

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



**Enero 2001**

**IURIS DICTIO**

**Año II N° 3**

## **TURIS DICTIO**

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

---

**Año II, N° 3**

**Quito, enero 2001**

---

**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.**

---

<b>Editorial</b> .....	4
<b>SECCIÓN MONOGRÁFICA:</b>	
<b>"EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL"</b>	
<b>Centro de Estudios de Justicia de las Américas</b> Necesidades del proceso de transición de la reforma procesal penal en Ecuador .....	7
<b>Alberto Wray</b> Los principios constitucionales del proceso penal .....	12
<b>Alfonso Zambrano Pasquel</b> Debido proceso y extradición .....	25
<b>Edmundo Durán Díaz</b> Nuevas instituciones del Código de Procedimiento Penal: el papel del juez .....	33
<b>Walter Guerrero Vivanco</b> La etapa de la Instrucción Fiscal dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal .....	38
<b>Ricardo Vaca Andrade</b> Del ejercicio de la acción penal: la actuación del Fiscal en el nuevo Código de Procedimiento Penal .....	42
<b>Santiago Andrade Ubidia</b> Algunas consideraciones en torno a tres temas del nuevo Código de Procedimiento Penal .....	48
<b>Carlos X. Riofrío Corral</b> Normas inconstitucionales del nuevo Código de Procedimiento Penal .....	59
<b>Edmundo René Bodero</b> Orígenes y fundamentos principales de la Victimología .....	72
<b>Sección Libre</b>	
<b>Marena Briones Velasteguí</b> En tiempos de globalización .....	82
<b>Diego Cordovez</b> La Constitución y las Relaciones Internacionales .....	87
<b>Antonio Parra Gil</b> La Doctrina Parra Velasco o de la Solidaridad Obligada de los Países Hispanoamericanos .....	92
<b>Delia Lipszyc</b> La solución de diferencias en el AADPIC de la OMC .....	106
<b>Juan M. Quevedo</b> Aspectos de la legislación petrolera .....	111
<b>Luis Hidalgo López</b> La teleraña legal (Segunda parte) .....	116
<b>Sección Jurisprudencia</b>	
<b>Ramiro Aguilar Torres</b> Hábeas Corpus y Justicia Constitucional .....	126
<b>Diego Pérez Ordóñez</b> El Hábeas Data .....	131
<b>Nuestros Colaboradores</b> .....	137

# Los principios constitucionales del proceso penal

Alberto Wray

*El sistema procesal, dice el artículo 192 de la Constitución, hará efectivas las garantías del debido proceso. De esta manera queda definida la finalidad general de la legislación procesal, que no es otra que constituirse en medio para asegurar la eficacia de uno de los derechos que el Estado garantiza a todas las personas: el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones, reconocido expresamente por el numeral 27 del artículo 23 de la Constitución.*

Resulta imprescindible entonces dilucidar el alcance y contenido de este principio constitucional. ¿Cuáles son las garantías del debido proceso? ¿Cómo se concreta su observancia?

El propósito de este artículo es ofrecer algunos elementos de respuesta para estas preguntas, a partir del análisis ya efectuado en un trabajo anterior, en el que se abordó el tema desde una perspectiva general<sup>1</sup>. Aquí se procurará concretar ese análisis al caso del proceso penal.

## LOS PRINCIPIOS GENERALES

Además de las reglas consignadas en el artículo 24 de la Constitución, que formal y explícitamente se consideran elementos del debido proceso, hay otros principios establecidos en la misma Constitución que tienen directa incidencia procesal y que deben ser examinados previamente.

### El principio de publicidad

"Salvo los casos expresamente señalados por la ley", dice el artículo 195 de la Constitución, "los juicios serán públicos."

La publicidad se considera una garantía de la justicia, en cuanto permite que la colectividad controle su administración, al tiempo que ofrece a las partes un entorno de transparencia adecuado para el pleno ejercicio de sus derechos. Por eso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluye a la publicidad entre las garantías judiciales mínimas (artículo 8, núm. 5).

