

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



Julio 2000

IURIS DICTIO

Año I N° 2

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

IURIS DICTIO

Revista del Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito

Año I, N° 2

Quito, Julio 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

Diagramación:

AH/editorial

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:

“RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DESCENTRALIZACIÓN”

Fabián Corral B.

Descentralización y autonomías: ¿un problema de poder? 7

Efraín Pérez

Deslinde jurídico de las descentralizaciones y las autonomías en el sistema político ecuatoriano 15

César Coronel Jones y Joffre Campaña Mora

Constitución y poder político. Hacia un sistema de autonomías 26

Orlando Alcívar Santos

Las autonomías: una descentralización profunda 36

Jacinto Velázquez Herrera

Desconcentración administrativa y de rentas 40

SECCIÓN LIBRE

Ricardo Antequera Parilli

La protección internacional del derecho de autor y su papel en la promoción de la actividad creativa literaria, musical y artística 46

Álvaro Galindo Cardona

La solución alternativa de los conflictos y los derechos de autor 55

Jorje H. Zalles

Suma cero, la tradición contenciosa y las teorías contemporáneas de solución de conflictos 65

Fernando de Trazegnies Granda

El derecho en perspectiva económica 75

Gil Barragán Romero

El control de constitucionalidad 81

Diego Pérez Ordóñez

Reflexiones en torno al concepto contemporáneo de la democracia 89

Reinaldo Calvachi Cruz

El peculado bancario 98

Margarita Romero Rosales y Teodomiro Ribadeneira Molestina

El comercio electrónico en Ecuador: régimen jurídico y comentarios 108

Eduardo Pólit Molestina

Derecho financiero y disciplina fiscal 115

Luis Hidalgo López

La telaraña legal (primera parte) 126

SECCIÓN JURISPRUDENCIA

Francisco Díaz Garaycoa

Casación laboral: fallos contradictorios y triple reiteración 138

Rodrigo Jijón Letort

La acción de nulidad contra sentencias dictadas en juicio ejecutivo 144

Lorena Cascante Redín

Capacidades y legitimaciones en el derecho civil 153

Javier Robalino

Algunas consideraciones sobre la confesión judicial 160

Descentralización y autonomías: ¿Un problema de poder?

Fabián Corral B.

Las reforma del Estado por la vía de autonomías va más allá del replanteo del servicio público y de la reformulación de las funciones municipales. Esa propuesta implica una dispersión jurídica y operativa del poder político -legislativo, controlador, administrativo, etc.- en regiones autónomas.

I. LA VERDADERA DISCUSIÓN

Las propuestas de autonomía y descentralización que se están discutiendo en el país entrañan, ante todo, un problema de poder político. El regionalismo como percepción, como prejuicio, o como hecho vinculado a realidades objetivas, implica un tema de poder y no es, exclusivamente, un asunto originado en la caducidad o en el deterioro del servicio público, en la burocratización del Estado o en la inequidad en el reparto de las rentas municipales.

Para centrar la discusión es preciso admitir que las propuestas de autonomías provinciales, la configuración de regiones o cualquier otra fórmula semejante, están dirigidas a afectar a una forma de entender el Estado y a una concepción de la República como ente político unitario. Por eso, se hace necesario señalar que las percepciones, prejuicios y evidencias que a la sombra del regionalismo han surgido, han impulsado finalmente una corriente adversa a las visiones quiteñas del poder, que son las que, en mayor medida, contribuyeron a conformar al Ecuador como entidad histórica. El país se estructuró, bien o mal, en torno a un centro, que neutralizó las tendencias particularistas y las fuerzas centrífugas que en toda sociedad naturalmente existen. La presencia de un centro dominante y de su periferia no es descubrimiento de los novísimos autonomistas, y no es, necesariamente, un mal: es una realidad sociológica, histórica y política que corresponde a la estructura social de toda comunidad. Censurar esa realidad equivale a formular juicios de valor en contra de las leyes de causalidad.

El regionalismo, en cuanto prejuicio y en cuanto percepción y aun en cuanto propuesta, pasa por el tema del poder político. Toda fórmula autonomista implica transferir las facultades estatales más representativas de ese poder a las regiones o a las provincias. Se trata de restarle numerosas potestades a la capital y de asignarles facultades políticas a las provincias o a las regiones. La tesis implica afectar al centro político y fortalecer -o crear- focos de poder regional, instancias de decisión provincial. Esta es una constatación objetiva de la índole y del alcance de las pro-

puestas que se discuten, y no necesariamente un juicio sobre su validez o legitimidad.

Algunos analistas piensan que la regionalización y las fórmulas autonómicas son exclusivamente "soluciones" globales a los problemas provinciales, son salidas al entrapamiento municipal y remedio radical al deterioro de los servicios públicos. Esa es la percepción compartida por una parte de la ciudadanía. Por lo pronto, no haré un juicio de valor sobre esas esperanzas. Me interesa, por ahora, decir que la regionalización, más allá de las percepciones de los ciudadanos comunes -y remontando lo que hasta ahora han dicho los gestores de las propuestas autonómicas- es una fórmula política que, como tal, impulsan ciertas elites, independientemente de sus efectos en la mejoría de los servicios. A las elites les interesan las autonomías como alternativa de mando, como instancia de gobierno, como opción electoral.

Mientras a los ciudadanos predominantemente les interesa que los servicios se acerquen a la gente, a las elites les interesa, y con urgencia, que los poderes se acerquen a sus entornos, y que lleguen a la región y al alcance de sus manos las potestades estatales típicas. Esa es la diferencia aún no advertida entre las percepciones y las ilusiones de la gente común de las provincias, y las percepciones e ilusiones -no dichas ciertamente- de los grupos de presión, que se han transformado en los nuevos ideólogos de formas políticas alternativas a las del Estado unitario.

En esa medida, y para alcanzar objetividad en el análisis, la descentralización puede y debe ser vista al menos desde dos perspectivas: la del servicio público cercano y eficiente; y la del poder político cercano, eficiente y accesible. La primera es la perspectiva de la gente común. La segunda es la de las elites. Puede decirse que el "poder cercano", autónomo y regional traerá consigo el servicio eficiente y la obra pública oportuna. Es probable que eso ocurra alguna vez, pero no estoy seguro de que esa fórmula opere siempre y en forma exacta. Por otra parte, debe advertirse que semejante hipótesis puede darse exclusivamente en regiones en las que la fuerza política sea suficiente y determinante para que imponga, en términos de poder

y de recursos, la pronta mejoría de servicios y de obras. Esa hipótesis me parece improbable en regiones menores, empobrecidas y con escasa capacidad de recaudación y de gestión política. Y esa desigualdad de efectos en los diversos sectores del país, es uno de los aspectos que mayor análisis exigen en su examen y uno de los que mayores desequilibrios y tensiones provocará. La diversidad del país, que, con frecuencia, se invoca para legitimar socialmente las propuestas, puede convertirse en el talón de Aquiles de la reforma del Estado, por la simple y prosaica razón de que esa diversidad implica desigualdades graves en la posibilidad de recaudación y en el fortalecimiento institucional de las regiones.

El debate exige transparencia y exige cifras. Por eso es oportuno y urgente que el proceso de descentralización se discuta como lo que es: una propuesta que implica primordialmente el ejercicio de poderes estatales desde las regiones, en forma autónoma respecto del gobierno central. Que esa fórmula de poder produzca o no efectos sobre los servicios, contratos públicos y obras, es asunto que atañe a la instrumentalización de las autonomías; es efecto de ellas, pero no es asunto que diga relación con la esencia de la tesis. En las fórmulas; que respecto del régimen autonómico se vienen manejando, el poder está primero, y el servicio después, como en todo fenómeno de mando, por cierto. Y esa es probablemente, la razón de que en la discusión se haya dejado de lado el actual texto constitucional sobre descentralización y la vigente ley sobre la materia, porque esas normas se ocupan fundamentalmente de la "descentralización" y no tanto del fraccionamiento del poder estatal.

"Cuando se avanza en el examen de ese planteamiento -escribe Marco Antonio Guzmán- resulta inevitable reparar en que, a veces, los afanes de descentralización tienden a contraerse (también en esta época, como ocurrió en el pasado) a una agudización de rivalidades entre grupos, básicamente económicos y también sociales, de Quito y de Guayaquil, los cuales, más que la obtención de mejores servicios para la población de las circunscripciones respectivas, se disputan cuotas de poder".

Las diferentes versiones de la pregunta que sobre el régimen autonómico se viene presentando a la ciudadanía para obtener su adhesión en la consulta popular, pone de manifiesto el alcance político del asunto y la consolidación formal y jurídica de los poderes locales que se busca a través de la reforma constitucional. Uno de los puntos esenciales de esa propuesta radica en la asignación de potestades legislativas, de planificación, de ejecución y de control a los entes regionales, respecto de todas aquellas áreas de la gestión pública que les sean transferibles según el artículo 226 de la Constitución. Eso implica que las regiones podrán dictar sus propias reglas (¿leyes autonómicas?) en materia educativa, tributaria y aduanera, de salud, de regulación y control, de recursos naturales, minas y petróleo; de servicios públicos como agua potable y riego, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, puertos y aeropuertos. A esta conclusión se llega por la simple lectura de la Constitución, porque todas las actividades mencionadas y otras más, son áreas estatales potencialmente delegables a los entes provinciales o regionales. Por lo mismo, la discusión -si aún cabe- debe profundizar, por una parte, en el fraccionamiento y dispersión del Poder Legislativo hacia las regiones, y en las diversas materias que quedarían sujetas a la

discrecionalidad regulatoria o legislativa de los entes autonómicos.

No está claro tampoco cómo se conciliarán los diferentes sistemas legislativos regionales y los diversos ordenamientos jurídicos entre sí y con las políticas y leyes que seguirá dictando y administrando el poder central, o si se propondrá, acaso, que el poder central deje de manejar conceptos nacionales sobre materias como educación, salud, servicios públicos, la minería, tributación, etc.

En este contexto, debe señalarse que para quienes propugnan la figura de las autonomías regionales, al parecer, son poco satisfactorios y hasta irrelevantes los textos de los artículos 224, 225 y 226 de la Constitución del Ecuador, permiten una transferencia progresiva de funciones, competencias, responsabilidades y recursos del gobierno central hacia entidades seccionales autónomas u otras de carácter regional. El artículo 226 ya establece la posibilidad de entregar a esos entes descentralizados buena parte de facultades gubernativas, con excepción solamente de la defensa y la seguridad nacionales, la diplomacia, la dirección de la política económica y tributaria y la gestión de endeudamiento externo. Resulta curioso que, en lugar de hacer énfasis en una propuesta jurídica dirigida a desarrollar las normas constitucionales vigentes, el debate se ancle, nuevamente, en aspectos conceptuales predominantemente políticos, aunque enmascarados en el tema de la burocratización y en el de la deficiencia de los servicios públicos.

Si en el debate se omite, como ha ocurrido, el examen objetivo de la vigencia, validez y alcance de las normas constitucionales existentes, se puede deducir que lo que en realidad estaría en el tapete de la discusión es una forma distinta a la del Estado unitario, con afectación clara de los poderes políticos concentrados en la Capital y su traslado a las entidades regionales autónomas. ¿Se trata de descentralización administrativa, con un referente político unitario, como dispone la Constitución, o de un explícito fraccionamiento de ese Estado unitario? Este es el tema en cuestión, aunque formalmente se haya dicho que no se discute la federalización del país.

Las reformas del Estado por la vía de autonomías va más allá del replanteo del servicio público y de la reformulación de las funciones municipales. Esa propuesta implica una dispersión jurídica y operativa del poder político -legislativo, controlador, administrativo, etc.- en regiones autónomas. La tesis implícita en las preguntas que se formulan para votar en la consulta popular, tienen que ver con un reparto regional del poder, con el consiguiente debilitamiento de la forma central del Estado, que seguiría vigente de manera nominal, pero con evidentes limitaciones en la práctica. Por lo mismo, la discusión debe centrarse en los temas políticos implícitos allí, porque la otra descentralización, la administrativa, la de los servicios, las responsabilidades municipales y recursos, está, en mi concepto, fuera de debate: es una necesidad admitida sobre cuya viabilidad debe profundizarse de cara a la realidad municipal y a las verdaderas disponibilidades provinciales. Valga esta precisión, en bien de la exactitud.

II. LA AGONÍA DEL PATERNALISMO

El descubrimiento de los yacimientos petroleros del Oriente y su explotación a partir de los años setenta, no al-

teró los estilos políticos paternalistas ni la tradición caudillesca de la población ecuatoriana. Al contrario, el Estado petrolero se convirtió en el eje de la sociedad. Sus recursos "legitimaron" la dependencia de las regiones, incrementaron las demandas de los municipios, acentuaron el interés de los empresarios en ser parte de un poder con gran fuerza económica y desarrollaron inorgánicamente la burocracia, llegando a extremos caóticos. El Estado se transformó en el gran dispensador de favores. A su sombra prosperaron las inversiones amparadas en las leyes de fomento, en las dispensas fiscales, en las liberaciones, en los cupos. A su amparo se fortaleció a la vez, una antigua tradición mercantilista de importantes sectores empresariales y el sindicalismo público.

Por aquel entonces el Estado contaba a su favor con la magia y la simpatía que generaron los petrodólares. Por eso empresarios, sindicalistas, políticos y municipios se disputaron las gracias del "ogro filantrópico". A nadie se le ocurrió discrepar con el poder central, cuando tenía los recursos para alimentar los más dispares proyectos de desarrollo regional, las más grandes inversiones de entidades autónomas y los más originales caprichos de los municipios. Del Estado rico todo el mundo fue amigo, y de sus capacidades económicas, mal o bien, todas las regiones disfrutaron, a través de obras necesarias o de relumbrón, a través de la inversión pública o por medio de una burocracia creciente que prosperó en todas partes, y no solamente en Quito. Si no, véase el crecimiento de la burocracia municipal y la proliferación de delegaciones, institutos, entidades, subsecretarías regionales y más dependencias públicas que se asentaron en las provincias.

Según datos oficiales del Ministerio de Finanzas, el porcentaje de empleados públicos, por provincia, en 1998, era así: en Pichincha el 20.74 %; en Guayas, el 18.54 %; en Manabí el 9.16 %. Un estudio de la Cámara de Comercio de Quito, respecto de la presencia regional de los burócratas, dice que "...en términos absolutos, los servidores públicos se registran en las provincias de Pichincha (45.185), Guayas (40.378), Manabí (19.956) y Azuay (11.546), cifras de las que se han separado las que corresponden a empleados de organismos regionales y nacionales, seccionales y el IESS".

Los datos señalan que la eventual concentración burocrática en Quito es ciertamente relativa, en términos de número de empleados, lo que no quiere decir que no sean justas algunas apreciaciones respecto de las trabas administrativas y del entramado legal que complica hasta el absurdo el oportuno y eficiente despacho de los asuntos a cargo del Estado. Por esta y por otras razones, me inclino a pensar que uno de los problemas importantes que deberían enfrentarse, pero que no se han profundizado en el debate, es el de la "burocratización de la vida pública y de la privada", que dadas algunas tendencias culturales de la comunidad, es muy probable que se reproduzca con mucha fuerza en las comunidades autónomas. Nada asegura que los gobiernos autonómicos queden exentos de las tendencias y tradiciones a empapelar las decisiones y a retardar la atención a los problemas de la comunidad.

Con el Estado petrolero en auge, muchos municipios "abdicaron" de sus funciones en educación, servicios y obra pública y transfirieron insensible e interesadamente sus potestades al cómodo destino del poder central. El fe-

nómeno de la "absorción municipal" no fue, como algunos sostienen, resultado de la consigna del centralismo quiteño. No. Fue la implícita decisión de muchos municipios, que contó con la cómplice colaboración del gobierno militar y de los gobiernos democráticos de la primera época, y con el entusiasta apoyo de la élites regionales, que vieron en la centralización de potestades y de servicios una especie de reivindicación y de reencuentro con el poder central, que ahora, cuando el Estado se ha empobrecido, aparece como la consigna de fantasmales centralistas.

Los recursos del petróleo y los de algunos segmentos de la deuda externa generaron en los municipios expectativas nunca antes registradas y la práctica facilista de exigir recursos, firmar contratos sin financiamiento propio, crecer sin medida ni prudencia, y, lo que es más grave, descuidar hasta límites insólitos la recaudación tributaria. Si se observa en perspectiva lo ocurrido en los últimos tiempos, se concluirá que las normas sobre impuestos contenidas en la Ley de Régimen Municipal no se modificaron en forma importante desde 1970, año en que se inicia la explotación petrolera. Desde entonces, las tarifas y los sistemas de determinación de los impuestos predial urbano, predial rústico, alcabalas y adicionales, registro, patente municipal anual, etc. permanecen congelados. Algunos municipios grandes han debido "sortear" la Ley por vía de ordenanza, para mejorar los sistemas de recaudación del impuesto predial. El deterioro de la recaudación municipal es dramático, a tal punto que en las grandes ciudades del Ecuador es más caro el impuesto a la matriculación de un vehículo, que el tributo que se debe satisfacer por una cómoda casa de habitación ubicada en un barrio residencial. Las cifras que se pagan por grandes haciendas y fincas productivas, rayan en el ridículo.

Es público y notorio el sistema de "simulación legal" que opera para eludir el pago de los impuestos a la alcabala, registro y plusvalía en la compraventa de inmuebles. Ese fenómeno en que todo el mundo elude es provocado por la obsolescencia del sistema impositivo y por los efectos confiscatorios que causa cuando se calcula el impuesto sobre los precios reales de una transacción.

Pese a las evidencias y pese a que es público y notorio el nivel ciertamente crítico de las recaudaciones municipales, en los últimos veinte años ningún grupo o partido político, ni los municipios, han intentado impulsar en forma consistente un proyecto de reformas a la Ley de Régimen Municipal, con el fin de dotar al régimen seccional de mecanismos apropiados para obtener recursos propios.

Todo ello revela el absoluto desinterés de los municipios y de las fuerzas políticas regionales y nacionales frente al constante deterioro de la recaudación de los tributos municipales. Revela, por cierto, la consciente y cómoda entrega de tareas municipales al poder central, que finalmente se ha transformado en el principal proveedor de los fondos con los que operan y viven la mayoría de los 214 municipios del país. Según datos del Ministerio de Finanzas, que incluyen al 80% de los Municipios y Consejos Provinciales, en 1997 los ingresos tributarios de esas entidades fueron apenas del 14.5% del total y las transferencias del gobierno representaron el 55.5%. Pese a ello, en ninguna de las propuestas autonómicas se ha insinuado siquiera la necesidad de hacer una eficiente reforma tributaria municipal, que asegure la sobrevivencia de los municipios y entes

provinciales. Al contrario, se propone usar directamente hasta la mitad de los recursos fiscales nacionales (renta, IVA, ICE) y, por otro lado, asegurar que continúe la entrega de fondos por parte del Gobierno central.

Los municipios se han transformado en perpetuos dependientes del poder central para financiar sus presupuestos. En esa medida, el paternalismo de doble vía, del municipio que exige y del poder que da, ha pervertido el verdadero sentido de la autonomía municipal. En cierta forma, los municipios han corrido la misma suerte de las universidades: dependientes del poder, porque no recaudan sus propios recursos, pero autónomos en todo lo demás. Por regla general, municipios y universidades públicas son feudos dependientes del paternalismo del Estado, pero al mismo tiempo, soberbiamente autónomos.

Los datos con que se cuenta revelan esta realidad y, además, la inviabilidad financiera de la mayoría de las provincias del país. La Cámara de Comercio de Quito, en el estudio citado, demuestra en un balance correspondiente a 1998, entre impuestos pagados por provincia y las transferencias hechas en favor de ellas por el Gobierno central, que la entrega de fondos del Estado ha permitido sobrevivir a las provincias y cantones. La Cámara sostiene con cifras oficiales que "excepto cuatro provincias, los saldos son negativos en 18, lo que podría interpretarse en el sentido de que únicamente las provincias de Pichincha, Guayas, Azuay y Napo aportan más de lo que reciben del Estado, y, entonces, podría considerarse solo a éstas auto sustentables. La provincia de Pichincha ha contribuido con 7.9 billones de sucres al sostenimiento del Estado, y ha recibido 1.8 billones por concepto de asignaciones presupuestarias. Por lo tanto, ha entregado 6.1 billones más de lo recibido. La provincia del Guayas ha contribuido con 6.1 billones y ha recibido 3.6 billones, lo que arroja un saldo positivo de 2.5 billones. A considerable distancia figura, en tercer lugar, la provincia del Azuay, con un aporte de 705 mil millones de sucres en impuestos y con asignaciones recibidas por 482 mil millones. Napo también pertenece a este grupo, con un aporte de 241 mil millones de sucres y asignaciones que ascendieron a 182 mil millones..."

En el balance que formula la Cámara, se establece el "índice contributivo", que es la relación, por provincia, entre los impuestos producidos y las asignaciones entregadas por el Estado. Este índice indica que por cada sucre que recibió Pichincha en 1998, entregó al Estado 4.3. Por cada sucre que recibió Guayas, entregó al Estado 1.70. En cambio El Oro entregó 0.45 centavos por cada sucre; Loja 0.14; Manabí 0.42, y así sucesivamente. Como puede apreciarse, las cifras desnudan la realidad y ponen al descubierto las limitaciones financieras que debe considerar un sistema autónómico para que sea objetivo y duradero.

Las prácticas paternalistas del Estado proveedor de dinero y financiador de contratos, del Municipio que "regala" servicios en uso de una sui generis "ideología", que ve al servicio público como un "don", y el discurso y los usos electorales de los líderes provinciales que aborrecen cobrar impuestos a sus conciudadanos han generado, sin duda, un proceso de "centralización de potestades municipales", que es necesario revertir usando la misma vía de los municipios, sin que para ello deba afectarse al poder político entendido como potestad pública para dirigir el Estado, para legislar, administrar justicia, ejercer las facultades regulato-

rias en los procesos de privatización y capitalización de empresas estatales, y aplicar los mecanismos de controles y chequeos propios del Estado de Derecho.

Frente a este panorama, ¿podrá un proceso autónómico revertir esta tendencia paternalista y electoralista en forma rápida, sin hacer antes una radical reforma tributaria que grave duramente al vecindario? ¿O la regionalización transformará a las regiones en entes autónomos teórica y jurídicamente, pero presupuestariamente dependientes y con gran fuerza política "autónomamente operada" para presionar la entrega de fondos al gobierno central? Este es uno de los temas clave, que aún no esclarece el debate. Como se dijo antes, ya se ha planteado en alguna de las tantas fórmulas autónómicas que estudia el Congreso Nacional que los Municipios y Provincias "se queden" con la mitad de los tributos que recaudan, sin perjuicio de que el Estado Central siga entregando recursos a las provincias y cantones. Esta fórmula es un seguro de sobrevivencia para las provincias ricas, como Pichincha y Guayas, pero es paralelamente una fórmula empobrecedora para las demás provincias del país.

La dependencia municipal del gobierno central, la abdicación de sus tareas esenciales, la politización de muchos cabildos y una persistente demagogia frente al usuario, contribuyeron a que el auge petrolero genere en la población, y en la autoridad, la errónea convicción de que los servicios públicos son un "don", casi un obsequio que se debe a la población, una prestación sin sentido económico. De esa ideología del "servicio como don" en favor del pueblo derivó la práctica incorrecta económicamente y lesiva al interés público de generalizar los subsidios como un derecho de los miembros de la comunidad. Esta situación acentuó la dependencia estatal de los municipios y afirmó las prácticas demagógicas de la clase política.

Las evidencias demuestran que el "Estado rico" que alentó el paternalismo, no suscitó la oposición de nadie. Fue un Estado con insospechadas adhesiones de elites mercantilistas, de políticos en despegue y de municipios quebrados por la incuria.

La caída del "Estado rico", su quiebra económica y su debilidad institucional pusieron de manifiesto las irracionalidades del modelo que más que una fórmula de centralismo consciente y explícito edificado presuntamente por ideólogos serranos, es el resultado de múltiples acciones de fuerzas políticas, económicas, sociales y regionales que apostaron a la eternidad en el disfrute del hallazgo petrolero de los años setenta. Algunas de las elites que hoy cuestionan el centralismo, colaboraron en la construcción de la dependencia de los municipios y de las regiones, a título de participación en la renta petrolera.

El "Estado rico" solo suscitó adhesiones por una curiosa "ética del interés". El "Estado pobre" que hoy tenemos no suscita adhesiones; al contrario, despierta antipatías, genera suspicacias y solo encuentra espaldas que se vuelven elites que ponen distancias y regiones que buscan el refugio de las autonomías para protegerse de la franciscana pobreza del erario público.

El paternalismo del que vivieron y gozaron sin razonar los empresarios, municipios, regiones, sindicatos, políticos, militares y universidades, agoniza sin remedio, y nos deja las incómodas herencias de municipios dependientes y tributariamente inútiles, de burocracias desocupadas y de

instituciones insolventes. Nos deja la herencia de una ideología mercantilista y proteccionista de la que no pueden desprenderse muchos empresarios. Nos deja la herencia de un sindicalismo desafortunado. Nos deja un modelo político electoral asentado en el caciquismo, el populismo y el facismo electoral. Y nos deja, claro, esa "cultura de la culpa ajena" que induce a buscar los responsables de nuestras tragedias siempre en el "otro". Y el "otro" es, en cierta forma, el difuso y nunca bien definido "centralismo", que se ha transformado en la excusa y en la explicación de cuanto desgracia ocurre y de cuanto disparate hacemos en Quito y en las provincias, en la Sierra y en la Costa.

El empobrecimiento del Estado, en términos generales, nos dejó con municipios sin suficientes rentas propias, sin estructuras modernas de recaudación y, lo que es peor, sin compromisos ciudadanos de dar y pagar para recibir a cambio prestaciones y servicios de calidad. Nos quedamos con municipios controlados por partidos. Nos quedamos con municipios creados al apuro por razones electorales con frecuencia (en los últimos 14 años se crearon 79 municipios, muchos de ellos al margen de los límites poblacionales prescritos por la Ley de Régimen Municipal). Nos quedamos con un Estado que centralizó gestiones y burocratizó instancias y procedimientos, es verdad, pero que a la par asumió lo que los municipios no quisieron asumir: responsabilidades incómodas, tareas ingratas, actividades desfinanciadas.

La primera gran equivocación en que se incurre radica en partir de un análisis ideológico del centralismo, entendido como una construcción malévola de elites interesadas en eliminar las potestades municipales y en concentrar poderes y servicios propios de los entes provinciales y cantonales. Esa "ideologización" del tema ha restado objetividad al debate, porque no permite ver la realidad: la centralización es resultado de una situación de hecho: el Estado enriquecido, y de la presión de elites provinciales, gremiales y políticas que encontraron en el petróleo el filón de recursos necesario para atender cómodamente, y sin la contrapartida ingrata de los impuestos, las necesidades regionales. Es una realidad derivada también de la pobreza de buena parte de las provincias y cantones del país, y de sus nulas posibilidades de recaudación tributaria.

El empobrecimiento del Estado es una de las causas del fortalecimiento de propuestas autonómicas, pero además es un dato de la realidad con el que hay que contar en cualquier proceso de descentralización administrativa o de reformulación de las estructuras de poder político. Hay que asumir que las autonomías e incluso la descentralización serán costosas para el Estado, los municipios y los ciudadanos. Y hay que evaluar en una relación costo-beneficio los probables y esperados efectos de esos procesos, tomando en cuenta, claro está, la disponibilidad de recursos para acometer cualquier reforma en la materia que discutimos.

La pobreza del Estado no puede soslayarse, como no puede dejar de verse su desorden, su burocratización y sobre todo el grave deterioro de las instituciones que apuntalan la vida pública. No puede olvidarse tampoco el entorno que nos deja como herencia la caída del Estado rico. Por lo mismo, cualquier propuesta debe contextualizarse en los moldes de la realidad, para prevenir los probables efectos adversos que deriven de la aplicación de procesos autonómicos.

Hay que considerar, por otra parte, que el proceso de dolarización de la economía crea inflexibles camisas de fuerza, tanto para el Estado central como para los municipios y provincias. Desaparecida la política monetaria y cambiaria, evaporada la posibilidad de la devaluación como instrumento para cubrir las deficiencias presupuestarias, dependientes exclusivamente de los ingresos en divisas que provengan de las exportaciones y de la inversión, los impuestos se presentan como la única vía estable, cierta y sustentable en el largo plazo para financiar las necesidades de municipios, regiones y provincias. No está lejano el día en que se hará evidente y urgente la necesidad de gravar a los vecinos para sostener a los municipios y para generar los recursos que demandará la constitución y funcionamiento de los poderes autónomos, que traerán, inevitablemente su corte burocrático. La suma de dolarización más autonomías con potestades legislativas y estructuras burocráticas, dará como resultado impuestos nacionales, regionales o municipales sustancialmente altos. Y esto debería discutirse públicamente, porque la población debe saber exactamente las implicaciones que en su economía y en su vida cotidiana tendrán las decisiones que se tome.

Los estudios realizados sobre la realidad municipal y provincial del Ecuador dejan concluir que el gran adversario del sistema autonómico es la desigualdad de posibilidades, recursos y capacidades de las provincias del país. Las fórmulas propuestas probablemente acentuarán la concentración de recursos y poderes reales en dos o tres provincias del país, en detrimento de las demás. Lo preocupante es que muchas provincias, las más pobres y las que tienen mayores problemas sociales, quedarían en dependencia financiera de un Gobierno central, que a su vez verá disminuidos sus recursos notoriamente en razón de la reforma estructural autonómica que concentraría los impuestos percibidos en las provincias recaudadoras y además por los efectos de la dolarización sobre el presupuesto del Estado.

El profesor Harold Furhr, catedrático de la Universidad de Postdam, en conferencias dictadas en Quito señalaba que "Si un intento de descentralización se llevara a cabo demasiado rápido y sin la adecuada coordinación, determinaría un incremento a corto plazo de los gastos públicos, alentaría la indisciplina fiscal y aumentaría el endeudamiento en el ámbito local". Manifestaba también que "... un proceso de descentralización no meditado y adecuadamente regulado sería proclive a acentuar y a acelerar las desigualdades intra e interregionales, en la medida en que algunos gobiernos locales pudieran disponer de recursos naturales algo más cuantiosos e importantes..."

Por último, concluía que "...un proceso de descentralización, en el cual no se garanticen adecuados mecanismos de participación ciudadana y de control social, podrían favorecer a ciertas elites locales en desmedro de amplios sectores de la población. Los integrantes de esos grupos reducidos podría verse inclinados a actuar como agentes de presión frente al Gobierno Nacional, a efectos simplemente de obtener recursos que no correspondan a niveles reales de recaudación, sin contribuir a la adopción de medidas idóneas para mejorar los servicios locales; y que, además, ellos podrían sentirse tentados a administrar tales recursos de manera no adecuada y proclive a la corrupción".

III. CACIQUISMO, POPULISMO Y CORRUPCIÓN, LOS GRANDES ADVERSARIOS DE LAS AUTONOMÍAS REGIONALES

El Ecuador ha sido, desde siempre, un país de autonomías de hecho, de instituciones autónomas, de compartimientos estancos, de feudos de poder. La contrapartida necesaria al proceso de fraccionamientos y rupturas, el contrapeso a los poderes fácticos, fue y es el centralismo político radicado en Quito desde los días de la fundación de la República. Contrapeso necesario el del Estado unitario frente a la vocación particularista de algunas fuerzas políticas y sociales, contrapeso necesario el del "poder lejano" que obligó a los caudillos y a los partidos, a los movimientos y a las elites, a esforzarse por tener visiones nacionales y proyectos extraregionales. Sin Estado unitario, sin poder central, el particularismo ya habría terminado de construir fosas, fronteras y trincheras entre regiones, provincias y parcelas de poder.

El debate sobre el valor, funcionalidad, papel histórico y legitimidad social y política del Estado central, no se ha dado con la profundidad y la objetividad que habría sido deseable. La discusión se ha radicado sobre el supuesto - casi dogma de fe - de que el centralismo es el responsable de todos los males de la República y de que las provincias, municipios y regiones han sido sus víctimas. Sin embargo, el tema es bastante más complejo como para formular propuestas a partir de apreciaciones no demostradas con evidencia empírica suficiente que, en muchas ocasiones, prueba precisamente lo contrario de lo que se piensa o propone. Las cifras que constan tanto del estudio de la Cámara de Comercio de Quito como del ensayo del Dr. Marco Antonio Guzmán, prueban que la gran mayoría de los cantones y provincias de la República han subsistido gracias a la constante entrega de recursos por el Gobierno central; que el financiamiento de las obras provinciales y municipales, en buena medida, proviene del presupuesto central; que el nivel de recaudación propia de los entes seccionales, incluso de los grandes, es ciertamente pobre.

La experiencia reciente demuestra que si el Gobierno central - pese a su tardanza y a su estilo burocrático - no actúa, no se repara la red vial; que no hay posibilidad alguna de emprender obras importantes de interés nacional o regional, si no es acudiendo al financiamiento a través de deuda, que debe finalmente pagarse por toda la población, incluso en los casos en que el crédito se destina a obras regionales o cantonales. La Cámara de Comercio de Quito demuestra en su estudio que los créditos externos cuyo destino es provincial, "han beneficiado a la provincia del Guayas en un 51%; a Pichincha en el 22%; a Azuay en el 8%, y a Manabí en el 7%, en tanto que 14 provincias no constan como beneficiarias."

Como advertí antes, lo que debe discutirse es la dimensión política de autonomías, porque lo que está en el fondo del tema es un problema de poder. De lo que trata, por la vía de autonomías, es de acercarle el poder lejano a las elites regionales cuyas visiones, en todos los sectores geográficos, lamentablemente han perdido dimensión nacional.

Los partidos políticos se han regionalizado paulatinamente, tanto en la Costa como en la Sierra, al punto que hoy no existe un solo partido nacional. La ID es un partido quiteño, con base electoral en Pichincha. El PSC es un partido guayaquileño. El PRE es una versión caudillista y re-

gional. La DP es un partido serrano. Pachacutik es una agrupación con presencia regional y propuestas etnocéntricas. Todas esas agrupaciones y hasta las cámaras de la producción acentúan en su discurso el enfoque regional, proponen reivindicaciones para la ciudad y el cantón, anclan sus tesis en consideraciones particularistas y, en raras ocasiones, cada vez más escasas, enlazan esas tesis con un proyecto de país ¿Dónde está el partido nacional? Las recientes elecciones seccionales prueban hasta qué punto se ha profundizado la regionalización política del país, y cómo los grandes partidos se han refugiado en los entes seccionales. Así pues, la realidad política del Ecuador está profundamente marcada por pasiones regionales, visiones provinciales, enfoques gremiales. Si antes el país era visto y entendido con la orientación aglutinante y totalizadora del poder central, que finalmente mantuvo unido al país, ahora la perspectiva ha cambiado notablemente, y el enfoque es regional. En mi concepto, actualmente no existe proyecto de país, ni alternativa de reforma estructural planteada desde la totalidad del Ecuador. Hoy los proyectos predominantes son regionales, cantonales o provinciales.

El sistema político y electoral del país responde a una "matriz" populista, caciquista y regional. Allí radican sus grandes defectos y allí está el origen del fracaso del sistema de partidos políticos. El poder central, entre sus múltiples y no discutidos defectos, tuvo el mérito de obligar a que los partidos y hasta los caciques tengan al menos un discurso nacional y hagan esfuerzos por superar las visiones regionales y gremiales.

Esa "matriz" caciquista derrotó a la propuesta del régimen de partidos contenida en la Constitución de 1978. Al cabo de veinte años, predomina el estilo populista, triunfan los caudillos, decae el discurso político nacional, y los partidos siguen agotando recursos y discursos en la periódica búsqueda de caudillos para que encabezen las listas de candidatos a toda suerte de dignidades de elección popular. Allí está, para testimonio, la composición mayoritaria del Congreso Nacional, y allí están los deportistas, presentadores de televisión, nuevos caudillos en versión moderna y más personajes que pertenecen al mundo "informal" de caciques y aspirantes a populistas, que predominan en la vida pública, que en los últimos veinte años ha sufrido, sin duda, un profundo deterioro en términos de racionalidad política, de preparación académica y de visión nacional.

Si la "matriz" populista, caciquista y local de la política ecuatoriana derrotó a las fórmulas partidistas a ultranza, me temo que el traslado de poderes políticos a las regiones, la afectación al poder central, las autonomías y otras fórmulas de reparto del poder, contribuirán a fortalecer todavía más esa matriz populista y cacical, con resultados desastrosos para las regiones, los cantones y el país. Acercar el poder a los caudillos provinciales es avalar el populismo. Debilitar innecesariamente el poder central es remachar el proceso de regionalización de los partidos.

Las autonomías serán escenarios de populismo y de luchas intestinas por dominar la región y será difícil que en esa situación de coyunturas locales y urgencias electorales, puedan crearse y fortalecerse movimientos, liderazgos o propuestas nacionales. Ninguna fórmula de poder puede limitarse a fortalecer las matrices sociales negativas y las tendencias colectivas. Las fórmulas políticas, además de sintonizar con un país, deben inducir las conductas ciudadanas hacia una racionalización política. No puede una

propuesta afianzar para siempre las tendencias depredadoras del populismo, ni debe acentuar la inclinación caciquista, que tanto ha contribuido al deterioro institucional y personalización del poder.

Todo fraccionamiento o afectación al poder político central irá en desmedro de las instituciones y en favor de la fuerza de los caudillos. El efecto inmediato será un impulso importante al populismo, porque el "poder cercano" depende mucho de las percepciones populares más primarias, y es, con raras excepciones, un administrador de los caprichos de sectores de electores, es un artífice de sus consignas, un mandatario de sus apetitos. En esas condiciones, será difícil administrar con racionalidad los intereses de la región, más aún si el concepto de autonomía asegura la inviolabilidad del espacio político y avala la fuerza de los caciques que se empeñarán en edificar verdaderos feudos impenetrables al poder central, para asegurar en la región su predominio político y su fuerza frente al debilitado poder central, que será un convidado de piedra entre las disputas de los líderes regionales.

En esa línea de ideas, creo que la "lejanía" del poder político al menos obliga a partidos, caciques y caudillos a transformarse en opciones nacionales, con propuestas y visiones nacionales y eso, sin duda, es deseable para quienes aspiran a gobernar un país.

El predominio de la matriz populista y cacical probablemente neutralizará todo intento de mejorar las recaudaciones municipales y regionales. La demagogia populista es adversaria de todo lo que pueda afectar a su base electoral. Y los impuestos afectan a esas bases, obligan a los ciudadanos, encarecen las transacciones, inducen a la solidaridad económica por la vía de las contribuciones. El acercamiento del poder a los feudos de caudillos y dirigentes populistas restará posibilidades de éxito a toda propuesta sensata de racionalización administrativa y de mejora en la recaudación tributaria. Las autonomías políticas pueden convertirse en "bumerang" fatal en contra de los intereses de la propia región. Basta recordar lo que ocurrió en Guayaquil con el populismo del PRE cuando copó el Municipio. Me remito a la propia memoria de los guayaquileños, que es buen argumento para reflexionar sobre la conveniencia de impulsar las autonomías de cara a las tendencias populistas predominantes en las regiones.

Si uno de los defectos del servicio público es que desde siempre la comunidad lo ha considerado como "don" del gobierno y obsequio del poder, es improbable que gobiernos autónomos de regiones o provincias cercados por el populismo quieran revertir esa tendencia y trabajar consistentemente para crear una verdadera conciencia ciudadana, estructurada en torno a derechos y a correlativas obligaciones, a servicios y a tarifas viables. Difícil resultar visualizar gobiernos regionales empeñados en revertir esa tendencia social, por más que el servicio mejore, cuando los caciques dominantes, fortalecidos por el "poder cercano" libren constantes batallas para ganar elecciones y controlar el poder. En cambio esas batallas sí las puede librar, y las ha librado, el poder central, ya sea por razones ideológicas o ya por razones prácticas, acosado por el crónico déficit fiscal, que induce a veces a tomar medidas severas. Veo más probable vencer en esas batallas cuando el "malo" es el poder lejano, y no cuando la cirugía debe practicarla el dirigente regional que deberá, cosa improbable dadas las tendencias políticas y sociales del país, sacrificar su popularidad y su

carrera política para establecer impuestos, tasas y contribuciones a sus conciudadanos.

La matriz populista del poder político probablemente será fortalecida con la constitución de autonomías regionales, y ese fortalecimiento conspirará a neutralizar y aun a destruir los procesos de racionalización de la administración regional. Temo que el efecto "bumerang" que provoca el caciquismo y el populismo predominantes, paralice a las regiones en sus propios esquemas y les obligue a seguir exigiendo recursos al gobierno central debilitado.

Las preguntas sobre las que gira la consulta popular apuntan, a lo mejor sin proponérselo, a ese fortalecimiento del populismo y del electoralismo. El resultado de tener muchos congresos regionales o provinciales, será sin duda, la extrema politización de la vida regional y la proliferación de las disputas partidistas por defender sus espacios de poder.

No parece prudente, en un país cansado de las conductas electorales de sus dirigentes, desconfiado frente al Congreso, escéptico frente a la misma democracia, promover un sistema que mantendrá al país y a sus regiones en constante agitación electoral.

No veo posible sostener, en el largo plazo, un sistema en el cual, además del Congreso Nacional, existan doce, quince o veinte congresos regionales, dictando toda suerte de normas, creando imposiciones a las empresas, exonerando de impuestos a las masas, regulando los sistemas educativos, dictando reglas para la prestación de servicios, promoviendo a sus partidos y grupos de presión. ¿Es la democracia ecuatoriana lo suficientemente madura para saturarse aún más de electoralismo, de campañas y de ofertas que, según la experiencia reciente demuestra, no fortalece las convicciones democráticas, sino que, al contrario, frustra y decepciona a los electores?

Parece importante pensar los sistemas autonómicos desde la perspectiva de la "matriz" populista y caciquista de la política ecuatoriana, sabiendo que esa tendencia no se podrá revertir fácilmente en los próximos años, porque las conductas políticas de la gente dependen en importante medida de un buen sistema educativo que, en realidad, no existe en el Ecuador.

IV. LA MUNICIPALIZACIÓN COMO ALTERNATIVA

En mi opinión, existe actualmente, y sin que se requiera nueva reforma a la Constitución, base jurídica suficiente para promover procesos de descentralización. En efecto, el artículo 226 de la Carta Política dispone expresamente que:

- pueden descentralizarse, esto es, transferirse a los entes seccionales, numerosas "competencias" del gobierno central, con excepción solamente de la defensa y seguridad nacionales, la dirección de la política exterior y las relaciones internacionales; la política económica y tributaria del Estado (no de los municipios y consejos provinciales); y, la gestión de endeudamiento externo;
- la transferencia de "competencias" debe hacerse con transferencia de los recursos necesarios para atenderlas;
- no pueden trasladarse recursos sin las correspondientes competencias;
- la descentralización es obligatoria cuando se cumplan los requisitos concurrentes de que: I) una entidad seccional la solicite; y, II) tenga capacidad operativa para asumirla.

Ante el contenido y alcance de la norma constitucional, cabe preguntarse si el esquema de descentralización no es suficientemente amplio como para instrumentar en forma razonable, paulatina y prudente el proceso, tanto más que la Ley de Descentralización vigente en el Ecuador desde octubre de 1997, desarrolla ya el precepto constitucional y permite aplicarlo.

La Constitución establece un marco amplísimo de transferencia de "competencias del gobierno central" a los municipios y consejos provinciales. La excepciones a las potenciales transferencias son ciertamente limitadas, de manera que lo que una prudente acción legislativa debería hacer es desarrollar, tal vez en mejor forma, el esquema constitucional, mejorar y hacer más explícita a la Ley de Descentralización y articular de mejor modo el sistema de descentralización opcional previsto allí.

La ventaja esencial de régimen tanto constitucional como legal vigente es su flexibilidad y la posibilidad de que sean los entes seccionales los que soliciten la aplicación del proceso de descentralización, demostrando previamente su capacidad operativa. Un esquema así, a diferencia del que se impondría por consulta, permite que los municipios actúen con la prudencia y la responsabilidad suficientes, asegurándose de esa forma que el proceso sea exitoso. A diferencia de esto, un proceso autonómico derivado de decisiones por vía de consulta popular no tendrá la objetividad necesaria para evaluar razonable y objetivamente la capacidad operativa y la viabilidad fiscal de la provincia o región. La consulta popular, sin duda alguna, es un evento electoral donde operan consideraciones sentimentales, apreciaciones subjetivas, discursos populistas que excluyen la racionalidad y la prudencia en las decisiones.

No será raro que provincias inviables desde el punto de vista presupuestario, financiero y administrativo -que son absoluta mayoría en el país- resuelvan rápidamente sobre la autonomía, creando así un hecho político irreversible frente al cual las consideraciones de prudencia y los razonamientos vinculados con la realidad de las cifras resultará ocioso, mal visto y considerado centralista o antiregional. Ese hecho político una vez alcanzado y después de la euforia inicial, enfrentará a la región a la dura realidad económica y al dilema de exigirle recursos al gobierno central o imponer altas tasas tributarias a los vecinos de la región. Como esto segundo es ciertamente improbable, será la tensión sobre el centro lo que opere, con el agravante de que el gobierno central estará entonces sustancialmente reducido en sus ingresos tributarios, precisamente por el hecho de que el régimen autonómico establecerá, según las propuestas que se conocen, que la mitad de los tributos que se "recauden" en cada región se queden allí.

NOTAS

1. Guzmán Marco Antonio, Realidad Nacional, Descentralización y Autonomías p. 14.
2. Descentralización y Desarrollo. Cámara de Comercio de Quito. Dic. 1999. p. 59-61.
3. Cámara de Comercio de Quito. op.cit. p. 56
4. Idem, p. 47
5. Idem, p.46-47 Marco A. Guzmán. Op. cit. p. 26 datos a febrero de 1999, p.54- 55

La "mitología legal" es parte de la historia de la República. Se piensa que los problemas del país se resuelven dictando leyes, expidiendo decretos, creando hechos políticos y promoviendo instancias y entidades públicas. La experiencia ha demostrado que esa mitología no da resultados porque no consulta la realidad y porque suplanta las limitaciones económicas y las complejidades sociales, con reglas abstractas, con esquemas políticos y con declaraciones bien intencionadas pero enteramente divorciadas de la realidad. Por esa razón, opino que el esquema de descentralización por la vía del "contrato" que actualmente establece la Constitución y la Ley de Descentralización es más práctico, operativo y eficaz que otros sistemas derivados de hechos políticos donde opera fundamentalmente el interés de grupos que desean captar los poderes antes que servir. El esquema de la descentralización por convenio permite evaluar las posibilidades reales de los entes seccionales, permite ser objetivos en la valoración de las capacidades de gestión y no impone camisas de fuerza políticas que tensionarán aún más la relación entre el centro y las regiones o entes autonómicos.

Las preguntas que deben hacerse son: ¿por qué cambiar un esquema prudente de descentralización, que permite por medio de convenios puntuales, asumir competencias y responsabilidades a los municipios más organizados, con uno que consiste fundamentalmente en llevar instancias políticas del gobierno central a provincias, multiplicando hasta el infinito los eventos electorales y la competencia partidista para captar los poderes regionales?

¿Cómo quedará la autonomía municipal frente al poder de las comunidades autónomas?

¿Qué ocurrirá con la mayoría de provincias del país, que según los datos no son viables presupuestaria y financieramente?

Estas son algunas de las preocupaciones que aún no han sido absueltas con la objetividad que la importancia del asunto exige.

Frente a todo ello, la "municipalización" de algunos servicios y competencias públicas parece la opción más razonable para formular un esquema de descentralización que satisfaga las expectativas de las provincias y las regiones, que acerque el poder a las gentes, pero que no contribuya a desinstitucionalizar al país, a afectar al centro político que es indispensable en toda organización política, tanto más en la ecuatoriana proclive como es a la desintegración y al predominio de visiones sectoriales, precisamente porque ni las élites políticas ni las intelectuales y empresariales han sido capaces de construir un proyecto de país, que concilie los intereses de las regiones, las exigencias de la globalización de la economía con la identidad nacional, sin la cual no hay país ni mercado.

Deslinde jurídico de las descentralizaciones y las autonomías en el sistema político ecuatoriano

Efraín Pérez

Todos los casos de descentralización consisten en la atribución de competencias determinadas a una persona jurídica diferente que el Estado mismo. Esta persona jurídica puede incluso ser de derecho privado.

INTRODUCCIÓN

La finalidad de este documento es suministrar los antecedentes para el deslinde jurídico de los conceptos de descentralización y autonomía, tanto administrativa como política. Para el efecto, se ilustra la discusión con las propuestas de descentralización y autonomía vertidas en el ámbito político ecuatoriano, contrastándolas con la Constitución y el derecho público ecuatoriano y con la doctrina del derecho administrativo, especialmente del español.

ANTECEDENTES

La centralización administrativa ecuatoriana recién se alcanzó en forma incompleta a mediados de los años setenta. Tal vez por ese motivo, el debate sobre la modernización que se inicia a comienzos de los años noventa, postergó el planteamiento legislativo de la descentralización para fines de ese mismo decenio. Desde el punto de vista jurídico, sin duda que la Ley de Modernización, de 1993, contiene referencias a la descentralización y la hace operativa en su artículo 7, pero la aplicación de esta provisión para el dismantelamiento del INERHI en 1994 y la descentralización de sus actividades de construcción de obra física que se asigna a las corporaciones regionales de desarrollo¹ constituye un hecho aislado, pronto revertido por las tecnocracias, programadas por décadas de esfuerzo centralizador. Las leyes de distribución del 15% y descentralización se dictaron en 1997,² sin que se hayan reglamentado ni aplicado mayormente hasta la fecha. Por otra parte, su enfoque más que de descentralización administrativa y menos política, es principalmente fiscalista. Asimismo, se incorporan en la reforma y codificación constitucional de 1998 referencias variadas a la descentralización, pero siempre de descentralización administrativa. El artículo primero de la Ley Suprema dice que el Gobierno es "de administración descentralizada", donde antes de la reforma y codificación constitucional de 1998 decía simplemente que el Ecuador era "descentralizado", sin más calificativos.

La discusión jurídica se debe ilustrar también desde la perspectiva de los planteamientos políticos en el Ecuador, que han abundado en los últimos años. ¿Se puede encontrar algo en común entre las diferentes alternativas ofrecidas para la descentralización? La principal característica de los proyectos de descentralización es que, independientemente de cómo se autocalifiquen, sus efectos jurídicos constituyen a lo más una desconcentración y una descentralización administrativa y tributaria. En efecto, para una descentralización política, resulta indispensable una potestad legislativa del mismo nivel que las leyes formales que expide el Congreso Nacional, lo cual, obviamente, tiene que ser debidamente desglosado y delimitado por materias específicas para evitar las superposiciones. Esta es, en todo caso, la esencia del proceso autonómico español y del Estado regional italiano, todavía considerados como Estados unitarios. También se requiere de una clara regulación y control centrales. Ninguno de estos elementos se delinearán nítidamente en las propuestas adelantadas que se han podido examinar. En algunas de las propuestas de descentralización se incluye la referencia a una potestad normativa regional, pero se deberá entender que esa normativa será de índole reglamentaria, puesto que no se adelantan los proyectos de reforma constitucional necesarios para que esta potestad se pueda ejercer a nivel legislativo.

La propuesta de Fuerza Ecuador es interesante y razonable, pero adolece de la misma característica de la mayor parte de las propuestas, que la constituye en efecto en una simple descentralización administrativa, puesto que expresamente manifiesta: "El gobierno central mantiene su competencia en ... legislación". Así, según el esquema descrito "[el gobierno nacional mantiene su competencia en la política exterior, las Fuerzas Armadas, la seguridad nacional, el comercio externo, la legislación e interpretación de la Constitución y demás tareas de carácter nacional". No se encuentran referencias a un parlamento provincial o algo similar. No obstante, algunos de sus enfoques necesariamente suponen la potestad legislativa. Así, cuando propone en la recaudación de tributos que los entes seccionales "podrán ... no cobrarlos para imponer una menor carga tribu-

taria a su población. Igualmente ... podrán recaudar impuestos adicionales en sus jurisdicciones”³, lo que no se podría llevar a cabo sin una previa reforma constitucional que así lo determine en razón del artículo constitucional sobre la reserva de ley, que enumera las materias que solamente podrán ser normadas por una ley formal del Congreso Nacional (Art. 141). Como se desarrolla más adelante, la descentralización administrativa atribuye a personas jurídicas de derecho público territoriales o funcionales el desempeño de las competencias previamente establecidas legalmente y reglamentadas en su ejecución por el Presidente de la República. Así, la característica básica de tales competencias es que son establecidas y modificadas exclusivamente por ley formal del Congreso o, por delegación, por el Ejecutivo.

Por otra parte, es obvio que una reforma tributaria no necesariamente debería venir de un parlamento provincial y podría perfectamente expedirse por el Congreso Nacional, a solicitud de la provincia, pero con una evidente disminución de la discrecionalidad local.

Un proyecto de reforma constitucional para habilitar la descentralización que se presentó el año 1999 es el que mejor contempla desde el punto de vista técnico jurídico, los requerimientos constitucionales y legales de la descentralización y autonomía política y administrativa⁴. El esquema de este proyecto, se afirma en su motivación, se ha tomado básicamente del proyecto de reforma constitucional de la comisión llamada de “los notables”, en el Gobierno del Presidente Sixto Durán-Ballén. No obstante, en este proyecto la “normativa” provincial tiene un alcance apenas un poco más que reglamentario. Por otra parte, las propuestas manabitas son bastante amplias, pero no suficientemente concretas. Por ejemplo, se puede aprovechar el ensayo que hacen de enumeración de materias y competencias que se reservan para la legislación provincial o regional. Pero hay confusión política inconveniente cuando se propone un consejo de desarrollo provincial en que se juntan indiscriminadamente miembros de elección provincial, funcionarios del gobierno central y miembros de la sociedad civil (Declaración de Manabí).

Hay otra propuesta que se planteó para introducir en la Ley Fundamental la referencia a una “autonomía territorial”. No obstante, como se ha observado, la mera expresión de una autonomía “territorial”, sin ninguna elaboración, es inconducente sin la referencia explícita en el texto constitucional de sus alcances operativos y principalmente legislativos. Lo mismo se puede decir de la propuesta de la Junta Cívica de Guayaquil y del proyecto del PRE, que consiste esta última en reformar el Art. 224 de la Constitución para añadir la referencia a “comunidades e instituciones autónomas”, sin más.

LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

La descentralización de competencias administrativas

La esencia de la descentralización administrativa es la asignación de competencias del Estado a otras personas jurídicas de derecho público. Estas entidades públicas pueden ser territoriales o funcionales. En consecuencia, se discuten en este apartado tanto las clases de descentralización administrativa como las competencias.

La descentralización territorial

Según la doctrina tradicional, los Estados pueden ser unitarios o federales. Las realidades políticas del siglo xx añaden a esta clasificación: el Estado regional (Italia) y el Estado autonómico (España). La descentralización y la centralización administrativa son opciones de administración principalmente en el Estado unitario. “Se distingue corrientemente la descentralización territorial y la descentralización por servicios (o funcional)”, dice Vedel, “la primera se sustenta en una base geográfica y culmina en la creación de personas jurídicas cuya competencia se determina en relación a un determinado territorio (por ejemplo, la comuna)⁵. En efecto, desde principios del siglo xx Carré de Malberg aclara suficientemente que las figuras de *Selbstverwaltung* (auto-gobierno) y de descentralización administrativa no son aplicables al Estado miembro de un Estado Federal, “porque el Estado miembro no se administra en virtud de leyes o autorizaciones del Estado federal: mas su administración se funda sobre su propia potestad y voluntad. No será necesario entonces hacer intervenir aquí la idea de auto-administración o de descentralización, sino más bien la de autonomía”⁶ - debiendo entenderse autonomía política. Es decir, las figuras de descentralización y autogobierno son aplicables solamente a los Estados unitarios.

En aquel momento de la discusión, en el Derecho Público francés se estudia principalmente las características del gobierno comunal o provincial en sus relaciones con la soberanía estatal. Así, Carré de Malberg, citando a Hauriou, manifiesta que “la posesión de derechos de potestades públicas forma precisamente la característica de las personas administrativas descentralizadas”, y se pregunta más adelante: “¿Cómo es posible que una comuna, una provincia, puedan administrarse ellas mismas con una potestad de dominio, sin que el Estado del cual dependen, pierda por tanto su carácter unitario?”⁷ La respuesta es que “... las facultades municipales provienen, desde el punto de vista de su eficacia en derecho positivo, de la voluntad del Estado que, consagrando esas facultades naturales, las convierte en derechos propiamente dichos”⁸.

La descentralización por servicios o funcional

Establecimientos públicos

La otra clase de descentralización es la llamada de servicios o funcional, que históricamente aparece con posterioridad a la descentralización territorial. Vedel dice que la descentralización funcional tiene una base técnica, que se manifiesta asignando una actividad determinada a una persona jurídica, bajo la forma de establecimiento público (por ejemplo, la Universidad)⁹. El establecimiento público consta en el Código Civil de Andrés Bello como persona jurídica de Derecho Público¹⁰. En esa época, el establecimiento público estaba constituido por hospitales, hospicios y en general casas de beneficencia, mantenidos por el Estado. Por ejemplo, se conoce un informe oficial de 1812 sobre el Hospicio Charendon-Saint-Maurice, cerca de París, a cargo del Ministerio del Interior, donde el célebre marqués de Sade fue condenado a pasar los últimos días de su vida¹¹.

Todos los casos de descentralización consisten en la atribución de competencias determinadas a una persona jurídica diferente que el Estado mismo. Esta persona jurídica puede incluso ser de derecho privado, como se verá inmediatamente.

Los servicios públicos personificados

El desarrollo del servicio público suministra un decidido impulso a la descentralización en el derecho administrativo francés del siglo XIX, como lo manifiesta a comienzos de siglo XX Duguit: "el aumento del número de servicios públicos implica una descentralización cada vez más grande de tales servicios", añadiendo más adelante que "[l]a forma más nueva y al mismo tiempo más progresiva de descentralización es evidentemente la denominada descentralización *funcional* (functionariste). Ella ha recibido un comienzo de aplicación en el servicio público de enseñanza superior por la creación de universidades administradas por los profesores mismos bajo el control de la autoridad superior. Este sistema se extenderá ciertamente en el próximo futuro a diversos servicios públicos de orden técnico"¹². Finalmente, se desarrollan como establecimientos públicos actividades públicas tan variadas como la empresa pública de extracción de carbón mineral (Charbonnages de France), la institución para la economía energética o la ópera de París. "Esta es la razón, afirma Laubadère, por la cual ciertos autores subrayan que el uso del establecimiento público está desprovisto de significación propia. De la calificación de establecimiento público solamente se deduce la existencia de una persona jurídica pública distinta del Estado o de las colectividades territoriales, a la cual se le reconoce una cierta independencia financiera"¹³.

La denominada "crisis" de la noción del servicio público, sobreviene con las realidades del manejo empresarial del Estado que se inicia con las nacionalizaciones inglesas y francesas posteriores a la segunda guerra mundial. La doctrina francesa intentó encajar esta nueva realidad en el antiguo esquema con la denominación de "servicios públicos industriales y comerciales". En todo caso, el surgimiento del Estado empresarial requiere de otras figuras jurídicas para la administración de las unidades productivas, para lo cual se acude a las sociedades anónimas sometidas al derecho privado, pero conservando sus capitales en manos del Estado o en asociación con los particulares, en empresas mixtas.

Las entidades autónomas

Dentro del ámbito del derecho público, para similares efectos, principalmente empresariales del Estado, se acude también a las "entidades autónomas", es decir personas jurídicas de derecho público con presupuesto propio pero que están sujetas a la "tutela" del Estado. Estas figuras son indudablemente también de descentralización administrativa.

La descentralización a entes reguladores

Finalmente, un fenómeno reciente surge en los países de la Unión Europea ultimamente, en coincidencia con una práctica tradicional en los Estados Unidos: "El principio comunitario de separación de funciones de regulación y de explotación de actividades económicas de servicio público impone quitar a los operadores nacionales la actividad de regulación, a favor, frecuentemente, de nuevas instituciones independientes"¹⁴. Garrido Falla denomina este esquema como "la nueva descentralización funcional", señalando su origen en la doctrina alemana, en los "organismos (literalmente, *espacios*) que, estando dentro del Poder Ejecutivo, se encuentran libres de control gubernamental. ... También nuestro ordenamiento positivo, con mayor o menor éxito, se ha preocupado de garantizar una determinada independencia en relación con estas y otras similares enti-

dades. Empero, a mi juicio, el precedente de estas organizaciones independientes está curiosamente en el Derecho anglosajón, ... el origen del Derecho administrativo norteamericano se encuentra precisamente en la creación de las llamadas "Comisiones independientes", la primera de las cuales (Interstate Commerce Commission), surgió en 1887"¹⁵.

La autonomía administrativa de estas comisiones, denominadas "superintendencias" en Ecuador, no significa que ellas no deban estar sometidas a las normas de organización y el control de legalidad del Derecho Público.

De hecho, la mayor o menor autonomía administrativa que significa la descentralización administrativa, tiene su contraparte necesaria en este tipo de controles de legalidad. En efecto, afirma Garrido Falla que el control es precisamente la característica de la persona jurídica de derecho público: "Bastará el examen de la naturaleza de las relaciones o vínculos que le ligan con la Administración pública de que se trate: si estos son de naturaleza jerárquica o de los que la doctrina conoce con el nombre de tutela, estamos en presencia de un ente encuadrado en la organización estatal"¹⁶.

La materia de la descentralización: las competencias administrativas

Al discutir la estructura de los entes públicos, SANDULLI dice que "sus atribuciones —vale decir las tareas que están llamadas a asumir...— se encuentran frecuentemente repartidas ... entre una multiplicidad de centros, caracterizados por la respectiva competencia (vale decir de aquella parte de las atribuciones del ente, ... que son conferidas institucionalmente a cada uno de tales centros) ... Estos centros, que pueden ser uno o más, son los órganos del ente"¹⁷.

En otro trabajo me he referido a la competencia como el conjunto de funciones que un órgano puede ejercer legítimamente¹⁸. Así, el concepto de "competencia" da la medida de las actividades que corresponden a cada órgano administrativo de acuerdo al ordenamiento jurídico. La competencia resulta la aptitud legal de obrar del órgano administrativo¹⁹. Esto lo resume Laubadère diciendo que "[l]a regla de la competencia determina en primer lugar las materias que entran en la esfera propia de cada autoridad"²⁰. Las competencias de las instituciones públicas vienen a ser los límites dentro de los cuales han de moverse las personas jurídicas públicas y los órganos administrativos. Toda atribución de competencia representa al mismo tiempo una autorización y una limitación²¹.

Por la norma de la competencia se determina cuándo la actividad del órgano administrativo puede considerarse adecuadamente actividad de la dependencia o entidad respectiva. Para el establecimiento de la competencia se requiere un examen analítico de las normas, puesto que "no todos los órganos pueden lo mismo, ya que entonces no se justificaría su pluralidad". Cuando no se observan tales criterios se incurre en un vicio legal, que afecta a la validez del acto (el vicio de incompetencia)²².

Se discute en la doctrina si las competencias se asignan solamente por ley formal o si también pueden atribuirse reglamentariamente. La mayor parte de los autores se inclinan por esta última tesis. Mas, la Norma Suprema ecuatoriana determina que solo la Constitución y la ley pueden asignar competencias:

Art. 119.- *Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley (énfasis añadido).*

Esta provisión tiene sus excepciones en las instancias en que la misma Constitución y un par de leyes delegan al Ejecutivo la facultad de atribuir competencias, como por ejemplo, cuando incluye entre las atribuciones y deberes del Presidente de la República "regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva" (Art. 171, 9.), determinar "las materias de su competencia" de los ministerios (Art. 176), además de las funciones contenidas en la Ley de Modernización (Art. 40 de la Ley de Modernización) e incluso la facultad de transferir competencias a las entidades seccionales, por convenio, que la Ley de Descentralización atribuye al Ejecutivo (Arts. 9 y 12, Ley de Descentralización).

No obstante que la denominación de "competencia" es la utilizada por la doctrina del Derecho Público, la legislación ecuatoriana emplea indistintamente una serie de términos en forma equivalente, de manera inapropiada, como son: facultades, funciones, atribuciones, responsabilidades (Arts. 9 y 12 Ley de Descentralización). "La función, dice Garrido Falla, no es sino la consideración de la potestad desde el punto de vista de las atribuciones de un órgano administrativo²³, con lo que concuerda Cassagne, según el cual "[l]a función es, pues, actividad estatal genéricamente considerada"²⁴. Los términos facultad y responsabilidad (así como "deber") son calificaciones de la competencia y se les debe otorgar el significado corriente que tienen en el diccionario. Por otra parte, se considera generalmente que la "atribución" es la asignación de las competencias, aunque en esto no hay concordancia de la doctrina, como lo hace notar Villalva cuando discute la relación entre "funciones" y "atribuciones"²⁵.

En todo caso, para concluir con el tema de las competencias, según el mismo Garrido hay tres tipos de competencias: *...la atribución de competencias puede hacerse de acuerdo con un triple criterio (o, si se prefiere, existen tres clases de competencia): 1) el tipo de función (competencia funcional) que se atribuye al organismo o entidad pública de que se trate (potestad normativa; potestad ejecutiva o de gestión y potestad jurisdiccional); 2) el del tipo de materia que se atribuye al órgano (competencia racione materiae, por ejemplo, obras públicas, aguas, montes, ferrocarriles, etc.); criterio que obviamente es combinable con el anterior; de tal forma que se puede tener en relación con los montes públicos la facultad legislativa (competencia para dictar una Ley de Montes) o, simplemente, la de gestión y administración de dichos montes o aplicación de los preceptos de la ley a los montes privados con la consiguiente intervención administrativa en los mismos; 3) en fin, el del territorio (competencia territorial) dentro del cual se ejercita la competencia atribuida²⁶.*

Sobre este mismo tema, Real dice que "las funciones institucionales son el conjunto de actividades que basadas en una norma jurídica, deben ser ejecutadas por un órgano jurídico-institucional determinado, como son la formulación de disposiciones y actos administrativos, la planificación, la programación, la ejecución de proyectos, la supervisión central; y, la aplicación de sanción, entre otras". En

consecuencia, divide las "funciones administrativas institucionales" en: política, operativa, control y auditoría, y jurisdiccional²⁷.

En mi trabajo sobre la "Gestión Pública Ambiental" hice un ensayo sobre componentes de la gestión del Estado, de los que se pueden desglosar: políticas, planeación y financiamiento, normativa, estructuración institucional, potestad reglamentaria y potestad regulatoria, administración, manejo y operación, seguimiento y control, y sanción y jurisdicción²⁸.

La importancia que revisten estas clasificaciones es que permiten aclarar las aparentes confusiones en la descentralización administrativa, puesto que en ocasiones se transfieren algunos componentes y no otros, que se retiene el Estado. Lo mismo ocurre en la descentralización política, cuando se atribuye a la comunidad autónoma la potestad legislativa sobre algunos aspectos de una competencia y no sobre otros. Por ejemplo, existen múltiples instancias donde la Constitución española reserva para el Estado la expedición de la "normativa básica" sobre una materia, encomendando a la comunidad la legislación de desarrollo de esa materia.

CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN EN LA HISTORIA DEL ECUADOR

El término "descentralización" no es una novedad en la doctrina del Derecho Público ecuatoriano. El publicista ecuatoriano Matovelle distinguía en la segunda mitad del siglo xix:

...centralización. Se designa con esta palabra aquel sistema de administración en que el manejo de todos los intereses y negocios sociales, está confiado únicamente al jefe del gobierno, de cuya voluntad dependen todos los demás agentes de la administración.

Descentralización, es el sistema opuesto al anterior, es decir, aquel en que los negocios propios de las diversas localidades, se administran por sus autoridades especiales, dependiendo éstas de la superior, nada más que en cuestiones nacionales²⁹.

Desde ese punto de vista se podría decir que desde el siglo xix existió la descentralización en el Ecuador. Basta por ejemplo, revisar las sucesivas leyes de "Régimen Administrativo Interior", donde el Gobernador provincial ostenta amplias facultades, incluyendo el mando militar, lo que resulta absolutamente necesario en una época de grandes dificultades para el transporte y la comunicación entre las Capital de la República y las capitales provinciales. No obstante, desde el punto de vista de la doctrina actual, en realidad las competencias que las leyes de régimen administrativo interior asignaban al Gobernador no son una descentralización sino una *desconcentración*, que, al decir de VEDEL es "una técnica de organización que consiste en trasladar importantes poderes de decisión a los agentes del poder central ubicados a la cabeza de las diversas circunscripciones administrativas o de los diversos servicios"³⁰, mientras que, como se ha visto, la descentralización transfirió las competencias a otras entidades públicas.

Otra clase de "descentralización" que siempre existió en la República ecuatoriana es la recaudación local y directa de rentas específicas para obras y fines determinados por parte de "juntas" y otras unidades administrativas locales.

En mi reciente monografía sobre la "Administración Pública ecuatoriana en el siglo xx", cito el ejemplo siguiente:

Tómese el caso de la "Junta Especial de Saneamiento de Guayaquil", que percibía rentas diversas, unas recaudadas por el Tesorero municipal o pagados a la Junta directamente por "los representantes o agentes vendedores residentes en Guayaquil, de fábricas, compañías o casas de comercio del exterior que efectuaren ventas por cuenta de ellas"; por los despachos oficiales de telegrafos del recargo del cincuenta por ciento sobre las tarifas ordinarias por telegramas enviados desde Guayaquil, que se entregarán mensualmente; por los "Agentes o Representantes de Compañías o Empresas extranjeras de navegación ... por cada buque que saliera de Guayaquil"; por los seguros marítimos; por "embarcaciones cargadas"; por "empresas de tranvías"; por adicionales sobre derechos de importación de la Aduana de Guayaquil "y que el Colector de la misma, bajo su responsabilidad personal y pecuniaria, entregará diariamente a la Junta Especial de Saneamiento";

Aunque estas "juntas" no tenían propiamente personalidad jurídica asignada por ley, se manejaban con autonomía suficiente para considerarla una especie de descentralización. Pero en un país como el Ecuador de aquella época sin políticas públicas formalmente expresadas ni una planificación de actividades, y con transportes y telecomunicaciones incipientes, más que una verdadera descentralización tal manejo constituía una verdadera dispersión de las potestades y de los fondos estatales. Así, se puede distinguir en la historia jurídica del Ecuador, especialmente durante el siglo xx, un sucesivo ciclo de centralización y de dispersión. La "Ley de Centralización de Rentas" de 1908, afirmaba en su considerando que "el abuso de la Descentralización de Rentas es la causa principal del desequilibrio del Erario, lo que origina un continuo descrédito del Gobierno". En todo caso se dispone que las asignaciones legalmente establecidas en el presupuesto se calculen en cantidades de suces y no como cuotas de rentas. Larrea critica esta dispersión "del ramo fiscal, en el que se multiplican los impuestos locales y con destino preciso para ciertas obras de interés reducido"³³. Asimismo dice sobre el desarrollo de la administración pública de comienzos del siglo xx:

*Proliferaron las Juntas, Comités, Institutos, Consejos, Centros, Ligas, Oficinas, Programas, Cámaras, etc., y demás formas de dispersión administrativa, con sus consecuencias de crecimiento desmedido de la burocracia, de poco control y muchos abusos*³⁴.

La obra política del cinco veces Presidente de la República, J.M. Velasco I. estuvo principalmente orientada a una centralización política y administrativa del país, básicamente administrativa. Este Presidente, por ejemplo, en los años cincuenta vetaba la creación de una "Junta de Fomento" en los términos siguientes:

... esta serie de entidades autónomas que arrebatan al Poder Ejecutivo sus facultades legales, van creando en el País la anarquía, la confusión de facultades y van socavando el concepto de Autoridad con gravísimo daño para la República;

Esta dispersión de fondos entregados a entidades autónomas perfectamente irresponsables es un desperdicio de los pocos dineros fiscales que tiene el País y que deberían

*ser empleados por la respectiva autoridad legal y constitucional sin duplicar actividades*³⁵.

La dictadura militar de comienzos de los años sesenta concluye este esfuerzo centralizador con la supresión de cerca de 1.700 impuestos locales que se unifican en un fondo de donde se realizan los repartos a los diferentes municipios, que es el sistema que con modificaciones existe hasta la fecha. El inconveniente creciente de este sistema es que las permanentes penurias fiscales y los diferentes modos como los sucesivos gobiernos incurren en gastos extrasupuestarios, impiden hacer la transferencia oportuna de los fondos que legítimamente pertenecen a las entidades seccionales. Asimismo, este reparto se realiza en función de clientelismo político, por lo que fondos que se adeudan legalmente a las municipalidades y consejos provinciales se utilizan por el Ejecutivo para presionar y para compensar favores políticos de los diferentes partidos.

En esta etapa de la historia del Ecuador en los albores del siglo xxi, se ha considerado que resultan suficientemente claros los parámetros de los objetivos nacionales y las competencias establecidas en las diferentes leyes, lo que permitiría que, sin desmedro del manejo unitario del Estado, las provincias y las regiones cumplan con las metas de corto, mediano y largo plazo, en forma directa y recaudando y manejando por sí solas un porcentaje de los recursos fiscales de índole nacional generados localmente. Para esto se requiere no solamente que se traspasen competencias a las provincias y regiones, sino que también se les atribuya la potestad de crear, establecer y definir las competencias mismas a través de las correspondientes leyes y sus reglamentaciones. Esta última cuestión se la tratará más adelante.

LA AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO ECUATORIANO Y EN LA DOCTRINA

Las entidades autónomas en el Derecho Público ecuatoriano

Las entidades autónomas en general

El concepto de descentralización administrativa está ligado íntimamente al de autonomía administrativa. La figura de la autonomía administrativa está suficientemente desarrollada en el Derecho Público ecuatoriano y consiste en la característica de una entidad pública a la cual se han descentralizado competencias determinadas expresamente en una ley, sometida a la tutela del Gobierno central, con objetivos que pueden ser de formulación y de implementación de políticas públicas, ejecución de obras y prestación de servicios, que realizan su propio manejo de personal, presupuestario y contractual. Su presupuesto es diferente del presupuesto general del Estado. El Ejecutivo no ejerce un poder de jerarquía sino de "tutela" sobre estas entidades públicas, principalmente a través de su directorio institucional, en la supervisión de sus actividades. Adicionalmente, la autonomía no exime a la entidad pública autónoma de la sujeción a las normas constitucionales y jurídicas nacionales y a los controles de legalidad ejercido por organismos especializados de control del Estado. Asimismo, sus personas son designados por el Ejecutivo o por el Congreso, o por ambos conjuntamente en los casos de ciertos organismos y por los directorios en las entidades que for-

man parte de la llamada descentralización institucional, y por tanto sujetos a los controles políticos correspondientes. Finalmente, la expresión de sus actividades se manifiesta a través de "actos administrativos", sometidos al control judicial de su legalidad. El texto constitucional vigente determina que "[l]os 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 determina la ley"³⁶. El hecho de ostentar personalidad jurídica y por lo tanto manejar su propio presupuesto, es suficiente para considerar que todas las entidades públicas diferentes del Estado tienen mayor o menor autonomía administrativa, aunque su ley de creación no los califique como "autónomos". Sin embargo, las entidades públicas consideradas autónomas por la Constitución y por sus leyes de origen gozan generalizadamente de mayor autonomía que las demás entidades públicas.

Entidades autónomas contempladas en los textos constitucionales y legales

La Constitución vigente alude a entidades autónomas del sistema nacional de salud (Art. 45), el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (Art. 58), la Casa de la Cultura (Art. 65), las universidades y escuelas politécnicas (Art. 75), la Defensoría del Pueblo (Art. 96), la Contraloría General del Estado (Art. 211), el Tribunal Supremo Electoral (Art. 209), la Procuraduría General del Estado (Art. 214), el Ministerio Público (Art. 217), la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (Art. 220), superintendencias (Art. 222), los gobiernos seccionales autónomos (Arts. 228-237), el Fondo de Solidaridad (Art. 250), entidades autónomas de regulación del transporte terrestre, aéreo y acuático y de las actividades aeroportuarias y portuarias (Art. 252), el Banco Central del Ecuador (Art. 261) y el Registro Oficial (Disposición transitoria cuadragésima tercera).

En el texto constitucional anterior a la reforma y codificación vigente, constaba una enumeración ejemplificativa de entidades a las cuales se garantizaba la autonomía de:

*... los consejos provinciales, concejos municipales, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Banco Central del Ecuador, Banco Nacional de Fomento, Juntas de Beneficencia, Corporación Financiera Nacional, Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Banco del Estado, del Tribunal Supremo Electoral, la Procuraduría General del Estado, el Ministerio Público, las corporaciones de fomento económico regional y provincial, los organismos de control y las universidades y escuelas politécnicas*³⁷.

Finalmente, el Art. 17 de la Ley de Modernización enumera las entidades que no pueden ser reorganizadas por el Ejecutivo, sino solamente por una ley formal:

... se exceptúan de lo dispuesto en este artículo las entidades cuya autonomía se garantiza en ... la Constitución Política de la República, Petroecuador y sus filiales, el Instituto Ecuatoriano de Electrificación, INECEL, la Empresa Estatal de Telecomunicaciones (EMETEL) y la Superintendencia de Telecomunicaciones, cuyos deberes y atribuciones se mantendrán como constan en sus respectivas leyes, de acuerdo con las cuales podrán ser sujetos de procesos de reorganización que garanticen su eficiencia

Este texto legal solamente añade Petroecuador y sus filiales a la lista anterior, donde ya constan las superintendencias, mientras tanto EMETEL como INECEL han sido

suprimidas por ley. Estas entidades, además de otras a las que se asigna la calidad de autónomas en sus leyes de origen, como por ejemplo INIAP³⁸, etc., ostentan diferentes clases de autonomía. En primer lugar cabe distinguir dentro de ellas a las entidades del régimen seccional autónomo, donde se produce el "autogobierno" propiamente dicho, que Entrena Cuesta prefiere llamar "democracia"³⁹, en cuanto sus autoridades son elegidas por la voluntad de las poblaciones de sus respectivos ámbitos regionales. Asimismo, poseen una limitada potestad legislativa para normar a través de "ordenanzas" en forma generalmente obligatoria en materias tributarias locales y ciertas otras materias determinadas en sus leyes respectivas de organización, así como aprueban sus presupuestos sin revisión ni aprobación de ningún otro órgano estatal. La Constitución⁴⁰ y la Ley de Descentralización⁴¹ facultan al Ejecutivo para transferir definitivamente a las entidades seccionales autónomas competencias sobre materias enumeradas, a través de la suscripción de convenios. En contraparte, deben rendir cuentas de su gestión⁴², pero en los términos y alcances determinados en forma expresa a la ley. Por ejemplo, están sujetas a las leyes Orgánica de Administración Financiera y Control y de Contratación Pública, pero pueden establecer su propio régimen de personal.

La segunda clase de entidades autónomas son los llamados "organismos de control" por la Constitución: Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado, Ministerio Público, Comisión de Control Cívico de la Corrupción y las superintendencias⁴³. Algunas de ellas, principalmente las superintendencias, tienen su propio régimen de personal y de contratación, dictado por el Ejecutivo, pero otros se sujetan a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y a la Ley de Contratación Pública. Los presupuestos de estas entidades son aprobados por el Directorio del Banco Central o por el Presidente de la República, conforme lo determinado en la Ley⁴⁴. Las máximas autoridades de estos organismos son nombradas por el Congreso o por el Ejecutivo, o por ambos conjuntamente. En esta clase de entidades autónomas también se deberían incluir otras mencionadas en la Constitución como el Tribunal Supremo Electoral, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y las universidades y escuelas politécnicas, también con amplio margen de autonomía, aunque solamente las universidades y escuelas politécnicas, de todas las nombradas en este grupo, designan a sus propias autoridades y aprueban sus presupuestos propios, sin participación externa.

Finalmente, existen las entidades que conforman la denominada administración pública institucional⁴⁵, algunas de las cuales sus leyes de origen y otras leyes les atribuyen la calidad de "autónomas", como Petroecuador, por ejemplo. Todas ellas están sometidas a un Directorio, con amplias potestades de supervisión, cuyos miembros son designados en forma mayoritaria por el Ejecutivo o por sus órganos dependientes. El Congreso no tiene ingerencia en estas designaciones. La mayor o menor amplitud de su autonomía está determinada por sus propias leyes, sin que la mera expresión de que una entidad es "autónoma" derive algún efecto de esa misma expresión ni nada que no esté autorizado en forma expresa en la normativa legal correspondiente. En el caso de Petroecuador, su ley de creación determina que tendrá su propio régimen de con-

trataciones, aprobado por el Presidente de la República, y de personal, pero su presupuesto es aprobado por el Congreso Nacional como las demás entidades de la administración pública institucional, con excepción de las llamadas entidades financieras (Banco del Estado, Banco de Fomento, Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, Fondo de Solidaridad, etc.), cuyos presupuestos son aprobados por el Directorio del Banco Central, conforme lo determinado en la Ley de Regulación y Control del Gasto Público.

La autonomía y la autarquía en la doctrina y en la legislación comparada

En este tema de los conceptos del Derecho Administrativo, como en otras ramas jurídicas, hay que tener presente la observación de Giannini al referirse a la "autonomía" y a la "autarquía": "Tenemos aquí dos vocablos inventados por la doctrina, de los cuales casi todos los autores quieren 'precisar' el sentido. La realidad es que tratándose de nociones abstractas, se hace mucha espesura de cuestiones puramente abstractas; siendo aquí necesario considerar la sustancia, que a veces es algo más bien simple"⁴⁶.

La mayoría de los autores atribuye a la autonomía una connotación política de autorregulación, reservando el término "autarquía" para el ejercicio de la mayor o menor descentralización administrativa. En otro trabajo, arriba citado, he planteado este tema en los siguientes términos: Casagne dice que

...la distinción entre 'autonomía' y 'autarquía' vincúlase con las dos formas de descentralización conocidas: la política y la administrativa. En su acepción etimológica, la autonomía constituye una forma superior de descentralización política en cuanto traduce el reconocimiento a la entidad autónoma de la facultad de darse sus propias normas fundamentales e implica una potestad normativa originaria. La autarquía consiste en la atribución que tienen las personas públicas estatales de administrarse por sí mismas, lo cual no es óbice para que, en sentido lato, se consideren las mismas como componentes del Estado. Es un concepto eminentemente administrativo⁴⁷.

En concordancia con este autor, Giannini dice que "así como la legislación se prolonga en entes con autonomía normativa diversos que el Estado, así la administración (actividad) en igual modo se prolonga con la autarquía"⁴⁸.

Esta distinción entre "autonomía" y autarquía" es absolutamente necesaria en España, en vista del proceso autonómico de ese país, donde la autonomía se entiende principalmente en su acepción de "autonomía política". En su obra sobre el Estado autonómico, el autor español Ferrando Badía establece la distinción entre autarquía y autonomía diciendo que "mientras la primera se caracteriza por el ejercicio de la potestad reglamentaria, la autonomía se caracteriza por el ejercicio de la potestad legislativa"⁴⁹. Pero ni siquiera en España, la distinción entre ambos términos se encuentra plenamente establecida, puesto que la vigente Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, reformada por la Ley General Presupuestaria (texto refundido de 1988) se refiere a los "organismos autónomos", definidos como: "entidades de Derecho público creadas por la Ley, con personalidad jurídica y patrimonios propios, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente en régimen de descentralización la organización y administración de algún servicio público y de los fondos

adsritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado, ya sean patrimoniales o de dominio público" (art. 2), que es una definición que guarda concordancia con la utilización del término de autonomía en el Derecho Público ecuatoriano. En cambio, el vocablo autarquía no se utiliza en la terminología administrativa ecuatoriana⁵⁰.

Pero los autores citados se quedan cortos en su definición de autonomía, especialmente cuando en forma generalizada dicen que es la potestad para dictar su normativa propia. Por lo menos en el Ecuador, esta no es una característica que pueda servir para diferenciar estas entidades públicas de otras no llamadas "autónomas". En primer lugar, los ministerios, que son dependencias y no entidades, están autorizados para dictar "las normas, acuerdos y resoluciones que requiera la gestión ministerial", sin que eso los convierta en autónomos.

Claro que hay que convenir que ellos actúan en representación del Presidente de la República. Por otra parte, todas las entidades públicas, sean o no calificadas legalmente como autónomas, dictan su propia normativa interna, como son reglamentos orgánicos funcionales, de personal, de contratación, etc. Existen entidades que sí expiden normativa que se aplica más allá del ámbito interno institucional: las municipalidades y consejos provinciales dictan ordenanzas sobre materias legalmente adjudicadas, que establecen mandatos generalmente obligatorios sobre los habitantes del territorio; la Contraloría dicta "regulaciones de carácter general para el cumplimiento de sus funciones" (Art. 211 de la Constitución); el directorio del Banco Central expide "regulación con fuerza generalmente obligatoria" (Art. 263 de la Constitución). Pero otras entidades consideradas también autónomas limitan su normativa al régimen interno institucional. En consecuencia, parece más acertado el análisis de Entrena que incluye la posibilidad de dictar normas como uno de los sentidos del término autonomía, pero que también describe otros dos sentidos: la propiedad de los entes administrativos menores de constituir su propio ordenamiento, que solo podrán ser normas internas; en la otra acepción, define la autonomía como "capacidad general de autodeterminación"⁵¹ que es una característica que refleja más adecuadamente propiedades que en mayor o menor grado ostentan las entidades públicas consideradas "autónomas" por el Derecho Público ecuatoriano.

LA POTESTAD LEGISLATIVA COMO ESENCIA DE LA DESCENTRALIZACIÓN Y LA AUTONOMÍA POLÍTICA

¿En qué consiste la autonomía política?

Una vez esclarecido el alcance puramente administrativo que tienen en el derecho positivo ecuatoriano los términos de descentralización y de autonomía, cabe examinar la descentralización y la autonomía de índole política. Será útil recordar que la característica de la descentralización administrativa consiste en la transferencia que el Estado hace de competencias propias, atribuyéndolas a personas jurídicas de derecho público —entidades públicas— para cuyo ejercicio les concede grados variables de autodeterminación.

Para expresarlo simplemente, la autonomía política consiste en "determinar su competencia, exclusivamente

en virtud de su voluntad, es decir de fijar libremente por sí mismo las tareas que desea cumplir". Así, la autonomía política se puede definir como "la competencia de la competencia", en palabras de CARRE DE MALBERG⁵² de Malberg. Debe aclararse, no obstante, que, a comienzos del siglo xx, cuando este publicista hacía tal afirmación, solo había tres realidades estatales: el Estado unitario, el Estado federal y la confederación de Estados; aunque ésta no puede considerarse propiamente un Estado. El Estado regional italiano surge recién en 1941 y el Estado de las autonomías español se concreta en la Constitución de 1978, aunque con antecedentes en la Constitución de 1931. En efecto, el autor francés citado se estaba refiriendo a la potestad estatal, sea ésta del Estado unitario o del Estado federal, pero también de los estados miembros de este último⁵³.

¿Reparto de competencias o reparto del poder?

Pero no se debe confundir este reparto de competencias con una "división del poder" como se ha afirmado equivocadamente: no se trata de "una reasignación de los poderes del Estado", ni es apropiado decir que "a la clásica división de las funciones judicial, ejecutiva y legislativa, la descentralización añade la división del poder entre niveles de gobierno"⁵⁴. La potestad estatal es una sola pero se puede decir que existe un poder legislativo, un poder gubernativo, un poder jurisdiccional, etc. poderes que no pueden dividirse en absoluto. Sí existe, en cambio, una división de funciones que ejercen uno o más poderes en forma predominante. Así, la función judicial ejerce el poder jurisdiccional pero este poder es ejercido también por el Tribunal Constitucional —que no es parte de la función judicial— y por la función legislativa. Esto lo ha explicado oportunamente Carré de Malberg: "... la limitación de la potestad estatal en cuanto a los objetos sobre los cuales se puede ejercer, no implica absolutamente una división de la potestad en sí. ... La verdad es que el Estado posee una potestad completa desde que conserva íntegramente las diversas funciones del poder ... Si uno de estos tres poderes existiera solo en beneficio de una sola colectividad, entonces sería verdad decir que esta colectividad no posee más que un fragmento de la potestad estatal. ... Sin duda, existe reparto de competencias..."⁵⁵.

