones, notificaciones, actas, escritos, informes, copias, constancia de actos procesales, etc."

Hay contradicción en la posición de la Sala que, en unos casos, rechaza el recurso formulado antes de la expedición de la Ley Reformatoria por cuanto la nueva ley es aplicable y la Sala perdió competencia. y otros, la mayoría, que sostiene que la nueva ley no es aplicable y que la Sala mantiene competencia para resolver los recursos planteados antes de la Ley Reformatoria.

Mi análisis se fundamenta exclusivamente en la publicación de las sentencias en el Registro Oficial y de esa información no aparecen otros elementos de juicio o razones que puedan justificar la contradicción anotada. A propósito: conviene señalar que la publicación de las sentencias en el Registro Oficial no es muy prolija. No siempre se publican los votos salvados, e incluso he llegado a identificar un caso en el que en la sentencia publicada, que corresponde al voto de mayoría, no se consignó que uno de los Ministros salvó su voto.

Ciertamente, la posición de las salas de la Corte Su-

prema de Justicia es contradictoria. También debería resolverse el conflicto mediante una decisión del pleno de la Corte Suprema.

3. El futuro de la casación y los juicios ejecutivos

3.1. El mecanismo de solución de los fallos contradictorios.

En el corto plazo, le corresponde al Pleno de la Corte Suprema de Justicia expedir la norma dirimente. Se admite de manera limitada o no se admite el recurso de casación para sentencias dictadas en juicios ejecutivos. Debe además resolver el Pleno cuál es el tratamiento legal que debe darse a los recursos de casación que fueron presentados con anterioridad a la reforma de 1997.

En el evento de que el Pleno no expida la norma dirimente, la procedencia o no de los recursos de casación dependerá de la Sala a la que va el recurso de casación o el recurso de hecho, en el evento de que los Tribunales de Alzada no concedan el recurso de casación de sentencias que se dicten en los juicios ejecutivos, asumiendo la posición de la Primera y Tercera Sala.

Vemos, sin embargo, que el mecanismo para la solución del problema de las sentencias de triple reiteración contradictorias, plantea un muy serio cuestionamiento a la estructura de la Casación, tal como funciona en el Ecuador.

Podrían establecerse mecanismos mucho más expeditos para la solución de los conflictos. Mi sugerencia sería la resolución de estos temas por mayoría de votos de los Ministros de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (Pleno de las Salas de lo Civil y Mercantil) y que mientras el Pleno de estas salas no modifique su criterio o se expida una ley que modifique ese criterio, las tres Salas (en el caso de lo Civil y Mercantil) deberían estar obligadas a seguir el criterio impuesto. Naturalmente, se requeriría reformar el Art. 197 de la Constitución.

De esta manera creo que se puede resolver de una manera más eficiente el serio problema que representa la existencia de contradicciones entre fallos de triple reiteración.

Hay quienes sostienen que deberían unificarse las salas por materia y que, en la de lo Civil y Mercantil, debería haber una sola sala con nueve magistrados. Las decisiones deberían tomarse por mayoría. Personalmente, en un sistema judicial donde uno de los más serios inconvenientes es la lentitud en la administración de justicia, creo que salas con más de tres Magistrados serían menos eficientes y que la expedición de sentencias sería mucho más complicada y demorada.

3.2. ¿Cuál debería ser, a mi juicio la decisión del Pleno. Debe admitirse o no el recurso de casación de las sentencias dictadas en juicios ejecutivos?

El razonamiento original de las tres salas de la Corte es, efectivamente, impecable. El proceso de ejecución no es un proceso de conocimiento. Lo que creo que podría ser mucho más discutible (y esa es la discusión que plantea la posición de la Segunda Sala) es si nuestro juicio ejecutivo, el normado en el Código de Procedimiento Civil, es realmente un proceso de ejecución.

De llegarse a la conclusión de que el juicio ejecutivo no es en realidad un proceso de ejecución, porque contiene los elementos que lo definen doctrinariamente al proceso ejecutivo y a los que con tanto acierto se refie-

ren la Corte y los autores citados en las sentencias, tendríamos que analizar cuál es la naturaleza de nuestro juicio ejecutivo para determinar de qué tipo de proceso estamos hablando.

El notable jurista español Jaime Guasp hace un estudio sobre la naturaleza del juicio ejecutivo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de su país y llega a la conclusión de que en realidad ese juicio ejecutivo es un juicio de cognición sumario. Como mecanismo de análisis trataremos de transportar los comentarios de Guasp a nuestro juicio ejecutivo.

El tema es tanto más confuso como que en la Sección Segunda del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil, que se refiere al juicio ejecutivo, se confunde el juicio como tal (que inicia con la demanda y acaba en la sentencia) y el procedimiento de ejecución o vía de apremio que inicia con el mandamiento de ejecución previsto en el artículo 448 del mismo Código Adjetivo.

En mi opinión la estructura de esta primera fase del juicio ejecutivo: desde que se presenta la demanda hasta que se expide la sentencia, es un proceso declarativo sumario de condena.

La sentencia del juicio ejecutivo admite o rechaza la demanda, y cuando la admite dispone que se pague al acreedor, y se inicia recién entonces un proceso coactivo de ejecución que en nuestro país es la vía de apremio.

Tómese además en cuenta que, en cuanto a la ejecución de la sentencia, la vía de apremio no es una característica exclusiva de los juicios ejecutivos. Desde las reformas de 1978 al Código de Procedimiento Civil, los fallos expedidos en los juicios sumarios o en los ordinarios, que no se ejecuten en la forma especial señalada en la Ley, se ejecutan del mismo modo que las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo, siguiendo éste desde la vía de apremio. La misma reforma de 1978 estableció que no es necesario iniciar juicio ejecutivo para llevar a ejecución la sentencia recaída en un juicio ordinario.

Cuando el juez califica la demanda en el juicio ejecutivo, el juez dispone que el demandado pague o proponga excepciones en el término de 3 días. Es decir que la ley no obliga al demandado a pagar, le faculta de manera expresa a que discuta la obligación. Es más, en nuestro juicio ejecutivo ni siquiera se han limitado las excepciones que se pueden plantear. El deudor puede plantear, como en la práctica plantea, las mismas excepciones se plantean en los juicios típicamente declarativos.

Se dirá que, en efecto, en el juicio ejecutivo existen algunas acciones que puede tomar el acreedor y que no proceden en el juicio ordinario. Nos referimos expresamente a las mediadas cautelares que se pueden solicitar desde que se plantea la demanda. Si bien la existencia de este tipo de medidas es de gran importancia en la práctica, pues normalmente el deudor que sufre el impacto de estas medidas cumple entonces con la obligación reclamada, de ninguna manera tales medidas corresponden al proceso de ejecución en el que no se toman medidas cautelares sino medidas coactivas para ejecutar la obligación.

En resumen: creo que el juicio ejecutivo, tal como está regulado en el país, es un proceso de sumario de conocimiento.

En cuanto a la posición de mayoría de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia de distinguir dos tipos

de juicios ejecutivos, creo conveniente hacer unas pocas consideraciones.

No hay duda de que en los juicios ejecutivos que se refieren a obligaciones de hacer, y se basan en títulos ejecutivos distintos a la letra de cambio, el pagaré a orden, el cheque y la escritura pública que contiene un contrato de mutuo, hipotecario o prendario, se puede apreciar con más claridad y de manera más evidente la labor de conocimiento que debe hacer el Juez antes de dictar la sentencia.

Considero, sin embargo, que el Código de Procedimiento Civil no hace diferencia en cuanto al procedimiento para la ejecución de unos u otros títulos ejecutivos. Como señalamos anteriormente, es la estructura del juicio ejecutivo en el Ecuador la que lo revela como un juicio de conocimiento. En la primera parte del juicio ejecutivo, esto es desde la demanda hasta la sentencia, no se hace diferencia alguna entre títulos que contienen obligaciones de dar y títulos que contienen obligaciones de hacer o de no hacer.

Ciertamente, ya en la fase de ejecución o vía de apremio, el Código establece un distinto camino para la ejecución de las obligaciones de hacer y para las de no hacer. Pero reitero, esto ocurre en nuestro Código de Procedimiento Civil recién en la vía de apremio.