El principio comprende tanto la posibilidad de que el pueblo asista directamente a las actuaciones (publicidad inmediata), como la de recibir información respecto al desenvolvimiento de éstas a través de los medios de comunicación colectiva (publicidad mediata).

La difusión pública de las incidencias del proceso penal, sin embargo, no está exenta de peligros. *Beling* advierte concretamente cuatro: el desprestigio del imputado, cuya presunción de inocencia se ve inevitablemente resentida por el solo hecho del procesamiento; la tentación que la difusión pública genera en los protagonistas del proceso -fiscales, abogados, jueces- a buscar su lucimiento, con desmedro de la eficacia de su papel procesal; la posibilidad de que se busque la publicidad del proceso como un fin en sí, desvirtuando su naturaleza, abusando del derecho y burlando el derecho material<sup>2</sup>.

La existencia de estos peligros y en general la posibilidad de que el ejercicio de este derecho, convertido en garantía fundamental, se constituya en amenaza contra los fines de la justicia, ha hecho que se establezcan límites y excepciones. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos admite expresamente que la prensa y el público puedan ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios "por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto, la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia" (Art. 14, núm. 1).

Por exigencia constitucional, los casos de excepción al principio de publicidad deben constar expresamente en la ley (Art. 195), de manera que en Ecuador no está la cuestión librada a la discrecionalidad judicial.

El mismo artículo 195, sin embargo, introduce una importante limitación: prohíbe que se admita la transmisión de las diligencias judiciales por los medios de comunicación, así como "su grabación por personas ajenas a las partes y a sus defensores"<sup>3</sup>. Propiamente, no se trata de una re-

serva sobre la información, sino de una limitación sobre el empleo de ciertos medios para difundirla. Se ve claramente en ella la intención de preservar la majestad del recinto judicial y el normal decurso de los actos procesales.

Aunque el Código de Procedimiento Penal<sup>4</sup> no contiene una norma expresa en la que se recoja de manera general el principio de publicidad, la imperatividad de éste queda asegurada por las disposiciones ya citadas. Sin embargo el Código reitera el principio con respecto a ciertos actos: la publicidad de la denuncia (art. 44) y la publicidad de la audiencia de juzgamiento (art. 255), con respecto a la cual, por cierto, establece importantes excepciones, como enseña se detalla.

En realidad, el Código contempla tres situaciones de excepción al principio de publicidad:

a) El artículo 215 impone la reserva durante la indagación previa. El alcance de la prohibición no puede afectar el derecho de defensa, ni las demás garantías del debido proceso, como la misma norma lo advierte en forma expresa. Se trata de una fase en la que todavía no hay elementos suficientes para imputar a una persona determinada la comisión del delito, puesto que en cuanto existan tales elementos el Fiscal debe iniciar la instrucción, conforme a la expresa disposición del artículo 217. Es lógico que las actuaciones orientadas a la búsqueda de tales elementos se mantengan en reserva, lo cual no significa que el Fiscal pueda prescindir de las garantías procesales, de manera que, si debe adoptar medidas para las cuales se requiera de autorización judicial, deberá previamente obtener dicha autorización (art. 215, inciso 2), en cuyo caso la reserva se extiende también al juez y a los funcionarios judiciales.

b) Cuando el proceso tenga por objeto el juzgamiento de los delitos contra la seguridad del Estado y de los delitos sexuales, comprendidos en los Títulos I y VIII del Libro II del Código Penal, respectivamente, la audiencia debe ser reservada y desarrollarse solamente con la presencia del acusado, el acusador, los defensores, el Fiscal, el Secretario y, si fuere del caso, los testigos y los peritos, sin que pueda violarse la reserva ni durante la audiencia ni después de ella. El hecho de que la disposición, contenida en el primer inciso del artículo 255, conste entre los principios generales aplicables a la etapa del juicio, genera la interrogante respecto a la posibilidad de que la reserva se extienda también a la fase de instrucción y la audiencia preliminar si el proceso versa sobre esos mismos delitos. Aunque no se coincida con la conveniencia de la medida, hay que reconocer que las razones y propósitos que haya tenido el legislador no se cumplirían a menos que la reserva se extienda también a las demás fases del proceso.