Diferencia principal entre federalismo y autonomía

Ahora bien, es el momento de afirmar que la distinción entre el Estado federal y el Estado (unitario) regional italiano y el Estado (unitario) de las autonomías español, se sustenta más en su origen que en los mayores o menores poderes que puedan ostentar los Estados miembros del Estado federal o las regiones y comunidades autónomas. El Estado federal se origina en la voluntad de Estados soberanos de unirse en una federación, acordando la soberanía y determinadas potestades a ese Estado federal. En efecto, se afirmó del término "autonomía" que su mera enunciación no le atribuye por sí misma características específicas a la entidad así calificada, sino que esas características deben provenir del contenido de su ley de creación. Asimismo, la expresión genérica de estado miembro de un Estado federal, no significa forzosamente que tal estado miembro ostentará las mismas facultades que un estado de los Estados Unidos de América, de la República Federal Alemana o de los Estados Unidos de Brasil, sino que necesariamente habrá que estudiar las constituciones respectivas para establecerlo con certeza. Por eso dice acertadamente Carré de

Malberg que "[e]s cierto que puede existir de hecho mayor descentralización en un Estado unitario que en un estado federativo"⁵⁶.

El federalismo en la historia del Ecuador

Por eso, en el Ecuador contemporáneo resultaría anacrónico el establecimiento de un Estado federal, puesto que por definición un Estado federal se constituye a base de la unión de Estados soberanos que se reúnen y ceden parte de sus competencias al Estado federal. Sí hubiera sido apropiado, por lo menos doctrinalmente hablando, que Guayaquil se integre a Colombia en 1824 como un estado miembro de un Estado federal. Recuérdese que entre el 9 de octubre de 1820 y el 24 de mayo de 1822, Guayaquil fue materialmente—a falta de declaración formal— un Estado soberano, es decir no estuvo sujeto a la Corona española ni a ningún otro Estado. En cuanto a su territorio, estaba compuesto por toda la Costa ecuatoriana, con la excepción de Esmeraldas y su población era de alrededor de 70.000 habitantes. De esta época dice Luis Alberto Sánchez: "Guayaquil titubea sobre su futuro destino; además hay muchos que preferirían verla convertida en ciudad-libre, como las hanseáticas"⁵⁷. En la misma línea de pensamiento, debe citarse la primera Constitución del Ecuador⁵⁸, que se autodenomina "Constitución del Estado del Ecuador en la República de Colombia" y su Art. 2 que declara: "El Estado del Ecuador se une i confedera con los demás Estados de Colombia para formar una sola nación con el nombre de REPÚBLICA DE COLOMBIA"⁵⁹. Por otra parte, la otra opción es de establecer el Ecuador no como un Estado unitario sino como un Estado federal: "La tentación del federalismo debió ser grande, tanto por los numerosos ejemplos de países americanos, como por el aislamiento geográfico de varios sectores de la patria"⁶⁰. Sobre otras épocas en que se ha contemplado la opción federal, este mismo autor dice:

Sí se han producido movimientos jurídicos tendientes a una mayor descentralización y en algunos casos éstos han lindado con un larvado federalismo, como sucedió en 1835 y en 1861, al establecer las Constituciones la elección de ternas presentadas por asambleas locales para el nombramiento de Gobernadores y hasta de Jefes Políticos cantonales. Este sistema, dos veces ensayado con pésimos resultados, debilitaba excesivamente el Gobierno central, politizaba exageradamente a los pueblos y no contribuía a la unidad sino a la disgregación nacional.

Las graves crisis políticas, sobre todo las de 1859 y de 1883 produjeron también el fenómeno del establecimiento de gobiernos locales, pero estos tuvieron carácter esencialmente transitorio, hasta superar las situaciones anárquicas, y no pretendieron consolidar una descentralización total del poder político⁶¹.

También dice este jurista que "Alfaro tenía ideas federalistas, pero desde que estuvo en el poder gobernó con sentido de unidad nacional y con un centralismo más acentuado que en períodos anteriores"⁶².

El Estado autonómico español y las propuestas ecuatorianas

La actualización del debate sobre la descentralización en todo el mundo desde la década de los ochenta, apunta principalmente a la descentralización administrativa. En Francia se ha visualizado como "el problema fundamental de la descentralización" "[l]a repartición de competencias

entre diferentes niveles de colectividades y de la administración". Son indudablemente interesantes las experiencias del federalismo alemán y belga, así como otras experiencias europeas⁶³. Pero en el Ecuador la experiencia y el modelo autonómico español son los que han despertado mayor interés y expectativas. Así, por ejemplo, el proyecto sobre la organización territorial del Estado en comunidades o regiones autónomas, presentado a mediados de 1991 por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Guayaquil, fue "inspirado en la legislación española"⁶⁴. El artículo sobre competencias copia literalmente el texto respectivo de la Constitución española de 1978. Pero tanto este proyecto de descentralización cuanto los esquemas diseñados con posterioridad no avanzan hacia la esencia de la verdadera autonomía, cual es, como se ha visto, el asumir "la competencia de la competencia", lo cual solamente es posible en el momento en que las provincias o regiones autónomas asumen la potestad legislativa que les permite formular y definir las competencias. Las variadas referencias en el texto constitucional ecuatoriano reformado y codificado en 1998 consideran exclusivamente la descentralización administrativa consistente en una transferencia de competencias a las entidades del régimen seccional autónomo, en la línea de la Ley de Descentralización de 1997, forma de descentralización que permanece mayormente inaplicada hasta la fecha. Una de las razones para esta falta de aplicación de la Ley es que se sustenta en un esquema que necesita del acuerdo de la Administración Pública acerca de los temas y del alcance de la descentralización y por lo tanto se sustenta en la voluntariedad del Ejecutivo.

Conclusión: las opciones del ejercicio legislativo de las comunidades autónomas

Por otra parte, el sistema español permite a la Comunidad autónoma asumir la potestad legislativa para expedir normas con rango de ley del Congreso en materias determinadas en el Art. 148 de la Constitución española, las que pertenecerán en forma exclusiva a la Comunidad autónoma, lo que se deberá concretar en el Estatuto correspondiente. Asimismo, se definen las competencias que permanecen como exclusivas del Estado (Art. 149 de la Constitución). Sin esta potestad legislativa, es decir sin la atribución de "la competencia de la competencia" no existe una verdadera descentralización política ni autonomía política. Pero, además, algunas de estas competencias comprenden la expedición de la normativa básica o las bases generales, que autorizan a las comunidades autónomas a expedir la legislación de desarrollo en estas materias reservadas al Estado, encuadradas en la legislación básica o de bases generales dictadas por las Cortes. Sobre estas materias reservadas al Estado todavía es posible para las Cortes el disponer la delegación legislativa a favor de las Comunidades autónomas, que permite a éstas expedir normas con rango de ley sobre las indicadas materias. Finalmente, también es posible que el Estado transfiera o delegue a las Comunidades, mediante ley orgánica, "facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado" (Art. 150 de la Constitución española).

NOTAS

1. DE 2224. Expídesse la "Organización del Régimen Institucional de Aguas". Suplemento RO 558 del 28 de octubre de 1994.
2. L. Ley Especial de Distribución del 15% del Presupuesto del Gobierno Central para los Gobiernos Seccionales. RO 27 del 20 de marzo de 1997; L. 27. Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social. RO 169 del 8 de octubre de 1997.
3. Mata Espinel, Humberto. "Proyecto de autonomías provinciales ecuatorianas", en: Francisco Muñoz J. (Compilador). Descentralización. Tramasocial. Quito, 1999. pp. 187 y 190; 183-201.
4. Proyecto presentado por el Dip. Raúl Gómez, del Partido Social Cristiano.
5. Vedel, Georges y Pierre Devolvé. Droit Administratif (12a. ed. actualizada). Presses Universitaires de France. París, 1992. T. 2, p. 399.
6. Carré de Malberg, R. Contribution à la Théorie Générale de l'État (Sirey, 1920). Reimpresión del CNRS. París, 1962. T. I, pp. 170-171.
7. Ibid. p. 179.
8. Ibid. p. 186.
9. Vedel. Ob. cit. p. 399.
10. Código Civil del Ecuador. Art. 585: "... corporaciones de derecho público, como ... los establecimientos que se costean con fondos del erario".
11. "Notice sur l'hospice de Charenton" de Hippolyte de Colins (1812). En: Sade, Marquis de. Journal Inedit, con un apéndice de Hippolyte de Colins. Gallimard. París, 1970.
12. Duguit, Léon. Traité de Droit Constitutionnel (3a. ed., 1928). Fontemoing & Cie. París, 1927. T. II, p. 66.
13. Laubadère, André de; Jean-Claude Venezia; y Yves Gaudamet. Traité de Droit Administratif. (12a ed.). LGDJ. París, 1992. T. I, p. 238.
14. Cohen-Tanugi, Laurent. La Métamorphose de la Démocratie Française. Gallimard. París, 1993. p. 53-54.

NOTAS

15. Garrido Falla, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Tecnos. Madrid, 1994. V. I, p. 348.
 16. Ibid. p. 332-333
 17. Sandulli, Aldo. Manuale di Diritto Amministrativo. Jovene editore. Nápoles, 1989. Tomo 1, p. 215.
 18. Cf. estos dos párrafos: Efraín Pérez. El Poder Ejecutivo (Reimpresión Marzo 2000) Ediciones Estade. Quito, 1999. pp. 34-35.
 19. Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Macchi. Buenos Aires, 1986. Tomo 1, p. IX-8.
 20. Laubadère. Ob. cit. T. I. p. 597.
 21. Díez, Manuel María. Derecho Administrativo. Plus Ultra. Buenos Aires, 1974. T. II, p. 36.
 22. García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. (Reimpresión de la cuarta edición). Madrid, 1986. T. I. pp. 509-510.
 23. Garrido. Ob. cit. T. I, p. 393.
 24. Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1996. T. I, p. 116.
 25. Villalva, Wladimiro. "La Facultad del Tribunal Constitucional para Dirimir la Competencia". Textos elaborados para el curso: Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia. Separata. Quito, 1999. p. 43.
 26. Garrido. Ob. cit. T. I, p. 276.
 27. Real, Byron. Descentralización y Participación Social. INEFÁN-GTZ. Abya-Yala. Quito, 1999. pp. 47-48.
 28. Cf. Pérez. Gestión Pública Ambiental. Unama-BID-CONADE. Quito, 1997.
 29. Matovelle, José Julio María. "Principios Generales de Ciencia Administrativa". En: Obras Completas. (Edición de Juan Chacón Zh.). Cuenca, 1980. T. IV Ciencias Políticas, pp. 539-540.
 30. Vedel. Ob. cit. T. 2, p. 398.
 31. DL. Rentas para la Junta de Saneamiento de Guayaquil. RO 60 del 13 de noviembre de 1924. Anuario de la Legislación Ecuatoriana. 1924. Publicación Oficial del Archivo del Poder Legislativo. Quito, 1925. pp. 144-147.
 32. Ley que establece la Centralización de Rentas. RO 805 del 7 de noviembre de 1908.
 33. Larrea Holguín. Juan I. "El Espíritu jurídico de la República (de 1895 a nuestros días)". En: Historia del Ecuador. Salvat. 1982. V. 7, p. 116.
 34. Ibid. p. 116.
 35. DL. Se crea la Junta de Fomento del Archipiélago de Colón. Objetado por el Ejecutivo. RO 984, del 1 de diciembre de 1955.
 36. Art. 196.
 37. Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador. RO 2 del 13 de febrero de 1997. Art. 76.
 38. L. 165. Ley Constitutiva del Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias (INIAP). RO 984 del 22 de julio de 1992.
 39. Entrena Cuesta, Rafael. Curso de Derecho Administrativo (9a. edición). Tecnos. Madrid, 1988. V. I/2. p. 45.
 40. Arts. 225 y 226.
 41. Arts. 9 y 12.
 42. Art. 237 de la Constitución.
 43. Título X de la Constitución, Arts. 211-223.
 44. L. 122. Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público. RO 453 del 17 de marzo de 1983, con reformas.
 45. DE. 1634. Expídese el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. RO 411 del 31 de marzo de 1994. Art. 7: "La Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de Derecho Público creadas por Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les he encargado la organización y funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad.
- En forma expresa deberá indicarse su organización y el Ministerio o el ente seccional autónomo al cual quedan adscritas, el que ejercerá la tutela administrativa pertinente, el control financiero y decisonal, sin perjuicio de la autonomía operativa de la entidad y otros controles pertinentes".

NOTAS

46. Giannini, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo* (3a. edición). Giuffrè editore. 1993. pp. 221-222.
47. Cassagne. Ob. cit. (1996). p. 251.
48. Giannini. Ob. cit. V. I, p. 223.
49. Ferrando Badía, Juan Fernando. *El Estado Unitario, el Federal y el Estado Autonomico*. Tecnos. Madrid, 1986. p. 177.
50. Pérez. Ob. cit. pp. 132-133.
51. Entrena. Ob. cit. V. I/2. pp. 42-43.
52. Carré de Malberg. Ob. cit. T. I, p. 176.
53. Esta potestad es denominada "soberanía" por Carré de Malberg aunque él reconoce que es una denominación aplicable solamente en Francia —y añadamos nosotros, de Francia de su época. En todo caso atribuye a cualquier Estado, sea o no "soberano" esta "competencia de la competencia". En la actualidad se acepta generalizadamente que la soberanía es el poder del Estado manifestado hacia el exterior del Estado, mientras que hacia su interior se manifiesta como la "potestad estatal".
54. León, Jorge. "La Descentralización y el Sistema Político". En: Francisco Muñoz (Editor). *Descentralización*. Tramasocial. Quito, 1999. pp. 146-147.
55. Carré de Malberg. Ob. cit. T. I, p.142.
56. *Ibid.* p. 172.
57. Luis Alberto Sánchez. "José Joaquín de Olmedo", en *Escritores Representativos de América*. Primera Serie (3a. edición). Gredos. Madrid, 1971. T. I, p. 186.
58. A la Constitución de 1812 se la llama acertadamente "Constitución Quiteña". Cf. Ramiro Borja y Borja. *La Constitución Quiteña de 1812*. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1962.
59. *Primer Registro Auténtico Nacional*. Imprenta de Gobierno. Quito, 1840. T. 1°, p. 19.
60. Larrea Holguín, Juan I. "La Constitución de 1830 y su Influencia en la Formación de la Nacionalidad". En *Índice de la Legislación Ecuatoriana. 1822-1985*. Corporación de Estudios y Publicaciones. s/f. V. I, p. 6.
61. *Ibid.* pp. 6-7.
62. Larrea Holguín. Ob. cit. (1982). p. 111.
63. Greffe, Xavier. *La décentralisation*. La Découverte. París, 1992. pp. 32, 42 y 43.
64. Coronel Jones, César. "Centralización y descentralización. El caso de Guayaquil". En: *Descentralización y Gobiernos Municipales*. Cordes. Quito, 1993. pp. 202-205.

Constitución y poder político. Hacia un sistema de autonomías

César Coronel Jones
y Joffre Campaña Mora

“Lejos de ser arcaico y reaccionario, el regionalismo pertenece al futuro. Es la base de un nuevo urbanismo, pero a la vez, de una nueva configuración de la cultura, de la economía y de la vida humana en su conjunto”

Mumford

Entre las diversas formas de Estado a través de las cuales se puede organizar el poder en función del territorio, podemos generalizar indicando que en el Estado moderno existen básicamente tres: el Estado Unitario, el Estado Federal y el Estado Autonomo.

Si bien es cierto que en cada uno de estos modelos existen variantes que configuran en forma diferencial a los Estados que las han adoptado, siempre podemos encontrar elementos comunes que validan la clasificación.

No cabe duda, y así se ha expresado con acierto hace mucho tiempo¹, que en el concepto de soberanía radica uno de los principales elementos a considerar en cualquier proceso de reforma política que intente modificar la forma que la Constitución ha elegido para organizar la estructura jurídica y administrativa de los Estados modernos.

Junto al concepto de soberanía indicado, las diferentes tensiones políticas existentes al interior de las sociedades jurídicamente organizadas como Estados, determinan en sumo grado si esa realidad jurídica decide o no subordinarse a una comunidad distinta. Esto exige considerar la permanencia del poder o su mayor o menor cesión ya sea hacia el interior o hacia el exterior, lo que trae como consecuencia la configuración del tipo de Estado en unitario, compuesto o federal. Bajo esta percepción tradicional, mientras mayor es el grado de subordinación a una nueva comunidad jurídica, menos soberano es el Estado. Sin embargo, como veremos, parecería que esto no es precisamente así.

Ha sido común en la modernidad calificar como unitarios a los Estados que no han cedido su soberanía, en tanto que como federales a aquellos en los cuales ciertos Estados se unen para conformar una nueva realidad jurídica a la que a su vez llaman Estado y a la cual quedan subordinados. En uno u otro caso, el poder político se distribuye, aunque en forma diversa. Así, en los Estados unitarios a través de las comúnmente denominadas “Funciones del Estado”, cuyas

decisiones obligan por igual a todos los miembros de la sociedad organizada, mientras que en los Estados federales la distribución del poder político se efectúa no sólo entre las Funciones sino también a través de un reparto horizontal de competencias entre los diversos Estados miembros de la Unión, los cuales gozan de potestades que en los Estados unitarios ningún Organismo jerárquicamente inferior al Estado podría ostentar.

EL ESTADO UNITARIO

La concepción moderna del Estado, como ha explicado Javier Pérez Royo, tiene como punto de partida u origen el Estado Europeo, construido a partir de la monarquía absoluta o como producto de la confrontación con el Estado Monárquico absolutista, cuyos mejores exponentes son Inglaterra y Francia.

Es él una estructura política elaborada a través de un proceso de concentración y unificación de los poderes intermedios, subordinados y dependientes.

Los Feudos y Reinos son consolidados en un Estado o Nación que más que Unitario es, en palabras de dicho autor, “un Estado Unificador”, cuya “imposición práctica implica un triple proceso de unificación: 1) Unificación del poder con la supresión de todos los poderes políticos privados que se extendían por la superficie del Reino, 2) Unificación de la población con la supresión de todas las diferencias jurídicas que marcaban a los individuos desde su nacimiento, equiparando a todos en la categoría de ciudadanos y 3) Unificación del territorio con la supresión de todas las divisiones y aduanas internas, que impedían la afirmación del poder como un poder único y que hacían que los individuos no fueran titulares de derecho en condiciones de igualdad y de manera uniforme en todo el territorio del Estado”².

Justamente la circunstancia de que el Estado Unitario surge sobre los principios de establecer un sólo poder, un

sólo pueblo-nación, con un territorio unitariamente definido, hace que no haya en él cabida para la distribución territorial del poder, esto es la descentralización política; de allí que desde sus orígenes estos dos grandes Estados europeos, de cuyas experiencias políticas deviene el Estado Constitucional como forma de organización del poder en casi todo el mundo, se hayan conservado como Estados Unitarios.

EL ESTADO FEDERAL

El mismo autor incluye la siguiente explicación histórica del surgimiento del Estado Federal: "Es ante la demostrada superioridad del Estado Unitario frente a todas las otras formas políticas que se conocían hasta ese momento, que ninguna pudo resistir el enfrentamiento y de allí que se produjera una reorganización profunda en las formas políticas conocidas hasta ese entonces y se fuera generalizando la formación de Estados Constitucionales. Algunos países seguirían el modelo de Estados Unitarios mientras que otros lo harían con una configuración distinta, cual es la de Estado Federal."

El Estado Federal es una reacción en determinados países frente a la experiencia del Estado Unitario europeo y por ello "Si en Inglaterra está el origen del federalismo americano, en Francia está el origen del federalismo suizo y alemán, que son los grandes modelos históricos de referencia, uno fuera de Europa y otro en el continente europeo".

En todos los casos se trata de una reacción que no pone en cuestión la naturaleza del Estado en cuanto forma política, sino que al contrario, la da por supuesta y la toma como punto de partida. El Estado Federal en sus orígenes se constituye para equipararse al Estado Unitario, para asemejarse lo más posible a este último, para intentar competir con él. Ni la existencia del poder como un poder público no susceptible de ser propiedad privada de nadie en el interior del país, ni la igualdad jurídica como principio de organización de las naciones entre los individuos, ni la afirmación de un poder único en el ámbito de las relaciones internacionales, es algo que se discute. Es en la articulación territorial interna en lo único en lo que el Estado Federal se va a diferenciar del Estado Unitario. Y no por vocación, sino por las circunstancias históricas en las que se produjo la afirmación de dicho Estado Federal.

Por eso no existe ninguna teoría del Estado Federal antes de la existencia de éste, a diferencia de lo que ocurrió respecto del Estado Unitario. No existía ni siquiera el nombre".³

Es que, como ha expresado Maurice Croisat⁴, "si se parte de una observación de las experiencias comprobables del Federalismo, se puede concluir en una concepción genérica de éste como "Una forma de Gobierno basada en una cierta forma de distribuir y ejercer el poder político en una sociedad y sobre una base territorial. Esta singularidad puede tener su fuente en la voluntad de preservar la diversidad de culturas, de formas de vida, de religiones, de lenguas, de instituciones sociales y de ordenamientos jurídicos. Puede también, simplemente, resultar de la constatación de que la historia y las tradiciones políticas se hallan en el origen de las diferencias, necesitando un estatuto de autonomía local."

Como históricamente los Estados federales surgen de la vinculación de formas políticas preexistentes, clásicamente los Estados Miembros tienen su propia Constitución, aparte de la Constitución Federal, y hay una coexistencia de Poderes Ejecutivos, Legislativos y Judiciales, siendo usual que la regla prevalente sea que todos los poderes no cedidos o asumidos por el Estado Federal continúen correspondiendo a los Estados Miembros.

Otra característica propia de los Estados Federales es de que en la integración del poder legislativo de la Federación exista una representación de cada uno de los Estados Miembros.

Por cierto, valga la oportunidad para señalar que la filosofía del Federalismo no obedece a un único molde, pues, como lo ha indicado Croisat "Se compone de distintas concepciones que expresan visiones políticas en ocasiones opuestas. Así, es posible distinguir en el federalismo tres orientaciones principales: centralizador, descentralizador y de equilibrio".

EL ESTADO AUTONÓMICO

A mitad de camino entre el Estado Unitario y las fórmulas federales y como un ejercicio avanzado de Estado políticamente descentralizado se encuentra el Estado Autonomo, también llamado Estado Compuesto, cuya fórmula es concretada en el modelo español, vigente a partir de la Constitución de 1978, con el cual algunas similitudes encuentran los autores en el modelo italiano que promueve el Estado Regional y en otras nuevas fórmulas de Federalismo.

No obstante, como afirma Rubio Llorente⁵, "las diferencias existentes en el grado real de descentralización, que no van necesariamente ligadas a la caracterización del correspondiente sistema como federal o regional, y la intensidad de las autonomías locales en algunos de los Estados unitarios, difuminan considerablemente esta dicotomía" entre el Estado unitario y el federal.

El modelo Autonomo surge en el caso español como la forma de lograr mantener la unidad del país, rescatando el principio de la solidaridad entre sus diversas regiones, pero reconociendo a su vez el derecho de asumir su autogobierno en competencias específicamente señaladas por la Constitución.

Y es que en realidad, con el surgimiento de los denominados Estados compuestos o regionales ha quedado en evidencia que sí es posible la distribución del poder político hacia el interior sin que la soberanía del Estado se afecte, con lo cual ha sido posible acercar el poder político a los órganos de decisión regionales o locales con la creencia, justificada a través de los hechos, de que el principio de subsidiariedad⁶ funciona como una verdadera pirámide cuya base alcanza solidez en la medida en que los ciudadanos sienten de cerca y participan del poder político.

Es un hecho no discutido que en la actualidad los procesos de transformación política tienen una doble dirección: de una parte, la conformación de Uniones de Estados que no obstante no terminan en la conformación de uno nuevo, como es el caso de la Unión Europea, la cual adquiere cada vez mayor importancia en el direccionamiento de los Estados que la integran; y, de otra parte, el afianzamiento del poder político de los entes regionales y locales,

lo cual no es otra cosa que un acercamiento de los centros de poder del Estado a los ciudadanos⁷.

Bajo esta óptica nos situamos en una etapa de importantes transformaciones que en muchos casos han dado ya resultados sorprendentes. Como hemos señalado, la conformación del Estado compuesto español, el cual sin haberse desmembrado ha estructurado sus instituciones de forma tal que las particularidades de sus regiones y pueblos se han reconocido a través de Estatutos diferenciados que constituyen un nuevo pacto entre el Estado y sus regiones.

No puede desconocerse que no existe Estado en el mundo que goce de una simetría absoluta entre sus miembros. Al contrario, las diferencias existentes permiten a través de esta fórmula compuesta encontrar alternativas para evitar el desmembramiento de los Estados, permitiendo a las regiones o Comunidades Autónomas organizar sus instituciones a efectos de gobernarse dentro de los límites que la Constitución y los Estatutos de Autonomía les permiten. Y lo que es más, en la medida en que pueden organizarse dentro de las competencias que han asumido.

Es evidente que el tránsito de un Estado unitario, en el cual "la organización política es única porque consta sólo de un aparato gubernamental que lleva a cabo todas las funciones estatales; también el ordenamiento constitucional es único; hay homogeneidad del poder, porque las decisiones políticas obligan a todos, globalmente, de un modo igual; y la organización política cubre todo el territorio de un modo idéntico, sin reconocer diferencias entre las entidades locales", hacia un Estado compuesto, caracterizado por descansar en una distribución territorial de poder que se traduce, como ha afirmado Jaime Rodríguez-Arana, "en una distribución o reparto de competencias", no es sencillo. De hecho, uno de los aspectos relevantes es el que tiene relación con la organización del aparato político y administrativo de la Región o Autonomía. No obstante, las actividades de organización, de por sí complejas, por la extrema variabilidad y carácter contingente de la actividad jurídico administrativa, se tornan aún más difíciles tratándose de la estructuración de un sistema que exige conceptualizar muy claramente que tanto el Estado cuanto las Regiones o Autonomías están al servicio de las personas.

Cualquier proceso de contribución al establecimiento de un marco político administrativo que acerque al ciudadano a su propio destino, requiere plantear en forma conjunta la necesidad de una transformación sustancial que comienza en lo político y que requiere, sin duda, de la aplicación de importantes instituciones del Derecho Administrativo, tales como la desconcentración y descentralización al interior de los nuevos centros de poder y por supuesto, de una permanente actividad de compilación y jerarquización normativa, a fin de que se pueda disponer de un ordenamiento jurídico actualizado, simplificado y de más fácil conocimiento y manejo, tanto para los administrados cuanto para las autoridades y magistrados, brindando de esta manera la oportunidad para que la seguridad jurídica, característica de relieve de cualquier Estado de Derecho, alcance su verdadero vigor.

LA ESTRUCTURA JURÍDICO POLÍTICA DEL ESTADO ECUATORIANO

Tratar de argumentar a favor de un proceso de modernización de un Estado cuya configuración político-admini-

strativa ha permanecido prácticamente inmovilizada desde su conformación, exige referirse a circunstancias históricas que hicieron posible su actual estructura, a partir de las cuales es posible reseñar procesos de reforma que se han intentado en los últimos años y postular las transformaciones que pueden ser fundamentales para el mejoramiento de la sociedad ecuatoriana.

Desde su surgimiento como Estado soberano, libre e independiente⁸ el 13 de mayo de 1830, fecha en que se suscribe el Acta por la que el Distrito del Sur se separa de la Gran Colombia⁹, el proceso de configuración jurídico-administrativo de la República del Ecuador ha sufrido el efecto reflejo de la inestabilidad política¹⁰, una de cuyas manifestaciones más notorias constituye, sin duda, la vigencia hasta el día de hoy, de 19 Cartas Políticas Constitucionales, la última de las cuales recibió su legitimación por la Asamblea Constitucional reunida en Quito en 1998, en vigencia desde el 10 de agosto de 1998.

Ya desde la primera Constitución¹¹, se estableció un sistema de gobierno presidencial, con un centralismo administrativo -no totalmente político- y con una división en departamentos, provincias, cantones y parroquias, residiendo el gobierno político de cada departamento en un Prefecto, que se constituía en agente inmediato del Poder Ejecutivo. La política particular de cada departamento debía ser determinada por un reglamento especial aprobado por el Congreso, mientras que una ley especial organizaría el régimen interior del Estado, designando las atribuciones de los funcionarios.

El 14 de agosto de 1835 se dictó la primera Ley de Régimen Político y Administrativo, la que en su artículo primero fijó las atribuciones de los Concejos Municipales.

Con la Constitución de 1843 el territorio de la República se divide, a efectos de la administración interna, en provincias, cantones y parroquias, modificándose así el título séptimo de la Constitución de 1830. "De la Administración Interior", al suprimirse de la estructura allí prevista a los departamentos.

No obstante, el artículo primero de la Constitución de 1843 expresaba que "El territorio de la República del Ecuador, compuesta (sic) de los distritos de Quito, Guayas y el Azuay, comprende todas las provincias del antiguo Reino y Presidencia de Quito..." utilizándose también la expresión distritos en los artículos 15 y 21, que establecían el número de miembros de la Cámara de Senadores y Diputados a efectos de mantener el equilibrio en su conformación¹².

Esta estructura perduró hasta la expedición de la Constitución de 1961, que dispuso que la Cámara de Diputados sea compuesta en proporción a la población de cada provincia, abandonándose la división departamental. Asimismo, según la Constitución de 1961, en el Senado, cada provincia estaría igualmente representada por dos senadores, salvo ciertas excepciones¹³, produciéndose entonces el fin de una tradición de carácter histórico-política, eliminando jurídicamente los antecedentes regionales que dieron lugar al establecimiento del Estado ecuatoriano, hecho que no ha sido suficientemente relevado por nuestros constitucionalistas.

A partir de la Constitución de 1978 aprobada en referéndum, el tema regional empieza a ser enfocado poniendo énfasis más bien en los procesos de descentralización y desconcentración administrativa, aun cuando no han faltado desde esa época frecuentes cuestionamientos en los ám-

bitos jurídico-políticos a la conformación del Congreso que las provincias de la Costa consideran no responden al necesario equilibrio regional.

En efecto, en la Constitución de 1978 y sus reformas se trata sobre la descentralización en los siguientes términos:

Art. 118.- El Estado propende al desarrollo armónico de todo su territorio mediante el estímulo de las áreas deprimidas, la distribución de los recursos y servicios, la descentralización administrativa y la desconcentración nacional, de acuerdo con las circunscripciones territoriales.

Art. 122.- Los consejos provinciales y los municipios gozan de autonomía funcional, económica y administrativa. La ley determina su estructura, integración y funcionamiento y da eficaz aplicación al principio de la autonomía; propende al fortalecimiento y desarrollo de la vida provincial y municipal; y, determina las atribuciones y deberes de los consejos provinciales y los municipios.(...)

Primera codificación de la Constitución Política del año 1978, R.O. 763 12 – vi – 1984.

Art. 118.- El Estado propende al desarrollo armónico de todo su territorio mediante el estímulo de las áreas deprimidas, la distribución de los recursos y servicios, la descentralización administrativa y la desconcentración nacional, de acuerdo con las circunscripciones territoriales.

Art. 122.- Los consejos provinciales y los municipios gozan de autonomía funcional, económica y administrativa. La ley determina su estructura, integración y funcionamiento y da eficaz aplicación al principio de la autonomía; propende al fortalecimiento y desarrollo de la vida provincial y municipal; y, determina las atribuciones y deberes de los consejos provinciales y los municipios.(...)

Segunda codificación a la Constitución Política del año 1978 R.O. 183 5 – V – 1993.

Art. 121.- El Estado propende al desarrollo armónico de todo su territorio mediante el estímulo de las áreas deprimidas, la distribución de los recursos y servicios, la descentralización administrativa y la desconcentración nacional, de acuerdo con las circunscripciones territoriales.

Art. 125.- Los consejos provinciales y los municipios gozan de autonomía funcional, económica y administrativa. La ley determina su estructura, integración y funcionamiento y da eficaz aplicación al principio de la autonomía; propende al fortalecimiento y desarrollo de la vida provincial y municipal; y, determina las atribuciones y deberes de los consejos provinciales y los municipios (...)

Reformas a la segunda codificación a la Constitución Política del año 1978 R.O. 863 16 – I – 1996.

Art. 19.- En el Título V “Del Régimen Administrativo y Seccional”, Sección I, “Reglas Generales”, realcense las siguientes reformas:

El artículo 121, sustituya por otro que diga:

“Mediante la descentralización administrativa el Estado propende al desarrollo armónico de todo su territorio, al estímulo de las áreas deprimidas, la distribución de los recursos y servicios de acuerdo con las necesidades de las respectivas circunscripciones territoriales. En tal virtud:

- a. El Gobierno Central desconcentrará y descongestionará su gestión concediendo atribuciones suficientes a los representantes del Régimen Seccional Dependientes;
- b. Los consejos provinciales y concejos municipales constituyen los organismos del Gobierno Seccional que go-

zarán de autonomía funcional, administrativa y económica, en sus respectivas circunscripciones territoriales; la Constitución y la Ley señalarán las funciones y las áreas de su exclusiva competencia;

- c. Para hacer efectiva la autonomía económica, sin perjuicio de otros recursos que se asignen a los gobiernos seccionales autónomos, destínase el quince por ciento (15%) del presupuesto del Gobierno Central en beneficio de los consejos provinciales y municipios del país; y será distribuido conforme con la Ley, en base a planes de inversión tanto provinciales como municipales;
- d. Se dará preferencia a las obras y servicios en las zonas de menor desarrollo. A las de la frontera y Galápagos.

Art. 21.- En la sección III “Del Régimen Seccional Autónomo”, realcense las siguientes reformas:

Sección III Del régimen seccional autónomo

- a. “Art. ... Los gobiernos seccionales autónomos están constituidos por los consejos provinciales y los concejos municipales.
- b. La Ley determinará la estructura, integración, deberes y atribuciones de los consejos provinciales y los concejos municipales, dando eficaz aplicación al principio de la autonomía, la descentralización administrativa y territorial, propendiendo al fortalecimiento y desarrollo de la vida provincial y cantonal.
- c. Podrán establecerse distintos regímenes, atendiendo a la población, recursos económicos e importancia de cada circunscripción.”
- d. (...) Participar en las rentas nacionales en forma equitativa mediante transferencias realizadas en la forma señalada en el artículo 153;
- e. Administrar e invertir los recursos de propia generación y los asignados dentro del Presupuesto del Gobierno Central; y,
- f. Las demás que les señalen la Constitución y la Ley.

Tercera codificación a la Constitución Política del año 1978 R.O. 969 18 – VI – 1996.

Art. 149.- Mediante la descentralización administrativa el Estado propende al desarrollo armónico de todo su territorio, al estímulo de las áreas deprimidas, la distribución de los recursos y servicios de acuerdo con las necesidades de las respectivas circunscripciones territoriales. En tal virtud:

- a. El Gobierno Central desconcentrará y descongestionará su gestión concediendo atribuciones suficientes a los representantes del Régimen Seccional Dependientes;
- b. Los consejos provinciales y concejos municipales constituyen los organismos del Gobierno Seccional que gozarán de autonomía funcional, administrativa y económica, en sus respectivas circunscripciones territoriales; la Constitución y la Ley señalarán las funciones y las áreas de su exclusiva competencia;
- c. Para hacer efectiva la autonomía económica, sin perjuicio de otros recursos que se asignen a los gobiernos seccionales autónomos, destínase el quince por ciento (15%) del presupuesto del Gobierno Central en beneficio de los consejos provinciales y municipios del país; y será distribuido conforme con la Ley, en base a planes de inversión tanto provinciales como municipales; y,

d. Se dará preferencia a las obras y servicios en las zonas de menor desarrollo. A las de la frontera y Galápagos.

Art. 152.- Los gobiernos seccionales autónomos están constituidos por los consejos provinciales y los concejos municipales.

La Ley determinará la estructura, integración, deberes y atribuciones de los consejos provinciales y los concejos municipales, dando eficaz aplicación al principio de la autonomía, la descentralización administrativa y territorial, propendiendo al fortalecimiento y desarrollo de la vida provincial y cantonal.

Podrán establecerse distintos regímenes, atendiendo a la población, recursos económicos e importancia de cada circunscripción.

(...d) Participar en las rentas nacionales en forma equitativa mediante transferencias realizadas en la forma señalada en el artículo 153;

Cuarta codificación a la Constitución Política del año 1978 R.O. 2 13 - II - 1997.

Art. 149.- Mediante la descentralización administrativa el Estado propende al desarrollo armónico de todo su territorio, al estímulo de las áreas deprimidas, la distribución de los recursos y servicios de acuerdo con las necesidades de las respectivas circunscripciones territoriales. En tal virtud:

a. El Gobierno Central desconcentrará y descongestionará su gestión concediendo atribuciones suficientes a los representantes del Régimen Seccional Dependientes;

b. Los consejos provinciales y concejos municipales constituyen los organismos del Gobierno Seccional que gozarán de autonomía funcional, administrativa y económica, en sus respectivas circunscripciones territoriales; la Constitución y la Ley señalarán las funciones y las áreas de su exclusiva competencia;

c. Para hacer efectiva la autonomía económica, sin perjuicio de otros recursos que se asignen a los gobiernos seccionales autónomos, destínase el quince por ciento (15%) del presupuesto del Gobierno Central en beneficio de los consejos provinciales y municipios del país; y será distribuido conforme con la Ley, en base a planes de inversión tanto provinciales como municipales;

y,
d. Se dará preferencia a las obras y servicios en las zonas de menor desarrollo. A las de la frontera y Galápagos.

Art. 152.- Los gobiernos seccionales autónomos están constituidos por los consejos provinciales y los concejos municipales.

La Ley determinará la estructura, integración, deberes y atribuciones de los consejos provinciales y los concejos municipales, dando eficaz aplicación al principio de la autonomía, la descentralización administrativa y territorial, propendiendo al fortalecimiento y desarrollo de la vida provincial y cantonal.

Podrán establecerse distintos regímenes, atendiendo a la población, recursos económicos e importancia de cada circunscripción.

Art. 155.- Los organismos a que se refiere esta Sección, tienen las siguientes atribuciones:

(...) d) Participar en las rentas nacionales en forma equitativa mediante transferencias realizadas en la forma señalada en el artículo 153;

La Constitución de 1978 y sus reformas, como se puede observar, no ha hecho sino ratificar la posibilidad de que

el Estado descentralice y desconcentre. Este tratamiento constitucional mereció la expedición de numerosas leyes y reglamentos¹⁴, las cuales sin embargo no han sido aplicadas de manera suficiente. Así por ejemplo, una de las principales regulaciones en este sentido fue la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada, que se publicó en el Registro Oficial número 349 del día 31 de diciembre de 1993.

De esta legislación se colige que para el legislador la descentralización y la desconcentración se inscribieron en un concepto mayor, el de la modernización. O dicho de otra manera, esta legislación permite descubrir cuáles son los aspectos que el legislador consideró iban a permitir la transformación de la estructura y funcionamiento del aparato estatal a fin de que el Estado de cumplimiento a los objetivos que constitucionalmente justifican su existencia

Finalmente, en la Constitución aprobada por la Asamblea Constitucional de 1998, en el Título XI que trata de la "Organización territorial y descentralización" y desechando la propuesta específica del sistema de autonomías que fue planteada por el Asambleísta Ricardo Noboa Bejarano, se estableció que las competencias del gobierno central podrían descentralizarse, esto es, transferirse a las entidades seccionales autónomas o a otras de carácter regional virtualmente en todas las materias con las únicas excepciones de: a) la defensa y la seguridad nacionales, b) la dirección de la política exterior y las relaciones internacionales, c) la política económica y tributaria del Estado, d) la gestión de endeudamiento externo y e) aquellas que la Constitución y convenios internacionales expresamente excluyan¹⁵. La Constitución de 1998 significó la consolidación de la estructura de los gobiernos seccionales a nivel provincial, esto es, los Consejos Provinciales, pero en cambio no abrió la puerta a la consolidación de Organos de Poder Político a nivel provincial o regional ni tampoco respondió a las aspiraciones de equilibrio en la representación política de las regiones Costa y Sierra en el Congreso Nacional.

EL SURGIMIENTO DE LAS TESIS AUTONOMISTAS

Si bien históricamente las diversidades regionales se expresaron a través de propuestas federalistas, incluso desde fines del siglo XIX, el conflicto territorial históricamente mantenido con el Perú hizo que esas propuestas fueran postergadas ante las objeciones que alegaban un debilitamiento de la postura internacional del país en su conflicto limítrofe. Desde importantes estamentos de la sociedad ecuatoriana se manejó el concepto de que una reorganización del poder político en función del territorio, estableciendo un sistema federal podría perjudicar gravemente a la estructura de las Fuerzas Armadas, y promover indirectamente la disolución del Estado nacional.

Sin duda, el peso de este tipo de objeciones fue determinante para que las regiones difirieran sus pretensiones de acceder al autogobierno y hubieran concentrado sus esfuerzos más bien en las demandas de descentralización y desconcentración administrativa.

Se ha dicho con fundamento que otro de los factores que coadyuvaron a la permanencia de la estructura no sólo unitaria sino centralista del Estado ecuatoriano ha estado conformado por los partidos y movimientos políticos, los cuales si bien han tenido sus principales fortalezas en una

de las dos regiones, han comprendido que para alcanzar o mantener el poder era necesario llegar a acuerdos con las fuerzas políticas de la otra región y han consolidado la estructura centralizada del poder político en la capital.

Se anota también históricamente la década de los setenta como el período en que se consolidó y profundizó la estructura centralizada del poder con la pródiga multiplicación de entidades y empresas estatales, todas ellas básicamente radicadas en la capital, así como con el crecimiento enorme de la burocracia, la absorción de competencias y la unificación de los presupuestos, todo ello bajo la clara tendencia hacia la planificación central propugnada por los gobiernos militares de la época.

A partir del advenimiento del nuevo régimen constitucional en 1979 se empezó a desarrollar en diversos círculos de opinión, especialmente de la ciudad de Guayaquil, propuestas de organización del Estado que respondieran más eficazmente a la diversidad regional. Estas demandas tenían como sustrato el deficiente funcionamiento de los programas y políticas de descentralización administrativa, las graves desigualdades e iniquidades en cuanto a la prestación de servicios públicos y las enormes dificultades de trazar planes de desarrollo o siquiera completar procesos administrativos desde los ámbitos regionales.

Ya en la legislatura de 1979 fue planteada por Jaime Damerval una primera propuesta de adopción del sistema de autonomías que muy poco tiempo antes había sido adoptado por la Constitución española de 1978 y luego, a fines de la década de los ochenta un grupo de profesores de la Universidad Católica de Guayaquil elaboró un proyecto de reforma a la Constitución Política en el Título de la Organización Territorial, en el cual proponía adaptar al caso ecuatoriano el sistema de autonomías consagrado en España.

Sobre la base de este proyecto y su discusión en diversos foros de opinión tanto en Quito como en Guayaquil, Manabí, Azuay y otras provincias, se vino desarrollando un movimiento que suscitaba cada vez mayores adhesiones en pro de revisar el modelo de Estado y lograr una estructura administrativa más eficiente que precautele el necesario equilibrio y equidad entre las diversas regiones del país.

Como suele ocurrir en procesos sociales complejos, ha existido un cierto grado de indeterminación e incluso poca claridad de los objetivos y metas específicos perseguidos por los diversos actores o adherentes al proceso.

En efecto, siendo la descentralización un proceso que afecta al Estado en su conjunto y tan variadas y complejas las falencias que exhibe el aparato estatal para satisfacer las múltiples demandas de sus ciudadanos bien se podría afirmar que casi cada persona tiene una idea particular y distinta de en qué consiste la descentralización y cómo se debe concretar.

Una gran mayoría considera que la clave está en la distribución de recursos económicos o financieros y ve las propuestas de descentralización como una manera de obtener más recursos para su región, los cuales pueden ser administrados más eficientemente desde la cercanía.

En otros niveles en cambio se ha enfocado el tema de la descentralización como un problema de transferencia de poder y específicamente de poder político y se ha visto que la única forma efectiva de lograr la descentralización administrativa, el mejor y más eficiente reparto o distribución de

rentas y el conocimiento transparente de los recursos con que cuenta el Estado es logrando que desde las regiones exista un contenido de poder político a través de sus órganos de ese carácter que puedan ser eficiente contrapeso a la lógica concentración de poder político y de decisiones administrativas en la sede del gobierno central.

La historia reciente ha demostrado que los postulados de descentralización, pese a estar consagrados en textos constitucionales o en leyes específicas como fueron la llamada Ley de Descentralización y la Ley de Desarrollo Seccional, no logran transformarse en procesos efectivos de descentralización administrativa. Y es que como se ha anotado por más de un doctrinante en el tema, estos son procesos que implican cambios en el comportamiento real de las organizaciones e individuos que las conforman, y es sabido que los cambios legislativos no siempre se traducen en cambios efectivos en el comportamiento real. (Ver por ejemplo "La sociedad no se cambia por decreto", de Michelle Crozier). El Ecuador, sin duda, es uno de los mejores ejemplos de la dicotomía entre las realidades legislativas y las vivencias sociales.

Cuando a fines de 1998 se produjo el acuerdo de paz con el Perú emergieron con fuerza las propuestas de reorganización del Estado que planteaban las tesis autonomistas. En efecto, superada la grave objeción sobre el atentado contra la unidad nacional o el posible debilitamiento de la posición internacional del país y ratificado el fracaso de los programas de descentralización por vía legislativa, las fuerzas sociales de las diversas regiones empezaron a concretar sus demandas por mejores servicios, más rentas y efectiva descentralización bajo la tesis de las autonomías que, para ese entonces había sido ya desmitificada y desatanizada, en buena parte gracias a que en círculos académicos de la capital se había empezado a debatir con más profundidad sobre el tema y se había asimilado la idea de que no comportaba per se, atentados contra la unidad nacional y que más bien podría ser una forma de mejorar la gobernabilidad del país, construyendo su armonía a partir y desde sus regiones, en lugar de pretender gobernarlo exclusivamente desde el centro, con estrategias que producto de la lejanía y diversidad cultural y regional, no habían logrado establecer un eficaz aparato gubernativo.

Finalmente, los partidos políticos también fueron asumiendo posiciones sobre el tema. La aparición del movimiento cívico denominado "Fuerza Ecuador" que durante 1999 tomó como su bandera de lucha la tesis autonomista en la provincia del Guayas dio lugar a que se convocaran consultas populares en Guayas y Los Ríos en los primeros meses del año 2000 y que estuvieran preparándose otras tantas consultas en varias provincias del país. Ante la presión de las múltiples consultas populares proyectadas, el gobierno del doctor Mahuad decidió conformar una Comisión para la Descentralización y Autonomías para que asesorara al gobierno sobre las estrategias que se pudieran implementar a fin de concretar estos procesos.

En el seno de dicha Comisión se planteó la conveniencia de que el Presidente de la República convocara a una sola consulta nacional sobre el tema de las autonomías, que permitiera centrar el debate y adoptar soluciones con visión de conjunto.

LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Pese a lo reciente de la última Constitución y debido a que virtualmente se omitió tratar en profundidad la propuesta de autonomías que como se ha dicho fue planteada en el seno de la Asamblea Constitucional por Ricardo Noboa Bejarano, la realidad es que el país se ve abocado a la necesidad de discutir una nueva reforma constitucional sobre el tema de las autonomías. Las razones para elevar a rango constitucional este debate pueden ser sintetizadas de la siguiente manera:

- Es indispensable tener una visión de conjunto que ponga sobre la mesa y resuelva desde la Constitución el alcance y los límites del autogobierno que pretenden las regiones y señale con claridad los ámbitos de acción del Estado, de los gobiernos intermedios y la forma de resolver los eventuales conflictos de competencias;

- Es necesario canalizar las formas de expresión de poder político que serán admitidas en los niveles regionales y los parámetros o pautas para su ejercicio;

- Es preciso flexibilizar el marco rígido de estructuración de los gobiernos seccionales que establece la actual Constitución y que ha sido identificado por muchos como una manera velada de coartar un efectivo proceso de descentralización administrativa y política, desde que cierra la puerta a la primera de las competencias necesarias para que funcione un efectivo proceso descentralizador, cual es la de organizar las instituciones de autogobierno desde el nivel regional.

En efecto, el sistema autonómico o del llamado Estado compuesto o de las autonomías, parte del reconocimiento de que ciertas regiones con especiales características de identidad histórica, geográfica o de identidad idiosincrásica, tienen el derecho de asumir autonomía y autogobernarse, dentro de los límites competenciales establecidos en la Constitución de la República, y a su vez identifica como las competencias típicas de los gobiernos autónomos la de determinar la ordenación de su propio territorio y la de realizar la planificación del desarrollo económico y social de la región.

Bien pudiéramos decir entonces, siguiendo a García de Enterría¹⁶, que el trípede sobre el que se asienta el sistema de las autonomías lo constituyen las competencias en estas tres materias; organización de instituciones de autogobierno, ordenación del territorio y promoción del desarrollo económico y social.

VISIÓN DE CONJUNTO Y ASIMETRÍA

Hemos dicho que una de las razones por las cuales el sistema de autonomías debe ser reconducido en la Constitución es la necesidad de que él se establezca con visión de conjunto para el país. En efecto, además de las indudables razones de orden jurídico que llevan a concluir que la forma de Estado sólo puede ser establecida en la Constitución de la República, pues el control de su efectiva vigencia es de ámbito constitucional, es natural que una cuestión de tanta trascendencia como la distribución del poder en función del territorio deba ser determinada teniendo una visión de conjunto del Estado, pues si de lo que se trata es de conseguir mayor equilibrio regional y no de excluir o dividir unas regiones de otras, este es un tema forzosamente constitucional.

Justamente una de las objeciones que con más énfasis se ha planteado contra las propuestas autonómicas es la de que las desigualdades al interior del Estado son incluso más pronunciadas entre lo urbano y lo rural que entre las regiones geográficas principales. Se ha dicho también que las provincias pequeñas y distantes de los dos grandes centros urbanos y en especial sus cantones pequeños y parroquias rurales, son los más desatendidos por el Estado y que en un sistema de autonomías quedarían librados al abandono.

Hay que empezar reconociendo que cualquier sistema por sí mismo no es garantía suficiente de eficacia y de equidad, pero a renglón seguido debe señalarse que quienes han promovido el sistema de las autonomías y hablan incluso de la "Ciencia Regional", es porque han tenido en miras justamente la obvia prevalencia del sistema descentralizado para los efectos de la planeación y promoción del desarrollo económico y social. Así, García de Enterría en su opúsculo "El nuevo regionalismo y sus fundamentos" expresa: "La idea de una ordenación del territorio, que planifique las infraestructuras globales, los usos genéricos del espacio y hasta la protección de la naturaleza, comenzó modestamente el siglo pasado (XIX) desde la perspectiva del urbanismo. Pero éste, de ser, según su nombre indica, algo referido a cada ciudad entendida como un reducto continuo de habitación y de trabajo perfectamente separado del entorno rural, separado incluso con una muralla que la materializa, ha pasado a ser (aceptando el juego de palabras entre urbe y orbe, juego ya utilizado por los romanos y que reactualiza un urbanista francés contemporáneo: Burdet) un "orbenismo", una técnica extendida al espacio entero, urbano y rural (town and country planning).

El cambio de las formas de asentamiento humano, sobre todo por la técnica de las comunicaciones que hace de las ciudades tejidos urbanos difusos y extensos y no reductos aislados; el anudamiento de relaciones sociales crecientes y progresivamente más densas entre comarcas y zonas hasta ahora aisladas; la articulación de los mercados productivos y de trabajo entre sí y con los centros de consumo; la audacia creciente de las grandes transformaciones y obras territoriales y sus enormes costos, que imponen una certidumbre de eficacia; la escasez de recursos naturales, incluso la amenaza de degradación de la naturaleza son, con muchos otros factores, los que han hecho que la única manera de ordenar eficazmente la acción humana sobre el territorio sea mediante planificaciones globales de ámbito regional."

"Esta nueva perspectiva del planeamiento físico y geográfico no es convencional; a ella subyace, por el contrario, la estricta realidad de que la actuación territorial del hombre corresponde a un funcionalismo orgánico global expresable en grandes unidades regionales, sin perjuicio de microunidades o macrounidades inferiores o superiores. Sólo, pues, a nivel regional es posible una actuación eficaz."

La repetida objeción de que el sistema de autonomías no puede implementarse debido a las grandes desigualdades existentes en el país entre los dos grandes centros urbanos y las provincias, cantones y parroquias pequeños, alejados y distantes, parte pues de una premisa falsa y totalmente equivocada. La "Ciencia Regional" en la que se sustentan las propuestas autonómicas han sido concebidas justamente como un enfoque de política de desarrollo nuevo que surge frente al fracaso de aquellas políticas que promo-

vían el desarrollo global y sectorial que concentraban sus esfuerzos en el aumento del producto nacional bruto y la renta per cápita y los aumentos en sectores como agricultura, energía, transportes, manufacturas, etc., que han venido fracasando reiteradamente en el país como ya lo hicieron antes a nivel europeo¹⁷.

Es que justamente la Ciencia Regional que promueve una política regional de desarrollo persigue corregir los desequilibrios y romper las estructuras que tienden a la concentración industrial, comercial y demográfica que deja sin explotar o dilapida recursos disponibles especialmente en el sector rural por la búsqueda del óptimo y efímero beneficio inmediato. De lo que se trata más bien es de promover un desarrollo armónico de los conjuntos sociales unitarios que son las regiones y a la vez equilibrar entre todas ellas el nivel de desarrollo, luchando contra los centros de subdesarrollo y de miseria y otorgando posibilidades iguales a todos los habitantes del país, generalizando el bienestar, partiendo de que sólo a través de una fórmula solidarista es posible asentar sobre bases sólidas un desarrollo global efectivo. Por ello, en las propuestas autonómicas se contempla el apoyo directo a las regiones deprimidas.

En virtud de la descentralización no podrá haber transferencia de competencias sin transferencia de recursos equivalentes, ni transferencia de recursos sin la de competencias. Se consagra también la obligación de la transferencia de funciones cuando una entidad seccional lo solicite si ésta tiene capacidad operativa para asumirlas.

Parecería que la descentralización y la desconcentración, tal como han sido planteadas, ya no responden a la realidad política que vive el Ecuador. Por ello, es preciso pasar a un nuevo estadio, el de la descentralización política.

LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA

El sistema de las autonomías no puede ni debe reducirse a una transferencia de recursos o de potestad tributaria a las provincias, para que ellas administren todo o parte de los recursos que generan, prescindiendo del Gobierno Central y olvidando todo principio de solidaridad con las otras regiones del país. Al contrario, debe ser una fórmula para reorganizar el Estado, no solo administrativamente, sino también política y culturalmente.

Si autonomía significa autogobierno en ciertas competencias, es natural que la primera de ellas sea, justamente, la de organizar las instituciones de autogobierno a nivel provincial, desde el cual se debiera dirigir, cuando menos, la planificación del desarrollo económico y la ordenación del territorio de la provincia o región.

Naturalmente, ello deberá implicar un cambio sustancial en la cultura y el sistema político y electoral de las provincias. Si se reclama autonomía, es claro que se lo hace con la esperanza de obtener una mejora en los servicios públicos y en el manejo de los intereses colectivos.

La mayor dosis de libertad para las provincias irá pareja con un mayor grado de responsabilidad para con su propio destino. Como ha dicho con acierto García de Enterría, libertad y responsabilidad son dos caras de la misma moneda.

La primera gran implicación del sistema autonómico será la necesidad de debatir y consensuar, en cada provin-

cia, una propuesta de Estatuto Autonómico Provincial, que promueva la democracia participativa, establezca un sistema electoral racional y transparente y procure controlar los riesgos del clientelismo, corrupción y otras amenazas políticas que se ciernen sobre las provincias. Estas amenazas podrán ser mejor enfrentadas cuando los ciudadanos de las regiones tomen conciencia, con la proximidad, de que ellos mismos son los árbitros de su propio destino.

La vaga imputación de todos los males al distante Estado centralista, alimentada a veces por políticos localistas para justificar su inoperancia, dejará de tener sustento y deberá ser sustituida por una cada vez más activa participación ciudadana. Por supuesto que habrá que cuidarse de que las Asambleas Provinciales no sean también desvirtuadas ni secuestradas con nuevas manipulaciones.

El efecto de la comparación entre regiones y la facilidad de acceso al debate y participación cívica a ciudadanos de provincias a quienes la distancia y el sistema vigente dificulta su actuación, pueden ser determinantes.

Por otra parte, será necesario debatir sobre los procedimientos para expedir los proyectos de Estatutos Provinciales. De allí que otra de las implicaciones de las autonomías será el proceso de negociación que deberá desarrollarse permanentemente entre el Gobierno Central y las Provincias Autónomas, así como también entre los gobiernos provinciales y los municipios de la misma.

Poder político descentralizado, participación ciudadana activa y militante, negociaciones permanentes entre los actores de los diversos niveles de Gobierno, son solo algunas de las implicaciones de las autonomías. Existen por cierto muchas otras, que estamos obligados a debatir con realismo y buena voluntad, si queremos que el nuevo sistema contribuya a crear un país más armonioso y mejor gobernado. La propuesta debe incluir los aspectos que permitirán hablar de una traslación del centro real último de decisión política, que es donde radica la verdadera descentralización, contemplando las facultades de las regiones o autonomías para autonormarse formando un bloque normativo identificable y susceptible de integrarse en el ordenamiento jurídico general y de allegar la Administración a los ciudadanos para que de verdad, como afirma el profesor Rodríguez-Arana¹⁸, se sirva a la sociedad con objetividad y con criterios de eficacia y calidad en la prestación de los servicios públicos.

La pérdida de competencias de gestión de la Administración del Estado debería ir acompañada de la "potenciación de funciones de planificación, coordinación y cooperación".¹⁹

El principio de autonomía política implica buscar "fórmulas organizativas que mejoren la calidad de los servicios públicos y permitan una mayor aproximación de la Administración al ciudadano".²⁰

En Ecuador, en la búsqueda de una descentralización política efectiva, desde las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Guayaquil se ha venido planteando el cambio del modelo de Estado para asumir la fórmula del Estado Autonómico.

Al menos tres aspectos peculiares deben destacarse en este modelo de Estado Compuesto:

a) La forma de distribución de las competencias; b) La manera de acceder a la conformación de Gobiernos Autónomos; y, c) La jerarquización de la normatividad jurídica.

Aún cuando existen otros muchos aspectos de interés, hemos escogido estos tres elementos por considerar que tienen la especificidad suficiente como para caracterizar al modelo autonómico:

Las competencias

En la propia Constitución se señala un catálogo en el que se establecen las competencias que pueden ser asumidas por los gobiernos autónomos y respecto de los cuales los mismos tienen facultades legislativas y de gestión, es decir, ejecutivas. La regla general es que no se excluye totalmente la participación del Estado, sino que se la limita al señalamiento de normas básicas, las que deben ser coordinadas con la legislación autonómica. Por ejemplo, en materia de comunicación social las normas básicas son de competencia del Estado, sin perjuicio de las facultades en su desarrollo y ejecución corresponden a las autoridades Autónomas, y, en materia de seguridad pública, la competencia corresponde al Estado sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las comunidades autónomas.

En los debates previos y la doctrina sobre las autonomías se considera que los gobiernos regionales autónomos deben asumir competencia al menos en los siguientes tres aspectos:

1) La organización de las instituciones de autogobierno; 2) La promoción del desarrollo económico y social y 3) La organización del territorio.

Son esas tres competencias al menos, aspectos en los cuales, al decir de García de Enterría, se ha demostrado la superioridad del ejercicio regional del poder.

Acceso al régimen autonómico

Dado que el Estado Autonómico proviene de un previo Estado Unitario al que se pretende descentralizar políticamente transfiriendo poder a las regiones o entidades territoriales intermedias, es lógico que el proceso de conformación de este tipo de Estado sea inverso al que ha precedido a los Estados Federales.

En el Estado Federal son varios Estados los que se agrupan y acuerdan constituir la Federación. En el Estado Autonómico es más bien el Estado Unitario preexistente el que conviene adoptar una nueva estructura, en la que reconoce a entidades territoriales intermedias una mayor dosis de poder político y la posibilidad de asumir autogobierno dentro de los límites que se determinen en la Constitución. Es por ello que resulta lógico que sea en la propia Constitución en la que se establezca esta fórmula de organizar el poder territorial.

La jerarquización de la normatividad jurídica

Consecuencia de esta concepción nueva del Estado es que su normatividad se realice reconociendo una sola Constitución y no varias como en el clásico Estado Federal, pero, en el nivel inmediatamente inferior de jerarquía, se reconozca la vigencia de los Estatutos provinciales o regionales, según cual sea el nombre del ente intermedio de Gobierno Autónomo. Estos estatutos deben tener una especial rigidez, incluso superior al de las leyes ordinarias, pues no deben poder ser modificados sino con el concurso de las voluntades políticas de la comunidad autónoma y del Estado. Si los estatutos autonómicos no gozaran de esta especial estabilidad política y permanencia se afectaría sustancialmente el concepto de Autonomía. Lo que busca es justamente que dentro del limitado marco de competencias en

que se reconoce autonomía a una circunscripción territorial, sea ella la que pueda diseñar sus instituciones de autogobierno y sus reglas jurídicas propias, siempre dentro del marco de la Constitución.

Si no se les confiriera una especial estabilidad a estas reglas la Autonomía quedaría desvirtuada.

Finalmente cabe destacar la especial flexibilidad del esquema autonómico, el cual permite una asunción de competencias diferentes por parte de las distintas circunscripciones territoriales. Esto quiere decir que dentro del marco general de competencias transferibles, hay unas regiones que pueden optar por asumir ciertas competencias, distintas de las asumidas por otras regiones, considerando sus circunstancias, así como su vocación histórica y medios materiales y humanos disponibles. El Régimen Autonómico presenta, como se puede apreciar, una gran flexibilidad para adaptarse a un país con diversidad regional, cultural, histórica e idiosincrásica, que, sin embargo, opta por la unidad nacional, pero busca construirla desde sus regiones, persiguiendo el equilibrio y armonía en la diversidad.

Hace ya una década que varios profesores, recogiendo un histórico sentir no sólo de la provincia del Guayas sino de varias regiones del país, y analizando los diversos modelos de Estado en el mundo moderno, pusieron a consideración, primero de la Comunidad Universitaria y luego de la Sociedad Civil y del Congreso Nacional, un proyecto de reformas a la Constitución Política del Estado ecuatoriano, en el que se abría la puerta a instaurar en forma ordenada y coherente, con la decisión soberana de los ciudadanos de las diversas regiones de país, la forma de estado autonómico que se ha esbozado brevemente en estas líneas.

Transparencia en la distribución de recursos, facilitación de la participación ciudadana, acercamiento del poder al ciudadano, construcción en suma de una sociedad más democrática y equilibrada regionalmente, administración pública moderna, simplificación de los procesos burocráticos adaptándolos a las realidades de las diversas regiones, son algunas de las ideas que llevaron hacer esa propuesta, que con el tiempo ha ido generando tanto interés a lo largo y ancho del país.

Finalmente, conviene citar una vez más al maestro García de Enterría en un luminoso artículo publicado en 1979 en que indicaba "El autonomismo no puede implicar en modo alguno una fragmentación del espacio nacional en microeconomías que acarrearían fatalmente el empobrecimiento y la miseria generales, en todos los sistemas federales y regionales en ejercicio, sin excepción, el poder central cuenta con los poderes precisos para configurar una política económica unitaria y para edificar una unidad de mercado. El federalismo de enfrentamiento está definitivamente enterrado y hoy sólo es concebible en todos los sistemas en funcionamiento un federalismo cooperativo". Quiero invocar como él a cuidarnos de los demagogos de uno y otro signo a los que Jacobo Burckhardt llamaba "los terribles simplificadores", entre quienes están tanto los que se dan abiertamente a la irresponsabilidad regionalista y cantonalista más elemental, hasta aquellos otros que pretenden hacer su agosto político por el camino fácil y no menos irresponsable del alarmismo y de la excitación del patriotismo espasmódico por la invocación enfática de la unidad nacional y el anatema contra sus supuestos enemigos.

NOTAS

- 1 Vid. Kelsen Hans, "Teoría General del Estado", traducción de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1965, páginas 150 y 151; Jellinek, Georg, "Teoría General del Estado", traducido por Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1954, págs. 587 y 588.
2. Pérez Royo, Javier, "Curso de Derecho Constitucional", página 680.
3. *Ibidem*, páginas 680 y 681.
4. Croisat, Maurice, "El federalismo en las Democracias Contemporáneas", pág. 24-25.
5. En "El Constitucionalismo de los Estados Integrados de Europa", de Rubio Llorente, Francisco, publicado en la Revista Española de Derecho Constitucional N°48, septiembre-diciembre de 1996, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, en Ob. Cit., pág. 17 y 18.
6. Vid. Rodríguez-Arana Jaime, "Reforma Administrativa y Estado en España, en la obra colectiva "Derecho Administrativo" en homenaje al profesor Miguel Marienhoff, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, Director Juan Carlos Cassagne, página 452, citando a Jesús González Pérez: "Subsidiariedad no es más que una palabra larga para resumir dos ideas simples: que la autoridad debe ejercerse en el nivel más adecuado para la más eficiente aplicación de las medidas de que se trate; y que el Gobierno, de cualquier clase, debe completar, no sustituir, la acción de los individuos y de las familias".
7. Si se revisa la estructuración de los Estados miembros de la Unión Europea, se constatará que al menos en cinco de ellos existe una descentralización constitucionalizada. Vid. Llorente Rubio en Ob. Cit., pág. 17.
8. La Constitución de 1830, expedida en la Sala de Sesiones del Congreso Constituyente reunido en la ciudad de Riobamba el 11 de septiembre de 1830 dispuso en su artículo 2 que el Estado del Ecuador se une y confedera con los demás Estados de Colombia para formar una sola nación con el nombre de República de Colombia. Esta disposición tiene su fundamento en el hecho de que se quería dejar abierta la posibilidad de hacer efectivo el pensamiento integracionista de Simón Bolívar.
9. El Acta fue suscrita en la ciudad de San Francisco de Quito, luego de congregadas las corporaciones y padres de familia por el señor Prefecto General del Departamento, declarándose la autonomía política de Colombia y eligiéndose al general venezolano Juan José Flores como su primer presidente. El departamento de Guayaquil se separó el 19 de mayo y el departamento del Azuay resolvió formar un Estado independiente con los de Quito y Guayaquil, el 20 de mayo. El 11 de marzo de 1832, la Convención Nacional de Nueva Granada reconoció la independencia y soberanía absoluta del Estado ecuatoriano.
10. Vid. SALGADO, Hernán, El Sistema Constitucional ecuatoriano, en la obra colectiva
11. Los Sistemas constitucionales Iberoamericanos, Dykinson, Madrid, 1992, p.329. Junto con la cual fueron expedidas quince leyes orgánicas, veintidós decretos y varias resoluciones. Vid. TRABUCCO, Federico, Síntesis Histórica de la República del Ecuador, pág. 543, Ed. Santo Domingo, Quito, 1968.
12. La Cámara de Senadores se componía de veintisiete miembros, nueve por cada distrito. La Cámara de Representantes de treinta miembros, diez por cada distrito.
13. Vid. SALGADO, Hernán, Ob. Cit. p.330.
14. Así, la Ley de Desarrollo Seccional, publicada en el Registro Oficial N°441 de 21 de mayo de 1990 y su Reglamento, publicado en el registro Oficial N°721 de 8 de julio de 1991; la Ley de Distribución del 15% a los gobiernos seccionales, publicada en el registro Oficial N°27 del 20 de marzo de 1997, la Ley de Descentralización del Estado y Participación Social, publicada en el Registro Oficial N°169 del 8 de octubre de 1997; el reglamento a la Ley de Distribución del 15% a los gobiernos seccionales, publicado en el Registro Oficial N°183 S. Del 29 de octubre de 1997.
15. Art. 226.
16. Vid. García de Enterría, Eduardo, "Estudios sobre autonomías regionales", página 45.
17. Vid. García de Enterría, Ob. Cit. Pag. 47.
18. Vid. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, La Administración Unica en el Marco Constitucional, p.41, Ed. Fundación Instituto Gallego de Estudios Autonómicos y Comunitarios, 1993.
19. *Ibid.* P.139.
20. *Ibid.* p.61.

Las autonomías: una descentralización profunda

Orlando Alcívar Santos

Las autonomías deben tener en todas sus áreas una gran coordinación con el poder central y debería existir un mecanismo idóneo y expeditivo para que aquéllas no puedan salirse del marco constitucional.

La tendencia predominante actual, en América y Europa en general, es ir hacia la descentralización, en los Estados unitarios y aún en los federales. El clamor por superar la crisis del Estado centralizado data desde hace varias décadas, pues es evidente que el sistema luce gastado e inoperante. Centralizar significa concentrar en un solo ente las competencias sobre determinadas materias en todo el territorio nacional. Por eso, *contrario sensu*, descentralizar implica traspasar competencias a un poder central hacia otros órganos o hacia otros entes, y mientras mayor sea la competencia transferida, más extensa e intensa será la descentralización.

Se ha dicho que el mayor fenómeno social del presente siglo, la globalización, ha traído consigo dos tendencias aparentemente contradictorias pero complementarias: 1) la formación de bloques supranacionales que han dado origen a acuerdos comunitarios entre Estados de una misma región o de regiones vecinas; y, 2) La descentralización de poder en unidades subnacionales. Estas últimas no significan el vaciamiento del Estado por la pérdida de competencias o de recursos, sino una reformulación del rol que le corresponde al poder central dentro de los nuevos esquemas.

El nuevo diseño se impone por sí solo ante el evidente agotamiento del Estado centralizado e impotente que carece de servicios eficientes, que tiene una agonizante seguridad jurídica y vacíos de poder público que son ocupados por grupos de múltiple procedencia que miran sus propios intereses individuales y no los de la nación o los de la patria de todos.

La profesora María de los Ángeles Delfino expresa que en casi todos los países ha surgido una demanda por descentralizar, no sólo para hacer más eficiente la administración pública y acercar al administrado a la administración, sino incluso porque existe una relación causa-efecto entre democracia y descentralización al entender que un régimen descentralizado goza de mayor legitimidad democrática que el que no lo es, en la medida en que a través de la des-

centralización puede lograrse una mayor democratización institucional, social y socioeconómica. Institucional, porque permitiría una disminución de la concentración y de la centralización; social, porque facilitaría las posibilidades de acceso a las decisiones; socioeconómica, porque habría una mejoría en la asignación de los recursos estatales, mayor racionalización presupuestaria y una más eficiente complementación de las políticas sociales y de la organización de los servicios.

Si el Estado centralizado ya no corresponde a las necesidades de la sociedad, es indispensable protegerla mediante un nuevo trazado de las estructuras de aquel. Como en todas las épocas, hay grupos que detentan determinados privilegios que se resisten a aceptar cualquier cambio significativo porque supuesta o realmente los va a perjudicar. Pero sobre las ideas, con mayor razón si tienen que ver con la organización y la vida misma del Estado, es necesario debatir, oponer razones, sostener argumentos, con la seguridad de que del análisis racional y científico de los temas saldrán las mejores decisiones. No debemos tener miedo a discutir respetuosamente sobre asuntos que son, a la vez, importantes y novedosos dentro del derecho constitucional ecuatoriano.

El constitucionalista venezolano, Ministro de Estado para la Descentralización de su país, José Guillermo Andueza, señala que cada tipo de descentralización o cada tipo de federalismo tiene unos supuestos indispensables que no pueden olvidarse en el momento de adoptar uno u otro modelo. No existe un único modelo de descentralización, ni tampoco existe un solo y único modelo de federalismo. El federalismo estadounidense no es igual al alemán ni al brasileño, ni son iguales la descentralización italiana, boliviana, española o colombiana. Cada una de ellas responde a unas realidades que no son fáciles de transplantar, por lo que hay que diseñar una descentralización a la ecuatoriana aunque utilizando algunos de los elementos, características o procedimientos que ya utilizaron otros países y que puedan ser fácilmente adaptados a nuestro medio.

EL CASO DEL ECUADOR

El Ecuador tiene una pluralidad de pueblos con ciertas diferencias culturales o históricas, pero se puede afirmar que es un país unificado en el que sus habitantes comparten un mismo sentimiento nacional. Lo que ocurre es que el centralismo entendido como poder político dirigido desde un núcleo geográfico que abarca todo, lo cultural, lo económico, lo político, las finanzas públicas, por su forma de practicarlo ha fracasado rotundamente. Casi todos los servicios públicos tienen un porcentaje de insatisfacción enorme en la población, pues la educación es deficiente y está tomada del cuello por un partido político; los servicios de salud, entre ellos el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), no prestan adecuada atención a la gente; un enorme porcentaje de la población, especialmente en el área rural, carece de servicios sanitarios, los medios productivos no tienen estímulos suficientes por parte del Estado por lo que los índices de desempleo y subempleo han llegado a cotas nunca antes alcanzadas; las telecomunicaciones llevan varios años de retraso en la utilización de nuevas tecnologías, amén del déficit de aparatos telefónicos en relación con la población urbana y rural; la generación de energía eléctrica, indispensable para el desarrollo, tiene también un enorme rezago; todo lo cual se ha agravado en los últimos tiempos por la moratoria unilateral en el pago de la deuda externa, que ha minado la credibilidad en el país; por el congelamiento arbitrario de los depósitos bancarios en perjuicio de centenares de miles de ciudadanos; por el hecho caricaturesco e inédito de tener cinco Presidentes de la República en un lapso menor a cuatro años; por una alta inseguridad jurídica unida a la desconfianza en el sistema judicial; por una corrupción generalizada que según organismos internacionales especializados nos ubican vergonzosamente entre los diez primeros países del mundo. Esto exige un replanteamiento serio y a fondo del Estado en todos sus órdenes, aunque por el momento lo que nos interesa en este ensayo es mirar la descentralización como un camino que permita a la ciudadanía tener servicios públicos más eficientes; mejor educación; mejor agua potable; mayor atención a la salud, en lo preventivo y en lo curativo; mejores carreteras; mayor seguridad en las calles; en suma elevar la calidad de vida del ciudadano y permitirle que se acerque más a los centros de poder donde se toman las decisiones, profundizando con ello la democracia.

Una de las medidas que ayudará en gran proporción a cambiar las falencias existentes es la descentralización: la funcionalidad es una nota que podríamos considerar, dice Xacobe Bastida Freixedo, como característica de cualquier tipo de descentralización. Tiene como fundamento eliminar la "aplopejía en el centro y la parálisis en las extremidades", que suelen aquejar a los Estados basados en una atribución central de la capacidad decisoria.

Pero la descentralización debe ser integral: una que permita a cada provincia si así lo desea (o a varias provincias siempre que sean limítrofes) lograr su autonomía, lo que quiere decir autogobierno, siempre que el marco jurídico creado al efecto no contraríe a la Constitución, a las leyes ni a la nacionalidad. En otras palabras, la descentralización integral, o más propiamente la autonomía, debe comprender lo financiero-tributario, lo legislativo (ambas cosas dentro de sus competencias), lo político, y obviamente lo administrativo.

DESCENTRALIZACIÓN Y AUTONOMÍA

Hay autores que diferencian la descentralización política de la autonomía política, entre ellos Sergio Boisier, Fernando Garrido y T.B. Calvacanti, citados todos por Delfino, señalando que la autonomía política es la competencia que tienen algunos entes públicos territoriales con personalidad de organizarse jurídicamente y de crear derecho propio, y que implica siempre competencias funcionales legislativas – aunque con sujeción a las normas constitucionales – así como competencias de carácter administrativo, financiero y tributario sin sujeción a otra entidad. Es decir que cada una de las entidades autónomas con personalidad jurídica maneja sus competencias funcionales legislativas, administrativas y financieras independientemente de las otras, tiene capacidad para decidir por sí misma, aunque dentro de los límites fijados por la Carta Fundamental.

La autonomía política presupone la descentralización política, lo que significa que autonomía implica necesariamente descentralización pero no viceversa. Por eso los entes autónomos con personalidad jurídica tienen:

- Una descentralización funcional en el área legislativa igual a la del Estado, así como una reglamentaria en aplicación de sus propias leyes;
- Una descentralización funcional en las áreas administrativa, tributaria y financiera propias.
- Una potestad para organizar, dentro de su ámbito territorial, sus propios poderes y designar sus propias autoridades, dentro de los límites que la Constitución del Estado establece.

En síntesis, si bien es cierto que la autonomía política presupone la descentralización política-legislativa, aquélla comprende un área de la que carece ésta última: la de organizar sus propios poderes públicos y autogobernarse, competencia que debe ser asignada constitucionalmente y que le sirve de garantía.

Dos son los sustentos fundamentales del concepto autonómico: 1) la autonomía no puede menoscabar la unidad indisoluble del país; y 2) debe existir siempre solidaridad entre todas las provincias y pueblos ecuatorianos.

La autonomía no debe implicar un desmembramiento de la nación ni debe ser el comienzo de la desintegración ecuatoriana sino, por el contrario, al estar las provincias más satisfechas con su nuevo rol, deberán contribuir más y mejor a la solidificación del país, pues debe quedar muy claro que: a) la autonomía no implica incumplir las leyes nacionales; y b) que el Estado seguirá siendo quien fije las políticas del país en todos los rubros, por lo que las decisiones de las autonomías debe estar de acuerdo a las enmarcadas en esos grandes lineamientos nacionales. Por ejemplo, varios de los planteamientos pro-autonómicos proponen que la educación, como uno de los servicios públicos esenciales, sea prestada por la autonomía. Si eso llegara a ocurrir, tal manejo no implicaría salirse de los megasquemmas diseñados por el Ministerio de Educación Pública, o sea por el Gobierno Nacional. Si la educación regresa al control de los organismos seccionales o de los entes autónomos, volveríamos al estatus vigente antes de que el Estado estuviera bajo los efectos de la embriaguez petrolera, pues hasta la década de los 70 muchas escuelas y colegios eran municipales, pero ante la penuria permanente de los municipios, el Estado se vió obligado a financiar íntegramente,

con muy pocas excepciones, el presupuesto de la educación pública del país, beneficiando a los profesores, a los alumnos, y quitando un gran peso de encima a los escuálidos fondos municipales.

En una reciente crónica periodística, el sociólogo Simón Pachano indicaba que "las autonomías no son solamente una descentralización administrativa y económica sino que contemplan una redistribución del poder; por lo tanto, gran parte de los conflictos que ahora chocan con el Gobierno central se resolverían en instancias más cercanas a sus fuentes de origen. Desde el punto de vista político, la autonomía o una buena descentralización llevan a una redistribución del poder, y esto es fundamental hacerlo en el Ecuador."

Según Ortega y Gasset, quien comentaba el tema español, no es posible vida pública si no se procura crearla a través de la descentralización. "La descentralización es sólo una *conditio sine qua non* a la que hay que añadir otra: la creación de cuerpos autónomos, capaces de desarrollar fuertes corrientes de vitalidad pública. Es ineludible buscar entre el Estado —cuerpo demasiado grande y abstracto— y el municipio —demasiado pequeño y no menos abstracto— un tipo de organismo intermedio que sea lanzado al agua de su propia responsabilidad para que se vea obligado a salir nadando."

Varias son las cosas que deben ser puntualizadas para efectos de describir con cierta precisión lo que debe entenderse por una autonomía, por lo menos como yo la concibo:

1. Debe corresponder a una provincia determinada, y no creo que se pueda llegar a más en muchos años, pues nuestro excesivo individualismo junto a las disputas por parcelas provinciales de poder, impedirán que se formen grandes comunidades autonómicas integradas por dos o más provincias.
2. La jurisdicción de la autonomía debe ser administrada por una autoridad colegiada compuesta por cinco personas (o siete, o nueve, o los que sean del caso) que deben ser elegidas popularmente en comicios públicos. De entre ellos se elegirá un presidente, aunque otra opción sería que el presidente sea escogido también por medio del voto ciudadano. Este organismo colegiado debería llamarse Gobierno, Consejo o Junta Autónoma de... u otra denominación similar. La formación de la Junta (o como se llame) implica por supuesto la desaparición del Consejo Provincial en aquella jurisdicción que adopte la autonomía, pues en mi concepto no es un organismo diseñado como para conducirla, dirigirla y gobernarla, además de que la Constitución establece que los Consejos Provinciales "ejecutarán obras exclusivamente en áreas rurales", y una autonomía con esas limitaciones sería una casi minusválida.
3. La autonomía así concebida debe tener un cuerpo legislativo que sea el que dicte las normas que van a regir dentro de la jurisdicción, independientemente de la vigencia de las leyes nacionales. Resulta ocioso decir que las disposiciones autonómicas no podrán oponerse a las leyes nacionales y que el cuerpo legislativo de la autonomía sólo podrá emitir regulaciones dentro de las materias de su competencia. Este tema de legislar dentro de la autonomía ha asustado a algunas personas, porque

se han olvidado o han querido olvidar que los Concejos Municipales y los Consejos Provinciales ya tienen esa facultad dentro del actual ordenamiento jurídico ecuatoriano. Hay que insistir en que dictarían leyes autonómicas únicamente sobre las materias que les corresponde según la ley y su estatuto.

4. La autonomía debe ser voluntaria o facultativa, de ningún modo obligatoria, lo que significa que deberá tener una aplicación selectiva, dependiente de la voluntad provincial —o regional si llega el caso— a fin de que responda a los verdaderos deseos de la población respectiva que no la aceptaría si fuera impuesta y no querida.

En palabras de Azaña, pero con relación a España, —y lo cito porque algo parecido, aunque no exactamente igual está ocurriendo aquí— no se trata de crear autonomías artificiales ni regímenes similares de una región a otra, sino que "han de venir de las raíces mismas de la voluntad de las regiones". El dato fundamental sobre el que ha de asentarse el proceso de autonomización es la verdadera voluntad popular. El arranque deberá ser su propio deseo.

La autonomía no tiene que ser demandada por todas las provincias porque algunas están cómodas en su actual relación con el poder central o porque otras no están en capacidad de asumirla. Miguel Herrero de Miñón sostiene que las autonomías deben responder a la variedad de la nación, propugnando un proceso diferenciado para llegar a ellas. Por lo dicho, me parece conveniente consignar en la Constitución el principio de voluntariedad o de libre iniciativa para la conformación autonómica, por lo que no cabe estimular aspiraciones de ese tipo en las provincias o regiones que tradicionalmente no han planteado esas demandas.

Como la autonomía no es un nuevo sistema de administración política dentro del Estado, no debemos permitir que fracase, porque apunta precisamente a solucionar los graves problemas que tiene el país en estos días, entre los que están, sin duda, la planificación de su desarrollo en el mediano y largo plazo y, por supuesto, las demandas sociales urgentes que deben ser atendidas de inmediato, pues la población con sus angustias no puede esperar más. Eso quiere decir que hay que pensar y repensar —lo que no significa postergar— el diseño de las autonomías de tal suerte que funcionen u operen en beneficio del ciudadano, quien con ellas estará más cerca del punto donde se toman las decisiones que le atañen y podrá fiscalizar mejor a sus representantes, y fundamentalmente logrará ampliar la calidad y la cobertura de los servicios públicos que tienen que ver con la vida diaria del hombre.

TRANSFERENCIA DE PODERES

Pero la existencia de las autonomías, así como no debe atentar contra la existencia del Estado, su unidad y soberanía, tampoco deberá liquidar a los municipios que, por el contrario, deberán fortalecerse al tener más cerca al núcleo donde se toman decisiones que tienen que ver directamente con su jurisdicción o su región. El municipio seguirá siendo la comunidad que secularmente ha resuelto las necesidades puntuales de sus vecinos en ámbitos específicos y perfectamente señalados en la ley.

También es menester puntualizar que no todas las competencias de que goza el poder central son transferibles a las autonomías, pues al Estado como tal le corresponde el

diseño y gobierno de áreas ya determinadas en la Constitución, como son la defensa y la seguridad nacional, la dirección de política exterior y las relaciones internacionales, la política económica y tributaria estatal, la gestión del endeudamiento externo y aquellas que los convenios internacionales expresamente excluyan.

No me atrevo a hacer una enumeración taxativa de las competencias que deberían asumir las autonomías, pero a manera de ejemplo diría que podrían ser la construcción y mantenimiento vial, la organización y control del turismo y transporte, la protección del medio ambiente, la promoción de la cultura (museos, bibliotecas y conservatorios) y del deporte, el impulso agrícola y comercial a través de cooperativas o pequeñas corporaciones, proyectos hidráulicos, canales y riego, agricultura y pesca fluvial, para más adelante asumir también las competencias esenciales de salud y educación, dentro de los linderos que programe y estructure el Estado.

Debo hacer más énfasis en que nadie (ninguna autonomía) debería reclamar competencias que no está en capacidad de asumir, que no las pueda prestar, porque si tal cosa sucede el ciudadano se vería perjudicado por cuanto disminuiría sin duda la calidad de los servicios, es decir que los resultados serían al revés de lo que se busca. Esa es la razón por la cual la Constitución dice que la descentralización sólo será obligatoria (para el Estado) "cuando una entidad seccional la solicite y tenga capacidad operativa para asumirla."

El punto neurológico de las autonomías es el relativo a lo económico-financiero, pues la principal objeción que tienen todos los sectores del país hacia el centralismo es la ineficiente distribución de las rentas y la tardanza con que éstas, en su parte correspondiente, son remitidas a los organismos seccionales respectivos.

En mi concepto se ha desviado un poco la atención de este tema, pues diversos analistas lo han centrado en un combate de cifras acerca de quién recauda más, como si se tratara de un torneo en el que debe existir un ganador. Las estadísticas no deben tener más importancia que la de establecer las autonomías (posibles o probables) que sean autosustentables, aunque no debemos olvidar que la viabilidad de un proyecto como el que comentamos no dependerá solamente de la recaudación de tributos que se haga en su jurisdicción, sino de otros ingresos de variada índole.

En este punto vale la pena decir que los ingresos de las autonomías podrán provenir de las siguientes vertientes:

- El porcentaje de los tributos transferidos al poder central;
- Los propios tributos autonómicos;
- Los recargos sobre los tributos nacionales;
- Las rentas que genere su patrimonio;
- Las transferencias que reciba del fondo de compensación provincial, o como se lo denomine.

Es preciso señalar que si van a existir tributos autonómicos propios, además de recargos sobre los tributos nacionales, habrá un aumento de las actuales imposiciones, de la misma manera que debo apuntar que la creación de las autonomías puede incrementar la burocracia.

Hay que tener siempre presente que para evitar conflictos futuros se debe definir con absoluta precisión las competencias del Estado, de las autonomías, de las provincias que no accedan a la autonomía y de los municipios, pues según Edith Mabel Uñarro, "la falta de claridad en el tratamiento y delimitación en el ejercicio de las competencias que atañen a cada nivel de gobierno parece ser el problema común a los procesos descentralizadores."

No quiero concluir estos comentarios sin decir que las autonomías deben tener en todas sus áreas una gran coordinación con el poder central y que debería existir un mecanismo idóneo y expeditivo para que aquellas no puedan salirse del marco constitucional, so pena de llevar al país a la disgregación y al caos.

Julio César Fernández Toro indica que se debe resolver el problema de la participación de las unidades subnacionales en la formación de las políticas públicas nacionales y de la cooperación entre los distintos niveles, institucionalizando la cooperación vertical, entre niveles, como la horizontal, entre unidades del segundo y tercer nivel.

El Estado centralizado se justificó en sus inicios, pues era necesario fortificarlo para evitar la disgregación y emprender su desarrollo, pero la evolución de la democracia y las demandas de la sociedad exigen una descentralización profunda, a sabiendas de que el nuevo esquema generará consecuencias fundamentales para la vida del país, por lo que el cambio hay que saber conducirlo, como dice García Márquez, no desde el gobierno sino desde el poder.