Adicionalmente, sería difícil negar que el juez debe hacer una intensa labor de conocimiento, tan amplia como la que hace en un proceso declarativo, cuando acepta o rechaza la excepción de falsedad de un documento que contenga una obligación de dar como, por ejemplo, una letra de cambio.

La Segunda Sala de la Corte, como parte de su razonamiento, sostiene que el juicio ejecutivo que se sigue para la ejecución de obligaciones de hacer o no hacer, se basa en títulos ejecutivos que no tienen ejecución inmediata, sino que el derecho que estipulan requiere reconocimiento mediante decisión judicial, puesto que no está intrínsecamente manifestada y con el carácter de autónoma la obligación de dar, exigida por el accionante, en dichos documentos, constituyendo, por consiguiente, un proceso de conocimiento como prevé el Art. 2 de la Ley Reformatoria a la Ley de Casación.

Yo pensaría que si un título ejecutivo no contiene una obligación ejecutiva que se manifieste intrínsecamente en ese documento, según nuestro sistema no tendría el mérito suficiente para ser aceptada al trámite la demanda ejecutiva. La práctica de resolver en sentencia que el título ejecutivo no contiene una obligación ejecutiva es lesiva a los intereses del ejecutado y violenta el concepto mismo del juicio ejecutivo. Esta decisión debe tomar el juez in limine, esto es al calificar la demanda. Si el Juez no está en capacidad de establecer que la obligación es efectivamente una obligación ejecutiva debe negar al trámite ejecutivo la demanda.

Si la Corte de Casación llega a la conclusión de que en un proceso la obligación no era ejecutiva, esto es líquida o liquidable, determinada, clara, pura (o con una condición que aparezca evidentemente cumplida), y de plazo vencido (con las excepciones que la propia ley establece), deberá declarar nulo el proceso por violación del trámite aplicable a la causa. Esa demanda nunca debió ser tramitada por vía ejecutiva, debió ir por la vía ordinaria.

De todas maneras considero que la posición de la Segunda Sala ha sido muy importante pues hace evidente, al menos para cierto tipo de juicios ejecutivos, la labor de conocimiento que debe efectuar el juez.

Reconozco que existen también argumentos para excluir a los juicios ejecutivos de la casación. La forma en la que está estructurado nuestro juicio ejecutivo contiene también elementos propios de los procesos de ejecución. Así, por ejemplo, la posibilidad de iniciar un juicio posterior es una característica de los procesos de ejecución. Luego de que se dictan mediadas de ejecución, provisionales o definitivas, sin que el deudor tenga un derecho efectivo de defensa, o lo tenga de una manera muy limitada, se admite un juicio ordinario posterior en el que el demandado puede defenderse adecuadamente.

El Código de Procedimiento Civil confiere las más amplias facultades de discusión y permite además que luego de dictada la sentencia en el juicio ejecutivo el deudor impida la ejecución ofreciendo iniciar un juicio ordinario posterior, con la única limitación de que en ese juicio no podrán discutirse nuevamente las excepciones que ya fueron materia del juicio ejecutivo.

Como bien señalan los fallos de la Primera y la Tercera Sala, la existencia de este proceso posterior fue uno de los motivos por los cuales se buscó excluir del recurso de casación a las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos. Dos consideraciones importantes constan en el oficio del Presidente de la República, que vetó parcialmente el proyecto de Ley de Casación: a) las sentencias susceptibles de casación deben ser finales, esto es no se

puede volver a discutir sobre la materia del juicio y b) la demora en el despacho de los juicios.

En la práctica aceptar que las sentencias dictadas en juicios ejecutivos admitan el recurso de casación y luego sea posible volver a discutir en vía ordinaria la materia del juicio ejecutivo dilatará aún más el suficientemente complicado camino para la ejecución de obligaciones establecido en el país.

Tiene sentido que se pretenda restringir la casación a las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos. El veto del Presidente de la República es la muestra más palpable de que es la estructura del juicio ejecutivo en el Ecuador la que impuso la restricción del recurso de casación.

Existen argumentos muy fuertes en uno u otro sentido, como ocurre en casi todos los ámbitos de aplicación del Derecho. Pero lo único cierto es que la Corte Suprema de Justicia no debe permitir que la contradicción subsista, y tiene que tomar una decisión que ponga fin a la contradicción y otorgue a los ciudadanos seguridad jurídica reflejada en la posibilidad de prever cuál va a ser la decisión sin importar en qué Sala resulte sorteado el caso.

Es también evidente que el problema de fondo en los juicios ejecutivos no es su acceso al recurso de casación. Lo importante es la reforma a la estructura del mismo juicio ejecutivo. Es allá a donde debemos destinar los esfuerzos. Si después a ese nuevo juicio ejecutivo se le dota o no del recurso de casación ya es un asunto de técnica legislativa.

NOTAS

1 A las antinomias se refiere Bobbio en el capítulo III de su libro de *Teoría General del Derecho al analizar la Coherencia del Ordenamiento Jurídico*. Bobbio Norberto, *Teoría General del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., Santa Fé Colombia, 1994.

2 Antes de la reforma, el artículo 2 de la Ley de Casación decía:

PROCEDENCIA: El recurso de casación procede contra:

- a) Las sentencias y los autos que pongan fin a los procesos dictados por las cortes superiores, los tribunales distritales y otros tribunales de apelación.
- b) Las sentencias y los autos que pongan fin a los procesos que no son susceptibles de impugnación por medio del recurso de apelación; y
- c) Las providencias que, dictadas para ejecutar sentencias resuelvan puntos esenciales no controvertidos en el juicio ni decididos en el fallo, o que contradigan lo ejecutoriado.

La reforma al Art. 2 señala: El recurso de casación procede contra las sentencias que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.

3 En la Gaceta Judicial de la Serie XVI, No. 13, correspondiente a los meses septiembre-diciembre de 1998, se publican fallos de triple reiteración sobre la no competencia de la Primera y Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia para conocer recursos de casación en juicios ejecutivos. Los tres fallos de la Primera Sala corresponden a los juicios No. J.240-96 R. 524-98, No. J.655 R.525-98 y No. J. 131-96 R.526-98. Los tres fallos de la Tercera Sala corresponden a los juicios No. J.140-98 R.520-98, No. J. 2256-98 R. 515-98 y No. J.2086-96 R. 516-98. En la Gaceta Judicial de la Serie XVI, No. 14, correspondiente a los meses de enero-Abril de 1999, se publican los fallos de triple reiteración de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil que declaran que no procede recurso de casación en juicios ejecutivos. Los fallos publicados corresponden a los juicios No. 243-97 R. No. 40-98; No. 20-97, R. No. 46-98; No. 264-96, R. No. 55-98.

4 En los tres fallos que se publican el Señor Ministro Doctor Olmedo Bermeo Idrovo salva su voto. En los tres casos el doctor Bermeo fundamenta su voto salvado en defectos en la formulación del recurso de casación pero no se refiere a la procedencia del recurso de casación respecto de las resoluciones dictadas en juicios ejecutivos. Hemos encontrado otras sentencias publicadas en el Registro Oficial en el que el Dr. Bermeo suscribe fallos que, en lo fundamental, sostienen que el juicio ejecutivo relativo a obligaciones de dar no es un proceso de conocimiento. R.O. No. 140 de 3 de marzo de 1999. Juicios No. 261-68 y 341-98.

5 Las diferentes salas citan a destacados autores que establecen los criterios diferenciadores entre los juicios de conocimiento y los juicios ejecutivos, entre los autores citados por las salas están: Hernando Devis Echandía, Lino Enrique Palacio, Vicente y Caravantes, Francisco Becuña. En efecto los puntos que he señalado como característicos del proceso de conocimiento han sido tomados de las citas que de estos autores hacen las cortes.-

6 En el proceso de reforma de la Ley de Casación, la limitación de la casación a los procesos de conocimiento fue incluida en el veto que hizo el Presidente de la República, Arq. Sixto Durán Ballen, al proyecto presentado por el Congreso. El veto aclara que se entenderán por procesos de conocimiento los

NOTAS

que se sustancian en las vías ordinaria y verbal sumaria.