c) El segundo inciso del mismo artículo 255 establece una tercera excepción al principio de publicidad. *"En ningún caso"*, dice, *"el juez o magistrado que conozca de una causa penal sometida a su resolución puede formular declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social, ni antes ni después del fallo"*. A pesar del lugar en el que consta dentro de la estructura del Código, como un segundo inciso colocado a continuación de otro que contiene una regla aplicable a las audiencias en ciertos procesos, es innegable que se trata de una disposición de carácter general, destinada a regular la conducta de los jueces o magistrados en todo proceso (*"en ningún caso"*) y duran-

te todas sus fases (*"ni antes ni después del fallo"*). El quebrantamiento de la prohibición se castiga con la destitución.

Toda restricción a la libertad de información es peligrosa y el peligro es doble cuando la limitación recae sobre la publicidad del proceso, puesto que no solamente se limita el ejercicio de un derecho fundamental, sino que además se elimina un mecanismo de control social sobre la administración de justicia que, como se dijo antes, constituye en último término una garantía para las personas.

De ahí que las limitaciones al principio de publicidad deban ser tenidas siempre por el legislador como un remedio extremo para males graves y deban aplicarse en la dosis mínima indispensable para prevenirlos. En este sentido, entre las limitaciones impuestas por el nuevo Código, hay algunas que no se justifican.

No se ve la necesidad, por ejemplo, o la utilidad procesal de imponer la reserva en los procesos por delitos contra la seguridad del Estado. Al contrario, la naturaleza del delito obligaría más bien a que, para evitar cualquier abuso del poder, se cuente con la publicidad como garantía de la justicia.

En cuanto a los delitos sexuales, la única razón que justifica la reserva es la necesidad de proteger la intimidad de la víctima. Este propósito se cumpliría suficientemente mediante una norma que considere a la limitación como uno de los derechos del ofendido, de manera que solamente se la imponga cuando la intimidad de la víctima, su honra o su imagen puedan sufrir menoscabo.

Conviene recordar dos observaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la publicidad de los juicios. La primera tiene que ver con el alcance de las limitaciones, sentándose el criterio de que, aun en los casos excepcionales en los que la reserva está permitida por los instrumentos internacionales, dicha limitación no puede alcanzar a la sentencia.

La segunda observación se refiere a la naturaleza del procedimiento. O'Donnell la resume de la siguiente manera:

*"Reviste especial importancia en la materia la doctrina del Comité, que considera el procedimiento penal escrito incompatible con el derecho del acusado a un proceso público. Si bien hasta la fecha todos los casos examinados por el Comité, relativos al procedimiento penal escrito, se han referido a civiles juzgados por tribunales militares, sus decisiones sobre este asunto no se refieren a la naturaleza del tribunal. Incluso, en el primer caso que dio origen a esta posición, el país denunciado argumentó que el procedimiento escrito no era exclusivo de los procesos ante los tribunales especiales, sino que estaba previsto por la legislación ordinaria del país y explicó en forma pormenorizada las oportunidades que el procedimiento escrito ofrece al acusado para acompañar el proceso y defenderse mediante la intervención del abogado defensor. Podemos concluir, por lo tanto, que la opinión del Comité, reiterada subsecuentemente en otras decisiones, no se limita a procesos ante tribunales de excepción, sino que se aplica a todo proceso penal escrito"*<sup>5</sup>

De esta manera, la garantía de publicidad queda vinculada al carácter oral del procedimiento.

### La oralidad

La sustanciación de los procesos mediante el sistema oral, quedó convertida en exigencia constitucional desde agosto de 1998.<sup>6</sup>

No es usual que se mire a la oralidad como una garantía. El enfoque más extendido la trata como una modalidad que presenta algunas ventajas funcionales frente al proceso escrito, normalmente vinculadas con la agilidad y el despacho expedito.