Desconcentración administrativa y de rentas

Jacinto Velázquez Herrera

Es necesario que la organización administrativa mantenga una real unidad funcional, de modo que sea factible la coordinación general de toda la gestión pública. Que la autonomía se posponga para el instante en que hayamos corregido nuestros defectos.

El tema es apasionante. Aparte del carácter científico, que posee en alto grado, es indudable su trascendencia política por supuesto entendiendo el término en su sentido lato. Quiero ser muy claro en orden a mi aserto de que no debe opinarse y, obvio, jamás lo hice ni lo haré, por impulso de conveniencias para promover ocasionales popularidades ni menos, muchísimo menos, con el propósito de alcanzar liderazgo a partir de la defensa de posiciones que parezcan simpáticas o no para las diferentes Provincias del país, a las que no es dable alentarles esperanzas dirigidas a que supongan que la postura tal o cual va a solucionarle sus problemas. No soslayemos que todo ecuatoriano está obligado a condenar del modo más enérgico e irreversible, al que promueva sentimientos de orden regionalista negativo. No es malo defender lo suyo; lo detestable es hacerlo a costa de sacrificar a los demás.

El exordio, que no busca acusar a nadie en particular sino al que sepa en su conciencia que su actitud no es limpia es necesario, ya que sobre estos asuntos se han producido distorsiones con toda seguridad de buena fe. No me coloco en el plan del ingenuo pero amén del afecto al terruño, negativo si es excluyente, la confusión de conceptos ha sido grave y ello unido al fundamentalismo que ha obnubilado felizmente a muy pocos, puede producir un efecto obstaculizador de la unidad nacional y engendrar pasiones que sería largo y difícil disipar.

POR UN CAMBIO DE RÉGIMEN

Entendamos eso sí, seamos contundentes y coincidentes, en que el régimen actual tiene que ser cambiado de manera radical e irreversible. De otro modo atentaríamos contra el Estado y contra el pueblo ecuatoriano. El manejo de la República en la forma que hoy se lo hace, nos lleva a la disolución y al enfrentamiento más temprano que tarde. El modelo imperante ya cumplió su papel en las circunstancias históricas respectivas y se ha tornado obsoleto, injusto y peligroso.

La división político-territorial del Ecuador no pudo ser otra en 1830. Diferente hubiera sido la situación si el país se hubiese fundado a fines del siglo XX. No es sensato suponer que en el momento inicial se concibiera la integración de las regiones del país. La ausencia de medios de comunicación física y electrónica tornaba inimaginable el diseño de cualquier otro sistema, aparte de que la existencia de la Gran Colombia y, antes, la lucha por la independencia y la situación política mundial de la primera década del siglo XIX, también contribuyeron a no concebir esquemas innovadores.

El Profesor Medardo Chano Mora, en su obra "El Federalismo y el Unitarismo Centralista en la Formación de los Estados de América", analiza el ángulo histórico y recuerda que prisionero Fernando VII y ejerciendo Napoleón a plenitud el poder que provenía de su expansión imperialista, a los criollos en América no les quedaba sino escoger entre lo que denomina "El Cesarismo Francés" o se entregaban al "Unitarismo Centralista Regentista" refiriéndose al Consejo de Regencia. El mismo autor enfatiza que la opción libre era luchar por el Federalismo en América.

Largo sería, y sólo de valor histórico, analizar los Congresos, Confederaciones, Federaciones, Régimen Federal de Estados Unidos de América con su teoría de Le Fur, etc. Eso queda para los "cientistas". Por ahora lo que interesa es que la integración a la Gran Colombia, y la posterior separación, se hizo a base del "Distrito del Sur" lo que de paso conllevó la pérdida del Valle del Cauca, que era nuestro desde 1563 por la Cédula de Erección de la Real Audiencia de Quito que señalaba precisamente como límite norte a Cali, Buga, Champanchica, Guarchicona etc. La Asamblea del 13 de mayo de 1830, que fundó la República, se refirió al "Distrito del Sur", como identificaba al futuro territorio del Ecuador la Ley de División Territorial de la Gran Colombia, expedida por Santander, la que dispuso que el Cauca se integrase a la Jurisdicción del Distrito Central de Colombia. De un plumazo se nos cercenó tan rica e importante área. La Constitución de 1830, en su artículo primero, dice textualmente: "Los Departamentos del Azuay, Guayas

y Quito quedan reunidos entre sí formando un sólo cuerpo independiente con el nombre de "Estado del ECUADOR". El Artículo 53 de la misma Carta Política divide el territorio en Departamentos, Provincias, Cantones y Parroquias. Así nos formamos y de allí partimos, lo que no podemos ni debemos dejar de tener presente, más allá de reflexionar en lo que pudo ser y no fue. Insisto que la explicación histórica de nuestro régimen actual se asienta en la realidad geográfica, en la falta de comunicación, así como en la explicable ausencia de visión de esos "Padres de la Patria", que debieron resolver que las unidades geográficas no excluyeran a las demás regiones, lo que provocó, como inmediata consecuencia, la pésima distribución de la riqueza y la ausencia de efectiva complementación entre los habitantes de la naciente República. Siempre fue, y lo sigue siendo, un problema insoluble el que nuestros gobernantes, con pocas excepciones, no miran más allá de las circunstancias del día; no busquen trascender; no se obsesionen por lo que viene. Acaso, éste pudiera ser uno de nuestros males por superar.

No quiero hacer otras referencias de la bibliografía que conozco. Mucho se ha tratado sobre el tema, en especial por ecuatorianos interesados en contribuir a la aclaración de dudas al respecto. Daría vanidosamente una falsa y desmañada impresión de erudito y me convertiría en relatista de aspectos teóricos que probablemente confundan más. Creo indispensable, más bien, determinar macroconceptos, lineamientos básicos, el continente respecto del contenido y que los detalles sean arreglados por los eternos asesores, la legión de "técnicos" que impresionan a un Presidente cuando es inseguro, o el "kikuyo", como de modo peyorativo también se los llama; eso sí, con extremo cuidado para evitar que en la letra pequeña o en el consabido Reglamento enquisten sus criterios y se burlen del mandatario. O sea, con claridad meridiana, definir a cada paso quién es el que ejerce el poder político de la República.

NO HAY MULTIPLICIDAD DE SUBIDENTIDADES

Un punto de discusión que me parece errado, ha sido el de suponer que el Ecuador tiene multiplicidad de subidentidades. Al contrario, las características principales que el Derecho Político contemporáneo exige para conformar una Nación, están dadas a plenitud entre nosotros, a saber identidad de historia y de ideales. Los elementos secundarios como religión, idioma, costumbres, etc, no pueden por sí generar una identidad. Eso no es lo que la historia y la humanidad han entendido por Nación. Sería estólido suponer que cada vez que un grupo de individuos tiene diferencias idiomáticas, o de costumbres o de raza, ya estamos frente a otra. Esto es como lo que ocurre al ser humano en una familia. Sus miembros tienen expresiones sentimentales y/o temperamentales diversas por reacciones o tendencias disímiles, propias de la personalidad de cada uno, pero aquello no significa que por eso dejen de sentirse parte del conglomerado de sangre al que pertenecen independientemente de su voluntad, y al que la vida misma los obliga a estar integrados por el origen y por los propósitos comunes.

No podemos alarmarnos porque los indígenas, nuestros antepasados innegables, una de las sólidas y gratas bases de nuestro mestizaje, hablen quichua o celebren fiestas propias. Subrayamos que Ecuador sí es una Nación porque, tercera ocasión que intencionalmente lo relievamos, estamos

identificados por el origen y por los afanes para encarar el futuro. Ciertamente que como pueblo somos muy jóvenes aún; se diría que imberbes, ya que apenas sumamos ciento setenta años de existencia. Esto a nivel de explicación, que no justificación.

Quepa en esta parte una ligera disgresión que, de otro lado, parece un lugar común y que se refiere a la falta general de conciencia de finitud del ser humano, apreciable en mayor intensidad en nuestros dirigentes políticos. Actúan como si el mundo comenzó y va a terminar con ellos. Luce que no estén ciertos que la vida es cortísima para el hombre, con mayor razón para quien tenga tareas de dirección social cuyo lapso todavía es menor. Velasco Ibarra decía que "Un año es un minuto en la vida de los pueblos". Bajo este parámetro, el mal denominado "liderazgo político" en el Ecuador, en algunos casos no pasa de ser décimas de segundo.

Lo anterior se vincula con el criterio candoroso, obvio que muy puro, que tienen algunos de los que hacen opinión pública, que no captan que el tratamiento de asuntos como el que motiva el presente artículo, debe indispensablemente abordarse con análisis previo de la Historia y de los resultados prácticos durante el tiempo en que se han venido aplicando las reglas; pero sin ignorar las consecuencias de los cambios en el plano de las perspectivas, de la incidencia en el conglomerado, de la conveniencia del país más allá de la contingencia del día. A veces en política se procede con angustiante limitación a lo que ocurre hoy. ¡cuidado entonces! Tiene que darse divulgación extensa de lo que entraña la Nación como tal, sea por la vía de la enseñanza como asignatura en escuelas y colegios; sea por la de programas en medios de comunicación colectiva; sea por la de propaganda a través de los útiles de los estudiantes y de mil otras formas. Hay que reconocer la pluralidad de etnias; advertir del peligro que implica reputar el reconocimiento de las diversidades como elemento desintegrador. En suma, hay que preocuparse ya de fortalecernos como Nación y de que haya una perfecta concienciación en cada ecuatoriano.

LA CONCENTRACIÓN ADMINISTRATIVA

Dije de modo tajante, y lo reitero, enfatizándolo para que no quepan dudas, que no puede continuar la organización administrativa actual del país. Esto no quiere decir que se la destruya en forma total y se la sustituya sin dejar vestigios. Lo que se impone hacer es corregir drásticamente los males. En primer lugar, el progreso de la cibernética es de fundamental ayuda para el fin. Medítese a fondo que resulta intolerable que a propósito de Gobierno Unitario la totalidad de los trámites se realicen, en pleno siglo XXI, sólo en la capital de la República. Hay que diferenciarlos de las decisiones trascendentales respecto de los problemas nacionales de envergadura que, en cambio, no pueden ser tomadas en estratos provinciales, ni siquiera regionales. Dicho de otro modo, lo que ha existido hasta aquí se llama CONCENTRACION ADMINISTRATIVA. Esto no puede seguirse dando y hay que culpar a quienes han dirigido el país, que por una u otra circunstancia no hicieron la reforma integral.

No hay excusas para los Presidentes. En algunos casos por descuido; en otros por cálculos políticos banales; en otros, pretextando asentarse en leyes, en rigor innecesarias, con lo cual se buscaba el denominado "consenso" de los

partidos políticos para evitar oposición; en otros por falta de responsabilidad o aun, pudiera ser, por ausencia de interés; o, hay que ser justos, a lo mejor algunos creyeron que renovaban el sistema con medidas que a la postre fueron incompletas o pálidas. Es indiscutible que la radical reforma desconcentradora corresponde a la administración y su jefe es quien preside la Función Ejecutiva, el Administrador del Estado. Nada tiene que ver el Congreso, a no ser por algún caso de excepción.

La alta tecnología de las comunicaciones modernas proporciona la singular oportunidad de que un trámite pueda hacerse lo mismo desde Galápagos o desde el Oriente que en Quito. Las consultas interactivas permiten la toma de decisiones. Para que esto ocurra debe haber "facultad", en otras palabras, "competencia" muy fácil de otorgarse por Decretos Ejecutivos. El Presidente de la República, y nadie más que él, está en capacidad de expedirlos y como posee la atribución de reglamentar, bastaría que deje sin efecto los reglamentos e instructivos, haga uno solo para la administración toda y de un tirón finalice la colosal maraña que nos tiene atrapados e imposibilita la agilidad para cumplir la tarea.

La ciudadanía reacciona con energía y con toda razón cuando se encuentra imposibilitada de culminar gestiones si no viaja a Quito o la encarga a alguien que allá resida. Entonces se indigna, cree que existe ventajismo por parte de los hermanos ecuatorianos que se encuentran en esa ciudad; los siente llenos de privilegios. Eso conlleva el riesgo inmenso de que la molestia se convierta en un resentimiento, al principio sordo y pasivo, y después activo.

Otro inconveniente en la vida diaria es la barbaridad de que una de las derivaciones constantes, peligrosas, odiosas, lacerantes y absurdas de la concentración administrativa, sea que el dinero salga de la Provincia, vaya a la capital para que luego retorne al lugar de origen, lo cual además de ridículo es torpe, aberrante y fuera de toda lógica. Un Subsecretario de Obras Públicas en el Guayas renunció hace pocos años porque su asignación mensual era de \$/30'000.000 apenas, lo que no alcanzaba ni para el bacheo de una calle. La reforma a imponerse es sencilla y debe consistir en que una tercera parte, aproximadamente, de las rentas producidas en cada circunscripción sea retenida mientras que el saldo se envíe a la capital, con la posibilidad de que el porcentaje aumente, si un análisis técnico lo amerita.

No soy partidario de incorporar a los Organismos Seccionales en la Administración Pública. Ellos tienen sus propias tareas y poseen sus reglas que, obvio, deben ser celosamente respetadas por el Gobierno Central, igual que su participación contemplada en el Presupuesto del Estado. Estoy hablando que el dinero retenido sea confiado a los entes del propio Estado entendiéndose por tales a las Subsecretarías Regionales, a las Direcciones Provinciales, a las diferentes instituciones de cualesquiera clases que fueren, manteniéndose los sistemas de control como se manejan ahora.

Así, además de las competencias, alcanzarán la seguridad de disponer de fondos para que su acción no sea demorada por interminables petitorios que literalmente llevan a pedir a Quito hasta una escoba. Los asuntos serían mejor y más prontamente atendidos siempre dentro del marco de planificación de cada Ministerio pero con la ventaja de eje-

cución inmediata. La fumigación contra mosquitos en la Costa, para citar situaciones comunes, no puede estar sujeta a una comunicación y a transferencias ya que hacerlas tarde implica epidemias con secuela de mayor costo humano y numerario. La atención a un hoyo de carretera tampoco puede depender del bendito oficio, del "informe técnico", del "presupuesto" de la obra, etc, mientras que los vehículos se destrozan y muchas personas se colocan en peligro de un accidente fatal. Muy larga e imprevisible sería la lista completa de los casos.

Se podrá advertir que en mi plan se reserva las decisiones de gran espectro al Gobierno Central, por un elementalísimo criterio de unidad. Pensemos que en este país casi todo está por hacerse. Frente a esa pavorosa realidad, urge una planificación total a base de políticas de Estado que son paradójicamente de las que carecen los Gobiernos y las que no se discuten en las campañas electorales. Por salud mental y cívica esperemos que siquiera una tercera parte de la ciudadanía no vuelva a votar por lo que le dicen cuatro o cinco autodenominados "líderes" (los mismos de siempre), ni menos por los rostros en los afiches o por las sandeces, y a veces payasadas, que repiten las cuñas de televisión o de radio, financiadas por el banquero corrupto o por el ávido de un "negocio", de esos en que el pobre Estado tiene que comprar lo que no necesita y siempre más caro, porque se lo exige el Diputado asqueroso que como hetaira, se inmersa en todo Gobierno para enriquecerse convirtiendo la política en cuchara. Si la próxima campaña electoral no se caracteriza por un enfrentamiento de propuestas concretas para transformar, y por la presencia de ciudadanos independientes de los círculos malditos que han aherrojado a los ecuatorianos, simplemente vamos a extinguir la República.

No puedo sustraerme, y ruego se me excuse, dejar de mencionar lo que le ocurre al Ecuador objetivamente. Méditese en que las estadísticas revelan 80% de población pobre. Esta situación trágica evidencia también que cuatro de cada cinco ecuatorianos no satisfacen sus necesidades. El propio Gobierno, con sus dependencias de investigación, ha concluido que la canasta familiar está alrededor de los US \$ 200 mientras que los que tienen la suerte de estar empleados ganan apenas US \$ 64. Sin lugar a discusión alguna, esos compatriotas sobreviven de modo precario cubriendo escasamente la tercera parte de sus menesteres, contemplando impotentes cómo cuatro vivos lo depredan. El índice consolidado de subempleo y de desempleo está en el 73%, lo que es pavoroso. Se anuncia inflación en dólares de 80% o más. Se permite al Banco Central una emisión de trescientos millones en bonos dólares para la banca; trescientos mil hermanos tuvieron que salir huyendo para buscar en el exterior cumplir tareas de cualquier tipo, aun hasta denigrantes, mientras los eternos cuentistas, sujetos de doble discurso, identificados por su negatividad e incapacidad para resolver los problemas nacionales, gozan de comodidades e impunidad.

Aquello nos lleva de modo inaplazable a identificar nuestros problemas y su gravedad y proponernos, por fin, resolverlos por encima de los necios, de los demagogos y de los inconscientes, tarea en la que debemos emprender todos con prescindencia de los autores de la tragedia. Compéndase entonces por qué no estimo oportuno renunciar al Gobierno Unitario y a las decisiones centrales. Conste que no he dicho CENTRALISMO.

Una República no puede asentarse en un grupo humano que deje de ser solidario. Lo que le sucede a un ecuatoriano le interesa a la colectividad entera. Somos una familia. La riqueza a raudales que Dios nos ha dado, y que jamás supimos utilizarla, no cabe que sea retenida en el lugar del territorio en que se produzca u origine. No debemos arriesgar ni aventurar nuestra base nacional. Es urgente insistir hasta la saciedad en tal objetivo común, que es imperativo e impostergable para vigorizar a la Nación.

A modo de ejemplo, mencionemos que hay una Provincia muy rica tanto por la naturaleza como por el trabajo creativo de sus habitantes, que es El Oro, mientras que su vecina, Loja, uno de los más bellos sitios de este país, uno de los lugares donde más se concentra la pureza, la buena fe, la rectitud moral, el sentimiento cívico; uno de los sitios donde el arte es una expresión común como lo es la educación y la finura de su gente, posee muchas zonas de erosión y su red vial es elemental. Recapacítense en cómo es imperativo que la riqueza se reparta como primera manifestación de fraternidad sin que eso envuelva un afán de quitarle a sus dueños lo suyo. La finalidad es repartir la riqueza y no la pobreza, por lo que los pueblos poseedores de recursos mayoritarios nada tienen que temer.

A mí no me asusta la autonomía. Lo que sucede es que encierra el hecho de que una comunidad tenga normas y gobiernos propios, por más que haya límites y que se pretenda que aquellos estén dados por el respeto a la unidad social general. Pienso, con el mismo derecho de los que la defienden excluyendo toda otra posibilidad de reforma, que no corresponde a este momento histórico del país, en gran parte por la gravedad de la crisis económica, social, moral, política y humana por la que estamos pasando.

LOS ASPECTOS SOCIOECONÓMICOS

Dejemos de lado a lo económico pese a que es tan vasto. Detengámonos un momento en lo social, en lo político, en lo moral, en las rivalidades increíbles entre personas de distintas regiones, manifestadas en el desprecio de unos contra otros. Este es un país en el que todavía, como ya lo dije, se cree que la diversidad revela falta de identidad. Aquí nos calificamos de "mono ladrón" y de "longo sucio", frases impropias cuyo sentido peyorativo no tiene otra causa que el haber nacido en cierta zona de la Patria. Los politiqueros no se han preocupado de cerrar heridas que no debieron existir. Este es el resultado de que en Ecuador no hay líderes propiamente dichos sino ganadores de elecciones. "Liderazgo" quiere decir señalar nuevos senderos, constituirse en guía de sus conciudadanos; sostener ideas diferentes y positivas; propiciar el reencuentro nacional, etc.

Nos olvidamos que existe el mestizaje y de que no somos animales irracionales en concurso de raza. Todavía hay quienes están convencidos de que por el color de la piel se establece superioridad. En el Ecuador vivimos grave injusticia social, y los grupos dirigenciales no entienden, salvo mínimas excepciones, que sus intereses no están encima de la Nación.

Una tendencia muy frecuente que nos caracteriza es la de imitar o, por los menos, refugiarnos en ejemplos de lo que ocurre en otras partes sin el tamiz que requieren indispensablemente las ideas y las realidades extrañas. Se habla

de España y de sus regiones autónomas o se recuerda a Suiza. España es un país con una historia muy singular, con una raza archi mestiza entre celtas, iberos, godos, visigodos, romanos, árabes. La Nación española es grandiosa porque se fue integrando contra la adversidad. Su unificación tuvo como símbolo la lucha de la cruz contra la media luna; su gesta fue motivada justamente por los elementos principales a los que aludí, es decir, la historia común y compartir ideales. Muchos reinos sufrieron el problema de siete siglos y medio de dominación árabe y jamás se creyeron conquistados sino, al contrario, estrecharon sus elementos comunes y combatieron hasta la inolvidable toma de Granada y la derrota de Boabdil y sus inmortales lágrimas, tan repudiadas por su propia madre. Eso ocurrió recién en el Siglo XV.

Es obvio que las diversidades españolas son mucho más fuertes y el Estado estaba obligado a reconocerlas, lo que felizmente ocurrió por libre decisión luego de las cuatro décadas franquistas. De otro lado, la Confederación Helvética (Suiza) tiene varios siglos. Se trata, entonces, de países adultos que nos superan con largueza en edad, en madurez, en dolorosas confrontaciones y que no nacieron en 1830.

Hablar de Estados Unidos y del Federalismo, es referirnos a un grupo de ingleses y a sus hijos nacidos en América, con muchos siglos de tradición y que cuando resolvieron crear su país dieron muestras de sensatez excepcional y de excelente visión de lo que estaba por venir. Lo contrario sucedió en América del Sur cuando nadie entendió a Bolívar que clamaba en el desierto por su "Nación de Repúblicas" y por los "Estados Unidos del Sur".

Lo que propongo es que la organización administrativa mantenga una real unidad funcional de modo que sea factible la coordinación general de toda la gestión pública. Que haya un país cohesionado con esa unidad y con la subordinación consiguiente de todos sus órganos. Que la autonomía se posponga para el instante en que hayamos corregido nuestros defectos; en que estemos robustecidos y consolidados como Nación y en que los problemas económicos y sociales se hubieren superado con firmeza.

Sinceramente y, por supuesto, no soy dueño de la verdad, mi pensamiento franco es el expresado no sólo hoy para este artículo. Hace cinco años lo expuse en el libro "Mi Propuesta", de mi autoría, en cuyo capítulo "Descentralización Administrativa" consta el diseño que he desarrollado ahora con mayor amplitud, como también lo hice en la campaña presidencial de 1996 y en innumerables entrevistas de prensa, y que además lo incluiré en mi próxima proposición política.

Finalmente considero imperativo evocar una vieja idea que hube de lanzarla en 1977 en la ciudad de Ambato, como Presidente de la Federación Nacional de Abogados y que merece que en los siguientes años se la estudie a fondo. Dije entonces, y lo sigo pensando, que una adecuada división política territorial de nuestra República debe ser a base de tres o cuatro circunscripciones en sentido horizontal respetando las estructuras provinciales, capaz de que gocen al mismo tiempo de la riqueza ictiológica, de la producción de Costa y Sierra, de la Amazonía y de los recursos minerales y, más que eso, nos sintamos para siempre integrados, a plenitud irreversible los seres que habitamos este bellissimo país sin suponernos diferentes ni rivales por

el lugar en que nacimos, lo que complementarí­a la desconcentraci3n administrativa y el reparto de rentas planteados.

Quiero agradecer a la Universidad San Francisco de Quito por la oportunidad que me ha dado de ampliar y motivar mejor mi pensamiento en esta delicada temática. Como podr3 observarse, no quise que el presente trabajo se dedique al aspecto jur3dico. Eso es secundario, relativamente sin importancia porque resulta nada m3s que el con-

junto de normas que regir3an una transformaci3n como la que propongo pero cuya significaci3n no es primordial porque sus pautas no tendr3an bases firmes si es que primero no convenimos en la pol3tica de Estado que debemos adoptar. En todo caso, ojal3 que mi propuesta sea acogida por el pueblo ecuatoriano como soberano que es, y como tal, due1o de la 3ltima palabra.

Es obvio que las diversidades espaf1olas son muchas m3s fineras y el Estado estaba obligado a reconocerlas, lo que felizmente ocurri3 por libre decisi3n luego de las elecciones de 1830. La Confederaci3n Helv3tica (Suiza) tiene varios siglos. Se trata, entonces, de pa3ses adultos que nos superan con largueza en cada materia. En doctorales conferencias y que no nacieron en 1830.

Hablar de Estados Unidos y del Federalismo, es referirnos a un grupo de ingleses y a sus hijos nacidos en Am3rica con muchos siglos de tradici3n y que cuando resolvi3ron crear su pa3s dieron muestras de sensatez excepcional y de excelente visi3n de lo que estaba por venir. Lo contrario sucedi3 en Am3rica del Sur cuando nadie entendió a Bolívar que clamaba en el desierto por su "Naci3n de Rep3blicas" y por los "Estados Unidos del Sur".

Lo que propongo es que la organizaci3n administrativa mantenga una real unidad funcional de modo que sea factible la coordinaci3n general de toda la gesti3n p3blica. Que haya un pa3s cohesionado con esta unidad y con la subordinaci3n consistente de todos sus 3rganos. Que la autonom3a se ponga para el instante en que hayamos conseguido nuestros 3xitos: en que estemos robustecidos y consolidados como Naci3n y en que los problemas econ3micos y sociales se encuentren asociados con firmeza.

Sinceramente y por supuesto, no soy due1o de la verdad. Mi pensamiento 3nico es el expresado no s3lo hoy sino en este art3culo. Hace cinco a1os lo expuse en el libro "Propuesta" de mi autor3a, en cuyo cap3tulo "Desconcentraci3n Administrativa" consta el dise1o que he desarrollado ahora con mayor amplitud, como tambi3n lo hice en la campaf1a presidencial de 1990 y en innumerables entrevistas de prensa y que aqu3 se incluye en mi pr3xima obra posici3n p3blica.

Finalmente considero imperativo evocar una vez m3s que hubo de lanzarse en 1977 en la ciudad de Ambato, como Presidente de la Federaci3n Nacional de Abogados y que merece que en los siguientes a1os se la estudie a fondo. Dije entonces y lo sigo pensando, que una adecuada visi3n pol3tica territorial de nuestra Rep3blica debe ser a base de tres o cuatro circunscripciones en sentido horizontal respetando las estructuras provinciales, capas de que gozan al mismo tiempo de la t3cnica tecnol3gica de la producci3n de Cereales y Seda, de la Amazonia y de los recursos minerales. Y m3s que eso, nos sentimos para seguir investigando a pie juntillas, a pie juntillas las series de habitamos este bello pa3s sin subconscientes diferencias ni rivalidades

... para la Naci3n. Muchos tienen soluciones al problema de compartir ideales. Este siglo y medio de dominaci3n, siete y juntas se crearon con unidas sino al contrario, estas se crearon con unidas y compartieron hasta la independencia los territorios de la Gran Colombia y la Gran Colombia y sus territorios, las mas importantes por su propia historia. Este es el caso de la Naci3n. Es obvio que las diversidades espaf1olas son muchas m3s fineras y el Estado estaba obligado a reconocerlas, lo que felizmente ocurri3 por libre decisi3n luego de las elecciones de 1830. La Confederaci3n Helv3tica (Suiza) tiene varios siglos. Se trata, entonces, de pa3ses adultos que nos superan con largueza en cada materia. En doctorales conferencias y que no nacieron en 1830.

LOS ASPECTOS SOCIOECON3MICOS

Despu3s de haber pasado a lo econ3mico pese a que es tan vasto. Describamos un momento en lo social, en lo b3lico, en lo moral, en las rivalidades inc3pites entre personas de distintas regiones, manifestadas en el desprecio de unos contra otros. Este es un pa3s en el que todav3a como ya lo dije, se cree que la diversidad revela falta de identidad. Aun nos calientamos de "nuestro idioma" y de "nuestro acento". Estas rivalidades cuyo sentido profundo no tiene otra causa que el haber nacido en diferentes partes de la Patria. Los indicadores no se han preocupado de evitar heridas que no debieron existir. Este es el resultado de que el Ecuador no ha sido propiamente dicho sino un pa3s de elecciones. "Liderazgo" quiere decir actuar nuevos sectores constituidos en gu3 de sus concepciones, sosteniendo ideas diferentes y positivas; promover el crecimiento nacional.

Los 3xitos que existe el mezclarlo y de que no somos 3xitos territoriales en concepto de raza. Todav3a hay quienes creen convencidos de que por el color de la piel se establece superioridad. En el Ecuador vivimos graves injusticias sociales y los grupos 3xitos no entienden, salvo m3s intereses, que sus intereses no est3n en la Naci3n.

Una tendencia muy reciente que nos caracteriza es la de mirar, por los menos, los 3xitos en ejemplos de lo que ocurre en otras partes sin el m3s que repudiarlo indistintamente las ideas y las realidades extranjeras. Se habla

La protección internacional del derecho de autor y su papel en la promoción de la actividad creativa literaria, musical y artística

Ricardo Antequera
Parilli

Se ha pretendido colocar en posiciones antagónicas al derecho del autor a recibir una contraprestación por el uso de su obra y al derecho de todas las personas a acceder a la educación y a la cultura.

I. LAS OBRAS DEL INGENIO Y SU UNIVERSALIDAD

Toda obra literaria, musical o artística tiene, por su propia naturaleza, una vocación de universalidad, en primer lugar porque el autor, en el legítimo anhelo de fama e inmortalidad, desea que su creación sea conocida más allá de sus fronteras nacionales. Y, en segundo lugar, por la característica ubicuidad de las producciones del ingenio, las cuales son susceptibles de ser explotadas de forma simultánea en diversas partes del mundo, hoy, además, a un ritmo impresionante gracias a la combinación de la tecnología digital y los modernos medios de telecomunicación.

También por ambas razones el autor no crea hoy solamente en aras de una satisfacción íntima, al ver su obra realizada, ni tampoco únicamente por una satisfacción "de relación", por el prestigio personal o profesional que aspira lograr en su entorno social, sino también en procura de un beneficio económico, pues el creador no quiere vivir ya de las dádivas de los mecenas o protectores, sino que aspira a una existencia decorosa a través de los beneficios que se deriven de la explotación de su creación.

II. EL DERECHO DE AUTOR COMO UN DERECHO UNIVERSAL

En una excelente investigación sobre la "pre-historia" del reconocimiento de los derechos de Propiedad Intelectual, Borja Adsuara informa que ya los teólogo-juristas de la Escuela Española de Derecho Natural (o "Escuela de Salamanca"), afirmaban los derechos del escritor y del artista, y que el jesuita Francisco Suárez, en su obra "Sobre la religión", publicada en 1624, afirmaba la existencia de un "dominio natural sobre los bienes internos espirituales" (las ciencias y las artes incluidas)¹.

A su vez, bajo la época histórica de la ilustración, comenzó a desarrollarse una nueva forma de fundamentación

del derecho, así como un nuevo concepto de la libertad y, en ese sentido, Locke (1690), en Inglaterra, expresaba que el ser humano es "dueño de sí mismo" y que "el trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos son realmente suyos"².

En la evolución de las ideas surge luego el pensamiento de Kant (1785), para quien "el derecho de autor es en realidad un derecho de la personalidad"³, de manera que las facultades reconocidas al creador siguen con él independientemente de cualquier contrato entre vivos, posición desarrollada muchos años después por Gierke (1936), quien consideró que "el autor tiene un señorío sobre su obra, pero no sin más, ni siquiera en consideración a que ésta es una criatura suya; sino en tanto en cuanto se encuentra dentro de su esfera personal"⁴.

Luego de la tesis de Kant aparece la concepción de la llamada "propiedad espiritual", resumida por Le Chapelier ante la Asamblea Nacional Francesa (1791), al señalar que el derecho del autor es "la más sagrada y personal de todas las propiedades".

En el plano legislativo, ya el Estatuto de la Reina Ana (Inglaterra, 1710), concedía a los autores de obras literarias un privilegio para imprimir y reimprimir sus libros (origen del sistema angloamericano o del "copyright"), mientras que durante la Revolución Francesa, las leyes de 1791 y 1793 reconocieron a todos los creadores, tanto de obras literarias como de creaciones artísticas y musicales, derechos de representación y reproducción, no solamente por toda la vida del autor sino también por un tiempo después de su muerte, dando origen así al sistema latino, continental o del "derecho de autor".

Todos esos antecedentes, entre otros, permiten explicar la razón por la cual el Derecho de Autor, como disciplina que tiene por objeto la protección de los autores sobre sus creaciones intelectuales en el dominio literario y artístico, no es solamente una "artificialidad jurídica" creada por algunos legisladores nacionales, sino que posee características de universalidad, y de allí su reconocimiento como uno de los Derechos Fundamentales del Hombre.

III. EL DERECHO DE AUTOR COMO UN DERECHO HUMANO

El concepto de "Derecho Humano", concebido por mucho tiempo en forma restringida a aspectos como la vida, la libertad personal, la integridad física y la libre expresión del pensamiento (derechos humanos de "primera generación"), deja de cobrar su pleno sentido si, contemporáneamente, el hombre no puede ver satisfechas otras necesidades básicas como el empleo, la vivienda, la salud, la educación y la cultura.

Pero los bienes culturales capaces de satisfacer una parte de esas necesidades, no vienen de la nada: el ingenio humano mantiene una relación retroalimentadora con la sociedad en la que el creador vive: el hombre se aprovecha de los valores culturales existentes, pero con la habilidad creativa capaz de producir nuevas formas originales de expresión.

Y ese autor, dotado por la providencia del don de la creatividad tiene, como los demás seres humanos, el deseo de satisfacer sus propias necesidades terrenales, en función de una recompensa a su labor creadora; tiene además el derecho a exigir, en razón de la satisfacción íntima y de relación que estimula su creatividad, el que se le reconozca la paternidad sobre su creación; y aspira, finalmente, al derecho a beneficiarse de la función social que desarrolla y en proporción al éxito que otros obtienen con la explotación de su creación.

De allí que ya en 1948 la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIII) reconociera que:

"Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos (...) Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas o artísticas de que sea autor".

En términos similares, el 10 de diciembre del mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 27 reza:

"1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten."

"2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponda por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".

En ambos casos se trata de declaraciones y no de convenios, por lo que carecen de obligatoriedad, aunque no deje de destacarse su trascendente valor moral.

Por otra parte, y como lo señalara René Cassin Premio Nobel de la Paz y principal responsable en la redacción de la Declaración Universal, el artículo 56 de la Carta, por el cual los Estados se comprometen a trabajar en cooperación para conseguir el respeto a los Derechos Humanos, revela que el valor legal de la Declaración Universal supera al de una simple recomendación⁵. Es más, comenta Gaubiac, que en virtud de la jerarquía de los tratados, cabría considerar que todo instrumento internacional contrario a la regla con-

tenida en el artículo 27 de la Declaración Universal citada, resulta nulo con arreglo al artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y que en especial los miembros de las Naciones Unidas, deben respetar el principio de protección de los autores, incluidos los que viven en un territorio donde no se aplica ninguna ley o que no es parte de ningún Convenio en materia de derecho de autor⁶, principios sobre los cuales informa Becourt, los preceptos contenidos en dicha Declaración han sido aplicados por los tribunales para garantizar la protección de los "intereses morales de los autores", independientemente de su legislación nacional⁷.

En el campo de los Convenios, es de hacer notar la aprobación, en 1966, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 15, inciso 1, reza:

"1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora."

No es entonces una mera casualidad el que, tanto en las declaraciones internacionales, como en los convenios específicos sobre derechos humanos, los relativos a la cultura y a la protección de los creadores formen parte de una misma disposición, intención evidente de los redactores de destacar, antes que una contradicción entre esos atributos, el carácter complementario en el ejercicio de ambos derechos individuales.

Y es que, como apunta Baylos, la creación no es solamente un hecho personal, sino además una realidad cultural valiosa, que promueve una estimación en función de su propio sentido de realizar la belleza, la verdad o la utilidad, de modo que el creador se constituye como un valor que lo trasciende, que no es únicamente individual, sino también social⁸.

Así, la interrelación entre los derechos fundamentales del Hombre se hace por demás evidente en los atinentes al acceso a la cultura y a la protección de los creadores, si partimos de las siguientes premisas básicas:

SIN AUTOR NO HAY OBRA. SIN OBRAS NO HAY ACCESO A LA CULTURA. TODA CREACION SE NUTRE DE UN ACERVO CULTURAL PREEXISTENTE. LA DESPROTECCION AL AUTOR DESALIENTA LA CREATIVIDAD INTELLECTUAL Y LA PRODUCCION DE NUEVAS OBRAS.

La relación retroalimentadora entre ambos derechos fue advertida por los redactores, tanto de la Declaración Universal de Derechos Humanos como del Pacto Internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales, ya citados, pues en ambos textos los mencionados atributos forman parte de una misma disposición.

También fue comprendida por quienes elaboraron el texto de la Convención Universal de Derecho de Autor (1952), cuyo Preámbulo reza:

"Los Estados Contratantes, animados por el deseo de asegurar en todos los países la protección del derecho de autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas."

“Convencidos de que un régimen de protección adecuada a todas las naciones y formulado en una convención universal, que se una a los sistemas internacionales vigentes sin afectarlos, contribuirá a asegurar el respeto de los derechos de la personalidad humana y a favorecer el desarrollo de las letras, las ciencias y las artes.”

“Persuadidos de que tal régimen universal de protección de los derechos de los autores facilitará la difusión de las obras del espíritu y una mejor comprensión internacional...”

Del mismo modo, la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (MUNDIÔACULT), en la que participaron ministros de cultura y otros representantes de 126 estados miembros de la UNESCO, en su Declaración de México aprobó que “teniendo en cuenta que la creatividad y la creación intelectual de los pueblos..... 1. Reconoce que es indispensable tener en cuenta que el derecho de autor es factor imprescindible para la promoción y protección de la creatividad y de la creación intelectual y para el desarrollo de la cultura de los pueblos...”⁹.

Se trata, pues, de derechos interconectados que no pueden existir el uno sin el otro: el derecho a la cultura supone la existencia de una producción cultural, y ésta de los autores. Todo creador se aprovecha del derecho de acceso a la cultura, pues ninguna creación procede de la nada. El derecho al disfrute de los bienes culturales exige el estímulo a la creatividad, y ello sólo es posible mediante una adecuada protección a los creadores.

No es entonces tampoco un hecho casual que tanto el Derecho de Autor como el Derecho a la Cultura tengan reconocimiento constitucional en muchos países del mundo¹⁰.

IV. EL DERECHO DE AUTOR Y SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Dada entonces la vocación de universalidad de las obras y el carácter fundamental del Derecho de Autor como un Derecho Humano, se hizo imperioso un reconocimiento internacional, con “el deseo de proteger de la manera más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores”.

Pero no puede olvidarse que esa protección internacional del Derecho de Autor, mediante un instrumento con vocación mundial, aunque desde el punto de vista formal fue el producto de la voluntad expresada por los Estados firmantes, también lo es que fue una organización no gubernamental, a pedido de los propios creadores, la “Association Littéraire et Artistique Internationale” (ALAI), fundada en 1878 por Víctor Hugo, la que propuso por primera vez la constitución de una “unión” internacional de Estados para la tutela de los autores y la elaboración de la inicialmente denominada “Convención Universal para la protección de la Propiedad Literaria y Artística”, en proyecto preparado en Roma (1882) y que examinado durante varias sesiones por expertos de 18 países, se aprobó en 1886 como Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas¹².

Sobre la base de los principios ya anotados, se presentan entonces dos instrumentos específicos sobre la materia con vocación de universalidad: El Convenio de Berna, de 1886 (con sucesivas revisiones hasta el Acta de París,

1971) y la Convención Universal (Ginebra, 1952, con su Revisión de París, 1971).

Y en cuanto a los llamados “derechos conexos”, se encuentran la Convención de Roma para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (1961), la Convención Internacional para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (o “Convención Fonogramas”, Ginebra, 1971) y la Convención de Bruselas sobre Satélites (1974), además de Convenios de carácter fundamentalmente administrativos o procedimentales como el Tratado sobre el Registro Internacional sobre Obras Audiovisuales (Ginebra, 1989) o que reglamentan materias “fronterizas” entre el Derecho de Autor y la Propiedad Industrial, como el de Washington respecto de los circuitos integrados (1989).

Más recientemente se han aprobado los nuevos Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), uno sobre Derecho de Autor (por sus siglas en inglés, WCT) y otro sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (por sus siglas en inglés, WPPT), ambos de 1996, además de la incorporación de ambas disciplinas a la esfera del Derecho Comercial Internacional, particularmente con el Tratado de la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuyo Anexo 1C contiene el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

En el ámbito del Derecho Internacional Americano existen varios convenios para la protección del Derecho de Autor, la mayoría de ellos con un valor actual fundamentalmente histórico, como las convenciones de Montevideo (1889), México (1902), Río de Janeiro (1906) y Buenos Aires (1910), el Acuerdo de Caracas (1911) y las convenciones de La Habana (1928) y Washington (1946).

Es así como los compromisos de los Estados en legislar sobre la materia con base a su reconocimiento universal como un Derecho Humano, que podrían cumplirse con algunas disposiciones legislativas más o menos genéricas, se hacen más concretos con su adhesión a uno o a ambos de los Convenios Internacionales con vocación mundial, especialmente el Convenio de Berna, por el cual los países se constituyen en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas (art. 1), desarrollando el pacto una amplia gama de facultades morales y patrimoniales para los autores, de aceptación por parte de los Estados adherentes, de las obligaciones que emanan del ingreso de los países a la OMC y de la futura entrada en vigencia de los nuevos Tratados de la OMPI, ya mencionados.

Así las cosas, la legislación autoral se encuentra comúnmente contenida en un texto especial al cual, en muchos países, se han agregado las disposiciones relativas a los derechos conexos.

Pero no dejan de presentarse situaciones curiosas, especialmente si el precepto constitucional que reconoce al derecho de los autores entre los atributos fundamentales, o las obligaciones convencionales asumidas con la adhesión a los convenios internacionales, no se han desarrollado a través de una legislación ordinaria actualizada.

Como precedente, aplicable *mutatis mutandi* al supuesto anterior, merece citarse la sentencia dictada por la Corte Federal Constitucional alemana, del 29 de enero de

1969, cuando entre otras cosas afirmó que si el Poder Legislativo no dicta las leyes necesarias para adecuar la legislación general a la cláusula constitucional, y cuando el Poder Legislativo demora más del tiempo del que prudentemente necesita para redactar la ley reglamentaria, esa demora dentro de las características del caso judicial, puede considerarse inconstitucional; y que la vigencia de la Constitución no puede depender de que al legislador le guste o no la disposición constitucional, o quede supeditada a que se le ocurra o no aplicar esa cláusula dictando la ley respectiva¹³.

V. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR Y SU PAPEL EN LA PROMOCIÓN DE LA ACTIVIDAD CREATIVA

Al revisar los antecedentes del Convenio de Berna, se observa que en el propio Preámbulo del primer texto del instrumento (1886), se expresaba el deseo de los Estados de “proteger de la manera más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores”, manifestación de voluntad que tuvo su razón fundamental en el sentido de la justicia, porque “el reconocimiento de los derechos de los autores y suprotección, favorecen la creatividad y ella se concreta a través de obras literarias y artísticas que hacen progresar el conocimiento, lo difunden y rinden la vida de cada uno más rica y agradable”¹⁴. Y al cumplirse un siglo de la aprobación del Convenio Internacional los Estados miembros de la Unión, reunidos igualmente en Berna (1996), formularon esta solemne declaración:

“El derecho de autor se funda sobre los derechos del hombre y sobre la justicia y los autores en cuanto creadores de belleza, de entretenimiento y de conocimientos merecen que sus derechos sobre sus creaciones les sean reconocidos y eficazmente protegidos tanto en su propio país como en todos los demás países del mundo”¹⁵.

Partiendo entonces del principio por el cual una adecuada protección a los autores constituye un estímulo a la creatividad, analicemos algunos aspectos de singular importancia, a saber:

1. No es conveniente para ningún país el que satisfaga totalmente sus necesidades de enseñanza, investigación, información y entretenimiento, con la producción de obras literarias, científicas, artísticas o musicales extranjeras, porque en lugar de un “intercambio”, se produce una “invasión” cultural.
2. Pero de no existir una debida protección a la creatividad nacional, por fuerza se crea un desequilibrio en la balanza cultural, desfavorable al país en desarrollo, el cual deberá establecer sus esquemas de educación y cultura sobre la base exclusiva de ideas importadas, fomentando la erosión hasta la total absorción de la identidad nacional¹⁶.
3. De otro lado, tampoco es saludable que un país pretenda abastecerse únicamente con creaciones nacionales, no sólo porque deriva en un “aislamiento” respecto de los avances culturales, científicos y tecnológicos que se producen en el resto del mundo, sino también porque la intercomunicación es la que permite a los pueblos conocer y disfrutar de otras culturas, generando entre ellos una mayor riqueza intelectual y una mejor comprensión entre las naciones.

4. Y el aliento a la creatividad nacional estimula las inversiones en el campo de las industrias de la cultura, la información y el entretenimiento (y evita que los autores vernáculos dependan exclusivamente de las industrias extranjeras), tanto para la producción de obras que permitan satisfacer en alguna medida las necesidades internas, como para ser destinadas a la exportación, generando divisas para el país y divulgando en el resto del mundo los valores culturales endógenos.

5. No debe asombrar entonces que la Conferencia General de la UNESCO, en su vigésima quinta reunión (París, 1989), al aprobar el programa sobre “la cultura al servicio del desarrollo”, haya destacado que “según la consideración que la sociedad otorgue a los creadores, la creación puede verse estimulada o, por el contrario, desalentada”, de manera que “el derecho de autor, cuya situación se ha complicado con el desarrollo de las nuevas tecnologías, constituye un elemento determinante”, razón por la cual se incluyó entre los objetivos principales del programa el “favorecer la adopción y el respeto de la legislación relativa al derecho de autor, así como la ejecución de los compromisos internacionales suscritos por los Estados Miembros en esta esfera”¹⁷.

6. Ni tampoco es de extrañar que la Conferencia Europea sobre Seguridad y Cooperación haya dedicado tanta atención al intercambio en el ámbito de la cultura con la debida protección a los autores, al punto de comprometer a los Estados a “hacer lo posible para garantizar la aplicación plena y efectiva de los acuerdos y convenios internacionales sobre derecho de autor” y a “promover una difusión amplia de los libros y las obras artísticas teniendo siempre presente las convenciones sobre derecho de autor de las que son partes”¹⁸.

7. Por eso, la adhesión a los convenios internacionales resulta indispensable para el intercambio cultural entre las naciones, porque la falta de esa normativa dificulta enormemente o imposibilita la obtención de cooperación de otros países en tal intercambio, ya que éstos sabrían que lo que suministran a aquél quedaría libre para ser utilizado por terceros y que perderían el control sobre sus contribuciones¹⁹, razón por la cual si un país no forma parte de ningún instrumento internacional que asegure la aplicación del principio del “trato nacional”, se enfrenta en los demás (a los efectos de invocar la protección para sus obras), a la aplicación del principio de la “reciprocidad” como respuesta a esa ausencia de protección²⁰.

VI. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR Y SUS IMPLICACIONES EN EL DESARROLLO SOCIAL, CULTURAL Y TECNOLÓGICO

A pesar de las consideraciones expuestas en el capítulo anterior y del rango fundamental que tiene el Derecho de Autor, no faltan algunas aisladas voces que pregonen el sacrificio del creador -y el de las actividades artísticas, literarias, musicales, técnicas y empresariales involucradas-, en aras del desarrollo cultural y tecnológico, con afirmaciones como las que siguen:

1. El derecho del autor conspira contra el desarrollo cultural y tecnológico.

2. El derecho moral del autor reprime la divulgación de las ideas.

3. El derecho patrimonial del autor aumenta considerablemente el precio de los productos culturales.

4. Debe desprotegerse a la obra extranjera para facilitar su difusión y beneficiar a los autores nacionales.

5. La piratería facilita el acceso a la cultura.

6. La piratería genera empleos informales indispensables para los países en desarrollo.

La respuesta a cada una de ellas es negativa. Veamos:

El derecho de autor no conspira contra el desarrollo social, cultural y tecnológico. La anterior afirmación descansa en los principios siguientes:

1. El Derecho de Autor no concede ningún dominio sobre las ideas, pues éstas son libres.

2. El Derecho de Autor sólo protege la forma de expresión, es decir, el ropaje con que las ideas se visten.

3. El Derecho de Autor no concede ningún derecho de exclusividad sobre la utilización práctica de las ideas contenidas en la obra.

4. El Derecho de Autor no otorga ningún monopolio sobre los descubrimientos o las investigaciones científicas²¹.

El derecho moral no reprime la divulgación de las ideas.

Tres aspectos comprendidos en el denominado "derecho moral del autor" han sido señalados como un freno a la divulgación de las ideas y, en consecuencia, un obstáculo para el desarrollo cultural:

1. El derecho a la divulgación y al inédito;

2. El derecho al respeto o a la integridad de la obra; y

3. La perpetuidad del derecho moral.

En cuanto al primero de ellos, la observación crítica ignora cuál ha sido el comportamiento fáctico de los titulares del derecho.

En efecto, si bien es cierto que el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar la divulgación de su obra, o de resolver que permanezca inédita, también lo es que todo creador, por la misma vocación de universalidad de las obras y el anhelo de prestigio y de trascendencia en el tiempo propio de los humanos, antes que reprimir su difusión, desea y necesita que la misma sea conocida. Pero esa conducta natural no puede impedir al autor el derecho de oponerse a la divulgación de su obra derecho de inédito, cuyo ejercicio puede responder, por ejemplo, a la convicción íntima y respetable de que la misma carece de méritos, no está suficientemente acabada o revela detalles de su vida privada.

Es elocuente en este sentido la Carta del Derecho de Autor cuando señala:

"Es preciso evitar el confundir la idea de la protección de los intereses generales que implica la libre difusión de la cultura y de la información, con la idea de la protección de los intereses industriales y comerciales que se derivan de la explotación de las obras del espíritu. El interés del autor es ver sus obras divulgadas lo más extensamente posible y es protegiendo a la creación intelectual en su origen como se favorece de la manera más eficaz el desarrollo general de la cultura y su difusión en el mundo" (art. 1,3)²².

En lo que se refiere al derecho de respeto a la obra, es evidente que la violación a la integridad de la misma, a través de mutilaciones, deformaciones o adaptaciones no autorizadas, que afecten el decoro de la creación o la propia reputación del autor, antes que favorecer al derecho a la

cultura, conspira contra él, pues modificaciones, de no contar con la anuencia de quien concibió la obra original, pueden desvirtuar el valor cultural encarnado en la creación protegida.

La perpetuidad del derecho moral, especialmente en lo que atañe a la paternidad del autor y la integridad de la obra, acogida por la doctrina y varias legislaciones (algunas de ellas latinoamericanas), no tiene por objeto eternizar un derecho subjetivo en cabeza de sucesivos herederos y generaciones por tiempo indefinido, sino que tal perpetuidad existe por razones de interés general, de manera que extinguido el derecho patrimonial por el transcurso de un tiempo determinado después de la muerte del autor, de acuerdo a cada legislación, las facultades morales son ejercidas por los órganos o instituciones definidos legislativamente, en nombre de la colectividad y en defensa del patrimonio científico, literario y artístico, evitando el plagio y las deformaciones a la obra, en perjuicio del propio acervo cultural de la comunidad²³.

Por otra parte, el derecho moral, antes que un obstáculo, constituye un incentivo para el desarrollo cultural, porque el autor, al alcanzar la fama y prestigio como creador (dado el respeto a su derecho moral de paternidad), velará porque sus obras sean correctamente publicadas, y esa misma notoriedad significará para él el compromiso de superarse en sus futuras creaciones²⁴.

El derecho patrimonial no incide significativamente en el costo de los bienes culturales y constituye una justa compensación para el creador.

Se ha pretendido colocar en posiciones antagónicas al derecho del autor a recibir una contraprestación por el uso de su obra; y al derecho de todas las personas a acceder a la educación y a la cultura. Y ante esa aparente oposición se señala que debe sacrificarse el interés individual del autor frente al colectivo en disfrutar de los bienes culturales.

Tal posición olvida *ab initio* que el autor es un trabajador al servicio de la cultura y que, como tal, merece una justa compensación económica por su esfuerzo, la cual constituye un aliento para continuar su labor creativa y procurarse una existencia decorosa.

La situación es de por sí riesgosa para el autor, quien debe seguir la suerte económica de su obra, de manera que si la explotación de la misma resulta un fracaso aunque su valor intelectual sea notable, el creador también sufre esa desfavorable consecuencia.

Por otra parte, la negación del derecho del autor a una participación económica por la utilización de su obra plantea las cosas en forma de sacrificio unilateral, como si el fomento de la educación y la cultura tuvieran que hacerse a costa de los intereses del autor²⁵.

Ese sacrificio unilateral se hace evidente cuando notamos que nadie discute el que los equipos de montaje, impresión y encuadernación, el papel y la tinta para los libros, tienen un costo que debe pagarse; que nadie exigiría a diagramadores, tipógrafos, encuadernadores y demás trabajadores al servicio de la industria editorial, laborar gratuitamente; que ninguna persona sensata abogaría porque la producción cinematográfica o fonográfica, por ejemplo, se hiciera con la participación gratuita de los estudios de grabación o filmación, de los laboratorios de copiado o de distribuidores y exhibidores, o del trabajo no remunerado de artistas y técnicos; y, en fin, que nadie sugeriría a editores y productores invertir para sufrir pérdidas.

Todo ello sería tanto como suponer que, en aras del derecho a la salud o a la educación, médicos y enfermeras, maestros y profesores, trabajaran sin sueldo, o los fabricantes de equipos médicos o de enseñanza fueran obligados a suministrarlos a cambio de nada.

Es de hacer notar, adicionalmente, que en la mayoría de los países en vías de desarrollo, las tarifas autorales son notablemente bajas. Así, por ejemplo, en América Latina dependiendo en cada caso del país y del rubro de explotación de la obra, la participación del autor oscila entre el 1% y el 12% del precio del soporte material de la obra o del costo de acceso a la representación o comunicación pública de la misma, lo que evidentemente no hace que los costos operativos de la radio o la televisión sean elevados, o los libros y discos sean costosos o las entradas al teatro sean caras.

Así, el incremento en el precio de los ejemplares de las obras o de su comunicación pública, en virtud de la remuneración del autor, es tan insignificante que la ausencia de ese pago no disminuye de modo importante el valor de venta al público o el costo de acceso a la comunicación de la obra y, en cambio, lesiona gravemente el legítimo interés de quien la crea, a tener una recompensa por su talento y esfuerzo intelectual.

A esa modesta participación del autor debe deducirse, lógicamente, el gasto administrativo de la sociedad recaudadora y distribuidora (lo que oscila, de acuerdo al rubro de explotación, entre el 10% y el 30%), respecto de aquellas modalidades de utilización cuya administración solamente es posible a través de la gestión colectiva (v.gr.: ejecución pública, reproducción fonomecánica, representación dramática, "droit de suite"); y esa renta neta se ve afectada, en la mayoría de los países, con el impuesto a la renta, con la particularidad de que ciertos Estados aplican una tasa impositiva mayor para aquellas ganancias destinadas al extranjero. La situación se agrava cuando dicha remuneración es, a su vez, objeto de impuesto en el país de recepción, dando lugar así a la injusta figura de la doble imposición.

Como puede verse, la efectiva participación del autor no llega, en muchos casos, al 50% de aquella teóricamente fijada en su beneficio.

La desprotección de la obra extranjera perjudica al desarrollo cultural endógeno.

Como una manera de incentivar el acceso a los bienes culturales, en desmedro del derecho del autor, y en la creencia de darle supremacía al derecho a la cultura, se ha pretendido sostener la validez para los países en vías de desarrollo de desproteger la obra extranjera especialmente la proveniente de los países desarrollados, cuyo costo se abarataría en beneficio de la comunidad.

Tal posición ignora la evolución natural de las cosas.

Veamos:

1. Como ya se ha dicho, eludir el pago de las remuneraciones correspondientes al autor, además de constituir un sacrificio unilateral, en nada resuelve el costo de los bienes culturales, pues la ausencia de ese pago no disminuye de manera importante el precio de venta al público.
2. La desprotección de la obra extranjera incentiva a los divulgadores de las obras -v.gr.: editores y productores a preferir a la creación foránea desprotegida, porque no tienen que abonar retribuciones autorales, que a la nacional tutelada, en perjuicio de los autores vernáculos,

especialmente los jóvenes, quienes quedarían con sus creaciones inéditas por falta de divulgadores, todo ello en perjuicio de la cultura nacional. Por ello, aunque parezca paradójico, la mejor manera de proteger a la obra nacional es tutelando en las mismas condiciones a la producción extranjera.

3. Ante la diferencia en la tutela, y siendo más fácil importar que producir, se crearía un desequilibrio, al acentarse la penetración cultural extranjera frente al desaliento de la producción endógena, pues la obra sin protección se encontraría en condiciones de desplazar a la nacional protegida²⁶.

La "piratería" desalienta la creatividad y perjudica a todo el sector cultural.

La reproducción no autorizada de las obras protegidas, con miras a su comercialización, vulnera los legítimos intereses de los diferentes sectores que contribuyen a la creación e interpretación de las obras, a la producción y comercialización de los soportes legítimos y a la propia colectividad.

Es imposible pensar en el estímulo a los creadores nacionales o a las actividades artísticas y técnico-empresariales que hacen posible la difusión de las obras, si se tolera el uso no autorizado de tales creaciones: autores y artistas se desvían hacia otra actividad y los empresarios apuntan su inversión hacia sectores más seguros y rentables.

La piratería constituye una forma de criminalidad económica y atenta contra la generación de empleo.

La piratería no solamente lesiona el interés privado de los autores, sino que atenta también contra la economía de los países y conspira contra el estímulo a las inversiones y la generación de empleos.

En ese sentido baste destacar que la piratería afecta al sector creativo (autores y compositores) y a los artistas intérpretes y ejecutantes, quienes dependen de la comercialización de los productos legítimos que contienen su aporte intelectual; a los medios de producción (editores y productores) que realizan considerables inversiones en la industria del entretenimiento, la educación, las telecomunicaciones y la informática; al comerciante honesto, frente a la competencia desleal del pirata, "parásito social" que se aprovecha del esfuerzo ajeno; al sector laboral, representado por todo un contingente de artistas y técnicos, obreros especializados, hombres de difusión y ventas, cuyas fuentes de empleo dependen de la realización y difusión de los productos legítimos; al público consumidor, muchas veces engañado en cuanto al origen y calidad del producto que adquiere; a la creatividad nacional, porque la piratería desalienta a autores y artistas, quienes se dedican entonces a otra actividad; y al Estado, porque la piratería se encuentra frecuentemente vinculada a los delitos aduaneros y a la evasión impositiva.

Por ello, con la excusa de que la piratería genera trabajo a los comerciantes informales, carentes de empleos estables, se olvida que es considerablemente mayor el perjuicio que se le causa a la economía de los países cuando se tolera esa actividad ilícita pues, ante el desestímulo a las inversiones en todas las actividades empresariales que giran alrededor de la producción, promoción, distribución y comercialización de las obras protegidas, son evidentemente superiores las fuentes de trabajo, estable y bien remunerado, que dejan de crearse, todo ello además de la pérdida de importantes ingresos fiscales destinados al bienestar colectivo.

VII. LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR Y EL DERECHO A LA CULTURA

La interconexión de los derechos autorales y culturales hace que, en casos de excepción, se consagren límites a las facultades exclusivas del autor a explotar su obra, especialmente para fines de enseñanza, sin vulnerar los atendibles derechos de los creadores, o para satisfacer las necesidades de información.

Si bien tales excepciones son aceptables, deben ser objeto de interpretación restrictiva, circunscritas a los llamados "usos honrados", sometidos a la regla de los "tres pasos" o "tres niveles", es decir, circunscritos a supuestos estrictamente definidos, que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del derecho, todo ello a fin de evitar que un sistema ampliamente permisivo o de aplicaciones extensivas, anule o cercene el Derecho Humano y Fundamental del autor, fuente de los bienes culturales.

En ese sentido, es el propio Convenio de Berna quien en beneficio del derecho a la cultura y el de acceso a la información, contempla varios supuestos de excepción (a veces directamente aplicables, conforme al instrumento, y en otros casos quedando diferida la limitación a lo que dispongan las legislaciones nacionales), a saber:

1. El derecho de cita (art. 10,1), por el cual es lícito insertar uno o varios párrafos de una obra ajena, siempre que ésta se haya publicado lícitamente con anterioridad; la cita se haga conforme a los "usos honrados" (especialmente para que no se dirija a eludir la adquisición de un ejemplar de la obra citada); que se realice en la medida justificada por el fin que se persiga (para no legitimar las citas excesivas, caprichosas o innecesarias); y que se indique la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente (art. 10,3).
2. La alternativa de excluir de la tutela legal a los textos oficiales (art. 2,4) y a sus traducciones, tales como las leyes, reglamentos y sentencias, sin perjuicio de la obligación de respetar los textos e indicar la fuente
3. La posibilidad de descartar, total o parcialmente, la protección de los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales (art. 2bis1), con el fin de satisfacer las necesidades de información sobre asuntos de interés público, sin perjuicio del derecho exclusivo del autor de publicar sus discursos en forma de colección (art. 2 bis 3).
4. La reserva a las legislaciones nacionales para determinar las condiciones en que puede permitirse la reproducción por la prensa, la radiodifusión, la transmisión por hilo, la retransmisión por hilo de la obra radiodifundida o la comunicación pública por altavoces y otros instrumentos análogos, de las conferencias, alocuciones y sermones pronunciados en público (art. 2bis2), sin perjuicio del derecho exclusivo del autor de publicar sus conferencias o alocuciones en forma de colección (art. 2 bis 3).
5. La posibilidad para las leyes internas de permitir la utilización lícita de obras para la enseñanza, siempre que se limite a la ilustración para fines didácticos, en la medida justificada por el fin perseguido y que se realice conforme a los "usos honrados", ya explicados, para publicaciones, emisiones de radio o televisión o graba-

ciones sonoras o audiovisuales, a condición de que en cada utilización se mencione la fuente y el nombre del autor, si éste aparece mencionado en la fuente (art. 10,3).

6. La reserva a las legislaciones nacionales para permitir la difusión de artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa o de obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter (art. 10 bis 1), para su reproducción por la prensa, la radiodifusión o su transmisión por cable, siempre que se indique claramente la fuente (siendo punible esa omisión conforme a la ley donde la protección se reclame), que tales artículos ya hayan sido reproducidos en una publicación o colección periódica o ya hayan sido radiodifundidos o transmitidos previamente, a condición de que la reproducción, radiodifusión o transmisión no hayan sido reservadas de manera expresa.
7. La reserva a las leyes nacionales para establecer las condiciones para permitir la reseña de obras que hayan sido vistas u oídas durante un acontecimiento de actualidad (art. 10 bis 2), con la finalidad de facilitar el acceso a la información, siempre que se trate de obras que efectivamente se hayan visto u oído durante el acontecimiento y sean fijaciones o transmisiones realizadas con ocasión de la difusión informativa de tal acontecimiento, a condición de que la reseña se realice en la medida justificada por el fin de la información.
8. La posibilidad diferida a las legislaciones nacionales para permitir, en las condiciones fijadas por la misma ley, que los organismos de radiodifusión efectúen una grabación efímera de sus propias emisiones (art. 11bis 3), a condición de que la emisión primaria haya sido autorizada por el autor, que dicha fijación la realice la emisora por sus propios medios y con la posibilidad de que la ley aplicable permita que por el excepcional carácter de la documentación así fijada, se conserve en archivos oficiales.
9. La no aplicación de la protección convencional a las noticias del día ni a los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa (art. 2,8). Pero siempre bajo los límites de los "usos honrados" ya explicados, las leyes nacionales pueden también establecer otras excepciones al derecho exclusivo del autor (siempre sujetas a interpretación restrictiva), entre las cuales pueden mencionarse las siguientes:
 1. Las comunicaciones en el "ámbito doméstico" o "círculo familiar", siempre que no haya fines de lucro.
 2. Las ejecuciones públicas realizadas en ceremonias oficiales o religiosas, siempre que el público pueda asistir a ellas gratuitamente y ninguno de los intervinientes obtenga un lucro específico por su intervención en el acto.
 3. El uso de las obras para pruebas judiciales o administrativas, siempre en la medida justificada por el fin que se persiga.

4. La reproducción de obras escritas en sistema "braille", para el uso de invidentes, sin fines de lucro, siempre que la obra ya haya sido publicada lícitamente, excepción que se funda en razones de índole humanitaria.
 5. Las comunicaciones públicas destinadas exclusivamente a invidentes u otros discapacitados, con la condición de que se pueda asistir al acto gratuitamente y los participantes en el mismo no obtengan ningún beneficio.
 6. La reproducción de obras artísticas situadas permanentemente en lugares públicos (parques, plazas, etc.).
 7. La reproducción en un solo ejemplar de obras que se encuentran en bibliotecas públicas, cuando no se pueda obtener en el comercio otro soporte legítimo de la obra y a los solos fines de la preservación o sustitución del ejemplar legítimo.
 8. La reproducción fotográfica en catálogos ilustrados de obras expuestas al público, siempre que dicho catálogo sea editado bajo la responsabilidad del organizador de la exposición.
 9. La ejecución pública de grabaciones o transmisiones de obras o fonogramas en el interior de los establecimientos que comercialicen aparatos electrodomésticos, a los solos fines de la demostración a la clientela.
 10. Las ejecuciones o comunicaciones realizadas dentro de las instituciones de enseñanza, con propósitos didácticos, sin fines de lucro y destinadas a los alumnos, personal de la casa de estudios y padres o representantes de los educandos.
 11. La publicación de retratos, con fines informativos, siempre que los mismos se hayan tomado en el transcurso de acontecimientos públicos.
 12. Las anotaciones de lecciones o clases, por parte de los alumnos presentes, siempre que las mismas no sean objeto de duplicación o distribución.
 13. El fotocopiado de breves fragmentos de obras protegidas o de obras agotadas, para el exclusivo uso personal y sin perjuicio de la remuneración compensatoria que establezca la ley aplicable por esa reprografía con fines privados.
 14. Algunas excepciones específicas aplicables exclusivamente a los programas de ordenador.
- Y, finalmente, la temporalidad misma del derecho patrimonial, el cual se extingue una vez concluido el plazo de protección, a partir del cual el uso de la obra es libre, siempre que se respete la paternidad del autor y la integridad de su creación.

NOTAS

1. ADSUARA, Borja: "La pre-historia del reconocimiento de los derechos de Propiedad Intelectual", en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. Tomo I. pp. 44-50.
2. LUF, Gerhard: "Corrientes filosóficas de la época de la ilustración y su influjo en el derecho de autor", en "Filosofía del Derecho de Autor". Dirección Nacional del Derecho de Autor. Bogotá, 1991. pp. 31 y 35.
3. LIPSZYC, Delia: "Derecho de autor y derechos conexos". Unesco/Cerlalc/Zavalía. Buenos Aires, 1993. p. 24
4. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: "Tratado de Derecho Industrial". Cívitas. Madrid, 1978. p. 461
5. SZABO, Imre: "Fundamentos históricos de los derechos humanos", en Las dimensiones internacionales de los derechos humanos (Karel Vassak, Editor General). Serbal/ UNESCO. París, 1984. Vol. I. pp. 3674.
6. GAUBIAC, Yves: "Dimensiones internacionales del derecho de autor: Nota sobre la preparación de un libro", en "Boletín de Derecho de Autor". Vol. XXII, Nos. 12. París, 1988. pp. 117124.
7. BECOURT, Daniel: "La Révolution française et le droit d'auteur pour un nouvel universalisme", en "Revue Internationale du Droit D'Auteur" (RIDA). No. 143. París, 1990. pp. 231287.
8. Ob. Cit. pp.58-59
9. Boletín de Derecho de Autor. UNESCO. París, 1982. Vol. XVI. No. 4. p. 78.
10. Es interesante destacar que algunas disposiciones constitucionales han destacado la interdependencia entre ambos derechos. Así, en 1788, la Constitución estadounidense facultó al Congreso para "fomentar el progreso de la ciencia y las actividades artísticas útiles, garantizando para ello a los autores e inventores el dominio exclusivo de sus respectivos escritos y descubrimientos durante períodos determinados" (V.: UNESCO: "ABC del Derecho de Autor". París, 1981. pp. 1516). En la esfera de las legislaciones ordinarias, resulta un ejemplo la boliviana (1992), al indicar que sus disposiciones se reputan de interés social y que el derecho de autor se dirige a la protección de los derechos morales de la obra, a los patrimoniales de aprovechamiento económico de la misma, porque "además salvaguarda el acervo cultural de la nación" (art. 1). En forma todavía más explícita, la ley japonesa (1986) dispone que el propósito de la ley "consiste en asegurar la protección de los derechos de los autores, etc. contemplando una explotación justa y equitativa de esas obras culturales, y con ello contribuir al desarrollo de la cultura" (artículo primero, hemos destacado).

NOTAS

11. Del Preámbulo del Convenio de Berna.
12. ESPÍN CÁNOVAS, Diego: "Los derechos del autor de obras de arte". Cívitas. Madrid, 1996. p. 24, y FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos: "El viejo mundo del derecho de autor", en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lisboa, 1994. Tomo I. p. 43.
13. PINA, Rolando E.: "Cláusulas constitucionales operativas y programáticas". Ed. Astrea. Buenos Aires, 1973. pp. 71100.
14. BOGSCH, Arpad: "Los Cien años del Convenio de Berna" (Prefacio). OMPI. Ginebra, 1986.
15. ESPÍN CÁNOVAS, Diego: Ob. Cit. p. 26.
16. OBÓN LEÓN, J. Ramón: "El derecho de autor como fundamento del desarrollo cultural", en "Boletín de Derecho de Autor". Vol. XVI, No. 4. París, 1982. pp. 26-27.
17. Boletín de Derecho de Autor. UNESCO. París, 1990. Vol. XXV. No. 1. p. 6.
18. PANKIN, Boris: "El derecho de autor como parte esencial de la política cultural", en "Boletín de Derecho de Autor". Vol. XVI, No. 4. París, 1982. p. 34.
19. OLSSON, Henry: "La importancia económica y cultural del derecho de autor", en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lisboa, 1994. Tomo I. pp. 67-68.
20. En ese sentido, hasta Francia (cuya Asamblea Constituyente durante la Revolución había proclamado los derechos del Hombre sin distinción de nacionalidad), ante la desilusión frente a la desprotección de las obras francesas en otros países, permitió, por ley del 8 de julio de 1964, que se prive de los beneficios de la tutela a las obras divulgadas por primera vez en otro Estado, si éste no otorga una protección suficiente y eficaz a las obras divulgadas por primera vez en Francia (vide LIPSZYC, Delia: Ob. Cit. p. 596).
21. VILLALBA, Carlos: "Los derechos intelectuales como parte de los derechos humanos", en "Derechos Humanos". Memorias de las XI Jornadas "J.M. Domínguez Escovar". Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, 1986. p. 160.
21. "Carta del Derecho de Autor", aprobada en 1956 por el Congreso de Hamburgo de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), en "El Derecho de Autor en América". Consejo Panamericano de la CISAC. Buenos Aires, 1969. pp. 1728.
23. El artículo 12 de la Carta del Derecho de Autor (Ob. Cit.), reza: "Las diferentes legislaciones nacionales deben consagrar la perpetuidad del derecho moral. Después de la muerte del autor, el cuidado de asegurar el ejercicio de este derecho debe ser confiado a sus herederos o a organizaciones oficialmente calificadas.." (art. III, 12).
24. ABADA, Salah: "El Derecho de Autor, factor de desarrollo cultural", en Boletín de Derecho de Autor. UNESCO. Vol. XVI. No. 4. 1982. pp. 613.
25. KOUMANTOS, Georges: "El Derecho de Autor y el financiamiento de la política educativa", en Boletín de Derecho de Autor. Vol. XVI. No. 4. 1982. pp. 1420.
26. LIPSZYC, Delia: "La protección de la obra extranjera y los convenios internacionales", en el libromemorias del Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. OMPI Universidad Católica "Andrés Bello"-Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Caracas, 1986. pp. 4984.

La solución alternativa de conflictos y los derechos de autor

Alvaro Galindo
Cardona

Las alternativas para solucionar conflictos, como la mediación, la conciliación, el arbitraje y la evaluación neutral de casos son opciones colaborativas para solucionar las controversias que se presentan en esta materia.

Las legislaciones nacionales y los organismos internacionales han prestado atención al desarrollo de vías pacíficas para solucionar los problemas que se presentan en la materia autoral. Así, ha habido avance y profundización de estudio en la gama de opciones que se presentan para abordar las diferencias, a través de la negociación, la mediación, el arbitraje, o sistemas híbridos, como la mediación-arbitraje o la evaluación neutral de casos.

Las principales instituciones a nivel mundial que se han preocupado por desarrollar normativa pertinente a la materia de solución de controversias son la Organización Mundial de Propiedad Intelectual y la Organización Mundial de Comercio. Ambas han creado una estructura especializada y completa: una justificación lógica para los particulares y para los Estados al optar por este mecanismo.

EL DERECHO DE AUTOR

Generalidades

El Derecho de Autor no es una materia nueva, si nos referimos a la historia de la humanidad. Sin embargo, si nos referimos al Derecho de Autor desde una visión meramente positivista, podemos ver que es reciente su tratamiento en los diferentes cuerpos legislativos o estatutarios¹.

Una forma de referirnos al Derecho de Autor, con un abordaje eminentemente histórico, es irnos a una de sus primeras manifestaciones: quien tomaba la idea de otro, para atribuírsela como propia, era rechazado y criticado por sus conciudadanos².

Conforme va evolucionando la sociedad, se empiezan a producir las primeras manifestaciones jurisprudenciales, legislativas y estatutarias, que reflejan una preocupación, bien sea por la producción intelectual del autor, o por la protección de los demás agentes involucrados con la creación³.

La preocupación del Estado por la protección y regulación de los derechos del autor y por regular la explotación de las obras se va haciendo cada vez más constante. Se presentan conflictos entre los diferentes actores a los que hemos hecho mención, es decir, el Estado, autores, libreros y editores. Surgen agremiaciones fuertes, que tratan de obtener mayores ventajas por parte del poder constituido. Es importante señalar que los conflictos en aquel entonces siempre se ventilaban ante los tribunales comunes, sin que existiera otra posibilidad de resolver los problemas que se presentaban.

En la actualidad las diferentes organizaciones regionales y mundiales que trabajan en temas relacionados con la Propiedad Intelectual, y en particular con el Derecho de Autor, han fijado dentro de sus agendas el desarrollo de medios accesibles a las partes para solucionar los problemas supervinientes⁴.

El Derecho de Autor es un Derecho Humano⁵. Esta simple mención, aunque pareciera no tener mayor importancia, tiene significación fundamental para el propósito de este artículo. Este Derecho Humano está compuesto de dos partes fundamentales: derechos morales y derechos patrimoniales. Los derechos morales del autor son irrenunciables y sólo transferibles, con limitaciones, por causa de muerte⁶. En cambio, el derecho patrimonial del autor puede ser ejercido por éste directamente o transferido⁷ a terceros para la explotación de la obra⁸.

Definición

De manera general, como lo señala Antequera Parilli⁹, podemos definir a los Derechos Intelectuales¹⁰: "...como el área jurídica que contempla sistemas de protección para los bienes inmateriales, de carácter intelectual y de contenido creativo, así como de sus actividades afines o conexas". Dentro de este concepto laxo, podemos concluir que se encuentran amparados bajo los Derechos Intelectuales, el Derecho de Autor y la Propiedad Industrial.

Para los fines de este estudio, definamos al Derecho de Autor de acuerdo al concepto que propone la Profesora

ra Lipszyc como "...la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales¹¹."

Este concepto nos trae, en su estructura, varios elementos que destacamos: derecho subjetivo, es decir, aquellos que tienen que ver con el derecho-facultad de la persona, sobre creaciones¹², refiriéndose a la actividad intelectual que se plasma en el bien inmaterial, que presenta individualidad, lo que implica que quede manifestada en la creación la impronta de la personalidad del autor, de tal manera que sea factible su distinción frente a las obras del ingenio de otros¹³.

Objeto del Derecho de Autor

El objeto del Derecho de Autor es la obra definida como "toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma"¹⁴.

La obra, como principal objeto de protección del Derecho en estudio, tiene ciertas características:

- debe contener el resultado creativo de la persona ya sea en el campo literario o en el artístico;
- su protección se produce sin importar el mérito, destino, género o forma de expresión; y,
- debe contar con el requisito de la originalidad¹⁵.

Estas características nos dejan apreciar que la obra está íntimamente ligada a la personalidad del autor y que no podemos hablar de ella sin la existencia de la persona humana¹⁶.

Como el autor tiene lazos que son irrenunciables con su obra, debemos recordar que la idea no es objeto de protección de este Derecho: podríamos decir que ella es su primera manifestación, pero que no tendrá ninguna protección hasta que no se vea plasmada, de alguna forma, en el fuero externo de la persona. Esto nos lleva a señalar que este concepto es abstracto: la obra es un bien inmaterial, distinto del bien material en el cual ella se plasma¹⁷.

Convenciones internacionales sobre el Derecho de Autor

El principal instrumento internacional sobre derecho de autor, hoy en día, es el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas¹⁸.

Este instrumento, que ha sido sometido a cambios desde su creación, ha tenido la virtud de adaptarse a las circunstancias, y ha convivido con dos sistemas de diferente ideología: la tradición jurídica del Derecho de Autor y la tradición jurídica del "copyright"¹⁹, primando sobre éste la visión autoral.

Por otro lado, tenemos la Convención Universal sobre Derecho de Autor²⁰, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y que trató de paliar en alguna medida el hecho de que algunos Estados no se habían adherido a la Convención de Berna (CB). La Convención Universal tiene niveles de protección inferiores a la CB.

Hoy en día este instrumento, -la Convención Universal- ha dejado de tener mayor relevancia, ya que casi todos los Estados se han adherido a la CB y ha quedado prácticamente sin utilización dicha Convención Universal.

SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Generalidades

La solución alternativa de conflictos es una corriente que ha despertado gran interés a nivel mundial. Sin embargo, debemos señalar que estos medios de enfrentar los problemas que se presentan no son nuevos. Podemos apreciar a través de la historia diferentes manifestaciones de estos mecanismos: en la antigüedad las personas que tenían un problema acudían al más fuerte del grupo para que resolviera el conflicto en cuestión. Recordemos también la ley del Talión, en que se retribuía con un mal proporcional al daño causado.

Manifestaciones más construidas de estos mecanismos se dan en la historia, que "...registra el uso del juicio arbitral desde los pueblos de la antigüedad. Comenta BORJAS que de dicho juicio se habla en los Libros de Moisés; que fue empleado en la India y en Grecia; y que en Roma aparece como una de las más antiguas instituciones. En las fuentes romanas, que son las más próximas a nuestra legislación, y, en particular, en el Digesto y en el Código de Justiniano, el citado juicio constituyó objeto de reglamentación especial. El laudo arbitral fue equiparado a la sentencia, pero de él no se admitía que naciera ningún tipo de acción o excepción, sino únicamente el derecho de hacer cumplir, a la parte que se negara a ejecutarlo, la pena establecida para tal supuesto en el compromiso²¹."

A mediados de los años '70, Estados Unidos emprendió un movimiento encaminado a la aplicación de Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas²², que resulta en planes piloto conocidos como "Multi Doors" o Multi Puertas, llamados así por la gama de alternativas que se presentaban a los litigantes, para que acudieran a estos mecanismos como una opción frente a la administración de justicia formal. Dicha experiencia exitosa ha llevado a nuestros países a incluir en sus agendas de modernización de la Administración de Justicia, planes piloto para la utilización de estos mecanismos.

Negociación

Es un procedimiento de solución de conflictos con participación de dos o más partes en un diálogo directo, sin la intervención de terceros, para la solución de conflictos²³.

Hay diferentes teorías o métodos para la aplicación de la negociación para la solución de conflictos²⁴. El más aceptado, y por ende el más divulgado, es el Método de Negociación por Principios o en Base a los Intereses. Esta teoría ha sido desarrollada por el profesor emérito de la Universidad de Harvard, Roger Fisher, dentro del Proyecto de Negociación de esa institución. La propuesta es que las partes por lo general tienen intereses, que pueden ser comunes, diferentes o contrapuestos y que están detrás de las posiciones manifiestas. Es trabajo fundamental de las partes el poder identificar dichos intereses para, sobre éstos, trabajar en la construcción de opciones que puedan llevar a las partes a posibles acuerdos²⁵.

Mediación

Es un procedimiento alternativo a la justicia ordinaria, mediante el cual, con la ayuda de un tercero llamado mediador, se puede dar por terminado el conflicto. Su utili-

zación ha tenido bastante éxito en los últimos años, debido a la lentitud generalizada de nuestros aparatos judiciales en América Latina, los altos costos de la justicia estatal, entre otros factores.

Este mecanismo tiene algunas virtudes: se incentiva el diálogo a través de una conversación civilizada, para que el acuerdo satisfaga los intereses de las partes intervinientes. Si las partes llegan a un acuerdo, el acta con la firma del mediador tiene la fuerza de una sentencia de última instancia dictada por la justicia ordinaria. En caso de incumplimiento de una de las partes (caso excepcional), se deberá pedir la ejecución del acta de la misma manera que se ejecuta una sentencia que no ha sido cumplida.

Siempre que hablemos de este mecanismo, debemos tener en cuenta que la confidencialidad lo hace muy atractivo para personas que no quieren que los problemas que mantienen trasciendan al público.

Una deficiencia académica señala que la mediación "es un procedimiento en el que un intermediario neutral, el mediador, a petición de las partes en una controversia, procura prestarles asistencia para llegar a una solución mutuamente satisfactoria. El mediador no tiene autoridad para imponer una solución a las partes. La mediación es también voluntaria en el sentido de que cualquiera de las partes, si así lo decide, podrá abandonar la mediación en cualquier etapa anterior a la firma de una solución concertada²⁶."

Elementos esenciales de este concepto son:

- Neutralidad:** El tercero deberá ser una persona que no tenga interés personal en el asunto presentado para su intervención y deberá guardar imparcialidad durante todo el procedimiento. Si se ve afectada la neutralidad del tercero, éste debe excusarse de seguir conociendo el conflicto.
- Solución mutuamente satisfactoria:** La esencia de la mediación es que las partes se convierten en sus propios jueces, y el mediador cumple el papel de facilitador, ayudando durante el avance de la audiencia, a que las partes "vean" los puntos que los acercan y que pueden ser útiles para la construcción de un acuerdo. El acuerdo debe ser producto de la satisfacción de los intereses de las partes, de lo cual el mediador debe tener certeza, ya que un acuerdo no satisfactorio es la puerta abierta para su incumplimiento.
- Voluntariedad:** Este concepto tiene dos aristas: primero, el sometimiento, es decir, si las partes no pactaron previamente en la relación contractual que mantengan el obligatorio sometimiento a mediación, no podrá imponerse su concurrencia. Segundo: cualquiera de las partes durante el transcurso de la mediación podrá decidir su terminación, sin necesidad de un motivo predeterminado.

Cabe señalar que la mediación tiene un proceso poco estructurado y requiere de la especialización adecuada del tercero para que pueda tener éxito. Además, luego de algunos años de experiencia en la materia, hay que señalar que la especialización del mediador en la materia controvertida podrá darle mayores elementos para intervenir adecuadamente, en beneficio de las partes.

Arbitraje

El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos al cual las partes se someten de común acuerdo, a tra-

vés de la inclusión del convenio arbitral en la forma de una cláusula del contrato, o por la firma de un convenio arbitral posterior al surgimiento de la controversia.

Las ventajas más reconocidas de este sistema de solución de conflictos son:

- Celeridad:** El tribunal arbitral conoce únicamente la cuestión sometida a su competencia, y tiene la posibilidad de otorgar el tiempo necesario para un estudio cuidadoso y exclusivo del problema.
- Especialidad:** Los árbitros son, por regla general, especialistas en la materia puesta a su consideración. Además, como las partes tienen la oportunidad de seleccionarlos, los árbitros tendrán conocimientos previos sobre el tema.
- Infraestructura:** Los centros que prestan estos servicios (El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, por ejemplo), cuentan con todas las facilidades logísticas, tecnológicas y administrativas para prestar un servicio de gran calidad.
- Ahorro:** Cuando se habla de arbitraje se presenta el tema de sus costos. Las partes que han tenido experiencias al ser parte de un proceso arbitral, reconocen que el costo-beneficio del sistema es satisfactorio frente a la espera que puede significar un proceso judicial. Más aún cuando las partes son empresarios que quieren que sus actividades comerciales no se vean afectadas por largos y complejos procesos.
- Confianza:** Existen mayores posibilidades de transparencia, porque las partes designan a los árbitros. Probablemente sus fallos serán cumplidos voluntariamente, por la seguridad de que han sido producto de un profundo análisis, alejado de cualquier influencia externa.
- Confidencialidad:** Aunque suene redundante, esta garantía es fundamental y entraña parte del éxito de esta institución, ya que las partes sienten que sus asuntos serán guardados con celo, sin la intromisión de intereses de terceros.

Una vez hecha esta breve reflexión de los mecanismos de solución de conflictos más relevantes, pasemos entonces a estudiar los diferentes métodos que encontramos en materia de interés para este trabajo.

LAS VÍAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO DE AUTOR

Formas de solucionar los conflictos en el ámbito del Derecho de Autor

Las diferentes legislaciones tienen diversas formas (muchas veces análogas) de resolver los conflictos relacionados con el derecho de autor.

Desde las primeras intenciones por regular las formas de protección del derecho de autor se plasmó la preocupación por los conflictos que se pudieren presentar²⁷. También desde entonces se ha visto la necesidad de que los diferentes tratados internacionales, así como las legislaciones nacionales, contengan mecanismos de solución de conflictos, convencionales o novedosos²⁸. Las formas convencionales que podemos hallar en las diferentes legislaciones son por lo general el proceso administrativo y el proceso civil propiamente dicho²⁹.

Las formas novedosas o alternativas más conocidas hoy en día son la mediación, la conciliación, el arbitraje y

la evaluación neutral de casos. Todos ellos están dirigidos a buscar formas menos confrontativas y, mutatis mutandi, más colaborativas para solucionar las controversias que se presentan.

Debemos señalar que estas vías alternativas de solución de conflictos pueden ser utilizadas para conflictos que se generan entre los Estados miembros de la Unión de Berna, como aquellos conflictos que se presentan entre particulares de un Estado u originarios de diferentes Estados. La distinción es necesaria, ya que los mecanismos de solución de conflictos previstos en los diferentes cuerpos normativos de carácter internacional sobre la materia de este artículo son generalmente para aplicación entre los Estados miembros del tratado. En cambio, los mecanismos alternativos de solución de conflictos que contienen las leyes nacionales de cada Estado son para los problemas que surjan entre particulares.

Si bien se puede pensar a primera vista que el hacer esta distinción es llover sobre mojado³⁰, tiene sentido ya que cada día es mayor la especialización que adquieren los cuerpos normativos internacionales y nacionales sobre la materia. Es decir los tratados, cada vez más, desarrollan vías muy expeditas e idóneas de solución de conflictos que se presentan entre los Estados y las leyes nacionales desarrollan nuevos mecanismos de solución de conflictos, que son propuestos generalmente por la doctrina.

La solución de conflictos en el marco de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) fue creada mediante un Convenio firmado en Estocolmo el 14 de Julio de 1967. Sus fines son "fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación de los Estados, en colaboración. cuando así proceda, con cualquier otra organización mundial; y, ii) Asegurar la cooperación administrativa entre las Uniones³¹."

Esta organización, la institución más importante a nivel mundial en propiedad intelectual, ha fundado un centro de arbitraje y mediación (CMA) creado en 1994 para ofrecer los servicios de solución de conflictos entre particulares. Pero hay que señalar que no solamente es importante que este tipo de organizaciones de carácter universal velen por la solución de conflictos entre Estados, sino también entre particulares. Estos mecanismos son opciones que presenta la OMPI a los procedimientos civiles de cada Estado.