7 Sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia, J. No. 304-98, Miguel Bernal vs. Magdalena Ojeda.

8 En esta sentencia no hay voto salvado. Otro fallo en el que encontramos el mismo criterio consta en el J. No. 780-99, R.O. No. 288 30, sept. 99, en este fallo se sostiene que "La obligación de hacer que no es cambial, pagaré, cheque al otro título mercantil se manifiesta en un proceso de conocimiento como lo prevé el artículo 2 de la Ley de Casación reformada, motivo por el cual la Sala consideró procedente el recurso".

9 En la Gaceta Judicial de la Serie XVI, No. 13, correspondiente a los meses septiembre-diciembre de 1998, se publican fallos de triple reiteración sobre la no competencia de la Primera y Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia para conocer recursos de casación en juicios ejecutivos. Los tres fallos de la Primera Sala corresponden a los juicios No. J.240-96 R. 524-98, No. J.655 R 525-98 y No. J. 131-96 R.526-98. Los tres fallos de la Tercera Sala corresponden a los juicios No. J.140-98 R.520-98, No. J. 2256-98 R. 515-98 y No. J.2086-96 R. 516-98.

10 Véase por ejemplo la Sentencia dictada en el Juicio No. 144-98, publicada en el RO No. 37 de 30 de septiembre de 1998, que en su parte pertinente dice: "El recurso de casación fue deducido, aceptado y tramitado dentro de los parámetros legales de la ley, constantes en el Registro Oficial No. 192 de 18 de mayo de 1993; y de acuerdo con la regla establecida en la parte final del numeral 20 del Artículo 7 del Código Civil, corresponde a esta Sala conocer el recurso en los términos indicados, pues las actuaciones y diligencias que ya estuvieron comenzadas se regirán por la ley que estuvo entonces vigente, tanto más que es un principio aceptado el de la irretroactividad de la ley." El Dr. Bolívar Vergara Acosta reiteradamente se separa de este criterio sosteniendo, tal como lo hacen la Primera y la Tercera Sala, que en materia procesal rige la Ley nueva.

11 Entre las muchas sentencias de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, solo como referencia y para hacer evidente que existe la triple reiteración de un fallo, citamos las siguientes sentencias: J. No. 184-98, publicado en el Registro Oficial No. 127 de 10 de febrero de 1999; J. No. 30-99, y J. No. 35-99 estos dos publicados en el Registro Oficial No. 141 de 4 de marzo de 1999.

12 Los juicios son: J No. 256-98 R.O. 128, 11 Febrero 99; J No. 264-98 R.O. 128, 11 Febrero 99; J No. 282-98 R.O. 129, 12 Febrero 99; el J No. 199-96 R.O. 217, 22 Junio 99.

13 En el caso No. 1257-93, que se publica en el Registro Oficial 216 de 21 de Junio de 1999, aparece el voto de mayoría en el que se acepta el recurso de casación de una sentencia referente al cobro de un cheque posfechado, se casa la sentencia y se declara la nulidad del proceso. El Ministro Dr. Bolívar Vergara salva su voto manteniendo su argumento de que no es admisible el recurso de casación para sentencias dictadas en juicios ejecutivos aún cuando el recurso se haya presentado y aceptado antes de la vigencia de la Ley Reformatoria. El voto salvado tampoco se publica y en el de la mayoría no se anota que el doctor Vergara salvó su voto.

14 "Por juicio ejecutivo se entiende en el derecho español aquel proceso de cognición común, pero sumario por razones cualitativas, que está destinado a satisfacer pretensiones dotadas de una fehaciencia legalmente privilegiada.

El análisis de cada una de las notas que integran el concepto anterior contribuye a aclarar la esencia de la figura.

a) Se trata en primer término de un verdadero proceso, puesto que en el interviene un Juez en cuanto a tal, ya que no realiza una misión administrativa o de jurisdicción voluntaria, sino judicial auténtica.

b) Es un proceso de cognición, porque lo que el tiende a obtener es una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, es decir, una sentencia, y no una manifestación de voluntad, o conducta física, que sería la ejecución propiamente dicha.

Se hace necesario llamar, pues, la atención sobre este equívoco que encierra la denominación de este proceso, tal como se contiene en la ley y utiliza en la práctica. Se le llama juicio ejecutivo, con lo cual parece que no se trata de una especie de los juicios declarativos, sino de una figura afín a los procesos de ejecución. Pero esta creencia debe considerarse como radicalmente equivocada. La finalidad propia del llamado juicio ejecutivo no es la de conseguir directamente medidas de ejecución a cargo del Juez, a las que el pretendiente, de momento, no tiene todavía derecho sino la de conseguir una resolución de fondo que imponga al demandado una cierta situación jurídica y cuyo incumplimiento será el que determine la apertura de la verdadera ejecución. El juicio ejecutivo termina mediante sentencia, como claramente dan a entender las normas de la ley que regulan su procedimiento: bien sea una sentencia condenatoria, que aquí se llama de remate, pero si sentencia en el sentido general de este término. Ahora bien, al haber una sentencia en el procedimiento del juicio ejecutivo, es evidente que la finalidad del juicio la integra su obtención y que solo después de emitida esa sentencia podrá hablarse de ejecución, la cual no será ya ejecución de la pretensión inicial, sino de la pretensión que se base como título en la sentencia condenatoria.

Lo que puede inducir a error en la calificación del juicio ejecutivo es la circunstancia de que forma parte de sus primeros trámites el apoderamiento de los bienes del deudor, que se conoce con el nombre de embargo y la que va seguido, después de dictada la sentencia de la expropiación de sus bienes en el llamado procedimiento de apremio. Pero estas conexiones no alteran en modo alguno la consideración fundamental que priva al juicio ejecutivo de su pretendido carácter de ejecución procesal. El que se practique el embargo al comienzo del juicio ejecutivo no quiere decir que tenga carácter de ejecución ya que el embargo puede acompañar y acompaña muchas veces, con carácter de embargo preventivo o cautelar a actuaciones de indudable carácter declarativo, es decir, a cualquier proceso de cognición en su fase inicial. Y el que vaya seguido del procedimiento de apremio tampoco hace de este juicio una verdadera ejecución, pues el desembocar en la vía del apremio es común a todas las sentencias en que se condena al deudor a pagar una cantidad de dinero, cuando la condena se incumple y se reclama en la correspondiente y nueva pretensión procesal. Resulta perfectamente admisible, en el derecho español, la tesis que sostiene la naturaleza estrictamente declarativa del llamado juicio ejecutivo.

15 Ver Arts. 498 y 500 del Código de Procedimiento Civil.

16 Con excepción desde luego de la ejecución basada en hipoteca o en sentencia en las que el Juez dicta el embargo desde el momento mismo de calificar la demanda.

17 Sólo como ejemplo diremos, que el Código Procesal Civil del Perú, establece variantes en la estructura del juicio ejecutivo que se basa en obligaciones de dar una suma de dinero frente al que se basa en obligaciones de dar un bien mueble determinado, al que se basa en obligaciones de hacer y al que se basa en obligaciones de no hacer. Ver artículos del 697 al 712

18 Art. 458 del Código de Procedimiento Civil.

Fallos contradictorios en la Corte Suprema de Justicia

¿Son procesos de conocimiento los juicios posesorios?

Lorena Cascante R.

La Primera y Segunda Salas de lo Civil y Mercantil dan por obvio que los procesos posesorios (amparo posesorio y obra nueva) son procesos de conocimiento. En cambio, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, expresamente declara que no lo son.

La Constitución Política de la República del Ecuador, en el artículo 197 dispone que, "la Corte Suprema de Justicia en pleno, expedirá la norma dirimente que tendrá carácter obligatorio, mientras la ley no determine lo contrario, en caso de fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, dictados por las Salas de Casación, los Tribunales Distritales o las Cortes Superiores". Son conformes a este mandato el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y el artículo 19 de la Ley de Casación.