En realidad, las ventajas del sistema oral tienen que ver más con la calidad del resultado, que con la mera agilidad en el despacho. La esencia del sistema, en efecto, reside en la posibilidad de contradicción de la prueba desde el momento mismo en que está siendo presentada, de tal manera que el juez tiene la posibilidad de establecer su alcance y limitaciones como resultado del enfrentamiento entre los puntos de vista de la defensa y la acusación; pero tiene también la posibilidad de vincular esa prueba con las demás, dentro del mismo clima contradictorio. La intermediación y la concentración, a las que alude también la disposición constitucional, resultan inseparables de la oralidad. El rigor en la prueba conduce a una justicia de mejor calidad. En materia penal, cuando la carga de la prueba recae íntegramente en la acusación, el rigor en la prueba se constituye en garantía de la defensa.

Así hay que entender las disposiciones del nuevo Código respecto al decurso de la audiencia preliminar (art. 229) y al transcurso del juicio (art. 258).

Podrían surgir dudas respecto al carácter oral del procedimiento para la presentación de la prueba en los delitos de acción penal privada, por la ausencia de referencia expresa, puesto que el artículo 373 solamente dice que en caso de no lograrse conciliación "el juez recibirá la causa a prueba por el lapso de quince días, durante el cual se practicarán todas las que pidan las partes".

La exigencia constitucional obliga a que los jueces apliquen el sistema oral en la presentación y contradicción de las pruebas en toda clase de proceso, de manera que cualquier duda quedaría despejada mediante el reconocimiento de la imperatividad de este principio, en cuya virtud, también en los juicios por delitos de acción penal privada tendría que señalarse día y hora para que tenga lugar la audiencia de prueba.

Por otra parte, esa es la solución que el mismo Código ha previsto para otros procedimientos especiales, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 381<sup>7</sup>.

### I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Al tratamiento procesal es plenamente aplicable la garantía general reconocida por el numeral 3 del artículo 23 de la Constitución, en cuya virtud, todas las personas gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades. Ese es el sentido que tiene la declaración constante en el artículo 14 del Código.

La igualdad no significa, por cierto, supresión de las diferencias inherentes al distinto papel que cada sujeto procesal está llamado a cumplir: así, por ejemplo, atribuir la carga de la prueba a la acusación, no constituye discriminación, sino consecuencia inevitable de la presunción de inocencia. De lo que se trata es de que tanto la acusación como la defensa litiguen en igualdad de condiciones, es decir,

que dispongan de oportunidades similares para sustentar y defender sus posiciones.

Con toda razón, San Martín Castro considera inseparables la contradicción y el principio de igualdad: una contradicción efectiva en el proceso y la configuración de parte que se da a los sujetos procesales, exige, según el jurista peruano, "que ambas partes procesales gocen de los medios de ataque y de defensa y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, cuya vulneración produce indefensión"<sup>8</sup>. De ahí que la igualdad entre los sujetos procesales sea todavía más necesaria en el proceso oral, cuya esencia y cuya eficacia residen, precisamente, en su carácter contradictorio.

Más que con respecto a las otras garantías fundamentales, la tarea del juez resulta determinante en cuanto a precautelarse la igualdad procesal, amenazada de ordinario no tanto por un tratamiento desigual en la ley, cuanto en los hechos, es decir, en el decurso mismo del proceso, cuyas incidencias pueden crear situaciones de ventaja indebidas a favor de alguna de las partes.

Pero el principio de igualdad tiene también otra dimensión, más general, en cuanto alude no ya al tratamiento de las partes dentro del proceso, sino a la existencia de fueros que conllevan el establecimiento y mantenimiento de tribunales especiales, distintos de los ordinarios, para que se ocupen del juzgamiento de ciertas personas.

En esta perspectiva, la existencia de tribunales militares y policiales no resiste el análisis de constitucionalidad, si se atiende al significado y alcance del principio de igualdad.

### II. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Se denomina así, en general, al reconocimiento de poderes discrecionales al Ministerio Público para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción penal en un caso concreto. En este sentido, se contrapone al llamado principio de legalidad, en cuya virtud el Fiscal que conoce que se ha cometido un delito tiene la obligación de actuar, con prescindencia de cualquier consideración relativa a las posibilidades reales de prueba o a la poca significación social del hecho.