Este Centro tiene dos características fundamentales:

- a. Es independiente: Para que las partes estén dispuestas a plantear sus controversias ante el Centro, es importante que se garantice que no podrá someterse a ningún tipo de presión a los funcionarios que prestan sus servicios. Si existiera algún temor con respecto a esta garantía, sería muy difícil que un particular estuviere dispuesto a llevar su problema ante el Centro. Es más, hay que tener en cuenta que es generalmente aceptado por la doctrina que no es la institución propiamente dicha, cualquiera que ésta sea, la que lleva a una persona a someter sus conflictos a ese organismo, sino la calidad de sus colaboradores, tanto profesional como éticamente hablando.
- b. Es neutral: Esta característica tiene una relevancia trascendental y tiene mucho que ver con la imparcialidad

con la que se presta el servicio. Si una parte una vez sometida a, por ejemplo, un proceso de mediación, siente que el mediador está deliberadamente tratando de beneficiar a la otra parte, perderá toda credibilidad en el sistema. Esta característica tiene que estar reflejada en el Centro como institución, sin tomar partido a favor de ningún lado.

Quienes recurran a los servicios del Centro contarán con la asesoría de expertos en las diferentes materias relativas a la Propiedad Intelectual. Además, existen listas de profesionales expertos en la solución alternativa de conflictos, con experiencia en estos temas reconocida a nivel mundial. El Centro también cuenta con toda la asistencia necesaria de la tecnología más avanzada para prestar un servicio no solamente transparente, sino eficiente. Es tal el avance que ha tenido el Centro que, pese a sus pocos años de creación, desde diciembre de 1999 ha puesto al servicio del mundo la solución de conflictos relacionados con los nombres de dominio en Internet.

La Mediación de la OMPI

El 1 de octubre de 1994 entró en vigor el reglamento del Centro, con 27 artículos. Este reglamento establece una presunción fundamental: si las partes han pactado el sometimiento al Centro para resolver cualquier divergencia que se pueda presentar, se entenderá incluido a dicho acuerdo el reglamento del Centro.

El reglamento presenta algunos conceptos fundamentales:

- a. La mediación podrá iniciar cuando una de las partes remita una solicitud al Centro para que se convoque a una audiencia. No se aclara si cualquiera de las partes, sin pacto previo de mediación, puede solicitar que se realice la convocatoria³². Este comentario se encamina a señalar que algunas leyes nacionales, de contemporánea data³³, abren la posibilidad para que cualquier persona pueda presentar una solicitud de mediación a un centro, sin necesidad de que exista el pacto previo. La parte solicitada, en caso de aceptar dicha convocatoria, puede acudir de manera voluntaria. El efecto de la no concurrencia no acarrea perjuicio alguno, ni presunciones de mala fe en caso de un posterior juicio. La solicitud deberá contener los datos de las partes (nombres, teléfonos, direcciones, télex, fax, etc.), con la finalidad de poder realizar las convocatorias de manera expedita. También deberá contener la descripción del motivo de la controversia.
- b. El Centro, una vez recibida la solicitud, deberá fijar una fecha para dar inicio a la mediación y comunicar a las partes la fecha de su comienzo. Además, siempre que las partes no lo hayan designado de común acuerdo, deberá nombrar al mediador que intervendrá en el proceso³⁴, previa consulta a las partes. Es evidente que el mediador deberá actuar apegado a los principios de neutralidad, imparcialidad e independencia³⁵.
- c. Las partes deberán, luego de recibida la convocatoria, indicar los nombres y datos necesarios de la o las personas que podrán actuar a su nombre y representación. Además, se presume la buena fe de las partes para el correcto funcionamiento de la audiencia.
- d. La confidencialidad es una de las garantías básicas y el elemento diferenciador de la mediación. Cuando se habla de confidencialidad debemos tener en cuenta que

este concepto es uno de los que hace que sea tan atractiva esta figura. Si las partes tienen la seguridad de que todo lo que se discuta en la audiencia, sin importar si se llega a una solución o no del conflicto, será guardado con absoluta reserva, podrán actuar con mayor soltura. Esta confidencialidad se da no solo durante la mediación, sino antes y después. Pueden existir personas que no les interesa que se conozca públicamente que están involucradas, por un posible perjuicio a su nombre o porque se pueden dar más reclamos en el mismo sentido. Cabe señalar también que esta confidencialidad obliga al mediador y a todas las partes y los representantes que hayan actuado en la mediación. Se garantiza la absoluta reserva, y llega a exigirse la destrucción de cualquier soporte en el cual se hayan recogido las discusiones mantenidas y la devolución de cualquier material que hayan intercambiado las partes. Esta confidencialidad se garantiza con un acuerdo previo que firman las partes intervinientes. El contenido de las discusiones que mantenga el mediador con alguna de las partes por separado no podrá ser divulgado, a no ser que cuente con la autorización expresa de la parte con la cual mantuvo la reunión.

e. La necesidad de que las partes envíen información detallada al mediador antes de la primera reunión es *sui generis*. Hay quienes piensan (me cuento entre ellos) que en determinadas circunstancias el mediador debe llegar sin mayor información sobre el contenido mismo de la mediación, ya que lo contrario puede incidir en que se tengan juicios de valor anticipados sobre el problema, con influencia negativa en la necesaria independencia e imparcialidad. Lo que debe conocer el mediador, previo a la audiencia, es la identidad de las partes para que pueda excusarse, en caso de que exista alguna causa de impedimento.

f. El mediador, cumpliendo con una de las características esenciales de su función, no puede emitir criterio sobre el fondo de la cuestión, con carácter vinculante para las partes. Son éstas las que deben, de común acuerdo, obligarse en un acta a cumplir con lo pactado. Además, de considerarlo pertinente, podrá recomendar a las partes el sometimiento a otro tipo de procedimiento, sea pericial o arbitral, si considera que la mediación no es fructífera para la solución del problema presentado. Aquí cabe una interesante posibilidad: que antes de terminar la mediación se pueda presentar ofertas finales y en caso de que no sean aceptadas, sobre la base de las mismas, un tribunal arbitral resuelva el asunto. Consideramos que para esto es necesario que exista acuerdo previo de las partes antes de la presentación de las ofertas de arreglo. El árbitro podrá ser el mismo mediador. Aparece aquí un sistema híbrido: mediación-arbitraje. Su desventaja es la posibilidad de que se pierda una de las virtudes de la mediación: que el tercero imparcial no resuelva el conflicto, por lo que las partes no tienen ninguna reserva para formular posibles opciones de acuerdo. Si se pierde esa ventaja será difícil que las partes estén dispuestas a hacer ofertas que puedan desvirtuar su posición ante el mediador, convertido luego en árbitro.

g. La mediación termina por acta de mediación total o parcial, por la decisión del mediador de dar por terminada la mediación, o por decisión de una de las partes.

h. La prescripción se aplicará de acuerdo a la legislación aplicable al conflicto, desde el inicio de la mediación.

La solución de conflictos en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC)

La OMC tiene entre sus normas las relativas a solución entre los Estados miembros. Estas normas están contenidas en el "Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias"³⁶. También en los ADPIC³⁷, encontramos en la Parte V, artículos 63 y 64, disposiciones pertinentes a la prevención y solución de diferencias.

Es importante realizar un análisis sobre las disposiciones:

a. **Ámbito de aplicación:** Sus normas son aplicables, en materia de consultas y solución de diferencias, a las que surjan con respecto a los acuerdos que son parte del Apéndice 1 del Acuerdo de Marrakech, entre los que se encuentra el de los ADPIC. También serán aplicables estas normas para consultas y solución de diferencias que surjan, relativas a derechos y obligaciones de los Miembros.

b. **Administración:** En el ESD³⁸, se crea el Órgano de Solución de Diferencias (OSD)³⁹, encargado de administrar las normas, consultas y solución de divergencias, materia del Entendimiento. Para cumplir esta función existe la facultad para establecer grupos especiales, adoptar los informes de esos grupos y del órgano de apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones, como autorizar la suspensión de concesiones, con la debida información a los Consejos y Comités de la OMC sobre los asuntos relativos a la solución de divergencias. La intervención de este órgano se dará, siempre y cuando las negociaciones directas hayan sido infructuosas.

c. En este punto vale la pena señalar algunos principios:

1. El Entendimiento considera que es necesario que el sistema aporte seguridad y previsibilidad, lo que entendemos como una necesaria seguridad jurídica de los Estados Miembros.

2. Sirve para preservar los derechos y obligaciones, sin que sus resoluciones produzcan su aumento o reducción.

3. La celeridad es esencial, ya que un Estado Miembro puede ver afectados sus derechos por parte de otro.

4. Todas las soluciones, incluyendo los laudos arbitrales, deben ser compatibles con los acuerdos.

5. Se considera que el último recurso al que se debe acudir es la suspensión discriminatoria de concesiones, previa autorización del OSD.

6. Será el Miembro contra quien se presenta la acusación el que deba refutar la acusación planteada, en vista de la presunción de que la transgresión de las normas tiene efectos desfavorables contra otro Miembro.

7. Los procedimientos que son parte de este Entendimiento no deben considerarse contenciosos y deben contar con la buena fe y colaboración de los Miembros.

d. **Mecanismos de solución de diferencias⁴⁰:** El ESD pone a disposición de las partes una serie de diferentes mecanismos a los que pueden recurrir para solucionar sus conflictos. Para explicar cada uno de ellos los sepa-

caremos en aquellos de carácter obligatorio y otros de carácter voluntario⁴¹.

De carácter obligatorio:

- **Consultas:** Si alguno de los Estados miembros considera que existe una diferencia, éste será el primer mecanismo que puede utilizar dentro del sistema de solución de conflictos de la OMC. Los Estados consultados deberán examinar dichas consultas. En el caso de que, dentro de un plazo previamente establecido por el ESD, o de común acuerdo entre las partes, no se llegue a resolver la divergencia, el Estado reclamante podrá pedir la conformación de un grupo especial, para lo cual debe entrar a operar el OSD. También puede darse este último supuesto en el caso de que los Estados decidan de común acuerdo iniciar, antes de la culminación del proceso de consulta, que se conforme un grupo especial. Estas consultas gozan de presupuestos fundamentales: la buena fe de las partes, el compromiso de intentar resolver la divergencia de común acuerdo previo a intentar otra medida; su carácter confidencial.

- **Grupos especiales:** Estos se establecerán a pedido de uno de los Estados miembros, a menos que el OSD decida no establecer un grupo especial. Esta solicitud debe contener: indicación de si ha existido el procedimiento de consultas, ya explicado; la medidas en litigio; y, los fundamentos de la reclamación. Para esto existe un mandato uniforme propuesto por el ESD, a no ser que las partes decidan cambiarlo. El grupo especial tomará en cuenta para sus recomendaciones, que deberá presentar al OSD⁴², las argumentaciones presentadas por los Estados. Debemos señalar que, sin perjuicio de la entrada en funciones de los grupos especiales, las partes pueden llegar a solucionar la diferencia de mutuo acuerdo.

- **Órgano de Solución de Diferencias:** El informe de los grupos especiales será la base para emitir sus conclusiones. El OSD podrá no adoptar el informe o podrán las partes involucradas apelar su contenido. Con este fin, el OSD mantendrá un Órgano Permanente de Apelación. Todo el proceso de apelación gozará de la garantía de confidencialidad, necesaria para estos procesos. Este Órgano tiene la facultad de confirmar, reformar o revocar el informe de los grupos especiales. El informe del Órgano de Apelación es vinculante para las partes y para el OSD, a no ser que este último, por consenso, decida no aceptarlo.

- **Arbitraje:** Tendrá lugar cuando existan diferencias en cuanto al plazo para cumplir o poner en aplicación las recomendaciones del OSD, y al nivel de suspensión de concesiones u obligaciones, cuando ésta haya sido la recomendación del OSD, por incumplimiento de sus recomendaciones o resoluciones.

De carácter voluntario:

- **Buenos oficios, conciliación, mediación y arbitraje:** De acuerdo al ESD, sin perjuicio de los procesos entablados para la solución de diferencias el Director General o Presidente del OSD, previa petición, ofrecerá sus buenos oficios, conciliación y mediación con objeto de ayudar a las partes a resolver la diferencia antes de que se formule la solicitud de que se establezca un grupo especial. Para prestar la asistencia antes mencionada, el Director General o el Presidente del OSD podrán consultar las

fuentes que uno u otro consideren pertinentes. Esta opción es fundamental, ya que se da énfasis al diálogo y a la construcción de acuerdos, antes que a la imposición de una decisión adoptada por un tercero. De igual forma, las partes pueden pactar, de común acuerdo, el arbitraje. El laudo arbitral será vinculante para las partes y deberá ser notificado al OSD y al Consejo o Comité.

Mecanismos de Vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD: Las recomendaciones y resoluciones deben ser cumplidas de manera ágil y eficiente. Los plazos de cumplimiento serán prudentes y estarán sujetos a la aprobación del OSD y en caso de no darse acuerdo, será establecido por un arbitraje vinculante. La suspensión de concesiones u otras obligaciones por parte del Estado contra el cual se haya tomado una medida, declarada incompatible con la normativa de un acuerdo⁴³, debe tener cierta prelación, relativas al mismo sector⁴⁴; otros sectores en el marco del acuerdo abarcado o, en el marco de otro acuerdo abarcado.

Como se puede apreciar, y según señala Zelada Castedo, "...la efectividad de dicho cumplimiento reposa (...) en la posibilidad de que un Estado miembro perjudicado por una medida declarada incompatible pueda imponer sanciones o ejercer el derecho a la retorción, mediante la suspensión de concesiones u otras obligaciones. La competencia del Órgano se limita a la aprobación de la correspondiente autorización"⁴⁵.

Para concluir este análisis hay que destacar la importancia del ESD como cuerpo normativo rector para la solución de diferencias en el marco de la OMC. Es un instrumento de avanzada para la solución alternativa de conflictos, que tiene total independencia de los procedimientos ordinarios de administración de justicia, lo cual explica por sí solo su relevancia⁴⁶.

ALGUNAS CONCLUSIONES

1. El Derecho Intelectual tiene características sui generis, por lo que debe ser estudiado como una rama independiente del Derecho.
2. En este Derecho Intelectual o derechos intelectuales, encontramos al Derecho de Autor, que como fin último busca proteger las creaciones del intelecto humano que gocen de originalidad, entendida ésta como la huella que deja el autor impresa en su obra.
3. Es importante que esta protección cuente con mecanismos idóneos para que ese postulado no quede sin posibilidad de realización.
4. Es importante dedicar tiempo y recursos para el estudio de las diferentes formas de solución de conflictos que se pueden aplicar al derecho de autor y derechos conexos. Para esto se debe contar con la participación de especialistas y organizaciones dedicadas al desarrollo y prestación de servicios relacionados con la solución de conflictos.
5. El compromiso debe ser a mediano y largo plazo, ya que a pesar de los esfuerzos hasta ahora realizados en la investigación del conflicto y su resolución, todavía hay mucho camino por recorrer.
6. Para cumplir con estos objetivos debe existir el compromiso de los Estados para tratar de resolver los conflictos que se presenten a través de soluciones concer-

tadas de manera directa o con la ayuda de terceros especializados. De igual forma los Estados y los Organismos Internacionales deben enfocar sus esfuerzos a la búsqueda de la creación de una cultura del diálogo, a través de la cual se pueda construir una sociedad más

civilizada en la forma de resolver sus problemas. Esta cultura del diálogo se construye en las familias, los colegios, las universidades, con la ayuda de los medios de comunicación y el apoyo a través de políticas de los Estados y los Organismos Internacionales.

NOTAS

1. Así, en la ponencia del Dr. Mariano Uzcátegui Urdaneta, publicada por la revista de Propiedad Intelectual Año I-No. 1 (Mérida, noviembre de 1995) del Postgrado de Propiedad Intelectual de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de los Andes, señala: "...debemos dejar muy clara la idea de que una cosa es la Historia de la Creación Intelectual y otra la Historia del Derecho sobre la Creación Intelectual, en otras palabras: la Historia de la Creación Intelectual (hecho) y la Historia del Derecho Intelectual (derecho)."
2. Según Dock, citado por Lipszyc, "los autores romanos tenían conciencia del hecho de que la publicación y la explotación de la obra pone en juego intereses espirituales y morales. Era el autor quien tenía la facultad de decidir la divulgación de su obra y los plagiarios eran mal vistos por la opinión pública". LIPSZYC, Delia, "Derecho de Autor y Derechos Conexos" Ed. UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA, 1993. p. 28
3. Lipszyc comenta: Michaélidés-Nouaros subraya que el derecho al respeto de la integridad de la obra no permaneció inadvertido en la antigüedad. Los copistas de las obras de los grandes trágicos y los actores que las representaban eran muy poco respetuosos de su texto. Para paliar este estado de cosas, en el año 330 a.C. una ley ateniense "ordenó que copias exactas de las obras de tres grandes clásicos fueran depositadas en los archivos del Estado; los actores deberían repetir este texto oficial"... BO. cita. p. 28.
3. Luego del nacimiento de la Imprenta de tipos móviles, se da el surgimiento de "Privilegios" otorgados por el Estado a los libreros, reservándose aquel la posibilidad de censurar el contenido de las obras.
4. La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) cuenta con un Centro de Mediación y Arbitraje. De igual forma, la Organización Mundial de Comercio (OMC) ha conformado un panel permanente para la solución de controversias. Se hará mención a sus respectivos ordenamientos en el tercer capítulo de este trabajo.
5. Señala Antequera Parilli "...no hay dudas en que el del autor constituye uno de los atributos fundamentales del hombre, que no solamente se dirige a proteger la expresión creativa de la persona humana, fruto de su talento y de su espíritu, sino que además constituye un elemento primordial para estimular la creatividad y hacer posible el disfrute de otros Derechos Humanos como el derecho a la cultura, al desarrollo, al entretenimiento y a la información." ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, "Derecho de Autor". Ed. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, Caracas-1998, p. 79.
De igual manera, señala Lipszyc "La inclusión del derecho de autor entre los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, importa el reconocimiento de que se trata de un atributo inherente al ser humano y que, como tal, su protección adecuada y eficaz no puede ser desconocida." Ob. cit. p. 39.
6. El Convenio de Berna (CB) en su artículo 6 bis2 señala que los derechos morales del autor "...serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos." Convenio de Berna para la protección de Obras Literarias y Artísticas, 1886.
7. Resaltamos la palabra "transferido" ya que para los efectos de este trabajo, es de trascendental importancia el que los derechos patrimoniales del autor sean transferibles ya sea por acto entre vivos o mortis causa. Si nuestras legislaciones se encontraran dentro de la doctrina de la teoría monista, se podría tener inconvenientes al querer proponer mecanismos alternativos de solución de conflictos como vías válidas para resolver las controversias que se presentan en el Derecho de autor. Nos atrevemos a hacer esta afirmación ya que si los derechos patrimoniales, al igual que los morales, fueran intransferibles por acto entre vivos, sería polémica la tesis de poder "transar" sobre derechos no disponibles.

NOTAS

8. Es obra "toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible". Organización Mundial de Propiedad Intelectual "Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos" 1980.
9. Ob. cit., p. 37
10. El Convenio que establece la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, define su ámbito de acción de acuerdo a la definición del concepto de propiedad intelectual como los derechos relativos a: "las obras literarias, artísticas y científicas; a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes; a los fonogramas; a las emisiones de radiodifusión; a las invenciones en todos los campos de la actividad humana; a los descubrimientos científicos; a los dibujos y modelos industriales; a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico."
11. LIPSZYC, Delia, ob. cit., p. 11.
12. Estas creaciones deben quedar plasmadas en el fuero externo de la persona, ya que el Derecho de autor no protege las ideas. Según el jurista Antequera Parilli, el derecho de autor no protege las ideas "...sino el ropaje con que ellas se visten, de manera que a partir de las misma idea pueden surgir diversas obras, cada una de ellas con su propia originalidad". Ob. cit. p. 130.
13. Siempre debemos entender que, al menos en nuestro sistema jurídico latino, autor es una persona física que crea la obra. Por lo tanto solo estos sujetos podrán ostentar la calidad de titulares originarios del derecho. La ley ecuatoriana, a nuestro criterio de manera equivocada, radica la titularidad en cabeza de personas jurídicas en el caso de una obra colectiva. Estas son excepciones a la regla general, aceptada por la mayoría de las legislaciones que comparten el sistema jurídico continental europeo.
14. Decisión 351, artículo 3 de las definiciones, de la Comunidad Andina de Naciones.
15. ANTEQUERA P., Ricardo, ob. cit., p. 127.
16. Es importante señalar que en el sistema de tradición Anglosajona, del Copyright, es posible que tenga la calidad de autor una persona moral o jurídica, lo que en nuestro sistema, de tradición jurídica continental europea no tiene cabida, por lo menos en la doctrina.
17. De todas maneras, cabe señalar que el soporte físico no hace a la obra, ya que esta es reconocida y protegida por el simple hecho de ser expresada por su autor. Como lo señala Antequera Parilli, "...el objeto del derecho de autor es la obra exteriorizada, y no el simple soporte físico que sirve como vehículo para que la creación sea conocida." Ob. cit. p. 135.
18. Este Convenio es del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en París el 24 de julio de 1971.
19. LIPSZYC, Delia, Curso Académico Regional de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina, Conferencia sobre las "Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. Los beneficiarios de la protección: autores, derechohabientes, y titulares de derechos." La Habana, junio de 1998.
20. Aprobada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952.
21. TROCONIS DE, Iris G., Introducción al Estudio del Arbitraje en Venezuela. Edit. Funeda. Mérida- 1999, p. 47.
22. Su traducción al inglés es Alternative Dispute Resolution, conocido bajo las siglas ADR.
23. Según Edward de Bono, el conflicto es una percibida divergencia de intereses, ya que en la práctica, éstos aparecen por las percepciones distintas que tienen las partes al enfrentar un mismo tema, y que dependerán en gran medida de nuestro bagaje cultural y social, la estructura familiar, entre otras.
24. Señalamos la negociación para la solución de conflictos, ya que no siempre la negociación es producto de un conflicto, como cuando acudimos a comprar un carro. Hay quienes señalan que ésta no es una negociación propiamente dicha, sino un negocio con un propósito determinado.

NOTAS

25. Esta síntesis del método no pretende en lo absoluto agotar el tema. Tanto es así que hoy en día podemos asegurar que existen decenas de libros escritos que desarrollan su contenido en base a este método.
26. Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
27. El artículo 33 del Convenio de Berna establece la posibilidad de que cualquier diferencia que surgiera entre dos o más países de la Unión y que no haya sido resuelta por negociación, podrá ser llevada ante la Corte Internacional de Justicia, a menos que se haya pactado otra forma de solución.
28. Al hablar de mecanismos de solución de conflictos convencionales, nos referimos a los procedimientos administrativos o judiciales, que normalmente contienen las diferentes leyes de todos los países en cuanto a la solución de conflictos. Al referirnos a mecanismos novedosos, nos referimos a la mediación, a la conciliación extra-proceso, al arbitraje y cualquier otra forma distinta a los mecanismos que encontramos normalmente en los cuerpos normativos. Cabe señalar que si bien son "mecanismos novedosos" es claro que estos son inclusive anteriores, desde una visión histórica, al proceso judicial formal como lo conocemos en nuestros días. Para mayor información ver: GALINDO C., Alvaro, Tesis para la obtención del Título de Doctor en Jurisprudencia "Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos", Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1997.
29. Según Cabanellas, proceso administrativo es "El de carácter gubernativo o contencioso resultante de impugnar las resoluciones y disposiciones de la Administración pública."; proceso civil es "El que se tramita por la jurisdicción ordinaria y sobre conflictos que atañen primordialmente al Derecho Privado".
30. Entiéndase "una perogrullada".
31. Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Estocolmo, 1967, artículo -
32. Art. 3 b): "La petición de mediación contendrá o irá acompañada de: ii) el texto del acuerdo de mediación." Entiéndase por acuerdo de mediación el sometimiento de las partes para resolver por esta vía una controversia que pueda surgir o haya surgido, que podrá formar parte de un contrato como una cláusula más del mismo o puede pactarse como un contrato de manera independiente.
33. Ley de arbitraje y mediación de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial del 4 de septiembre de 1997.
34. La palabra proceso no tiene, en este caso, la connotación que generalmente le damos los abogados en el sentido de formalidad. La mediación cuenta con la ventaja de la informalidad, entendida esta como flexibilidad en el transcurso de la misma.
35. La neutralidad, según nuestro criterio personal, es algo muy difícil de alcanzar ya que cada persona tiene sus propios principios e ideologías, lo que hace imposible alcanzar la tan ansiada neutralidad.
La imparcialidad es un concepto, a nuestra manera de ver, más objetivo, en el sentido de que es imparcial el mediador que no trata de beneficiar a ninguna de las partes y que su objetivo, antes de llegar a un acuerdo, es lograr la comunicación y entendimiento entre las partes.
La independencia es otro criterio que nos debe llevar a reflexión. Pierde independencia el mediador cuando es originario del mismo país de una de las partes? La respuesta a nuestra manera de ver es negativa, ya que la nacionalidad del mediador no debe ser un aspecto que juzgue la independencia o no del mediador. Esta debe entenderse más como el mediador que no debe tener lazos de consanguinidad o afinidad con las partes, ni tener interés personal en el negocio que se ventila.
36. Este entendimiento está mencionado en el artículo 64.1 del Acuerdo sobre los ADPIC (ESD) y constituye el Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech, que establece la OMC, acordado el 15 de abril de 1994 y tiene vigencia desde el 1 de enero de 1995.
37. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, de 1994. Este acuerdo constituye el Anexo 1c del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio, que fue concertado el 15 de abril de 1994 y entró en vigor el 1 de enero de 1995. El Acuerdo sobre los ADPIC es obligatorio para todos los Miembros de la OMC.
38. "Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de divergencias."

NOTAS

39. El Acuerdo establece que las funciones de Organo de Solución de Diferencias serán ejercidas por el Consejo General de la OMC.

40. Diferencias, entendidas éstas como "un desacuerdo o controversia entre dos Estados miembros de la OMC derivados de la reclamación de uno de ellos por la adopción de una medida de orden interno que, por una parte, afecta el funcionamiento de un acuerdo abarcado por ser incompatible con las normas del mismo y, por consiguiente, anula o menoscaba derechos en favor del Estado reclamante y que, por otra parte, tiene, por presunción, efectos desfavorables". Esta definición la encontramos en ZELADA C., Alberto, Solución de controversias en el Derecho Internacional Económico y en el Derecho de la Integración Económica Regional, Universidad Andina Simón Bolívar, 1996, p. 18-19.

41. Ob. cit., p. 16.

42. Este informe deberá contener: las constataciones de hecho; la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes; y, las razones en que se basan sus conclusiones y recomendaciones.

43. Para el tema de preocupación de este trabajo, debe entenderse que la medida va en contra de la normativa que forma parte del Acuerdo de los ADPIC.

44. Entiéndase el de Propiedad Intelectual, para el propósito de este trabajo.

45. Ob. cit. p. 27.

46. TROCONIS DE, Iris G., ob. cit. p. 283.

Suma cero, la tradición contenciosa y las teorías contemporáneas de resolución de conflictos

Jorje H. Zalles

Es muy clara para mí la superior validez normativa, en casi toda situación, del esquema "suma positiva". La influencia de pensamiento, actitudes y comportamientos "suma positiva" sobre la evolución y la eventual resolución de conflictos sociales demuestra con claridad el principal fundamento para este juicio de valor en el terreno de la ética social

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo examina algunas de las implicaciones, en especial para el manejo y la resolución de conflictos, de dos distintos esquemas relacionados a los posibles desenlaces de las relaciones entre personas y/o grupos humanos, el denominado "esquema suma cero" y el que propongo denominar "esquema suma positiva". En las siguientes secciones del artículo, examino la naturaleza, las implicaciones más importantes, los orígenes y la validez de cada esquema, y la relación entre ellos y la transición del uno al otro.

En general, propongo que el denominado "esquema suma cero" es negativo en el contexto del conflicto y su resolución, porque (a) tiende a alentar a que el conflicto surja, escale, y evolucione a través de dinámicas de escalamiento más intensas, destructivas y permanentes, y por otro lado (b) tiende a desalentar y dificultar procesos de desescalamiento y de resolución negociada de conflictos.

El análisis se presenta, en general, en términos de relaciones bilaterales entre personas y grupos humanos. Sin embargo, la lógica del análisis es aplicable en situaciones multilaterales, aunque en dichas situaciones intervienen elementos adicionales, tanto reales como conceptuales, que no abordo en este artículo.

II. EL CONTENIDO DE LOS DOS ESQUEMAS

El término "esquema"

Utilizo el término "esquema" para describir un conjunto de elementos psicológicos, incluidos (a) pensamientos cognitivos, (b) actitudes y (c) comportamientos. Esta

aclaración es necesaria porque en la literatura especializada se encuentran frecuentes referencias solamente al aspecto cognitivo de los esquemas que analizo en este artículo¹, y, como pretendo demostrar con este análisis, es importante tomar en cuenta también los demás aspectos que en conjunto conforman los denominados "esquemas":

Elementos cognitivos (I)

Pensamiento "suma cero"

Una de las formas de concebir, cognitivamente, el posible desenlace de una situación o relación entre personas o grupos humanos - un matrimonio, padres e hijos, profesores y alumnos, clientes y proveedores, partes en conflicto - es el denominado "pensamiento suma cero", que concibe sólo dos posibles desenlaces de esa relación bilateral entre A y B:

Gana A y Pierde B, que se expresa como (G,P)

Pierde A y Gana B, que se expresa como (P,G)

Si se trata de un negocio, el "pensamiento suma cero" tiene como premisa que la ganancia del comprador es la pérdida del vendedor, o viceversa; si se trata de un matrimonio, se plantea que la felicidad del marido sólo puede ser a costa de la infelicidad de la mujer, o viceversa. En toda situación, se piensa que hay un "ganador" y un "perdedor".

El significado preciso del término "suma cero" se explica así: como puede apreciarse de los anteriores ejemplos, esta forma de pensar presume que lo que gana la una parte (A) es perdido por la otra (B). Entonces, la suma de la Ganancia de A (GA) más la Pérdida de B (PB) (que al ser negativa es propiamente -PB) es cero, como sigue:

$$(GA) + (-PB) = 0$$

Por ejemplo, si en un negocio entre un comprador A y un vendedor B, el primero gana 10 (resultado $A = +10$), se concibe, por definición, que el resultado para B es menos 10 (resultado $B = -10$), y la **suma** algébrica de los dos resultados es **cero**:

$$+10 + (-10) = 0$$

Elementos cognitivos (II)

Pensamiento "suma positiva"

Existe otra forma de pensar respecto de los posibles desenlaces de una situación o relación, que propiamente tendría que describirse como "pensamiento suma positiva o negativa", pero que, como explico más adelante, considero apropiado llamar simplemente "suma positiva". Esta segunda forma de pensar concibe no dos, sino cuatro posibles desenlaces de una relación bilateral. Primero, los mismos dos que contempla el pensamiento "suma cero":

Gana A y Pierde B (G,P)

Gana B y Pierde A (P,G)

Pero además, dos otros:

Gana A y también Gana B (G,G)

Pierde A y también Pierde B (P,P)

En el caso en que ambas partes ganan (G,G), el resultado para cada una de las partes es positivo (por ejemplo, resultado $A = +10$ y resultado $B = +10$), y la **suma** algébrica de los resultados es obviamente **positiva**:

$$+10 + (+10) = +20$$

En el caso en que ambas partes pierden (P,P), el resultado para cada una de las partes es negativo (por ejemplo, resultado $A = -10$ y resultado $B = -10$), y la **suma** algébrica de los resultados es obviamente **negativa**:

$$-10 + (-10) = -20$$

En vista de que esta forma de pensar contempla que la suma algébrica de los resultados puede ser o positiva o negativa, sería apropiada denominarla "pensamiento suma positiva o negativa". No obstante, los efectos de esta forma de pensar emanan principalmente del hecho que contempla el posible desenlace (G,G), es decir, un desenlace positivo para ambas partes, siendo la posibilidad de un desenlace (P,P) más bien algo a ser evitado y, como resultado, un incentivo para buscar (G,G). En consecuencia, propongo que la denominación "suma positiva" es suficiente para este modo de pensamiento

Presentación gráfica

Resulta útil presentar lo arriba expuesto de la siguiente manera:

El pensamiento "suma cero" puede representarse con dos personas, A y B, ubicadas en los extremos opuestos de una línea recta, que representa uno o más bienes (territorio, comida, agua, felicidad, etc.) que están disponibles para ambas:

A _____ B

El desenlace de la relación, situación o conflicto (la "distribución" entre las partes) puede indicarse con un punto "x" en la línea:

A _____ x _____ B

Bajo el esquema "suma cero", se entiende, como se indicó más arriba, que lo que "gana" la una parte es lo que "pierde" la otra

Ganancia de A = (tramo A-x) = Pérdida de B

Ganancia de B = (tramo B-x) = Pérdida de A

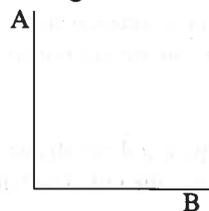
Si el desenlace es más favorable a A, el punto "x" se movería más hacia A:

A _____ x _____ B

Si el desenlace es más favorable a B, el punto "x" se movería más hacia B:

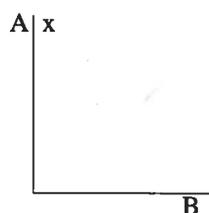
A _____ x _____ B

El pensamiento "suma positiva" puede representarse en un diagrama bi-dimensional en cuyo eje vertical se representa la satisfacción o "ganancia" de la parte A, y en cuyo eje horizontal se representa la satisfacción o "ganancia" de la parte B, como sigue:

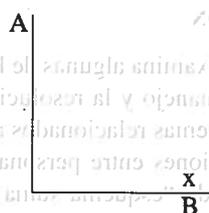


Pueden darse las siguientes resoluciones, que se indican en cada caso con una "x":

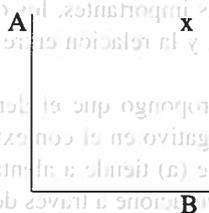
(a) A logra plena satisfacción de sus necesidades y B no logra ninguna satisfacción de las suyas ($A=100$, $B=0$):



(b) A no logra ninguna satisfacción de sus necesidades y B logra plena satisfacción de las suyas ($A=0$, $B=100$):



(c) A y B logran plena satisfacción de sus necesidades ($A=100$, $B=100$):



Este último gráfico que presenta el desenlace ($A=100$, $B=100$) manifiesta con meridiana claridad la esencia del esquema "suma positiva": contempla la posibilidad de que se satisfagan las necesidades o aspiraciones de ambas partes, simultáneamente.

Elementos no cognitivos: más allá de sólo el "pensamiento"

Hasta acá se ha planteado la diferencia entre el uno y el otro esquema en términos de "formas de pensar", es decir, como elementos netamente cognitivos y analíticos. El planteamiento ha sido que existen dos diferentes esquemas cognitivos, o teorías, acerca del posible desenlace de situaciones o relaciones, entre las cuales las personas escogemos.

No obstante, como ya se señaló, existen otros elementos psicológicos vinculados, aparte de ese elemento neta-

mente cognitivo que representan las palabras “pensamiento” o “forma de pensar”. Estos otros elementos son **sentimientos o actitudes y comportamientos**.

Planteo que una persona A puede tener **sentimientos o actitudes** “suma cero” o “suma positiva”, en determinado momento y situación, en relación con determinada persona o grupo B, entendido “un sentimiento o una actitud suma cero” como un sentimiento en A de rechazo hacia B que conduce a que las necesidades, aspiraciones e intereses de B carezcan de importancia para A. Por el contrario, entiendo “un sentimiento o una actitud suma positiva” como un sentimiento en A de inclusión, entre sus necesidades, aspiraciones e intereses, de los de B. Planteo, además, que una persona puede experimentar sentimientos o actitudes “suma cero” o “suma positiva” independientemente de si esa persona se suscribe al pensamiento suma cero o al pensamiento suma positiva. Dos de los posibles casos parecen lógicamente contradictorios (pensamiento “suma cero” con actitudes “suma positiva”, y pensamiento “suma positiva” con actitudes “suma cero”), pero la contradicción lógica, como muchas otras, no es imposible para la mente humana. Toda persona que se suscribe al pensamiento “suma positiva”, pero que en determinado momento haya sentido ira, rechazo, deseo de lastimar a otra persona ha experimentado esa contradicción. También la ha experimentado toda persona que, suscribiéndose al pensamiento “suma cero”, haya sentido el deseo de cuidar y proteger a otra persona, o cooperar y compartir con ella. Los afectos, las lealtades, las dependencias, la satisfacción mutua de necesidades y otros tipos de lazos entre las personas generan múltiples motivos por los cuales éstas puedan sentir, afectivamente, algo que pueda ser contrario a lo que piensen cognitivamente.

Planteo también, bajo un razonamiento similar, que una persona puede mostrar **comportamientos** “suma cero” que se manifiestan en que una persona A por ejemplo tome para sí lo que necesite (por ejemplo de comida, de agua, etc.) negándole o quitándole a otra persona B lo que B necesite. Una frecuente manifestación de **comportamiento** “suma-cero” se da cuando una diferencia de gustos, opiniones o criterios se convierte en una confrontación personal que las partes buscan resolver por la vía de la imposición, es decir, llevando la disputa al terreno “suma-cero” de “o te gano la discusión, o me la ganas tú”. Este tipo de confrontación puede ser causada tanto por condiciones psicológicas de las personas involucradas como por la ampliamente difundida (y a mi juicio equivocada) creencia de que para todo tipo de problema o situación existe “la solución correcta” que no solo puede ser impuesta, sino que *debe serlo*. Como en el caso anterior, planteo que es posible tal comportamiento de parte de una persona, independientemente tanto de sus pensamientos como de sus sentimientos al respecto: nuevamente, no obstante la inherente contradicción lógica, es posible que una persona A se declare convencida del pensamiento “suma positiva”, tenga sentimientos “suma positiva” hacia otra persona B, y, sin embargo, muestre comportamiento “suma cero”.

III. CONSECUENCIAS DE UNO Y OTRO ESQUEMA

Consideraciones iniciales

Independientemente de las demás influencias que

operan sobre las personas, puede razonablemente afirmarse que aquellas que actúan bajo la influencia del esquema suma cero tienen una mayor tendencia a verse envueltas en conflictos, a encararlos de manera contenciosa, a que, en consecuencia, sus conflictos escalen, a que el escalamiento de sus conflictos alcance mayores niveles, y a que sea más difícil su desescalamiento y eventual resolución de sus conflictos. Para fundamentar este conjunto de afirmaciones, examinaré a continuación las influencias de los esquemas “suma cero” y “suma positiva”, sobre el inicio mismo de conflictos, la selección de una estrategia para abordarlos, los procesos de escalamiento del conflicto, en especial a través de los denominados “cambios estructurales”, los procesos de desescalamiento y los procesos la resolución negociada de conflictos.

Algunas de estas influencias son ejercidas directamente, y otras lo son indirectamente, a través de efectos sobre el desarrollo de la personalidad y el crecimiento psicológico y emocional de las personas, que a su vez incide en las relaciones afectivas y de confianza entre personas. Comenzaremos por la exploración de estos efectos psicológicos indirectos.

Efectos sobre el desarrollo y la estructura psicológica

El sano desarrollo psicológico y emocional de una persona humana incluye, importantemente, la disolución de los denominados “lazos primarios” de dependencia, típicamente (aunque no sólo) con la madre y el padre, y el logro de independencia psicológica y emocional, en base a la cual la persona es luego capaz de establecer “lazos secundarios” sanos y fecundos de interdependencia, confianza y amor³. Si, por el contrario, la persona no logra desarrollar esa independencia psicológica y emocional, se vuelve susceptible de caer en varias diferentes formas de escapismo y de verse envuelta en relaciones interpersonales de tipo dominio-sumisión, sin jamás poder satisfacer adecuadamente la necesidad humana más básica de todas, que, a decir de Fromm, es responder al sentido de “separabilidad o estado de separación”⁴.

Planteo que el esquema de creencias, sentimientos y comportamientos “suma cero” puede tender a influir en contra del desarrollo psicológico y emocional sano. Si, en el transcurso de su desarrollo, una persona concibe que las únicas opciones de posible desenlace de las relaciones y situaciones de su vida son “o gano o pierdo”, o desarrolla sentimientos y actitudes excluyentes de las necesidades de otros, y/o se comporta de manera que sólo privilegia las propias necesidades o aspiraciones, es razonable pensar que tenderá a vivir en condiciones de relativa privación afectiva, antes que en condiciones de afecto, interdependencia y confianza con otros.

La presencia de fuertes lazos afectivos y la consecuente sana interdependencia y confianza inciden de tres maneras en la evolución y resolución de conflictos: primero, tienden a que surjan menos conflictos entre las personas; segundo, si llega a surgir un conflicto, este tiene menos tendencia al escalamiento; y tercero, si el conflicto llega a escalar, tiende a hacerlo bajo una dinámica más antes que menos benigna. En los párrafos siguientes, examino en mayor detalle estas tres proposiciones.

Los lazos afectivos fuertes y la confianza entre las personas estimulan el desarrollo de valores, necesidades y

aspiraciones comunes, antes que divergentes e incompatibles. Partiendo de la forma de entender "conflicto" propuesta por Jeffrey Z. Rubin, quien sugiere que debe entenderse como "aquella situación en que las aspiraciones de dos o más partes son incompatibles en un mismo momento"⁵, todo aquello que reduce la incompatibilidad de aspiraciones, incluidos lazos de afecto, confianza e interdependencia, reduce la posibilidad misma de que surjan conflictos.

Los conflictos, sin embargo, surgen, aun entre personas unidas por los más fuertes y sinceros lazos de afecto y confianza. Una vez que hubiere surgido un conflicto entre esas personas, existe amplia evidencia de que el deseo de conservar y mantener la calidad de la relación influye para evitar o atenuar el escalamiento del conflicto, que es aquel proceso a través del cual este se vuelve más pesado, áspero, contencioso, hostil y potencialmente destructivo.

Por último, aún si un conflicto entre personas unidas por fuertes lazos afectivos y de confianza llega a escalar, existe también amplia evidencia de que la presencia de esos lazos tiende a que el escalamiento siga una dinámica más leve, generando estados psicológicos temporales, como la ira y el temor, que tienden a revertirse por sí mismos, antes que una dinámica de escalamiento más profunda que genere los denominados "cambios estructurales", cuyas máximas expresiones son la deshumanización y la demonización de la otra parte y una de serie de mecanismos psicológicos autoconfirmatorios que tienden a la permanencia o "perpetuación" del escalamiento en el tiempo y en su intensidad.

En resumen, al influir negativamente sobre la voluntad y eventual capacidad para establecer lazos fuertes de afecto y confianza, el esquema "suma cero" puede incidir en una mayor propensión al conflicto, una mayor propensión a que este escale, y en la profundidad y destructividad de su potencial escalamiento. Las influencias del esquema "suma positiva" son exactamente las contrarias, reduciendo la posibilidad de incompatibilidad entre las partes y la voluntad de utilizar tácticas contenciosas duras⁶.

Influencias sobre la elección de una estrategia para abordar un conflicto

En breve resumen, se reconocen tres estrategias para abordar un conflicto⁷: (a) la **cesión** sistemática, que consiste en sacrificar la satisfacción de las propias necesidades y aspiraciones y dejar que la otra parte en un conflicto logre la satisfacción de las suyas; (b) la estrategia **contenciosa**, que, al contrario de la estrategia de cesión, consiste en tratar de imponer sobre la otra parte la satisfacción de las propias aspiraciones, sin perjuicio de cualquier consecuencia negativa que esto pueda traer para la otra parte; y (c) la búsqueda de **resolución** del conflicto, que consiste en intentar la satisfacción de por los menos algunas si no todas las aspiraciones de ambas partes. Una cuarta posible postura frente al conflicto es el **evitamiento**, que se distingue de las otras tres por el hecho de no ser, por definición, una estrategia para abordar el conflicto, sino más bien una estrategia para no abordarlo.

Los esquemas "suma cero" y "suma positiva" influyen de manera significativa sobre la elección de una estrategia de abordamiento, según exploro a continuación.

El esquema "suma cero" tiende sobre todo a alentar la elección de una estrategia **contenciosa** por dos motivos principales. Primero, en el nivel cognitivo, si una de las partes o ambas entienden que sólo existen las dos opciones (G,P) o (P,G), es razonable pensar, salvo casos excepcionales que examino más abajo, que la tendencia más frecuente será la de tratar de ser la parte que "gana". Esta puede ser la conclusión por varios posibles motivos, incluidos alta auto-estima; rigidez o baja renunciabilidad de aspiraciones, basada en su alta importancia, típicamente asociada con el deseo de satisfacer necesidades básicas como la supervivencia, la seguridad, la identidad, y otras; la percepción de propia fuerza relativa a la percibida debilidad de la otra parte; independencia respecto de la otra parte; y/o poco interés en la conservación de buenas relaciones con la otra parte. Segundo, en el nivel afectivo, si los sentimientos y actitudes de una de las partes o de ambas son "suma cero", no habrá interés ni deseo de buscar caminos a la satisfacción de las necesidades o aspiraciones de la otra parte, y, por el contrario, habrá una tendencia a pensar sólo en las dos opciones "suma cero" y en el deseo de imponer la opción (G,P).

El aliento a la elección de una estrategia contenciosa, según el razonamiento del párrafo anterior conlleva por definición el desaliento de la elección de una estrategia de resolución. El objetivo de esta segunda estrategia, que es un desenlace mutuamente satisfactorio, ni siquiera es contemplado como posible bajo el pensamiento "suma cero". Cuanto más consciente es la elección de estrategia, más va a pesar el componente netamente cognitivo del esquema "suma cero", el pensamiento, la idea que no existe posibilidad de satisfacción mutua. Si la elección de estrategia es menos consciente, un sentimiento o una actitud "suma cero" hacia la otra parte puede tener el efecto similar de desalentar la elección de una estrategia de resolución porque, para la parte que va a elegir una estrategia, las necesidades, los intereses y las aspiraciones de la otra parte en conflicto carecen de importancia, y, por el contrario, sí tienen importancia los propios sentimientos de hostilidad y venganza hacia la otra parte.

El esquema "suma cero" puede, en determinadas circunstancias especiales, alentar a una de las partes en un conflicto a elegir una estrategia de **cesión**. Entendiendo que sus opciones de desenlace son o (G,P) o (P,G), puede decidir buscar la opción (P,G), es decir "yo pierdo, tu ganas" a causa de una baja auto-estima y la consecuente baja valoración de las propias aspiraciones; una relativamente menor rigidez de aspiraciones porque no se consideran de gran importancia; la percepción de propia debilidad en relación con el poder de la otra parte; y dependencia respecto de la otra parte.

Al contrario de lo planteado en los párrafos inmediatos anteriores, la influencia del esquema "suma positiva" tiende a alentar la elección de una estrategia de **resolución** y a desalentar la elección de estrategias **contenciosas**. Si las partes reconocen que una de sus opciones es la satisfacción simultánea de las necesidades y aspiraciones de ambas partes (pensamiento "suma positiva"), o si están presentes en su proceso de decisión sentimientos o actitudes "suma positiva", existen claras y fuertes influencias a favor de la elección de una estrategia de resolución y en contra de una estrategia contenciosa.

Influencias sobre procesos de desescalamiento de conflictos cuyo escalamiento ha tendido a perpetuarse

Cuando un conflicto nace, puede seguir uno de tres posibles caminos: (a) es materia inmediata de negociación y resolución; (b) entra en un proceso de escalamiento temporal, que tiende a desescalamiento a corto plazo sin dejar mayores residuos; o (c) entra en otro tipo de escalamiento más severo, que conduce a los denominados "cambios estructurales" que conllevan imágenes y actitudes altamente negativas entre las partes, y que tienden a la denominada perpetuación, que es la tendencia a la permanencia del escalamiento.

En el tercero de estos casos, en que el escalamiento de un conflicto ha tendido a perpetuarse, surgen dos posibles influencias de los esquemas "suma cero" o "suma positiva". La primera influencia se da en relación con posibles movimientos, de una u otra parte en el conflicto, o de ambas, en dirección a buscar desescalar y eventualmente resolver el conflicto. La segunda influencia se da en el contexto de procesos denominados "pre-negociación". A continuación exploro cada uno de estos dos casos.

En primer lugar, pueden con el tiempo surgir factores que abran la posibilidad, en las mentes de las partes en un conflicto que ha escalado y se ha perpetuado, de buscar el desescalamiento y la eventual posible resolución del conflicto. Estos factores incluyen, típicamente, la merma de los recursos disponibles y las energías necesarias para mantener el conflicto en su condición de escalamiento perpetuado, y la percepción de posibles beneficios mutuos de un desescalamiento⁸. Un ejemplo claro de esto último se dio en el reciente proceso de desescalamiento y conclusión de acuerdos que pusieron fin al conflicto limítrofe entre Ecuador y Perú, proceso que fue motivado, al menos en parte, por la percepción de que ambos países podrían beneficiarse con la reducción de sus respectivas inversiones en capacidad bélica, el aprovechamiento conjunto de recursos hídricos, mejores posibilidades de inversión extranjera, posible incremento del comercio bilateral, etc.

El que dos partes en conflicto, como el Ecuador y el Perú en el ejemplo, puedan reconocer y luego actuar conjuntamente para lograr tales potenciales beneficios mutuos depende directamente de que ambas partes tengan una visión "suma positiva". Si la visión de las partes es "suma cero", la merma de recursos y energías por sí sola es frecuentemente insuficiente para estimular a las partes a comenzar un proceso de desescalamiento y eventual resolución del conflicto. Una visión "suma positiva", que admite la posibilidad de satisfacción de las necesidades y aspiraciones de ambas partes, parece imprescindible para que las partes decidan buscar los potenciales beneficios mutuos del desescalamiento y la resolución de su conflicto.

En segundo lugar, existen conflictos en los que las partes por sí solas no logran vencer la inercia del escalamiento y la perpetuación de su conflicto. En estos casos, de los cuales un claro ejemplo es el conflicto israelí-palestino, resulta de fundamental utilidad, y hasta llega a parecer imprescindible, la intervención de una tercera parte imparcial que convoque a las partes a lo que en general se describe como un proceso "pre-negociación", en el cual la tercera parte busca estimular una comunicación altamen-

te estructurada entre las partes tendiente a que cada una de ellas comprendan la perspectiva, las necesidades, los temores y las aspiraciones de la otra, hasta llegar a lo que la máxima autoridad en el tema a nivel mundial, Herbert C. Kelman describe como "la realización de que el conflicto es un dilema compartido"⁹. Para el éxito de este tipo de proceso "pre-negociación", es, nuevamente, esencial el que las partes en conflicto tengan, en alguna medida, tanto pensamientos como sentimientos "suma positiva". En tanto ambas estén dominadas por el esquema "suma cero", es razonable pensar que el logro que plantea el Profesor Kelman no sea buscado ni pueda ser alcanzado por las partes.

Influencias sobre la resolución negociada de un conflicto

Cuando las partes en un conflicto llegan a la mesa de negociación, la cual por definición consiste en la búsqueda conjunta de un acuerdo resolutorio, sea que lleguen directamente porque el conflicto nunca escaló, o lleguen, finalmente, al término de procesos de desescalamiento como los descritos en los párrafos anteriores, es evidente la necesidad de que ambas estén animadas por una visión "suma positiva" de sus opciones y por sentimientos y actitudes "suma positiva" respecto de la parte contraria para que puedan llegar a una resolución mutuamente satisfactoria. Si, por el contrario, las partes en una negociación están imbuidas del esquema "suma cero", estarán entrapadas en una concepción de sus posibles opciones y un conjunto de sentimientos y actitudes que impiden la esencia de la negociación exitosa, que es, precisamente, la búsqueda de una o más opciones que satisfagan las aspiraciones, los intereses y las necesidades de ambas partes. La denominada "negociación por principios", cuyos máximos proponentes teóricos son Roger Fisher y William Ury¹⁰, resulta imposible de aplicar, en realidad, en ausencia de una visión de posibles desenlaces que incluya la opción de satisfacción mutua (G,G), y actitudes y comportamientos coherentes con esa visión.

IV. LOS DOS ESQUEMAS Y LA HISTORIA DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Tres formas de buscar el desenlace o la resolución

Ury, Brett y Goldberg¹¹ plantean una forma de entender la evolución de la resolución de conflictos en las sociedades humanas que resulta de enorme interés en el contexto del presente análisis. De acuerdo con estos autores, pueden identificarse tres modos de aproximación ("approaches") a la búsqueda de desenlace o resolución¹² de un conflicto: en base al poder, con base en los derechos relativos de las partes, o en base a la conciliación de sus necesidades e intereses.

Una perspectiva histórica

Resulta interesante colocar el planteamiento de Ury, Brett y Goldberg en una perspectiva histórica. Durante los primeros varios millones de años de la existencia de nuestra especie, el único camino que se conocía y aplicaba para tratar de zanjar una disputa era apelar al poder, en cuyo caso el desenlace era casi siempre favorable al más fuerte. Incluso en los casos de excepción en los que parecería haber prevalecido el menos "fuerte", como el de

David y Goliath, habría que cuestionarse no cual de los dos era más "fuerte", sino en que consistía la "fuerza" relativa.

Progresivamente, las comunidades humanas fueron desarrollando mecanismos más racionales de formulación y aplicación de la normativa social, y, desde hace unos ocho a nueve mil años ha estado claramente presente en el desenvolvimiento de nuestras sociedades el concepto del derecho. No es que se hubiese abandonado el recurso a la fuerza, como bien sabemos. Al contrario, poniendo en evidencia la notable renuencia que a mi juicio caracteriza a nuestra especie a abandonar viejos paradigmas una vez que hubieran aparecido nuevos, más útiles y más lógicamente defensibles, seguimos apelando a la fuerza bruta en disputas desde domésticas hasta internacionales con alarmante facilidad. Incluso, es evidente que el recurso al poder y el recurso al derecho no constituyen dos opciones del todo mutuamente excluyentes, en por lo menos dos sentidos. Por un lado, puede darse la resolución en derecho de una disputa, y luego hacerse necesaria la aplicación del poder (policial u otro) para hacer cumplir esa resolución en derecho. Por otro lado, el derecho no siempre ha sido, ni es, en algunas sociedades, igual para todos. Filmer S.C. Northrop pone en evidencia la influencia conjunta de poder y de derecho y la evolución de esa compleja relación al describir lo que llama la transición de un sistema de 'derecho por status' a un sistema de 'derecho puro' o de 'derecho contractual': comenta que en la Inglaterra del siglo XIV, si un conde y un campesino hubiesen ido en busca de la justicia del Rey en una disputa por la propiedad de un trozo de tierra, el Rey habría fallado en favor del conde porque era conde y poderoso, pero que si los descendientes de ambos litigantes fuesen a presentar la misma disputa, hoy, ante un tribunal de justicia, el tema se decidiría a base de los derechos de cada parte y los méritos de sus respectivas causas¹³. No obstante la injerencia del poder en la aplicación del derecho, el concepto mismo del derecho introdujo en las sociedades humanas una segunda opción, una manera alterna, potencialmente menos destructiva, de buscar el desenlace de una disputa.

El cambio que describe Northrop constituye a mi juicio un notable progreso desde dos puntos de vista: primero, en el terreno del manejo y la resolución de conflictos, considero de inmenso valor el que existan los mecanismos judiciales, a través de los cuales se pueda intentar dirimir disputas de manera objetiva y no violenta; y segundo, en el terreno de la ética social, considero de inmenso valor la progresiva afirmación de la igualdad de derechos de todo ser humano. Toda persona, desde Hammurabi y los primeros abogados romanos hasta los abogados y profesores de derecho del presente, que han contribuido a que los seres humanos vivamos en sociedades regidas, aunque sea imperfectamente, por la ley y el derecho tienen legítimo motivo de satisfacción.

Conexión con "suma cero" y "suma positiva"

Sin embargo, al conectar ese breve análisis histórico con el tema principal de este artículo, que es el de los esquemas "suma cero" y "suma positiva", podemos ver que tanto el modo de buscar desenlace a las disputas más antiguo y hasta 'primitivo' de apelar al poder, como el más 'civilizado' de apelar al derecho, son sistemas cuyos desenlaces son "suma cero": una de las partes gana y la otra pierde. En este sentido, es factible interpretar a ambos

modos como expresiones de una misma larga tradición contenciosa de la humanidad. Podemos preferir, legítimamente, creo, el segundo sistema: parece más atractivo, en términos de ética social, poder decir "ganó porque tiene razón, o porque tiene derecho" que tener que decir "ganó porque es el más fuerte", pero sigue siendo cierto que estamos diciendo, aún entonces, "él ganó, y el otro perdió".

Es en estos términos que adquiere su mayor importancia el hecho de que en las últimas décadas ha comenzado a tener presencia significativa en las sociedades humanas la tercera opción - la búsqueda de la resolución de disputas sobre base de la conciliación de las necesidades y aspiraciones de las partes. Se ha introducido una novedad revolucionaria en términos conceptuales, éticos y espirituales. Hasta donde conozco - y el tema es de suficiente importancia como para merecer una cuidadosa y sistemática investigación - esta tercera forma de aproximarse a la búsqueda del desenlace y de la resolución¹⁴ de disputas no se ha visto antes en la historia de la humanidad. Por primera vez, a partir de las últimas décadas, los seres humanos hemos logrado formular esquemas para abordar y resolver nuestros conflictos que propendan a desenlaces "suma positiva".

Es importante no caer en excesivo optimismo al respecto. Estos esquemas no son fórmulas mágicas. Hay múltiples limitantes reales a su aplicabilidad, entre las cuales la primera que debe reconocerse es que, sin perjuicio del conjunto de fenómenos psicológicos que entrañan los esquemas "suma cero" y "suma positiva", hay situaciones que objetivamente son "suma cero". Por ejemplo, si dos personas han venido cruzando el desierto del Sahara en direcciones opuestas, habiendo cada una perdido sus reservas de agua, y en el momento de encontrarse, a medio desierto, encuentran también una pequeña botella con agua suficiente para salvar la vida de la una o la otra, pero no las vidas de ambas, la situación en sí es "suma cero", independientemente de si ambas personas piensan, sienten o desean actuar bajo el esquema "suma positiva". Los nuevos enfoques "suma positiva" orientados a la conciliación de necesidades y aspiraciones también chocan contra realidades sico-sociales, tales como creencias religiosas, valores éticos, relatos étnicos, históricos y culturales, que forman parte esencial de la identidad y el sentimiento de seguridad de los pueblos, y en consecuencia son muy difíciles de someter a posible renunciamiento, aunque fuese parcial, en aras de resoluciones pragmáticas "suma positiva". Esas y otras limitaciones no obstante, en las últimas décadas hemos podido presenciar una creciente serie de procesos de paz que, aun en su imperfección y fragilidad, no dejan de ser asombrosos. Entre estos cabe mencionar el proceso de paz árabe-israelí e israelí-palestino, la transferencia pacífica del poder político de la minoría blanca a la mayoría negra en Sudáfrica, el fin de las guerras de insurgencia en América Central, y el más reciente y más frágil de todos, el proceso de paz en Irlanda del Norte.

Un ejemplo

Existe, dentro del contexto del conflicto israelí-palestino, un vívido ejemplo de consciente retiro del esquema "suma cero" y adopción del esquema "suma positiva", que tanto por su trascendencia histórica como por la claridad con que permite ilustrar esa transición, merece ser

examinada con detenimiento. En un artículo publicado en 1978 en la revista *Foreign Affairs*, el prominente pensador palestino Wálid Khalidi comienza por plantear la necesidad de que “el conflicto Árabe-Israelí sea abordado con realismo”¹⁵. Más adelante, señala que varios desarrollos estructurales, incluidos el colapso de la República Árabe Unida, la muerte de Nasser y el desarrollo en los países árabes de una élite tecnocrática, orientada al desarrollo “han contribuido a la generación de un espíritu de mucho mayor pragmatismo respecto de las relaciones regionales y globales, incluso el conflicto Árabe-Israelí”¹⁶. Agrega luego¹⁷:

La posibilidad de que este nuevo modelo para el sistema de los estados Árabes prevalezca sobre el existente modelo florido y apocalíptico depende principalmente de si es posible una honrosa resolución total del Problema Palestino y, en consecuencia, del conflicto Árabe-Israelí.

¿Cual fué su propuesta para esa “honrosa resolución”? Khalidi fue el primer prominente palestino en proponer la partición de los territorios en disputa y la creación de un Estado palestino soberano. Esta idea, tal vez inocua a ojos del lector contemporáneo, constituía un radical rompimiento con la entonces generalizada opinión Palestina y Árabe. Como el propio título del artículo de Khalidi lo sugiere, constituía “pensar lo impensable”. Nuevamente, cito al propio Khalidi¹⁸:

La opinión (general) Palestina y Árabe aspiraba a la recuperación de todo el territorio Palestino y el establecimiento de un estado democrático y secular en él. Aceptar la idea de una partición y de un estado (Palestino) en la margen occidental (del Río Jordán) y la Franja de Gaza era traición. En algunos círculos Palestinos y Árabes, lo sigue siendo... (Pero) es el desarrollo largamente esperado por observadores externos y por los Israelíes. Sería trágico no reconocerlo ahora que ha comenzado a ocurrir, y sería aún más trágico si fuese reconocido pero ignorado.

Por supuesto que la opinión general palestina y árabe rechazó encendidamente esta propuesta de Khalidi. Muchos le llamaron traidor, y su vida corrió peligro. Su propuesta implicaba renunciamentos importantes a creencias, valores y reivindicaciones de altísimo contenido afectivo, que atañían al sentido mismo de identidad del pueblo palestino. Pero el argumento central de Khalidi, que con el tiempo vino a ser descrito como el de la “justicia pragmática”, era que si los dos pueblos, el Palestino y el Israelí, se aferraban cada uno a la validez exclusiva de su relato histórico, su sentido de la verdad, su derecho y su razón, en lugar de buscar la conciliación pragmática de las necesidades y las aspiraciones de ambos pueblos, el conflicto jamás podría ser resuelto. Puesto en los términos principales de este artículo, lo que Khalidi planteaba era pasar de una visión “suma cero” a una visión “suma positiva” del conflicto y de su posible resolución.

Al lector no le es desconocido el dilema moral y afectivo que planteó Khalidi. Es similar al que plantearon para la sociedad ecuatoriana las propuestas de resolución del conflicto limítrofe con el Perú. También en el Ecuador, la sola idea de buscar una solución pragmática al conflicto basada en un esquema “suma positiva” ha constituido para muchos, y constituye aún para algunos, “pensar lo impensable”. Los valores de identidad nacional, honor y tradición histórica son valores del más alto nivel. El duro

y dramático dilema viene porque también lo son los valores de la paz, la cooperación entre los pueblos, la dedicación de recursos escasos a otros fines distintos del poderío bélico.

El problema de si es o no moral y políticamente válido, en determinada circunstancia histórica, hacer algún tipo de renunciamento a ciertos altos valores en favor de los valores de la paz y el evitamiento de la destructividad de la guerra es, y será siempre, un problema de juicios de valor, respecto de los cuales es improbable que jamás lleguemos todos a pensar de igual manera. Puedo además reconocer condiciones en las que, no obstante el dolor y la destructividad que implique, pueda ser preferible el conflicto escalado antes que la paz. En lo que sí creo que es factible llegar a general acuerdo es en que, en la medida en que se nos hace factible replantear nuestras prioridades valorativas, hasta “pensando lo impensable”, para poder ver un conflicto bajo el esquema “suma positiva”, en vez de verlo bajo el esquema “suma cero”, serán mucho mayores las posibilidades de evitar mayor escalamiento y perpetuación del conflicto y las de poderlo desescalar y eventualmente resolver.

Hay otros ejemplos como el de Wálid Khalidi. Anwar Sadat rompió con la hostilidad implacable de los árabes hacia los israelíes, visitó Jerusalén y dio la mano a los judíos que lo recibieron¹⁹, propiciando, con todos estos notables cambios hacia el esquema “suma positiva”, el eventual acuerdo de devolución del Sinaí y la normalización de relaciones diplomáticas entre Egipto e Israel. Nelson Mandela, poniendo espléndidamente de manifiesto lo mejor del espíritu humano, salió de más de veinticinco años de cárcel en ánimo de negociar y conciliar, no de vengarse.

V. ALGUNAS IMPLICACIONES, REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

Dentro de los límites razonables de este artículo en esta revista (comparados con los que podrían ser los límites, por ejemplo, de todo un libro dedicado al tema), no es posible señalar y reflexionar sobre todas las importantes implicaciones que surgen de lo planteado hasta acá. En consecuencia, he escogido reflexionar brevemente sobre sólo dos preguntas: (a) ¿Cual es la validez del uno y el otro esquema? y (b) Si alguno es más válido que el otro, ¿qué puede hacerse para estimular la mayor presencia del más válido en la realidad humana?

La validez del uno y del otro esquema

Para formular este juicio, creo que es necesario distinguir entre lo descriptivo, el terreno de lo que es, y lo normativo, el terreno de lo que considero que debe ser. En el terreno descriptivo, veo muchos motivos para reconocer la superior validez del esquema “suma cero”: parece más real, más ajustado a lo que ocurre en la realidad humana. En el terreno normativo, por otro lado, estoy profundamente convencido de la superior validez del esquema “suma positiva”.

Primero, en el terreno descriptivo, hay que preguntarse si, objetivamente, las relaciones interpersonales y los procesos sociales conducen a “suma positiva” efectiva, es decir, al real beneficio mutuo de las partes involucradas en las múltiples situaciones y relaciones de la vida diaria.

La respuesta honesta, por mucho que nos duela o moleste, es que, salvo muy escasas excepciones, los resultados de esas relaciones y esos procesos tienden a ser "suma cero". En las relaciones interpersonales, los seres humanos experimentan con penosa frecuencia la imposición del más fuerte en relaciones de dominio-sumisión: el padre que ordena al hijo a hacer algo "porque yo digo", el profesor que obliga al estudiante a aceptar como equivocada una respuesta correcta, el sacerdote que consigue favores so pena de no conceder una absolución, el empleador que obliga al empleado a trabajar más horas por menos paga, el esposo o la esposa que somete a su pareja a chantaje emocional con la amenaza de quitarle su cariño o su apoyo, y, en un nivel más desnudo, el asaltante a mano armada o el violador a punta de cuchillo. En el ámbito social, la vasta mayoría de nosotros ha estado y aún está expuesta a procesos políticos de diversos matices ideológicos y formales cuyo supuesto fin es la búsqueda del bien común, pero cuyo verdadero fin parece ser la captación del poder y la consecuente capacidad para cometer abusos, ya no sólo a nivel interpersonal, sino en mayor escala y sobre un escenario más grande. No debe sorprendernos que la experiencia destilada de miles de años haya hecho comunes en la humanidad ciertas creencias que, sin estar, en la mayoría de mentes, en el nivel conceptual de marcos teóricos detalladamente estructurados, y sin que, en consecuencia, quienes están bajo su influencia puedan verbalizarlas o atribuir las a sus autores, están de todos modos ampliamente presentes, reforzando en el ámbito popular lo que la experiencia personal y social tiende a sugerir a la mayoría de personas. Entre estas creencias podemos contar la frase de San Agustín de que "el hombre es lobo del hombre"; su variación Hobbesiana, que torna "natural" el corrompido estado de la mayoría de sistemas políticos en el mundo; la equivocada teoría marxista de la plusvalía; la teoría leninista del imperialismo y muchas otras.

Del otro lado, es muy clara para mí la superior validez normativa, en casi toda situación, del esquema "suma positiva". La influencia de pensamiento, actitudes y comportamientos "suma positiva" sobre la evolución y la eventual resolución de conflictos sociales, que ilustré extensamente más arriba, demuestra con claridad el principal fundamento para este juicio de valor en el terreno de la ética social. Además de esas consideraciones éticas, que son de primordial importancia para mí, hay a mi juicio consideraciones psicológicas, relacionadas a la posibilidad de generar mayor felicidad humana, que también sustentan de manera importante mi juicio de mayor validez normativa del esquema "suma positiva". Dicho esto, cabe aclarar la limitación expresada con la frase "en casi toda situación" al inicio de este párrafo: como ya he expresado más arriba, reconozco situaciones en las que, incluso por motivos éticos, no cabe aplicar un esquema "suma positiva". Un caso de estos sería, para mí, aquel en el que uno encontrase a un violador intentando perpetrar su repugnante acto de violencia: resultaría absurdo proponerle, en ese momento, la búsqueda de "satisfacción de ambas partes". Excepto por tales límites, sostengo mi juicio de superior validez normativa del esquema "suma positiva" para toda otra situación.

¿Se puede estimular la presencia y vigencia del esquema "suma positiva"? ¿Si sí, cómo?

Pongo término a este artículo con algunas reflexiones sobre la posibilidad de que el esquema "suma positiva" se convierta en el esquema dominante para la especie humana, tanto en las relaciones interpersonales como en actividades sociales fundamentales tales como los procesos políticos, la administración de justicia, la resolución de conflictos y la educación.

Comienzo afirmando que creo firmemente que sí es posible estimular la presencia, la vigencia y hasta la preponderancia del esquema "suma positiva". Reconociendo claramente la fuerza de todas las influencias descritas más arriba que hacen que la realidad de la mayoría de personas tienda más bien, tristemente, a ser "suma cero", creo que la influencia de todos esos factores es susceptible de reversión, aunque sea parcial y gradual.

Infundir el esquema "suma positiva" en cada vez más personas y grupos humanos demandará, a mi juicio, atención prioritaria a tres cosas, muy relacionadas entre sí: (a) la **difusión conceptual** del contenido y las implicaciones de los dos esquemas, para que más y más personas hagan una elección consciente entre ellos, antes que la "adquisición" implícita de uno de ellos (que con mucha mayor frecuencia tiende a ser, hasta hoy, el esquema "suma cero"); (b) la **consciente búsqueda**, por aquellos de nosotros que ya estamos persuadidos de la validez de este esquema, de resoluciones "suma positiva" a nuestros conflictos interpersonales y sociales, comenzando con los más íntimos pero sin limitarnos a ellos - los conflictos de pareja, entre padres e hijos, entre hermanos; y (c) la **progresiva resolución de los problemas sociales** de marginalización, falta de oportunidades y generalizada insatisfacción de las necesidades humanas básicas de una enorme proporción de la humanidad.

La difusión conceptual que propongo debe hacerse a mi juicio tomando en cuenta que los esquemas que hemos venido examinando pertenecen a una clase de elementos que denomino "cimientos intelectuales" de la actividad humana, que son un conjunto de posturas, actitudes y creencias más implícitas que explícitas, y que en consecuencia tienen influencias de las cuales con frecuencia estamos escasamente conscientes sobre nuestras demás creencias, nuestros valores, nuestras actitudes y nuestros comportamientos. Es esa condición oculta y subterránea, pero a la vez fuertemente determinante de toda la estructura de nuestro ser, que dio origen al uso metafórico del concepto "cimientos"²⁰. Estos "cimientos intelectuales" son típicamente adquiridos²¹ o "recogidos" del medio ambiente cultural e intelectual desde la infancia, de manera poco o nada consciente, sin que medien ni la enseñanza (sea o no escolarizada) ni el aprendizaje formales, ni marcos teóricos o conceptuales explícitos. Esa condición de ser "implícitos" da a los cimientos intelectuales la apariencia de ser intuitivamente obvios y, en consecuencia, de ser verdades incuestionables. Son, como elementos intelectuales, prácticamente el opuesto exacto de conocimientos derivados del consciente y sistemático estudio y reflexión sobre un marco teórico y conceptual y del posterior procesamiento reflexivo de información puntual dentro de ese marco teórico. La principal implicación pa-

ra el proceso de difusión conceptual que planteo es que no es ni remotamente suficiente la simple enunciación de las ideas relevantes. Se trata de primero desarmar los esquemas implícitos, a nivel de "cimientos" vigentes, para luego someter a consideración y reflexión los marcos conceptuales que este artículo presenta.

Para afrontar ese desafío, resulta altamente instructivo el análisis del cambio de paradigmas de Thomas Kuhn²², en especial su admonición de que los seres humanos comenzamos a abrirnos a un posible cambio de paradigma solamente cuando el vigente comienza a fallarnos de ma-

nera evidente. Coherente con ese argumento, propongo que debemos comenzar con demostraciones patentes de las nefastas consecuencias del esquema "suma cero" en las relaciones de pareja, entre padres, madres, hijos e hijas, en los procesos políticos, en la educación, en todo orden de asuntos humanos. Si logramos que las personas se cuestionen ese esquema, estará sentada la primera base de una transición similar a aquella que hicieron, en su momento, Wálid Khalidi, Anwar Sadat y Nelson Mandela.

NOTAS

1. Por ejemplo, uno de los clásicos contemporáneos sobre conflicto social incluye, entre las condiciones que tienden a propiciar el conflicto y su escalamiento, al "Pensamiento suma cero, que es la idea que la Ganancia del Otro es la Pérdida de Uno, también conocida como la premisa de "torta fija". ("Zero-sum thinking, the view that Other's gain is Party's loss, also known as the "fixed-pie" assumption.") Rubin, Jeffrey Z., Pruitt, Dean G., y Kim, Sung Hee. *Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement*, 2nd edition, McGraw Hill, Inc. New York, 1994, p. 20. La traducción de la cita es mía.
2. Es importante aclarar que a mi juicio los esquemas "suma cero" o "suma positiva", como muchos otros factores causales, ejercen influencia sobre las creencias, los valores, las actitudes y los comportamientos de las personas, en interacción con otros factores causales, más no constituyen causas determinantes, o únicas, cuyas consecuencias son ineludibles. Esta distinción no siempre está clara en análisis de relaciones causa-efecto, y la ausencia de claridad al respecto puede conducir a debates innecesarios sobre la validez de una propuesta de causalidad: si se entiende que uno está planteando causalidad determinista, es entendible que se rechace la propuesta, no porque se niegue, necesariamente, la posible influencia de los factores causales bajo análisis, sino porque se rechaza el determinismo que se está asumiendo o entendiendo. Reitero, entonces: no planteo que las visiones "suma cero" o "suma positiva" causan, inevitablemente, los efectos que se examinan; planteo que influyen en dirección a esos efectos.
3. Véase Fromm, Erich, *Escape from Freedom*, Avon Books, New York, 1965.
4. Véase Fromm, Erich, *El Arte de Amar*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1977, pp. 19-51.
5. Rubin, Pruitt & Kim, op. cit., p. 5.
6. Ibid., p. 120.
7. Véase Rubin, Pruitt & Kim, op. cit., Capítulo 2, "Strategic Choice".
8. Véase Rubin, Pruitt & Kim, op. cit., Capítulo 9, "Stalemate and De-escalation", y en especial la sección "How de-escalation begins", pp. 155-159.
9. Kelman, Herbert C., "An Interactional Approach to Conflict Resolution", en *Psychology and the Prevention of Nuclear War*, Ralph K. White, ed., New York University Press, New York, 1986, p.179.
10. Véase Fisher, Roger, Ury, William, Patton, Bruce, *Si, de acuerdo! - como negociar sin ceder*, Editorial Norma, Bogotá, 1994.
11. Ury, William L., Brett, Jeanne M., Goldberg, Stephen B., *Getting Disputes Resolved - Designing systems to cut the costs of conflict, The Program on Negotiation at Harvard Law School*, Cambridge, 1993, pp. 3-19.
12. Planteo distinguir entre "resolución" y "desenlace" como sigue: cualquier conclusión del conflicto, incluida la que pudiera resultar de la muerte de una de las partes a manos de la otra, constituye un "desenlace"; pero sólo aquella conclusión (aquel desenlace) que resulta en un razonable nivel de satisfacción de las necesidades e intereses de ambas (o todas) las partes puede razonablemente considerarse "resolución".
13. Northrop, Filmer S.C., *The Meeting of East and West*.
14. Recuerdo al lector distinción entre 'desenlace' y 'resolución'. según la nota 12.
15. Khalidi, Wálid, "Thinking the Unthinkable: A Sovereign Palestinian State", *Foreign Affairs*, Summer 1978, 56, pp. 695-713, p. 698. La traducción de esta y las siguientes citas de este artículo es mía.
16. Ibid., p. 699.

NOTAS

17. *Ibid.*
18. *Ibid.*, p. 702.
19. El comentario de que Sadat "dio la mano a los judíos que lo recibieron" tiene un significado profundo: durante muchos años, los funcionarios de gobierno y diplomáticos árabes habían optado por no dar la mano ni saludar con funcionarios o diplomáticos israelíes, con el objeto de simbolizar su desconocimiento del Estado de Israel. Si, por ejemplo, el Embajador de Egipto en Naciones Unidas llegaba a una recepción, saludaba con sus colegas de todos los demás países, pero al llegar frente al Embajador de Israel, pasaba como si el otro no estuviese ahí, un claro ejemplo de lo que en teoría de conflicto se denomina "deshumanización" de la otra parte. Cuando el Presidente egipcio Sadat decidió visitar Jerusalén, durante las negociaciones que culminaron en el acuerdo de Camp David para la devolución a Egipto del Sinaí, causó revuelo el hecho que, al bajar del avión, dio la mano uno a uno a todos los funcionarios israelíes que lo esperaban al pie de la escalinata. Es difícil exagerar el valor simbólico de ese gesto tan elementalmente humano.
20. Tengo en avanzado estado de elaboración el manuscrito de un libro bajo el título "Los Cimientos Intelectuales del Desarrollo Humano", en el cual propongo que, además de las posturas, casi siempre implícitas, sobre los posibles desenlaces de las situaciones y relaciones humanas (es decir, sobre "suma cero" versus "suma positiva") los seres humanos tenemos posturas implícitas sobre varios otros aspectos de la realidad que, en conjunto, hacen la fundamental diferencia entre la posibilidad o no de lograr un adecuado desarrollo tanto de la persona individual como de las sociedades humanas. Estas posturas se relacionan a la capacidad y voluntad de aceptar y manejar la complejidad versus la necesidad psicológica de sobresimplificar; la creencia o no en la posibilidad de cambio profundo de la realidad propia y social; la creencia o no en la propia capacidad para actuar de agente de ese cambio; y la mayor o relativa objetividad versus la total subjetividad.
21. Es consciente la elección del término "adquisición" para describir la manera en que los seres humanos llegamos a tener los "cimientos" en nuestro interior, por los mismos motivos por los cuales hablamos de la "adquisición" y no del "aprendizaje" del lenguaje.
22. Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
-
1. Véase Pruitt & Kim, *Conflict Tactics*, New York, 1967.
2. Véase Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 20.
3. Véase Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.
4. Véase Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.
5. Véase Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.
6. Véase Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.
7. Véase Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.
8. Véase Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.
9. Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.
10. Véase Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.
11. Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.
12. Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.
13. Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.
14. Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.
15. Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.
16. Pruitt & Kim, *op. cit.*, p. 130.

Reflexiones en torno al concepto contemporáneo de la democracia

Diego Pérez Ordóñez

“Edificar con la razón la experiencia histórica y la tolerancia como instrumentos.”

Francisco Tomás y Valiente, 1996

Con seguridad la palabra “democracia” es de las más usadas del diccionario. Sin embargo, su concepto ha evolucionado desde la democracia ateniense, eminentemente participativa, hasta la contemporánea, de características representativas. La discusión sobre la efectividad de la democracia, como el menos malo de los sistemas políticos, gira en torno a sus ingredientes: elecciones libres, adecuados niveles de representación, participación y fiscalización ciudadana, por citar solamente algunos.

La rapidez con la que la tecnología avanza nos hace especular con la posibilidad de la computarización de la toma de decisiones. La lentitud de las estructuras jurídico burocráticas contrasta con la multiplicidad y frecuencia de las exigencias sociales. Los poderes paraestatales, como la guerrilla, la mafia, las sectas y los grupos de interés parecerían ganarle la partida, en no pocos lugares del mundo, al poder político más o menos legítimo. Todo lo anterior conduce a pensar si el trillado concepto de la democracia como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo todavía tiene vigencia. Conviene, entonces, conocer el estado actual de tratamiento académico del concepto de democracia.

TOURAINÉ Y LA DEMOCRACIA DE LIBERACIÓN

El estudioso Alain Touraine es uno de los pensadores que mejor ha desarrollado el concepto de la democracia en los últimos años. Es un firme defensor de la idea de que lo que triunfa hoy en día no es la democracia sino la economía de mercado, que intenta quitarle importancia a las instituciones políticas. Por eso es que para el francés¹ un sistema abierto, político y económico es condición necesaria pero no suficiente de la democracia. En otras palabras: no todos los sistemas de libertades políticas y económicas son necesariamente democráticos. Hay que tener en cuenta otros factores políticos para que podamos hablar de democracia: libre elección de los gobernantes y pluralismo político - los electores deben estar en posibilidades de optar entre candidatos que representen los puntos de vista de la ciudadanía, más que, por ejemplo, dos

facciones de la oligarquía, el ejército o el mismo aparato del Estado.

Si no se cuenta con los factores mínimos la democracia corre el riesgo de ser destruida. Esta destrucción puede venir de dos frentes: desde arriba, cuando el poder autoritario corroe las instituciones y los derechos; o desde abajo, en las situaciones en las que el caos, la violencia y la guerra civil acaban con el sistema democrático.

Con los antecedentes señalados Touraine se une a la visión de Bobbio (que trataremos más adelante), al definir a la democracia por medio de tres elementos institucionales:

- Contiene un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado a tomar las decisiones y mediante qué procedimientos.
- Un régimen es tanto más democrático cuanto una mayor cantidad de personas participa directa o indirectamente en la toma de decisiones.
- Las elecciones que la gente hace (las decisiones que toma) deben ser reales.

De este modo, el espíritu democrático puede responder a dos exigencias:

- Limitar el poder; y
- Responder a las demandas de la mayoría.

Por otro lado, la importancia de las reglas de procedimiento es que éstas sirven para conocer cómo se forma, se expresa y se aplica una voluntad que representa los intereses de la mayoría. También sirven -las reglas- para impedir la arbitrariedad, responder a las demandas de la mayoría y garantizar la participación de la ciudadanía en la vida pública. Es por eso que este pensador francés desconfía de la democracia participativa: *“Ya no queremos una democracia de participación; no podemos contentarnos con una democracia de deliberación; necesitamos una democracia de liberación (...) La democracia sólo es vigorosa cuando está contenida en un deseo de liberación que se da constantemente nuevas fronteras, a la vez más distantes y más cercanas, puesto que se vuelve contra las formas de autoridad y de represión que tocan la experiencia más personal.”*²

EL PAPEL DE LAS LIBERTADES

En concordancia con la teoría de Touraine la libertad de opinión, de reunión y de organización son esenciales para la democracia, porque no implican ningún juicio del Estado acerca de las creencias morales o religiosas de los individuos. En su concepto hay que dar a los que están sometidos, y son dependientes, la capacidad de obrar libremente, de discutir en igualdad de derechos y garantías con aquellos que poseen los recursos económicos, políticos y culturales. Sólo así se podrá hablar de una democracia en la que el campo de juego esté nivelado, y no inclinado a favor de grupos y clases.

De acuerdo con la visión de Touraine, sujeto es el individuo o grupo como actor. En la sociedad moderna la libertad se expresa antes que nada por la resistencia a la dominación creciente del poder social sobre la personalidad y la cultura. El sujeto resiste y afirma su particularismo y su deseo de libertad. La democracia es, en parte, la lucha de unos sujetos (en su cultura y libertad) contra el sistema. Es la capacidad para la mayor cantidad de personas de vivir libremente y oponiendo resistencia al poder en nombre de la libertad. El régimen democrático da la mayor libertad al mayor número y protege y reconoce la mayor diversidad posible.

En la actualidad -y siempre siguiendo al pensador francés- la democracia está asediada por un culturalismo que impulsa el respeto a las minorías hasta la supresión de la idea misma de la mayoría. La nación se traduce en comunidades cerradas y agresivas. La democracia también se define mediante la voluntad de combinar el pensamiento racional, la libertad personal y la identidad cultural. Según Touraine, la democracia es el régimen que reconoce a los individuos y a las colectividades como sujetos, es decir, que los protege y los estimula en su voluntad de 'vivir su vida'. O sea que lo que limita el poder no es sólo un conjunto de reglas sino la voluntad de incrementar la voluntad de cada uno. La liberación de cada uno es, para él, la meta de la democracia "(...) *el objetivo principal de la democracia debe ser permitir a los individuos, a los grupos y a las colectividades convertirse en sujetos libres, productores de su historia, capaces de unir en su acción el universalismo de la razón y la particularidad de una identidad personal y colectiva.*"³

LA DEMOCRACIA TELEDIRIGIDA: SARTORI

Para el italiano Giovanni Sartori⁴ definir la democracia como poder del pueblo es simplemente una ejercicio vocablo a vocablo, que se limita a reproducir literalmente el significado griego de la palabra. Lo característico de la idea de democracia contemporánea, desde un punto de vista formal, es que la palabra suele ir aparejada de un adjetivo que la califique. Hasta el siglo XIX la palabra democracia tenía un significado político, pero luego aparecieron los conceptos de democracia "social" y democracia "industrial", que se remiten a estructuras identificables. De acuerdo con Sartori, las democracias contemporáneas giran en torno a:

a. El principio de la mayoría relativa: significa que dentro del pueblo, como un todo, parte de él cuenta más y parte menos. Incluso aquellos que constituyen la mayoría no detentan realmente el poder. Los derechos de la mi-

noría son la condición necesaria del proceso democrático mismo. Un gobierno mayoritario debe estar limitado por los derechos de la minoría. La democracia en marcha depende de asegurar a todos los ciudadanos (mayoría más minoría) la ostentación de los derechos requeridos por el método a través del cual la democracia opera.

- b. Los procedimientos electorales; y
- c. La transmisión del poder que supone la representación. Las elecciones y la representación son los instrumentos necesarios de una democracia a gran escala, y también su talón de Aquiles. Quien delega el poder también puede perderlo. Las elecciones son necesariamente libres pero la representación no es necesariamente genuina.

Para el pensador italiano en la actualidad no existe una democracia de referéndum, pero es tecnológicamente factible en el futuro. "*Cada elector dispondría de una terminal de vídeo en el que aparecerían los problemas y soluciones propuestas, con una periodicidad, por ejemplo, semanal y bastaría que apretara los botones correspondientes al sí o al no o a la abstención.*"⁵ La mayoría gana todo y la minoría pierde todo. Este tipo de democracia maximizaría el conflicto y legitimaría la tiranía de la mayoría. Sartori ha formulado la teoría decisional de la democracia, y para darle fundamento distingue cuatro clases de decisiones:

1. Individuales: las toma cada individuo por sí mismo, independientemente de si lo hace movido por influencias externas o siguiendo su propio criterio.
2. Grupales: las toma un conjunto de individuos relacionados, que participan de modo significativo en la adopción de tales decisiones.
3. Colectivas: las que adoptan los "muchos", por la razón de su tamaño los colectivos no pueden actuar como los grupos concretos.
4. Colectivizadas: se parecen a las colectivas en que no son individuales, pero se aplican y se hacen cumplir en una colectividad: quienquiera que decida lo hace por todos.

El órgano que adopta las decisiones incurre en costes (cualquiera que sea la cuestión en juego), y la colectividad receptora afronta riesgos (cualquiera que resulte ser) La diferencia básica radica en que el coste se puede conocer *ex ante* y el riesgo *ex post*. El coste decisional depende del número de personas que participan en la decisión: a mayor número mayor coste (dependiendo del volumen del órgano decisor).

LIBERTAD Y PODER

Para hablar de democracia Sartori reconoce tres variaciones del concepto de libertad⁶. La libertad como autorización (*se me permite*), la libertad como capacidad (*soy capaz de*) y la potencial (*tengo el poder de*). En épocas de opresión centralizada la expresión "libertad política" carece de ambigüedad. La clave del concepto de libertad política a lo largo de los siglos ha sido la ausencia de impedimentos externos, remoción de las restricciones exteriores y la disminución de los lazos coactivos.

Para Sartori es claro que:

- a. Hablar de libertad política es tratar del poder de los poderes subordinados, del poder de los destinatarios del poder; y

- b. Que la forma adecuada de plantear el problema de la libertad política es preguntarse ¿cómo salvaguardar el poder de estos poderes menores y virtualmente perdedores?