A fin de que la Corte Suprema de Justicia en pleno pueda cumplir con el mandato constitucional, los presidentes de la diferentes salas de la Corte remitirán al Presidente de la Corte Suprema el informe relativo a fallos contradictorios. Es así que el Presidente de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil dirigió al Presidente de la Corte Suprema un oficio en el que informó que, a criterio de esa Sala, hay contradicción entre lo que ésta mantiene en cuanto "considera que las acciones de amparo posesorio y de obra nueva, dan origen a procesos de conocimiento, por lo que en ellos cabe recurso de casación de la resolución de segundo nivel (siempre que se cumplan los demás requisitos de ley)"; y lo que sostienen los Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, que consideran que las acciones de amparo posesorio y de obra nueva no son procesos de conocimiento y, por tanto, no cabe la interposición de recurso de casación.

Antes de entrar a nuestro análisis recordemos que, cuando se expidieron las reformas a la Ley de Casación, el 08 de abril de 1997, se introdujeron, en el artículo 2 criterios importantes para establecer la procedibilidad de sentencias y autos al recurso. Estos criterios son: a) que pongan fin a los procesos; b) que sean dictados dentro de procesos de conocimiento, y c) y proferidos por las Cortes Superiores, por los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo.

La contradicción radica en que la Primera y Segunda Salas de lo Civil y Mercantil dan por obvio que los interdictos o procesos posesorios (amparo posesorio y obra nueva) son procesos de conocimiento, ya que, en los fa-

llos sobre dicha materia no se discute sobre su naturaleza y, más bien, se entra a conocer sobre el fondo del recurso, siendo, entonces, su silencio una tácita afirmación de la naturaleza cognitiva de esos procesos. En cambio, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, expresamente declara que no son procesos de conocimiento.

Así, dice la Tercera Sala en su fallo:

"QUINTO.- En cuanto a que los juicios posesorios no son de conocimiento, tanto la doctrina como la jurisprudencia están acordes en sostener que dichos juicios no tienen ese carácter, ya que se originan en los interdictos romanos establecidos para regular de urgencia determinado estado posesorio, y sus decisiones, como queda dicho, no son inmutables. Así tenemos, que el maestro Víctor Manuel Peñaherrera en su obra 'La Posesión, Págs. 169 y siguientes' sostiene que: 'Mediante juicios posesorio, el poseedor recobra o afianza su posesión; pero no de modo definitivo... El triunfo en este juicio no impide de manera alguna el que enseguida pueda disputarse el derecho en juicio petitorio, y declararse que esa posesión amparada y protegida en el posesorio, ha sido injusta e ilegal', y continúa el tratadista indicando que 'el fallo expedido en juicio posesorio no produce excepción de cosa juzgada en el petitorio', así como que 'pendiente el juicio posesorio promovido por el poseedor despojado o perturbado, puede su contrincante suscitarle el juicio ordinario de propiedad', a más de que 'el mismo actor en el juicio posesorio, si prevé el mal éxito de su acción o tiene algún otro motivo puede suscitar el juicio petitorio, sin que haya derecho a oponerle la excepción de litis pendencia" .

Para nuestro análisis es conveniente hacer las siguientes consideraciones:

1. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS.-

A pesar de concebirse el proceso como una unidad fundamental, los autores establecen una tipología procesal, cada uno, desde diferentes criterios. Así, por ejemplo, el autor español Jaime Guasp establece la siguiente: de acuerdo al sector del ordenamiento jurídico al que pertenece la materia de que el proceso se ocupa, distingue el proceso civil, el proceso penal, el proceso admi-

nistrativo, el proceso internacional y el proceso canónico. De acuerdo a las clases de pretensiones procesales, distingue el proceso de cognición (constitutivos, declarativos y de condena) y el de ejecución. Desde el punto de vista de las funciones del proceso, el autor italiano Francisco Carnelutti los divide, según se dirija a la reglamentación de un conflicto de intereses en acto o en potencia, se distingue el proceso contencioso del proceso voluntario. Según que la reglamentación ocurra en el campo de la formación o en el de la actuación del derecho, se distingue el proceso cognitivo del proceso ejecutivo. Según que la regulación opere inmediata o mediatamente se distingue el proceso definitivo del proceso cautelar. Según que regule un conflicto singular de intereses o una categoría de conflictos, se distingue entre proceso singular y proceso colectivo o universal. Por su parte, el autor uruguayo Enrique Vescovi, además de las clasificaciones ya citadas, distingue el proceso, según su estructura, en proceso simple y monitorio. Por la forma del procedimiento, en proceso verbal y escrito. En el Anteproyecto del Código de Procesamiento Civil Tipo Iberoamericano, se distinguen las siguientes categorías: procesos preliminares, procesos cautelares, procesos incidentales, procesos de conocimiento, procesos de ejecución, procesos voluntarios, procesos concursales, procesos arbitrales y procesos regidos por normas internacionales.

Para efectos de nuestro estudio nos interesa aquella tipología que se establece en correspondencia con las tres manifestaciones de la Jurisdicción y que, a la vez, es conforme a la definición teleológica que del proceso civil trae el autor alemán Leo Rosenberg: es "el procedimiento jurídicamente regulado para la protección del ordenamiento jurídico mediante declaración, realización y aseguramiento (principalmente) de los derechos y relaciones jurídicas de derecho civil".

En efecto, la función jurisdiccional comprende tres manifestaciones: (1) la actividad por medio de la cual el Estado aplica la norma general y abstracta al caso concreto e individualiza el mandato legal - esta función se relaciona con la significación etimológica de jurisdicción (decir el derecho). (2) La actividad que se lleva a cabo para que ese mandato concreto sea prácticamente observado, llamada función de coacción porque ejecuta lo juzgado. (3) Finalmente la actividad por medio de la cual asegura que el resultado del proceso se cumpla y no llegue demasiado tarde.

A cada una de estas funciones corresponde un tipo de proceso.

1.1. Proceso de conocimiento.-

Proceso de conocimiento es aquel que tiene por finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica. Enrique Vescovi dice que es aquel que tiene por finalidad "producir una declaración de certeza sobre una situación jurídica", por ello añade que en esta clase de procesos el juez "juzga" porque, según expresión conocida "dice el derecho". Eduardo Couture, sobre las acciones de conocimiento, dice que son aquellas "en que se procura tan solo la declaración o determinación del derecho".

Según el procesalista español Jaime Guasp, estos procesos se llaman de conocimiento ya que en ellos "existe y no puede faltar el conocimiento por el juez del

fondo del asunto, conocimiento que, según su denominación técnica de cognitio judicial da nombre a toda la figura".

Sin embargo, como bien lo enseña el tratadista español, el proceso de cognición es una subdivisión de la del proceso en general, es una clase en la que caben distintas individualidades, según la función del juez y el tipo de pretensión u objeto litigioso.

Así, el proceso de conocimiento se clasifica en: a) proceso de condena o prestación, b) proceso declarativo puro o de mero accertamiento y c) proceso constitutivo o de acierto constitutivo.

1.1.1. Proceso de condena.-

En estos procesos el juez declara la existencia o inexistencia de un derecho del actor y a la vez declara una responsabilidad del demandado, en virtud de la cual queda obligado. Por ello, el autor italiano Carnelutti, dice que este proceso concluye con un juicio sobre la pretensión, pero además con un mandato sobre aquello que es necesario hacer para restablecer la lesión, y que va dirigido al demandado.

Hernando Devis Echandía, citando a Ugo Rocco, señala que en estos procesos "la condena del demandado va ligada, por lo tanto, a la declaración de que el derecho del demandante existe como base de aquella".

1.1.2 Proceso declarativo.-

En este proceso, el juez únicamente declara un derecho o una relación jurídica. Aunque, como indica Carnelutti, también pueden ser objeto de accertamiento hechos de los que derivan determinados efectos jurídicos, es decir la eficacia jurídica del hecho y no su modo material de ser.

1.1.3 Proceso constitutivo.-

Este proceso tiene como objeto la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.