El concepto engloba en realidad dos dimensiones cualitativamente distintas: la apreciación de las posibilidades de prueba (*oportunidad técnica*), por una parte y, por otra, la consideración de factores relativos a la conveniencia social del procesamiento (*oportunidad plena*). Si la determinación de estos factores está librada a la apreciación del Fiscal, se hablará de oportunidad discrecional y si tales factores están expresamente señalados en la ley, se tratará de una oportunidad reglada.

El sistema todavía imperante con el Código de 1983, está regido por el principio de legalidad: el fiscal tiene la obligación de presentar su excitativa al juez y éste, ante cualquier *notitia criminis*, la obligación de instruir el sumario<sup>9</sup>. Desde las reformas constitucionales de 1998, al Ministerio Público le corresponde un nuevo papel en el proceso penal, delineado por el artículo 219 de la Constitución, cuyo inciso primero dice:

"El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales

*competentes e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal"*

El alcance de esta disposición no ha sido suficientemente analizado. Sostengo la tesis de que se trata de una norma que consagra, aunque deficientemente expresado, el principio de oportunidad técnica en el ejercicio de la acción penal.

Las consideraciones en las que se sustenta esta tesis son las siguientes:

En primer lugar, en el texto constitucional debe notarse, porque tiene un sentido secuencial, el orden de los enunciados: prevenir en el conocimiento, investigar y, finalmente, acusar a los infractores ante los jueces, pero siempre que el fiscal encuentre que hay fundamento.

Llama ciertamente la atención la frase inicial, con la que se enuncia uno de los principios en cuya virtud suelen decidirse los conflictos de competencia entre los jueces. Hay que entender que lo que el legislador constitucional tuvo en mente al redactar la norma, es el sistema actual, en el cual es el juez quien da inicio a la investigación o al menos ordena que se la practique, al instaurar el sumario. De ahí que, con un sentido más práctico que técnico, queriendo cambiar la situación actual, dispuso que fuera el fiscal quien "previniera en el conocimiento de la causa", es decir, actuara antes que el juez dentro del proceso penal.

Lo cual significa que según la Constitución, ante la *notitia criminis* debe actuar el fiscal, no el juez y debe hacerlo con dos propósitos: dirigir la investigación y, de *hallar fundamento* como resultado de ella, acusar, es decir, ejercer la acción penal pública.

Si la Constitución exige que el fiscal, para acusar, deba hacerlo con fundamento y después de haber investigado, quiere decir que no considera suficiente para el ejercicio de la acción penal a la sola *notitia criminis*.<sup>10</sup> Allí está ya el principio de oportunidad técnica, que es la base del sistema acusatorio.

No se trata de la oportunidad plena ni, mucho menos, de una oportunidad discrecional. El texto constitucional no apoyaría una interpretación en ese sentido, puesto que el ejercicio de toda potestad conlleva, junto con la facultad, también una carga: la de ejercitar la acción cuando exista fundamento para ello.

El Código concreta ese principio constitucional. Guerrero señala, refiriéndose al proyecto en cuya elaboración participó, los momentos en los que se reconoce discrecionalidad al fiscal para que evalúe la *oportunidad* de su actuación. Dos resultan especialmente importantes, por su incidencia definitiva en el decurso procesal: la discrecionalidad para resolver si se inicia o no la etapa de instrucción y la discrecionalidad para acusar o pedir el sobreseimiento.<sup>11</sup>

En cuanto a la apreciación fiscal sobre el inicio de la instrucción, el artículo 38 del Código considera dos supuestos: cuando sea manifiesto que el acto no constituye delito y "cuando existe algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso". Con esta expresión, el legislador alude tanto a las cuestiones prejudiciales, como a la falta de evidencia para hacer la imputación que en la práctica es, sin duda, el más frecuente obstáculo legal para el desarrollo del proceso. No hay que olvidar que según el artículo 217 del Código, para que el fiscal resuelva el inicio de la instrucción deben existir fundamentos suficientes "para imputar a una persona participación en un hecho delictivo".