La libertad política (el ciudadano libre) existe en tanto en cuanto se crean las condiciones que permiten a este poder menor resistir al poder superior que, de otra forma, le aplastaría o, al menos, podría hacerlo. Lo que pedimos de la libertad política es la protección contra el poder arbitrario y absoluto. La libertad política permite a los gobernados oponerse efectivamente al abuso de poder por parte de los gobernantes. La clave es dilucidar dónde empieza y dónde termina el poder absoluto. *“La libertad política (la independencia) protege y permite al individuo elegir; y las libertades sucesivas contribuyen a la creación de las condiciones que amplían la posibilidad de escoger y la efectividad de la opción.”*⁷

Este estudioso italiano sostiene que la desigualdad es inherente al hombre, por eso un orden social en el que prevalece la idea de que cada uno debe vivir en su posición, permanece de pie. Una sociedad que busca su igualdad es una sociedad que lucha consigo misma, que se enfrenta con las leyes de su inercia interna. Cree que la igualdad destaca como el ‘ideal de protesta’, simboliza y estimula la revuelta del hombre frente al destino. En un sentido la igualdad transmite la idea de identidad, en otro implica la justicia. Alega que la búsqueda moral de la igualdad no implica una semejanza *de facto*. Si la igualdad es un principio moral queremos la igualdad por considerarla justa, no porque los hombres sean efectivamente iguales.

En lo tocante al tema de la igualdad, Sartori recomienda esta clasificación:

- Jurídico política: poder legalizado de oponer resistencia
- Social: no discriminación.
- De oportunidades: acceso igual, mismo reconocimiento a igual mérito.
- De oportunidades iniciales: entendida como comienzo igual, condiciones materiales iguales para acceso igual a oportunidades.
- Igualdad económica: igualdad en riqueza para todos, o propiedad estatal de la riqueza.

Tan pronto como una situación de libertad abre el cauce al apetito de igualdad, el ideal de la libertad se encuentra con dificultades. La idea de la igualdad es más asequible y tangible: se traduce en la provisión de beneficios perceptibles. Los beneficios de la libertad, en cambio, suelen ser imperceptibles.

En definitiva, el pensamiento de Giovanni Sartori se resume en que un sistema democrático tiene que ir hacia la contención del poder político. Los medios tecnológicos pueden multiplicar hasta el infinito la fuerza del hombre, así la amenaza crece de manera aterradora. Así el ciudadano se convierte en un súbdito controlado desde la cima. También corre el riesgo de ser superada por el gran poder económico.

DAVID HELD Y LA DEMOCRACIA DE LOS DERECHOS

Otra importante concepción de la democracia es la de David Held⁸. Para él la democracia significa una forma de gobierno en la que, al contrario de los sistemas persona-

listas, el pueblo gobierna. Su concepto implica un Estado en el que existe alguna forma de igualdad política entre las personas.

La defensa de la democracia vale la pena porque por lo menos ésta intenta poner en vigencia valores fundamentales como la igualdad, la libertad y el autodesarrollo moral, el interés común, decisiones eficaces y la utilidad social. La pregunta que aparece cuando se piensa en democracia es si constituye algún tipo de poder popular (participación ciudadana en un autogobierno) o la simple contribución en la toma de decisiones. Held piensa que las ideas y prácticas democráticas sólo pueden ser protegidas a largo plazo si se profundiza su arraigo en la vida política, social y económica.

De acuerdo con Held, la teoría central de la idea liberal ha sido cómo sostener un gobierno, en un mundo marcado por la persecución legítima y razonable de los intereses personales y qué forma debe adoptar ese gobierno. Hobbes creía que sólo un Estado protector podría cobijar a los ciudadanos dejados al libre albedrío. Locke modificó la idea: no existe una buena razón para pensar que los gobernantes proporcionarán por su propia iniciativa un marco adecuado para que los ciudadanos persigan sus intereses. Por eso Locke y Montesquieu argumentaban que el poder político debidamente sancionado debía tener límites. Más tarde Madison en Estados Unidos y Bentham y James Mill en Inglaterra perfeccionaron la teoría de la democracia protectora: los gobernantes deben ser responsables ante los gobernados a través de los mecanismos políticos que proporcionan a los ciudadanos los medios adecuados para escoger, autorizar y controlar las decisiones políticas. A través de estos mecanismos se puede lograr el equilibrio entre la fuerza y el derecho, la autoridad y la libertad.

La democracia desarrollista, como modelo, subraya el carácter indispensable de las instituciones democráticas para la formación de una ciudadanía activa y participativa. Su principio justificativo es: los ciudadanos deben disfrutar de la igualdad política y económica para que nadie pueda ser amo de nadie y para que todos puedan disfrutar de igual libertad e independencia en el proceso de desarrollo colectivo. Dentro de esta línea de democracia destaca John Stuart Mill⁹, que realizaba la libertad individual, el gobierno responsable y la eficacia estatal.

Para la democracia desarrollista la participación en la vida política es necesaria no sólo para la protección de los intereses individuales, sino también para la creación de una ciudadanía informada, comprometida y en desarrollo constante.

Posteriormente, Marx y Engels arremetieron contra la idea del Estado neutral y la libre economía de mercado. Marx creía que el gobierno democrático en una sociedad capitalista era una utopía. Su concepción básica era que la libertad exige el fin de la explotación y, en último término, plena igualdad política y económica.

En el siglo XX, Weber y Schumpeter compartían una visión de la vida política en la que había poco margen para la participación democrática y el desarrollo individual o colectivo. Su obra coincide en ver a la democracia como, en el mejor de los casos, un medio para escoger a los encargados de adoptar las decisiones y limitar sus excesos. Se trata de una idea de los procedimientos

democráticos más que de una definición de la esencia misma de la democracia¹⁰.

Schumpeter trató de desarrollar un modelo de democracia realista, fundamentado empíricamente. Entendía la democracia como un método político, es decir un arreglo institucional para llegar a las decisiones políticas, confiando a ciertos individuos el poder de decidir en todos los asuntos, como consecuencia de su éxito en la búsqueda del voto de las personas. En resumen: la vida democrática es la lucha entre líderes políticos rivales, organizados en partidos, por el mandato de gobernar. Limita así la suerte del ciudadano a escoger periódicamente y autorizar a un gobierno para que actúe en su nombre. Los fines, como la justicia, decía Schumpeter, no deben ser confundidos con la democracia misma.

Entrando en el campo de la democracia contemporánea -y siguiendo a Held- la nueva derecha (Hayek, por ejemplo) ha unido los objetivos de libertad e igualdad a doctrinas políticas, económicas y éticas individualistas. El Estado moderno debe proporcionar las condiciones necesarias para posibilitar a los ciudadanos la persecución de sus propios intereses. El Estado debería también defender el imperio de la ley, y deberá estar restringido a su mínima dimensión.

Por el contrario, los pensadores de la nueva izquierda, (Pateman, MacPherson y Poulantzas) creen que los ideales de igualdad, libertad y justicia únicamente pueden realizarse por medio de luchas que aseguren que la sociedad esté sujeta a procedimientos que garanticen la máxima responsabilidad ante los ciudadanos.

De acuerdo con Held, para que la democracia florezca hoy en día debe ser reconocida como un fenómeno de dos caras: que haga referencia, por un lado, a la reforma del poder del Estado y, por otro, a la reestructuración de la sociedad civil. *"Este proceso debe tener como premisas la aceptación tanto del principio de que la división entre Estado y sociedad civil debe ser una característica central de la vida democrática, como la idea de que el poder de adoptar decisiones debe estar libre de las desigualdades y limitaciones impuestas por la apropiación privada del capital."*¹¹

De acuerdo con Held, la democracia no sólo trata de poner límites al poder público: si se pretende que las personas sean libres e iguales en la determinación de las condiciones de su propia vida, y que tengan los mismos derechos y obligaciones, hay que implementar un sistema de derechos concreto. Debería éste incluir:

- Igualdad de derecho al voto e iguales derechos de participación efectiva, comprensión bien informada.
- Derechos sociales: reproducción, cuidado de los niños, sanidad y educación.
- Derechos económicos: garantías de recursos económicos para lograr la autonomía democrática.
- Responsabilidad estatal: hacia los grupos que no gobiernan y de igualdad forma ante la ley y de que los ciudadanos tengan la capacidad real de beneficiarse de la oportunidades que se les presenten.

Si la democracia se concibe solamente como la votación periódica, se diluye el concepto de ciudadanía, en opinión de David Held.

DAHL: POLIARQUÍA, QUE NO DEMOCRACIA

En materia de pensamiento político la obra de Robert Dahl es de las más importantes del siglo XX, y su idea de la 'poliarquía' de las más discutidas. La premisa de la idea de Dahl es la siguiente: dado un régimen donde la oposición al gobierno no puede organizarse abierta y legalmente en partidos políticos ni enfrentarse a él en elecciones libres e imparciales, ¿qué condiciones favorecen o estorban su transformación en otro régimen que sí lo permita?

Para este pensador estadounidense la característica fundamental de un gobierno democrático es la continua aptitud para responder a las preferencias de sus ciudadanos, sin establecer diferencias políticas entre ellos. Así, pues, intenta una definición de democracia: *"(...) el sistema político entre cuyas características se cuenta su disposición a satisfacer entera o casi enteramente a todos sus ciudadanos, sin importarme, por el momento, si ese sistema existe hoy día, ha existido alguna vez, o puede darse en el futuro."*¹² Y complementa: *"Las poliarquías son sistemas sustancialmente liberalizados y popularizados, es decir, muy representativos a la vez que francamente abiertos al debate público."*¹³ En él, este concepto abstracto sirve para valorar el grado de aproximación de los sistemas democráticos al ideal teórico¹⁴.

CRITERIOS DE SUSTENTACIÓN DE LA POLIARQUÍA

De acuerdo con reflexiones posteriores del politólogo estadounidense¹⁵, éstos son los criterios de sustentación de la poliarquía:

- El control de las decisiones gubernamentales sobre las medidas oficiales les corresponde, por disposiciones constitucionales, a funcionarios electos.
- Los funcionarios electos son elegidos y pacíficamente sustituidos por otros mediante elecciones libres e imparciales relativamente frecuentes, en las que sólo hay un grado limitado de coacción.
- Prácticamente todos los adultos tienen derecho a votar en tales elecciones.
- La mayoría de los adultos tienen derecho a ocupar cargos públicos presentándose como candidatos en las elecciones.
- Los ciudadanos gozan del derecho a la libertad de expresión, en particular la libertad de expresión política, incluida la crítica a los funcionarios, a la conducción del Estado, al sistema político, económico y social vigente, así como a la ideología dominante.
- Tienen acceso los ciudadanos a las diversas fuentes de información, la que no está monopolizada ni por el Gobierno ni por grupo alguno.
- Los ciudadanos gozan del derecho efectivo a formar asociaciones autónomas, que procuren influir en el gobierno rivalizando en las elecciones, y por vías pacíficas.

Las instituciones de la poliarquía son indispensables para la democracia a gran escala, y en particular para la escala del contemporáneo Estado nacional. Todas las instituciones de la poliarquía son necesarias para la instauración más plena posible del proceso democrático en el gobierno de un país.

Como complemento, para que un gobierno esté en capacidad de responder durante un periodo dado de tiempo

a las preferencias de sus ciudadanos, sin distinciones políticas, éstos deben tener igualdad de oportunidades para:

- a. Formular sus preferencias.
- b. Manifestar públicamente dichas preferencias entre sus partidarios y, colectiva e individualmente, ante el gobierno.
- c. Recibir trato gubernamental igual, es decir el gobierno no debe discriminar el origen o el contenido de las preferencias.

Estas condiciones son fundamentales, aunque no suficientes, para la existencia de la democracia.

La participación y el debate aumentan cuando los regímenes hegemónicos y las oligarquías competitivas evolucionan hacia la poliarquía. Por lo tanto, el número de individuos, grupos e intereses cuya preferencia hay que tener en cuenta a la hora de ejercer el poder político aumenta. Mientras más profundo sea el conflicto entre el gobierno y la oposición, mayores serán las posibilidades de que cada uno niegue al otro la participación efectiva en el ejercicio del poder político.

La transformación de un régimen hegemónico en otro más competitivo, o de una oligarquía competitiva en una poliarquía, produce importantes consecuencias:

- a. Las libertades de corte liberal clásico, que son parte integrante del debate político y de la participación, p. ej.: oportunidades de oposición al gobierno, para formar organizaciones políticas, para expresarse libremente en materia política sin temor de represalias gubernamentales, emitir voto secreto, etc.
- b. La combinación de la participación abierta y la competencia política genera un cambio en la composición política de los dirigentes, que deben reflejar las preferencias de los votantes.
- c. A medida que el sistema se hace más competitivo o representativo, los políticos buscan el apoyo de los grupos que ganan acceso y terreno en la vida política. Los políticos también cambian de respuesta: adaptan su discurso, presentan candidatos que pueden ser más afines a la población votante.
- d. En los países, mientras más oportunidades haya para expresar, organizar y representar las preferencias políticas, mayor será el número y variedad de preferencias e intereses políticos con probabilidad de estar presentes en la vida política.
- e. Cuanto más bajas sean las barreras para el debate público y mayor el número de personas incluidas en el sistema político, mayores son también las dificultades del gobierno de un país para adoptar y hacer cumplir métodos que exijan la aplicación de sanciones rigurosas a porcentajes relativamente importantes de la población. Menores son las posibilidades de que siquiera lo intente.

LOS TRES CAMINOS QUE LLEVAN A LA POLIARQUÍA

Para Robert Dahl las siguientes son las tres posibilidades de vías adecuadas para que un sistema político pueda ser considerado realmente poliárquico:

1. La liberalización precede a la capacidad de representación: una hegemonía cerrada aumenta las oportunidades de debate público y, por tanto, la transformación en una oligarquía competitiva. Ésta, a su vez, se transforma

entonces en una poliarquía, cuando aumenta la capacidad de representación del régimen.

2. La capacidad de representación precede a la liberalización: la hegemonía cerrada se abre haciéndose representativa. La hegemonía representativa se transforma seguidamente en una poliarquía, cuando aumentan las oportunidades de debate público.
3. La vía rápida: una hegemonía cerrada se convierte de repente en una poliarquía, cuando se otorga rápidamente el derecho al voto universal y al debate público.

EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

En el mundo actual las oportunidades de existencia de una poliarquía dependen directamente del grado y de la fuerza de determinadas creencias, no solamente entre civiles, sino entre todos los grados militares. Las fuerzas armadas deben creer en la neutralidad, en el constitucionalismo y en la subordinación al poder civil. Las circunstancias que más favorecen la política competitiva son aquellas en que tanto al gobierno como a la oposición se les niega el acceso a la violencia y a las sanciones socioeconómicas, o cuando éstas se producen de forma aislada o dispersa. Por el contrario, las circunstancias menos favorables se dan cuando el gobierno tiene el monopolio de la violencia y las sanciones socioeconómicas se niegan a la oposición. Si la oposición monopoliza los dos factores anteriores, entonces el gobierno carece de las características definitorias inherentes a su posición y tendrá los días contados.

Las oportunidades para que un país desarrolle y conserve un régimen competitivo-poliárquico, dependen del grado y la amplitud con que la sociedad y la economía del país:

- a. Favorezcan la alfabetización, la educación y las comunicaciones;
- b. Creen un orden social pluralista y no centralizado; y
- c) Prevengan las desigualdades extremas entre los estratos políticos más importantes del país.

Como colofón, y siempre de acuerdo a la teoría de la poliarquía de Dahl, las oportunidades de un país para tener un gobierno nacional duradero bajo un régimen en el cual la gran masa de la población tenga acceso al debate público dependen de siete grupos de condiciones: las secuencias históricas, el orden socioeconómico, el nivel de desarrollo socioeconómico, las igualdades-desigualdades, el pluralismo subcultural, la intervención extranjera y las creencias de los activistas políticos.

BOBBIO Y LAS REGLAS DE LA DEMOCRACIA REAL

Para Bobbio¹⁶ la democracia se ha convertido en estos años en el denominador común de todas las cuestiones políticamente relevantes, teóricas y prácticas. Para hablar de democracia, como concepto contrapuesto a todas las formas de gobierno autocrático, hay que considerarla caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones y bajo qué procedimientos.

Los grupos sociales tienen necesidad de tomar decisiones obligatorias para todos sus miembros, con el objeto de velar por su propia supervivencia exterior e interior.

Las decisiones grupales de todos modos son tomadas por individuos (el grupo como tal no decide), y para que esta decisión, en principio individual, pueda ser aceptada como colectiva es necesario que sea tomada con base en reglas, escritas o consuetudinarias. Las reglas, a su vez, establecen quiénes son los individuos autorizados a tomar las decisiones obligatorias para todos los miembros del grupo, y con qué procedimientos.

En lo tocante a los sujetos llamados a tomar las decisiones colectivas, un régimen democrático se caracteriza por la atribución de este poder (que, en cuanto autorizado por la ley fundamental, se vuelve un derecho) a un número muy elevado de miembros de un grupo. "Muy elevado" se refiere a que incluso en las democracias más avanzadas no toda la población es votante, por cuestiones de edad básicamente.

Para Bobbio, a la hora de ensayar una definición mínima de democracia, no basta con los mencionados factores: atribución del derecho de participar directa o indirectamente en la toma de decisiones colectivas para un número muy alto de ciudadanos, ni la existencia de leyes procedimentales para la toma de esas decisiones. Se presenta como necesario un tercer factor: es indispensable que aquellos que están llamados a decidir, o a elegir, a quienes deban decidir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una u otra. A quienes deciden se les debe garantizar los derechos de libertad de opinión, de reunión, de asociación. El Estado solamente puede ejercer el poder con sujeción a la ley y dentro de los límites del reconocimiento y respeto de los derechos inviolables del individuo. "Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego."¹⁷

LIBERALISMO Y DEMOCRACIA

El Estado liberal y el Estado democrático, siempre de acuerdo a la visión de Bobbio, son interdependientes en dos formas:

- a. Son necesarias ciertas libertades para el correcto ejercicio del poder democrático; y
- b. Es indispensable el poder democrático para garantizar la existencia y la persistencia de las libertades fundamentales.

Es improbable que un Estado no liberal pueda asegurar un correcto funcionamiento de la democracia y, por otra parte, es poco probable que un Estado no democrático sea capaz de garantizar las libertades fundamentales.

Para reflexionar sobre la situación actual de la democracia, Bobbio habla de la 'democracia real', es decir que no se preocupa demasiado de su transformación sino del contraste entre lo que se ofreció y lo que verdaderamente se concretó. El pensador italiano señala seis de estas falsas promesas:

1. **El nacimiento de la sociedad pluralista:** En la Antigüedad y en la Edad Media el todo tenía preferencia sobre las partes. Por el contrario, con el advenimiento del liberalismo la democracia trajo de la mano una concepción individualista de la sociedad, que no es más que un concepto artificial producto de la voluntad de los individuos. Tres factores fueron determinantes para la con-

cepción individualista de la sociedad: a) El contractualismo de los siglos XVII y XVIII, que parte de la teoría de que antes del Estado existía la sociedad de la naturaleza y que fueron los individuos quienes concertaron el apareamiento del Estado, para dar vida a un poder común que garantice sus derechos. b) El nacimiento de la economía política: análisis de la sociedad y de las relaciones sociales, cuyo centro es el individuo. c) La filosofía utilitarista de Jeremías Bentham y James Mill, según la cual el único criterio para distinguir una ética objetiva es a partir de condiciones esencialmente individuales, como el placer y el dolor. Además, para Bentham resolver el problema del bien común se resume en la famosa fórmula de la mayor felicidad para el mayor número¹⁸.

Sin embargo, en las sociedades contemporáneas ha sucedido exactamente lo contrario: los grupos se han vuelto cada vez más relevantes políticamente, en forma de asociaciones, sindicatos, partidos y empresas. El individuo es cada vez menos importante en la vida política de una sociedad democrática. El modelo general pasó de ser centrífugo a centrípeto, donde ya no existe un solo centro de poder sino muchos: la democracia pluralista.

2. **La reivindicación de los intereses:** De la distribución del poder se deriva la cuestión de la representación. La representación política es la antítesis de la democracia de los intereses, en la que el representante, al tener que velar por los intereses particulares, está en situación de mandato obligatorio, de derecho privado. La democracia representativa, de acuerdo con los ideales de la Revolución Francesa, presupone que el diputado, una vez electo, responde a los intereses de la nación y ya no de los votantes que lo eligieron. Cada grupo de interés tiende a considerar suyos los intereses nacionales. En los parlamentos la disciplina partidista atenta contra la verdadera representación.

Bobbio suscribe la teoría de Schmitter del neocorporativismo como sistema. Este sistema está compuesto por una relación triangular: el gobierno (teóricamente representante de los intereses nacionales) interviene únicamente como mediador de las partes sociales y como árbitro (generalmente impotente) del respeto de los acuerdos. Los conflictos sociales, así, no se resuelven por representación sino por consenso de las grandes organizaciones sociales.

3. **Persistencia de las oligarquías:** Bobbio considera falsa la premisa de la derrota del poder oligárquico. "El principio fundamental del pensamiento democrático siempre ha sido la libertad entendida como autonomía, es decir, como capacidad de legislar para sí mismo, de acuerdo con la famosa definición de Rousseau, que debería tener como consecuencia la plena identificación entre quien pone y quien recibe una regla de conducta y, por tanto, la eliminación de la tradicional distinción, en la que se apoya todo el pensamiento político, entre gobernados y gobernantes. La democracia representativa, que es la única forma de democracia existente y practicable, es en sí misma la renuncia de la libertad como autonomía."¹⁹

Como complemento de lo anterior, Bobbio considera que la competencia de las élites, de acuerdo con la vi-

sión de Schumpeter, y los estudios de Gaetano Mosca, es aplicable al estado actual de la democracia.

4. *El espacio limitado*: Si no ha podido derrotar a las oligarquías, la democracia todavía no ha sido capaz de copar todas las instancias del poder político en las que se toman las decisiones obligatorias para la sociedad. Después de la conquista del sufragio universal, si se puede hablar de una ampliación de la democracia representativa a la directa por medio del uso de la computadora, más conviene hablar de la instauración de la democracia social. No se debe poner énfasis en cuántos votan sino en qué espacios tienen para ejercer ese derecho. Para Bobbio los dos grandes bloques de poder de las democracias contemporáneas son la empresa privada y la administración pública y, mientras estos dos bloques no entren en el proceso de democratización, no será posible prever que la democracia avance más.

5. *El poder invisible*: El pensador italiano llama poder invisible al de las mafias, masonería y servicios secretos no controlados, por ejemplo. El objetivo de la democracia es crear un poder político legítimo, cuyas decisiones sean tomadas a plena luz del día. El control público del poder es hoy más necesario que nunca, teniendo en cuenta que los medios tecnológicos de los que dispone el que lo ostenta (el poder) para conocer el parecer de los ciudadanos son muy efectivos.

Si no se logra controlar a quien detenta el poder, la democracia estará perdida. La premisa se ha convertido ya no en el máximo control del poder por parte de los ciudadanos sino, por el contrario, del máximo control de los súbditos por parte del poder.

6. *El ciudadano no educado*: La ironía, para Bobbio, es que aún en las democracias de los países con ciudadanía educada se produce un fenómeno de apatía frente a los procesos electorales. Disminuye el voto de opinión y aumenta el voto clientelar basado en la ilusión del "doy para que tú me des". *"En los discursos apologéticos sobre la democracia, desde hace dos siglos hasta ahora, jamás falta el argumento de acuerdo con el cual la única manera de hacer de un súbdito un ciudadano es la de atribuirle aquellos derechos que los escritores de derecho público del siglo pasado llamaron activae civitatis, y la educación para la democracia se desarrolla en el mismo sentido que la práctica democrática."*²⁰

LOS OBSTÁCULOS DE LA DEMOCRACIA CONTEMPORÁNEA

De acuerdo con el criterio de Bobbio, son tres básicamente los obstáculos de la democracia contemporánea, que no fueron tomados en cuenta por los teóricos originales:

- a. Que la democracia y la tecnocracia son antitéticas, porque el gobierno de los expertos excluye de la toma de decisiones a las mayorías. Sin embargo, en el mundo moderno, se hace cada vez más necesaria la presencia de expertos en la toma de decisiones de asuntos como la inflación y el pleno empleo, por ejemplo.
- b. El crecimiento del poder burocrático es un fenómeno que, por su verticalidad en el uso del poder, se contrapone a la toma de decisiones horizontales de la demo-

cracia. Por otro lado, irónicamente, el Estado protector ha ido evolucionando en burocracia de la mano de la democracia. Por ejemplo: cuando solo votaban los propietarios, el Estado se dedicaba a la protección de la propiedad, cuando votaron los analfabetos, a la construcción de escuelas, y cuando votaron los trabajadores, a la protección de los derechos sociales.

c. En los últimos años se ha discutido acerca del rendimiento de la democracia, debate circunscrito básicamente a la gobernabilidad. El Estado democrático ha procurado emancipar a la sociedad civil del Estado, y así han aumentado sus exigencias al gobierno. Como la sociedad está tan polarizada, los gobiernos físicamente no pueden cumplir con todas las demandas sociales. La rapidez del pedido de las decisiones contrasta con la lentitud del andamiaje democrático: se produce así una ruptura entre el mecanismo de recepción y el de emisión.

Tomando en cuenta todo lo anterior Bobbio concluye que *"El contenido mínimo del Estado democrático no ha decaído: garantía de los principales derechos de libertad, existencia de varios partidos en competencia, elecciones periódicas y sufragio universal, decisiones colectivas o concertadas (en las democracias coasociativas o en el sistema neocorporativo) o tomadas con base en el principio de mayoría, de cualquier manera siempre después del debate libre entre las partes o entre los aliados de una coalición de gobierno. Existen democracias más sólidas o menos sólidas, más vulnerables o menos vulnerables; hay diversos grados de aproximación al modelo ideal, pero aun la más alejada del modelo no puede ser de ninguna manera confundida con un Estado autocrático y mucho menos con uno autoritario."*²¹

A MODO DE CONCLUSIÓN

Después de haber revisado algunas de las posturas conceptuales relativas a la idea de la democracia, es necesario recapitular y destacar algunos puntos que podrían ser de interés:

- a. Se corre el peligro de que, en países con inadecuados niveles de institucionalidad, el resultado de la mundialización de la economía de mercado no vaya de la mano de la vigencia plena de las instituciones políticas. De hacerse realidad esta posibilidad la democracia correría serio peligro.
- b. Uno de los ideales tradicionales de la democracia ha sido cómo limitar el poder político, al tiempo que el Estado responda más o menos adecuadamente a los intereses de la mayoría. Sin embargo, contemporáneamente, el poder está diluido en el poder político, los grupos de interés, las mafias, las sectas y los grupos rebeldes armados. Surgen, pues, las interrogantes, ¿cómo se puede encontrar los medios, dentro del Estado de Derecho, para que la democracia limite a un tiempo el poder político y conviva con los otros poderes? ¿Es esta convivencia posible y legítima?
- c. El culturalismo amenaza con dar la vuelta al temor de Tocqueville sobre la tiranía de la mayoría. El apareamiento de la etnicidad y de la cultura como factores determinantes a la hora de tomar decisiones podría resul-

tar en que el tratamiento especial a las minorías, por la vía de la constitucionalización de sus derechos y costumbres, por ejemplo, ponga en jaque las decisiones de la mitad más uno de los ciudadanos. La posibilidad de que, en el futuro, las decisiones se tomen pulsando los botones de una computadora, haría que la mayoría gane todo y la minoría pierda todo. Por eso es importante que la minoría sirva como contrapeso de la mayoría a la hora de decidir.

Es necesario enfrentar el concepto de democracia a todas las formas de gobierno autocrático. En este campo hay que considerarla caracterizada - a la democracia - por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales)

que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones y bajo qué procedimientos. En otras palabras, dilucidar la legitimidad subjetiva (quién gobierna) y objetiva (cómo, cuándo y qué decisiones son adecuadas) del poder político. Como complemento para la práctica de la democracia: es indispensable que los dotados jurídicamente para elegir y/o decidir tengan frente a sí alternativas reales y que estén en condiciones de seleccionar entre una u otra. El Estado, para hacer efectiva esta ambición, debe garantizarle a la ciudadanía los derechos de libertad de opinión, de reunión, de asociación y otros que tengan como base la convivencia civilizada.

NOTAS

1. "¿Qué es la Democracia?", Buenos Aires, FCE, 1995.
2. Touraine, Op. Cit, Págs. 20-21.
3. Idem, Pág. 275
4. "Teoría de la Democracia. I. El Debate Contemporáneo", Buenos Aires, Editorial REI, 1987.
5. "Teoría de la Democracia. I.", Pág. 155-156.
6. En "Teoría de la Democracia. II. Los Problemas Clásicos.", Buenos Aires, Editorial REI, 1987.
7. "Teoría de la Democracia. II. Los Problemas Clásicos.", Pág. 367.
8. David Held, "Modelos de Democracia", México, Alianza, 1993
9. John Stuart Mill, "Sobre la Libertad", Madrid, Alianza, 1996. John Stuart Mill es considerado el fundador del liberalismo contemporáneo, y su obra "Sobre la Libertad", de las más importantes del siglo XIX (1859). El objeto del ensayo de Mill no es el libre albedrío, sino la libertad social: los límites de poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo. El único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectiva, se cole en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección. La única finalidad por la cual el poder puede, por pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad contra su voluntad es evitar un perjuicio a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es suficiente. "Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo." Pág. 65.
10. Lipset Seymour Martin Lipset, "El Hombre Político. Bases Sociales de la Política", Madrid, Tecnos, 1987 comparte la definición de democracia de Schumpeter, "Democracia en una sociedad compleja puede definirse como un sistema político que suministra oportunidades constitucionales regulares para el cambio de dirigentes gobernantes, y un mecanismo social que permite a la mayor parte posible de la población influir sobre las decisiones más importantes, mediante la elección entre contendientes para los cargos públicos." Esta definición, para Lipset, implica:
 - a) Un sistema político caracterizado por un sistema de valores que permita el juego pacífico del poder.
 - b) Si el resultado del juego político no consiste en la recompensa periódica de la autoridad efectiva concedida a un grupo, resultaría un gobierno inestable y no una democracia.
 - c) Si las condiciones para la oposición efectiva no existen, la autoridad de los que están en el poder aumentará y la influencia popular decaerá al mínimo.
- Lipset considera que mientras más alto es el nivel de educación de un país, más posible es que su población crea en los valores democráticos y las prácticas democráticas. Un alto nivel de educación no es condición suficiente, pero sí necesaria, para la democracia: "Un aumento de la riqueza y de la educación contribuye también a la democracia, al aumentar la orientación de las clases bajas hacia varias presiones que reducen su enrolamiento en determinadas ideologías y las hacen menos receptivas a los extremistas". Pág 57-8.
11. "Modelos de Democracia", Pág. 340.
12. "La Poliarquia : Participación y Oposición", Madrid, Tecnos, 1971, Pág. 13

El peculado bancario

Reinaldo Calvachi Cruz

No son asimilables las posiciones legales de un funcionario o servidor público con un funcionario de una institución financiera privada. La jurisprudencia ha debido forzar conceptos e interpretar extensivamente las normas legales para hacer compatible el juzgamiento como peculado propio a un funcionario bancario

El peculado, que se encuentra tipificado en el artículo 257 del Código Penal, es una figura penal que sanciona la violación de la correcta marcha de la administración pública en su aspecto patrimonial por parte de un funcionario público. El legislador, a través de la ley penal, busca precautelar la funcionalidad de la administración pública vinculada a sus funcionarios, lo que implica que de por medio estén implícitos los objetivos y fines del Estado.

En el país se extendió la figura del peculado a los funcionarios bancarios en octubre de 1941¹, y a partir de mayo de 1999², de manera general a los de las instituciones financieras privadas. Esta extensión general de la norma es la que se ha denominado como peculado bancario. Debido a la extensión de la figura es menester analizar si ésta responde a criterios jurídicos válidos, o si, por el contrario, presenta defectos que desnaturalizan el tipo de delito.

Debe recordarse que en nuestro país, de manera muy frecuente, se han incorporado nuevos tipos legales al sistema penal debido a necesidades coyunturales por hechos que han causado alarma social. Estas reacciones o respuestas legislativas que se han dado a aquellos hechos, han sido muchas veces desafortunadas, ya que no han guardado una adecuada técnica jurídica.

Por otro lado, si la seguridad jurídica deviene en una correcta legislación, interpretación y aplicación de las normas sustantivas y adjetivas, es una necesidad que las mismas deban guardar coherencia y armonía con sus propios postulados. Por ello, todo tipo legal debe establecer una vinculación lógica y fáctica con el hecho que pretende sancionar. La hipótesis de hecho debe guardar correspondencia con la realidad social.

Si constatamos que la actividad pública y la actividad financiera privada tienen distintos campos de acción y les rigen principios y objetivos distintos, es natural concluir que un tipo penal que indiscriminadamente sanciona el abuso de fondos en ambas actividades pueda generar alguna suerte de ambivalencias o injusticias.

En el caso del peculado, la extensión general de la norma a los funcionarios del sistema financiero privado, parecería que adolece de una inadecuada técnica jurídica, así como de severas deficiencias que desnaturalizan el objetivo de punibilidad de la norma. Apenas doce años des-

pués de las reformas de 1941, Andrés F. Córdova ya criticaba que estas falencias habían provocado los efectos contrarios a lo que buscaba el legislador³.

El presente artículo pretende analizar los elementos que integran la tipicidad del delito de peculado, contrastando la actividad de la administración pública y la actividad de las instituciones financieras privadas y, si es del caso, determinando los defectos.

LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE PECULADO

En la teoría del delito uno de los elementos que integran su estructura es la tipicidad. Las leyes penales características contienen el precepto o hipótesis abstracta y la sanción: en ese sentido, la tipicidad es la adecuación de la conducta humana con aquella hipótesis previamente descrita en la ley. La tipicidad, -para delimitar el acto y atribuir la responsabilidad- opera a través de elementos descriptivos, normativos y subjetivos.

La tipicidad en el delito de peculado es compleja y contiene elementos que hacen referencia a un sujeto activo determinado; por la naturaleza de los bienes jurídicos que protege, implícitamente a determinados sujetos pasivos; a determinados objetos materiales que en este caso son bienes muebles; a la acción nuclear que es el elemento central de la conducta; a elementos subjetivos que se enlazan con la culpabilidad; y, a elementos extraños a la conducta pero que integran la acción penal.

La tipicidad también señala el bien jurídico penalmente protegido, que no es otro que un interés al cual el legislador ha otorgado una valoración especial que merece una protección penal.

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico penalmente protegido u objeto jurídico del delito, como se dijo, constituye el interés, intereses o bienes que se busca proteger a través de la norma penal. Estos intereses o bienes serán aquellos sobre los cuales ha recaído el efecto jurídico del delito⁴.

El delito de peculado en nuestra legislación se encuentra ubicado entre aquellos que afectan en su patrimonio a la administración pública. Sin embargo, ha sido y es una cuestión ardua, el determinar exactamente en qué

consiste la administración pública, máxime aún si la misma organización estadual moderna ha entrado en crisis y se ve abocada a un cambio profundo. Sin entrar a discernir esta cuestión, es necesario recalcar que este delito afecta al patrimonio público, entonces, admitiendo que existen otras formas no patrimoniales de afectar ilícitamente a la administración pública, procuraremos ubicarla en tanto sus manifestaciones fácticas. Así, desde un punto de vista patrimonial, la administración pública puede ser verificada a través de la actividad de las instituciones del Estado. Cancino, opina que "con el comportamiento tipificado como peculado se lesiona o se pone en peligro la administración pública que en principio se ha considerado como la actividad funcional del Estado y de los restantes entes públicos". A efectos de determinar la institucionalidad del Estado, la actual Carta Política enumera los organismos y entidades que forman el sector público. Sin embargo, no es menos cierto que la funcionalidad del Estado, en tanto sus bienes, también puede ser realizada por ciertas actividades de manera mediatizada a través de entidades y personas particulares. Se concluye, entonces, que la administración pública como bien jurídico protegido que consta en el Título III, Capítulo V del Código Penal, para efectos penales debe ser verificada en su funcionalidad a través de las instituciones del Estado y de su actividad mediatizada.

Por otro lado, en el peculado existe un sujeto activo calificado: el funcionario público. Por ello, entonces, se hace necesario determinar específicamente qué objetos jurídicos son los afectados directamente ya que la administración pública es genérica. Estos objetos jurídicos serían dos: por un lado, el deber de probidad, lealtad, fidelidad del funcionario público, que es en definitiva, una suerte de fe pública⁸ depositada por mandato legal en aquel funcionario, quien al incurrir en este delito ha faltado precisamente a su deber de probidad para con la sociedad toda⁹; y por otro, la falta al deber se materializa causando un perjuicio al patrimonio público. Es por consiguiente, un delito en el cual el funcionario público afecta al correcto desenvolvimiento de la administración pública⁸ perjudicando su patrimonio.

Ahora bien, ¿corresponden los mismos bienes jurídicos penalmente protegidos cuando se trata de instituciones financieras privadas? La respuesta es no, ya que los intereses y derechos del Estado son distintos a los de estas instituciones privadas.

La actividad de las instituciones financieras privadas descansa en la confianza del público y ésta no es equivalente a la fidelidad pública. Así mismo, en principio, la afectación recae sobre los bienes que pertenecen a la misma institución privada. Por ello, se concluye que en general los objetos jurídicos afectados en el caso de una institución financiera privada son la confianza del público y el patrimonio privado. Sin embargo de lo expresado, cabe que se distinga las siguientes situaciones: cuando el perjuicio causado a la institución financiera no atenta contra el correcto desempeño de la misma, los bienes jurídicos protegidos se contraen a la confianza depositada por la institución financiera en su funcionario y a los bienes patrimoniales de aquélla; en este caso, la alarma social es mínima. Si por otro lado, producto del ilícito se afecta la actividad de la institución financiera, el bien jurídico pro-

tegido es la confianza del público y el patrimonio de los clientes, en este caso la alarma social es grave. En uno y otro caso, -debido a la gravedad del perjuicio-, la titularidad del bien jurídico penalmente protegido se desplaza. Esto no sucede en el caso de la administración pública, ya que allí el bien jurídico más relevante es el deber de fidelidad del funcionario, y por lo tanto, es indiferente el monto del perjuicio.

Por otro lado, es un hecho que las instituciones financieras privadas manejan fondos públicos, y en este caso también hay que hacer una distinción: si del perjuicio aparecen bienes públicos, la figura podría revestir un agravante de un delito financiero por la alarma social que causa la infracción o, en su defecto, -analizando el tipo-, se trataría de una extensión de la tipificación del peculado y en ese caso se estaría ante un peculado impropio. Carrara afirma que "La impropiedad de un título suele provenir de que en determinada figura criminosa falta alguna de las condiciones esenciales y constitutivas del título propio.", pero es necesario aclarar, que este es un caso de excepción, mas ello no implica una generalización de la extensión. En ambos casos los bienes jurídicos penalmente protegidos serán aquellos que correspondan al tipo legal específico.

La extensión general del delito de peculado que contempla el Código Penal puede provenir del hecho de que se confunde aquella manifestación de fe pública con la confianza depositada por la sociedad en las instituciones financieras privadas. Las dos no son sinónimas ni pueden asimilarse, ya que si ello se hace, se desvirtúa la funcionalidad y objetivos del Estado con las del ámbito privado. La jurisprudencia ecuatoriana ha asimilado como sinónimos la fe pública depositada en un funcionario público y la confianza colectiva depositada en las instituciones financieras y sus funcionarios, interpretándolos como similares para efectos del delito de peculado. Aunque la alarma social en los dos es grave, esto no significa que se constituya en el eje que los una⁹.

EL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo es, como dice Albán, "el agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia, sufrir la pena correspondiente"¹⁰. En el peculado el sujeto activo no está referido a indeterminada persona, sino que éste tiene una especial calificación en virtud de su posición en la sociedad, y que para el caso lo constituyen los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público.

Para determinar las personas a que se refiere la norma legal se debe hacer referencia como marco general a la actual Constitución Política, la misma que describe quiénes ejercen funciones públicas. Así, en los artículos 122 y ss. se determina qué son los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos, por lo tanto, se entiende que son sujetos activos del delito de peculado quienes hayan sido elegidos mediante votación popular, -incluidos los diputados-, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, los funcionarios de libre nombramiento y remoción, los designados para período fijo, y los servidores públicos regulados dentro del marco legal del servicio civil y carrera administrativa.

El Código Penal también incluye en el tipo legal del peculado como sujetos activos a los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales; los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos para ciertos actos en que hayan intervenido; de igual forma, en ciertos actos a los servidores de la antigua Dirección General de Rentas y a los servidores de aduanas. Estos servidores también forman parte de las instituciones del Estado y, por tanto, su inclusión no contraría la determinación del tipo sobre el sujeto activo.

La doctrina y la jurisprudencia han intentado en diferentes épocas definir al funcionario o servidor público, ya que en nuestra legislación penal se utiliza sinónimamente los términos empleados, servidores, funcionarios, etc. No es interés de este artículo conceptualizar el marco legal que define al servidor público. Sin embargo, debe anotarse que los demás cuerpos legales deberán armonizar sus disposiciones con la norma fundamental. Complementando lo expresado, no cabe duda que el eje que apunta a su descripción y que tiene relevancia para efectos penales es que la persona que ostenta dicha calidad desempeña una dignidad o función pública en una institución del Estado¹¹. Por lo expuesto, en el tipo legal del delito de peculado debe interpretarse como servidor público a todas aquellas personas que ejercen funciones públicas bajo el marco general de la norma constitucional.

Por otro lado, el tipo legal también hace una extensión e incluye como sujetos activos a determinadas personas particulares que no son servidores públicos. Desde octubre de 1941 hasta mayo de 1999, sólo se extendía a los funcionarios y empleados bancarios privados; por ello cometen también peculado quienes laboren en los bancos privados.

A partir de la última fecha, se amplía la extensión a los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como a los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, a los beneficiarios dolosos de los créditos vinculados y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero.

En otras palabras, actualmente no sólo son sujetos activos de peculado los funcionarios y empleados bancarios, sino todos aquellos funcionarios que dirigen, administran o laboran en las instituciones del sistema financiero privado nacional, de conformidad con la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero¹².

Como se ve, esto genera una distorsión, ya que una persona que labora en una institución financiera privada no ostenta la calidad de funcionario público, ya que para ello requiere estar investido de dicha calidad con las formalidades que la ley pública establece. El marco legal que regula la actividad del funcionario o servidor público no es el mismo que el que regula al particular que labora en una institución financiera privada: su posición en la sociedad y sus obligaciones son distintas. Por consiguiente, confundirlas en una misma posición para efectos de su juzgamiento sólo acarrea confusiones para efectos de las normas aplicables, así como una extensión peligrosa de dichos preceptos legales por una interpretación forzosa de las normas.

Por otro lado, se podría pensar que las instituciones financieras privadas, especialmente las bancarias, pueden ser entendidas, -para ciertos efectos-, como personas encargadas de un servicio público y que sus funcionarios ejercen funciones públicas. Sin embargo, la misma Constitución Política dice en su artículo 118, numeral 5, que sólo las personas jurídicas creadas por la Constitución, la ley o acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos, integran el sector público. De igual manera, tampoco el funcionario bancario, como persona natural, puede ser encargado de un servicio público. Para que una institución del sistema financiero privado pueda ser considerada como persona encargada de brindar dicho servicio, debe primero cumplirse con el mandato constitucional, y adicionalmente, determinarse en qué consistirá el servicio público, es decir, cuál será el servicio que prestará a nombre del Estado.

Otra reflexión: ¿podría entenderse como una delegación puntual de la administración pública, la facultad de que una institución bancaria sea agente de recaudación de ciertos tributos? Si así lo fuera, sólo lo sería en virtud del manejo de esos fondos públicos. Por ello, cabe que un funcionario bancario privado cometa peculado impropio respecto de aquellos fondos que están en su poder por delegación, siempre y cuando se pueda individualizar el ilícito, ya que si se lo cometió sobre los fondos comunes de la institución o banco y entre ellos están los fondos públicos, entonces es imposible determinar si la sustracción o apropiación es respecto de unos u otros fondos, en ese caso, existirá un delito financiero agravado, mas no peculado.

Si hubiese una delegación formal, ésta no significaría que la empresa privada pasa a ser pública. Tampoco sus funcionarios o empleados ejercen funciones públicas. La Constitución Política y Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada establecen los parámetros para la delegación, y en ningún caso determinan que las empresas privadas, por el hecho de mediatizar en la actividad de prestar servicios públicos, formen parte del sector público, y menos aún, sean una institución del Estado. Si se diera el caso de una afectación de los dineros públicos por parte de un funcionario de una empresa delegada, y se cumplieran los otros elementos del peculado, podría caber esta figura por extensión como peculado impropio.

Como se desprende del análisis precedente, cuando por excepción se produce un caso de peculado impropio, la falta del sujeto activo es justificada especialmente por los bienes públicos y por la facultad de disposición que sobre ellos tiene como sujeto activo por extensión, y sólo en ese caso.

A modo de conclusión: formal y lógicamente no son asimilables las posiciones legales, -derechos y obligaciones-, de un funcionario o servidor público con un funcionario de una institución financiera privada. Nuestra jurisprudencia ha debido forzar conceptos e interpretar extensivamente las normas legales para hacer compatible el juzgamiento como peculado propio a un funcionario bancario¹³.

Por otro lado, la jurisprudencia ecuatoriana ha discutido si se comunica la circunstancia personal de funcionario público a un particular que ha participado en el delito

y, por lo tanto, si éste debe recibir la misma calificación del sujeto activo. El tipo legal nada dice al respecto, sin embargo es indudable que sí se comunica, ya que la circunstancia particular forma parte del tipo, y al ser un delito doloso, el particular conoce aquella circunstancia¹⁴. La Constitución Política, en el segundo inciso del artículo 121, determina que la circunstancia personal del sujeto activo sí se comunica, al decir que las normas que sancionan el peculado se aplicarán a quien participe en el delito, aunque no tenga la calidad de funcionario público.

EL SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo de una infracción penal es el titular del bien jurídico afectado¹⁵. En el caso del peculado, en un sentido amplio, es la administración pública y por tanto, el Estado, pero el ejercicio de esa titularidad no la puede ejercer este ente social sino a través de las entidades y organismos del sector público. Es decir, el Estado representado por sus instituciones, que son los directos titulares del bien jurídico afectado¹⁶. Recuérdese que el peculado no ataca al Estado en sí, sino a su funcionalidad, a su correcto desempeño en el aspecto patrimonial.

Si los bienes afectados pertenecen a un particular, pero el sujeto activo es un funcionario público, cabe la extensión del tipo legal, siempre y cuando aquellos bienes hayan ingresado a su poder en razón de su cargo. En este caso el interés público prevalece por el deber de fidelidad que debe guardar el funcionario público, y el particular tendrá el derecho a indemnización.

Sin embargo, si el ilícito es cometido por un funcionario de una institución financiera privada sobre bienes privados, el sujeto pasivo será el particular ya que es el titular del bien jurídico afectado, en este caso, si la sustracción o apoderamiento se comete sobre los bienes de la institución sin afectar la normal actividad de la entidad, entonces, será aquella el sujeto pasivo. En esa situación, como se ve, tampoco se justifica que el tipo legal lo designe como peculado propio, ya que no se cumplen los presupuestos del bien jurídico afectado ni la calidad del sujeto activo, y tampoco se justifica la extensión porque la alarma social es mínima comparada con el caso del peculado propio.

Por otro lado, en el caso de que el ilícito produzca el cierre de la institución financiera privada, habrá que determinar dos situaciones: si los fondos son exclusivamente privados, los sujetos pasivos son todos los clientes de la institución financiera, y en este caso, tampoco se han cumplido los presupuestos del delito de peculado, y más bien se trataría de un delito financiero calificado. Pero si entre los fondos afectados existen dineros públicos, se deberá determinar si el funcionario privado tenía facultad de disposición sobre los mismos, en virtud de alguna delegación específica, y en este caso se podría extender el tipo legal.

EL OBJETO MATERIAL

El objeto material del delito "es la persona o cosa sobre la cual se ejecuta o recae la acción material del delito"¹⁷, y en el peculado lo constituyen los dineros públicos

o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en poder del funcionario público en virtud o razón de su cargo."

No reviste problema alguno determinar cuáles son los bienes a los que se refiere el tipo, ya que hablamos del dinero o bienes de cambio que le representen. Así mismo, no compete, para efectos del juzgamiento de este delito, el que se determine la legalidad o legitimidad acerca del origen de los dineros o bienes; basta que quien se reputa como propietario, poseedor o tenedor haya determinado su vinculación jurídica con aquellos bienes en el momento en que ellos ingresaron al poder del funcionario público. Si hubiese una controversia sobre la licitud de su origen, o la disputa sobre la titularidad de dominio, ésta deberá ventilarse en otro proceso, ya sea penal o no.

Lo medular para dimensionar al objeto material, es que el tipo penal condiciona que los bienes, ya sean públicos o privados, deben estar en poder del funcionario público en virtud o razón de su cargo. Como se expresara, la calidad de funcionario público deviene en virtud de una función pública determinada en el ordenamiento jurídico, teniendo como marco a la Constitución. Siguiendo a la Carta Política, se admite que los diputados puedan cometer peculado, sin embargo, éstos no tienen facultad legal de disposición sobre los fondos públicos, salvo el caso que excepcionalmente intervinieren en la administración de la Función Legislativa. Entonces, ¿cómo entender que un diputado pueda cometer peculado propio? El objeto de este artículo no es analizar la situación particular de los diputados, pero queda sentada la inquietud.

Volviendo al razonamiento principal: el problema es dilucidar el significado de la frase "que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo", para el efecto es necesario recordar que la función pública requiere una investidura formal, ya que el derecho público debe establecer un vínculo jurídico entre el funcionario y la función pública, para que aquél pueda ejercer su calidad legítimamente. El cargo público, entonces, deviene en investidura.

El funcionario de una institución financiera privada no ostenta cargos públicos, aunque si se entiende que cumple una función, dentro del ámbito privado, no cabe en lo jurídico calificar como cargo público la labor que desempeña un cajero o un gerente. Sus puestos o funciones son privados. Como vemos, tampoco aquí se cumplen los requisitos del peculado propio cuando se trata de funcionarios privados.

Por otro lado, se ha discutido sobre el significado de la frase "en su poder" y sobre este punto nuestra jurisprudencia no aporta con ningún criterio esclarecedor y sólo da por sentado que los bienes están en su poder por la vinculación dimanada por la función¹⁸, es decir, sólo describe la consecuencia fáctica que se deriva por el ejercicio de la función pública.

La frase "están en su poder" debe ser entendida como facultad de disposición, pero no en el mismo sentido de disposición que tiene el propietario o el poseedor, ya que el primero es el titular de dominio sobre la cosa, y el otro debe ejercerla con un ánimo de dueño. Es una facultad legal para disponer del bien dentro del parámetro que la misma normativa pública le impone y el cual deberá ser entendido bajo cuatro consideraciones: primero, que los

bienes no le pertenecen al funcionario; segundo, que ingresan a su poder transitoriamente; tercero, que los mismos ya tenían un destino pre-establecido; y, cuarto, que la facultad de disposición debe ser legal en virtud de su vinculación a la función pública. En consecuencia, la facultad de disposición es limitada, temporal, funcional y legal. Para Cancino, "Los bienes públicos o privados entran a ser objeto de administración por el funcionario o empleado oficial sin que sea necesario que se produzca un ingreso formalmente perfecto; basta pues, que el funcionario los reciba en calidad de tal y que tenga dentro de sus funciones las de administrarlos o custodiarlos"¹⁹. Sin embargo, de estar de acuerdo en principio con este autor, es menester considerar que aunque las facultades de administración y de custodia son las más importantes, tal vez sean restrictivas, por ello, la facultad legal de disposición que se adopta permite dar una interpretación más amplia de la función pública para los casos concretos que corresponda juzgar.

El funcionario público, ejerciendo su facultad legal de disposición, deberá dar a los bienes el fin y uso para los cuales están destinados previamente. Por ello, su vinculación con aquéllos es limitada. Es temporal en relación al destino de los mismos y a la duración de su cargo. Es funcional ya que sin su intervención el bien no puede por sí mismo desarrollar el fin u objetivo para el cual está destinado previamente. Es legal por la exigencias propias del derecho público, que regula su función. En definitiva la vinculación del funcionario con los bienes que están en su poder nace de una determinación reglada previamente, y de igual manera, este criterio sirve para determinar si los bienes son públicos o privados.

La facultad legal de disposición puede ser directa si los fondos son manejados personalmente por el funcionario público, y puede ser mediatizada si está investido de la autoridad para que su facultad legal de disposición sea concretizada personalmente por otro funcionario.

El dinero privado puede estar en poder de un funcionario público por diferentes motivos, lo importante es que hayan ingresado a su poder en virtud de una norma legal pública previa que lo autorice, ya que en caso contrario no se cumpliría la exigencia del tipo legal. Esto también es aplicable a los fondos públicos.

LA ACCIÓN NUCLEAR

El núcleo "es el elemento central de la tipicidad, el que determina y delimita el acto (acción u omisión) ejecutado por la persona"²⁰. Y en el peculado, el verbo rector que utiliza el Código Penal es "abusar" de fondos o bienes. Abusar es usar mal, excesiva, injusta, impropia, e indebidamente de algo o de alguien, lo que significa que este verbo denota una serie de posibilidades que van desde la apropiación hasta un uso distinto a los previstos legalmente.

La doctrina ha definido al peculado como apropiación o sustracción. Así, para Carrara es la "apropiación" de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropia²¹. Para Gómez "la materialidad del delito consiste en la sustracción de los caudales o efectos..."²². y para Creus "la acción reprimida

es la de sustraer, con lo que se significa la de extraer o quitar los bienes de la tenencia -efectiva o simbólica- con que en ámbito administrativo han sido colocados por las leyes, reglamentos u órdenes"²³. La apropiación involucra la disposición de los fondos o bienes como si fueran propios, es decir, implica ingresarlos a la esfera de custodia de quien se los apropia, no restituyendo o dando un destino distinto al que estaban determinados. Por esto, para varios autores, el peculado es considerado como una apropiación indebida calificada.

El verbo abusar, al tener una gama amplia de posibilidades, ha provocado que el legislador lo haya asimilado a desfalco (apropiación de los bienes), malversación (usarlos con fines distintos a los previstos), disposición arbitraria (igual que malversación) o cualquier otra forma semejante (una fórmula analógica inaceptable). La jurisprudencia ecuatoriana ha interpretado el verbo abusar como sinónimo de apropiación o distracción de los bienes²⁴ vinculada a las formas descritas.

El tipo legal, como se ve, asimila como peculado a varias figuras penales que en estricto derecho no constituyen peculado, tales como malversación, que consiste en la "aplicación indebida de caudales públicos o destino indebido de fondos públicos"²⁵. Por ello lo procedente es clasificar los delitos patrimoniales contra la administración pública haciendo un nuevo catálogo de figuras que eliminen aquellas formas analógicas que pueden crear confusión y sean fuente de abusos. En concordancia con lo expuesto, las legislaciones extranjeras sí dan ese tratamiento diferenciado²⁶.

Para el caso de delitos cometidos por funcionarios de las instituciones financieras privadas debería crearse un capítulo específico en el Código Penal que se refiera a los delitos financieros, estudiando sus especiales características y las formas o los mecanismos de cometerlos.

EL DOLO

El peculado es un delito doloso, ya que el abuso en sus diferentes manifestaciones implica el designio de causar daño, cometido con conciencia y voluntad. Por lo tanto, es un dolo genérico. El funcionario público conoce la antijuridicidad de su conducta y dirige voluntariamente su acto para obtener el resultado de la apropiación o sustracción de los bienes o fondos públicos.

No cabe el cometimiento del delito a título de culpa. En este caso la conducta deja de ser punible. Sin embargo, es perfectamente posible que un funcionario público por negligencia, imprudencia o inobservancia de leyes o reglamentos, permita que otros se apropien o sustraigan los bienes o que se destruyan o pierdan y dado que por el cargo público que ostenta debe guardar especial celo en el cuidado de los bienes sobre los cuales tiene facultad legal de disposición, es evidente que deba ser sancionado penalmente, aunque de una manera diferenciada a si hubiese cometido dolo. En Colombia, como en otros países, se tipifica el peculado culposo²⁷.

En el caso de delitos cometidos en instituciones financieras privadas ¿cabría una figura culposa por parte de un miembro de un órgano colegiado, como en el caso de un director de banco? La respuesta es sí, y parecería que es un hecho frecuente. Por ello, sería injusto que en caso de culpa asuma la responsabilidad dolosa que debe recaer en

otro. Esta es otra razón para afirmar que el delito de peculado no encaja con los delitos financieros.

LA PRESCRIPCIÓN

En el tipo legal se establece una prescripción especial para el ejercicio de la acción penal, la misma que se constituye en la excepción a la determinada en el inciso cuarto del artículo 101 del Código Penal. Según la norma contenida en el delito de peculado, la prescripción para el ejercicio de la acción es de veinte años. Sin embargo, la actual Constitución Política en el inciso segundo del artículo 121 establece que la acción y las penas son imprescriptibles en el caso de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, pero la contrae sólo a los funcionarios públicos descritos en la misma norma. Debe entenderse, entonces, que prevalece la norma constitucional y estaríamos ante el primer caso de imprescriptibilidad en la legislación ecuatoriana.

En cuanto a los funcionarios de las instituciones financieras privadas, la prescripción aplicable es la contenida en el artículo 257 del Código Penal, pero aquí también cabe una observación, ¿Será igual la situación de un cajero bancario privado que comete peculado cuyo resultado no afecta a la actividad de la institución, con la de un administrador o gerente cuyo acto ilícito trae como consecuencia la quiebra de la misma? Por la alarma social, y el sujeto pasivo del delito que genera uno y otro acto, es inevitable concluir que es injusto equiparar la situación del cajero con la del administrador o gerente. El actual tipo no hace distinción alguna, hecho éste que es inadmisibles.

EL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA

La norma constitucional también establece en el mencionado Art. 121 que los juicios por peculado se substanciarán aún en ausencia de los acusados. Esta norma se refiere exclusivamente a los funcionarios públicos descritos en la misma, aunque incluye a quienes hayan participado en el ilícito y no tengan dicha calidad.

Esta norma rompe el principio de la prohibición de juzgamiento en ausencia, sostenido por nuestra legislación penal. Esta excepción no cabe duda que debe ser más debatida ya que parecería que es contradictoria con el derecho a la defensa contenido en la misma Carta Fundamental. Es necesario, pues, que la comunidad jurídica se pronuncie sobre este tema.

Esta disposición, por lo demás, no es aplicable para el caso de juzgamiento de funcionarios de las instituciones financieras privadas, salvo el caso de que sean partícipes en el delito cometido por un funcionario público.

EL ARTÍCULO 257 A DEL CÓDIGO PENAL

Este artículo que consta a continuación del 257 se refiere a la sanción de los mismos funcionarios que, abusando de sus calidades, hubiesen actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, violando expresas disposiciones legales. Esta norma incluye a los beneficiarios dolosos y a los que hayan prestado su nombre para beneficio propio o de terceros.

Sin entrar a analizar los elementos que conforman la tipicidad de esta norma, es evidente que este delito es pro-

piamente financiero, por lo que en estricto derecho nada tiene que ver con el peculado. De igual forma, esta es una norma penal parcialmente en blanco que se remite a otras normas legales²⁸.

LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

Esta ley y otras normas legales establecen de manera dispersa los delitos financieros, que de una o de otra manera pueden colisionar con los delitos establecidos en el Código Penal por defectos de una adecuada técnica legislativa, especialmente de éste último, -por ejemplo el peculado-, por lo que se hace necesario implementar, como se dijo, un nuevo título en el Código que contemple de manera sistemática estos delitos.

CONCLUSIONES

1. Del análisis realizado en el presente artículo se puede establecer que el delito de peculado por extensión general a los funcionarios de las instituciones financieras privadas, adolece de muchas deficiencias; debido a ello se ha generado una suerte de interpretaciones ilógicas y antitécnicas que han ocasionado, como ya lo dijera Andrés F. Córdova, un resultado contrario al buscado por el legislador desvirtuando el objetivo de la punibilidad. La extensión de la norma es procedente pero sólo en casos puntuales en los cuales haya conexión de los elementos del tipo.
2. Por otro lado, en el país no se puede seguir legislando apresuradamente ante hechos coyunturales, que aunque a veces sea justificado y loable por los objetivos buscados, la manera atropellada y carente de una adecuada técnica legislativa, provoca un caos jurídico que afecta a la normal administración de la justicia penal. El Estado debe orientar una política criminal coherente que sea la base para construir un sistema penal racional²⁹.
3. Es, así mismo, necesario rehacer el catálogo de delitos cometidos por funcionarios públicos que afectan a la administración pública, sistematizando y disgregando las distintas figuras penales.
4. También se deberá estudiar a profundidad la problemática de las instituciones financieras privadas, estableciendo con claridad los tipos legales que sancionen los ilícitos cometidos por funcionarios de estas instituciones, atendiendo la gravedad del ilícito para regular la culpabilidad de conformidad con el grado de responsabilidad. Por ello, deberá introducirse en el Código Penal un título específico sobre los delitos financieros, separando aquellos que se encuentran confundidos en tipos legales que no corresponden y unificando e incorporando los que se encuentran dispersos en otras leyes no penales.
5. En relación con lo expresado, parecería también que por la complejidad de los delitos financieros es importante que su juzgamiento no esté a cargo de un juez penal ordinario sino de uno que tenga conocimientos específicos sobre dicha materia. De igual manera, de conformidad con el nuevo Código de Procedimiento Penal, será necesario que los fiscales que intervengan en este tipo de procesos también reúnan requisitos de experiencia sobre la materia.

NOTAS

1. Reforma del artículo 236 del Código Penal de 1938 publicada en el Registro Oficial No. 348, de 23 de octubre de 1941.
2. Reforma del artículo 257 del actual Código Penal publicada en el Registro Oficial No. 190 de 13 de mayo de 1999.
3. Dice Andrés F. Córdova que, "Inspira la reforma, como lo dice el Considerando, el deseo de reprimir más severamente los delitos allí detallados, pero es la verdad que se ha procedido desorbitadamente, prescindiendo de todo sistema, sin otra consideración que el punto de vista fiscal y el de instituciones bancarias, etc. Pero sin ningún concepto de técnica jurídica. Y, como ya hemos vivido la reforma algunos años, o sea una docena desde su expedición, hemos tenido tiempo suficiente de experimentar los resultados: un aumento escandaloso de desfalcos y abusos de dineros públicos, y casos esporádicos de juzgamientos, precisamente contra la gente más infeliz, que, cuando no es éste el caso, la misma forma desorbitada de represión, hace que se busquen los medios de burlar el enjuiciamiento, y hemos ido a parar en el otro extremo del que se propuso el exagerado legislador, que hasta parece que no se fijó en el sistema del propio Código que reformaba, en cuanto a cuestiones generales que tenía consignadas en sus disposiciones." -Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, Tomo II, Talleres Gráficos Minerva, Quito-Ecuador, 1953, pág. 460.
4. Ernesto Albán Gómez, Régimen Penal Ecuatoriano, Ediciones Legales, Quito, págs. 77, 81,82. Adicionalmente cabe anotar, que si bien la teoría del interés, para explicar lo que constituye el bien jurídico protegido, es la más extendida, no es menos cierto que la misma no agota la comprensión de esta construcción teórico-justificativa. El bien jurídico protegido también es determinado como satisfacción de necesidades; como posibilidades de participación en los sistemas sociales; como condición de funcionamiento de los sistemas sociales; como una concepción de protección personalista. Por ello, la valoración de un determinado bien en el presente artículo deberá entenderse en virtud de estas determinaciones. Sobre esta temática ver Alfonso Cadavid Quintero, en Introducción a la Teoría del Delito, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín-Colombia, 1998, págs. 112 a 147.
5. Antonio Cancino Moreno: El Delito de Peculado en el Nuevo Código Penal, Editorial Temis Librería, Bogotá-Colombia, 1983, pág. 9.
6. Francesco Carrara dice que "...la fe pública toma otra forma particular cuando la nación y sus legítimos representantes tienen confianza en la probidad de un individuo y se la manifiestan confiándole el dinero público. Si él se apropia delictuosamente de ese dinero, en todo o en parte, quebranta la fe pública, es decir, la fe que tuvo en él toda la sociedad al poner en sus manos un capital procedente del patrimonio de todos los ciudadanos y que debía servir para beneficio de todos ellos, y así traiciona la confianza de todos. No puede dudarse, por lo tanto, que el peculado propiamente dicho es un título de delito que pertenece también a la presente clase." - Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen VII, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1989, pág. 7.
7. Giuseppe Maggiore, recalca que el peculado "...más que material es moral y político, pues se concreta en la ofensa al deber de fidelidad del funcionario para con la administración pública. De aquí resulta que este delito es ontológicamente perfecto, aunque no cause ninguna lesión patrimonial a la administración pública, como en el caso de que ésta sea cubierta por la fianza prestada por el funcionario." - Derecho Penal, Parte Especial, Volumen III, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1972, pág. 162.
8. La afectación a la administración pública no debe entenderse como un ataque al Estado mismo, sino más bien a su normal desenvolvimiento o cumplimiento de sus funciones. En este sentido se pronuncian Carlos Creus en Delitos contra la Administración Pública, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1981, págs. 324 y 325. Alfredo Etcheberry en Derecho Penal, Editorial Nacional Gabriela Mistral, Tomo Cuarto, 2da. Edición, Santiago-Chile, 1976, págs. 181 y 182.
9. Esta asimilación y confusión se notan en la siguiente sentencia que consta en la Gaceta Judicial. Serie XV, No.6, pág. 1702: "En cuanto a la agravante de haber causado grave alarma a la sociedad el ilícito cometido por la encausada se considera: que en materia bancaria hay alarma social cuando en realidad causa pánico bancario o el Banco sufre una disminución considerable en los depósitos de sus clientes y hay un retiro masivo de fondos" Pág. 1703: "SEXTO: Del análisis de la conducta ilícita y sus circunstancias debemos establecer que la infracción sancionada por Tribunal Penal sí produce gran alarma social, por cuanto la disposición de valores de propiedad

NOTAS

- de clientes de un banco no es un hecho común, cotidiano y por el contrario afecta fundamentalmente a la confianza que la comunidad deposita en un banco, para realizar depósitos monetarios. La comunidad se ve sacudida cuando se comete un delito económico y más aún cuando es un banco en el cual tiene lugar un ilícito de esta naturaleza, en razón del bien jurídico lesionado, que no es en sí el dinero o los valores sino la confianza pública hacia el depositario de los valores. Por otra parte también está rodeado el delito de una circunstancia que distingue y le particulariza como un hecho que se comete abusando de la confianza dispensada al autor. En efecto el empleado bancario que ejerce la función de manejar dinero se ha ubicado en la función que ejerce en razón de la confianza que hacia él tienen los directivos del banco, y este factor es elemento fundamental para que un gerente de banco pueda delegarle el manejo de valores, inclusive la selección de personal encargado de este tipo de funciones se realiza sobre la base de las condiciones morales de la persona, como un respaldo para la confianza depositada en ella. En consecuencia debemos conocer que el delito presenta circunstancias agravantes que se concretan a la alarma producida por la infracción en la sociedad, fundamentalmente por atentar contra la confianza dispensada a la autora por el banco para el cumplimiento de sus funciones..." La asimilación confusa también la vemos en la sentencia publicada en la Gaceta Judicial, Serie No. XIV, No. 5, págs. 1092 y 1093.
10. Ernesto Albán Gómez, op. cit., pág. 77. De igual manera encontramos que para Carlos Fontán Balestra el sujeto activo reúne estas dos condiciones: "a. En un sentido jurídico estricto, sólo es autor quien ejecuta la acción típica y reúne todas las condiciones requeridas en la figura. b. Tomada la expresión en un sentido jurídico más lato, es autor todo el que merece una pena por aplicación de la ley penal. Así entendido el concepto, también son autores el instigador y los cómplices." -Derecho Penal, Introducción y Parte General, 9na. Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 504.
11. No le corresponde a la ley penal dar una definición de servidor, empleado o funcionario público y la divergencia que pueda surgir en otra rama del derecho no le corresponde, sin embargo, debe establecer un parámetro de interpretación y en ese sentido, Etcheberry dice que para el derecho penal, puede decirse que la función crea al empleado, y no a la inversa, en ese sentido, la calidad de empleado público, para los efectos penales, está siempre dada por la función pública que una persona desempeña. (op. cit. págs. 183 y 184). Por su parte Cancino manifiesta que la nota fundamental que caracteriza la cualificación es la participación del sujeto activo en la función pública oficial. (op. cit. pág. 25).
12. El art. 2 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero establece que son instituciones financieras privadas los bancos, las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público.
13. Ver por ejemplo, Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 5, págs. 1084 a 1103.
14. Realizada una somera revisión de las jurisprudencia ecuatoriana, se encuentra que existe una tendencia a aceptar la comunicabilidad. Ver los siguientes fallos que la acepta: Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 1, pág. 100; Serie XIII, No. 13, págs. 3106 y 3107; Serie XIII, No. 5, págs. 1065 a 1067; Serie VIII, No. 15, págs. 1455,1456; Serie IX, No. 3, págs. 285-286; Serie XIII, No. 11, pág. 2567. También ver jurisprudencia que no la acepta: Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 9, pág. 1999.
15. Eugenio Cuello Calón, manifiesta que el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito. -Derecho Penal, Tomo I, 9na. Edición, Editora Nacional, México D.F., 1948, págs. 290 y ss. De igual manera para Ernesto Albán Gómez, es el titular del bien jurídico lesionado, (op. cit. pág. 77.)
16. Cancino expresa "...que el Estado es el sujeto pasivo del delito de peculado, porque es el titular del bien jurídico de la administración pública. En verdad, el Estado es una persona jurídica, que existe realmente y que, en consecuencia, es titular de una serie de bienes e intereses, como la administración de justicia, su seguridad interior y exterior, la ya citada administración pública. Cuando tales bienes son vulnerados, indudablemente que debemos considerarlo como sujeto pasivo de la infracción que se trate. El Estado, se reitera, es el titular del bien jurídico de la "administración pública" que como actividad funcional se ejerce por medio de sus representantes, de tal suerte que se trata de un sujeto pasivo cualificado jurídicamente de derecho público." (op. cit. págs. 34 y 35). Por su parte Giuseppe Bettiol hace una distinción más precisa que abarca a

NOTAS

todo el derecho penal en cuanto considera que "Si es verdad que la doctrina que considera al Estado como sujeto pasivo constante peca en parte de formalismo, ello no quiere decir que dicho expediente sea un artificio que deba eliminarse de nuestra esfera de nuestra disciplina. Por eso sostenemos que en todo delito existen dos sujetos pasivos: uno constante, esto es, el Estado-administración, que se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal; y uno eventual, dado por el titular de interés concreto violado por la infracción y que se toma especialmente en consideración con motivo del caso del consentimiento del derecho-habiente, de la querrela, y de la acción civil que puede hacerse valer en el curso del procedimiento penal". -Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1965, pág. 610.

17. Ernesto Albán Gómez, op. cit. pág. 82.
18. Ver por ejemplo en Revista de Jurisprudencia, Fundación Antonio Quevedo, No. 6, Diciembre de 1994, págs. 83 a 94; Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 9, pág. 2015; Serie XV, No. 3, pág. 806.
19. Antonio Cancino, op. cit., pág. 41.
20. Ernesto Albán Gómez, op. cit. pág. 102.
21. Francesco Carrara. Op. cit. págs. 11 y 12.
22. Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires-Argentina, 1985, pág. 533.
23. Carlos Creus, op. cit. pág. 325.
24. Gaceta Judicial, Serie XV, No. 3, págs. 805, 806, 807: "CUARTO: El delito conocido generalmente en la doctrina como peculado se describe y sanciona en el art. 257 del Código Penal Ecuatoriano; dentro del Libro II Título III que trata "De los Delitos contra la Administración Pública". En doce capítulos se agrupan, en ese título, numerosos tipos penales, los cuales tienen en común el hecho de que incriminan conductas que de algún modo impiden o perturban la organización y el funcionamiento normal de la administración pública; desde luego, cada una de esas figuras responde a características específicas, una vez que la ley distingue la pluralidad de modos, merecedores de sanción penal, en que es posible atacar el funcionamiento normal de la administración pública. En el peculado se obsta la regular administración, afectando al patrimonio público, abusando de él. Apropiándose, distrayéndolo por parte de funcionarios públicos o encargados de un servicio público, a quienes, en razón de su cargo, fueron confiados bienes pertenecientes a ese patrimonio. Carrara lo define como "apropiación de cosas públicas cometidas por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas" (Programa, VII, 12). Ranieri, como "apropiación o distracción voluntarias, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, por parte de un funcionario o del encargado de un servicio público, que está en posesión de ellos por motivo de su cargo o servicio" (Manual, III, 244). Y así la doctrina ampliamente aceptada. Los elementos constitutivos específicos de este delito son, pues, los siguientes: a) el sujeto activo, que sólo puede ser un "empleado público o la persona encargada de un servicio público", en cuyo poder se hallaren los bienes en virtud o razón de su cargo; b) el objeto material, consistente, según los términos de la ley, en "dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios" que, como queda dicho, en razón del cargo estuvieren en poder del empleado público o encargado del servicio público; c) la conducta, que estriba en "abusar" de tales bienes, "ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante", forma que radica siempre en actos de apropiación o distracción que dice la doctrina, cometidos en beneficio propio o de terceros; pues ha de advertirse que, si bien el verbo rector conforme la ley ecuatoriana es "abusar" no puede desligarse de dicho abuso de la "forma" en que se lo comete, la cual únicamente puede ser una de las señaladas en la ley; d) el elemento psicológico, que es la voluntad del abuso mediante desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, a sabiendas de que se trata de bienes pertenecientes a la administración pública y con el fin de obtener provecho propio o de un tercero. El peculado, en consecuencia, es delito doloso: nuestra ley no contempla la modalidad culposa -que existe en otras legislaciones referida a la malversación- es el resultado, que radica en lo algunos autores denominan el "cambio de vínculo" o relación de la cosa con el agente, en virtud de la apropiación o de la distracción.- Objeto del peculado de variaciones históricas y de concepto, desde el *furtum publi-cae pecuniae*

NOTAS

del derecho Romano hasta el delito contra la fe pública o contra la administración pública del derecho Moderno, conserva empero su esencia, cual es la de consistir en la lesión que se inflige al patrimonio público por parte del funcionario que, violando sus deberes de probidad y fidelidad, es decir, dolosamente, se apropia o distrae bienes que le fueron confiados en razón de su cargo. Doctrina, ley positiva, jurisprudencia así lo revelan". Ver también en Gaceta Judicial, Serie XV, No. 9, pág. 2733 a 2735; Serie XVI, No. 12, pág. 3119; Serie XIV, No. 2, pág. 403; Serie XIV, No. 1093.

25. Carlos Creus, op. cit., págs. 312 y ss. También ver entre otros, Maggiore, op. cit., págs. 175 y ss.

26. La legislación española, por ejemplo, los trata así:

De la malversación

Artículo 432.

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

Artículo 433.

La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

Artículo 434.

La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

El Código Penal Boliviano los trata separadamente: Art. 142 (Peculado); Art. 143 (Peculado culposo); Art. 144 (Malversación). El Código Penal de Chile, bajo el Párrafo 5, sobre Malversación de caudales públicos, los distingue: Art. 233 (Peculado); Art. 234 (Peculado culposo); Arts. 235 y 236 (Malversación).

27. Código Penal Colombiano: Art. 137. El empleado oficial que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años".

28. Este artículo se remite a los artículos 73 e innumerado a continuación de éste de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

29. Enrique Bacigalupo sostiene que "Admitida la culpabilidad por el hecho como límite de toda intervención penal del Estado en la esfera de derechos de una persona, la propia consideración teleológica requerirá que la base de este sistema sea el concepto de acción. De ello se deduce que la elaboración de un sistema jurídico penal requiere previamente una decisión valorativa que defina el punto de partida. Esta decisión valorativa es la definición de los fines de política criminal, lo que dará una base racional al sistema. Estos fines de política criminal no son contrapuestos a las consideraciones de ética social que fijan el límite más allá del cual la idea misma del Estado de derecho resulta comprometida." - Estudios de Derecho Penal y Política Criminal, Primera Edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1989, págs. 96 y 97.

El comercio electrónico en Ecuador: régimen jurídico y comentarios

Margarita Romero Rosales y

Teodomiro Ribadeneira

Molestina

Las transacciones electrónicas necesitan un ordenamiento jurídico claro. El comercio por esta vía se desarrolla a pasos agigantados y la legislación se ha quedado atrás.

El comercio electrónico es un tema desconocido en el Ecuador. A pesar de que últimamente hemos descubierto las grandes ventajas del correo electrónico, la navegación en el Internet -con toda la información que podemos encontrar al alcance de la mano- así como la oferta de productos y servicios a través de portales o páginas en la red (marketing virtual). Sin embargo, ésta es apenas la primera fase de un círculo que sólo estará completo cuando, además de acceder virtualmente a todas las tiendas del mundo, adquiramos artículos de todo tipo, variedad y uso, eventualmente paguemos nuestros impuestos y cuentas de teléfono y luz en la red, por ejemplo.

Se puede definir al comercio electrónico como "cualquier forma de transacción comercial en la que las partes interactúan electrónicamente en lugar de por intercambio o contacto físico directo". La anterior es una definición tal vez excesivamente amplia: el comercio electrónico basado en Internet abarca todo tipo de acceso a información comercial, intercambio de medios digitales de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencias electrónicas de fondos, comercio electrónico de valores, contratación pública, mercadotecnia, servicios posventa directos al consumidor, certificación de identidades y transacciones, cibertribunales y formas de resolución de conflictos. En general, todo lo relacionado a Internet, con implicaciones económicas y comerciales.

Al contrario de lo que muchos piensan, el comercio electrónico no es un sueño futurista. Todo lo contrario: tiene ya su acogida con un amplio espectro de consumidores que crece día a día como una ola gigante, imparable en todo el mundo. Sin perjuicio de que Estados Unidos, Japón y Europa están a la cabeza, el comercio electrónico es un fenómeno que ha ido globalizándose y seguirá haciéndolo sin límites.

Según el *Wall Street Journal*, el total del comercio electrónico en Latinoamérica asciende a US\$ 1.060 millones de dólares, y pese a que más de la mitad de los internautas son brasileños, los más entusiastas frente al comercio electrónico parecen ser los panameños, ecuatoria-

nos y venezolanos. Un 58%, 55% y 53%, respectivamente, considera a la red muy útil para las compras.

Algunas investigaciones a nivel local han arrojado cifras de alrededor de 50.000 usuarios del Internet en el Ecuador. Hay que aclarar que se trata de una cifra irreal, toda vez que dentro de los inscritos generalmente se cuentan personas jurídicas que engloban cientos y hasta miles de usuarios del Internet, bajo una sola inscripción. Lo importante es mencionar que siempre las perspectivas y estadísticas sobre usuarios de Internet van en aumento, si bien las cifras pueden no ser exactas, lo cierto es que siempre hay una progresión ascendente.

En la misma línea, la *International Data Corporation* (IDC) pronostica que los internautas de la región (América Latina) pasarán de 7.3 millones en 1999 a 19 millones en el 2003. Si bien es cierto que este número implica solamente el 3.7% de la población, los expertos indican que se trata del segmento con mayor poder de adquisición, que tiene acceso a tarjetas de crédito y que vive en zonas donde la distribución y entrega de productos no es difícil. Si a esto sumamos que están desapareciendo, cada vez más, los obstáculos materiales del comercio electrónico en América Latina, las telecomunicaciones están mejorando y los costos del Internet y del teléfono están bajando gradualmente, la conclusión final es que muy pronto el comercio electrónico será parte de la vida de todos nosotros, independientemente del lugar del mundo en el que nos encontremos.

El impacto del comercio electrónico consiste en que se trata de un mecanismo que rompe con todos los esquemas y paradigmas tradicionales de los mercados, creando unos nuevos, redefiniendo las expectativas de los clientes. Las posibilidades de oferta se abren absolutamente y las restricciones geográficas y de tiempo se borran. A manera de ejemplo, anteriormente los modelos de negocios se basaron en lo que se conoce como "try & buy" (prueba y compra), pero actualmente con la introducción de la carretera de la información -la red que nos vincula a todos en todos los lugares del mundo- el modelo de negocio ha sufrido un cambio radical: podemos encontrar que la ten-

dencia es dotar del servicio de Internet y acceso a la red gratis, incluso el ordenador o computadora es entregado sin costo al cliente, con la única obligación de acceder a la página en la red (*web site*) de la compañía promotora, a fin de que la visite regularmente, por el tiempo determinado en el contrato.

OPCIONES DE COMERCIO

Las oportunidades del comercio electrónico se equiparan a las de la red misma en:

- Presencia y elección globalizada;
- Aumento de competitividad y calidad de servicios;
- Adecuación generalizada/productos y servicios personalizados;
- Cadenas de entrega más cortas o inexistentes;
- Respuesta inmediata a las necesidades;
- Reducción de precios;
- Nuevos negocios, productos o servicios, etc².

Ya desde una perspectiva jurídica algunas de las ventajas del comercio electrónico son:

- Homologación con documentos de formato tradicional.
- Legalidad de mensajes de datos o documentos electrónicos (mensajes de correo electrónico, órdenes de compra, etc.).
- Los certificados digitales que garantizan tecnológicamente la identidad inequívoca de su propietario (receptor o emisor).
- Se evita la suplantación, vía infraestructura tecnológica o a través del registro público de claves.
- Imposibilidad de revocación: afirmar eventualmente que no se recibió o no se envió el mensaje de datos, hecho que es fácilmente comprobable a través de tecnología.

No es exacta la apreciación de que el comercio electrónico solo sirve para operaciones de comercio exterior. Prueba de ello es el gran interés que varias empresas nacionales (en distintos sectores tienen en el tema), por la perspectiva de crecimiento de ventas y oportunidades que tienen dentro de nuestro país.

Sin embargo, la inseguridad jurídica que rodea al comercio electrónico ha impedido su desarrollo. La acogida que tiene lamentablemente se ha visto truncada, limitando así las transacciones en la red, al acceso a portales con fines informativos y compra o utilización de productos y servicios con compañías que operan desde Estados Unidos y que por tanto pueden acceder a la denominada "*merchant account*" que es la única vía posible para poder cobrar vía tarjeta de crédito las operaciones originadas en el Internet.

De ahí que el principal objetivo de una futura Ley de Comercio Electrónico sea precisamente:

- a. dotar de un marco jurídico a las transacciones y demás operaciones que tengan como escenario el Internet;
- b. proteger al consumidor o usuario de este servicio, que asegure tecnológicamente la identidad del aceptante y ofertante y en general que avale los desarrollos tecnológicos sobre seguridad en materia de comercio electrónico;
- c. homologar los documentos digitales, que en general son acuerdos de voluntades dentro de la red, con el mismo valor jurídico que los documentos o contratos tradicionales;

d. Introducir o modificar las infracciones, delitos y penas que pueden originarse de las operaciones virtuales dentro del comercio cibernético.

La Comisión Europea se ha pronunciado sobre ese punto en la Propuesta de Directiva sobre Comercio Electrónico, al establecer en el Art. 9 la obligación de los Estados de hacer posible los contratos por vía electrónica. A tal efecto, los Estados Miembros tienen la obligación de garantizar que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización de los contratos por vía electrónica ni se priven de efecto y validez en razón de la forma de celebración. Además, lo propio hace la Ley modelo de CNUDMI (UNCITRAL).

En su generalidad, las leyes que regulan el comercio electrónico no son tecnológicamente neutras. Por el contrario: no podrían existir sin el apoyo y afluencia de una infraestructura tecnológica con la que se funde, a tal punto que solamente a través de medios tecnológicos puede certificarse la integridad y autenticidad de una firma digital o de un documento digital, mecanismos éstos que día a día van perfeccionándose rezagando indiscriminadamente a la ley que los regula.

En el caso del Ecuador, al igual que Colombia y otros países con legislaciones sobre comercio electrónico como Italia, Alemania, España, se ha adoptado como esquema de seguridad la Infraestructura de Clave Pública (Public Key Infrastructure)³. Esto significa que la ley establece la existencia de entidades certificadoras, legalmente facultadas para generar firmas digitales, sobre la base de dos claves: una de conocimiento público y otra secreta, temas que analizaremos con mayor profundidad más adelante, con referencia específica a nuestro proyecto de ley.

PROYECTO DE LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS DIGITALES Y MENSAJES DE DATOS DEL ECUADOR

Con el apoyo de CORPECE (Corporación Ecuatoriana de Comercio Electrónico) creada para este efecto, y con la participación activa de varios sectores interesados, se impulsó el Proyecto de Ley de Comercio Electrónico, Firmas Digitales y Mensajes de Datos.

Para la elaboración y estructuración del Proyecto de Ley se invitó a una amplia base de sectores involucrados y se contó con la participación de importantes empresas del medio. Se partió de la revisión de la legislación ecuatoriana y junto con el apoyo de distintos proyectos de ley, sobre todo de la Ley Modelo propuesta por las Naciones Unidas a través de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Mercado Internacional); Directivas Europeas sobre comercio electrónico, firma digital -Directiva de Propuesta COM (1998) 586 final-98/0325 9COD) de 11 de Noviembre de 1998, modificada por la propuesta COM (1999) 427 final- 98/0325 (COD) sobre Comercio Electrónico, Directiva 97/7/CE contratos a distancia del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. Directiva sobre Firma Electrónica modificada del Parlamento Europeo y del Consejo COM (1999) /95 final-98/0191 (COD), proyectos y anteproyectos de leyes de países europeos como Italia, España, Alemania, Luxemburgo, el Acta de Utah de los Estados Unidos de Norteamérica, estudios y proyectos latinoamericanos de

Chile, Argentina, Uruguay, Colombia y Perú, investigaciones y publicaciones sobre el derecho de las nuevas tecnologías principalmente de universidades, así como doctrina especializada.

Es importante mencionar que este proyecto de ley recoge, además del comercio electrónico, regulaciones sobre firmas digitales y mensajes de datos. Se trata de constituir un cuerpo legal de mayor alcance y aplicación práctica. En este punto se apega a la ley modelo de CNUDMI y, por contraste, se aparta de las Directivas de la Comunidad Europea que legislan exclusivamente el tema del documento electrónico y la firma digital, regulaciones éstas aplicables a toda clase de actos y entornos tecnológicos, aunque no tengan aplicación comercial o económica. Sin embargo vale mencionar que no se ha tratado en el Proyecto de Ley temas como: nombres de dominio, impuestos relacionados con el tema y publicidad virtual, por citar algunos ejemplos.

Al margen y a modo de dato informativo es importante mencionar que no existe una ley sobre nombres de dominio (*domain names*) en el Ecuador. Estos nombres no son equiparables bajo ningún punto de vista a las marcas o cualquier otro signo distintivo, y que la entidad que los tramita y regula en nuestro país es NIC ECUADOR, sin que esto implique que no podamos acceder al nombre de dominio de nuestra predilección directamente a través de INTERNIC, sociedad estadounidense encargada de la administración y regulación de los nombres de dominio a nivel mundial.

Por otro lado, y a modo de paréntesis, todavía están en discusión las opiniones de los especialistas respecto del cambio que impone el Internet en materia fiscal. En este sentido y sin adoptar una posición definida, lo que se ha considerado como más conveniente ha sido delimitar los principios de política fiscal en base a los cuales enfrentar los retos que supone el comercio electrónico, en tanto se instrumentan y perfeccionan soluciones prácticas. En definitiva: se deberá estimar y evaluar qué actos podrían tener una implicación fiscal antes de determinar y establecer la carga impositiva que deberá aplicarse sobre las operaciones realizadas en el ámbito del comercio electrónico.