La diferencia de estos procesos con los declarativos está, como lo enseña Carnelutti, en que la declaración en los procesos constitutivos modifica de algún modo la relación jurídica. En cambio, en los procesos declarativos, la declaración del juez no agrega nada a lo que ya existe por efecto de la norma. Estos procesos se diferencian, además, de los procesos de condena y de los declarativos, en que no tienen eficacia en el mundo jurídico material, en cambio los procesos constitutivos sí la tienen. Por ello Guasp dice que: "un proceso es constitutivo cuando la sentencia que en él se dicta, caso de que sea estimatoria, lleva consigo la creación, modificación o extinción de alguna situación jurídica ... Ni los procesos declarativos ni los de condena producen esta eficacia, los declarativos porque se limitan a constatar o hacer patente la situación material que antes existía ... y dentro de los procesos de ejecución sus resultados tampoco innovan en las situaciones jurídicas por regla general".

1. 2. Proceso de Ejecución.-

La segunda función de la jurisdicción se cumple a través del proceso de ejecución. Éste se desarrolla cuando los derechos controvertidos entre las partes han sido comprobados por sentencia y, por ende, le corresponde su realización o ejecución. Por ello dice Carnelutti que en estos procesos ya no estamos ante una pretensión discutida que requiere de declaración por parte del juez, sino de lo que Carnelutti llama pretensión insatisfecha, donde no es necesaria la declaración sino la ejecución

del mandato o ejecución .

Según el autor italiano la principal diferencia entre el proceso jurisdiccional - como lo llama al proceso de conocimiento- y el proceso ejecutivo está en que la razón es el instrumento del primero y la fuerza del segundo, de ahí que el proceso ejecutivo está subordinado al proceso jurisdiccional, pues hasta que no se haya establecido la razón, no debe ser usada la fuerza: "si la razón no sirve por sí sola, habrá que usa la fuerza" .

En estos procesos la fase de conocimiento del juez es más limitada, ya que el juez no se encuentra ante dos partes que se disputan la razón y, por lo tanto, no debe buscar cuál de las dos tenga la razón en verdad, sino ante una parte que quiere tener una cosa, tiene el derecho para ello y otra que no quiera darla. Su función se limita a procurar al titular del derecho sin o contra la voluntad del obligado, la satisfacción del mismo interés que le habría ocasionado el cumplimiento .

1. 3. Proceso cautelar.-

Algunos autores se refieren a él como un proceso subordinado o intermedio (Véscovi - Calamandrei), sin embargo la doctrina contemporánea se inclina por considerarlo como un proceso autónomo.

Para comprender este tipo de procesos, se debe tener en cuenta que la declaración de una certeza (sobre derechos o sobre una relación jurídica) que se obtiene en el proceso de conocimiento con frecuencia requiere de bastante tiempo. Para que, al dictarse una resolución, ésta no llegue tarde o por su retardo sea inaplicable, se opera un proceso cautelar justamente para impedir la amenaza de inminentes riesgos y evitar lesiones.

2. SOBRE LA NATURALEZA DE LA POSESIÓN Y DE LOS PROCESOS POSESORIOS.-

2. 1. Naturaleza jurídica de la posesión.-

Una vez que hemos analizado a grandes rasgos la clasificación de los procesos, debemos ubicar a cuál de estas categorías pertenecen los procesos posesorios. Mas, para hacerlo hay que entender primero la naturaleza jurídica de la posesión, que desde siempre ha sido objeto de controversia. Sólo así se podrá comprender la naturaleza de las acciones posesorias.

El artículo 734 del Código Civil define la posesión de la siguiente manera : "Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño ; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre". Según esta definición legal, componen la posesión dos elementos : la tenencia material de la cosa y el ánimo de señor y dueño.

A criterio de Juan Larrea Holguín, "se trata de una definición suficientemente precisa, pero al mismo tiempo con el grado de generalidad y abstracción bastantes como para permitir su conveniente adaptación a las nuevas corrientes doctrinales, surgidas con posterioridad a la redacción del Código", pues ubica a la posesión como algo intermedio entre la mera tenencia y la propiedad: no es ni lo uno ni lo otro .

La problemática de si la posesión es un mero hecho o un derecho ha estado vigente desde siempre, y se distingue claramente en esta discusión dos posiciones. Por eso partiremos el análisis preguntándonos si la posesión

es una relación jurídica o no lo es.

Una primera tendencia mira hacia el Derecho Romano, que considera que relación jurídica equivale a vínculo de derecho (jus vinculum), pero restringida al derecho personal entre dos personas. Autores como Carnelutti mantienen este criterio y, por ello, ven en la posesión un mero hecho que, aunque generador de derechos, no tiene carácter de relación jurídica .

El derecho moderno ha extendido considerablemente el concepto. Uno de los exponentes de esta corriente es Savigny, quien define la relación jurídica como "el dominio de la voluntad libre" y añade : "ese dominio se revela en un obrar de la voluntad, ya sobre la propia persona ya sobre el mundo exterior. El mundo exterior se integra por otros sujetos de derecho y por las cosas de la naturaleza". Es decir que en este concepto de relación jurídica se integran, no sólo las relaciones entre personas sino entre personas y cosas .

El autor alemán Leo Rosenberg comparte este criterio: "cuando hablamos de relación jurídica, nos referimos a una relación concreta, regulada en forma jurídica. Según los hechos expuestos, entre personas o de una persona con un objeto o sobre consecuencias jurídicas particulares de tal relación". Al amparo de esta teoría la posesión es una relación jurídica regulada por la ley.

Finalmente: las más modernas doctrinas del derecho civil amplían aún más la expresión relación jurídica, en cuanto consideran que cualquier relación de la vida de las personas ,a la cual las normas jurídicas atribuyan efectos o consecuencias jurídicas, es tal relación. El autor colombiano Arturo Valencia Zea, estudioso del tema de la posesión, comparte este criterio, pues permite hacer servir la expresión a fenómenos jurídicos que no alcanzan a constituir derechos subjetivos .

Para el autor colombiano si otros autores restringen el concepto de relación jurídica al *ius vinculum* de los romanos lo hacen "sin existir en ellos necesidad de ninguna clase y, además, con detrimento de elementales nociones de orden lógico" .

Para este tratadista lo que constituye esencialmente la relación jurídica es la circunstancia de que ciertas normas o reglas de derecho otorgan efectos jurídicos a una relación de la vida de las personas (consigo misma, con personas extrañas, o con cosas). Con respecto a la posesión, "la relación jurídica surge únicamente cuando determinadas normas jurídicas imponen a los demás la obligación o deber de respetar el poder de hecho (o relación material con las cosas) de que son titulares los poseedores" y termina "nadie discute hoy que la posesión es una auténtica relación jurídica en cuanto se encuentra protegida por el ordenamiento jurídico (...) toda posesión se encuentra protegida con la acción directa y las acciones posesorias; lo cual indica que los demás se encuentran obligados a respetar las relaciones materiales que alguien establece con una cosa (...) la relación entre el propietario y la cosa o entre el poseedor y la cosa, es apenas el supuesto de una relación jurídica; ésta se constituye por una serie de normas que protegen al propietario o al poseedor en el goce y el poder de hecho, imponiendo a los demás el deber de respetar la propiedad o posesión" Ahora bien, el autor citado va todavía más allá y nos enseña que la posesión no sólo es una relación jurídica, sino además un derecho real provisional. Es un derecho

real desde el punto de vista de que la posesión es un poder de hecho que se ejerce sobre cosas y que se encuentra protegida con verdaderas acciones reales (las acciones posesorias), pero es provisional en el sentido de que puede caer frente a la acción que se deriva de la propiedad. Valencia Zea cita a los autores que comparten esta doctrina : A. Von Tuhr (posesión es un derecho real), a Enneccerus y Nypperdey (la posesión jurídicamente protegida es un derecho), Wolff (clasifica los derechos reales en definitivos y provisionales), Leonhard (posesión es un derecho real incompleto), Messineo (posesión es un derecho real de naturaleza interina), G. de Semo (posesión es un derecho real precario), Manresa y Navarro (posesión es un derecho real, pues está protegida con las acciones posesorias), Puig Peña (posesión es un derecho real de naturaleza especial, dada la protección meramente provisional que se le dispensa) .