En cuanto a la discrecionalidad para acusar o pedir el sobreseimiento, el artículo 226 del Código la hace depender exclusivamente del mérito para promover juicio contra el imputado.

Adicionalmente, para el ejercicio de esta discrecionalidad por parte del Ministerio Público han de considerarse necesariamente los principios generales impuestos por la Constitución.

En primer lugar, como se dijo, el propio artículo 219 al tiempo que le confiere al fiscal la facultad para ejercer la acción penal, le impone también la carga, es decir, la responsabilidad de ejercitarla apenas encuentre que para ello hay fundamento.

De otro lado, no hay que olvidar que a la Constitución debe mirársela y enténdersela como un todo. De manera que hay otros principios que limitan el ejercicio de esa discrecionalidad por parte del Ministerio Público.

San Martín Castro advierte, con razón, que en la aplicación del principio de oportunidad a cada caso, el fiscal está limitado por los principios de proporcionalidad e igualdad, pero considera que además, "*en aras del control efectivo de las decisiones de la fiscalía, resulta imprescindible la intervención judicial cuando la víctima cuestione la abstención o cuando el imputado considere que determinadas obligaciones o lineamientos reparatorios son desproporcionados*"<sup>12</sup>.

La cuestión que surge siempre que se trata de reconocer al fiscal cierta discrecionalidad para decidir si promueve o no el proceso, es la relativa a la discrepancia en la apreciación sobre los méritos. Si se tiene en cuenta que tal discrepancia puede fundarse tanto en la pura y simple diferencia de criterios, cuanto en la existencia de motivaciones ilícitas, se advertirá la inconveniencia de dejar sin controles a esta fase de la actuación del Ministerio Público. Lo que San Martín recomienda es que la decisión mediante la cual el fiscal decide no ejercer la acción penal o desiste de promoverla, sea sometida al control judicial. Así acontece en el nuevo Código; pero, según los artículos 39 y 231, si el juez no comparte el criterio del fiscal, debe remitir el expediente al fiscal superior, cuyo criterio prevalece aun sobre el del juez y el del acusador particular.

Este es sin duda uno de los aspectos más polémicos del nuevo sistema. La solución obedece a la intención de impedir que contra el criterio del Ministerio Público, se ejercite una acción cuya titularidad le pertenece y evitar así la desnaturalización de la acción penal que ha conducido a la instrumentalización del proceso en función de los más diversos propósitos.

El principio de oportunidad, en efecto, se apoya en otro, conceptual y lógicamente anterior: el del carácter público de la acción penal.

Sin embargo, en el estado actual de cosas, la solución no satisface plenamente. En efecto, mientras no se cuente con un Ministerio Público plenamente independiente y profesional, el principio de oportunidad, en lugar de reportar beneficios sociales, podría llegar a convertirse en amenaza peligrosa para los ciudadanos.

La solución no pasa por la restricción o la eliminación del principio de oportunidad, que es indispensable para el buen funcionamiento del sistema acusatorio, sino por la reforma inmediata y radical del Ministerio Público.

### III EL DERECHO AL JUICIO

El principio recogido por el artículo 1 del nuevo Código en cuya virtud la condena ha de ser la consecuencia de un juicio, es decir de un proceso dentro del cual hayan sido probados los hechos y declarada la responsabilidad del imputado, se concreta, desde la perspectiva de los intereses de éste, en un derecho al juicio.

No a un juicio cualquiera, sino a uno rodeado de ciertas características que se concretan bajo la forma de garantías procesales, consideradas indispensables por la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

#### El derecho a un juicio sin dilaciones

La celeridad es uno de los principios exigidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>13</sup> y por la Constitución<sup>14</sup>.

Son dos los aspectos en los cuales este principio tiene incidencia práctica: la estructura del proceso penal y su desenvolvimiento en el caso concreto.

Pocas veces la estructura de un proceso penal se manifestará en sí misma inadecuada y disfuncional. Casi siempre sus defectos se apreciarán como resultado de la observación de lo que acontece generalmente. La estadística se levanta, en estos casos, como prueba de cargo contra la concepción procesal que en la realidad se ha plasmado, con prescindencia de las intenciones que pudieron haber impulsado al legislador.