Volviendo a materia, el proyecto de Ley de Comercio Electrónico fue presentado oficialmente en la Secretaría del Congreso Nacional con fecha 14 de septiembre de 1999. Desde entonces, y básicamente por la volatilidad política, se ha ido rezagando su discusión, debate y potencial aprobación. Sin embargo, en un dictamen preliminar ya fue declarada "conveniente y constitucionalmente viable" hecho importante y que ya significa que al menos se tiene la puerta abierta. Lo contrario simplemente hubiera significado esperar al menos que otro Congreso vuelva a conformarse, para un nuevo intento de que se la apruebe.

Los Diputados de la Comisión de lo Civil y Penal y sus asesores conocen el contenido del proyecto y se han hecho aclaraciones adicionales respecto del complemento y sustento tecnológico, que servirán para un mejor entendimiento y análisis.

El principal obstáculo encontrado es la dificultad para abandonar la conceptualización tradicional de los distintos instrumentos que regularía esta ley, como los mensajes de datos - documentos electrónicos -, firma digital o electrónica, certificados digitales, entre otros. De ahí en

adelante los cuestionamientos han girado más en cuanto a la forma que en lo que respecta al contenido.

CONTENIDO BÁSICO DEL PROYECTO

El proyecto de Ley de Comercio Electrónico se compone de tres Títulos, más un Título preliminar que contiene un Glosario de términos que sirve de introducción a un tema de alto contenido tecnológico, como es el comercio electrónico. No se trata de hacer una exposición larga y detallada de todo el contenido de los distintos artículos, que se explican por sí solos tras la simple lectura del proyecto. Sin embargo, es importante poner énfasis en los siguientes aspectos del proyecto legal:

Mensajes de Datos

El proyecto los define como "aquellos documentos en formato electrónico con información electrónica o digital que se genera o almacena por cualquier medio". Conceptualizando esta definición podemos afirmar que se trata de un término genérico que engloba a: documentos electrónicos, correo electrónico, páginas web, telegrama, telex, fax, facsímil e intercambio electrónico de datos (más conocido como EDI - *electronic data interchange*). A decir de algunos juristas especializados, "son el punto central de toda la tecnología de la información dedicada a soportar las operaciones comerciales electrónicas". La relación de los mensajes de datos con documentos electrónicos está dada porque se trata de información (con soporte digital o no) generada o transmitida por medios electrónicos. También se los llama documentos digitales: digital, el soporte, electrónico, el medio de transmisión.

Es innegable que, gracias a los medios informáticos, se ha sustituido los documentos tradicionales vinculados necesariamente con el papel y la firma manuscrita con documentos en nuevos soportes. El tratadista Davara Rodríguez, opina que "el documento puede ser tal, tanto si se encuentra sobre un papel o sobre cualquier otro soporte apto según su naturaleza. No se debe identificar documento con escritura, en un sentido estricto atendiendo solamente a la tradicional escritura realizada por el hombre, que en un primer análisis y debido a la costumbre generalizada, lleva al concepto papel".

En el mismo sentido Álvarez Cienfuegos, opina que el documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse ni con el papel como soporte ni con la escritura como unidad de significación⁶.

El documento electrónico se concibe como un medio de expresión de voluntad con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones por medio de la electrónica, informática y telemática.

Lo fundamental es que el Proyecto de Ley, siguiendo las tendencias legislativas internacionales en este tema, así como la Ley Modelo de CNUDMI (Art. 5) garantiza el "principio de equivalencia funcional", que se refiere a que el contenido de un documento electrónico surte los mismos efectos que el contenido de un documento en soporte papel. La equivalencia funcional significa aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas.

Así dispone el proyecto: "Art. 3.- Efectos de la Ley: Se reconoce la fuerza jurídica y la validez de los mensajes de datos, cualquiera sea su forma, así como la información que éstos contengan. Los mensajes de datos, su información y contenido tendrán igual valor jurídico que los instrumentos públicos y privados, y su eficacia y valoración se someterán al cumplimiento de lo establecido en esta ley".

Respecto de que el documento deba constar por escrito, el Art. 7 del proyecto de ley dispone: "Cuando las leyes requieran que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta" En definitiva, lo importante en la equiparación legal de los documentos tradicionales con los documentos electrónicos es la posibilidad de recuperación del mensaje para que su contenido sea accesible posteriormente y reconocido por las partes o terceros. Esto significa su permanencia en el tiempo. Incluso se ha introducido en el Artículo 9, específicamente la conservación de los mensajes de datos.

A este respecto el proyecto de ley dedica el noveno artículo. "Art. 9.- Conservación de los mensajes de datos.- Cuando la Ley requiera que ciertos documentos, registros, o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho mediante la conservación de los mensajes de datos, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que la información que contengan sea accesible para su ulterior consulta;
- Que el mensaje de datos sea conservado con el formato en que se haya generado, enviado o recibido o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida; y
- Que se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

La obligación de conservar ciertos documentos, registros o informaciones no será aplicable a aquellos datos que tengan por única finalidad facilitar el envío o recepción del mensaje.

Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para observar o verificar los requisitos señalados en este artículo".

De otro lado, la Ley de Comercio Electrónico en materia de prueba, establecería que "el mensaje de datos cualquiera sea su procedencia o generación, será considerado como medio de prueba con todos los efectos legales que tienen los principios probatorios determinados en las leyes que regulan la materia" (Art. 48 y SS.)

Finalmente cabe destacar, que la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, incorporaría en su articulado regulaciones sobre los documentos públicos electrónicos o copias electrónicas auténticas, que son aquellos "documentos escritos que se transformen en documentos electrónicos en presencia de un Notario y a la inversa" (Art. 44)

Firma electrónica o digital

Esta figura está definida por el proyecto de ley como "dato en formato electrónico asignado a un documento electrónico o mensaje de datos por el autor del mismo"

La firma digital es indispensable dentro de las redes abiertas de información, como Internet y el comercio electrónico. Solamente a través de ella se genera un entorno seguro en relación con la autenticación digital vital para su

desarrollo y expansión. El fin que persigue la firma digital es el mismo de la firma ológrafa: dar asentimiento y compromiso con el documento firmado.

Como afirman Arce y Días Lannes, abogados argentinos especialistas en el tema, a diferencia de la firma manuscrita, que es un trazo sobre el papel, la firma digital consiste en un apéndice al texto original. Este apéndice sería la firma digital

El mecanismo utilizado para la firma digital debe ser criptográfico (arte de proteger la información en lo que respecta a su privacidad y a su integridad), de modo que este mecanismo utiliza dos claves diferentes: una para cifrar y otra para descifrar.

Una clave es pública, esto es, de conocimiento general; otra, denominada clave privada, que se mantiene en total reserva, toda vez que no existe motivo para que nadie aparte de su autor necesite conocerla (punto medular de la seguridad del sistema criptográfico). Ambas claves son generadas al mismo tiempo con un algoritmo matemático y guardan una relación tal entre ellas que la información que es encriptada con la clave pública solo puede ser descifrada con la clave privada⁷. Algunas legislaciones la denominan firma digital avanzada.

Para clarificar de mejor manera el concepto de firma electrónica, vale mencionar que la firma digital está íntimamente ligada al documento digital que la origina y que, junto a este documento y al certificado de clave pública correspondiente, permiten en conjunto, y de manera autosuficiente, verificar la integridad del documento y la identidad del creador de la firma.

Las características fundamentales de la firma digital o electrónica son: integridad, inalterabilidad y perdurabilidad. Están recogidas en el Art. 14 del Proyecto de Ley: "La firma electrónica en un mensaje de datos debe ser parte integrante del mensaje de datos, enviarse en un mismo acto y ser inalterable, de tal forma que si se cambia el documento o la firma, ésta se invalide. Cumplidos los requisitos de seguridad e inalterabilidad, se presumirá la integridad del mensaje de datos..."

- Integridad, significa que no ha sido modificada o que no carece de ninguna de sus partes integrantes. La firma digital a través de medios tecnológicos es capaz de detectar la integridad de la información que fuera firmada, en forma independiente al medio de su almacenamiento.
- Inalterabilidad, significa que la información no podrá ser adulterada cuando sea almacenada. La firma digital no impide que la información se altere sino que detecta si ésta ha sido alterada.
- Perdurabilidad, significa que la información perdura o se mantiene en el tiempo y es a la vez, una cualidad del medio de almacenamiento de la información.

Para tener validez jurídica las firmas deben permitir verificar tanto la identidad del autor, como comprobar que dichos datos no han sufrido alteración desde que fueron firmados; en otras palabras, garantizar la autenticidad e integridad del documento. Para que la firma electrónica sea legalmente viable, debe recoger los siguientes requisitos:

- Ser única de la persona que la usa,
- Susceptible de ser verificada inequívocamente,
- Permanecer bajo exclusivo control de quien la usa,
- Estar ligada indefectiblemente a la información del mensaje de datos.

Así lo establece el Proyecto de Ley en su Art. 13. "Requisitos de la firma electrónica: Para tener validez, la firma electrónica reunirá como mínimo los siguientes requisitos:

- a. Ser individual, única o vinculada exclusivamente a su titular, y capaz de ser mantenida bajo el estricto control de la persona a quien pertenece y usa.
 - b. Disponer de las seguridades necesarias que garanticen su integridad.
 - c. Ser verificable inequívocamente mediante mecanismos técnicos de comprobación, establecidos por la Ley, los Reglamentos o el acuerdo de las partes.
- Cualquier requisito adicional a los aquí señalados, deberá constar expresamente en un acuerdo suscrito por las partes".

El Proyecto de Ley dentro de su objetivo de permitir y fomentar el uso de firmas digitales o electrónicas contempla aspectos como:

- Equiparación de la firma digital a la firma manuscrita (Art. 12)
- Obligaciones vinculadas con la firma electrónica (Art. 15)
- Obligaciones del titular de la firma electrónica (Art. 16)
- Revocación, cancelación y suspensión de la firma digital (Art. 18 y 19)
- Como ventajas de la firma electrónica en nuestro sistema legal están las de garantizar fehacientemente la autenticidad e integridad de un documento, imposibilidad de falsificación y el uso de terceros sólo con consentimiento.

Servicios de Certificación

Los proveedores de estos servicios están definidos por el mismo Glosario de la ley, como: "La persona natural o jurídica que está legalmente en capacidad de emitir certificados de identidad y proporcionar servicios relacionados con el comercio electrónico y la firma electrónica y para lo cual debe cumplir con los requisitos determinados en esta Ley y sus Reglamentos".

En definitiva son aquellas entidades que dan fe de que una determinada clave pública corresponde a un sujeto específico mediante la expedición de un certificado. La importancia del certificado está dada por constituir el aval o respaldo de la firma digital: no existe legalmente el uno sin la otra. Como analogía podemos tomar las tarjetas índices del Registro Civil, con las que se corrobora si la firma manuscrita de la cédula de identidad es la misma de la tarjeta índice correspondiente.

La Ley ha otorgado a la Superintendencia de Telecomunicaciones las funciones de control de estos proveedores, salvo que se trate de proveedores de servicios de certificación relacionados con el sistema financiero nacional, caso en el cual será la Superintendencia de Bancos quien ejercerá estas funciones de control. (Art. 24)

De otro lado, y siguiendo la guía de la ley modelo de CNUDMI, la ley ecuatoriana de comercio electrónico establece varios requisitos que deberán cumplir todos aquellos que quieran ser considerados proveedores de servicios de certificación.

Estos son de distinta índole, desde requisitos de carácter técnico, de probidad, económicos y de operabilidad en las funciones que han de prestar a la comunidad. (Art. 25) Así mismo se establece claramente una serie de obligaciones y responsabilidades que asumen los proveedores de los ya mencionados servicios de certificación. (Art. 26)

Por la importancia de los servicios que prestan (en relación con la información que por su actividad tienen acceso los proveedores de servicios de certificación), la Ley ha puesto especial énfasis en que dichas personas naturales o jurídicas:

- Garanticen la privacidad, protección y confidencialidad de la información.
- Obtengan la información que requieran únicamente con el consentimiento y voluntad de la persona relacionada.
- Se abstengan de divulgar por cualquier medio la información a la que tuvieren acceso.
- Protejan la información y demás datos obtenidos, frente a terceros.
- Se sancione expresamente la recopilación, cesión ilegal de datos, así como las violaciones al derecho a la confidencialidad y protección de datos. (Art. 27)

Contratos electrónicos

Para Davara Rodríguez, el contrato electrónico es aquel que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, cuando éste tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo de la interpretación futura del acuerdo⁸.

En este sentido, el comercio electrónico no es sino una nueva modalidad para la formación del consentimiento, requisito esencial para la validez de los contratos. Aunque al amparo de nuestro Código Civil (Art. 1588 C.C.) sobre la base de autonomía de la voluntad de las partes, existe respaldo legal para los contratos electrónicos, la potencial Ley de Comercio Electrónico, en el Art. 28, establece que "la elaboración, envío y aceptación de un contrato podrá ser efectuada mediante mensaje de datos. Estos mensajes gozarán de completa validez y fuerza jurídica, sea que se trate de una oferta, la aceptación de la misma o cualquier otra forma que genere obligaciones entre las partes".

En lo que respecta al perfeccionamiento de los contratos electrónicos y siempre que estas disposiciones no sean modificadas por las partes, el proyecto de Ley de Comercio Electrónico señala:

- Perfeccionamiento: está dado cuando la declaración de voluntad del aceptante llegue a conocimiento del oferente.
- Lugar de perfeccionamiento: el que acordaren las partes, o el lugar de la aceptación del mensaje de datos.
- Aceptación: puede estipularse como requisito la aceptación legal de un documento electrónico, o la confirmación de recepción.
- Tiempo de validez: si no se ha señalado tiempo de validez por parte del emisor de un mensaje de datos condicionado a confirmación de recepción o aceptación, éste tendrá una validez de 5 días hábiles.
- Tiempo envío y recepción: expedido, cuando entra en un sistema de información que no esté bajo control del emisor; recibido, cuando ingresa al sistema de información señalado por el destinatario.
- Lugar de envío y recepción: el señalado por las partes, o el que conste en el certificado electrónico. Si no se puede determinar, el lugar de trabajo o donde se desarrolle el giro principal de los negocios o del negocio relacionado con el mensaje de datos.
- Duplicación: cada mensaje de datos se presume diferente.

Asimismo, el proyecto de ley también trata sobre el contrato de adhesión: "En los contratos en los cuales las condiciones se encuentren preestablecidas, bastará que el suscriptor cumpla con las instrucciones de adhesión establecidas en el mensaje de datos para crear obligaciones entre emisor y suscriptor".

Protección a los usuarios del comercio electrónico

Como hemos mencionado, el éxito del comercio electrónico dependerá en gran parte del interés y la confianza de los consumidores.

Han existido gran cantidad de mecanismos para promover la protección del consumidor en el mercado tradicional, muchos de los cuales continuarán siendo útiles en el mercado electrónico. Sin embargo, en el ambiente digital existen nuevos retos para el consumidor y se requiere de nuevas estrategias que le den confianza en ese contexto.

En relación a lo anterior es importante anotar que la Organización de Cooperación Económica y Desarrollo (OCED) ha tenido un papel preponderante y ha ayudado en gran medida a crear procedimientos y mecanismos para proteger los derechos de los consumidores y usuarios del comercio electrónico con su publicación de la "Guía de Protección al Consumidor en el Mercado Electrónico". En este documento se han considerado como partes integrales de la protección al consumidor: la contratación electrónica, privacidad, seguridad y autenticación, fraude en línea, resarcimiento al consumidor, educación del consumidor y veracidad en publicidad. Estos temas, aunque pueden variar ligeramente, son en la generalidad importantes dentro de la protección al consumidor en lo que concierne a resarcimiento.

Las anteriores guías de la OECD trataban de resolver los antedichos temas mediante auto-regulaciones y soluciones tecnológicas, que han sido acogidas por un gran número de gobiernos y la industria. Por otro lado la OECD ha examinado y colaborado con la CNUDMI (UNCITRAL) en la creación de la Ley Modelo de Comercio Electrónico, que como ya se anotó es la base del Proyecto de Ley de Comercio Electrónico ecuatoriano.

Cabe anotar que también ha existido una enorme cantidad de trabajos en torno al tema, realizados por organizaciones internacionales en el sector privado, como Cámara Internacional de Comercio (ICC) y la Alianza para Negocios Globales (Alliance for Global Business AGB), además de iniciativas y planes de la Unión Europea, Gobierno de los Estados Unidos de América, OMPI, entre otros.

La Ley de Comercio Electrónico garantizará los derechos de los usuarios de servicios de certificación y de quienes actúen intercambiando mensajes de datos, o efectuando transacciones de cualquier tipo relacionadas con el acceso a Internet, comercio electrónico, otros medios de comunicación y tecnologías de información. (Art. 39)

En el mismo sentido, el proyecto dispone que la oferta de información en el Internet o en redes abiertas, deberá ser objetiva, oportuna, veraz y detallada. La publicidad virtual deberá someterse al ordenamiento jurídico ecuatoriano o a los códigos de ética en esta materia. Como parte de la protección al usuario/consumidor, la ley le otorgará la facultad de desistir del contrato de consumo 24 horas después de suscrito.

Punto fundamental es la consagración del derecho a la intimidad y el derecho a no recibir información o mensajes

de datos no solicitados. En el mismo sentido, si una vez se ha rechazado una oferta electrónica por parte del destinatario, el oferente no podrá seguir enviando mensajes. Cualquier violación a estos principios faculta al usuario para hacer valer a su favor todas las acciones que le concede la ley

Infracciones electrónicas

Uno de los puntos medulares dentro de la aplicación y salvaguarda del comercio electrónico es lo referente a las infracciones electrónicas y a sus correspondientes sanciones. Únicamente con el establecimiento de este tipo de normas la protección al comercio electrónico tiene razón de ser, y por lo tanto el excluirlas produciría que todas las demás disposiciones quedarían sin ningún efecto o aplicación práctica, perdiendo de esta forma las leyes de comercio electrónico uno de sus mayores objetivos: brindar seguridad y confianza a los usuarios, consumidores y oferentes en la red. Por lo tanto, al hablar de firma digital y de documentos electrónicos debemos incorporar a nuestro Derecho Penal una nueva categoría que no se encuentra establecida actualmente.

LOS DESAFÍOS LEGISLATIVOS

Como es lógico suponer la incorporación de estas nuevas normas al Código Penal traería infinidad de problemas e inconvenientes, por lo que a criterio de algunos tratadistas únicamente se debería partir de una reforma a los conceptos tradicionales de firma, documento, instrumento privado, instrumento público, y asimilarlos a la firma digital o electrónica y al documento electrónico, evitándose de esta forma que se generen vacíos por falta de normas es decir por atipicidad de delitos e infracciones en la red

Otra de las formas es incorporar modificaciones y establecer sanciones a los infractores cibernéticos en el respectivo Código Penal. Este procedimiento es el que ha seguido el proyecto de Ley de Comercio Electrónico del Ecuador, lo cual, como establecimos anteriormente, podría ocasionar vacíos o ausencia de tipicidad. Es importante anotar que se siguió este procedimiento en vista de la demora y falta de celeridad por parte de los legisladores en el Ecuador, y entendemos que se consideró más ágil añadir artículos que regulen las distintas infracciones y violaciones al comercio electrónico que reformar los conceptos de las principales figuras del comercio tradicional.

Tanto en la ley modelo de la UNCITRAL, como en la ley modelo de la cual nacen algunas de las leyes que existen actualmente, se deja a criterio de cada país el tema de las sanciones o infracciones. Por ejemplo en la ley No. 527 de 1999, de la República de Colombia no se establece infracciones ni sanciones, por lo que entendemos que fue reformado el Código Penal en forma independiente.

Volviendo al caso del Ecuador, en el proyecto de la Ley de Comercio Electrónico se ha planteado una reforma al Código Penal, a partir del Título X, que contempla la inclusión de 6 artículos que regulan el tema. Dentro de los cuales se encuentran como principales infracciones o delitos electrónicos o cibernéticos los siguientes:

- Delito de fraude informático: las personas que valiéndose de cualquier método o modo alteren, manipulen o modifiquen el funcionamiento de un programa infor-

mático, sistema informático, telemático o un sistema de datos para procurarse la transferencia no consentida de los bienes, valores, derechos o patrimonio de otra persona en perjuicio de ésta o de un tercero.

- Delito de daño informático: las personas que de cualquier modo o utilizando cualquier método destruyan, alteren, utilicen, supriman o dañen los programas, datos, bases de datos, información, o cualquier mensaje de datos contenido en un soporte lógico, sistema de información o telemático.

- Delito de falsificación electrónica: las personas que con ánimo de lucro, o bien para causar un perjuicio a un tercero, utilizando cualquier medio, alteren o modifiquen mensajes de datos, o la información incluida en éstos, que se encuentre contenida en cualquier soporte material, sistema de información o telemático, ya sea:

1. Alterando un mensaje de datos en alguno de sus elementos o requisitos de carácter formal o esencial.
2. Simulando un mensaje de datos en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
3. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en el acto, declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.
4. Alterando o falsificando un instrumento electrónico público o privado, de acuerdo a lo determinado por el Código Penal.

- Delito de intromisión indebida a los sistemas de información o telemáticos: las personas que por cualquier medio y con cualquier fin, con ánimo de conocer, apoderarse de la información contenida en dichos sistemas o descubrir los secretos comerciales o personales, o

vulnerar la intimidad de otro sin su consentimiento interfieran, interrumpen, o se apoderen de cualquier mensaje de datos.

UN COMENTARIO FINAL

Para concluir, es importante anotar que el objeto de este artículo es resaltar la importancia que tiene el comercio electrónico a nivel mundial, y lo fundamental que es crear la legislación adecuada que le permita desarrollarse y crecer en Ecuador.

De la información recopilada, podemos concluir que en la actualidad existe gran cantidad de empresas extranjeras y ecuatorianas que se encuentran interesadas en realizar ofertas de bienes y servicios en el Ecuador, ayudando de esta forma en gran parte al crecimiento económico del país.

Por otro lado creemos que los esfuerzos que hasta la fecha se han hecho en el Ecuador para aprobar esta ley son importantes y confiamos que próximamente contemos ya con una Ley de Comercio Electrónico, para de esta forma no quedarnos rezagados en relación con los países desarrollados y hasta con países vecinos, como Colombia y Perú, que ya cuentan con leyes aprobadas y en vigencia sobre comercio electrónico, mensajes de datos y firmas electrónicas.

De la misma forma es importante anotar que es muy difícil y casi imposible medir el avance de la tecnología y lo que hoy por hoy nos parece una innovación, probablemente en el corto tiempo quede obsoleta y nos veamos obligados a crear, modificar o ampliar la Ley de Comercio Electrónico.

NOTAS

1. Boletín Informativo del IPCE (Instituto Peruano de Comercio Electrónico) Pagina de Derecho e Informática.
2. *ibid*
3. Gutiérrez Alvaro, Colombia: El comercio electrónico en el derecho comparado, R.E.D.I. (revista electrónica de derecho informático) derecho.org/redi.
4. *Ibid*.
5. Rico Carrillo Marilliana: Validez y Regulación legal del documento y la contratación electrónica.. R.E.D.I. (revista electrónica de derecho informático) derecho.org/redi., quien a su vez cita a Davara Rodríguez.
6. *Ibid*, cita a Alvarez Cienfuegos.
7. Arce Alfonso José; Díaz Lannes Federico Santiago: La Firma Digital. Aspectos Jurídicos. Su aplicación a las comunicaciones previstas por la Ley 22. 172: R.E.D.I. (revista electrónica de derecho informático) derecho.org/redi.
8. Rico Carrillo Marilliana: Validez y Regulación legal del documento y la contratación electrónica.. R.E.D.I. (revista electrónica de derecho informático) derecho.org/redi Error! Bookmark not defined., quien a su vez cita a Davara Rodríguez
9. Estos datos se encuentran basados en la información obtenida y recopilada de las siguientes páginas web:

Derecho financiero y disciplina fiscal

Eduardo Pólit Molestina

El Derecho Financiero tiene que dar las pautas para atender a la calidad del ingreso (el por qué del tributo), frente a la necesidad del egreso (el por qué del gasto), obviando los arbitrios, abusos y el clientelismo político.

Tradicionalmente, si bien en las facultades de derecho de nuestras universidades se ha estudiado Ciencia de Hacienda y Derecho Tributario como materias aisladas, en el pensum universitario no se ha estructurado la cátedra de Derecho Financiero, desde donde se origina la complejidad de las finanzas públicas con las materias tributarias y de presupuesto. Desde el punto de vista fiscal, hacienda, como la define el Diccionario de la Academia de la Lengua, "es el conjunto sistemático de haberes, bienes, rentas, impuestos y más gravámenes correspondientes al Estado para satisfacer las necesidades de la nación". La actividad financiera no es otra que la serie de ingresos y gastos del Estado, mediante los que se "financian" los fines del mismo¹.

"La historia económica revela que la actividad económica manifestada a través de las actividades de producción, cambio y consumo, está dirigida hacia un dominio progresivo de las fuerzas naturales y hacia una progresiva perfección de los medios utilizados para luchar contra la escasez, pues está orientada hacia el crecimiento y el progreso", a decir del catedrático español Julio Banacloche Pérez².

Lo más destacable en materia fiscal ecuatoriana fueron las enseñanzas del Dr. Eduardo Riofrío Villagómez, erudito autor hacendario y catedrático de la Universidad Católica de Quito, fundador del Tribunal Fiscal del Ecuador y autor del Código Fiscal, antecedente del actual Código Tributario. En la Central, en los sesenta, recién se incluyó en el pensum universitario la Ley de Impuesto a la Renta. A partir de la promulgación del Código Tributario³, se inicia formalmente el estudio de esta rama del Derecho Financiero. El 30 de noviembre de 1992⁴, con la promulgación de la Ley de Presupuestos del Sector Público, se habría dado inicio a la otra rama del Derecho Hacendario, pues, hasta entonces, se dictaba para cada ejercicio fiscal, la Ley de Presupuesto Anual del Estado, la misma que entraba en caducidad el 31 de diciembre de cada año, luego de 365 días de vigencia, sin que haya tenido un contenido orgánico importante. A diferencia del Código Tributario, el Derecho Presupuestario tampoco ha sido materia de enseñanza sistemática en las universidades.

Pero estos dos cuerpos legales, que han sido tratados separadamente, sin la concatenación a que obliga el Derecho Fiscal o Financiero o Hacendario, no han dado al escolar la guía para el estudio formal del arte en el manejo de las finanzas públicas. Es decir, los conceptos necesarios para establecer el equilibrio entre ingresos y egresos, que atiendan al desarrollo socio económico del país, a base de una justa redistribución de riqueza entre sus habitantes. Dicho de otra manera, el Derecho Financiero tiene que dar las pautas para atender a la calidad del ingreso (el por qué del tributo), frente a la necesidad del egreso (el por qué del gasto), obviando los arbitrios, abusos y clientelismo político (origen de la corrupción política actual), tanto en el camino de ida como en el de vuelta.

Qué fácil es dictar leyes impositivas, pero qué difícil es calificar y controlar el gasto de las siempre escasas rentas fiscales, como decía Adam Smith en su maravillosa obra "La Riqueza de las Naciones". Combinar tributos con austeridad en el gasto: es lo que constituye ese arte tan peculiar que hace distinguir al politiquero del político estadista en el campo hacendario. Hemos dado palos de ciego en materia tributaria y en materia presupuestaria, porque no hemos sido guiados por un manual de hacienda pública, sino por la codicia de la clientela política de la nación, tan ávida en candidaturas, tan inepta en el manejo de la cosa pública.

El funcionamiento del sector público y el papel vital que juega la ciencia de hacienda en una sociedad democrática, llevaron a profundizar esta materia, especialmente en países devastados por guerras mundiales, tanto en aspectos de aplicación de eficiencia como en los de igualdad en las operaciones del sector público, junto con las herramientas de análisis económico aplicadas a las políticas impositivas y a las de gasto. La interacción de asuntos económicos, políticos y filosóficos han sido inherentes a las controversias del sector público. En el siglo XX, el único país que con estas fórmulas pasó, en cuatro décadas, de total subdesarrollo y pobreza absoluta, a pleno desarrollo y los más altos índices de ingreso per cápita, fue Japón, gracias a una disciplina férrea, austera, cuyos presupuestos no superaron el 7% anual para gasto administrativo.

Un vistazo al contenido de "Public Finance in Theory and Practice" (La Hacienda Pública en la Teoría y en la Práctica) de los autores germano estadounidenses Richard A. Musgrave, Profesor Emérito de Harvard, y Peggy B. Musgrave⁵, nos podría dar un entendimiento de la importancia, la magnitud y la complejidad de esta materia que hace consideraciones del sector público: asignación, distribución y selección pública, política y estructura del gasto, principios de tributación, estructura impositiva, centralismo fiscal, estabilización y política fiscal, asuntos de carácter internacional. Temas todos ellos que nos saca a los abogados tradicionalistas del esquema meramente civilista, para transportarnos a una realidad pragmática dentro del enfoque socio económico del derecho, en la vida política de nuestra sociedad.

El estudioso español Enrique Fuentes Quintana, en el estudio introductorio a la edición española del libro de Musgrave, lo valora como excepcional. No le falta razón. Musgrave nace al estudio de las finanzas públicas en 1939, en Alemania, con su tesis de grado doctoral (PhD). Veinte años después, había publicado 33 trabajos también de insólito valor para la ciencia de hacienda, a decir de otro autor español, José María Lozano Irueste, del Instituto de Estudios Fiscales de España, quien también hace introducción al maravilloso libro de los Musgrave, edición en español⁶.

Enfocados en el Derecho Financiero como tal, los autores de los países industrializados europeos han hecho un aporte doctrinario significativo durante el siglo XX, a los que se ha sumado la doctrina norteamericana y de Iberoamérica. Fernando Sáinz de Bujanda, seguramente el autor más importante de habla hispana, publicó por primera vez en Madrid, en 1955, su excelente tratado, en seis volúmenes, de "Hacienda y Derecho", donde conviene con la corriente moderna y contemporánea de la doctrina financiera, sobre la separación del Derecho Financiero del tronco general del Derecho Administrativo: "El sostenimiento de la organización y funcionamiento del Estado, implica necesariamente gastos con que debe atender, procurándose los recursos pecuniarios indispensables. Esta materia y la regulación que exige, por su importancia y por sus especiales relaciones con la economía, tiende a segregarse, constituyendo el Derecho Financiero o derecho de las finanzas públicas, como una rama especial y autónoma del derecho público", según cita que hace de la obra Derecho Administrativo, del Profesor Gabino Fraga de la Universidad Nacional de México (1944).

Lo rescatable es comprender que una sociedad que se dedique a producir para satisfacer el consumismo, no discriminaría el por qué de su ingreso o de su gasto, ni daría importancia a la distribución de riqueza o al desarrollo sustentable y equilibrado del país. Es más importante ver el otro lado de la medalla, que apunta hacia la superación del subdesarrollo en busca de satisfacer anhelos largamente aplazados, donde la solidaridad humana juega papel importante.

FORMULACIÓN DEL DERECHO FINANCIERO

El Art. 260 de la Constitución de 1998 es, a mi entender, la norma básica donde está sentado el Derecho Financiero, cuando dice que "La formulación y ejecución de la

política fiscal será de responsabilidad de la Función Ejecutiva. El Presidente de la República determinará los mecanismos y procedimientos para la administración de las finanzas públicas, sin perjuicio del control de los organismos pertinentes".

Esta herramienta constitucional dió al Presidente, desde 1998, la competencia y la potestad de imprimir el sello de la disciplina fiscal o la facultad de velar contra la impunidad del derroche presupuestario, del que hemos vivido los veinte años de la democracia inaugurada en 1979. Perturba que este precepto no haya sido guía y criterio para la formulación de políticas presupuestarias en 1999 y en el 2000.

Dos normas integran a la anterior. En primer lugar, el Art 256 de la Constitución, que resalta que (1) "el régimen tributario se regulará por los principios de igualdad, proporcionalidad y generalidad; (2) que los tributos son instrumento de política económica general, y (3) que las leyes tributarias estimularán la inversión, la reinversión, el ahorro y su empleo para el desarrollo nacional. Procurarán una justa distribución de las rentas y de la riqueza entre todos los habitantes del país".

En segundo lugar, los Arts. 258 y 259 que, en forma inofensiva, se refieren a cierta normativa presupuestaria, no abordan lo principal, esto es, dar contraparte al contenido filosófico de la teoría hacendaria, como se ha hecho en el caso de los tributos. Es decir, que no se ha consagrado la prioridad básica de la utilización de las rentas patrimoniales y tributarias en los gastos que apuntalen esa "justa distribución de riqueza", que sólo se logra con la calificación y la disciplina que exige el gasto público.

Por sentido común, el Art. 260 que habla de política fiscal, debió haber constado como un capítulo independiente dentro del Título XII de la Constitución que habla del Sistema Económico, para que luego vengan los capítulos de lo tributario y presupuestario, capítulo este último, en el que se ha incluido a la norma de finanzas públicas, como si fuera parte del ordenamiento presupuestario.

Luis María Cazorla Prieto⁷, al hablar del poder financiero, dice que es de su entender que el poder ejecutivo financiero debe estar subordinado al poder legislativo financiero, y el poder judicial financiero, más subordinado aún, debe acatar los mandatos del poder legislativo y del poder ejecutivo financiero. Sin esta subordinación, el Derecho quedaría paralizado porque los poderes se anularían entre sí, y sin la división se impondría una dictadura entre las personas. En general, los autores del derecho hacendario han recogido los principios consagrados en las constituciones de Inglaterra, Francia y Estados Unidos, y que fueran escritos hace dos siglos por el inglés Thomas Paine en el libro fundamental "Rights of Man"⁸ donde atacaba a los parlamentarios ingleses que criticaban la revolución francesa; afirmaba los principios democráticos regidos por la "mayoría"; declaraba que la meta del Estado es la "libertad", y que la "felicidad" es el derecho natural de todos los hombres.

Según el pensamiento de Paine (1737-1809), el gobierno monárquico antiguo de Inglaterra, "era un usurpador del poder, debido a su propio engrandecimiento"; en cambio, en el nuevo gobierno republicano propuesto por Estados Unidos (1772, época en la cual Paine vivió en ese país), "se concebía la delegación de poder para beneficio

común de la sociedad". "El antiguo promovía un estado de guerra permanente, el nuevo buscaba la paz como medio verdadero de enriquecer a la nación. El anterior fomentaba el perjuicio nacional, el nuevo promovía la sociedad universal, como un medio de comercio universal; El primero medía su prosperidad, por la cantidad de rentas que extorcionaba; el otro probaba su excelencia, por la cantidad pequeña de impuestos que requería". Paine defendía que, "para poner en práctica estos principios, aplicables a las circunstancias de cada nación: su agricultura, industria, comercio e intercambio, se requiere de un conocimiento complejo, que sólo puede ser ofrecido por los diferentes componentes de la sociedad. Es un ensamblaje de conocimiento práctico, que ningún individuo puede poseer; por eso, el sistema monárquico es más limitado, frente al democrático, por la multiplicidad de sus habitantes".

A.D. Giannini⁹ añade que "constituye una reconocida exigencia del Estado moderno, la de que todas sus manifestaciones de voluntad en el campo administrativo y los consiguientes vínculos jurídicos con los particulares encuentren en la Ley su disciplina fundamental. A tal exigencia debe corresponder con absoluta necesidad el desarrollo de la actividad financiera, ya sea porque se trata de la administración del dinero público o del dinero que sustrae de las economías privadas para la satisfacción de las necesidades públicas, ya sea porque la enorme masa de riqueza que anualmente se destina a estas finalidades da lugar a una complejidad de relaciones cuyo ordenado desarrollo hace indispensable un sistema de normas imperativas que las discipline. Aquella parte del derecho objetivo, concluye, que regula la actividad financiera del Estado (y de otros entes públicos), constituye el Derecho Financiero" Completan ese pensamiento Mario Pugliese¹⁰ y por José Juan Ferreiro Lapatza¹¹. puede definirse al Derecho Financiero "como el conjunto de las normas que disciplinan la recaudación, la gestión y la erogación de los medios económicos necesarios para la vida de los entes públicos, para el desarrollo de sus actividades, y el estudio de las relaciones jurídicas entre los poderes del Estado, entre los ciudadanos y el Estado y entre los mismos ciudadanos, que derivan de la aplicación de esas normas".

En cuanto a los ingresos, el Derecho Financiero se ocupa de las normas jurídicas que regulan (1) los ingresos patrimoniales del Estado y (2) del crédito público y, sobre todo, dada su importancia relativa dentro de los ingresos de los Estados contemporáneos, (3) del régimen jurídico de los ingresos tributarios.

En cuanto a la erogación, el Derecho Financiero debe ocuparse, en primer lugar, de la ordenación jurídica del Presupuesto como previsión de ingresos y ordenación de gastos del Estado, pero discriminando entre lo básico y lo prioritario. El Derecho Presupuestario constituye así otra de las partes esenciales del Derecho Financiero.

Por último y quizá lo más importante o un complemento necesario, es indispensable regular jurídicamente la actividad administrativa del control y el destino del gasto público a través de la ejecución presupuestaria, que también forma parte del conjunto de normas que identifican al Derecho Financiero.

De ahí la validez de la definición de Derecho Financiero de Fernando Sainz de Bujanda¹². como "la discipli-

na que tiene por objeto el estudio sistemático de las normas jurídicas (momento esencial del quehacer financiero) que regulan los recursos económicos, que el Estado y los demás entes públicos pueden emplear para el cumplimiento de sus fines, así como el procedimiento jurídico de percepción de los ingresos y de la ordenación de los gastos y pagos que se destinan al cumplimiento de los servicios públicos".

LA POLÍTICA FISCAL

Las reflexiones anteriores traen a colación que, en el Ecuador de los permanentes déficits presupuestarios, no hemos trabajado a base de una "gestión" de eficiencia administrativa, disciplinada para "calificar", "defender" y "controlar" la producción de las rentas y el egreso de los gastos. No vemos en estos últimos veinte años a ecuatorianos legisladores, funcionarios públicos, magistrados judiciales o políticos en general, que en su conjunto se hayan preparado en el arte del manejo de las finanzas públicas, con una meta medianamente aceptable en el manejo hacendario de las rentas del Estado o de los gobiernos seccionales, con una mística de solidaridad para alcanzar la distribución de riqueza, y con una férrea disciplina de austeridad para lograr el desarrollo socio económico del país. Hemos llegado a límites intolerables de despilfarro, expresados en los déficits presupuestarios de todos los años, como se podrá apreciar de la lectura del cuadro anexo, de los presupuestos de 1970 al 2000, que deben llamar la atención para buscar soluciones o, por lo menos, freno al desenfreno irresponsable que hemos dado a nuestras rentas nacionales.

"La formulación y ejecución de la política fiscal" trae implícito el manejo del desarrollo del país a través de una política socio económica sustentable, que al final del día nos dé la tranquilidad de saber que dimos prioridad a la ejecución de proyectos básicos y prioritarios, necesarios para distribuir la riqueza, especialmente hacia los sectores marginados de la sociedad, que sólo asegurando su empleo se puede evitar su éxodo a las grandes ciudades, no sólo dentro del país, sino hacia el exterior, como lamentablemente sucede en estos días.

Mientras el Art. 244, numeral 9 de la Constitución exige "mantener una política fiscal disciplinada", en la práctica se privilegia el clientelismo político, sin presupuestar dentro del límite de los ingresos. Los Arts. 258, 259 y 260 siguientes, mandan, entre otras aspectos, que la política fiscal es de responsabilidad de la Función Ejecutiva, que no se podrán financiar gastos corrientes mediante endeudamiento público (igual mención trae el Art. 6 de la Ley de Presupuestos del sector público), que el Congreso no podrá incrementar egresos e ingresos. ¿Letra muerta?

A MANERA DE DIAGNÓSTICO

En el mencionado cuadro de los treinta años de presupuestos ejecutados desde 1970, se observa la ceguera política que en estos últimos veinte años de democracia ha favorecido el gasto administrativo y corriente, antes que la inversión productiva y la de infraestructura, como lo comprueba el ascenso de la peligrosa curva del gasto administrativo y corriente, que fluctúa entre el 67% hasta

llegar al 90% (pero que con el déficit presupuestario, superó el 100% en 1998 y 1999). Al contrario, la curva de la inversión de capital en infraestructura, fue de porcentajes irrisibles de entre el 10% y el 30%, al revés de lo que dicta el sentido común para salir del subdesarrollo. Aquí radica una de las causas más acuciantes que, en nuestro criterio, ha contribuido a la desestabilización y postración del desarrollo socio económico del Ecuador, con todas sus nefastas consecuencias, que es el tema práctico sobre el que versa este análisis.

El Profesor de Economía del Harvard Institute for International Development, Malcolm Gillis, nos insistía (a los estudiantes de América Latina) en la maestría de Finanzas Públicas (ITP-1979), que para salir del subdesarrollo nuestros países debían destinar de sus ingresos, por lo menos, el 70% para infraestructura de obras y servicios básicos y prioritarios (distribución de riqueza), el 20% para inversión productiva, sea en recursos naturales, en ahorro o en reservas estratégicas (para enfrentar los años de las vacas flacas, como la caída del precio del petróleo, de las exportaciones, fenómenos naturales, epidemias, guerras), y que cada proyecto no contenga más del 10% en gasto administrativo, a base de disciplina fiscal que permita sacar el mejor provecho de las rentas que obtiene el país. En esto consiste la "gestión" a que se refieren los autores nombrados anteriormente. Sobre este tema es que tenemos que trabajar todos los ecuatorianos, desde las aulas universitarias hasta el fin de nuestros días, para lograr que algún día tengamos "cultura hacendaria", que nos permita, ojalá salir del subdesarrollo mental y económico en que estamos sumidos.

Llama la atención, no solamente el despilfarro de las siempre escasas rentas para atender el clientelismo asfixiante del que ha hecho gala la irresponsabilidad de la demagogia política en el manejo de la cosa pública, sino también el descomunal ascenso del gasto en términos absolutos. Si el Presupuesto de 1970 fue de cinco mil millones (gasto administrativo 70%), el de 1975, con la nueva riqueza petrolera, fue de \$/. trece mil ochocientos millones (el gasto administrativo, paradójicamente subió al 77%); el de 1980, de la inauguración democrática, de cuarenta y cinco mil millones (gasto administrativo 72%); el de 1987, a pesar del terremoto y de la caída del precio del petróleo, de 308 mil millones (gasto administrativo 72%); el de 1991 de 1.423 millones (gasto administrativo 88%); el de 1994, fue de casi siete billones (gasto administrativo 58%); el de 1998, de 19 billones (gasto administrativo 77%). Hasta 1998, el Ministerio de Finanzas cuenta con cifras reales ejecutadas, las que siempre difieren de las proformas publicadas cada año en los Registros Oficiales.

En 1998 el 46% de los ingresos fue para pagar la deuda; el 40% para burocracia; el 25% para transferir a los municipios, sumado a esto el déficit presupuestario, el gasto administrativo y corriente, en la práctica, fue de alrededor del 125%. Sin el menor recato ni pudor, se anunciaba la catástrofe deficitaria en la que nos embarcamos desde 1979 y comenzó a explotar desde 1995, para vivir y sufrir en adelante, especialmente en 1999 y el 2000, años que serán de ingrata recordación para propios y extraños.

Si bien, en el cuadro de Evolución Presupuestaria, se hacen constar cifras hasta el año 2000, las de 1999, 26

billones y las del 2000, 65.7 billones¹³, son tomadas de las proformas oficiales, como simple referencia para observar que en términos absolutos y en números redondos, el Presupuesto del 2000 (65 billones) es TRECE MIL VECES MAS GRANDE que el de 1970 (5 mil millones); pero, paradójicamente, la mayoría de los ecuatorianos somos TRECE MIL VECES MÁS POBRES, en todos los sentidos de la palabra, porque nunca estuvimos peor que ahora, por obra y gracia de los autores intelectuales y materiales de paquetazos económicos, indisciplina fiscal, clientelismo y corrupción reinantes en estos últimos veinte años, en que sin excepción de partido político alguno, todos han ordeñado al Fisco a su gusto, chantaje y antojo y nos han dejado hecho flecos.

Los lineamientos y preocupaciones de este trabajo coinciden con lo que expresa Mario Vargas Llosa en su artículo "Pan y Libertad", El Comercio, 14 de noviembre de 1999, al comentar el libro "Desarrollo como Libertad" del profesor hindú Amartya Sen, Premio Nobel de Economía de 1998: "en la actualidad, con pocas excepciones, la recesión golpea de manera inmisericorde a unos, aumentan los índices de desempleo, crece la inflación, los capitales extranjeros que habían acudido comienzan a partir y la pobreza aumenta velozmente por doquier. Los nostálgicos del Estado fuerte y filantrópico, que acusan de estos desastres al cuco de moda —el neo-liberalismo—, y los que echan toda la culpa del problema a los ramalazos de la crisis asiática y a los desastres naturales de El Niño y los huracanes caribeños, deberían leer estas conferencias de Amartya Sen, para empezar a entender lo que pasó. Había democracia pero no justicia, y las reformas económicas en la mayoría de los casos, se hicieron para favorecer intereses particulares o para llenar las arcas públicas y permitir el enriquecimiento ilícito".

"El momentáneo aumento de la riqueza solo sirvió para que creciera con ella la corrupción, surgieran fantásticas fortunas mal habidas, y, con la pobreza de los más, aumentara el desencanto y el resentimiento de vastos sectores contra una democracia que aparecía tan inepta e inmortal como las dictaduras de antaño para satisfacer las expectativas de las mayorías (...) Los regímenes que garantizan la libertad y la legalidad, son los que mejor defienden a sus ciudadanos contra la penuria alimenticia. La democracia fue una mera fachada política, con elecciones, pero sin justicia, y las reformas económicas en la mayoría de los casos, se hicieron para favorecer intereses particulares —los miembros, asociados o financiadores de campaña del propio gobierno—, transfiriendo monopolios públicos al sector privado, con la complacencia y padrinazgo del FMI".

La verdad de Amartya Sen, que con razón motivó su premio Nobel, constituye la permanente evasión de la que han hecho gala la mayoría de los dirigentes políticos civiles y militares de turno que, sin un modelo de desarrollo socio económico sustentable, parece que se habrían empeñado en profundizar el subdesarrollo que agobia a nuestro país. Hoy parecemos deschavetados hablando de autonomías, federalismos, descentralización, parlamentos y otros disparates, en lugar de corregir a fondo los patéticos errores de que fuimos presa, por haber luchado contra la riqueza de la nación, que al mismo tiempo era el bienestar de su gente.

A quien se le hubiera ocurrido en tiempos de bonanza presupuestaria-petrolera hablar mal del centralismo, si el centralismo daba para todo y curaba toda clase de clientelismo, por aberrante que fuera. Es ahora, cuando el dinero del centralismo se agotó, por obra y gracia de 20 años de clientelismo, ineptitud e ineficiencia de auto gestión financiera de todas las provincias y cantones del Ecuador, que empezamos a dar golpes de ciego y a creer que la panacea es igual a autonomía o a dolarización, sin querer darnos cuenta de que el mal endémico y de fondo es el derroche y la pésima administración de nuestras escasas rentas de estos treinta años. Esto es lo que hay que corregir y lo demás vendrá por añadidura, hasta que nos libreemos de los duendes de la destrucción de la unidad que se llama país, mi país, su país, nuestro país, que tenemos que defenderlo y no hacerlo mil pedazos, para convertirlo en torre de babel disfrazada con peripatético corbatín de lazo o de clérigos lunáticos con discurso de barricada de ultranza de hace ochenta años.

¿Acaso que por hacernos autónomos le vamos a poner al gasto administrativo un tope del 10% de las rentas descentralizadas o nos va a caer del cielo una lluvia de rentas que antes no disponíamos? ¡Qué va! Seremos testigos de que el saqueo de las arcas públicas, provinciales, municipales o de excepción seguirán de mal en peor, porque la cultura populista de facilismo, de obstruccionismo, de veleidad, de histrionismo, de quemimportismo, de egoísmo, amén de corrupcionismo, estarán siempre presentes en la oferta de "cambio" que se usó y se usará como membrete de campaña política, pero que en la realidad sólo son asaltos de disfrazados "demócratas" para llevar el agua al molino de sus pasiones ideológicas, partidistas y muy personales, mientras la gran mayoría de la población seguiremos siendo la clase sánduche de esos perínclitos señores.

LAS CIFRAS PRESUPUESTARIAS

Luego de revisar el cuadro adjunto con las cifras de los Presupuestos de 1970 al 2000, se concluye que el Ecuador hizo y se empeña en hacer todo lo contrario a esta receta, pues privilegia irresponsablemente el gasto administrativo, frente al productivo y al de infraestructura. ¿Es que será un imposible que al menos tratemos de proponer un modelo de austeridad verdadero para que en pocos años nuestra meta sea minimizar el gasto administrativo y corriente, como sucedió en el período del Presidente Camilo Ponce?

Tiempos aquellos en que con la sobriedad del Estadista, con gran dosis de autoridad y un total sentido patriótico de ecuatorianos gobernantes, se hicieron sin aspaviento Y DEJANDO SUPERVAVIT PRESUPUESTARIO EN CAJA, obras que han perdurado en el tiempo y en espacio, tales como, los aeropuertos de Quito y Guayaquil, el puente de la Unidad Nacional, Puerto Nuevo, los palacios Presidencial, Legislativo y de Justicia, la Contraloría, tramos importantes de la Carretera Panamericana y tantas obras más, que fueron orgullo de un país pujante y austero. Todo eso, con exiguos presupuestos, inferiores a mil millones de sucres anuales, lo que permitía, entre otros parámetros macro económicos, mantener una moneda estable que, de 13 sucres por dólar en 1943, se duplicó a 25

sucres en 1970 y duró hasta 1980, cuando comenzó a dispararse, por obra y gracia de la indisciplina fiscal, orquestada en estos últimos veinte años.

Es una lástima anotar que el primer paquetazo económico del 2000 haya sido la dolarización de la economía del Ecuador, luego de lo cual ha seguido la escalada de precios nunca vista en estos últimos 20 años (Índice acumulado de inflación de enero-febrero 24%). Esperamos no se vuelva conculcar el sagrado derecho constitucional a la propiedad, vía confiscación del dinero de los ecuatorianos, a título gracioso de congelamiento, pero en beneficio de la irresponsabilidad e ineptitud gubernamental y de conocidos "banco-pillos", máximos representantes de la putrefacción nacional, mientras se siga privilegiando la indisciplina fiscal, como es el hecho de que el aumento de la tarifa del 2% del IVA sea para "mantener las asignaciones para los organismos seccionales", así como, "mantener los impuestos para reestructurar la deuda" (El Comercio, 27-10-99). ¿Y PARA INFRAESTRUCTURA, SEÑORES GOBERNANTES? Queda anotado que eso nunca fue la prioridad de estos 30 años.

Parecería que: (1) la infraestructura de García Moreno (carretera Panamericana Quito-Guayaquil), (2) la de Eloy Alfaro (ferrocarril Quito-Guayaquil), (3) la reforma fiscal integral de Isidro Ayora (Misión Kemmerer), (4) el saneamiento de la economía y estímulo a la producción de (4) Galo Plaza (Ecuador primer productor de banano del mundo desde 1950), o (5) la distribución de riqueza de Camilo Ponce (período de la más sostenida realización de infraestructura y disciplina fiscal), no son casos dignos de ejemplo histórico para quienes se meten al oficio de políticos.

LAS FINANZAS PÚBLICAS Y LA REFORMA FISCAL INTEGRAL

"Reform, Recovery and Growth, Latin America and the Middle East" ("Reforma, Recuperación y Crecimiento en América Latina y Oriente Medio") es el título del National Bureau of Economic Research de la Universidad de Chicago, Editado en 1995 por Rudiger Dornbusch y Sebastian Edwards, donde se describe, los estudios de casos ("case studies") en Turquía, Israel, Brasil, Bolivia, Argentina, Chile, México y Perú, relacionados con la crisis de la deuda de 1982 que causó serios trastornos en la economía de la mayoría de países en desarrollo. Estos casos demuestran el por qué, de algunos de estos países, tuvieron éxito en la reingeniería de su recuperación, mientras que otros (Ecuador, por supuesto) continúan postrados ya dos décadas. En esta obra se analizan (1) los requisitos para una política de estabilización que reduzca la inflación dentro de una cantidad de tiempo y costo razonables; (2) los efectos de reformas estructurales fiscales y el crecimiento económico en el corto y largo plazos; (3) la afectación de las políticas macroeconómicas de ajuste y estabilización en la redistribución de rentas y la pobreza; (4) la afectación de resultados de los diseños específicos de los esfuerzos de ajuste estructural. Confirman los autores de este libro que "la estabilidad macro económica tiene un efecto positivo en la redistribución de la renta y, por lo tanto, en los beneficios para las personas de bajos recursos".

El Ecuador requiere urgentemente de una reingeniería macro y micro económica como lo han hecho y lo están haciendo los países de la región. Si seguimos en la cola del subdesarrollo, los índices de pobreza, miseria y pauperización, seguirán desbaratando al país. Intimamente ligado al manejo de la hacienda pública o al arte de las finanzas públicas, como acabamos de ver, se presenta la urgencia de una Reforma Fiscal Integral, que brevemente abordaremos por estar íntimamente ligada al manejo de las finanzas públicas y, por ende, al Derecho Financiero.

Esta reforma, no es solamente el estudio referente a las finanzas públicas, o sea, poner disciplina en el gasto público y ordenar y simplificar la tributación, sino que va más allá. Su materia es multidisciplinaria y consiste en el reordenamiento global de la economía del Estado (y por ende, del sector privado), que procure buscar un desarrollo sustentable, sostenido y consistente del aparato productivo del país, mediante el crecimiento del producto interno bruto, que refleje, 1) el incremento de niveles constantes de infraestructura y de producción, 2) con el fin de mejorar paulatinamente el nivel de vida de sus habitantes, 3) a través de una justa distribución de riqueza entre todos los miembros de la sociedad.

Es decir, el compromiso continuo, persistente e incesante de los doce millones de ecuatorianos empeñados en: "dar a cada individuo un mismo punto de partida", que les permita explotar sus talentos de inteligencia, de recursos físicos, su tendencia al arte, a las letras, a los números, a la ciencia, a la tecnología y, en fin, darle la oportunidad para que desarrolle las cualidades con que ha nacido a la vida. A base de escrutar sus dones, cada persona tendrá la ocasión de "ganar el pan de cada día con el sudor de su frente" e incorporarse como miembro activo de la sociedad, donde se enfrente a retos y desafíos para escalar las posiciones que la vida le ofrezca, pero contando con ese "punto de partida" que necesariamente debe dar el Estado a la sociedad.

En esa virtud, la reforma fiscal integral involucra el análisis global de todas las disciplinas de la economía de Estado, comprometida con el desarrollo del país, dirigida hacia el bienestar social de sus habitantes y enfocada hacia las actividades productivas que constituyen la especialización propia de cada país, para determinar el grado de infraestructura de obras y servicios que las mismas requieren para su desarrollo eficiente.

Pero con la situación actual, sucede todo lo contrario. Vale señalar el estudio hecho en Cuenca por Ingrid Mogyro, al que se refiere El Comercio del 7 de octubre de 1999, "las familias ecuatorianas, como efecto de los impuestos escondidos: inflación y devaluación, están cada vez más limitadas a comprar alimentos de bajo costo, con menos proteínas y vitaminas, lo que afecta directamente a la salud de sus miembros y deviene en desestabilidad y desintegración de las familias, que ponen a trabajar a sus hijos en plena edad de aprendizaje, para que aporten al sustento de sus hogares. Moradas que se siguen destruyendo porque padre o madre han tenido que emigrar a lares extraños en busca de mejor suerte, dejando atrás un cuadro desolador y desgarrador".

Parecería como si de repente nos olvidamos del mandamiento más importante del convivir humano, el de la solidaridad: "amar al Señor y al prójimo como a ti

mismo" y nos convertimos en la sociedad donde "el hombre es lobo del hombre", (Alfonso Rumazo González hizo esta cita en uno de sus profundos artículos editoriales escritos desde Caracas y publicados por El Comercio).

De ahí que la reforma fiscal integral urge sea parte de la agenda permanente de trabajo de todo Gobierno, que debe analizar los correctivos de las principales políticas socio económicas, tales como, presupuestaria, tributaria, monetaria, cambiaria, financiera, energética, agropecuaria, industrial, comercial, turismo, ambiental, comunicaciones, del sector público central, seccional y de excepción, tendientes a dar las recetas y alternativas que permitan poner en orden el manejo macro y micro económico a corto, mediano y largo plazos. Evitando, de esta manera, la improvisación de cada Gobierno y los Ministros de turno, amén de la miopía y clientelismo de legisladores, judiciales y dirigentes políticos, que deberán seguir una pauta de comportamiento ceñida a las exigencias diseñadas por una reforma fiscal integral a largo plazo, aunque sea pedir peras al olmo.

Esta disquisición demandará la participación, como contrapartida nacional, del mejor capital humano e institucional del país. Al final del día, no sólo sabremos la orientación que se debe dar a cada sector productivo del país (agricultura, petróleo, pesca, industria, pequeña industria, agroindustria, turismo, comunicaciones, etc.), sino que sabremos seleccionar una tributación justa, en su calidad y tamaño, y aprenderemos a ser rigurosos en el gasto de las rentas que genera el país y cómo evitar su derroche. Entenderemos el rol y el tamaño del Estado, así como el aporte del sector privado. Dejaremos sentadas las bases de una política socio económica a largo plazo, sobre la que deberán trabajar en forma continua los gobiernos elegidos democráticamente.

Habrà claridad sobre la conveniencia de crear y mantener subsidios mínimos, en función de corregir deficiencias de sectores marginados, tendremos claras las metas para salir del subdesarrollo asfixiante. En fin, sabremos a qué atenernos frente a la profunda crisis económica, moral y de todo orden en que se debate nuestro país, que demanda sea superada en forma inmediata, para evitar caer en el mismo círculo vicioso de paquetazos económicos (cada vez más periódicos) con los que se ha maltratado a la democracia en estos veinte años, en los que se han profundizado los niveles de pobreza, hasta sentir niveles alarmantes de indigencia, como nunca antes los habíamos palpado. Malcolm Gillis, Profesor de Economía de la Universidad de Harvard, condecorador de primera mano de las falencias de nuestros sistemas fiscales, nos decía en 1979 a los siete alumnos latinoamericanos que estudiábamos Maestría en Finanzas Públicas (ITP), "que nuestros países nunca saldrían del subdesarrollo, por la enorme carga de gasto administrativo que soportan sus presupuestos, que han llegado a porcentajes inmanejables". Hasta ahora, sólo Chile ha sido capaz de corregir el desbarajuste fiscal que también le tocó vivir en un momento histórico. Y en estos diez años de retorno a la democracia, la sensatez de sus líderes políticos, sin importar su tinte político, les ha permitido a tres gobiernos seguidos mantener una férrea concertación, en el justo sentido patriótico de la palabra, para defender el curso ordenado de su economía y sus finanzas públicas.

QUÉ HICIMOS CON LAS RENTAS PETROLERAS?

Después de 27 años de exportación de petróleo crudo, cuya factura fue de 35 mil millones de dólares hasta 1999¹⁴, nos preguntamos atónitos, qué hicimos con tamaño suma, y cómo es posible que la deuda externa sea de 16 mil millones de dólares, al alza, mayor que el PIB anual que es de 10 mil millones de dólares, a la baja. La respuesta está en la voracidad de los Presupuestos Anuales del Estado, que incrementaron alegremente el gasto administrativo y corriente.

Una de las equivocaciones achacables al facilismo, fue preferir el endeudamiento para hacer obra, al tiempo que nuestras rentas propias las utilizábamos para el despilfarro administrativo, incrementando el gasto corriente por efecto del pago anual de una más abultada deuda. Sólo así se entiende que todos los años empecemos y terminemos cada ejercicio fiscal con déficit presupuestario y nuevo paquetazo económico para mantener las prebendas clientelistas. Cotejar que hace cuarenta años el Ecuador contaba con 18 alcaldes, uno por cada capital de provincia, frente al estrepitoso número de más 200, que exigen al Gobierno los recursos fiscales del presupuesto central, es la muestra de tamaño disparate que nos habla de la complicidad clientelista y partidista de ejecutivo y legislativo, que sin el menor empacho han creado cantón tras cantón (justo este momento, se acaba de crear el Cantón San Vicente en Manabí y en la agenda del Congreso se hallan en fila más peticiones de los salvadores del pueblo para crear más cantones, o sea, más despilfarro), con la consiguiente carga de alcaldes, vicealcaldes, concejales extravagantes, edificios, carros de lujo y su florida burocracia seccional (solamente recortada con criterio riguroso en el Municipio de Guayaquil), la que en muchos casos sólo ha servido para atracar las escasas rentas proveídas por el gobierno central, en emolumentos y contratos, a veces con empresas ficticias, cuyas obras no se han ejecutado, aunque para la misma obra se haya presupuestado y desembolsado 2, 3 y "n" veces, ya que simplemente fue el botín de los conspicuos salvadores de turno. Si quieren Alcaldías, allá ellos, pero que busquen su propia autogestión y nó la desvergüenza humillante de atracar los fondos de los ecuatorianos, que son los ingresos del presupuesto. Y como los del cantoncito no saben planificar obras ni servicios, ante el reclamo de sus paisanos, se rasgan las vestiduras contra el prefecto provincial, el alcalde de la capital y el gobierno central, porque los fondos que consiguieron solo alcanzaron para sus canongías, para "imprevistos" y para pagar los jugosos contratos colectivos de la nueva burocracia que se sacrifica por el pueblo. ¿La culpa es del centralismo o del clientelismo o de la fanfarría con que se maneja el Estado?

Constatar que en 1979 el número de diputados superaba los 40, para luego ir a 80 y por último, que en plena crisis fiscal, la Asamblea Constitucional 97/98 haya elevado el número a 121 (más los pipones lacerantes, choferes, secretarías, bedeles de turno y edificios para albergarlos) y los que sigan surgiendo por aumento poblacional, es otra muestra de la impudicia con que los ungidos de la patria, atendiendo sus intereses, pero a nombre de los pobres del país, hacen tabla rasa de cualquier elemental concepto del manejo severo que se merecen las finanzas públicas del Estado y la sociedad ecuatoriana.

Advertir que hasta 1979 operaba a tiempo completo la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa para todo el sector público, sin sindicatos ni contratos colectivos, que le cuestan una factura sustanciosa a las arcas fiscales, es otro ejemplo del derroche baladí, que no dió curso a la siembra de la riqueza petrolera, propuesta desde la OEA en 1973, por ese enorme ecuatoriano, el Presidente Galo Plaza Lasso.

Comprobar que en estos veinte años los índices de pobreza, desempleo, déficit de vivienda, abandono de las áreas agrícolas, amén de la inflación, devaluación monetaria, destroz de la poca infraestructura, son los peores que ha tenido nuestro país, remece la consciencia de quienes amamos y creemos en él. Azotado, además, por el látigo vergonzante de una putrefacta corrupción, cuyos tentáculos han llegado a todas las instituciones y esferas del convivir nacional, donde la Tremenda Corte ha declarado que la red Peñaranda fue virgen y mártir del clamor popular del 7 de febrero de 1997.

Confrontar las bravuconadas ideológicas y políticas que encienden el regionalismo negativo, a cuenta de tirar cada uno el agua a su molino de corrupción y violencia de alma y de espíritu, que es igual o peor que la corrupción moral que impera por los cuatro costados de los poderes del Estado, es sentir la antesala del juicio final que se anuncia con más altisonancia conforme pasan los días, mientras los políticos de turno no quieren concertar ni ceder posiciones, en beneficio de los más sencillos e importantes ideales del país.

EL CASO DE CHILE

Nos visitó el Presidente Frei. de Chile, en agosto de 1999 y nos contó que su programa económico de Gobierno propuesto en campaña electoral, se ha cumplido al pie de la letra durante su mandato; que su propuesta era desarrollo de Chile para la gente chilena, sin endeudamiento interno o externo; que este momento siente orgullo al decir que Chile es el único país de Latinoamérica que no tiene deuda, que su deuda es CERO; que, por ejemplo, en estos diez años de retorno a la democracia, el índice de pobreza del 45% se redujo en más de la mitad, al 21%; que la extrema pobreza pasó del 17% al 5%; que la inflación de cuatro dígitos ahora es de uno, pues del 27% en 1990 ahora es del 4.7%, la más baja de los últimos 60 años; que el presupuesto de salud fue duplicado; que más de 800.000 propietarios de vivienda fueron atendidos con subsidio estatal; que el gasto para educación se ha duplicado, al igual que los sueldos para el magisterio, pero a base de reforma educativa estructural profunda para los docentes; la pensión de los jubilados también se duplicó manteniendo su valor adquisitivo constante de 130 dólares mensuales; Chile duplicó su producción, su ingreso per cápita de 2.100 dólares es ahora 5.000; la exportaciones se duplicaron hacia 176 mercados diferentes; las inversiones de capital en obras y servicios de infraestructura se triplicaron, en el presente ejercicio económico se han invertido 5 mil millones de dólares; de esta inversión, a los municipios se le ha subido del 14% en 1990 al 37% al cerrar el siglo; la caja de pensiones que se transformó en fondos de pensión para los aportantes, mantiene su valor presente y cuenta con 30 mil millones de dólares de superavit para invertir en nuevos proyectos que le den

más rentabilidad al afiliado. Indudablemente, el Estado ha propiciado un mejor nivel de vida para los chilenos.

Añade el Presidente Frei, que la crisis de exportaciones de 1998, originada en Asia, hizo sufrir un remezón a la economía chilena. Pero que, para enfrentarla, su Gobierno decidió rebajar la carga impositiva y pidió a los empresarios, a cambio, que produzcan más, creando en 1999, 300.000 plazas nuevas de trabajo y en el 2000, 150.000 más, porque a mayor producción hay efecto multiplicador de la inversión y, por ende, mayor pago de impuestos e incremento de los ingresos fiscales y de la fuerza laboral.

La pregunta que nos hacemos es, ¿por qué la receta ecuatoriana es justamente la contraria? ¿O será que en Chile sí se conoce del arte en el manejo de las finanzas públicas? Y conste que Chile importa el 92% del petróleo que consume, mientras el Ecuador produce el 100% de lo que consume y cuenta con saldo exportable. La respuesta es sencilla: Chile no derrocha sus escasos recursos, sino que los administra con la diligencia de un buen padre de familia, tal como lo manda el Código Civil, atendiendo con austeridad y disciplina las necesidades básicas del país y dando prioridad al bienestar de su gente.

LA PENURIA ECUATORIANA

Es decir, 20 años después, tenía razón el Profesor Gillis: no sólo que no nos ha interesado salir del subdesarrollo, sino que hemos empeorado la situación, hasta sumirnos en la depresión económica más grande que hayamos atestiguado nuestras generaciones. Qué importa haber exportado en el siglo XX, caucho, café, cacao, banano, arroz, trigo, cebada, camarones, flores, petróleo, artesanías y toda clase de frutas y granos, entre otros, si al final del sendero no hemos tenido la gente que lidere el país para el país, y por el país, sino cada uno a favor de sus impenitentes intereses, de su ideología, de su partidismo, de su populismo, de su becerro de oro, de su tontería.

Impedir a un país subdesarrollado (o dicho con eufemismo, en vías de desarrollo) la infraestructura que requiere para desarrollarse y, más bien, luchar permanentemente contra la riqueza bien habida, como plataforma de campaña populista, ha sido el pecado original, capital y mortal, al mismo tiempo, del que han padecido los políticos contemporáneos que sin visión de país y sin conocimiento del manejo de la economía y del arte de las finanzas públicas, se han farreado nuestro país, tan lleno de riquezas, de clima, de biodiversidad y de la bienaventuranza de un pueblo magnífico, al que no se ha dado la oportunidad de un nivel adecuado de educación elemental para que trace su destino con conocimiento de causa, por obra y gracia de los agoreros de turno.

Los recursos politiqueros que han esgrimido candidatos de turno, "han sido la algarada de su preparación en el manejo serio de los temas de Estado", como lo expresa el excelso escritor lojano Angel Felicísimo Rojas. La demagogia inagotable (que cayó hasta en la bufonada de un Gobierno, en el derroche irresponsable del siguiente y en la ineptitud de confiscación y congelamiento del continuador) del facilismo de trabajar por los "intereses del pueblo" y en nombre del pueblo perpetrar sus soberbios, nefastos e inconfesables apetitos particulares y regiona-

les, les ha llevado a exigir, atropelladamente, al poder central, la creación interminable de cantones y el retaceo de provincias, con el exclusivo designio antipatriótico de mangonear de la teta del Estado, antes que promover la producción y la distribución de riqueza por medio de sólidas políticas económicas y de infraestructura, único medio de dotar al país de empleo permanente, ofertado por la fuente primigenia que es el Estado y complementado por la inversión privada, propia y extranjera.

Si el país hubiera puesto su empeño en estimular la producción (como lo hizo, por ejemplo, Don Clemente Yerovi Indaburo, Ministro de Economía del Presidente Galo Plaza (1948-1952) y tener consistencia en presupuestar la inversión de infraestructura en porcentajes del 70% anual, muy difícil habría sido caer en el abismo de la tonta y absurda situación que vivimos ahora, porque esa política macro económica de Estado nos hubiera: (a) impedido el torpe endeudamiento agresivo y los inexplicables déficits presupuestarios, (b) la inflación humillante, (c) las constantes devaluaciones del sucre y la pérdida del poder adquisitivo, (d) las detonantes tasas de interés propias del chulco que asfixia las actividades productivas; pero, nos hubiera (1) dado infraestructura y empleo a todas las regiones marginadas del país, (2) frenando la migración del campo a las ciudades, especialmente a los dos peligrosos polos de atracción, Quito y Guayaquil, y, lo que es más importante, (3) no se habría estropeado la imagen internacional del país, y (4) se habría proyectado un Estado de confianza en propios y extraños, entre otros.

De ahí, los datos estadísticos que anota el director de esta revista, Fabián Corral, (El Comercio, 19-11-99): el 22% de la burocracia del Estado está en Quito y el 18% en Guayaquil; el 86% de los trabajos empresariales privados se reparten entre las dos ciudades; el 87.8% de la producción empresarial del país, nuevamente, proviene de los dos polos de desarrollo; y, por ende, el 92% de la recaudación tributaria también proviene de ellas. Cuatro décadas de irreflexión, de incultura, de miopía e ineptitud política, que ha producido la inopia del pueblo ecuatoriano, tan emotivo para ir a las urnas en pos de los histrionicos adoradores del becerro de oro.

Este elocuente dato estadístico demuestra las equivocaciones y el despiste raro y curioso con que en los años siguientes se manejaron las políticas socio económicas de nuestro país que se merecía mejor suerte, es decir, menos improvisadores en el manejo de la cosa pública. De ahí se desprende por qué cuarenta años atrás, humildemente había en el presupuesto entre el 60 y el 75% para infraestructura (distribución de riqueza) y nadie se moría de hambre.

LO QUE SE DEBIÓ HABER HECHO

Si hubiéramos destinado el 70% de nuestros presupuestos a la infraestructura, habríamos realizado distribución de riqueza, al dotar de agua, luz, alcantarillado, caminos, salubridad, salud, educación y vivienda en todos los confines de nuestra geografía, especialmente en los sectores marginados de la sociedad, que hoy se debaten en una indignancia nunca antes vista, relegados a la ignominia de la ignorancia, del hambre y del desempleo. Súmese a esto los compatriotas exiliados de Baños, Lloa y

sus alrededores que se debaten en la hambruna más pavorosa que jamás hayamos visto.

Si hubiéramos destinado el 70% de nuestras escasas rentas a la infraestructura, habríamos combatido la desocupación, el desempleo, el subempleo, la pobreza, la indigencia, porque después de dotar de infraestructura a todas las regiones del país, habríamos podido invertir en proyectos socio económicos, en lugares con infraestructura apta para dar cabida a los mismos, sin dejar que los capitales se concentren en las grandes ciudades, donde el aislamiento dispara cada vez más la delincuencia cargada de violencia, que ha hecho de Quito y Guayaquil ciudades con altos índices internacional de criminalidad.

Si eso hubiéramos hecho, la debacle del sector financiero no habría existido, porque la disciplina en el gasto nos hubiera enseñado a ser francos, a ser solidarios y previsivos, a ahorrar, a ser sobrios y austeros, a no creer que el petróleo era el "paganini" de todos los subsidios habidos y por haber, como ha sido el caso de tanto instituto que creó la dictadura pipona y la democracia abusiva de las rentas petroleras, que creyeron que el dinero alcanzaba para todo y que por eso tenían que ahogar a propios y extraños, a costa de engordar al Estado.

Si eso no hubiera pasado, habríamos tenido ahora con qué pagar las cuentas, bajo signos de austeridad, de honradez, de decencia, de sacrificio diario de ecuatorianos emprendedores y no del facilismo de la corrupción, del narcotráfico y de la dádiva y del perdón humillantes a los que estamos llegando, porque la deuda es un peso que nos aflige ahora y que relega y aleja nuestro bienestar y el desarrollo de las próximas generaciones.

Si ese no habría sido el pan de cada día, habríamos combatido el centralismo perverso del Estado petrolero, glotón y patriarcal, y habríamos repelido el latigazo del regionalismo encendido por la decisión a ultranza del feriado bancario y la congelación de las cuentas de nuestros ahorros duramente ganados, para salvar a ciertos banqueros inescrupulosos y antipatrias, que en su gran mayoría gozan de mejor vida, bañados por el sol del Caribe y los jugosos negocios emprendidos con plata mal habida, robada en el altar mayor a incautos ecuatorianos. No en vano fueron la "caja chica" de tantas y tantas campañas proselitistas.

SISTEMA TRIBUTARIO JUSTO

Según teoría y filosofía de la creación de impuestos, su único fin es la distribución de la riqueza mediante la inversión en obras y servicios de infraestructura, que es lo que nos corresponde como país subdesarrollado. Infelizmente, nuestros presupuestos no han sido de cordura ni de infraestructura, sino de dilapidación y de clientelismo constantes.

Musgrave, en la obra citada, manifiesta que "entre los diferentes sistemas fiscales, la redistribución se ve instrumentada de modo más directo a través de: 1) Un esquema de impuesto-transferencia que combina la imposición progresiva de la renta de aquellas familias que posean ingresos superiores, con una subvención a las familias de menor renta. De manera alternativa, la redistribución puede verse aplicada mediante: 2) Impuestos progresivos sobre la renta utilizados para la financiación de los servicios

públicos, especialmente de las viviendas sociales que, de modo particular, benefician a las familias de bajos ingresos. Finalmente, la redistribución puede conseguirse por: 3) Una combinación de impuestos sobre los bienes adquiridos en su mayor parte por los consumidores de altos ingresos, junto con una serie de subvenciones a otros productos que son utilizados principalmente por consumidores de renta baja".

La distribución por vía del mecanismo del impuesto a la renta y transacciones mercantiles (IVA), tiene la ventaja de que no se interfiere con las elecciones individuales de consumo o producción. Este es el sentido y filosofía del impuesto: el valor recaudado tiene que ser invertido en obras y servicios de infraestructura que beneficien a los sectores marginados y a las personas de bajos ingresos. Por supuesto que cuando el Congreso aprobó a fines de 1998 el famoso impuesto del 1% a la circulación de capitales, ninguna de estas consideraciones estuvo presente, lo que demuestra la total falta de preparación de los señores diputados en materia Fiscal.

Quizá con esta reflexión quede la inquietud en quienes han tenido la bondad de leer este trabajo, respecto de la importancia de estas materias para la vida escolar y, luego, para la vida profesional, ciudadana y política con que cada uno tenemos que aportar para el Estado.

¿Qué es un sistema tributario justo? Creería que un sistema justo es el "traje a la medida" que demandan las necesidades de la sociedad en que vivimos. Si por un lado el Estado goza de rentas patrimoniales, como es el caso del petróleo y sus derivados, los impuestos deberían ser complementarios y así obtener los ingresos con los que el Estado pueda satisfacer las demandas de infraestructura para la distribución de riqueza y para el desarrollo socio económico del país.

En ese sentido, y tomando en cuenta la simplificación y la eficiencia de la Administración Tributaria, así como la sencillez de entendimiento que beneficie a los contribuyentes, el sistema tributario debería tener un mínimo de impuestos básicos, elásticos y productivos: (a) impuesto a la renta, (b) IVA, (c) aranceles mínimos de importación, con tendencia a su desaparición, como lo demandan los sistemas de libre comercio y como medio idóneo para extirpar la corrupción en las aduanas y (d) impuesto a la propiedad, a los que se podrían sumar (e) los impuestos a la producción en gran escala, tales como, gasolinas, cervezas, bebidas, aguas, cigarrillos.

En materia de tasas, todos debemos pagar por la utilización de la propiedad y los servicios públicos, como son, luz, agua, teléfono, alcantarillado, salud, educación, caminos, puentes, aseo. Pero nada debe ser gratis, porque va en detrimento de los desposeídos o de los marginados, que debieran ser los beneficiarios de la recaudación tributaria, a través de la dotación de obras y servicios de infraestructura básica y prioritaria. Los subsidios y subvenciones generales, significan dejar de recibir un valor justo por el servicio brindado, es decir, que hay menor ingreso para el Estado y mayor gasto en la columna del egreso, lo que es un doble perjuicio para el Fisco. Por otro lado, la cultura del facilismo beneficia más al que más consume, porque tiene más recursos, por lo que se producen distorsiones en el manejo eficiente de los recursos del Fisco, en perjuicio del que menos tiene, así como en per-

juicio de obtener mayores recursos para atender al desposeído.

Ese es el problema que afronta el Ecuador: estamos atiborrados de impuestos ineficientes, antitécnicos y poco productivos. Pero, al mismo tiempo, sufrimos de gastos dispendiosos, y los eternos convidados a succionar a la vaca lechera del Estado, nos quieren poner más impuestos para no perder sus beneficios y tapar nuevamente el déficit del presupuesto anual, creado por su codicia y su ineptitud manifiestas. Entonces, el sistema impositivo que vivimos en la práctica en el Ecuador dista mucho de ser justo.

NOTAS

1. Javier Sáinz Moreno, Elementos de Derecho Financiero, Tomo I, Parte General, Madrid, 1982.
2. Teoría de la Hacienda Pública, Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1981.
3. R.O. Suplemento N° 958, 23 de diciembre de 1975.
4. R.O. Suplemento N° 76.
5. McGraw Hill, New York, 1989
6. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
7. Poder Tributario y Estado Contemporáneo, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
8. Derechos del Hombre”, The Easton Press, Norwalk, Connecticut, 1979
9. Istituzioni di Diritto Tributario, Milán, 1960.
10. Instituciones de Derecho Financiero, México, 1939.
11. Curso de Derecho Financiero Español, Madrid, 1983.
12. Hacienda y Derecho, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1975.
13. R.O. Edición Especial N° 2, del 19 de enero del 2000
14. Visión Histórica Petrolera Ecuatoriana, Síntesis 1972-1999, Dr. Luis Aráuz

Seguramente Eduardo Riofrío Villagómez fue el gran pensador del Derecho fiscal ecuatoriano. La biblioteca de la Escuela de Derecho de Harvard, entre muchos otros centros universitarios del mundo, cuenta con la obra completa de tan destacado jurisconsulto, catedrático (Universidad Católica, Quito) y auto, que fue hombre de consulta en Iberoamérica. Debemos continuar su obra hacendaria, para integrar en ella al Derecho Tributario y al Derecho Presupuestario, como un conjunto y una unidad del pensum de estudios y, más que nada, lleno del contenido pragmático que requiere el joven universitario, para entender monolíticamente el por qué del arte de las finanzas públicas reflejadas a través del Derecho Financiero.

EVOLUCIÓN PRESUPUESTARIA DEL ECUADOR
Gasto Administrativo y Corriente vs. Infraestructura
Período 1970 - 2000*

Año	Presupuesto	Adm.- Corriente	% Gasto Corriente	Infraestructura	% Infraestructura
1970	5,140.5	3,611.8	70.3%	1,528.7	29.7%
1971	6,012.6	3,961.8	65.9%	2,050.8	34.1%
1972	6,406.8	4,787.9	74.7%	1,618.9	25.3%
1973	8,570.4	5,794.2	67.6%	2,776.2	32.4%
1974	12,582.4	8,796.8	69.9%	3,785.6	30.1%
1975	13,849.5	10,671.3	77.1%	3,178.2	22.9%
1976	18,836.4	13,331.8	70.8%	5,504.6	29.2%
1977	23,183.9	17,962.3	77.5%	5,221.6	22.5%
1978	23,801.7	16,069.7	67.5%	7,732.0	32.5%
1979	26,961.7	20,678.6	76.7%	6,283.1	23.3%
1980	45,523.5	32,961.5	72.4%	12,562.0	27.6%
1981	60,217.2	44,648.2	74.1%	15,569.0	25.9%
1982	72,134.0	52,152.9	72.3%	19,981.1	27.7%
1983	80,733.5	61,874.1	76.6%	18,859.4	23.4%
1984	116,964.0	88,097.3	75.3%	28,866.7	24.7%
1985	179,326.0	133,303.0	74.3%	46,023.0	25.7%
1986	237,611.0	180,828.0	76.1%	56,783.0	23.9%
1987	308,009.0	221,080.0	71.8%	86,929.0	28.2%
1988	475,608.0	344,252.0	72.4%	131,356.0	27.6%
1989	868,597.1	648,614.1	74.7%	219,983.0	25.3%
1990	1,411,109.0	1,017,946.0	72.1%	393,163.0	27.9%
1991	1,423,850.9	1,258,535.3	88.4%	165,315.6	11.6%
1992	2,654,622.0	2,317,430.5	87.3%	337,191.5	12.7%
1993	3,456,122.8	2,719,708.3	78.7%	736,414.5	21.3%
1994	6,913,416.0	4,032,400.6	58.3%	2,881,015.4	41.7%
1995	8,593,980.8	6,500,749.8	75.6%	2,093,231.0	24.4%
1996	10,254,989.0	7,951,429.7	77.5%	2,303,559.3	22.5%
1997	13,537,478.9	10,461,527.4	77.3%	3,075,951.5	22.7%
1998	19,627,784.7	15,067,184.5	76.8%	4,560,600.2	23.2%
1999	13,316,331.7**	11,749,467.8	88.2%	1,566,863.9	11.8%
2000	65,774,667.8***	54,013,367.8	82.2%	11,761,300.0	17.9%

* Fuente: Ministerio de Finanzas. Elaboración del autor.

** Esta cifra es del presupuesto ejecutado hasta agosto/99.

*** Esta cifra corresponde a la proforma del presupuesto aprobada por el Congreso (R.O. Edición Especial N°. 2 del 19 de enero/2000), con 6 billones de sucres de déficit, con lo cual asumimos que la infraestructura no llegará al 10% en el presupuesto ejecutado 2000. Distribución Ideal del Presupuesto:

Inversión Infraestructura 70%
 Inversión Productiva 20%
 Gasto Administrativo 10%

La telaraña legal

(Primera parte)

Luis Hidalgo López

Es impresionante el fenómeno de los últimos veinte años de régimen democrático: se ha dictado más normativa principal y secundaria (58.256) que la dictada en ciento cuarenta y nueve años de vida republicana (39.271).

1.- EL LABERINTO LEGAL

Conceptualización

Tomamos prestado el calificativo de "Telaraña Legal" del insigne escritor peruano Don Mario Vargas Llosa, contenido y conceptualizado en el Prólogo de la Obra "El Otro Sendero" de Don Hernando de Soto, con estas frases:

"Se dice que el número de leyes, dispositivos con fuerza legal -decretos, resoluciones ministeriales, reglamentos, etc.- supera en el Perú el medio millón. Es un cálculo aproximado porque, en verdad, no hay manera de conocer la cifra exacta: se trata de un dédalo jurídico en el que el investigador cauteloso fatalmente se extravía. Esta cancerosa proliferación legalística parece la afloración subconsciente de la anomalía ética que está en la raíz de la manera como se genera el Derecho en el país (en función de intereses particulares en vez del interés general). Una consecuencia lógica de semejante abundancia es que cada disposición legal tenga, o poco menos, otra que la enmiende, atenúe o reniegue. Lo que, en otras palabras, significa que quien está inmerso en semejante piélago de contradicciones jurídicas vive transgrediendo la ley, o -algo acaso más desmoralizador- que, en una estructura de este semblante, cualquier abuso o transgresión puede encontrar un vericuetto legal que lo redima y justifique."

La normativa constituye una expresión del derecho, ésto es una ordenación recta, un orden jurídico que unifica lo múltiple, manifestado en un conjunto de normas coherentes de la conducta humana tendiente a procurar la realización de la justicia y, en su accionar, de la paz institucional y social.

Al incluir en la normativa a la Constitución Política que procura servir a la justicia a través de la idea de libertad esencial y, además, proviene de la soberanía del pueblo, nos encontramos definiendo lo que es un "Estado de Derecho".

La normativa legal, en el fondo, no es otra cosa que la regulación jurídica de la conducta de la sociedad de la nación a la cual va dirigida. En cuanto regula la conducta, traza hipótesis de comportamiento humano frente a situaciones explícitas, hipótesis en las cuales se determina el

derecho individual de una parte y el deber de respetarlo de otra parte. De lo que se sigue que la normativa al instituir derechos crea simultáneamente deberes de respetarlos.

Por lógica simple, no puede existir un derecho sin el deber correlativo. La doctrina ha creado una figura patética para representar el fenómeno: derecho y deber son como las dos cara de una moneda. La moneda de una sola cara no es una moneda.

Al aplicar a la normativa, para efectos de clasificación general, el principio de la Pirámide de Kelsen, en el sentido de que la Constitución está en el vértice, inmediatamente abajo las leyes y, en camino hacia la base, las demás normas que nuestros "legisladores" ostentan atribución legal y competencia para dictarlas, podemos hacer una división doctrinaria contenida, en tres segmentos: Constitución, Legislación Principal conformada por las leyes, y Legislación Secundaria compuesta por el resto de la normativa.

La regulación de las atribuciones del poder público y su organización estructural y funcional, la institución del matrimonio, el domicilio, los actos mercantiles, la inversión extranjera, las infracciones penales, las regulaciones sanitarias, las condiciones de prestación de servicios públicos privatizados, etc. -para citar muy pocas materias- constantes en los contenidos pragmáticos de la Constitución de la República, de las leyes, de los reglamentos a las leyes y de la enorme cantidad de normativa de los órganos de la Función Ejecutiva, debe ser consistentes en las unas con las otras, en forma tal que la regulación de la conducta humana que les atañe prescriba los mismos principios en todas ellas, sin distorsiones, sin matices diferenciales, sin contradicciones; sin importar el órgano legislador o la fecha en el tiempo de su expedición. En eso consiste la esencia del orden jurídico que unifica lo múltiple.

Desaparecida, o cuestionada la esencia de orden que unifica lo múltiple, la normativa pierde o flaquea su concepto esencial de constituir una expresión del derecho, y, por tanto, menoscaba su idoneidad de producir un orden normativo tendiente a realizar la justicia, debilita la obtención de la paz institucional, social e individual, y finalmente, produce el quebranto del contenido de un "Estado de Derecho", característica fundamental de los gobiernos democráticos.

La falta de la esencia del orden y la incorrecta regulación derecho-deber no solo que debilita la obtención de la paz institucional y social sino que, a causa de las interpretaciones subjetivas de una normativa carente de orden, poco clara y contradictoria, propende de manera inexorable en una fenomenología de conflictos de orden político, posibilita y auspicia el desarrollo de la corrupción institucionalizada, e instituye un ordenamiento de conflicto entre la concentración y acumulación del poder gobernante y las formas o procedimiento de participación y representación tendientes a la desconcentración, distribución y descentralización del poder gobernado.

Dicha matriz conflictiva en el Estado e instituciones democráticas se recarga con las tensiones de ambas dinámicas concentradoras y desconcentradoras del poder, que operan tanto al interior del mismo Estado como en la misma sociedad civil; y repercute en una más formal que real separación de poderes del Estado y por consiguiente en una pugna estructural entre ellos, por la cual tienden a sobreponerse o supeditarse en conflictos de interés, de fuerzas y competencias. Así, el doble flujo de conflictividades se desplazan del Estado hacia la sociedad y de ésta hacia aquél².