El autor italiano Francisco Carnelutti es contrario a esta tesis, pues es terminante al señalar que el poseedor no es titular de derecho alguno frente al no poseedor. Recordemos que él sigue el principio romano del *jus vinculum* restringido al derecho personal entre dos personas. Sin embargo el mismo Carnelutti sostiene que "el poseedor sólo tiene, en primer lugar, derecho (procesal) a que el juez provea en sede jurisdiccional sobre su demanda dirigida a hacer que se declare cierto que él tenía la posesión, y que ha sido perturbado o despojado de ella, derecho que no es más que acción cautelar de cognición. Y en segundo lugar, una vez que haya obtenido una decisión favorable, derecho a que se provea en sede ejecutiva a restituirle la cosa, si de ella fue despojado, o a eliminar la perturbación (...) En particular el derecho del poseedor despojado a la reintegración es un puro derecho procesal, y más concretamente, acción ejecutiva, esto es, derecho frente al juez, con lo cual se supera la dificultad de reconocer un derecho al poseedor no propietario" .

Estamos, pues, ante dos posiciones claramente definidas:

1. La posesión no es una relación jurídica, es un mero hecho, pero atribuye al poseedor la posibilidad de promover una demanda para que se ampare o tutele su situación posesoria.

2. La posesión es una relación jurídica e, incluso, puede llegar a ser un derecho real provisional, y consecuentemente el poseedor tiene expeditas las acciones de tutela que le otorga la ley a este derecho real.

En el Ecuador, y siguiendo las opiniones de los juristas Víctor Manuel Peñaherrera y Juan Larrea Holguín, el Código Civil se inclina por el concepto de que la posesión es un mero hecho, pero sin desconocer que da origen a derechos. Juan Larrea Holguín sostiene que "dentro de nuestro sistema civil positivo, dados sus orígenes históricos (...) la posesión debe apreciarse solamente como un hecho que funda derechos, que da origen a derechos, pero no como un verdadero derecho en sí misma considerada" .

No hay que desconocer que para interpretar correctamente una institución, en este caso del Código Civil (como es la posesión) hay que remitirse a las corrientes doctrinarias que la inspiraron. Este conocimiento es el que nos lleva a concluir que en nuestro ordenamiento jurídico la posesión no es un derecho, como lo concibe el pen-

samiento moderno, sino un hecho del cual se derivan consecuencias jurídicas importantes. Sin embargo, no es menos cierto que el aporte del derecho comparado nos lleva a nuevas e importantes conclusiones que superan la concepción tradicional, y en el caso específico de la posesión, al elevarla al estado de un derecho real y dotarla de autonomía frente al derecho de propiedad, se abre una nueva perspectiva del estudio de la posesión, quizá mas adecuada al mundo moderno.

4.2. Acciones posesorias.-

Hemos visto que la posesión, considerada como un hecho, es objeto de tutela jurídica (derecho procesal). Pero también, considerada como un derecho real provisional, goza de tutela jurídica. En ambos supuestos la protección jurídica se realiza mediante las acciones posesorias.

Según el artículo 980 del Código Civil: "Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos". Según este artículo carecen de acción posesoria : a) los poseedores de cosas muebles ; b) los que poseen en virtud del ejercicio de un derecho personal (arrendatarios, depositarios, etc).

Las acciones posesorias protegen la posesión y ella es su único fundamento, a diferencia de las acciones peticionarias que se fundamentan en la propiedad. Sin embargo, no debemos olvidar que la tutela jurídica de la posesión, siguiendo la tendencia romana, a través de los interdictos, no se produce por el hecho de la posesión en sí misma, sino, porque a través de su protección se ampara indirectamente al derecho de propiedad. En cambio, si adoptamos la actual tendencia, - de considerar a la posesión como un derecho autónomo- las acciones de tutela se encaminan a proteger directamente el derecho de posesión en sí mismo, independientemente del derecho de propiedad. No obstante estas consideraciones, el fundamento actual de las acciones posesorias es la posesión.

La sección décimo primera del Código de Procedimiento Civil, de los Juicios Posesorios, distingue los siguientes juicios posesorios : a) del juicio sobre la posesión efectiva de los bienes hereditarios ; b) de los juicios sobre conservación y recuperación de la posesión ; y c) de los juicios de obra nueva y obra vieja.

Nuestro sistema jurídico parece dividir a las acciones en acciones posesorias comunes y acciones posesorias especiales. Las primeras son las conservación, o para recuperación de la posesión, y las especiales son las de obra nueva y obra vieja que protegen indirectamente la posesión.

Acerca de la naturaleza jurídica del juicio sobre la posesión efectiva de los bienes hereditarios, la doctrina se ha manifestado ampliamente por excluir a este juicio de los de naturaleza posesoria, criterios que han sido recogidos por la Corte Suprema y que son compartidos por quien escribe estas líneas.

Sobre la naturaleza real o personal de estas acciones diremos que esta calificación depende también el que consideremos a la posesión como un hecho generador de efectos jurídicos o como un derecho.

Acciones reales, según el criterio emitido por la Corte Suprema de Justicia citado por Juan Larrea Holguín, son "los medios que la ley concede para hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los dere-

chos reales, esto es, de los derechos en la cosa, sin consideración a determinada persona (...) es real la acción que se dirige contra quien impide el derecho de poseer de otros (derecho en la cosa) arrogándose sobre el inmueble ajeno indebida servidumbre".

Si consideramos a la posesión como un mero hecho, evidentemente, no podría hablarse de acción real. Esta dirección tiene su fundamento en el Derecho Romano que derivó en las acciones posesorias de tipo personal. Sin embargo, el mismo Juan Larrea Holguín, observa que, sin desvirtuar el carácter esencialmente de hecho propio de la posesión en nuestro sistema jurídico, bien puede sostenerse que las acciones posesorias son reales, porque tutelan el derecho a ese hecho, frente a toda clase de personas, o frente a la comunidad en general. En el mismo sentido, Víctor Manuel Peñaherrera opina que las acciones posesorias son reales, como real es el derecho posesorio y esto, porque existe frente a todos.

En definitiva, si adoptamos el criterio moderno de que la posesión es un derecho real, aunque con características propias, no cabe duda sobre la naturaleza real de las acciones posesorias; pero aun si nos mantenemos fieles a la dirección de nuestro Código Civil, que tiende hacia la concepción de la posesión como un hecho pero con

consecuencias en el ámbito jurídico, las acciones que tutelan la situación posesoria también son acciones reales.

Ahora bien, las acciones o procesos posesorios, se inician con una pretensión sobre la posesión (su tutela jurídica: conservación y/o recuperación) y terminan mediante una sentencia de declaración de certeza sobre el derecho de posesión, cuya violación debe ser motivo de prueba y sobre los medios necesarios para restablecer la violación de ese derecho. Cuando decimos derecho de posesión, podemos entender que se trata del derecho del poseedor a reclamar del juez la tutela jurídica o, desde el punto de vista de las doctrinas más modernas como el derecho real de posesión en sí mismo considerado.

En ambos supuestos estamos ante un proceso cuyo fin es la declaración de certeza de un derecho o de un mero hecho que otorga el derecho a la tutela posesoria; estos dos objetos de declaración o accertamiento coinciden plenamente con el objeto de los procesos de conocimiento, esta coincidencia es la que nos permite ubicar a los procesos posesorios como verdaderos procesos de conocimiento, afirmación con la que concluimos este estudio y cuyo efecto inmediato es el de permitir que este tipo de procesos sean conocidos por la Corte Suprema de Justicia en virtud del recurso de casación.

NOTAS

1. Resolución N° 819-98 dictada por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia dentro del juicio verbal sumario que por restitución de posesión sigue Darío Ochoa Guamán en contra Aurelio Antonio Ochoa, publicada en el Registro Oficial N° 146 de 11 de marzo de 1999. Ver también las resoluciones dictadas por esa misma sala, n° 826-98, n° 827-98, 828-98 publicadas en el Registro Oficial N° 147 de 12 de marzo de 1999, n° 15-99 publicada en el Registro Oficial N° 174 de 21 de abril de 1999.
2. Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil, Tomo I, tercera edición corregida*, editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 26 y 27.
3. Francisco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, Editorial EJE, Buenos Aires, 1959, p. 23.
4. Enrique Vescovi, *Teoría General del Proceso, segunda edición actualizada*, editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 96 y 97.
5. *Memorias de las VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo II, Corte Suprema de Justicia, Quito, 1983.*
6. Leo Rosenberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa América EJE, Buenos Aires, 1955, p. 5.*
7. Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso, decimocuarta edición*, editorial Abc, Bogotá, 1996, p. 166.
8. Enrique Vescovi, *Teoría General del Proceso, Temis, Bogotá, 1984, p. 112.*
9. Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición*, editorial Depalma, Buenos Aires, reimp., 1993, p. 81.
- Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil, tercera edición, corregida, Tomo 2, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 10.*
10. Francisco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Introducción y Función del Proceso Civil*, Editorial Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 162 y 163
11. Hernando Devis Echandía, *op. Citada, p. 164.*
12. Carnelutti, *Sistema...*, p. 173.
13. Carnelutti, *Sistema...*, p. 173.
14. Guasp, *Op. Citada, Tomo I, p. 546.*
15. Carnelutti, *Sistema, p. 213.*
16. Carnelutti, *Sistema, p. 217.*
17. Carnelutti, *Sistema...*, p. 218)
18. Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador, reimpresión, de la cuarta*

NOTAS

edición, Tomo V, *Los bienes y la Posesión*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1986, p. 98.

19. Carnelutti, *Sistema...*, p. 247.

20. Tomado del libro de Arturo Valencia Zea, *La Posesión*, editorial Temis, Bogotá, 1983, p. 183.

21. Rosenberg, *Op. citada*, tomo 2, p. 15.

22. Arturo Valencia Zea, *La Posesión*, tercera edición, editorial Temis, Bogotá, 1983, p. 183.

23. Valencia Zea, *Op. citada*, p. 184.

24. Valencia Zea, *op. citada*, p. 185

25. Valencia Zea, *op. Citada*, p. 187 y 188.

26. Francisco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, volumen 1, editorial EJEA, Buenos Aires, 1959, p. 327.

27. Larrea Holguín, *ob. citada.*, p. 109

28. Resolución N° 449-98 dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil dentro del juicio sumario n° 147-98 de posesión efectiva y diligencia de nombramiento de administrador común de los bienes de la sucesión de Luis Noboa Naranjo, propuesto por Luis Noboa Pontón a Alvaro, Leonor, María Elena, Isabel y Diana Noboa Pontón y publicada en el R. O. N° 40 de 05 de octubre de 1998.

29. Larrea Holguín, *ob. citada*, p. 225 y 226

30. Larrea Holguín, *ob. citada*, p. 225

Las actividades que cumple Projusticia en el marco del financiamiento del BID

*Introducción del Dr.
Miguel Hernández Terán*

Con alguna audacia hemos llegado a conceptualizar a la modernización del Estado como un conjunto de políticas, actitudes y acciones orientadas firmemente a la búsqueda o el incremento de los niveles de eficiencia, eficacia y productividad del desempeño de las instituciones del Estado y sus órganos, sobre la base de la racionalidad. La modernización de la administración de justicia consiste en la aplicación de tal concepto a la prestación del servicio público de administrar justicia.

También podemos decir que la modernización de la administración de justicia procura la ampliación del horizonte de aplicación efectiva de la misma en términos inmediatos, así como potencializar tal horizonte a corto, mediano y largo plazo, sobre las bases del debido proceso, la imparcialidad, y la autonomía interna y externa de los órganos de la Función Judicial y de ésta misma respectivamente.

Obviamente esa eficiencia y esa productividad a que hemos aludido depende de diversos factores. Así, humanos, económicos y jurídicos. La facilidad otorgada por el BID es esencialmente de tipo financiero. Corresponde a la Función Judicial y a las áreas, órganos e instituciones relacionados con su desenvolvimiento, aportar con la parte que racionalmente les corresponde en el marco de sus competencias específicas.

Para lograr estos propósitos modernizadores el Banco Interamericano de Desarrollo, BID, ha suscrito un convenio de cooperación no reembolsable con el Ecuador, llamado Modernización del Sistema Jurídico, firmado con el número ATN- SF-5687 EC. Sus puntuales propósitos, la proyección de su ejecución y su ejecución misma la presentamos a continuación. Y lo hacemos con el convencimiento de que este canal de comunicación que hemos encontrado en la Revista del área de Derecho de la Universidad San Francisco de Quito constituye una posibilidad real de difusión de las actividades que venimos cumpliendo en PROJUSTICIA con el financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo; institución a la que una vez más agradecemos por la facilidad provista a través de la cooperación anotada.

PROGRAMA DE MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA JURIDICO

(Programa de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia)

Convenio de Cooperación Técnica no Reembolsable N° ATN/SF-5687-EC entre el Gobierno del Ecuador y el Banco Interamericano de Desarrollo

OBJETIVO.-

El objetivo fundamental del programa, es apoyar el proceso de reforma judicial en el Ecuador, contribuyendo con el fortalecimiento de la independencia judicial, el mejoramiento de los recursos humanos y de la gestión administrativa de la Función Judicial; y, facilitando el acceso ciudadana a la justicia.

Para lograr los objetivos descritos, el programa comprende la realización de los siguientes componentes y actividades:

DESARROLLO LEGISLATIVO

Este componente incluye el desarrollo de las siguientes actividades:

1. Elaboración de las reformas legales referentes a la implantación del principio constitucional de la unidad jurisdiccional. Esta actividad se encuentra en su etapa final y el borrador de Proyecto de Ley Orgánica de la Unidad Jurisdiccional ha sido puesto a consideración por Projusticia y el Consejo Nacional de la Judicatura a los diferentes sectores involucrados. El texto final del Proyecto estará listo a finales del presente mes de diciembre. Estas reformas legales se elaboran a la luz del principio de independencia interna y externa de la Función Judicial y esta orientado hacia el fortalecimiento del principio de la independencia en la administración de justicia.

2. Elaboración del anteproyecto de Ley Orgánica de la Función Judicial. Projusticia se encuentra brindado apoyo a la Comisión de la Corte Suprema de Justicia constituida para elaborar el Anteproyecto de LOFJ. Esta actividad culminará con la redacción final del mencionado Anteproyecto a finales del mes de enero del año 2000. Este cuerpo legal es fundamental dentro del proceso de modernización de la Administración de Justicia y se desarrolla con el objetivo de brindar a la Función Judicial una Ley Orgánica moderna que permita y viabilice el proceso de modernización en marcha.

3. Estudio sobre el nuevo papel del Ministerio Público dentro del sistema penal ecuatoriano, que incluya recomendaciones concretas para el marco normativo reglamentario, presupuestario y administrativo. La actividad comprende además el diseño de un nuevo sistema administrativo para el Ministerio Público que facilite la realización de sus nuevas responsabilidades y su fortalecimiento institucional. Esta actividad está en marcha y se espera contar con el nuevo modelo administrativo del Ministerio Público en el mes de Abril del año 2000.

4. Programa de Capacitación sobre las Nuevas Res-

ponsabilidades del Ministerio Público en el Ecuador. Este Programa se llevó a cabo en coordinación con el Ministerio Público y con el apoyo del Gobierno de la República de Francia, entre el mes de mayo y noviembre de 1999. En el mencionado Programa intervinieron como capacitadores expertos nacionales en el tema y 12 expertos franceses. La capacitación tuvo una duración de 125 horas, se realizó en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca, y estuvo dirigido a jueces de lo penal, fiscales y policías judiciales.

5. Elaboración de la propuesta para el mejoramiento de la Defensoría Pública en coordinación con las Instituciones correspondientes, que permita sentar las bases para el desarrollo de programas de Desarrollo Institucional. Esta actividad está orientada hacia la institucionalización de la Defensoría Pública y la ampliación de su cobertura, en función de lo establecido en las nuevas normas constitucionales en la materia. Proyectamos tener lista la propuesta en mayo del año 2000.