LOS LEGISLADORES EN EL PAÍS

Intencionalmente quebrantamos el concepto etimológico de legislador -que legisla, que implanta leyes- para darlo uno de mayor alcance que abarque a la normativa proveniente de toda autoridad pública que ostente atribución legal de expedir normas de carácter generalmente obligatorio, creadoras de derecho, que, de una u otra forma, establece derechos y consiguientes obligaciones institucionales y sociales, de cumplimiento forzoso -el derecho y el deber- de los involucrados individuales en las hipótesis y casuística de la normativa.

El Congreso Nacional

De acuerdo con la Constitución Política corresponde legislar al Congreso Nacional, esto es expedir, modificar, reformar, derogar e interpretar leyes³.

El Presidente de la República

La Constitución otorga al Presidente de la República la facultad reglamentaria de las leyes, no encontrándose facultado para contravenir o alterar la ley que reglamenta⁴.

El Presidente de la República, como titular de un órgano del poder público -la Función Ejecutiva-, ejerce las facultades normativas mediante decretos ejecutivos, fincado en todas las atribuciones expresas consignadas en la Constitución y demás leyes, y, además, apuntalado en "las facultades potenciales y los derechos implícitos" que se derivan de su atribución constitucional de "cumplir y hacer cumplir la Constitución, leyes, tratados y convenios internacionales"⁵.

Los ministros de Estado

La facultad normativa de los Ministros de Estado se encuentra expresada mediante actos administrativos denominados Acuerdos Ministeriales, cuando uno sólo de ellos la ejerce, y Acuerdos Interministeriales, cuando el acto lo expiden varios ministros, como es del caso de los Acuerdos generados por parte de los Frentes de Acción de Seguridad Nacional⁶.

Los organismos de control

La Constitución Política ha creado siete Organismos de Control, a saber: la Contraloría General del Estado⁷, la Procuraduría General del Estado⁸, el Ministerio Público⁹, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción¹⁰, la Superintendencia de Bancos, la Superintendencia de Compañías, la Superintendencia de Telecomunicaciones y las Superintendencias de Terminales Petroleros¹¹.

La Junta Monetaria y el Banco Central

Los Arts. 77 y 89 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado acreditaban a la Junta Monetaria la atribución de expedir normativa de carácter general a través de regulaciones, dentro del ámbito de su competencia, las cuales, por su carácter general, tienen fuerza obligatoria en el país. El Art. 263 de la Constitución Política sustituyó a la Junta Monetaria por el Directorio del Banco Central, otorgándole igual atribución. Esta normativa se enmarca, por tanto, dentro del segmento de legislación secundaria.

Los consejos superiores o nacionales

Manoseando el laberinto legal ha sido posible identificar a los siguientes:

1. En el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ha sido creado el Consejo Superior del IESS¹².
2. Dentro del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, ha sido creado el Consejo Superior de Desarrollo Agrario¹³.
3. Con el fin de definir la política cafetalera se ha creado el Consejo Superior Cafetalero¹⁴.
4. En la Dirección de Aviación Civil, ha sido creado el Consejo Nacional de Aviación Civil¹⁵.
5. En la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral, ha sido creado el Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos¹⁶.
6. En la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres, y adscrita al Ministerio de Gobierno, ha sido creado el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres¹⁷.
7. Para el ejercicio de las funciones que la Ley de Aguas otorga al Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos, ha sido creado el Consejo Nacional de Recursos Hídricos¹⁸.
8. Como organismo asesor del Ministerio de Agricultura y Ganadería, ha sido creado el Consejo Nacional de Semillas¹⁹.
9. Como Organismo del Ministerio de Salud Pública, ha sido creado el Consejo Nacional de Salud²⁰.
10. Adscrito al Ministerio de Industrias ha sido creado el Consejo Nacional de Fijación de Precios de Medicamentos de Uso Humano²¹.
11. Con el fin de dictar las políticas generales para la operación y supervisión de las zonas francas, ha sido creado el Consejo Nacional de Zonas Francas²².
12. Para orientar, coordinar y armonizar la acción de los principios pedagógicos y científicos de las Universidades y Escuelas Politécnicas, ha sido creado el Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas²³.
13. Para la adopción de políticas y coordinación del Programa Nacional de Alfabetización, ha sido creado el Consejo Nacional de Alfabetización²⁴.
14. Para la conservación, organización, protección y administración del Patrimonio Documental, ha sido creado el Consejo Nacional de Archivos²⁵.

15. Como organismo permanente de asesoramiento y consulta del Ministro de Educación, ha sido creado el Consejo Nacional de Educación²⁶.
16. Como organismo técnico consultivo del Ministro de Trabajo y Recursos Humanos, ha sido creado el Consejo Nacional de Salarios, CONADES²⁷.
17. Dentro del Instituto Nacional de Estadística, INEC, y para supervisarlos, ha sido creado el Consejo Nacional de Estadística y Censos²⁸.
18. Adscrito al Ministerio de Educación, ha sido creado el Consejo Nacional de Deportes²⁹.
19. Para expedir los reglamentos administrativos o técnicos en los ámbitos de televisión y radiocomunicación, ha sido creado el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión CONARTEL³⁰.
20. Para recomendar sobre la formulación de la política de seguridad nacional, ha sido creado el Consejo de Seguridad Nacional³¹.
21. Para la determinación de la política penitenciaria, ha sido creado el Consejo Nacional de Rehabilitación Social³².
22. Para la investigación, coordinación y planificación y fomento de la actividad cooperativa en el país, ha sido creado el Consejo Cooperativo Nacional³³.
23. Para el control, la coordinación y la protección de los derechos del menor, ha sido creado el Consejo Nacional de Menores³⁴.
24. Para la regulación de los Hogares de Protección Social, ha sido creado el Consejo Consultivo Nacional de Protección Social³⁵.
25. Para realizar el estudio, definición y planeamiento de políticas en aspectos relacionados con la población, ha sido creado el Consejo Nacional de Población³⁶.
26. Para promover la coordinación nacional de las actividades relacionadas con el trópico sudamericano, ha sido creado el Comité de Coordinación Nacional del Programa Cooperativo para el Desarrollo del Trópico Sudamericano³⁷.
27. Para dirigir, coordinar y supervisar los procedimientos de modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada, ha sido creado el Consejo Nacional de Modernización del Estado, CONAM³⁸.
28. Para coordinar la ejecución del Programa Nacional de Empleo, ha sido creado el Consejo Nacional de Empleo³⁹.
29. Para ejercer a nombre del Estado las funciones de administración y regulación de los servicios de telecomunicaciones, ha sido creado el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, CONATEL⁴⁰.
30. Para regular el sector eléctrico, ha sido creado el Consejo Nacional de Electrificación, CONELEC⁴¹.
31. Finalmente, creado con el nombre de Consejo Nacional de Desarrollo, CONADE⁴², presidido por el Vicepresidente de la República, aparece como el órgano de planificación que asumió las funciones de la extinguida Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica. La vigente Constitución lo ha extinguido.

Es probable que uno o más de estos Consejos Superiores o Nacionales, si bien se encuentran formalmente vigentes, no se hallen en funcionamiento real debido a criterios de afectación de eventuales derogatorias tácitas:

Las empresas estatales

Dentro del laberinto legal han podido ser identificadas las siguientes empresas estatales:

1. Empresa Nacional de Leche, en Quito⁴³.
2. Fábrica de Abonos del Estado⁴⁴.
3. Empresa Nacional de Ferrocarriles del Estado⁴⁵.
4. Empresa de Suministros del Estado⁴⁶.
5. Empresa Pesquera Nacional, EPNA⁴⁷.
6. Servicio Nacional de Almacén de Libros⁴⁸.
7. Astilleros Navales Ecuatorianos, ASTINAVE⁴⁹.
8. Instituto Ecuatoriano de Electrificación, INECEL⁵⁰.
9. Banco Nacional de Fomento⁵¹.
10. Empresa Nacional del Semen, ENDES⁵².
11. Empresa Nacional de Talleres Industriales Demostrativos, ENTID⁵³.
12. Banco Ecuatoriano de la Vivienda⁵⁴.
13. Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, IECE⁵⁵.
14. Transportes Navieros Ecuatorianos, TRANSSNAVE⁵⁶.
15. Empresa Nacional de Almacenamiento y Comercialización de Productos Agropecuarios y Agroindustriales, ENAC⁵⁷.
16. Empresa Nacional de Productos Vitales, ENPROVIT⁵⁸.
17. Corporación Financiera Nacional⁵⁹.
18. Flota Petrolera Ecuatoriana, FLOPEC⁶⁰.
19. Empresa Nacional de Correos⁶¹.
20. Corporación Nacional de Apoyo a las Unidades Populares Económicas, CONAUPE⁶².
21. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR⁶³.
22. Empresa Estatal de Telecomunicaciones, EMETEL, convertida en sociedades anónimas denominadas ANDINATEL y PACIFICTEL⁶⁴.
23. Empresa Estatal de Aviación Transportes Aéreos Militares Ecuatorianos, TAME⁶⁵.
24. Fondo de Inversión Social de Emergencia, FISE⁶⁶.
25. Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, ECAPAG⁶⁷.

El régimen seccional autónomo

Integran el Régimen Seccional Autónomo los Consejos Provinciales y los Municipios. Su facultad legislativa, de cumplimiento obligatorio en la circunscripción territorial provincial o cantonal, respectivamente, se manifiesta por ordenanzas⁶⁸.

Otras entidades u organismos públicos

Entre muchas otras instituciones, han sido identificadas las siguientes:

1. La Superintendencia de Telecomunicaciones⁶⁹.
2. Instituto para el Ecodesarrollo Regional Amazónico⁷⁰.
3. El Instituto Geográfico Militar⁷¹.
4. El Centro de Levantamientos Integrados de Recursos Naturales por Sensores Remotos, CLIRSEN⁷².
5. El Instituto Oceanográfico de la Armada, INOCAR⁷³.
6. El Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, ISSFA⁷⁴.
7. El Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional, ISSPOL⁷⁵.
8. La Corporación de Desarrollo e Investigación Geológica - Minero - Metalúrgica⁷⁶.
9. Las Autoridades Portuarias⁷⁷.
10. El Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias, INIAP⁷⁸.

11. El Instituto Ecuatoriano Forestal y de Areas Naturales y Vida Silvestre, INEFAN.⁷⁹
12. El Instituto Nacional de Colonización de la Región Amazónica Ecuatoriana, INCRAE.⁸⁰
13. El Centro de Reconversión Económica del Azuay, Cañar y Morona Santiago, CREA.⁸¹
14. El Centro de Rehabilitación de Manabí, CRM.⁸²
15. La Comisión de Estudios para el Desarrollo de la Cuenca del Río Guayas, CEDEGE.⁸³
16. El Programa Nacional para el Desarrollo del Sur del Ecuador, PREDESUR.⁸⁴
17. La Corporación Ecuatoriana de Turismo, CETUR.⁸⁵
18. El Instituto Nacional de Patrimonio Cultural.⁸⁶
19. El Instituto Nacional de Nutrición.⁸⁷
20. El Instituto Nacional de Energía, INE.⁸⁸
21. El Instituto Nacional de Meteorología e Hidrología, INAMHI.⁸⁹
22. El Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez".⁹⁰
23. El Instituto Ecuatoriano de Normalización, INEN.⁹¹
24. El Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias, IEOS.⁹²
25. La Junta Nacional de la Vivienda.⁹³
26. La Comisión de Tránsito del Guayas.⁹⁴
27. El Centro de Salud Pecuaria.⁹⁵

Habría que agregar a la lista los organismos públicos que desempeñan funciones de administradores de fondos de inversión provinciales o regionales, institucionalizados por las Leyes de Creación de Fondos Especiales; aquellos con funciones de desarrollo regional, provincial o local, con financiamiento específico; y las sociedades anónimas con capital social suscrito y pagado en su totalidad por socios correspondientes a entidades u organismos del sector público, como es el caso de las Empresas Eléctricas.

EXPEDICIÓN DE LA NORMATIVA, REFORMAS, DEROGATORIAS

La expedición de la normativa conlleva, siempre, un acto de voluntad de los legisladores -individualizados en el Capítulo anterior- que ostentan atribución constitucional o legal para expedir el acto normativo.

La evolución de los conceptos sociales, el respeto a los derechos humanos, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la irrupción de nuevas formas delincuenciales, las variantes de la economía, el avance de la técnica, el desarrollo mercantil e industrial, los requerimientos de ingresos estatales y descentralizados, las innovaciones de las relaciones regionales e internacionales, y muchas otras realidades, obligan a los legisladores a revisar y actualizar la normativa para adaptarla a la regulación de actuales realidades, mediante la expedición de nueva, inédita en la historia del país; readaptándola con modificaciones o reformas a la ya existente; y o derogando la obsolescencia de las regulaciones a realidades desaparecidas.

Esto es, mediante el reconocimiento de nuevas realidades decidir su regulación expresa, con el objetivo de obtener una ordenación recta, un orden jurídico que unifique lo múltiple, tendiente a procurar la realización de la justicia y la paz institucional y social.

La normativa, en consecuencia, debería ser dinámica en la misma medida del reconocimiento a las nuevas rea-

lidades técnicas, sociales, étnicas, convencionales, etc. Dinamia que depende del mayor o menor grado de actividad que el sector público esté dispuesto a generar, tanto en la conveniencia política de reconocer a las primeras cuanto en el riesgo de acierto en la regulación respectiva.

Promulgación de la normativa

Promulgar consiste en hacer público el contenido del acto normativo para propagar su conocimiento. El mecanismo de divulgación para las reformas de la Constitución, leyes, decretos-ley, decretos, reglamentos, acuerdos ministeriales, actos normativos, Presupuesto General del Estado y más actos jurídicos de obligatoriedad general, dictados por los poderes y órganos estatales, es su publicación en el Registro Oficial⁹⁶.

Sin embargo hay dos excepciones que limitan la divulgación general o inmediata: una por el contenido secreto de la normativa, que debe promulgarse en un Registro Oficial Reservado, con limitada edición, a cargo del Ministerio de Defensa Nacional⁹⁷; y otra, en razón de la materia, que faculta a "los legisladores" a expedir regulaciones que rijan desde la fecha de su expedición, sin perjuicio de su promulgación posterior⁹⁸.

Reformas y derogatorias expresas

La atribución jurídica de reformar o derogar -abrogar, revocar, retirar- el acto normativo tiene la misma naturaleza jurídica que la genérica atribución expresa de la cual proviene la potestad de dictarlo por el órgano.

Desde el punto de vista objetivo, la derogación se resuelve en la emisión de un acto jurídico normativo que tiene por objeto hacer cesar, en forma volitiva y expresa, los efectos de un acto normativo anterior, esto es, esterilizarle su capacidad jurídica productiva, eliminando para el futuro las relaciones jurídicas reales o potenciales -derecho y deber- generadas por él⁹⁹.

La reforma se resuelve en la emisión de un acto normativo volitivo y expreso, que tiene por objeto modificar, alterar, regular, limitar, ampliar, restringir, etc. uno o más derechos y deberes inherentes nacidos de un acto normativo anterior, considerado el acto unitariamente¹⁰⁰, y de mejorar la coherencia con el resto de la normativa, considerado el acto reformativo en su conjunto con el resto de la normativa vigente.

Uno de los elementos esenciales de los actos normativos es la voluntad de la autoridad de generarlos. Si son actos normativos reformativos expresas, este elemento esencial necesariamente debería estar presente, toda vez que el acto reformado y el reformativo, al fundirse, conformarán una unidad regulatoria de derechos y deberes que involucren a la sociedad¹⁰¹.

Derogatoria por decisión judicial

Un acto normativo irregular puede ser declarado inconstitucional o nulo por los órganos de la Función Judicial con atribución y competencia específicas. En este caso no se produce la derogatoria, en estricto sentido, del acto normativo, por parte de la Función Judicial, por razones subjetivas y objetivas: en términos subjetivos puesto que no es el mismo órgano o poder que lo dictó, y en términos objetivos en el sentido de que la sentencia se retrotrae al pasado y la derogatoria no. Se trata de las consecuencias jurídicas de una sentencia respecto al futuro, con efectos generales, que determina que, por razones de validez, el acto nor-

mativo objeto del examen es inconstitucional o nulo y, por tanto, pierde su vigencia desde su origen.

Reformas y derogatorias tácitas

Constituye derogación tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior, en forma total o parcial. La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley¹⁰².

Es de notar que la regla se refiere sólo a "leyes" y no a los demás medios de generación de la normativa, como reglamentos, decretos ejecutivos, acuerdos ministeriales, resoluciones, etc.

Derogatoria por decaimiento u obsolescencia

Los actos normativos pueden extinguirse por la consecución de un hecho del todo independiente a la voluntad de su legislador. No puede hablarse, en consecuencia, de una derogación propiamente dicha pues no procede de la voluntad del agente emisor, pero sus efectos en el futuro son iguales a la derogatoria. Ello ocurre cuando el hecho hace cesar al acto normativo de sus efectos en cuanto regula derechos y consiguientes deberes y lo torna absolutamente inútil¹⁰³. O por la pérdida de eficacia que experimenta un acto administrativo normativo por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho, indispensable para su existencia¹⁰⁴.

Derogatoria por codificación

En las codificaciones a las leyes se suele insertar, al final del texto de la ley codificada, una nota que divulga la normativa legal que sirvió de base a la codificación de la referencia. El problema es determinar, en consecuencia, la situación jurídica de la normativa legal que, al servir de base de estudio, se integra al texto de la codificación, produciéndose una fusión en una disposición única de carácter normativo. Por otra parte es obligación, además, de citar, en adelante, el nuevo texto y la nueva numeración dada por la codificación.

2.- EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA ORDINARIA

El síndrome del juzgador

La administración de justicia tiene como finalidad general dar a cada uno lo suyo, con el propósito definido de precaver la paz social, en la interrelación recíproca de derechos y obligaciones, individuales o colectivos, que se generan y desarrollan dentro de las actividades cotidianas de los miembros de una sociedad. Esta administración se desarrolla a base de un proceso ritual con reglas típicas instituidas en el derecho procesal, al cual se someten expresamente el juzgador, el titular del derecho y el presunto obligado, en una relación conceptual de jurisdicción, acción y proceso para dirimir un conflicto de intereses¹⁰⁵.

En los elementos constitutivos de dar a cada uno lo suyo, al reconocer derechos a uno de los litigantes, quita algo al otro litigante afectando su patrimonio real o potencial, imponiéndole obligaciones de pagar o desconociendo sus peticiones de cobrar; afectando su derecho a la libertad con sentencias condenatorias o declarando la inocencia del sindicado afectando al presuntamente ofendido. En la admi-

nistración de justicia es jurídicamente imposible partir por mitades una realidad jurídica para contentar a los dos contendientes: siempre alguien pierde algo en beneficio de otro.

Los juzgadores están conscientes de esta realidad física o práctica y han llegado a convencerse de que los "perdedores de juicios, porque no tuvieron razón en sus reclamos" son sus enemigos natos; son quienes interponen recursos, incluido de casación; son los actores de las quejas por mal desempeño presentadas a los estamentos superiores que pueden afectar la estabilidad del juzgador; son en fin, en forma personal o por influjo, capaces de convertirse en autoridades nominadoras de los juzgadores con oportunidad de los períodos del ejercicio de su cargo o por las frecuentes reorganizaciones de la Función Judicial.

El doble criterio judicial

Hay un caso clásico, histórico, de un doble criterio judicial sobre la misma materia, objetiva y jurídicamente considerada.

El actual Art. 18 del Código Civil, repetido en todas sus versiones históricas, dispone:

"Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley..."

En fecha 21 de marzo de 1936, la Excma. Corte Suprema de Justicia dictó sentencia de última instancia en forma coherente con el Código Civil:

*En tablada una demanda civil, el juez tiene que resolverla; no puede suspender o denegar la administración de justicia ni por oscuridad o falta de ley, a no ser que el actor o recurrente se separe de un modo expreso o tácito de continuar el juicio o de sostener el recurso"*¹⁰⁶.

Con fecha 7 de septiembre de 1982, la Excma. Corte Suprema de Justicia dictó sentencia de última instancia, en forma incoherente con el Código Civil:

*La Constitución Política que nos rige, en el régimen de familia y en su Art. 25 reconoce que la unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, sin vínculo matrimonial con otra persona que formen un hogar de hecho, genera una sociedad de bienes, sujeta a las regulaciones de la sociedad conyugal, en cuanto fuesen aplicables, salvo que hubiesen estipulado otro régimen económico o constituido en beneficio de sus hijos comunes patrimonio familiar. Mas, si bien la institución fue creada, para el ejercicio de las acciones que de ella emana es ineludible la existencia del requisito o elemento condicionante, es decir su conditio juris: la expedición de la ley que determine el tiempo, condiciones y circunstancias de aquella unión de facto. Es pues, requisito sine qua non que tal ley exista, sin la cual ni el juzgador ni las partes puedan suplirla"*¹⁰⁷.

Dentro de la administración de justicia de lo contencioso administrativo, en el proceso No. 3542-DE, la Primera Sala del Tribunal Distrital de Quito, en providencia de 21 de enero de 1997, resolvió:

La Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, no puede conocer sobre el caso planteado por falta de ley y ordena su archivo."

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, en pleno, ha hecho gala del uso del doble criterio judicial, con motivo de las resoluciones dictadas en procesos simultáneos, en la tramitación de recursos de amparo contra el establecimiento de glosas por parte de la Contraloría General del Estado, en razón de que la Cons-

titudin Polítca redujo las atribuciones contraloras a "determinar presunciones de responsabilidad civil" introducido en los bloques de reformas a la Constitución de 1978¹⁰⁸, hoy en desuso:

El Tribunal Constitucional también ha utilizado el doble criterio judicial, como puede observarse de dos Resoluciones:

En la Resolución No. 07-RA-97, dictada el 16 de junio de 1997, concedió el recurso de amparo solicitado en demanda suscrita, contra glosas de la Contraloría, por el Dr. Carlos Pardo Montiel, como Presidente del Tribunal Supremo Electoral, y por todos los Vocales del Tribunal, entre ellos el Dr. Miguel Camba C. La Resolución dictada por los jueces doctores Marco Morales Tobar, Vicente Burneo Burneo y Rosendo López Novillo, con este texto: "Resuelve, Aceptar la apelación presentada por el doctor Carlos Pardo Montiel, Presidente del Tribunal Supremo Electoral, y otros vocales de ese organismo. Conceder el recurso de amparo formulado en contra del Director de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, y en consecuencia suspender el acto administrativo (glosas) expedido el 30 de diciembre de 1996, con oficio No. 30592..."

Sin embargo, en Resolución No. 55-98-RA, dictada el 26 de febrero de 1998, en recurso de amparo, fundamentado en la jurisprudencia anterior, el Tribunal Constitucional negó el recurso de amparo, en Resolución dictada por los señores Dr. Darwin Muñoz Serrano, Dr. Xavier Muñoz Ch. y Dr. Miguel Camba C., con este texto: "Si bien se evidencia que la Contraloría General del Estado, al expedir el acto administrativo No. 2793-DIRES de 5 de noviembre de 1997, contrarió el artículo 144 de la Carta Fundamental, al determinar responsabilidades civiles y no presunciones civiles, como correspondía, el establecimiento de glosas no implica determinación de presunción de responsabilidad civil, ni constituye acto administrativo que cause estado, pues permite al recurrente desvanecerla en sede administrativa y dentro del plazo concedido al efecto ... En consecuencia, desecha el amparo solicitado".

Es inquietante resaltar las dos opiniones jurídicas del Dr. Miguel Camba C.: primero, demandante del recurso de amparo contra glosas de la Contraloría (Proceso 07-RA-97), beneficiándose del recurso de amparo favorable; y, segundo, como Juez del Tribunal Constitucional (Proceso 55-98-RA), negando el recurso de amparo contra glosas de la Contraloría; en dos procesos jurídicamente idénticos.

El principio de unidad jurisdiccional

El Art. 191 de la Constitución Política, en su inciso primero, dispone que

"El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional."

¿En qué consiste la potestad judicial? La actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Sin esa función, el Estado no se concibe como tal. Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su propia mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado de la Jurisdicción¹⁰⁹. De esos fines primarios nace la potestad de administrar justicia, por parte exclusiva de un órgano del poder público especializado.

Con el fin de llevar a la práctica el principio de la unidad jurisdiccional y la prohibición de distraer a una perso-

na de su juez competente, consta en la Constitución Política la Disposición Transitoria Vigésima Sexta, por la cual se ordena que todos los jueces que dependan de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial. Tales jueces son:

1. La Corte Nacional de Menores¹¹⁰.
2. La Corte de Justicia Militar¹¹¹.
3. La Corte de Justicia Policial¹¹².
4. El Ministro de Agricultura y Ganadería para resolver las controversias en que fueren parte comunidades campesinas¹¹³.
5. Los Jefes de las Agencias o Distritos del INERHI para tramitar y resolver en primera instancia las controversias referentes a la Ley de Aguas, correspondiendo en segunda y definitiva instancia conocer y resolver al Consejo Consultivo de Aguas¹¹⁴. Dentro del proceso de modernización del Estado se sustituyó al INERHI por el Consejo Nacional de Recursos Hídricos¹¹⁵.
6. Los Comisarios de Salud son los jueces competentes para conocer y juzgar infracciones sanitarias¹¹⁶.
7. Al Director General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas le corresponde conocer y resolver los litigios relacionados con los caminos públicos¹¹⁷.
8. Los intendentes de Policía, comisarios nacionales y tenientes políticos, son los juzgadores natos de las contravenciones de policía¹¹⁸.
9. Jurisdicción y competencia privativas otorgadas a diversos funcionarios para el juzgamiento de infracciones tipificadas en leyes, como el Director Ejecutivo del Programa Nacional del Banano, por haber el comprador evadido o incumplido el pago del precio mínimo de sustentación al productor de la fruta¹¹⁹. El Ministro de Agricultura, por las infracciones cometidas en la comercialización y empleo de plaguicidas¹²⁰. El Director General de Desarrollo Agrícola del Ministerio de Agricultura y Ganadería o los Directores Zonales Agropecuarios, por las infracciones respecto a la introducción y propagación de semillas, con recurso de apelación ante el Subsecretario de Agricultura y Ganadería¹²¹. El Director Zonal Agropecuario o el Jefe Provincial Agropecuario del Ministerio de Agricultura y Ganadería, de la jurisdicción donde se haya cometido las infracciones de sanidad vegetal, con apelación ante el Director Nacional de Desarrollo Agrícola, cuya resolución causa ejecutoria¹²². El Intendente del Parque Nacional de su jurisdicción, juzga las infracciones cometidas en las zonas de reserva y parques nacionales¹²³.
10. Jurisdicción y competencia privativas otorgadas a diversos funcionarios para el juzgamiento de infracciones tipificadas en legislación secundaria -no en Ley-, como los funcionarios del Ministerio de Medio Ambiente para juzgar las infracciones contempladas en la Ley Forestal y de Áreas Naturales y de Vida Silvestre¹²⁴. El Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, el juzgamiento por infracciones de calidad en el café de exportación¹²⁵, y cacao¹²⁶. El Servicio Ecuatoriano de Sanidad Agropecuaria SESA, el juzgamiento de infracciones del certificado de calidad de exportación de café¹²⁷; por infracciones relativas a la credencial de acreditación de servicios agropecuarios¹²⁸; y por las infracciones a los requisitos fitosanitarios para la importación¹²⁹. La Dirección Nacional Agropecuaria del Ministerio de Agricultura y Ganadería, el juzgamiento de in-

infracciones cometidas en el mantenimiento de muestras de plantas vivas vegetales¹³⁰. Las autoridades sanitarias del Ministerio de Agricultura y Ganadería por infracciones cometidas en plantas de incubación artificial de aves¹³¹. El Ministro de Agricultura y Ganadería por infracciones en la comercialización de aves para consumo humano¹³². El Director del Parque Nacional Galápagos por infracciones cometidas en el Parque¹³³. El Director del Instituto Ecuatoriano Forestal y de Areas Naturales y de Vida Silvestre INEFAN, por infracciones a la patente forestal y guías de movilización de madera¹³⁴. El Director General de Pesca, por infracciones en la pesca de langosta¹³⁵; por comercialización y transporte de camarón¹³⁶; por captura de larvas de camarón marino¹³⁷. El Director del Programa Nacional del Cacao, por infracciones en la comercialización interna de cacao en grano¹³⁸. El Director Nacional Agrícola del Ministerio de Agricultura y Ganadería, con apelación ante el Subsecretario Administrativo, de las infracciones a la comercialización de flores¹³⁹. Citas de una muestra en el ámbito agrícola, agropecuario y forestal, de un universo mayor.

No es complicado, jurídicamente, mediante reformas a las leyes, pasar a que integren la Función Judicial las Cortes de Menores, de Justicia Militar y de Justicia Policial.

Integrar a la Función Judicial la jurisdicción privativa del Consejo Consultivo de Aguas, del Ministro de Salud Pública, del Ministro de Agricultura, del Director General de Obras Públicas, dentro de las competencias específicas señaladas, aparece, en realidad, más complicado jurídicamente. Si a ello sumamos la integración de las jurisdicciones de los cientos de funcionarios públicos juzgadores de infracciones tipificadas en ley, en el ejercicio de jurisdicciones y competencias específicas, realmente requerirá de un consciente y profundo estudio.

En cuanto a la jurisdicción y competencia otorgada a cientos de funcionarios públicos, por la tipificación como infracciones penales, administrativas o de otra naturaleza, identificadas en la normativa secundaria, con evidente irrespeto a la garantía prevista en el numerales 1º. del Art. 24 y 2º. del Art. 141 de la Constitución Política, por caracterizar su origen contradictorio a la Constitución y a las Leyes, sería ocioso jurídicamente integrar a tales funcionarios a la Función Judicial.

La capacidad instalada

La administración de justicia constituye un servicio que presta el Estado a sus habitantes, servicio que debe constar con una capacidad instalada apta para responder a las demandas del servicio por parte de la sociedad civil. Bajo este punto de vista el servicio se encuentra sujeto, quíeralo o no los administradores de justicia, a las leyes de oferta y demanda de servicios.

La oferta del servicio se identifica con el número de juzgados ordinarios organizados y en funcionamiento en el territorio de la República, y con la capacidad, celeridad y acierto en la resolución de los casos puestos a consideración de los jueces. La demanda del servicio se identifica con la presentación real de solicitudes por escrito de los actores para tutelar un derecho subjetivo y de los demandados para negar la existencia o aplicabilidad de un deber jurídico frente al derecho alegado, deducidos ante un juez de base.

De las estadísticas divulgadas¹⁴⁰ se llega a la conclusión que existe un desequilibrio entre la oferta y la demanda de servicios de administración de justicia en el Ecuador, desequilibrio que se acerca al cincuenta por ciento de la relación, en un promedio ponderado, anotando que *"en términos generales los desequilibrios entre oferta y demanda llevan a la corrupción, identificada, en el ambiente mercantil, como especulación"*.

NOTAS

1. EL OTRO SENDERO, la Revolución Informal. Editorial DIANA, Tercera Impresión Mexicana, Enero de 1991. Prólogo, Página XXIV.
2. Conflicto y Democracia en Ecuador. José Sanchez-Parga. Serie Diálogos. Ediciones Centro Andino de Acción Popular -CAAP- Quito, abril de 1995. Impresión Albazul Offset.
3. Art. 130 numeral 5o. de la Constitución.
4. Numeral 5o. del Art. 171 de la Constitución.
5. Numeral 1o. del Art. 171 de la Constitución.
6. Creados por el Art. 18 de la Ley de Seguridad Nacional.
7. Art. 211 de la Constitución Política
8. Art. 214 de la Constitución Política
9. Art. 217 de la Constitución Política
10. Art. 220 de la Constitución Política
11. La penúltima creada por la Ley Especial de Telecomunicaciones, dictada por Ley No. 184, Registro Oficial No. 996, de 10 de agosto de 1992, reformada por Ley No. 94, Registro Oficial No. 770 de 30 de agosto de 1995; y la última creada por la Ley de Régimen Administrativo de Terminales Petroleros, dictada por Decreto Supremo No. 1173, Registro Oficial No. 288 de 4 de marzo de 1977.
12. Arts. 3 y 4 de la Codificación de la Ley del Seguro Social Obligatorio, Suplemento del Registro Oficial No. 21 de 8 de septiembre de 1988.
13. Arts. 27 y 28 de la Ley de Desarrollo Agrario, dictada por Ley No. 54, Suplemento del Registro Oficial No. 461 de 14 de junio de 1994. Ley codificada, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 461 del 14 de junio de 1994.
14. Arts. 2 y 4 de la Ley Especial del Sector Cafetalero, Registro Oficial No. 657 de 20 de marzo de 1995.

NOTAS

15. Arts. 4 y 5 de la Ley de Aviación Civil, Decreto Supremo No. 236, Registro Oficial No. 509 de 11 de marzo de 1974.
16. Arts. 2 y 3 de la Ley General de Puertos, Decreto Supremo No. 289, Registro Oficial No. 67 de 15 de abril de 1976.
17. Art. 21 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, Ley s/n, Registro Oficial No. 1002 del 2 de agosto de 1996.
18. Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 2224, Suplemento del Registro Oficial No. 558 de 28 de octubre de 1994.
19. Art. 1 del Decreto Supremo No. 357-RR, Registro Oficial No. 96 de 28 de mayo de 1976.
20. Arts. 1 y 3 del Decreto Ejecutivo No. 3658, Registro Oficial No. 861 de 27 de enero de 1988.
21. Art. 1 de la Ley del Consejo Nacional de Fijación de Precios de Medicamentos de Uso Humano, Ley No. 152, Registro Oficial No. 927 de 4 de mayo de 1992.
22. Art. 7 de la Ley No. 1, Registro Oficial No. 625 de 19 de febrero de 1991.
23. Arts. 8 y 9 de la Ley de Universidades y Escuelas Politécnicas, Ley No. 88, Registro Oficial No. 243 de 14 de mayo de 1982.
24. Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 93, Registro Oficial No. 137 de 29 de febrero de 1980.
25. Art. 4 de la Ley del Sistema Nacional de Archivos, Ley No. 92, Registro Oficial No. 265 de 16 de junio de 1982.
26. Arts. 25 y 26 de la Ley de Educación, Ley No. 127, Registro Oficial No. 484 de 3 de mayo de 1983.
27. Art. 120 del Código del Trabajo.
28. Art. 5 de la Ley de Estadística, Decreto Supremo No. 323, Registro Oficial No. 82 de 7 de mayo de 1976.
29. Arts. 28 y 30 de la Codificación de la Ley de Educación Física, Deportes y Recreación, Registro Oficial No. 436 de 14 de mayo de 1990.
30. Ley s/n, Registro Oficial No. 691 de 9 de mayo de 1995.
31. Arts. 9 y 11 de la Ley de Seguridad Nacional, Decreto Supremo No. 275, Registro Oficial No. 892 de 9 de agosto de 1979.
32. Arts. 3 y 4 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, Ley No. 95, Registro Oficial No. 282 de 9 de julio de 1982.
33. Arts. 89 y 90 de la Ley de Cooperativas, Decreto Supremo No. 1031, Registro Oficial No. 123 de 20 de septiembre de 1966.
34. Art. 204 del Código de Menores, Ley 170, Suplemento del Registro Oficial No. 995 de 7 de agosto de 1992.
35. Arts. 45 y 46 de la Ley Orgánica de Hogares de Protección Social, Decreto Supremo No. 4, Registro Oficial No. 15 de 12 de noviembre de 1937.
36. Art. 2 del Decreto Supremo No. 832, Registro Oficial No. 621 de 21 de agosto de 1974.
37. Arts. 2 y 3 del Comité del Programa Cooperativo para el Desarrollo del Trópico Sudamericano, Decreto Supremo No. 1356, Registro Oficial No. 193 de 28 de noviembre de 1972.
38. Arts. 8, 9 y 11 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, Ley No. 50, Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.
39. Arts. 2 y 3 del Consejo Nacional de Empleo, Decreto Ejecutivo No. 2449, Registro Oficial No. 692 de 27 de febrero de 1984.
40. Arts. 10 y 11 de la Ley No. 94 Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones, Registro Oficial No. 770 de 30 de agosto de 1995.
41. Art. 14 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Suplemento del Registro Oficial No. 43 de 10 de octubre de 1996.
42. Creado por el Art. 90 de la Constitución Política de 1979. Regulado por la Ley Orgánica del CONADE, Ley No. 2, Registro Oficial No. 102 de 10 de enero de 1985.
43. Arts. 1 y 4 del Decreto Supremo No. 1972, Registro Oficial No. 327 de 7 de septiembre de 1964.
44. Decreto Supremo No. 148, Registro Oficial No. 444 de 24 de febrero de 1965.
45. Arts. 1 y 3 del Decreto Supremo No. 183, Registro Oficial No. 34 de 7 de agosto de 1970.

NOTAS

46. Decreto Supremo No. 1005-H, Registro Oficial No. 267 de 15 de julio de 1971. Por Decreto Ejecutivo No. 1847, Registro Oficial No. 475 de 4 de julio de 1994, se dispone la supresión de la Empresa y la liquidación de la misma a cargo del Ministerio de Finanzas.
47. Decreto Supremo No. 04-J, Registro Oficial No. 225 de 16 de enero de 1973. Por Decreto Ejecutivo No. 1041, Registro Oficial No. 264 de 30 de agosto de 1993, se dispone la disolución y liquidación de la Empresa.
48. Decreto Supremo No. 1594, Registro Oficial No. 339 de 27 de octubre de 1971. Acuerdo Ministerial No. 3046, Registro Oficial No. 720 de 20 de junio de 1995. Suprimida por Decreto Ejecutivo 683 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 149 de 16 de marzo de 1999.
49. Arts. 1 y 8 del Decreto Supremo No. 1513, Registro Oficial No. 218 de 5 de enero de 1973.
50. Arts. 8 y 10 de la Ley Básica de Electrificación, Decreto Supremo No. 1042, Registro Oficial No. 387 de 10 de septiembre de 1973. En proceso de liquidación, regulado por Decreto Ejecutivo 404 publicado en el Registro Oficial 90 de 17 de diciembre de 1998.
51. Arts. 3 y 12 de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Fomento, Decreto Supremo No. 327, Registro Oficial No. 526 de 3 de abril de 1974.
52. Arts. 2 y 13 del Decreto Supremo No. 1242, Registro Oficial No. 698 de 10 de diciembre de 1974.
53. Arts. 2 y 8 del Decreto Supremo No. 1327, Registro Oficial No. 711 de 30 de diciembre de 1974.
54. Arts. 2 y 25 de la Ley del Banco Ecuatoriano de la Vivienda codificada mediante Resolución de la Superintendencia de Bancos No. 75-354, Registro Oficial No. 802 de 14 de mayo de 1975.
55. Arts. 2 y 11 de la Ley del Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, IECE. Codificación s/n, Registro Oficial No. 48 de 19 de marzo de 1976.
56. Decreto Supremo No. 144-C, Registro Oficial No. 325 de 6 de octubre de 1971; y Arts. 2 y 5 de la Ley de la Empresa Transportes Navieros Ecuatorianos, TRANSSNAVE. Decreto Supremo No. 1152, Registro Oficial No. 283 de 25 de febrero de 1977.
57. Arts. 2 y 6 de la Ley de la Empresa Nacional de Almacenamiento y Comercialización de Productos Agropecuarios y Agroindustriales, ENAC. Decreto Supremo No. 1683-A, Registro Oficial No. 397 de 9 de agosto de 1977. Suprimida por Decreto Ejecutivo 967, publicado en el Registro Oficial 223 de 26 de diciembre de 1997.
58. Arts 2 y 6 de la Ley de la Empresa Nacional de Productos Vitales, ENPROVIT. Decreto Supremo No. 1683, Registro Oficial No. 397 de 9 de agosto de 1977. Suprimida por Decreto Ejecutivo 197, publicado en el Registro Oficial 47 de 15 de octubre de 1998.
59. Arts. 3 y 5 de la Ley de la Corporación Financiera Nacional. Ley s/n, Registro Oficial 154 de 17 de septiembre de 1997.
60. Se transforma en Empresa Estatal por Decreto Supremo No. 2450, Registro Oficial No. 579 de 4 de mayo de 1978. Arts. 2 y 6.
61. Arts. 3 y 9 de la Ley General de Correos. Decreto Supremo No. 3683, Registro Oficial No. 888 de 3 de agosto de 1979. Desmonopolizada por Decreto Ejecutivo No 1798, Registro Oficial No 454 de 3 de junio de 1994.
62. Arts. 3 y 6 de la Ley de la Corporación Nacional de Apoyo a las Unidades Populares Económicas, CONAUPE. Ley No. 44, Registro Oficial No. 257 de 21 de agosto de 1989. Suprimida por Decreto Ejecutivo 683, Suplemento del Registro Oficial No. 149 de 16 de marzo de 1999.
63. Arts. 2 y 4 de la Ley de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROEcuador, y sus Empresas Filiales. Ley No. 45, Registro Oficial No. 283 de 26 de septiembre de 1989.
64. Ley Especial de Telecomunicaciones. Ley No. 184, Registro Oficial No. 996 de 10 de agosto de 1992, reformada por Ley No. 94, Registro Oficial No. 770 de 30 de agosto de 1995, por cuyo Art. 9 se elimina la personería jurídica de EMETEL, el órgano de gobierno -Directorio- y los órganos de administración.
65. Arts. 4 y 7 de la Ley Constitutiva de la Empresa Estatal de Aviación Transportes Aéreos Militares Ecuatorianos, TAME. Ley No. 105, Registro Oficial No. 506 de 23 de agosto de 1990.

NOTAS

66. Arts. 2 y 3 del Decreto Ejecutivo No. 121, Registro Oficial No. 28 de 17 de septiembre de 1998.
67. Decreto Ley de Emergencia Económica No. 08, Registro Oficial No. 508 de 19 de agosto de 1994.
68. Art. 228 de la Constitución Política.
69. Creada por la Ley Especial de Telecomunicaciones, a la par de EMETEL, Ley No. 184, Registro Oficial No. 996 de 10 de agosto de 1992.
70. Ley No. 10, Registro Oficial No. 30 de 21 de septiembre de 1992.
71. Ley de Cartografía Nacional, Decreto Supremo No. 2686, Registro Oficial No. 643 de 4 de agosto de 1978.
72. Ley del CLIRSEN, Decreto Supremo No. 2027, Registro Oficial No. 486 de 19 de diciembre de 1977.
73. Creado por Decreto Supremo No. 642, Registro Oficial No. 108 de 25 de julio de 1972.
74. Creado por Ley No. 169, Registro Oficial No. 995 de 7 de agosto de 1992.
75. Creado por Ley No. 90, Registro Oficial No. 707 de 1 de junio de 1995.
76. Creada por Ley No. 126, Suplemento del Registro Oficial No. 695 de 31 de mayo de 1991. Suprimida por Decreto Ejecutivo 683, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 149 de 16 de marzo de 1999.
77. Creadas por Decreto Supremo No. 290, Registro Oficial No. 67 de 15 de abril de 1976.
78. Creado por Ley No. 165, Registro Oficial No. 984 de 22 de julio de 1992.
79. Creado por Ley No. 8, Registro Oficial No. 27 de 16 de septiembre de 1992. Fusionado al Ministerio de Medio Ambiente por Decreto Ejecutivo 505, publicado en el Registro Oficial 118 de 28 de enero de 1999.
80. Creado por Decreto Supremo No. 2092, Registro Oficial No. 504 de 12 de enero de 1978.
81. Creado por Decreto Supremo No. 992, Registro Oficial No. 245 de 31 de diciembre de 1976.
82. Creado por Ley s/n, Registro Oficial 44 de 15 de abril de 1997.
83. Creada por Decreto Supremo No. 2672, Registro Oficial No. 645 de 13 de diciembre de 1965.
84. Decreto Supremo 944, Registro Oficial No. 139 de 7 de septiembre de 1972. Resolución s/n, Registro Oficial No. 496 de 2 de agosto de 1994.
85. Ley s/n, Registro Oficial No. 118 de 21 de enero de 1997. Fusionado al Ministerio de Turismo por Decreto Ejecutivo 412, Registro Oficial 94 de 23 de diciembre de 1998.
86. Decreto Supremo No. 3501, Registro Oficial No. 865 de 2 de julio de 1979.
87. Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial No. 262 de 17 de abril de 1945.
88. Decreto Supremo No. 2888-A, Registro Oficial No. 683 de 2 de octubre de 1978. Suprimido por Decreto Ejecutivo No. 2808, Registro Oficial No. 721 de 21 de junio de 1995.
89. Decreto Supremo No. 3438, Registro Oficial No. 839 de 25 de mayo de 1979.
90. Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial No. 348 de 23 de octubre de 1941.
91. Decreto Supremo No. 357, Registro Oficial No. 54 de 7 de septiembre de 1970.
92. Decreto Supremo No. 179, Registro Oficial No. 430 de 4 de febrero de 1965. Fusionado al Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda por Decreto Ejecutivo No. 1820, Registro Oficial No. 461 de 14 de junio de 1994.
93. Decreto Supremo No. 599, Registro Oficial No. 319 de 4 de junio de 1973. Por Decreto Ejecutivo No. 1820, Registro Oficial No. 461 de 14 de junio de 1994, se fusiona la Junta de la Vivienda al Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda.
94. Ley No. 28, Registro Oficial 202 de 1 de junio de 1999.
95. Decreto Ley de Emergencia No. 07, Registro Oficial No. 143 de 18 de febrero de 1961.
96. Art. 153 de la Constitución Política; Art. 76 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa; Art. 5 del Código Civil; Art. 136 de la Ley de Régimen Administrativo; Art. 207 de la Ley Orgánica de Hacienda traspasado a la Ley de Régimen Administrativo por el Art. 386 de la LOAFYC; Art. 79 de la misma Ley; Arts. 82 y 136 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; Decreto Supremo No. 363, Registro Oficial No. 284 de 11 de abril de 1973; Decreto Ejecutivo No. 178, Suplemento del Registro Oficial No. 37 de 2 de octubre de 1984, entre otros.

NOTAS

- 97. Art. 5, inciso 3o., del Código Civil.
- 98. Art. 89 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado.
- 99. Olgún Juárez, Hugo. Extinción de los Actos Administrativos. Editorial Jurídica de Chile. 1961. Página 79 y siguientes.
- 100. Méndez, Aparicio. Notas para un Estudio sobre los Caracteres de la Revocación. Imprenta El Siglo Ilustrado. Montevideo, 1949.
- 101. Urzúa Ramírez, Carlos Fernando. Requisitos del Acto Administrativo. Editorial Jurídica de Chile, 1971.
- 102. Art. 37 del Código Civil.
- 103. Holguín Juárez, Hugo. Obra citada. Página 267.
- 104. Sayages Laso, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Talleres Bianchi Altina, Montevideo, 1953. Página 516.

Casación laboral: fallos contradictorios y triple reiteración

Francisco Díaz
Garaycoa

Sería muy importante que la Corte Suprema recoja la rica jurisprudencia generada por dirimencias en fallos contradictorios por obscuridad o duda de las leyes, y presente a la legislatura los proyectos de reformas legales que contengan sus pronunciamientos.

La justicia persigue dar la razón a quien le corresponde, dentro de los conflictos que son sometidos a la decisión de sus órganos. La administración de la justicia está confiada a mujeres y hombres doctos en derecho, con capacidad para aplicar debidamente el ordenamiento legal y los principios jurídicos que lo animan. La buena administración de la justicia es elemento esencial para que una sociedad pueda desenvolverse con normalidad, al saber sus miembros que, en caso de ser vulnerados sus derechos, podrán acudir al Estado para demandar la debida restitución o la reparación por los daños sufridos. La confianza en la justicia deviene no solo de la competencia de quienes la administran, sino de la imparcialidad con la que deben actuar como representantes de la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, ni la sapiencia ni la imparcialidad son garantía absoluta de acierto en las decisiones de los jueces, puesto que aún los más sabios y honorables pueden incurrir en errores de apreciación o valoración. No hay que olvidar que el juez debe resolver en función de las aportaciones que realizan las partes interesadas dentro del respectivo proceso, lo cual puede inducirlo a equivocaciones que lo conduzcan a conclusiones erróneas. Además, la propia complejidad de los litigios puede provocar fallas en la aplicación de los supuestos generales contenidos en la ley a las circunstancias particulares propias de una reclamación. Por último, no puede desconocerse la incidencia que tiene la innata falibilidad humana como factor muchas veces determinante.

Cualquiera sea la causa, resulta evidente que en la administración de justicia se producen divergencias o contradicciones sobre un mismo punto de derecho por parte de jueces o tribunales encargados de resolver distintos conflictos o litigios. Esta situación no afecta la validez del fallo ni entraña necesariamente una injusticia, pero resiente la credibilidad y la confianza de la sociedad en las decisiones de la justicia.

El reconocimiento de la posibilidad de error sirve como fundamento para que la ley, por regla general, confiera a los litigantes disconformes con el fallo la capacidad para recurrir del mismo ante otra instancia de la misma administración judicial. Se trata de un derecho, cuya concesión no presupone necesariamente la existencia de error, pero sí implica admitir la necesidad de revisión del pronunciamiento. La imposibilidad de satisfacer con el fallo a todos los involucrados en el litigio, llevaría a una cadena interminable de recursos, lo cual resulta inaceptable. De allí la exigencia de poner fin a los litigios con decisiones definitivas que no pueden ser materia de nuevas revisiones. La confianza de la sociedad en su conjunto no se resiente por la inconformidad del litigante perdedor, pues ello es propio de la condición humana, y al afectado le queda la opción de interponer el recurso extraordinario de la casación, pero si se afecta con la existencia de fallos definitivos contradictorios, en tanto lesiona la seguridad jurídica como marco que confiere certeza sobre el alcance y sentido del ordenamiento jurídico.

ERROR Y CASACIÓN

Objetivo fundamental de la casación es permitir la revisión de la sentencia ejecutoriada en juicios de conocimiento, cuando quien recurre de ella invoca, entre otras causales, “**la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho**”. El recurso extraordinario permite revisar fallos que tienen la calidad de cosa juzgada, pese a lo cual se autoriza hacerlo por parte de una de las Salas especializadas de la Corte Suprema, a fin de atender el requerimiento expreso de un litigante que invoca el error en la aplicación de la Ley; el mecanismo es activado por un interés particular, pero su creación obedece al afán de carácter general por evitar que pudiera consagrarse una injusticia como consecuencia de un presunto error judicial.

Si el fallo recoge la pretensión por dicha causal del recurrente, debe estimarse que la Sala de la Corte Suprema que lo expidió rectifica el error del juez o tribunal de instancia en la aplicación de una norma de derecho y, con ello, evita que se mantenga una injusticia. Pero, además, ha reforzado la confianza de la sociedad toda en el valor de la justicia y ha sentado un precedente que, en caso de reiterarse por tres o más veces adquiere el carácter de obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema. Así lo señala en forma expresa el artículo 19 de la Ley de Casación.

La Ley de Casación fue expedida en el mes de mayo de 1993, y en la primera etapa de su vigencia fue aplicada por la Corte Suprema dividida en Salas especializadas, a razón de una por cada materia. Esto último facilitaba en cierta forma la aplicación de la triple reiteración, puesto que los pronunciamientos contenidos en los fallos sobre errores en la aplicación de normas de derecho, representaban en cierta forma el criterio oficial de la justicia, al menos mientras la propia Sala no cambiara de posición, circunstancia que resultaba muy improbable si se tiene en cuenta que las Salas estaban conformadas por cinco magistrados, lo cual dificultaba más que ahora la corrección.

Posteriores reformas constitucionales modificaron la conformación de la Corte Suprema y establecieron que para cada materia existieran entre una y tres salas especializadas². De esta manera se amplió la posibilidad de discrepancias de criterios sobre un mismo punto de derecho en fallos dictados por distintas salas especializadas, con posibilidad también de que se produjeran triples reiteraciones provenientes de distintas salas, discordantes entre sí sobre un mismo punto de derecho.

La triple reiteración está dirigida a los jueces y tribunales de instancia y busca uniformar los criterios y servir de referente jurisprudencial. Pero, tales propósitos pueden verse obstaculizados en la práctica por la presencia de otros pronunciamientos de igual jerarquía y obligatoriedad. ¿Cuál de ellos tendría carácter vinculante, y por qué razón? ¿Será acaso por antigüedad la triple reiteración que primero se formó, o será la última, por ser pronunciada luego de conocerse la primera? La ley no contiene ninguna consideración al respecto y ello por lo menos dificulta la aplicación de la norma legal que busca uniformar los criterios judiciales sobre determinados puntos de derecho.

En estos casos la casación ha cumplido el propósito de corregir el error, pero no adelanta en el objetivo de consolidar la certeza y seguridad jurídicas, pues se encuentra con obstáculos que generan dudas en su aplicación.

Con respecto a la triple reiteración, y al margen de las confusiones antes señaladas, cabe observar que la Ley de Casación no establece la forma en que deberá determinarse su existencia que, a nuestro juicio, debería emanar de un pronunciamiento de la Sala de la cual provienen los fallos, de manera que los jueces y tribunales obligados a aplicarla tengan la certeza de su existencia. De otra manera pueden surgir dudas al respecto y producirse omisiones involuntarias por parte de los obligados, que podrían incurrir en desacato y hasta en prevaricato.

TRIPLES REITERACIONES CONTRADICTORIAS

Solamente con el ánimo de demostrar que las situaciones antes señaladas no son simples elucubraciones, sino que se producen en la realidad, cabe referirse a la evidente contradicción existente en fallos de casación pronunciados por las diferentes Salas de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia sobre la validez de la transacción en el caso de la jubilación patronal, el cual ha sido materia de más de un centenar de recursos de casación, resueltos a lo largo de los siete años de vigencia de la Ley sobre la materia. En efecto, durante los primeros años de vigencia de la ley, en múltiples oportunidades todas las Salas se pronunciaron en contra de cualquier acuerdo o transacción entre empleador y ex trabajador jubilado, por el cual se sustituyera el pago por parte del primero de las pensiones mensuales y adicionales correspondientes a la jubilación patronal, por la entrega de una cantidad global cuyo monto se determine de mutuo acuerdo o a través de la contratación colectiva.

Las Salas Primera y Segunda han sostenido en forma reiterada que tales acuerdos son nulos de nulidad absoluta, pues representan una forma de desprotección del jubilado, implican una renuncia de derechos, pues les priva de recibir una pensión periódica, ya que se trata de una obligación de tracto sucesivo que no puede ser solucionada con la entrega de un valor global.³ Tal criterio ha sido sostenido por magistrados que han integrado las dos Salas en distintas etapas, es decir, cuando las componían cinco miembros, ahora que las integran solo tres; cuando solo existía una Sala para la materia laboral y social, y ahora que existen tres.

Ellos han mantenido sus criterios, aún después de incorporado al Capítulo de la Constitución Política dedicado al Trabajo, el reconocimiento expreso sobre la validez de la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos; los magistrados de estas Salas consideran que la transacción por sí sola representa una renuncia de derecho, con lo cual cierran el paso a cualquier acuerdo que implique sustituir la obligación de pagar las pensiones por la entrega de una cantidad global acordada libremente por las partes. En repetidos fallos de estas dos Salas se alude a las triples reiteraciones y se invoca el carácter obligatorio y vinculante de tales pronunciamientos.

A partir del año 1998, la Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema ha expedido varios fallos sobre el tema de la transacción en la jubilación patronal y en ellos se ha pronunciado en forma diferente que las otras dos⁴. En efecto, al analizar los recursos de casación en lo que el punto en discusión es la validez de la transacción, la Sala ha distinguido entre aquellos acuerdos que a la fecha de resolver contemplan entregas de dinero cuyo monto resulta suficiente para cancelar las pensiones jubilares vencidas hasta esa fecha, y aquellos en que la cantidad entregada resulta claramente insuficiente para tal fin. En el primer caso, la Sala estima que la transacción es válida, pues su contenido no afecta los derechos del jubilado y, por ende no implica renuncia alguna. Por tanto, la Sala acepta los recursos interpuestos para demandar el reconocimiento de la validez. En cambio, cuando la cantidad resulta insuficiente, la Sala acepta la demanda del jubilado que impugna la transacción y dispone que el empleador

cancela las pensiones no cubiertas por el valor entregado, así como las posteriores a la liquidación.

Se trata, sin duda, de concepciones diferentes sobre un mismo punto de derecho. Mientras las Sala primera y segunda confieren importancia fundamental al carácter vitalicio y de pago periódico de la jubilación patronal, lo cual las conduce a rechazar todo acuerdo que establezca el pago acumulado del beneficio, por considerar a priori que irroga perjuicio al trabajador, la Tercera Sala hace la diferenciación antes descrita. Para lo cual incluye en el fallo la liquidación de las pensiones debidas para determinar si realmente causa perjuicio al jubilado. Al respecto, esta Sala manifiesta lo siguiente: **“Es criterio varias veces sostenido por esta Sala en casos análogos, que la transacción o acuerdo sobre pago anticipado de pensiones, no es per se carente de valor. Sin embargo, su eficacia resulta cuestionable cuando tal acuerdo implica renuncia de derechos o provoca en el trabajador algún perjuicio económico.”** Las argumentaciones para fundamentar este criterio están ampliamente desarrolladas en los primeros fallos expedidos por la Tercera Sala sobre este tema⁶.

Existen algunos otros casos de fallos contradictorios de casación laboral, entre ellos el relativo a la aplicación de cláusulas de contratos colectivos relativas a estabilidad e indemnizaciones por despido intempestivo, sobre el cual las distintas Salas de lo Laboral tienen pronunciamientos diferentes, en particular en cuanto a la acumulación de indemnizaciones contractuales y legales en el caso de no existir expreso acuerdo al respecto. Esta discrepancia puede afectar la armonía en las relaciones laborales y provocar reclamaciones judiciales por supuesta aplicación indebida de los términos contractuales.

Es presumible que, a medida que se amplíe la aplicación de la casación se produzcan nuevas discrepancias sobre puntos de derecho, con las consiguientes dificultades que ello genera. De allí que se vuelve necesario que la Corte Suprema de Justicia analice la situación y fije la forma de atender y resolver con oportunidad y prontitud las contradicciones. El mecanismo está previsto en el ordenamiento legal, pero será necesario precisar mediante reglamentaciones o instructivos la forma como se lo aplicará, con determinación de responsabilidades y señalamiento de plazos para su cumplimiento.

FALLOS CONTRADICTORIOS

Como es obvio, también se producen contradicciones sobre puntos de derecho entre fallos pronunciados por tribunales de instancia, como las Cortes Superiores de Justicia y los Distritales en materia contencioso administrativo o fiscal. Cabe recordar que con la reforma constitucional que convirtió a la Corte Suprema en tribunal competente exclusivamente para conocer los recursos de casación, y con la eliminación del recurso de tercera instancia, los fallos de los mencionados tribunales de instancia causan ejecutoria y quedan firmes, salvo el caso que proceda el recurso de casación y éste sea debidamente interpuesto. El carácter definitivo de estos fallos obliga a un tratamiento especial en caso de producirse contradicciones, puesto que de no subsanárselas podría conducir a dudas sobre el recto sentido de determinadas normas legales.

Posiblemente por estas consideraciones, los asambleístas que aprobaron la actual Constitución Política, al legislar sobre la atribución de la Corte Suprema de Justicia, para dirimir los casos de fallos contradictorios, no limitó su aplicación a aquellos dictados por las Salas de Casación, sino que también incluyó los expedidos por los Tribunales de instancia. En efecto, el Art. 197 de la Carta Política dispone lo siguiente: **“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”**.

La anterior Constitución Política, en su versión reformada de 1997, sobre el mismo tema señala lo siguiente: Art. 130 **“La Corte Suprema de Justicia, en Pleno, dictará en caso de fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, la norma dirimente la que en el futuro tendrá carácter obligatorio mientras la ley no determine lo contrario”**. A diferencia de la norma actualmente vigente, la anterior no hacía mención expresa a Salas de la Corte Suprema o a tribunales de instancia, simplemente establecía la competencia de la Corte Suprema para resolver como dirimente los fallos contradictorios. Tal norma de la ley suprema estaba complementada por el Art. 14 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, que dice: **“En los casos en que la Corte Suprema expidiera fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, los Ministros jueces y el Ministro Fiscal, que serán convocados inmediatamente después de ocurrida la discrepancia, dictarán por mayoría de votos conformes, la disposición que será generalmente obligatoria, mientras no se disponga lo contrario por la Ley”**.

La norma constitucional prevalece sobre la legal, de manera que según ésta última la atribución de la Corte Suprema se amplía para dirimir también en los casos de contradicción que se produjeran a nivel de las Cortes Superiores y los tribunales distritales. De esta forma se asegura solución para todas las discrepancias que tienen la virtualidad de quedar firmes y por ende convertirse en referentes o precedentes jurisprudenciales.

En la práctica, la gama de contradicciones se amplía de manera significativa, pues abarcaría las diferentes Cortes Superiores existentes en el país, los tribunales distritales en materia fiscal o administrativa y las Salas de Casación de la Corte Suprema. Al respecto surgen algunas inquietudes sobre las situaciones que pudieran producirse. Así, cabría preguntarse si se consideran casos de dirimencia los fallos contradictorios sobre un punto de derecho pronunciados por una o más Salas de Casación y una Sala de Corte Superior o un Tribunal Distrital. Estamos refiriéndonos a tribunales de distinta jerarquía dentro del sistema judicial, pero ambos causan ejecutoria y tienen autoridad de cosa juzgada. Por supuesto que en los casos de fallos de instancia existe la posibilidad de acudir al recurso de casación; mas ello no deja de ser un arbitrio extraordinario, como bien se califica a dicho recurso. De manera que parecería enteramente procedente que la Corte Suprema conozca la contradicción y adopte la norma dirimente. No existen registros en materia de dirimencia sobre fallos contradictorios provenientes de tribunales de

distintas jerarquías; tampoco se conoce si alguna dependencia de la Corte Suprema o de las cortes y tribunales de instancia realizan el seguimiento requerido para detectar las contradicciones y avisar sobre ellas al Pleno de la Suprema. Lo cierto es que muy poca actividad se registra en este aspecto de la acción judicial, lo cual no deja de ser preocupante, pues cabe suponer que las contradicciones deben proliferar sin ningún control o solución y ello lesiona la seguridad jurídica y permite que en muchos casos los juzgadores actúen en forma discrecional y sin ceñirse a directriz o guía alguna.

DIRIMENCIAS LABORALES

En cuanto a dirimencias por contradicciones entre fallos laborales de Salas de la Corte Suprema, existen algunas resoluciones del Pleno que han servido para dilucidar divergencias sobre puntos de derecho. La de más reciente data fue el pronunciado el día uno de julio de 1998: por ella se dirimen las diferencias existentes respecto al cómputo del plazo para que opere la prescripción liberatoria de la acción de visto bueno a que tiene derecho el empleador. Sobre el punto existían pronunciamientos de una sala especializada, en los cuales se decidía que el plazo de prescripción debía empezar a contarse desde la fecha en que el empleador tomó conocimiento de la falta cometida por el trabajador.

En cambio, otra Sala especializada se pronunciaba por computar el plazo desde la fecha en que el trabajador cometió la infracción, independiente del momento en que el empleador tuvo noticia de la misma. La resolución del Pleno toma partido por el segundo criterio, salvo el caso de la causal tercera del Art. 172 del Código del Trabajo, esto es, cuando el trabajador ha incurrido en falta de probidad o conducta inmoral, en el cual, señala la Resolución, **"el tiempo deberá computarse desde la fecha en que el empleador o su representante tuvo conocimiento de los hechos"**. Añade la resolución que, **"(...) en estos casos corresponderá al empleador o su representante la prueba de que se enteró de los hechos con posterioridad a la fecha en que ocurrieron"**.

Para expedir la Resolución el Pleno invoca el Art. 130 de la Constitución Política vigente con anterioridad al 10 de agosto de 1998, esto es aquel que lo facultaba para resolver los fallos contradictorios a nivel del máximo tribunal. Así mismo, la Resolución hace referencia al Art. 14 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que le confiere igual atribución. En la respectiva sesión del tribunal participaron 21 de los 31 integrantes, y de ellos 16 se pronunciaron a favor, 4 lo hicieron en contra y 1 salvó su voto. No participaron en la votación 10 magistrados.

Otra dirimencia trascendental de la Suprema es aquella contenida en la resolución de 15 de junio de 1989, mediante la cual se declaró imprescriptible el derecho del trabajador a la jubilación patronal⁸. Para entonces no se había expedido la Ley de Casación, los fallos contradictorios sobre el punto provenían de distintas Salas de la Corte Suprema al resolver recursos de tercera instancia. En los Considerandos de la Resolución se citan fallos de las diferentes Salas, alguno de ellos dictados en el año 1976, otro de 1978, y un tercero de 1980. Pese al tiempo transcurrido desde la aparición de las contradicciones, fue ne-

cesario el paso de 9 años desde que se pronunció el tercero de los fallos citados para que el Pleno las resuelva.

Para hacerlo, el Pleno invocó el Art. 102 de la Constitución Política y el Art. 14 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. La norma constitucional tenía el mismo texto que el referido Art. 130 de su versión posterior. Solamente difieren en la numeración por corresponder a codificaciones distintas de la Carta Constitucional. Entonces la Corte Suprema estaba integrada por cinco Salas que conocían indistintamente todas las materias, no existían Salas especializadas. Cada una de las Salas se integraba por tres magistrados. La resolución fue expedida por mayoría de once votos contra seis. Desde su expedición han transcurrido casi once años y mantiene su vigencia por no haberse dictado ninguna ley que diga lo contrario.

En el pronunciamiento de la minoría 6 magistrados, se invoca el Art. 31 (lit. d) y el Art. 611, de la Constitución Política y el Código del Trabajo, respectivamente, los cuales establecen que las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en determinado plazo, con la sola excepción, en la ley laboral del atinente al fondo de reserva. No encuentran razón válida para declarar imprescriptible el derecho a la jubilación patronal.

Se trata de un tema sumamente delicado, por estar de por medio una disposición constitucional que establece con carácter general la prescripción extintiva de los derechos del trabajador. En efecto, el citado literal d) del Art. 31 de la Constitución señala que los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique renuncia, disminución o alteración de ellos.

"Las acciones para reclamarlos prescribirán en el tiempo señalado por la Ley, contado desde la terminación de la relación laboral". La mencionada norma se encuentra reproducida textualmente en el numeral 4 del artículo 35 de la Constitución Política vigente a partir del 10 de agosto de 1998.

Por su parte, el Art. 611 del Código del Trabajo señala que, **"las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en tres años contados desde la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos que siguen y en los demás casos de prescripción de corto tiempo, especialmente contemplados en este Código"**. La disposición legal antes transcrita se halla textualmente reproducida en el Art. 632 de la nueva codificación de la Ley Laboral. Cabe observar que ni la norma constitucional ni la disposición legal contemplan excepción alguna a la regla general sobre la prescripción de los derechos del trabajador, circunstancia que se encuadra plenamente en los principios jurídicos que animan el sistema legal ecuatoriano, en particular el de Seguridad, el cual con la prescripción persigue eliminar la incertidumbre que provoca una expectativa indefinida en el ejercicio de una acción judicial por parte del ex trabajador. En todo caso, la dirimencia de la Corte Suprema sirvió para resolver la contradicción y desde ese punto de vista contribuyó a conferir seguridad a los juzgadores inferiores y a la propia Corte ahora convertida en tribunal de casación. Además, permitió que todos los involucrados en el tema cuenten con una directriz segura sobre el particular. Queda por supuesto sin ser ejercida la facultad del Congreso Nacional para revisar la resolución dirimente, pues ni la propia Corte Suprema puede hacer-

lo. Intermitente ha sido la actividad del tribunal supremo en materia de dirimencias laborales. Así, en el mismo año 1989, resolvió la contradicción sobre la prescripción de la jubilación patronal, expidió por unanimidad otra mediante la cual absolvió el entredicho sobre la exigencia o no del visto bueno del Inspector del Trabajo para que el trabajador pueda reclamar indemnización por despido intempestivo, en el caso indicado en el Art. 193 inciso primero del Código del Trabajo, que trata sobre la orden del empleador para el cambio de ocupación del trabajador, sin el consentimiento previo de éste⁹. La contradicción en los fallos surge por la discordancia entre los artículos 193 (hoy 192) y 172 (hoy 173) del Código del Trabajo, pues mientras el primero señala que en caso de cambio de ocupación sin consentimiento del trabajador “se tendrá esta orden como despido intempestivo ...”. el segundo artículo incluye entre las causales por las que el trabajador pueda solicitar el visto bueno para dar por terminado el contrato de trabajo. la exigencia del empleador para ... “**que el trabajador ejecute una labor distinta a la convenida**”. El Pleno se pronunció unánimemente por considerar innecesario el visto bueno, toda vez que el Art. 193 ya califica expresamente como despido intempestivo el cambio de ocupación ordenado por el empleador. Sin embargo, la Corte Suprema no ha tomado hasta la fecha la iniciativa de solicitar al Congreso Nacional la derogatoria del numeral 3 del actual Art. 173 del Código del Trabajo. el cual se incluye en el texto legal y puede generar confusiones al momento de ser invocado. En realidad, antes que contradicción entre fallos sobre un punto de derecho, se trata de contradicción entre dos disposiciones de un mismo cuerpo legal, lo cual condujo a fallos contradictorios dependiendo de la disposición invocada por el juzgador. Si éste optó por el Art. 193, es obvio que no se requería solicitar visto bueno, puesto que el texto legal indica en forma expresa que el cambio de ocupación no consentido por el trabajador será tenido como despido intempestivo, que es una forma de terminar la relación laboral, situación que volvía innecesario solicitar el visto bueno cuyo objetivo es precisamente dar por terminada la relación laboral. Mientras tanto, si el juez consideró que la solicitud de visto bueno siempre presupone la existencia, al momento de presentarla, de la relación laboral, parecía lógico que al incluir el legislador como causal de terminación la exigencia del empleador para que el trabajador ejecute una labor distinta de la convenida, se estaba ante un presupuesto legal para solicitar dicha terminación, pero no ante un despido intempestivo. En todo caso, la dirimencia puso fin a la confusión. si bien lo procedente parecería ser que el Congreso Nacional derogue el numeral

3 del Art. 173 del Código del Trabajo, con lo cual quedaría indiscutida la figura de despido intempestivo contenida en el Art. 193 del mismo cuerpo legal.

La jurisprudencia laboral se nutre de algunas otras resoluciones del Pleno por las cuales se dirimen contradicciones entre Salas de la Corte Suprema. Dos de ellas se refieren a la jubilación patronal, como para confirmar que ese ha sido tema favorito del tribunal. Una resolvió, en 1983, la antigua discusión sobre la coexistencia o no de la jubilación por vejez reconocida por el IESS y la jubilación por antigüedad contemplada en el Código del Trabajo. Por mayoría de 12 votos contra 3, el Pleno decidió : “**que los trabajadores tienen derecho a la jubilación patronal, sin perjuicio de la que les corresponda según la Ley de Seguro Social Obligatorio**”.¹⁰ Posteriormente, en 1989, el Pleno dilucidó las diferencias entre Salas respecto a la fecha desde la cual el trabajador tiene derecho a percibir pensión jubilar de su empleador, una vez que haya cumplido el tiempo de servicios señalado en la ley. La resolución dispone que en ese caso el juez ordenará que la pensión se pague a partir de la fecha en que terminó la relación laboral¹¹. La primera de estas jurisprudencias se halla incorporada al Código del Trabajo. como regla 2ª. de su Art. 219.

ACCIONES POR CUMPLIR

La Constitución Política confiere a la Corte Suprema de Justicia iniciativa para la presentación de proyectos de ley. Sería muy importante que el Tribunal recoja la rica jurisprudencia generada por dirimencias en fallos contradictorios por obscuridad o duda de las leyes y presente a la legislatura los proyectos de reformas legales que contengan sus pronunciamientos. De esa forma se estaría cimentando la certeza jurídica conferida por tales dirimencias, a la que vez que se ofrecería al Congreso Nacional la posibilidad de revisarlas, ya sea para confirmarlas o ya para rectificarlas. La dinámica propia del derecho vuelve saludable su revisión y adaptación a las nuevas realidades.

Corresponderá también a la Corte Suprema resolver respecto a las situaciones creadas en materia de triples reiteraciones dictadas por las Salas de Casación, así como definir el mecanismo de seguimiento y atención a los fallos contradictorios originarios de las Cortes Superiores y los Tribunales Distritales. Se trata de una tarea sumamente compleja que debe ser emprendida sin dilaciones, a fin de garantizar uno de los propósitos más caros de la justicia, cual es, la seguridad jurídica.

NOTAS

1. Ley de Casación art. 3 Causal 1ra.
2. Codificación Constitución Política Segunda Disposición Transitoria Registro Oficial #2 del 13 de febrero de 1997: Dos Salas para lo Penal; 3 Salas para lo Civil y Mercantil; 3 Salas para lo Laboral y Social; 1 Sala para lo Contencioso Administrativo; y, 1 Sala para lo Contencioso Tributario.
3. Triple reiteración de la Segunda Sala de lo Laboral y Social (jubilación patronal - transacción)
 - a. Juicio 233-98 R.O. 16; 14-II-2000
 - b. Juicio 131-98 R.O. 15; 11-II-2000
 - c. Juicio 364-99 R.O. 19; 17-II-2000

NOTAS

Triple reiteración de la Primera Sala de lo Laboral y Social jubilación patronal - transacción

a. Juicio 162-98 R.O. 28; 17-09-1998

b. Juicio 239-98 R.O. 16 marzo 1998

c. Juicio 47-99 R.O. 211; 14-VI-1999

4. Triple reiteración de la Tercera Sala de lo Laboral y Social jubilación patronal - transacción

a. Juicio 204-97 R.O. 88; 15-XII-1998

b. Juicio 320-98 R.O. 156; 25-III-1999

c. Juicio 398-98 R.O. 186; 7-V-1999

5. Tercera Sala de lo Laboral y Social: Juicio 320-98 R.O. 156; 25-III-1999

6. Tercera Sala de lo Laboral y Social; Primeros fallos sobre transacción en jubilación patronal

Juicio 188-97 R.O. 88; 15-XII-1998

Juicio 212-97 R.O. 88; 15-XII-1998

7. Jurisprudencia sobre acción para caducidad visto bueno:

Resolución 1º de julio de 1998; R.O. 365; 21 julio 1998

8. Jurisprudencia sobre imprescriptibilidad del derecho a jubilación patronal.

Resolución 15 de junio de 1989; R.O. 233 Suplemento; julio 14, 1989

9. Jurisprudencia sobre la no necesidad de visto bueno en caso de despido intempestivo por cambio de ocupación.

Resolución 25 de julio de 1989; R.O. 245; Agosto 2, 1989

10. Jurisprudencia que reconoce el derecho a doble jubilación

Resolución 24 de enero de 1983; R.O. 421; enero 28, 1983

11. Jurisprudencia que determina fecha de adquisición del derecho a recibir jubilación patronal. Resolución 19 de julio de 1989; R.O. 245; Agosto 2, 1989

La acción de nulidad contra sentencias dictadas en juicio ejecutivo

Rodrigo Jijón Letort

Si se admitiera que las sentencias que se dictan en los juicios ejecutivos pueden ser objeto del recurso de casación podrían eliminarse, sin ningún riesgo, tanto la acción de nulidad de sentencia como la acción del Art. 458 del Código de Procedimiento Civil.

I. INTRODUCCIÓN

La Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto, en fallo de triple reiteración, que no cabe la acción de nulidad de sentencia establecida en los artículos 303, 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil para las sentencias que se dicten en juicios ejecutivos¹.

En la parte que nos interesa comentar, la Corte dice:

"En nuestra legislación procesal no se le da la autoridad de cosa juzgada material a la sentencia dictada en juicio ejecutivo, puesto que el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil faculta al deudor vencido para proponer contra el ejecutante juicio ordinario, para que dentro de éste se discuta, con ciertas limitaciones, el asunto debatido en el juicio ejecutivo. Por lo dicho, dada la naturaleza del juicio ejecutivo no procede la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada dictada en este juicio; cualquier alegación de nulidad debe hacerse dentro del juicio ordinario previsto en el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto el doctor Emilio Velasco Célleri, dice: 'La acción que se concede al ejecutado para que vuelva a discutirse en juicio ordinario, la obligación sobre la que versó el juicio ejecutivo es distinta a la encaminada a obtener la nulidad de la sentencia; porque la nulidad de una sentencia que se propusiere como acción, no comprende a los fallos de juicio ejecutivo, en vista de que con la acción que le concede el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil actual, se considera que se protege el derecho del ejecutado, para que se vuelva a discutir, sobre las excepciones que no hubieren sido materia de la sentencia, entre las que bien pueden estar una de las alternativas del Art. 303 del Código de Procedimiento Civil actual indica cuando la sentencia ejecutoriada es nula' (Sistema de Práctica Procesal Civil, Tomo 3, pag 583, Editorial Pudeleco -Quito-Ecuador 1994). En sentido similar se pronunció esta Sala especializada en la Resolución No. 240 de 23 de marzo de 1998.- Por las consideraciones anteriormente expuestas, la Primera Sala de lo

Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación interpuesto."

Antes de convertirse en Tribunal de Casación y cuando sus sentencias no constituían precedente obligatorio, ya la Corte Suprema había mantenido este criterio².

Como vemos, la Corte Suprema señala que en la legislación procesal ecuatoriana no se produce la autoridad de cosa juzgada material en la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, puesto que el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil faculta al deudor vencido para proponer contra el ejecutante juicio ordinario, para que dentro de ese juicio ordinario se discuta, con ciertas limitaciones, el asunto debatido en el juicio ejecutivo.

La existencia del Art. 458 del Código de Procedimiento Civil es, también, uno de los argumentos utilizados por la Corte Suprema de Justicia para negar la procedencia del recurso de casación para las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos.

*"Teniendo en cuenta que el recurso de casación es una acción entablada contra la autoridad de cosa juzgada, en el juicio ejecutivo no existe esa calidad en razón de que, de conformidad con el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil, el deudor está facultado para intentar la vía ordinaria, con la sola salvedad de que no podrán ser admitidas las excepciones que hubieran sido materia de la sentencia en el juicio ejecutivo."*³

En el número anterior de esta misma revista señalé que la estructura del juicio ejecutivo en el Ecuador no es adecuada y concluí que, en la realidad normativa, el juicio ejecutivo es un proceso de conocimiento en el que el ejecutado cuenta con todas las garantías de defensa. Ahora veremos qué función desarrolla el juicio ordinario posterior al ejecutivo al que se refiere el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil, juicio al que también se lo denomina en nuestro medio, equivocadamente, juicio de excepciones.

II. EL JUICIO ORDINARIO POSTERIOR AL JUICIO EJECUTIVO

La existencia del juicio ordinario, posterior al juicio ejecutivo, como bien lo anota Couture⁴ se apoya en la idea de que la sumariedad y la celeridad del último, privan al demandado de las garantías necesarias para su defensa. La revisión de la sentencia que se dicte en el juicio ejecutivo tiene por objeto reparar las consecuencias de un debate apresurado.

El juicio ordinario posterior al ejecutivo está contemplado en la mayoría de las legislaciones procesales⁵.

El Art. 458 del Código de Procedimiento Civil señala que:

"El acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la Ley y a satisfacción del juez, por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicite el deudor, manifestando que tiene que intentar la vía ordinaria. En este caso no se admitirán las excepciones que hubiesen sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo."

En subsidio de la fianza puede el acreedor pedir que, mientras se tramita el juicio ordinario, el dinero se deposite, de acuerdo con la Ley

Si el deudor no intentare la vía ordinaria dentro de treinta días, contados desde que se verificó el pago, o la suspendiere por el mismo término, quedará prescrita la acción y se mandará a cancelar la fianza."

Quién puede plantear el juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo

De acuerdo con la legislación ecuatoriana, sólo el deudor vencido se encuentra legitimado para promover el nuevo proceso. No cabe que el acreedor, cuya pretensión de ejecución es desechada, inicie un juicio ordinario tendiente a que se revise la sentencia dictada en su contra. En otras legislaciones, como la argentina o la española⁶, el juicio ordinario posterior al ejecutivo puede ser iniciado por la parte que resultare vencida en el juicio ejecutivo, sea aquella ejecutante o ejecutada.

El que, de conformidad con la legislación procesal del Ecuador, sólo el ejecutado pueda demandar es un elemento que debe tomarse en cuenta en la discusión sobre la procedencia del recurso de casación para las sentencias dictadas en juicio ejecutivo. En efecto, si se considera que uno de los fundamentos de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia para negar la casación de las sentencias que se dictan en de los juicios ejecutivos, es que estas sentencias pueden atacarse mediante la acción prevista en el artículo 458, debe tomarse en cuenta que tal acción corresponde únicamente al ejecutado, por lo que el ejecutante deberá conformarse con la decisión de la Corte de Apelación.

Cuál es el efecto del anuncio que hace el deudor que intentará la vía ordinaria

Según la legislación procesal civil, ante el anuncio que hace el ejecutado que intentará la vía ordinaria, el acreedor, si quiere ser pagado, deberá rendir fianza por los resultados del juicio posterior. Alternativamente, el acreedor puede pedir que el dinero que pague el deudor quede depositado en garantía de los resultados del juicio ordinario. En otros países se discute si la demanda ordinaria posterior al juicio ejecutivo suspende o paraliza la

ejecución. En el caso ecuatoriano, para que el deudor promueva el juicio de conocimiento posterior, deberá haber cumplido la condena impuesta (el pago), pero tiene derecho a que antes de que se entregue ese pago al ejecutante, se le obligue a afianzar el resultado del juicio ordinario.

En qué momento puede hacer el pedido el deudor

El ejecutado, al momento de efectuar el pago ordenado por el juez a través del mandamiento de ejecución, puede pedir que no se lo entregue al acreedor mientras no rinda fianza. Velasco Célleri sostiene que el juicio posterior suspende la vía de apremio⁷. En realidad, lo que puede suspenderse es la entrega del dinero al ejecutante. Si el ejecutado rinde fianza recibirá el pago y habrá terminado la vía de apremio.

Qué se va a discutir en el juicio ordinario

Como señala Couture⁸, no existe unidad de criterio en la doctrina acerca de la amplitud que debiera tener esta revisión. Se trata de saber si en el juicio posterior, la revisión puede ser plena, de todo, o si por el contrario debe limitarse a los puntos no tratados en el juicio ejecutivo.

En el juicio posterior, en principio, se discute sobre la obligación contenida en el título ejecutivo que dio origen al juicio, excluyéndose, según nuestra ley⁹, las excepciones planteadas en el juicio ejecutivo que hubiesen sido materia de la sentencia. Si al dictar sentencia el juez no se pronunció sobre alguna de las excepciones planteadas por el ejecutado, tal excepción puede ser materia del juicio ordinario posterior.

En otras legislaciones, el juicio posterior está limitado a las cuestiones que "legalmente" no pudieron debatirse en el juicio ejecutivo por causa de la limitación en las excepciones admisibles en este tipo de juicios. Se acepta además la discusión de aquellas cuestiones que, por la brevedad de los términos y otros mecanismos establecidos para dotar de celeridad al proceso, no pudieron debatirse total y eficazmente.

El Código de Procedimiento Civil, al regular el juicio ejecutivo, no contiene ninguna limitación en cuanto a las excepciones que puede plantear el ejecutado, por lo que ha de entenderse que el deudor puede plantear todo tipo de excepción¹⁰. En relación a lo segundo, (a la posibilidad de probar las excepciones) nuestro Código de Procedimiento Civil tampoco hace diferencia en cuanto a los medios de prueba admisibles en juicio ejecutivo y los admisibles en otro tipo de procesos ordinarios. Ciertamente el término de prueba en el ejecutivo (6 días) es más corto que el previsto en el juicio ordinario (10 días), pero no por ello se puede concluir que los medios de prueba en el juicio ejecutivo son restringidos.

Como antes señalamos, el objeto del juicio posterior es que se discutan excepciones que no pudieron ser planteadas en el juicio ejecutivo o que no pudieron debatirse y probarse debidamente por la celeridad de este juicio. Lo que debería discutirse en el juicio posterior es, por lo tanto, la obligación sobre la que versó el juicio ejecutivo. Sin embargo, por la amplitud del Art. 458 podrían también discutirse cuestiones que normalmente no cabría plantearlas como excepción, como los vicios que puede generar la nulidad procesal surgidos después de la contestación a la demanda, que podrían ser materia de incidentes o recursos mas no de excepción.

La Corte de Casación, en los fallos de triple reiteración que comentamos, llega a la conclusión de que en el juicio posterior el ejecutado puede plantear la nulidad del trámite ejecutivo. Tal alegación de nulidad no podría plantearse si dentro del juicio ejecutivo ya se planteó la excepción de nulidad y esa excepción fue decidida en dicho juicio.

Surge la duda de si cabría la acción de nulidad del trámite del juicio ejecutivo como incidente y tal cuestión fue materia de la sentencia. Yo pensaría que tal alegación no es posible. En otros países se ha dispuesto de manera expresa que no podrá proponerse en el juicio ordinario posterior la nulidad de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo¹¹. De la misma manera, en doctrina, se establece que el ejecutado que por negligencia o por cualquier otro motivo no planteó en el juicio ejecutivo excepciones admisibles, pierde el derecho de plantear esas excepciones en el juicio posterior. Nada obsta en nuestro derecho para que el ejecutado inicie un juicio posterior en base a excepciones que, por negligencia o por "estrategia procesal", no planteó en el juicio ejecutivo.

De la misma manera, en nuestro sistema procesal el ejecutado puede plantear el juicio posterior en base a excepciones que, si bien fueron planteadas al contestar la demanda en el juicio ejecutivo, no fueron materia de pronunciamiento expreso por parte del juez.

En cuanto a la posibilidad de plantear en el juicio posterior la ineficacia del título ejecutivo como tal, creemos que si tal excepción, por cualquier motivo, no se planteó en el juicio ejecutivo, nada obsta para que sea materia de acción en el juicio posterior. Como lo señalamos antes, en otros países no cabría iniciar un juicio posterior alegando la ineficacia del título ejecutivo, pues tal excepción es admisible en el juicio ejecutivo. Lo propio ocurriría con excepciones como la falta de causa o causa ilícita de una letra de cambio o un pagaré.

Otro tema que podría suscitar dudas es la posibilidad de plantear el juicio posterior por vicios acaecidos en la etapa de ejecución de la sentencia. Nada veo en el Código que impida que el ejecutado, luego de pagar, pueda, por ejemplo, demandar la nulidad de determinada decisión judicial o actuación de parte en la vía de apremio fundamentándose en el mismo Art. 458.

Qué juez es el competente

Nada dice el Código de Procedimiento Civil acerca de qué juez es el competente para conocer el juicio posterior, que si bien es independiente, tiene íntima relación con el juicio ejecutivo, pues como lo señala Horacio Bustos¹², aunque no se debatieran cuestiones idénticas, se tratará de la misma relación jurídica.

En algunas legislaciones se establece de manera expresa que el juicio posterior deberá seguirse ante el juez de instancia que conoció el juicio ejecutivo. En nuestra legislación no contamos con disposición expresa, pero la jurisprudencia es concordante en cuanto a que la demanda ordinaria debe plantearse ante el mismo juez que conoció el juicio ejecutivo.

Caducidad de la acción

La ley establece que si el deudor no iniciare el juicio ordinario en los treinta días siguientes contados desde que verificó el pago, o si suspendiere la acción ordinaria por

el mismo término, quedará prescrita la acción y se mandará a cancelar la fianza. Si bien la ley utiliza la expresión "quedará prescrita", entendemos que se trata de una especie de caducidad. Velasco Célleri¹³ sostiene además que con la sola admisión de la demanda en el juicio posterior deja de correr el término para que opere la caducidad, sin que sea necesario que se cite con la demanda dentro de este término.

Si la demanda no se presenta y es admitida por el juez, dentro del término de caducidad señalado en el inciso 3ero. del Art. 458 del Código de Procedimiento Civil, se cancela ipso jure la fianza rendida por el ejecutante previo al pago.