CAPACITACIÓN FORMACIÓN Y SISTEMA DISCIPLINARIO

Este componente incluye el desarrollo de las siguientes actividades:

1. Diseño de un sistema institucional de permanente de Capacitación y Formación vinculado con la Carrera Judicial (Formación inicial especializada y educación continua con énfasis en el desarrollo de habilidades y aptitudes) incluyendo su marco legal y reglamentario, la definición de la estructura composición y funcionamiento de la unidad encargada de supervisar las actividades de capacitación (incluyendo estudios de tercerización de servicios)

2. Identificación de necesidades de capacitación de jueces y funcionarios judiciales en la que se incluya la definición del perfil de los jueces y funcionarios judiciales en base de lo cual se determina las materias sustantivas y las metodologías de enseñanza, elaboración de propuestas curriculares, reglamentos y manuales de concurso, selección y evaluación de postulantes, elaboración de sistemas de evaluación y seguimiento. Debe incluir la realización de seminarios y talleres de difusión y discusión de propuestas. Y el desarrollo de actividades concretas de capacitación en gestión de proyectos a los encargados de dirigir el sistema.

Projusticia se encuentra en proceso la fase final de contratación de esta actividad y se espera contar con el diseño del modelo de capacitación hacia el mes de Junio del año 2000 y proceder a la implantación efectiva del sistema.

3. Implementación efectiva del sistema y realización de actividades específicas de capacitación. Incluye la capacitación de capacitadores durante la ejecución del programa con entrenamiento especializado en derecho, regulación y control ambiental, así como en materia de derecho de familia y de la mujer. Esta actividad se desarrollará a partir del mes de Junio del año 2000, una vez que se cuente con el diseño del sistema permanente de capacitación.

4. Projusticia en coordinación con diferentes Cortes Superiores del país y la FENAJE, con el aval del Consejo Nacional de la Judicatura viene desarrollando eventos de capacitación a nivel nacional sobre las Reformas Constitucionales Referentes a la Función Judicial. Hasta el momento se han realizado 9 eventos de capacitación

a nivel nacional y con equilibrio regional. Se tiene previsto la realización de 4 eventos adicionales en diferentes provincias del país.

5. Se encuentra en marcha un Programa de Capacitación en Técnicas de Conciliación Judicial dirigido a todos los jueces de lo civil, laboral, inquilinato y tránsito de las ciudades de Guayaquil, Cuenca y Manta. El objetivo es brindar estrategias efectivas de conciliación a los jueces que les permita el manejo más efectivo de las audiencias de conciliación judicial.

6. Evaluación del sistema disciplinario que incluya el comportamiento ético de los jueces y recomendaciones concretas para su fortalecimiento, incluyendo un taller de generación de consensos para su implantación. Projusticia se encuentra definiendo con el Consejo Nacional de la Judicatura los alcances de esta actividad, la cual se desarrollará a partir del mes de febrero del año 2000.

FORTALECIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION JUDICIAL

Este componente incluye el desarrollo de las siguientes actividades:

1. El diseño de un nuevo sistema administrativo que facilite su incorporación al Consejo Nacional la judicatura, el cual incluye entre otros aspectos la descentralización del sistema administrativo, la reorganización de sus actuales dependencias, la reasignación de funciones, la adopción de nuevas metodologías de gestión, la implantación de manuales operativos, la creación de sistemas modernos de planificación física, financiera y de personal; creación y mejoramiento del sistema de información con el respectivo Plan de Informática y Estadística.

Projusticia se encuentra en proceso la fase final de contratación de esta actividad y se espera contar con el diseño del nuevo modelo administrativo de la Función Judicial hacia el mes de Junio del año 2000 y proceder a la implantación efectiva del sistema.

2. Implantación efectiva del sistema incluyendo la capacitación del personal, con actividades de evaluación y seguimiento. Estas actividades previenen la dotación de equipo informático.

ACCESO A LA JUSTICIA Y A LA SOCIEDAD CIVIL

Este componente incluye el desarrollo de las siguientes actividades:

1. Creación y reglamentación de un fondo especial que esta financiando la ejecución y evaluación del desempeño de pequeños proyectos sostenibles de acceso a la justicia diseñados y propuestos por organizaciones de la sociedad civil.

2. Difusión de la existencia del fondo con el objeto de lograr la amplia participación de organizaciones de la sociedad civil.

3. Ejecución de proyectos por parte de organizaciones de la sociedad civil dirigidos a la población de escasos recursos y particularmente a la mujer, la familia los niños, las comunidades indígenas y las minorías étnicas en temas tales como defensa legal, educación legal popular y uso de medios alternos de solución de conflictos.

4. Seguimiento y evaluación de los proyectos en el marco de este fondo.

En la ejecución de este componente Projusticia se encuentra financiando 15 proyectos a nivel nacional orientados hacia el mejoramiento del acceso a justicia de los sectores vulnerables de la sociedad.

FEDERICO CHIRIBOGA VÁSCONEZ. Doctor en Jurisprudencia, *cum laude*, por la Universidad de Salamanca. Ha ejercido la cátedra de Derecho Tributario en la Universidad Católica de Quito. En la actualidad es socio de estudio "Pérez, Bustamante y Pérez", donde practica la profesión de abogado.

CÉSAR CORONEL JONES. Es doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, y ha sido Decano en la Facultad de Derecho, además de profesor de Derecho Civil, Derecho Constitucional y Derecho Mercantil. Se ha desempeñado como árbitro y mediador de la Cámara de Comercio de Guayaquil, y articulista de "El Telégrafo".

SANTIAGO ANDRADE UBIDIA. El doctor Andrade es, en la actualidad, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Tiene una gran experiencia como catedrático en las áreas de Derecho Civil y Derecho Mercantil, principalmente. Es profesor de Teoría de las Obligaciones en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

JORGE ZAVALA EGAS. Uno de los más prestigiosos abogados en materia de Derecho Aduanero, Derecho Penal, Derecho Tributario y Derecho Constitucional, el doctor Zavala ejerce la profesión en Guayaquil. Es, adicionalmente, catedrático universitario, autor de varios ensayos y tratados jurídicos y conferencista.

RICARDO NOBOA BEJARANO. Abogado y político. En lo público, ha sido candidato a la Presidencia de la República, Ministro de Industrias, Asambleísta, Diputado y Concejal de Guayaquil, entre otros cargos de importancia. En la práctica profesional se destaca por ser uno de los más importantes abogados de Guayaquil.

DIEGO PÉREZ ORDÓÑEZ. Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica del Ecuador. Coordina el Centro de Pensamiento Jurídico del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

ALBERTO WRAY ESPINOSA. Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Quito, Alberto Wray es en la actualidad profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Penal en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Es también abogado en libre ejercicio profesional.

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA. El doctor Trazegnies es, en la actualidad, Canciller del Perú. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lima y Embajador de la Soberana Orden de Malta ante el Gobierno del Perú. Es autor de varios tratados y estudios relativos al Derecho, y es uno de los más prestigiosos juristas de América Latina.

LUIS HENRIQUE FARIAS MATA. El doctor Farías Mata es profesor de Derecho Administrativo en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. También es Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con sede en Quito.

PATRICIO QUEVEDO TERÁN. Es profesor de Derecho Romano y de Historia del Derecho en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Además de su carrera docente hay que mencionar su larga trayectoria como periododista. Hoy en día es conductor de un programa de opinión en la televisión y articulista de "El Comercio".

JUAN M. QUEVEDO GARCÍA. El doctor Quevedo obtuvo su título en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Tras más de treinta años con la compañía Texaco, se reincorporó hace pocos años al estudio "Quevedo & Ponce".

JAVIER ROBALINO ORELLANA. El doctor Robalino obtuvo su título en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Quito. Es profesor de Derecho Administrativo en dicha Facultad, y en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. También ejerce la profesión de abogado.

HUGO A. ACCIARRI Y ANDREA CASTELLANO. Los autores son, respectivamente, profesor de Derecho de las Obligaciones y profesora de Microeconomía de la Universidad Nacional del Sur, en Argentina. Tienen a su cargo la dirección de un grupo de investigación institucional (PGI) sobre Análisis Económico de la Responsabilidad Civil, en dicha universidad.

RODRIGO JIJÓN LETORT. El doctor Jijón es profesor de Teoría del Proceso en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Fue profesor de Derecho Procesal Civil durante más de diez años en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Quito, de la que fue Subdecano en 1995-97.

LORENA CASCANTE C. Es profesora de Teoría del Proceso en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Mientras termina sus tesis doctoral, trabaja en la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.