La cosa juzgada y el juicio ejecutivo

Con frecuencia se sostiene que la sentencia que se dicta en el juicio ejecutivo no tiene efecto de cosa juzgada. Siguiendo a Guasp¹⁴ diremos que "en principio", las sentencias que se dictan en los juicios ejecutivos no gozan de autoridad de cosa juzgada material. Una vez ejecutoriada la sentencia que pone fin al proceso ejecutivo, las partes no disponen ya de ningún recurso dentro del proceso para atacar la validez de la sentencia pero, como hemos visto, el ejecutado tiene la posibilidad de iniciar un juicio ordinario para discutir cuestiones referentes a la obligación materia de la decisión del juicio ejecutivo. La sentencia que obtenga el demandado en el juicio posterior puede modificar los efectos materiales de la dictada en el juicio ejecutivo. Sin embargo, el principio de inexistencia de cosa juzgada material no es absoluto: en el juicio ordinario posterior no se podrán discutir las excepciones que fueron ya materia de la sentencia en el juicio ejecutivo. Como dice el mismo Guasp, el juicio ordinario posterior no es una reproducción del litigio inicial. Sobre este punto, Vescovi¹⁵ acota que si el objeto del juicio posterior es totalmente diferente, al no haber cosa juzgada, no hay ningún impedimento para que se presente un nuevo juicio. Ciertamente me parece que la íntima relación que existe entre el juicio ejecutivo y el ordinario posterior es tal que, a falta de norma expresa, en nuestro caso el artículo 458, que permite la iniciación del juicio posterior, no se podría plantear un nuevo juicio para que se revise la sentencia.

Debe concluirse, por lo tanto, que lo de la inexistencia de la cosa juzgada material en el juicio ejecutivo no es un principio absoluto.

La Corte Suprema de Justicia, al negar el recurso extraordinario de casación para las sentencias dictadas en juicios ejecutivos, no ha considerado la relatividad del principio de no existencia de cosa juzgada material en el juicio ejecutivo.

III. LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LA SENTENCIA

¿Por qué el legislador establece una acción que ataca a la sentencia ejecutoriada? ¿Por qué atentar contra la institución de la cosa juzgada, piedra fundamental de cualquier sistema procesal?

La razón de ser de esta acción de nulidad de sentencia ejecutoriada es diferente de la que justifica la existencia del artículo 458 del Código de Procedimiento Civil. Como dijimos antes, el juicio ordinario posterior al ejecutivo tiene como antecedente la estructura del juicio ejecutivo que angustia el derecho de defensa del demandado.

Tampoco vemos a la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada como un remedio para los procesos sumarios en los que se privilegia la celeridad de la resolución a riesgo de su certeza. Es más, nuestra jurisprudencia parecería dirigir la acción de nulidad a los procesos de conocimiento lato y no a los juicios sumarios¹⁶.

A mi juicio, lo que se busca con la acción establecida en los Art. 303, 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil es combatir una mala utilización de este instrumento de administración de justicia que se llama proceso. La mala utilización del proceso puede tener como antecedente la conducta equivocada, dolosa o fraudulenta de los sujetos procesales.

El proceso no es otra cosa que un mecanismo diseñado, por parte del Estado, para la solución de los conflictos. En el proceso intervienen seres humanos: unos solicitan la actuación de la justicia, otros tienen a su cargo la dirección y decisión del pleito; otros llevan a cabo actividades de apoyo y asistencia a los anteriores. Por dolo, fraude, interés o error, la conducta de estos seres humanos puede apartarse del ideal previsto en el marco legal.

La conducta equivocada de los sujetos procesales, dentro del proceso, puede producir vicios que afectan al proceso como tal, a sus presupuestos, a los principios y garantías que lo informan o al trámite establecido en la ley. Estos vicios se denominan errores *in procedendo*. Puede ocurrir también que en el transcurso del proceso se cometan equivocaciones en relación a la materia misma del proceso, a la interpretación de los hechos en conflicto o a la aplicación de las normas de derecho sustantivo que rigen la relación material: estos errores se denominan errores *in iudicando*. Un sistema procesal adecuado debe contar con mecanismos idóneos para combatir tanto los errores *in procedendo* como los errores *in iudicando*. La nulidad es el mecanismo a través del cual se combaten los errores *in procedendo*. Con la nulidad se le pide a la autoridad que deje sin efecto los actos que carecen de las condiciones requeridas por la ley para su validez. Según Vescovi¹⁷, la nulidad es una sanción que tiende a privar de efectos (eficacia) a un acto (o negocio jurídico) en cuya ejecución no se han guardado las formas.

Las nulidades procesales provienen, esencialmente, como bien lo anota Cruz Bahamonde¹⁸, de la omisión de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias (Art. 355) y de la violación de trámite que influye en la decisión de la causa (Art. 1067).

Existen varias vías para atacar la validez de los actos procesales dentro del proceso. Se puede reclamar la nulidad por la vía de los recursos ordinarios de revocatoria y apelación o extraordinario de casación. En nuestro país la nulidad debe interponerse conjuntamente con los otros recursos. No se la concibe como un recurso independiente. También se puede reclamar la nulidad del proceso al comparecer y deducir excepciones (falta de jurisdicción o competencia, incapacidad, etc.). Salvo casos aislados¹⁹, en el Ecuador las excepciones se resuelven al momento de dictar sentencia. Se puede también introducir la discusión de la validez de los actos del proceso mediante incidentes, con la exigencia de que la reclamación de nulidad debe plantearse en la primera oportunidad, de lo contrario, al comparecer y no reclamar la parte podría estar convalidando la nulidad.

Existen, como vemos, y dentro del mismo proceso, mecanismos para corregir errores de forma que pueden generar su nulidad. Parece ilógico que una vez concluido el proceso, expedida una sentencia que se ha ejecutoriado luego de haber pasado todos los filtros y mecanismos de protección establecidos, aparezca posibilidad de demandar la nulidad de esa sentencia, dejando en nada el principio de cosa juzgada que garantiza la inalterabilidad y ejecutabilidad de la sentencia.

Pese a estas objeciones, la acción de nulidad de sentencia es conocida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. El mismo Vescovi da cuenta de esta acción en el antiguo derecho español. Se justifica esta acción cuando en el proceso se han violado las garantías básicas, las más elementales, o cuando el proceso es el resultado de la acción fraudulenta de una de las partes, como por ejemplo, cuando no se cita con la demanda al demandado y el juicio se sigue en rebeldía, o de las dos partes como cuando en el juicio de divorcio se simula una causal.

Los códigos procesales contemporáneos²⁰ admiten la acción de nulidad de actos procesales, aún después de terminado el proceso, si tales actos han sido el resultado de dolo, fraude o colusión. Hay autores²¹ que sostienen que a falta de texto negativo expreso en contrario, cabe la demanda de nulidad de los actos en la vía ordinaria.

La acción de nulidad en el Código de Procedimiento Civil

La acción de nulidad de sentencia está regulada en el Código de Procedimiento Civil en los artículos 303, 304 y 305. El Art. 303 establece en qué casos se puede demandar la nulidad de una sentencia ejecutoriada:

“Art. 303.- *La sentencia ejecutoriada es nula:*

1. *Por falta de jurisdicción o por incompetencia del juez que la dictó*
2. *Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio; y,*
3. *Por no haberse citado con la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía.”*

De su lado, el Art. 304 establece quién puede proponer la acción y cuándo puede hacerlo:

“Art. 304.- *La nulidad de que trata el artículo anterior puede proponerse como acción por el vencido ante el juez de primera instancia, mientras no se hubiere ejecutado la sentencia”.*

La jurisprudencia se ha encargado de precisar el alcance de este artículo: la Corte Suprema de Justicia ha establecido que terceros que no fueron parte en el juicio y que, por lo tanto no pueden ser considerados como “vencidos”, pueden plantear la acción de nulidad²².

Se considera que la ley, al conceder la acción de nulidad al “vencido”, supone que la acción de nulidad es aplicable únicamente cuando no se puede interponer ningún recurso dentro del proceso. También supone que el “vencido” interpuso los recursos que tuvo dentro del proceso, pues de no haberlo hecho se habría allanado a la nulidad y mal podría plantear la acción posterior²³.

De otra parte, queda en claro que la demanda de nulidad de sentencia ejecutoriada no puede plantearse ni antes de que se ejecutorie la sentencia, ni después de que ha sido ejecutada.

Han surgido dudas sobre cuándo ha sido ejecutada la sentencia: cuando se ha pedido la ejecución de la misma

o cuando se ha cumplido, efectivamente, lo dispuesto por el juez.

En el pasado la Corte Suprema de Justicia ha considerado que basta que se pida la ejecución de la sentencia para que no pueda plantearse la acción de nulidad. Actualmente la disposición del Art. 304 no deja dudas que lo que importa no es que se haya pedido la ejecución de la sentencia, sino el que ésta haya sido efectivamente ejecutada. En este sentido coinciden Velasco Céleri y Cruz Bahamonde. Una excepción al principio de que no puede demandarse la nulidad de la sentencia cuando ésta ya ha sido ejecutada la encontramos en el caso de la demanda de nulidad de la sentencia de divorcio, cuya nulidad puede demandarse aunque la sentencia haya sido ya inscrita en el Registro Civil. En este caso la ley concede la acción de nulidad a una sentencia ejecutoriada y ejecutada.

Finalmente, el artículo 305 establece los casos en los que no se puede demandar la nulidad de la sentencias:

“Art. 305.- No ha lugar la acción de nulidad:

1. Si la sentencia ha sido ya ejecutada;
2. Si ha sido dada en última instancia por la Corte Suprema; y
3. Si la falta de jurisdicción o la incompetencia, o la ilegitimidad de personería, fueron materia de discusión especial y de previo pronunciamiento que llegó a ejecutoriarse.”

Ya hemos comentado los criterios jurisprudenciales existentes sobre la prohibición de plantear la acción de nulidad de sentencia cuando ésta ya ha sido ejecutada.

La disposición del numeral segundo no corresponde a la realidad procesal actual. Como sabemos, con la introducción del recurso de casación la Corte Suprema de Justicia dejó de ser Tribunal de Instancia y se convirtió en Tribunal de Casación. A la luz de este cambio, ¿cómo deberá entenderse la norma?

Podemos sostener que no cabe la acción de nulidad de las sentencias de casación dictadas por la Corte Suprema de Justicia o deberemos entender que no es procedente demandar la nulidad de sentencias ejecutoriadas dictadas por las Cortes Superiores, máximos tribunales de instancia. Cruz Bahamonde²⁵ sostiene que la denegación de un recurso es materia de derecho público, por lo que no puede prohibirse la acción de nulidad por haber sido resuelta la sentencia en última instancia por la Corte Suprema. El mismo autor argumenta que la nulidad de sentencia ejecutoriada, fundada en el Art. 303, sólo puede ser procedente en los procesos de única instancia o en los que se deniega todos los recursos. Por no ser el tema de este artículo no voy a hacer comentarios sobre los procesos en los que se deniegan todos los recursos, sin perjuicio de lo cual me pronuncio de modo categórico en el sentido de que tales procesos no otorgan las garantías más elementales del debido proceso y son, por lo tanto, inconstitucionales. Tampoco creo que la acción de nulidad pueda ser ejercida sólo en contra de los procesos sin recursos, pues tal limitación no está en la ley y donde la ley no distingue el juez no puede hacerlo.

Finalmente, no se puede demandar la nulidad de la sentencia alegando la falta de jurisdicción o incompetencia del juez cuando tales excepciones, o eventualmente incidentes, fueron materia de pronunciamiento expreso en la sentencia cuya nulidad se demanda.

La acción de nulidad de sentencia y la cosa juzgada

La sentencia, una vez ejecutoriada, adquiere firmeza y no puede ser impugnada dentro del mismo proceso. La sentencia goza por lo tanto del carácter de cosa juzgada formal. La acción de nulidad de sentencia, con todas las restricciones y limitaciones antes anotadas, determina que la sentencia no adquiere la calidad de cosa juzgada material, con el inconveniente adicional de que al no establecerse en este caso un tiempo de prescripción o caducidad para intentar la acción de nulidad, deberá estarse a las normas generales sobre prescripción extintiva del Código Civil. Ciertamente si la sentencia ha sido ejecutada antes de que venza el plazo de prescripción, tampoco se podrá demandar la nulidad de sentencia.

Con la misma lógica con la que analizamos los efectos del Art. 458 en relación a la cosa juzgada, señalaremos que el ataque de la acción de nulidad de sentencia a la institución de la cosa juzgada es parcial, pues está claro que lo que fue materia del pronunciamiento que llegó a ejecutoriarse no sirve como fundamento para iniciar la acción de nulidad. Al contestar a la demanda, el demandado puede perfectamente plantear la excepción de cosa juzgada, excepción que deberá ser acogida por el juez para rechazar la acción de nulidad.

Ante qué juez debe plantearse la acción de nulidad de la sentencia

El Art. 304 señala que la acción de nulidad de sentencia puede proponerse por el vencido ante el juez de primera instancia. Puede concluirse dos cosas antagónicas de esta disposición: que la acción debe proponerse ante el juez de primera instancia que dictó la sentencia o, por el contrario, ante el juez de primera instancia que adquiere competencia en virtud del sorteo.

Dentro de este análisis hay que considerar que el Art. 306 del Código de Procedimiento Civil señala que la ejecución de la sentencia corresponde en todo caso al juez de primera instancia y, debe entenderse, el que dictó la sentencia. Parecería natural que la acción de nulidad de sentencia se presente ante el mismo juez que dictó la sentencia y que tiene que ejecutarla, entonces.

La jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar que la acción de nulidad de sentencia debe plantearse ante el mismo juez que conoció de la demanda.

En la Gaceta Judicial II, Serie No. 39, aparece un fallo que en su parte pertinente es citado por Velasco Céleri y dice:

“La nulidad de una sentencia ejecutoriada no puede deducirse sino ante el Juez de primera instancia que la expidió, porque correspondiéndole a éste la ejecución de la sentencia le corresponde también conocer las peticiones que tengan por objeto impedir dicha ejecución.”

Cuál es el efecto de la acción de nulidad de la sentencia

El Código de Procedimiento Civil no señala de manera expresa qué resultado produce la demanda de nulidad en relación a la ejecución de la sentencia que se pretende dejar sin efecto. Al no haber norma expresa, podríamos especular sobre tres posibilidades: (I) que la presentación de la demanda no suspenda el proceso de ejecución de la sentencia, (II) que la presentación de la demanda sí suspenda la ejecución de la sentencia, y (III) que la ejecución

continúe pero para que el ejecutante sea pagado deba rendir fianza por los resultados del juicio ordinario.

Cruz Bahamonde sostiene que la admisión de la demanda de nulidad de sentencia suspende la ejecución. Fundamenta su criterio en que, como vimos, no cabe plantear la acción de nulidad de sentencia cuando ésta ha sido ya ejecutada, de donde concluye que la función de la acción de nulidad de sentencia es suspensiva.

En algunos fallos, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido expresamente que la acción de nulidad de sentencia suspende la ejecución²⁶. Tal criterio también parece evidente en algunos fallos de la misma Corte, que sostienen que el objeto de esta acción es impedir la ejecución de la sentencia.²⁷

Velasco Célleri, por el contrario, sostiene que la acción de nulidad de sentencia no suspende la ejecución y encuentra que ésta es una diferencia con la acción del Art. 458 de Código de Procedimiento Civil.

IV.- LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN EL JUICIO EJECUTIVO

Como habíamos señalado anteriormente, la decisión de la Corte Suprema en los fallos de casación que comentamos, proscribe la acción de nulidad para las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos por la naturaleza del juicio ejecutivo.

Como vimos, la Corte cita como antecedentes antiguos fallos de en los que se mantenía el mismo principio. Debería precisarse, sin embargo, que tales fallos obedecían a una normativa procesal diferente²⁸.

Argumenta la Corte que en la legislación procesal ecuatoriana, a la sentencia del juicio ejecutivo no se le da la autoridad de cosa juzgada material, puesto que el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil faculta al deudor vencido para proponer contra el ejecutante juicio ordinario, para que dentro de éste se discuta, con ciertas limitaciones, el asunto debatido en el juicio ejecutivo.

Se considera que el Art. 458 protege el derecho del ejecutado, para que se vuelvan a discutir las excepciones que no hubieran sido materia de la sentencia, entre las que bien pueden estar las excepciones que fundamentan el juicio de nulidad de sentencia que, como hemos visto, son la falta de jurisdicción y competencia del juez, la ilegitimidad de personería de las partes y la falta de citación al demandado si el juicio se hubiere continuado y resuelto en rebeldía.

Parecerá lógico que si el ejecutado tiene a su disposición la acción prevista en el Art. 458 del Código de Pro-

cedimiento Civil en la que puede incluir todas las alegaciones por la que se puede demandar la nulidad de la sentencia, la Corte obligue al ejecutado a seguir el camino especial fijado para las sentencias del juicio ejecutivo y no el general establecido para otras sentencias.

La posición contraria, esto es, permitir que el ejecutado pueda acumular las acciones de los artículos 458 y 303 del Código de Procedimiento Civil e, inclusive, utilizarlas en forma consecutiva, atentaría contra principios básicos de la organización judicial como la celeridad y la seguridad jurídica.

Quedan, sin embargo, algunos puntos que deberán ser analizados con cuidado por la Corte Suprema de Justicia. Mientras la acción de nulidad de sentencia puede ser demandada por el "vencido", actor o demandado, la demanda de revisión y/o nulidad prevista en el Art. 458 sólo puede ser planteada por el ejecutado vencido. El ejecutante vencido no tiene posibilidad de plantear esta acción. Si a ello añadimos que el ejecutante vencido tampoco tendría derecho a plantear el recurso extraordinario de casación, concluiremos en que la situación procesal del ejecutante vencido es injusta.

También podría alegarse que la acción del Art. 458 del Código de Procedimiento Civil es distinta a la de nulidad de sentencia. La primera tiene como antecedente la validez del fallo ejecutoriado, la segunda, por el contrario, ataca la validez misma de la sentencia por falta de presupuestos procesales. En el juicio ordinario que sigue al ejecutivo, se discute la obligación mientras que en el juicio de nulidad de sentencia se atacan las formas del proceso.²⁹ Debe además considerarse que las normas que regulan la acción de nulidad de sentencia en el juicio ejecutivo no excluyen de esta acción a las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo. Que las sentencias que se dictan en el juicio ejecutivo sí se ejecutorian y que, por lo tanto, mientras no se hayan ejecutado, pueden ser objeto de la demanda de nulidad de sentencia.³⁰

Lo que está claro es que la estructura del juicio ejecutivo en el Ecuador es muy mala y que debe ser modificada. Como dijimos anteriormente, la acción prevista en el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil no se justifica en nuestra realidad procesal. Si se admitiera que las sentencias que se dictan en los juicios ejecutivos pueden ser objeto del recurso de casación, podrían eliminarse sin ningún riesgo, a mi juicio, tanto la acción de nulidad de sentencia como la acción del Art. 458. Podría subsistir simplemente una acción general para combatir las sentencias que son el resultado de procesos dolosos o fraudulentos.

BIBLIOGRAFIA

1. Velasco Célleri, Emilio, SISTEMA DE PRACTICA PROCESAL CIVIL, PUDELECO.
2. Cruz Bahamonde, Armando, Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil, Edino
3. Guasp, Jaime, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
4. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.
5. Véscovi, Enrique, Teoría General del Proceso, Temis, Bogotá.
6. Véscovi Enrique, Los Recursos Jurídicos y demás Medios Impugnativos.
7. Código Procesal Civil, República del Perú
8. Ley de Enjuiciamiento Civil de España
9. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina

BIBLIOGRAFIA

10. Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.
11. Bustos Berrondo Horacio, Juicio Ejecutivo
12. Couture Eduardo J., Fundamentos de Derecho Procesal.
13. Repertorios de Jurisprudencia preparados por el Dr. Juan Larrea Holguín, Corporación de Estudios y Publicaciones.
14. Índice de Procedimiento Civil Ecuatoriano, Carlos Puig Vilazar, Fondo de Cultura Ecuatoriana.

NOTAS

1. Los tres fallos en los que la Corte Suprema establece este criterio son: Juicio No. 100-99; Resolución No. 146-2000, R.O. 65, 26 de Abril de 2000; Juicio No. 75-97, Resolución No. 201-2000 todavía no publicada en el Registro Oficial; Resolución 250-98, R.O. 319 de 18 de mayo de 1998.
2. La Corte en su fallo cita uno publicado por Velasco Célleri. en su obra 'Sistema de Práctica Procesal' y que consta en la GJ, Serie IV S. No. 96. La cita dice: "La acción que se concede al ejecutado para que se vuelva a discutir en juicio ordinario la obligación sobre que versó el juicio ejecutivo, es distinta de la encaminada a obtener la nulidad de la sentencia: porque la nulidad de una sentencia que se propusiere como acción no comprende a los fallos del juicio ejecutivo, en vista de que con la acción que le concede el Art. 458, actual, se considera que se protege el derecho del ejecutado, para que se vuelva a discutir, sobre las excepciones que no hubieren sido materia de sentencia, entre las que bien pueden estar una de las alternativas del Art. 303 del C.P.C. actual, que indica cuanto la sentencia ejecutoriada es nula."
3. Véase como ejemplo la sentencia No. 304-98, publicada en el Registro Oficial No. 358-98 de 10 de Julio de 1998.
4. COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pg. 472
5. Así por ejemplo: El art. 553 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de la República Argentina señala: "Cualquiera que fuere la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo, el ejecutante o el ejecutado podrán promover el ordinario una vez cumplidas las condenas impuestas. Toda defensa o excepción que por la ley no fuese admisible en el juicio ejecutivo podrá hacerse valer en el ordinario. No corresponderá el nuevo proceso para el ejecutado que no opuso excepciones respecto de las que legalmente pudo deducir, ni para el ejecutante, en cuanto a las que se hubiese allanado. Tampoco se podrá discutir nuevamente las cuestiones de hecho debatidas y resueltas en juicio ejecutivo, cuya defensa o prueba no tuviese limitaciones establecidas por la ley, ni las interpretaciones legales formuladas en la sentencia, ni la validez o nulidad del procedimiento de ejecución. La falta de cumplimiento de las condenas impuestas podrá ser opuesta como excepción de previo o especial pronunciamiento. El juicio ordinario promovido mientras se sustancia el ejecutivo no produce la paralización de este último."
6. El Art. 315 del Código Procesal Modelo para Iberoamérica señala: "Dentro de los seis meses de cumplida o ejecutada totalmente la sentencia, cabrá el proceso ordinario de revisión de lo decidido en el proceso ejecutivo, el cual se tramitará ante el mismo Tribunal que entendió en la primera instancia del referido proceso." El Art. 361 del Código General del Proceso de la República del Uruguay señala: "361.1. Lo decidido en el proceso ejecutivo podrá ser modificado en proceso ordinario posterior. Este proceso solo podrá promoverse cuando haya quedado ejecutoriada la sentencia pronunciada en el proceso ejecutivo. 361.2. Para conocer en el proceso ordinario posterior, cualquiera sea la naturaleza de la demanda que se interponga, será competente el mismo Tribunal que hubiere entendido en la primera instancia del proceso ejecutivo. 361.3. El derecho de obtener la revisión de lo resuelto en el proceso ejecutivo caducará a los seis meses de ejecutoriada la sentencia pronunciada en éste."
7. Velasco Célleri, Emilio, Sistema de Práctica Procesal Civil, Tomo 3, Teoría y Práctica del Juicio Ejecutivo, Pudeleco, Quito, 1994, pg. 581
8. Couture, Eduardo J., obra citada, pg. 473
9. Velasco Célleri Emilio, obra citada, refiere que en el Código de Enjuiciamiento Civil, vigente hasta 1938, no había la disposición que prohibía la admisión de las excepciones que hubiesen sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo.

NOTAS

10. En efecto, al regular el juicio ejecutivo, el Art. 439 señala: " En el juicio ejecutivo, las excepciones, sean dilatorias o perentorias se propondrán conjuntamente y dentro del término de tres días. Si la demanda se hubiere aparejado con sentencia ejecutoriada, solo se admitirán las excepciones nacidas después de la ejecutoria." La tendencia moderna, en materia de juicio ejecutivo es la de limitar las excepciones que se pueden plantear a la demanda e inclusive la de limitar las pruebas que se pueden aportar en el proceso de ejecución. Así por ejemplo, el Código Procesal Civil del Perú, Art. 700, referente a la ejecución de obligaciones de dar suma de dinero, establece que la contradicción del ejecutado a la demanda de ejecución sólo se podrá fundar en (i) la inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; (ii) Nulidad formal o falsedad del título ejecutivo; (iii) La extinción de la obligación exigida o (iv) Excepciones y defensas previas.
11. El Art. 553 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina expresamente lo impide.
12. Bustos Berondo, Horacio, Juicio Ejecutivo, Sexta Edición, Librería Editora Platenese, La Plata 1993, pg. 425.
13. Velasco Céleri, obra citada, pg. 582
14. Guasp, Jaime, Derecho Procesal Civil, Tomo II, Parte Especial, pgs. 186 y ss
15. Véscovi, Enrique, Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica, Ediciones Depalma, Buenos Aires, pg. 455
16. Juicio Ordinario por nulidad de sentencia ejecutoriada, seguido por Oswaldo Viñueza Pérez contra el doctor Eduardo Batallas y Herminia Mosquera de Batallas. Gaceta Judicial IX. No. 14, pág. 1437.
17. Véscovi, Enrique, Teoría General del Proceso, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1984, pág. 295.
18. Cruz Bahamonde, Armando, Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil, Volumen V, pág. 143, EDINO, Quito, 1998,
19. Un caso de excepción es el previsto en el Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que dispone que la excepción de existencia de convenio arbitral debe resolverse de manera previa.
20. Véase por ejemplo el Art. 114 del Código General del Proceso de la República del Uruguay
21. Enrique Véscovi en la obra citada, pág. 315
22. "Aunque la actora no sea parte del procedimiento de jurisdicción voluntaria que ha culminado con la sentencia, en la que a la demandante la declara dueña de un terreno por haberlo poseído por más de treinta años, ni pudo serlo porque tal declaración no fue dada en juicio contencioso, es legal su reclamación de nulidad de la sentencia, probado como está que es dueña del terreno por escritura pública, de la que aparece interés evidente en el valor que pudiese tener la sentencia referida." Gaceta Judicial Serie VIII, No. 10. Pág. 294.
23. Ver sentencia publicada en la Gaceta Judicial, Año LIV, Serie VII, Nro. 8, pág. 860
24. Debe anotarse que el Art. 344 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil señalaba: "La nulidad de que trata el artículo anterior, puede proponerse como acción o como excepción, ante el juez de primera instancia. Como acción, por el vencido, cuando el vencedor no ha pedido aún la ejecución de la sentencia; y como excepción, cuando, pretendiendo el vencedor la ejecución de la sentencia, pide el vencido que se la declare nula".
25. Cruz Bahamonde, Armando, obra citada, pág. 147.
26. "Si bien es cierto que atacada la validez de una sentencia ejecutoriada, debe suspenderse la ejecución de la misma hasta que se resuelva sobre la validez o nulidad de la misma ..." Gaceta Judicial, Año LXVII, Serie X, Nro. 6, pág. 2651
27. La sentencia publicada en la gaceta Judicial Serie II, No. 39, citada anteriormente contiene ese criterio.
28. La sentencia a la que se refiere la Corte Suprema de Justicia y que fue citada en la nota No. 2, por ejemplo, fue dictada en el año de 1925 y algunos de sus considerandos ya no son aplicables por los cambios en las normas que regulan el juicio de nulidad de sentencia. En efecto, el Art. 344 del antiguo Código de Enjuiciamiento Civil decía: " La nulidad de que trata el artículo anterior, puede proponerse, como acción o como excepción, ante el juez de primera instancia. Como acción, por el vencido, cuando el vencedor no ha pedido aún la ejecución de la sentencia; y como

NOTAS

excepción, cuando, pretendiendo el vencedor la ejecución de la sentencia, pide el vencido que se la declare nula." El actual Art. 304 dice: "La nulidad de que trata el artículo anterior puede proponerse como acción por el vencido ante el juez de primera instancia, mientras no se hubiere ejecutado la sentencia." En el sistema anterior, una vez que el juez dictaba la sentencia en un proceso declarativo, debía demandarse su ejecución en juicio ejecutivo; en ese contexto se podía plantear la nulidad de sentencia como acción por parte del vencido, antes que se demande la ejecución de la sentencia o como excepción una vez que el vencedor demande la ejecución de la sentencia. Actualmente, por expresa disposición de los artículos 498 y 500 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias que se dictan en los juicios declarativos se ejecutan del mismo modo que las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo.

29. Este argumento ha sido utilizado, a mi juicio equivocadamente, por la Corte Suprema para ratificar el criterio de que no se puede plantear la acción de nulidad de sentencia contra las dictadas en juicio ejecutivo. Véase la misma sentencia citada en el No. 2 de este trabajo.

30. En la sentencia publicada en la Gaceta Judicial, Año XXV, Serie IV., Nro. 196, pág. 1571, existe un voto salvado, en el que claramente se dice que las acciones no son incompatibles por referirse a cuestiones jurídicas completamente distintas y que, por lo mismo, bien puede el interesado hacer uso de uno u otro de dichos derechos, o de ambos, en el orden sucesivo que corresponde a su naturaleza."

Gaceta Judicial IX, No. 14, pág. 1437.

17. Yescovi, Enrique. Teoría General del Proceso. Editorial Tomás Bataillon, Bogotá, 1984, pág. 395.

18. Cruz Bahamonde, Armando. Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil. Volumen V, pág. 143. EDI/O, Quito, 1998.

19. En el caso de excepción es el previsto en el Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación que dispone que la excepción de existencia de convenio arbitral debe resolverse en primera instancia.

20. Véase por ejemplo el Art. 114 del Código General del Proceso de la República del Uruguay.

21. Enrique Yescovi en la obra citada, pág. 315.

22. Aunque la acción no sea parte del procedimiento de jurisdicción voluntaria que ha culminado con la sentencia, en la que a la demandante le declara dueña de un terreno por haberlo poseído por más de treinta años, ni pudo estarlo porque tal declaración no fue dada en juicio contencioso, es legal su reclamo de nulidad de la sentencia, probado como está que es dueña del terreno por escritura pública, de la que aparece interés evidente en el valor que pudiera tener la sentencia referida". Gaceta Judicial Serie VII, No. 10, pág. 294.

23. Ver sentencia publicada en la Gaceta Judicial, Año LV Serie VII, No. 2, pág. 800.

24. Dicho artículo que el Art. 344 de la antigua Ley de Procedimiento Civil establecía: "La nulidad de que trata el artículo anterior puede proponerse como acción o como excepción, ante el juez de primera instancia, como acción, por el vencido, cuando el vencedor no ha pedido aún la ejecución de la sentencia, y como excepción, cuando pretendiendo el vencedor la ejecución de la sentencia, pide el vencido que se la declare nula."

25. Cruz Bahamonde, Armando, obra citada, pág. 117.

26. "Si bien es cierto que atada a la validez de una sentencia ejecutoriada, debe suspenderse la ejecución de la misma hasta que se resuelva sobre la validez o nulidad de la misma..." Gaceta Judicial, Año LVII Serie X, No. 6, pág. 2061.

27. La sentencia publicada en la Gaceta Judicial Serie II, No. 39, citada anteriormente, contiene ese criterio.

28. La sentencia a la que se refiere la Corte Suprema de Justicia y que fue citada en la Nota No. 2, por ejemplo, fue dictada en el año de 1925 y algunas de sus consideraciones ya no son aplicables por los cambios en las normas que regulan el juicio de nulidad de sentencia. En efecto, el Art. 344 del antiguo Código de Procedimiento Civil decía: "La nulidad de que trata el artículo anterior puede proponerse como acción o como excepción, ante el juez de primera instancia. Como acción, por el vencido, cuando el vencedor no ha pedido aún la ejecución de la sentencia, y como

Capacidades y legitimaciones en el proceso civil

Lorena Cascante Redín

La intervención de las personas a un proceso está sometida a ciertos requisitos con los que deben cumplir cada una de ellas. Este es un estudio preliminar, y con análisis de fallos, de la legitimación procesal o en el proceso.

A la Corte Suprema de Justicia le compete el control de la legalidad de las resoluciones de los juzgadores de instancia. Este control lo ejerce a través de sus fallos, dictados como Tribunal de Casación.

En reiterados fallos de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil podemos ver que los Magistrados se han visto en la necesidad de precisar dos conceptos de uso muy frecuente en el debate procesal: el de la ilegitimidad de personería y el de falta de derecho del actor o ilegítimo contradictor. Es que los tribunales y jueces inferiores tienden, en muchos casos, a considerarlos como sinónimos.¹

Estos conceptos tienen vinculación directa con la intervención de las partes en el proceso civil, por lo que, para comprenderlos en su correcto alcance, haremos un breve recorrido a través de los requisitos con los que deben cumplir las personas que intervienen en un proceso y cuya falta u omisión puede influir en la validez del proceso o en la eficacia del resultado procesal.

LA ILEGITIMIDAD DE PERSONERÍA

Según el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil, la legitimidad de personería es una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias. En nuestro ordenamiento jurídico no se la define, sin embargo la ley establece que la falta de legitimación de personería (ilegitimidad de personería) se produce por:

- incapacidad legal; o
- falta de poder, que será motivo de una excepción dilatoria (artículo 104 del Código de Procedimiento Civil).

LA FALTA DE DERECHO DEL ACTOR (ACTIVA) O ILEGÍTIMO CONTRADICTOR (PASIVA)

Respecto de la falta de derecho del actor o ilegítimo contradictor, el Código de Procedimiento Civil no contempla una norma específica destinada al tema, no se la señala como excepción, ni dilatoria (artículo 104 CPC), ni

perentoria (105 CPC) y tampoco como presupuesto o solemnidad sustancial para la validez del proceso (artículo 355 CPC).

Sin embargo, en varias normas, y en especial en aquellas relativas a juicios especiales, encontramos referencia al derecho del actor para ejercer la acción o presentar la demanda correspondiente, y contra quién debe dirigirse esa demanda en calidad de demandado.

Así por ejemplo, en el Código de Procedimiento Civil en la Sección 14a. Del Juicio de Alimentos, el artículo 735 dice: "Propuesta la demanda de alimentos, el juez concederá el término de cuatro días, para que se acrediten el derecho del demandante y la cuantía de los bienes del demandado...", y el artículo 739 *ibídem*: "En los juicios sobre alimentos legales, si la parte actora fuere la madre de un menor de edad o de un demente que se halle bajo su cuidado, podrá comparecer en juicio, por sí misma, cualquiera que sea su edad, para demandar dichos alimentos para su hijo, al padre de éste o a cualquiera otra persona que tenga obligación de suministrarlos".

En un proceso contencioso, generalmente la persona que comparece físicamente al proceso es aquella a la que se atribuye los efectos jurídicos del proceso. Pero es frecuente también que la persona que comparece físicamente al proceso no es aquella a quien se atribuye los efectos jurídicos del proceso. Un ejemplo: el procurador judicial comparece a juicio y es él quien comparece físicamente al proceso y realiza los actos procesales; pero los efectos jurídicos del proceso se atribuyen al mandante que otorgó la procuración judicial. Por esto, en nuestro análisis haremos la distinción entre: 1.- la persona a quien se atribuyen los efectos jurídicos del proceso; y 2.- la persona que comparece físicamente al proceso y realiza los actos procesales. Ahora bien, para que la intervención de estas personas sea eficaz y surta los efectos jurídicos deseados por ellas, deben cumplir con ciertos requisitos: la persona a quien se atribuyen los efectos jurídicos debe tener capacidad para ser sujeto de derechos y legitimación en la causa; mientras que la persona que comparece físicamente al

proceso y realiza los actos procesales debe tener capacidad procesal y legitimación procesal.

1. DE LA PERSONA A LA QUE SE ATRIBUYE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL PROCESO

Empezaremos por analizar los requisitos de quien, pese a no comparecer físicamente o directamente al proceso, es la persona a la que se atribuye los efectos jurídicos del proceso: es decir quien se beneficia o perjudica con el resultado procesal. Estos requisitos son la capacidad para ser sujeto de derechos y la legitimación en la causa.

a. Capacidad para ser sujeto de derechos

La capacidad para ser sujeto de derechos existe cuando se presentan ciertas circunstancias intrínsecas a la persona. Estas circunstancias son el hecho del nacimiento, cuando la persona es natural, según el artículo 60 del Código Civil que establece "El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre"; y el reconocimiento, otorgándole personería, cuando la persona es jurídica.

El autor ecuatoriano Alfonso Troya Cevallos opina: "La capacidad de comparecer en juicio tienen (sic) todas las personas naturales y jurídicas por el hecho de existir" (Troya Cevallos: 297). Se podría vincular las circunstancias requeridas para ser sujeto de derechos con las requeridas para ser parte procesal, y así estar vinculada por los efectos jurídicos del proceso. Sin embargo, pueden concurrir como partes ciertos patrimonios, a pesar de no tener la condición de sujetos de derechos: la herencia yacente o la masa de bienes de la quiebra o concurso.

Pero, ¿qué sucede si falta esta capacidad? Por ejemplo, si comparece en juicio una persona en representación de una persona fallecida, o en representación de una persona jurídica que no tiene personería jurídica.

La capacidad de quien se beneficia o perjudica de los efectos jurídicos de un proceso es un presupuesto indispensable para su validez, por lo que su ausencia es causa de nulidad insubsanable. Igual sucede respecto de la ausencia de dicha capacidad en la persona contra quien se inicia un proceso, por ejemplo si se demanda a una persona fallecida o que nunca existió.

Sin embargo, obsérvese que la ley establece la presunción de existencia de esta capacidad pero, por tratarse de una presunción simple, admite prueba en contrario.

La resolución del juez que rechaza la demanda por ausencia de esta capacidad tendrá el carácter de interlocutoria o inhibitoria, la misma que no produce efectos de cosa juzgada.³

En cuanto a las alternativas que tiene la contraparte para oponerse en un proceso que padece de un defecto por falta de capacidad, tenemos las siguientes:

- la oposición de excepción de ilegitimidad de personería;
- la reclamación de existencia de ilegitimidad de personería a través de los recursos;
- la presentación de incidentes;
- la acción de nulidad de sentencia (artículo 303, numeral 2)

La doctrina moderna establece que la ilegitimidad de personería se produce únicamente cuando falta el vínculo que justifique la legítima intervención de un representan-

te legal o de un procurador. Sin embargo, en nuestro ordenamiento legal y en virtud de la norma recogida en el artículo 104 del Código de Procedimiento Civil, la ilegitimidad de personería se produce, no sólo por falta de poder, sino también cuando quien comparece lo hace sin capacidad legal.

Esta es, entonces, una primera aproximación al concepto de ilegitimidad de personería.

b. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa, al contrario de la capacidad, no es parte de la naturaleza íntima de la persona a quien se atribuye los efectos jurídicos del proceso. Es más bien un requisito extrínseco a ella y consiste en la necesidad de que entre esta persona y el objeto del proceso concreto exista algún vínculo que "legitime" la intervención de tal sujeto, permitiendo que la sentencia dictada dentro de un proceso surta plenos efectos.

Esta vinculación que deben tener las partes con el objeto del proceso (o con la relación jurídica sustantiva que sobre éste recae) habilita a una de ellas para asumir la posición de actor y coloca a la otra en la necesidad de soportar la carga de ser demandado.³

El autor ecuatoriano Cruz afirma que son las leyes sustantivas y adjetivas las que exigen que en el proceso comparezca a contradecir la parte que reúne ciertas características y represente los derechos que invoca. Cita como ejemplo el siguiente: "es legítimo contradictor en la acción o en la excepción, cuando de los asuntos de una sucesión indivisa se trate, todo heredero de la persona difunta, sin cuya presencia no puede discutírselos válidamente". (Cruz Bahamonde : 130) El caso expuesto por Cruz es un típico caso de litisconsorcio necesario, en el que se requiere necesariamente la comparecencia de varias personas, sea como actores o como demandados.⁴

La falta de legitimación en la causa puede afectar tanto al actor como al demandado: en el primer caso es activa y en el segundo, pasiva.

Pero, ¿qué sucede si falta la legitimación en la causa? La legitimación en la causa no es presupuesto de la validez del proceso, sin embargo lo es de la sentencia de fondo o de mérito, por lo que su falta impide al juzgador pronunciar sentencia de fondo. La resolución del juez que rechaza la demanda por falta de legitimación en la causa tendrá el carácter de interlocutoria o inhibitoria, por lo tanto no produce efectos de cosa juzgada, lo cual permite que, una vez subsanado el defecto, pueda plantearse la acción nuevamente.⁵ En cuanto a las alternativas que tiene la contraparte para oponerse a un proceso en que existe falta de legitimación en la causa éstas son:

- excepción de falta de derecho del actor (activa) o excepción de ilegítimo contradictor (pasiva)
- opciones a través de los recursos

Obsérvese que la falta de legitimación en la causa no es presupuesto de la acción de nulidad de sentencia.

2. DE LA PERSONA QUE COMPARECE DIRECTAMENTE AL PROCESO Y REALIZA LOS ACTOS PROCESALES

La persona que comparece directamente al proceso, puede al mismo tiempo ser a la que se atribuya los efectos

tos jurídicos del proceso. Pero puede suceder también que sean personas diferentes: una, la que físicamente comparece al proceso y otra, la que se atribuya los efectos jurídicos.

El sujeto que físicamente comparece al proceso debe reunir dos requisitos: capacidad procesal y legitimación procesal.

a. La capacidad procesal

Consiste en la aptitud que debe tener la persona que comparece al proceso por sí mismo y que existe cuando se presentan ciertas circunstancias intrínsecas al mismo. Esas circunstancias son haber cumplido 18 años, cuando es persona natural, y tener representante legal cuando es persona jurídica. Pese a que todas las personas -por el hecho de su existencia- tienen capacidad jurídica no todas pueden intervenir personal, directa e independientemente en un proceso.

Esta capacidad procesal para comparecer en un proceso por sí mismo se suele denominar en la doctrina *legitimatío ad processum*, término que mira a la capacidad jurídica, a la capacidad procesal y a la debida representación. A esta última nos referiremos en el siguiente punto.

“La capacidad de comparecer en juicio la tienen todas las personas naturales jurídicas por el hecho de existir; pero no pueden ejercer por sí mismas ese derecho aquellas que la ley las ha declarado incapaces (...) distínguese la capacidad de goce de la capacidad de ejercicio, por la primera la persona es apta para adquirir derechos, lo cual es propia de todas (...), por las segundas podemos ejercer los derechos que nos pertenecen por nosotros mismos, sin necesidad de representación ni de autorización de otra persona” (Troya: 297).

El artículo 34 del Código de Procedimiento Civil señala los casos de quienes no pueden comparecer por sí mismos a juicio como actores ni como demandados: 1.- el menor de edad; 2.- quienes se hallen bajo tutela o curaduría; y 3.- las personas jurídicas.

Por regla general, carecen de capacidad de ejercicio los menores de edad y las personas jurídicas; sin embargo, hay otras incapacidades que se establecen en virtud de otras razones que no son la minoría de edad o la falta de representación legal; como la demencia o la sordomudez, cuando el sordomudo no puede darse a entender por escrito; el alcohólico, el disipador, el drogadicto.

Todas las personas, pese a carecer de capacidad procesal, pueden ser partes en un proceso; sin embargo, no pueden hacerlo por sí mismos.

¿Qué sucede si quien comparece carece de capacidad procesal?

Así, por ejemplo, si demanda un menor de edad, o quien se encuentra en estado de interdicción declarada por el juez. La capacidad procesal de quien comparece directamente a un proceso es un presupuesto indispensable para la validez del mismo, por lo que su ausencia es causa de nulidad, pero a diferencia de la capacidad para ser sujeto de derechos, esta capacidad es perfectamente subsanable mediante la posterior ratificación del representado⁶. Sin embargo, el no hacerlo acarrearía la nulidad del proceso.

En cuanto a las alternativas que tiene la contraparte para oponerse en un proceso que padece de un defecto por falta de capacidad procesal de quien comparece físicamente al proceso, éstas son las siguientes:

Dentro del Proceso:

a. la oposición de la excepción de ilegitimidad de personería: “En el derecho procesal la incapacidad (de ejercicio) de cualquier grado que sea trae consigo la imposibilidad legal de comparecer en juicio; la comparecencia de un incapaz ocasiona la falta de personería y en consecuencia la nulidad procesal. La capacidad procesal es, pues, la idea paralela a la que en campo meramente civil tenemos del pleno ejercicio de los derechos civiles” (Troya: 298). Cabe destacar que el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil, señala que la ilegitimidad de personería procede por incapacidad legal, el uso de este concepto “incapacidad legal”, creemos que debe entenderse como “la aptitud legal para adquirir derechos y ejercitarlos”, por ello, si falta la capacidad procesal, cabe la excepción de ilegitimidad de personería.

b. mediante un incidente

Terminado el proceso:

c. a través de la acción de nulidad de sentencia, según el artículo 303, inciso segundo.

b. Legitimación procesal

Este requisito es indispensable para quien interviene directamente en el proceso en representación de otra persona, que es a quien se atribuyen los efectos jurídicos del proceso. Existe desde que se presenta un vínculo entre la persona que interviene directamente en el proceso y realiza los actos procesales y la persona a quien se atribuyen los efectos jurídicos del proceso. Este vínculo se denomina “representación”.

La representación es una figura jurídica por la cual, como decían los romanos “absentis alicujons presens imago”, se tiene presente la imagen de la persona ausente.

Por ello, la intervención del representante de la parte debe ser rodeada de los requisitos formales establecidos por la ley y contener, *sine qua non*, la expresión de su designación y la descripción de sus facultades para que ejerza la representación en el proceso. Esto se traduce en una operación procesal especial que constituye el vínculo y que se denomina legitimación de personería o *legitimatío ad processum*.⁷

Por regla general, la representación opera respecto de las personas incapaces. Así, el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil señala quiénes no pueden comparecer personalmente a juicio como actores ni como demandados (el menor de edad, quienes se encuentran bajo tutela o curaduría y las personas jurídicas). Sin embargo, este mismo artículo establece que pueden comparecer a juicio por medio de una tercera persona, el representante legal, que comparece físicamente al proceso y realiza los actos procesales, pero cuyos efectos no le son atribuibles sino al representado.

En efecto, como lo dice Cruz Bahamonde, los problemas que en proceso se presentan por la incapacidad de las personas que intervienen en los juicios, se resuelven mediante la institución de la representación (Cruz Bahamonde: 157).

Sin embargo, no sólo los incapaces pueden comparecer a juicio a través de una tercera persona: en efecto, la “representación” es una figura que opera también en otros casos. Este vínculo puede nacer de la ley, del discernimiento del juez o de la voluntad de las partes.

Veamos cuáles son algunas formas de representación:

1. Los menores de edad.- Son representantes legales de los menores de edad conjuntamente el padre y la madre que ejerzan la patria potestad. Esta representación nace de la ley y se prueba acreditando la paternidad o maternidad del menor de edad, y opera tanto si el menor es actor como si es demandado (Art. 28 CC).
A falta de ambos padres, la representación de los menores corresponderá al tutor o curador que le haya sido designado. Si tampoco existe, el juez deberá designarle un curador *ad litem*, tanto si es actor como demandado.
Existen casos expresamente señalados en la ley en los cuales, pese a la incapacidad de los menores, pueden comparecer por sí mismos al proceso, sin necesidad de un representante legal.
2. Los que han sido declarados interdictos. Es representante legal de estas personas para intervenir en un proceso el curador *ad litem*, designado por el juez.
3. El ausente o la persona cuyo paradero se ignora. Son representantes legales de estas personas para intervenir en el proceso, el curador *ad litem*, designado por el juez.
4. Las personas jurídicas. Son representantes legales de las personas jurídicas aquellas designadas en el contrato o estatuto que las rige. Art. 589 CC.
6. El Estado.- Es representante legal del Estado y demás entidades públicas que carecen de personería jurídica, el Procurador General del Estado⁸.
7. La persona que tiene capacidad procesal, pero que no quiere o no puede comparecer directamente a un proceso, puede mediante un acto unilateral designar un procurador judicial. La procuración judicial es un acto voluntario. Según el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 49 de la Ley de Federación de Abogados, disponen que la procuración judicial sólo podrá otorgarse a quien ostente la calidad profesional de abogado. Estas mismas disposiciones establecen que la procuración judicial se otorgue mediante escritura pública.
- 8.¹¹ La agencia oficiosa. Conforme al artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, cualquier persona, sin necesidad de poder, puede promover demanda a nombre de otra persona que esté ausente o impedida de hacerlo, con el fin de evitar que sufra algún perjuicio. Sin embargo, la condición para que esta comparecencia sea válida es que legitime su personería o presente la aprobación de aquel por quien gestionó.⁹
- 9.¹¹ Pluralidad de actores o demandados. El artículo 56 del Código de Procedimiento Civil ha previsto que ante la concurrencia plural de personas en la parte actora con un mismo derecho, o en la parte demandada, cuyos derechos de excepción no sean diversos ni contrapuestos, el juez por economía procesal dispone que uno de los actores o los demandados sirva de procurador, para contar con él en el juicio.¹⁰
En todos los casos de representación, sea que el vínculo nace de la ley, del discernimiento del juez o de la voluntad de las partes, el efecto principal es que las consecuencias jurídicas del proceso recaen sobre el repre-

sentado y no sobre el representante: "el representante es el que realiza el acto jurídico y, por lo mismo es de su persona de quien emana el acto de voluntad; que los efectos jurídicos del acto se producen con respecto al representado; los actos del representante son como si fueran realizados por el representado y obligan a éste en toda forma de derecho, efecto que se produce siempre que el representante actúe dentro de los términos de su encargo" (Cruz Bahamonde: 159).

En todos los casos en que no existe o no se acredite el vínculo en virtud del cual el representante actúa en representación del representado, estamos ante una indebida representación y por lo tanto en un caso de ilegitimidad de personería o falta de *legitimatío ad processum*. Pero también, en aquellos casos en que existe el vínculo, pero éste no ha sido otorgado conforme a la ley (es decir existe un defecto en dicho vínculo) la representación no surte efectos y por lo tanto también procede la excepción de ilegitimidad de personería o falta de *legitimatío ad processum*.¹¹ La capacidad procesal de quien comparece directamente a un proceso es un presupuesto indispensable para la validez del mismo, por lo que su ausencia originaría su nulidad. Pero, a diferencia de la capacidad para ser sujeto de derecho, esta capacidad es perfectamente subsanable mediante la posterior ratificación del representado. Sin embargo, el no hacerlo acarrea la nulidad del proceso.

La legitimación procesal de quien comparece en representación de un tercero es un presupuesto indispensable para de la validez del proceso, por lo que su omisión es causa de nulidad. Pero al igual que la capacidad procesal, subsanable, pero si el representante legal o el procurador no legitiman su intervención en el proceso, pueden incurrir en la causal 3 del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil. "Si se trata de falta de personería, la excepción es meramente dilatoria y su resolución se daría mediante una providencia interlocutoria" (p. 321 Troya).

La intervención de las personas en un proceso está, como hemos visto, sometida a ciertos requisitos con los que deben cumplir cada una de ellas, requisitos que se ubican, cada uno de ellos, en un área específica del derecho. Lo que hemos querido hacer en esta breve introducción, es empezar a trazar un camino en el estudio de la *legitimatío ad processum* (legitimación procesal o en el proceso) y de la *legitimatío ad causam* (legitimación en la causa) - que si bien no son conceptos nuevos, pues cada uno corresponde a lo que conocemos como ilegitimidad de personería y falta de derecho del actor cuando es activa e ilegítimo contradictor cuando es pasiva- la doctrina moderna los ha desarrollado desde nuevas perspectivas. Hay que relieves el trabajo que a este respecto está llevando a cabo la Corte Suprema de Justicia, pues en sus fallos se denota cada vez más claridad conceptual, lo cual colabora al desarrollo del Derecho.

Este trabajo de ninguna manera pretende agotar el tema: cada uno de los temas tratados merece especial estudio. Nos referimos en especial a la *legitimatío ad causam*, que sin duda es un tema de gran trascendencia.

NOTAS

1. Ha dicho la Corte Suprema: "Por lo tanto, la conclusión a la que llegan los Ministros de la Segunda Sala de la Corte Superior de Loja de que existe ilegitimidad de personería por cuanto la accionante no ha comparecido con su cónyuge, carece de fundamento legal, ya que ella está actuando por sus propios derechos y no en representación de su marido o de la sociedad conyugal. - El Tribunal de instancia ha condenado lamentablemente lo que es la ilegitimidad de personería con lo que es la falta de legítimo contradictor, o falta de legitimación en la causa (legitimatio ad causam)", de la Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 372-99, dictada dentro del juicio N° 820-94 y publicada en el Registro Oficial N° 257 de 18 de agosto de 1999.

"La demandada al proponer la excepción de falta de personería dice que lo hace por no haberse demandado a su cónyuge en razón de que el inmueble (objeto de este controvertido) pertenece a la sociedad conyugal. Como quedó indicado, en nuestro país no se han desarrollado los conceptos de falta de legitimación ad processum y de falta de legitimación ad causam; y es muy común que al amparo de la excepción 'falta de personería', se introduzcan indistintamente una u otra de las excepciones indicadas; este error aparece en la especie nítidamente cuando la accionada en su contestación a la demanda plantea la acción de falta de personería pero se refiere a la necesidad de vincular a su marido a la parte demandada por tratarse de una reclamación que afecta un bien social", de la Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 405-99, dictada dentro del juicio 31-96, publicada en el Registro Oficial No. 273 de 9 de septiembre de 1999.

2. Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido lo siguiente: "La sentencia, por lo general decide el fondo o mérito del asunto o asuntos de la controversia; pero hay casos en que al juez no le es posible dictar sentencia de mérito o fondo, porque el proceso está viciado de nulidad insanable por omisión de los presupuestos procesales de la acción, o porque se han omitido presupuestos de la demanda... entonces dicta sentencia inhibitoria que es aquella en que el juez se abstiene de decidir sobre el mérito del conflicto planteado. Ordinariamente, la sentencia de mérito o de fondo definitiva produce autoridad de cosa juzgada material, como acto jurídico decisorio definitivo, la sentencia tiene efectos obligatorios tanto frente al órgano jurisdiccional que lo ha dictado, el cual no puede revocarla, como frente a todos los demás órganos jurisdiccionales que están prohibidos de conocer y resolver el mismo asunto; la sentencia tiene también efecto obligatorio frente a las partes, que no pueden ya acudir ante un órgano jurisdiccional, cualquiera que sea su competencia, para obtener una nueva sentencia. La sentencia inhibitoria, en cambio, es meramente formal y si bien pone fin al juicio en que se dicta, deja a salvo el derecho del interesado de replantear la cuestión en otro proceso posterior, porque como no hay en ella decisión de fondo, ni positiva ni negativa, no produce autoridad de cosa juzgada", de la Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 146-2000 dictada dentro del juicio N° 100-99 aun no publicada en el Registro Oficial a la fecha de la publicación de este artículo.

3. Sobre la legitimación en la causa o legitimatio ad causam, se ha dicho: "es preciso distinguir lo que es la ilegitimidad de personería de lo que es la falta de legítimo contradictor, o falta de legitimación en la causa (legitimatio ad causam), que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial", de la Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 516-99 dictada dentro del juicio N° 159-98.

4. "Por otra parte, la legitimación en la causa o legitimatio ad causam "Determina no sólo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurren determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible", de la Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 372-99 dictada dentro del juicio N° 820-94 y que recoge el criterio del autor colombiano Hernando Devis Echandía; esta resolución está publicada en el Registro Oficial N° 257 de 18 de Agosto de 1999.

NOTAS

“Cuando en un contrato una de las partes está integrada por varias personas, la relación sujeto y objeto debe establecerse entre cada una de ellas y el objeto que viene a ser la relación sustancial, la no concurrencia de una persona acarrea la falta de legitimación ad causam; y es que hay casos en que la presencia en el proceso de todos los sujetos vinculados a un contrato (relación sustancial) se hace indispensable a fin de que la relación jurídica procesal quede completa y sea posible decidir sobre el fondo de ella; si los sujetos son dos o más, pero forman un solo sujeto, estamos en presencia de un litis consorcio necesario y su comparencia es indispensable”, de la Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 118-99 dictada dentro del juicio 100-96 y publicada en el Registro Oficial N° 160 del 31 de marzo de 1999.

5. Sobre el tema, ha dicho la Corte Suprema: “de otra parte, la sentencia dictada en el primer proceso únicamente produjo efecto de cosa juzgada formal pero no sustancial porque la demanda que propuso MCQ era inepta para prosperar, y así efectivamente ocurrió porque, siendo un caso de litis consorcio necesario, ella debía accionar conjuntamente con MEQ por las dos las únicas y universales herederas de sus padres... es decir, no hubo la completa integración del litis consorcio y al no haber existido en la parte actora la ‘legitimatío ad causam’, la sentencia dictada se limitó a rechazar la acción por no proceder en la forma propuesta, sin entrar a resolver sobre el objeto del controvertido, por lo que tuvo el carácter de inhibitoria, que no impide el que se vuelva a plantear la acción una vez que se haya integrado adecuadamente el litis consorcio necesario, como ocurren en la presente causa”, de la Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 187-99, dictada dentro del juicio N° 33-94, publicada en el Registro Oficial N° 208 de 09 de junio de 1999.

6. “Cuando existe ilegitimidad de personería, generalmente cabe ratificación de la parte, con lo cual se convalidan los actos realizados por la persona que carecía de capacidad para comparecer a juicio (Arts. 368 a 371 CPC), de la Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 372-99, dictada dentro del juicio N° 820-94 y publicada en el Registro Oficial N° 257 de 18 de agosto de 1999”.

7. “El escrito de sustitución de poder, en mérito del cual deduce el recurso de casación el doctor EB, no está reconocido ante el juez de la causa... Por esta razón no cumple con el requisito de forma exigido por el inciso segundo de la Ley de Federación de Abogados y, consiguientemente, no tiene validez. Siendo así, el doctor EB no ostentaba legitimación activa, legitimatío ad processum, para interponer el recurso de casación como manda el artículo 4 de la Ley de la materia”, de la Resolución N° 170-99, dictada dentro del juicio N° 757-95 y publicada en el Registro Oficial N° 208 de 09 de junio de 1999.

8. “La representación extrajudicial del Estado la ejerce el Presidente de la República, sin embargo, la representación judicial, y por mandato judicial (...actual artículo 216) la ejerce exclusivamente el Procurador General del Estado. La Ley Orgánica del Ministerio Público, también vigente a la fecha de presentación de la demanda, en su artículo 11 literal a), establece que al Procurador General le corresponde representar judicialmente al Estado. Los Ministerios de Estado son órganos integrantes de la Función Ejecutiva, carecen de personalidad jurídica única, distinta de la personalidad de la Administración Pública Central y por ello, no están comprendidos, como erróneamente afirma el recurrente, dentro de las instituciones del Estado, regidas por leyes especiales que serán representadas en juicio por sus representantes legales y en cuyos casos el Procurador general interviene para vigilar las actuaciones procesales sin que su intervención sea obligatoria”, de la Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 181-2000, dictada dentro del juicio 261-99 y aún no publicada en el Registro Oficial.

“En el presente caso las partes procesales son: a) como actor el Instituto Técnico Superior IPP, institución fiscal, que forma parte de las entidades del gobierno central, y que carece de personería jurídica, por lo tanto para comparecer a juicio debe ser representada por el señor Procurador General del Estado o su delegado... según lo disponen los artículos 216 de la Constitución Política de la República y 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Por lo tanto y en el caso que nos ocupa, los únicos legitimados para interponer válidamente el recurso de casación eran el Procurador General del Estado o su delegado y de ninguna manera la rectora del Instituto Técnico Superior..., pues dicha institución carece de personalidad jurídica propia, sino que es parte integrante de la Administración Pública Cen-

Algunas consideraciones sobre la confesión judicial

Javier Robalino

Hay algunas falencias en el proceso de confesión judicial, que reducen la eficacia de esta prueba, en especial en las limitaciones que tiene el juez para completar el interrogatorio o realizar nuevas preguntas.

Para iniciar este análisis sobre la confesión judicial es necesario ubicar a la confesión dentro de las pruebas denominadas testimonios o testimoniales. El testimonio humano, a decir de Hernando Devis Echandía¹, es básicamente el que proviene de terceros como de las partes del proceso, y pertenece a las clases de pruebas personales, históricas y representativas.

La doctrina generalmente ha distinguido la declaración de testigos o simple testimonio de la confesión. El testimonio sería la declaración que hacen los terceros no involucrados directamente en una controversia. La confesión sería la declaración que sobre un asunto determinado hacen las partes de un proceso. Haremos algunas precisiones sobre esta afirmación de Devis Echandía.

A este respecto, la doctrina divide a las declaraciones de parte, las que pueden ocurrir de diferentes modos, en las siguientes:

- Declaraciones procesales y extraprocesales;
- Documentales y orales;
- Espontáneas o por iniciativa propia o provocada por interrogatorio, que se subdivide en interrogatorio formal, regulado e informal o libre, y con fines probatorios o con fines informativos; y,
- Como especie separada, es decir el llamado juramento.

Esta misma distinción entre las pruebas denominadas declaraciones de parte es recogida por José Cardozo Icaza en su obra "Las Pruebas Judiciales".

Como podemos observar, el considerar a la confesión como una declaración de parte es impreciso y limitativo, pues esta concepción de la llamada la reina de las pruebas no contiene otros de sus elementos indispensables, que configuran a la confesión como tal.

Con el objeto de conceptualizar a la confesión, procederemos a distinguir la declaración de testigos. En primer lugar, la confesión constituye una declaración de parte. Al respecto, consideramos aceptada la distinción que hace Gorphe²:

"Existe la costumbre de tratar a la confesión como medio de prueba en forma separada. Pero sería mucho más lógico considerar en su lugar las declaraciones de las partes o del acusado, contengan o no confesión; de la misma manera que los documentos escritos forman por su parte una prueba distinta aunque su fuerza demostrativa dependa principalmente de las confesiones que encierran. Estas pruebas están estrechamente vinculadas. Difieren sobre todo en la forma escrita u oral de las declaraciones; pero estas dos formas se oponen en la superficie en general, en un proceso verbal las declaraciones hechas oralmente ante la justicia o con miras a ser presentadas ante ella, se recogen por escrito o en las actas de la audiencia. En principio, son obtenidas por un medio que caracteriza a esta prueba: el interrogatorio. La confesión consiste en el reconocimiento de la exactitud de un hecho por parte de aquel contra quien se alega. Pero también debe tenerse en cuenta la inversa si él niega la exactitud del hecho o afirma que se produjo de otro modo, esta declaración puede tener valor aunque no contenga una confesión, y constituye un elemento que de ser considerado aún cuando no encierre un cargo contra su autor".

El razonamiento antes citado nos parece valioso, pues nos permite determinar que dentro de un proceso, llámese confesión judicial o no, puede existir una declaración de parte, que a su vez puede o no contener una confesión. En otras palabras, la declaración de parte solo será confesión mientras contenga una declaración sobre un hecho determinado y que afecte al declarante. Otras declaraciones que dentro de ese proceso haga el declarante, sobre terceros o su contraparte, podrían tener valor probatorio pero no ser consideradas como una confesión. Es así, que un acto procesal que emana de las partes, contiene una declaración pero no necesariamente una confesión. Consideraremos que la declaración de parte será el género y la confesión la especie, razón por la cual toda confesión es una declaración de parte pero no viceversa. Esta distinción será más clara cuando analicemos los elementos de

la confesión, lo que hará más fácil el análisis de los problemas que implica la denominada confesión ficta.

El artículo 126 del Código de Procedimiento Civil dispone lo siguiente:

“Confesión judicial es la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o la existencia de un derecho”.

Como vemos, la norma establece que la confesión existirá cuando la parte confesante reconozca, contra sí, la verdad de un hecho o la existencia de un derecho.

Bajo esta perspectiva, la confesión así entendida, derivará en obligaciones para el confesante y en derechos para la parte que solicite la confesión. En consecuencia, los efectos de la confesión no podrían ejercerse contra terceros distintos de las partes de ese proceso. De ahí el conocido adagio jurídico “a confesión de parte relevo de prueba”.

Similares disposiciones contiene la legislación colombiana, que al enumerar los requisitos de la confesión, menciona que debe versar sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

No cabe duda, y lo reconocen diversos tratadistas, que la confesión siempre debe contener una declaración que produzca efectos adversos al confesado. La confesión deberá manifestarse a través un proceso formal, como explicamos a continuación.

El segundo inciso del artículo 126 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano dispone:

“La parte que solicite la confesión presentará el correspondiente interrogatorio, al que contestará el confesante”.

El Art. 127 del Código de Procedimiento Civil establece que la confesión deberá ser rendida ante juez competente, de manera **explícita**, y que contenga la contestación pura y llana de los hechos preguntados.

El interrogatorio ha sido enfocado de diversas maneras por los sistemas legislativos. El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano ha optado por un sistema en el cual el número de preguntas es ilimitado, y debe hacerse bajo juramento. El juez podrá explicar y aclarar las preguntas, y en el caso de que la confesión se solicite en sobre cerrado, el juez deberá calificar las preguntas antes de realizar el interrogatorio.

De esta manera, la confesión constituye un medio formal por el cual se incorpora al proceso una verdad real, práctica o un conjunto de hechos, y se constituyen por lo tanto en verdades procesales.

Sobre la base del análisis precedente, podemos definir a la confesión como una declaración de parte que hace una persona, en la que reconoce un hecho o un derecho determinado, y en consecuencia es desfavorable el declarante.

Esta definición de confesión judicial contiene ciertos elementos que enunciaremos a continuación, que primordialmente implican la existencia de una declaración desfavorable al confesante, criterio aceptado por otros autores como Lessona, Carnelluti, Gorphe y Couture.³

Los elementos mínimos que debe contener la confesión judicial son los siguientes:

a. Debe ser una declaración de parte, realizada dentro de un proceso, y debe necesariamente ser expedida por aquellos considerados como partes procesales.

b. La confesión judicial debe ser además una declaración personal, a menos que exista una autorización expresa para hacerla a nombre de otro. Según el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil, los apoderados requieren cláusula especial y deben estar expresamente autorizados para absolver posiciones en confesiones judiciales. Los representantes legales, por su parte, podrían confesar no solo sobre los hechos de sus representados sino también sobre hechos personales ejecutados en ejercicio o no de su representación.

c. La confesión debe versar sobre hechos o derechos. Así lo disponen los artículos 126 y 127 del Código de Procedimiento Civil.

d. Como mencionamos, los hechos sobre los que versa la confesión deben ser desfavorables o perjudiciales al confesante. No existirá confesión si la declaración no es desfavorable al confesante. Así lo requiere el la norma adjetiva, lo cual nos hace colegir, a diferencia de la legislación colombiana, que no será suficiente que la declaración sea favorable a la parte contraria.

Ahora bien, el hecho de que la confesión sea desfavorable, no necesariamente debe demostrarse o aparecer al momento de la confesión. Será suficiente que durante el proceso, existente o futuro, se demuestre que la confesión es desfavorable al confesante, al ser analizada dentro del contexto del proceso y junto con otras pruebas allí incorporadas.

e. Por regla general, la confesión deberá versar sobre hechos personales del confesante. Por excepción, la confesión podrá versar sobre hechos ajenos, como es el caso del apoderado. Por ser la confesión una declaración “contra sí mismo” se comprende que deberá versar sobre hechos conocidos por el confesante y relacionados a él.

f. La declaración deberá tener un efecto probatorio. Debe probar el hecho o hechos alegados. Si esa declaración no tiene un efecto probatorio, en consecuencia, no producirá un efecto negativo al confesante, y no podrá ser por lo tanto, ser considerada como confesión.

g. A criterio de algunos autores, la confesión deberá contener el denominado *animous confidenti*, es decir, que aquel confesante tenga la intención o voluntad de confesar. Ahora bien, creemos que existen limitaciones al *animous confidenti*, pues nuestra legislación reconoce la posibilidad de exigir la confesión judicial por vía de la fuerza pública, lo cual implica una limitación a este elemento, así entendido.

A nuestro criterio, lo que debería existir exclusivamente es la conciencia o voluntad de comparecer al interrogatorio y absolver las preguntas. Este enfoque está implícito en nuestra legislación.

h. La confesión debe ser expresa y terminante, por lo tanto, consideramos que no deben existir dudas respecto de la declaratoria misma y del contenido que hace el confesante. Vale mencionar las palabras del ya citado Devis Echandía al decir que ésta deberá ser “expresa y cierta o terminante; no vaga ni genérica, ni implícita”. Así lo establecen los artículos 127, 129 y 137 del Código de Procedimiento Civil. Estas normas buscan precautelar la integridad de la confesión, al exigir que las respuestas no deberán ser ambiguas o elusivas. Tampoco podrá preguntarse más de un hecho por pregunta, ni éstas serán elusivas, impertinetnes o sugestivas.

La confesión ficta o tácita, además, constituirá una excepción a la regla antes mencionada, lo cual es limitado a la luz de nuestra legislación, ya que los artículos 128 y 135 del Código de Procedimiento Civil disponen que los jueces darán a la confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado el acto.

- i. Otro de los elementos es la capacidad jurídica del confesante, el que por un lado deberá gozar de la denominada capacidad legal, razón por la cual no se podrá pedir confesión al impúber y la confesión del menor adulto se apreciará libremente por el juez. Así tampoco merece crédito la confesión presentada con error, fuerza o dolo, ni la que es contra naturaleza o contra las disposiciones de leyes, ni la que recae sobre hechos falsos.
- j. Adicionalmente, la declaración contenida en la confesión, para ser tal, no podrá ser la consecuencia de un método violento o artificial que destruya la voluntariedad del acto, y que, como dijimos, es una consecuencia del carácter voluntario que debe tener la confesión.
- k. La confesión adicionalmente deberá ser seria, es decir que aquellas respuestas emitidas en tono de broma o burla no tendrán, por lo tanto, el carácter de confesión. Estos requisitos enunciados -como veremos- son necesarios para la validez de la confesión. La falta de uno de ellos implicará la existencia de un vicio en la confesión y la disminución o anulación de su valor probatorio.

En lo que se refiere a la confesión ficta, dos elementos producen especial preocupación. La voluntad de confesar y el *animus confidenti*, y el requisito de que la confesión debe ser expresa, pues éstos no existen en la confesión ficta, razón por la cual el legislador le da a esta confesión el carácter de prueba solo en los casos en que las circunstancias que hayan rodeado el acto de la confesión lo ameriten. Por otro lado, el legislador consideró que la confesión ficta pueda tener algún valor probatorio como una forma de sanción para el confesante ausente, aquel que se niegue a responder o lo hiciere de forma oscura o limitada. Sin embargo, no se ha contemplado en la norma un criterio que le permita al juez dar el carácter de prueba a la confesión ficta, según las circunstancias que han rodeado al acto. Lo anterior ha creado más de una contradicción jurisprudencial.

Es importante mencionar algunas sentencias expedidas en diversos fallos, las que comentaremos sobre la base de los elementos de la confesión que hemos enunciado. Nos enfocaremos en el análisis de la confesión expresa y tácita y el valor que les han dado los jueces, La Corte Suprema, en sentencia dictada por la Sala de lo Civil, consideró:

“El Juez de primera instancia prescinde de la confesión tácita del demandado, invoca en su favor la jurisprudencia de la Corte Suprema que consta en el No.78 de la segunda serie de la G.J. al decidir una causa ejecutiva. Ese mismo fallo, debidamente interpretado debió llevar al juzgador exactamente a la resolución contraria, pues la doctrina que se establece al decidir el juicio seguido por Vicente Contra Pedro sobre entrega de un pagaré y la cancelación de una hipoteca, la Corte Suprema dijo lo que sigue: **“Cuando las posiciones respecto de las cuales se ha declarado confeso a la parte que debía absolverlas, son claras, precisas y sobre cosa determinada, constandingo**

además, en el mismo proceso en que se quiere hacerlas valer, la confesión ficta tiene fuerza de prueba plena según los Arts. 455 y 461 del C.E.C. porque la ficción legal supone que el rebelde ha confesado la verdad de los hechos contenidos en las posiciones. Esas calidades reúnen las preguntas del interrogatorio conforme al cual debía deponer Francisco”.

La Corte analizó el contenido de las preguntas, y por ser éstas claras y precisas, considera que la confesión ficta tiene el carácter de prueba plena. Consideramos que el solo análisis de la forma en que han sido presentadas las preguntas no le concede a la confesión ficta el carácter de prueba plena.

En la sentencia expedida el 3-VI-98 (Expediente No. 293-97, Segunda Sala, R. O.371,29-VII-98), la Corte resolvió:

“SEGUNDO.-..... dice, además, que **‘existe abundante jurisprudencia en el sentido de que, la demandada que no concurre a confesar, se la declara confesa, y que dicha confesión ficta, en conjunto con las circunstancias que han rodeado al acto, es prueba suficiente para demostrar la existencia de la relación laboral, pero, que los Ministros de la Quinta Sala han hecho un análisis con criterio civilista, y con ello le causan grave contrariedad jurídica y económica de por vida, ya que laboró por más de 30 años para la empresa demandada’.**

TERCERO.- La Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en su fallo, que motiva el recurso, ha hecho uso de su facultad para aplicar la sana crítica en torno a la prueba-aportada al proceso. Al efecto, se considera: a) Que como lo prescribe el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y ha negado el reo; b) **Que las pruebas consisten en confesión de parte en instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial, dictamen de peritos o intérpretes** (artículo 125 del mencionado cuerpo de leyes).....

SEXTO.- Reiterados fallos de la Exc^{ma.} Corte Suprema han establecido que la confesión ficta, por sí sola, no constituye prueba plena, si no viene acompañada de otros elementos de juicio. Al respecto, conviene hacer algunas consideraciones: La enciclopedia jurídica OMEBA, -en relación con la confesión ficta- dice: “que no es una prueba, sino una revelación o exención de la carga de la prueba: revelatorio ad onore probad...”. Por su parte el Diccionario de Legislación de Escriche, al referirse impone la obligación de probar que antes correspondía a la parte contraria... Por su parte Lessona, citado por Lovato en su Programa Analítico de Derecho Procesal Ecuatoriano dice: “La confesión tácita es una verdadera presunción legal”

SEPTIMO.-..... Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso propuesto por improcedente...”

La Segunda Sala de la Corte Suprema desechó el recurso de casación, al reconocer el carácter de prueba plena que tiene la confesión ficta, valiéndose del criterio de que la existencia de ésta implica una exención de la carga de la prueba, se entiende, para la parte que solicitó la confesión. Esa confesión, utilizada como prueba en el proce-

so, constituye una prueba plena de las obligaciones del confesante, a criterio de la Segunda Sala. No menciona la Corte otros elementos que haya utilizado el Juez para considerar, dentro de un contexto, a la confesión tácita como prueba plena.

En otra sentencia la Corte Suprema consideró:

“La confesión prestada o ficta del demandado hace fe, como prescriben los Arts. 144 del C. de P. Civil y 33 y 539 del C. Civil; pero respecto de la confesión ficta corresponde al criterio de los jueces concederle el valor de prueba plena o semiplena, según las circunstancias como así lo dispone el Art. 133 del C. de P. Civil y siendo una **confesión tácita, puede ser destruida por otras pruebas en contrario.**”

Este criterio es acertado, pues reconoce que la confesión ficta debe ser analizada y evaluada frente a otros elementos probatorios de igual o mayor valor. Como mencionamos, es infortunada la norma del Código de Procedimiento Civil, pues no le proporciona al Juez los criterios para la valoración de la confesión ficta frente a otras pruebas, salvo las reglas de la sana crítica.

La Corte ha considerado en otra sentencia lo siguiente:

“No bastaría la **confesión ficta** del demandado para declararle comprador de mala fe, aún cuando se le hubiese fijado y ordenado absolver y declarándole confeso por el Juez ante quien ha sido demandado.”

Como podemos ver, una simple confesión ficta, probablemente sin la compañía de otros elementos probatorios, puede llevar al juez a concluir que no constituye prueba.

Así lo ratifica la Corte en la sentencia citada a continuación, incluso dándole un valor inferior al del juramento deferido y limitando el carácter de indivisibilidad de la confesión, reconocido en el Art. 146 del Código de Procedimiento Civil, en lo que a asuntos civiles se refiere, por la naturaleza de esta confesión:

“La **confesión ficta no tiene siquiera el efecto probatorio del juramento deferido** a que se refiere el Art. 156 del CPC, ya que queda a libre criterio del juez darle a ésta el valor de prueba plena o semiplena y el actor que la solicitó, en ese caso, bien pudo insistir en la confesión

sin limitarse a la declaratoria de “confesión tácita” como lo dispone el Art. 133 del CPC.- **De lo anterior cabe también deducir que en cuanto se refiere la confesión ficta no es plenamente aplicable la regla de indivisibilidad del Art. 145 del CPC, por cuanto queda a la discreción del juez y al relacionamiento con las circunstancias que hubiese rodeado el caso propuesto su valoración como determina el mencionado Art. 33 del CPC.”**

Luego de este análisis doctrinario y jurisprudencial, llegamos a algunas conclusiones:

- a. Hay algunas falencias en el proceso de confesión judicial, que reducen la eficacia de esta prueba, en especial en las limitaciones que tiene el juez para completar el interrogatorio o realizar nuevas preguntas.
- b. Por otro lado, la discrecionalidad en la valoración de la confesión incompleta (Art. 128 CPC) y la discrecionalidad en la valoración de la confesión ficta han producido criterios y fallos contrapuestos en la Corte Suprema, lo que su vez ha reducido la eficacia de esta intuición probatoria.
- c. Nuestro sistema tampoco reconoce lo que se denomina doctrinariamente el interrogatorio de las partes en el proceso, ni el interrogatorio libre realizado por el juez a la parte contraria o al sindicado en un determinado proceso, el cual debería ser considerado como una opción de oralidad en cualquier proyecto de reforma del proceso civil. Además, en los procesos se deberá incorporar y autorizar el libre interrogatorio de y a las partes, y permitir al juez desarrollar un interrogatorio libre. Tampoco se ha reconocido en nuestro sistema lo que se ha denominado el interrogatorio para fines aclarativos o (interrogatorio *ad clarificandum*), que tiene como único objeto, por parte del juez, ponerse en contacto con las partes del proceso, sin fines probatorios.⁴
- d. La incorporación de estas innovaciones procesales facilitará el proceso y permitirá una mayor eficacia de la confesión como medio probatorio, entendida ésta como la declaración de parte, realizada dentro del proceso, y que implicará el reconocimiento de un hecho o un derecho que hace una parte contra sí misma.

FUENTES

1. Ediciones Legales, Colección de Jurisprudencia, Quito, 1999, T I, Pág. 392.
2. Gaceta Judicial Serie X, No. 12, Pág. 3773, Quito, 25-V-1966.
3. Programa Silec, Jurisprudencia Tercera Instancia, Gaceta Judicial Año III, Serie No. 141, Pág. 1125. Quito 23-V-1887.
4. Gaceta Judicial Serie X. No. 10, Pág. 3343. Quito 2-XII- 1964
5. Juan Larrea Holguín, Repertorio de Jurisprudencia, Quito, 1982, tomo XIII, Pág. 403.
6. Gonzalo Merino Pérez, Jurisprudencia Ecuador, Civil y Penal, Guayaquil, 1975, T V, Pág. 187.
7. Juan Larrea Holguín, Repertorio de Jurisprudencia, Quito, 1977. T IV, Pág. 668.
8. Juan Larrea Holguín, Repertorio de Jurisprudencia, Quito, 1983, T Xv, Pág. 399
9. Galo Espinosa, Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Quito, 1987, T V, segunda serie, Pág. 125.
10. Galo Espinosa, Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Quito, 1983, T I, segunda serie, Pág. 129.
11. Galo Espinosa, Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Quito, 1981, T I, primera serie, Pág. 143. NOTAS\

NOTAS

1. Hernando Davis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales, Tomo II, Novena Edición, Editorial ABC, Bogotá.
2. Françoise Gorthe, La Preciación de las Pruebas, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1967, pág. 219.
3. Autores como Hernando Davis Echandía, manifiestan que la confesión existe cuando se ha producido también un beneficio a la otra parte, no necesariamente cuando es desfavorable al confesante. Consideramos que en ese caso existiría una declaración de parte mas no necesariamente una confesión, entendida de acuerdo a lo establecido en nuestra legislación.
4. Este sistema probatorio se remonta a Derecho Romano, adoptado posteriormente por el Derecho Común Europeo y por las Leyes de partidas, para luego ser introducido al ordenamiento francés, y de éste a los sistemas latinoamericanos".

Por otro lado, la discrecionalidad en la valoración de la confesión incompleta (Art. 128 CPC) y la discrecionalidad en la valoración de la confesión lícita han pasado a ser criterios y tallos conceptuales en la Corte Superior, en lo que se refiere al reducido ámbito de esta materia. Nuestro sistema tampoco reconoce lo que se denominaría el interrogatorio de las partes en el proceso, ni el interrogatorio libre realizado por el actor y la parte con el fin de establecer como una prueba de la veracidad de un hecho que forma parte del objeto de la demanda. Además, en los procesos se deberá tener en cuenta el libre interrogatorio de y a las partes y permitir al juez descubrir un interrogatorio libre. Tal como se ha reconocido en nuestro sistema lo que se ha denominado el interrogatorio para fines aclaratorios o interrogatorio *ex officio*, que tiene como fin el objeto por parte del juez, ponerse en contacto con las partes del proceso, sin fines probatorios. La responsabilidad de estas funciones procesales, cabe al juez del proceso y permitir una mayor eficacia de la confesión como medio probatorio, cuando esta como declaración de parte, realizada dentro del proceso, y que implique el reconocimiento de un hecho o un hecho que hace una parte contra sí misma.

La confesión para reconocida en una sentencia no puede ser anulada y evaluada frente a otros elementos probatorios de igual o mayor valor. Como mencionamos, es importante la norma del Código de Procedimiento Civil, pues no le promueve al juez los criterios para la valoración de la confesión frente a otros probatorios salvo las reglas de la sana crítica. La confesión para reconocida en una sentencia no basta para la creación lícita del demandado para declarar el comparendo de parte, sino cuando se le hubiere fijado y ordenado resolver y decretar el comparendo por el juez ante quien ha sido demandado. Como podemos ver, una simple confesión lícita, por sí sola, no basta para la comparencia probatoria, pues el juez no puede concluir que no comparencia. Así lo establece la Corte en la sentencia citada a continuación, indicando que un valor inferior al del parámetro de decisión y un mando de menor individualidad de la confesión, reconocida en el Art. 128 del Código de Procedimiento Civil, en lo que a algunos efectos se refieren con la naturaleza de esta confesión. La confesión lícita no tiene siquiera el efecto probatorio del juramento deferido a que se refiere el Art. 128 del CPC, ya que queda a libre criterio del juez darle o no el valor de prueba plena o sermiplena y el actor que la solicite, en ese caso, bien pudo insistir en la confesión

REFERENCIAS

1. Universidad de Chile, Colección de Jurisprudencia, Quito, 1999, T. IV, pág. 305.
2. Gaceta Judicial Serie A, No. 12, Pág. 7777, Quito, 25-V-1996.
3. Programa de la Jurisprudencia Técnica, Gaceta Judicial Año III, Serie A, No. 141, Pág. 1125, Quito, 23-V-1997.
4. Gaceta Judicial Serie A, No. 10, Pág. 7743, Quito, 2-VII-1994.
5. Juan L. Lara Holguín, Reportorio de Jurisprudencia, Quito, 1982, tomo VII, Pág. 403.
6. Gonzalo Méndez Páez, Jurisprudencia Ecuador (Civil) y Penal, Guayaquil, 1975, T. IV, Pág. 187.
7. Juan L. Lara Holguín, Reportorio de Jurisprudencia, Quito, 1975, T. IV, Pág. 608.
8. Juan L. Lara Holguín, Reportorio de Jurisprudencia, Quito, 1982, T. IV, Pág. 189.
9. Gato Espinosa, Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia, Quito, 1987, T. V, segunda serie, Pág. 125.
10. Gato Espinosa, Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia, Quito, 1983, T. I, segunda serie, Pág. 129.
11. Gato Espinosa, Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia, Quito, 1981, T. I, primera serie, Pág. 143, NOTAS.

Programa de Derecho y Justicia

“Saber es poder y para democratizar el poder hay que socializar previamente el saber. No hacemos nada con proclamar los derechos, si luego los hombres cuyos derechos hemos proclamado son incapaces de administrarse, si para poder actuar no tienen otra solución que disponer de unos pocos indispensables”

José María Arizmendieta

El programa Derecho y Justicia, financiado por el Banco Mundial constituye uno de los componentes que ejecuta PROJUSTICIA. Está conformado, fundamentalmente por:

- El Fondo Derecho y Justicia, con dos áreas; sociedad civil y judicial
- Desarrollo Profesional
- Educación Legal.

TODO ESTÁN EN PLENA EJECUCIÓN

Una de las facetas de la ejecución de PROJUSTICIA que ha tenido mayor impacto es la referida al Fondo de Derecho y Justicia. En efecto, con el financiamiento del Banco Mundial, PROJUSTICIA ha canalizado y solventado múltiples iniciativas de la sociedad civil en áreas específicas, siempre con la idea y el propósito de facilitar el acceso a la justicia. La aprobación de los diversos proyectos, que tienen su origen en las más diversas provincias del país, no ha correspondido a PROJUSTICIA. Le ha tocado hacerlo a un panel de alto nivel constituido por diversas personalidades de diversas ciudades, aplicando cánones previamente establecidos. El mecanismo para acceder al Fondo Derecho y Justicia ha sido absolutamente democrático, pues en los diarios de mayor circulación en Guayaquil y Quito se han publicado anuncios para la recepción de los proyectos con fechas tope para poder organizar el trabajo.

Y justamente el trabajo que han venido cumpliendo las organizaciones no gubernamentales con este financiamiento ha sido presentado hace unos días durante un seminario internacional de reforma judicial en Washington, evento que tuvo lugar los días 5, 6 y 7 de junio del presente año, como un área de trabajo coordinada por PROJUSTICIA, de gran impacto en el Ecuador.

En esta oportunidad, gracias a la facilidad del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, nos permitimos representar algunos aspectos fundamentales del Programa Derecho y Justicia, con énfasis en el Fondo de Derecho y Justicia

El Fondo de Derecho y Justicia, financiado por el Banco Mundial, tiene como objetivo principal promover la participación de la sociedad civil en el proceso de reforma de la administración de justicia, mediante proyectos específicos que faciliten el acceso a la Justicia.

El concepto de acceso a la justicia, puede producir múltiples interpretaciones por lo cual es importante mencionar que nos referimos a proyectos que permitan que los sectores de escasos recursos económicos puedan ser beneficiados con múltiples servicios legales en forma gratuita.

Estos servicios incluyen actividades de capacitación y difusión de derechos que permiten que la población mencionada, no solamente sea consciente de la realidad que afronta y pueda elegir una solución adecuada, sino también una suerte de apropiación de estos derechos por parte de dicha población. Por esta razón, es importante modificar las visiones antiguas y dar paso a nuevas concepciones: hace falta una renovada conciencia colectiva y procesos en los cuales la sociedad misma se responsabilice de los problemas que afronta y empiece a aplicar medidas apropiadas y legítimas para solucionarlos conjuntamente.

Además, las políticas que rigen el Fondo en mención están encaminadas a fomentar la participación de los actores sociales involucrados, quienes se convierten en los beneficiarios directos de los proyectos. Entre los beneficios de los procesos participativos están: la legitimidad social de la solución propuesta y el compromiso de los participantes con el producto del trabajo colectivo.

Para aprobar los proyectos mencionados, se han considerado criterios como la calidad de los contenidos del proyecto, reflejada en la claridad de los objetivos del mismo los cuales deben ser medibles y susceptibles de verificación. Otros importantes elementos son la metodología a ser utilizada y el proceso evaluativo, el cual debe involucrar a la comunidad.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, cada proyecto es revisado y evaluado bajo un estricto proceso que finaliza en la decisión de un panel consultivo, conformado por importantes representantes de la sociedad civil, quienes deciden sobre la aprobación, retificación o negación de los proyectos presentados a Projusticia.