Este es precisamente el caso del sistema introducido con el Código de 1983: el alto porcentaje de presos sin condena, la diferencia impresionante entre el número de procesos que se inicia y el número de procesos que culmina con sentencia, el porcentaje ínfimo de sentencias condenatorias y el tiempo medio de duración de los procesos, no pueden sino conducir a la conclusión de que se está ante un sistema inadecuado y disfuncional.

Especial relación con el tema de la celeridad procesal guarda la posibilidad de que pueda hacerse la imputación antes de que se haya practicado investigación alguna. Efectivamente, en el antiguo sistema, el proceso comienza formalmente atribuyendo, aunque fuese de modo provisional, la comisión del delito a una persona y debe durar, en la fase instructiva, un plazo limitado que jamás se cumple, porque el resultado de una investigación no aparece sino en función de las circunstancias que han rodeado al delito y de los medios y de la capacidad técnica de los investigadores. En consecuencia, la realidad que las estadísticas muestran, es un resultado del sistema en sí.

En otros casos, puede suceder que aunque las estadísticas no condenen al sistema en general, o lo hagan en forma menos contundente que al nuestro, el manejo procesal de un caso concreto evidencie dilación.

Cuando la demora indebida o injustificada se produce estando el imputado bajo prisión preventiva, existen remedios especiales cuyo alcance se examinará más adelante. Pero cuando el proceso penal se prolonga en el tiempo sin que se haya privado de libertad al imputado, también hay un quebrantamiento de las garantías procesales básicas y habría lugar a especial reparación. Este aspecto de la duración prolongada del proceso debería considerarse como una circunstancia relevante, al apreciar la indemnización a la que el injustamente procesado sin duda tendría derecho.

#### El derecho a un tribunal independiente e imparcial

La independencia e imparcialidad del tribunal es una de las garantías indispensables en todo proceso y, tal vez con mayor razón, en el proceso penal. La idea de un juicio justo es insostenible si esas características no adornan al órgano estatal a cuyas manos se han confiado las decisiones fundamentales dentro del juicio. Por eso, tanto la Constitución como los instrumentos internacionales exigen que el juicio se desarrolle ante un juez independiente e imparcial<sup>15</sup>.

La independencia alude a la posibilidad de adoptar decisiones sin estar subordinado al arbitrio de otro. La imparcialidad, a la inexistencia de vinculaciones con el conflicto o con los sujetos procesales, si tales vinculaciones pueden generar interés en un determinado sentido de la decisión.

Generalmente, el examen de la imparcialidad suele limitarse al ámbito extra procesal, es decir a factores o circunstancias externas al proceso. Sin embargo, también puede verse afectada la imparcialidad por la manera cómo se concibe el papel del juez. Así, en el sistema establecido por el Código de 1983, se espera que el mismo juez que dirigió la investigación, se pronuncie sobre los resultados de ésta y determine si existe o no mérito suficiente para llamar al imputado a juicio. En último término, se le está pidiendo al juez que se pronuncie sobre el éxito o el fracaso de su propia investigación. En semejantes circunstancias, resulta difícil hablar de imparcialidad.

#### El derecho a no ser distraído de su juez natural

El principio establecido por el número 11 del artículo 24 de la Constitución, impide el establecimiento de jueces o tribunales ad-hoc.

En la práctica, los atentados contra este principio pasan más bien por el sometimiento de un civil al fuero militar, mediante disposiciones que extienden el ámbito de competencia de los tribunales militares bajo estados de excepción o por motivos de seguridad. Es el caso del artículo 145 de la Ley de Seguridad Nacional, de cuya inconstitucionalidad no queda duda, a la luz de la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuya opinión las garantías judiciales no se suspenden durante los estados de excepción, de acuerdo con el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>16</sup>

#### El derecho a una tutela judicial efectiva

Cuando la Constitución asigna al sistema procesal la función de "hacer efectivas las garantías del debido proceso"<sup>17</sup>, está demandando una intervención judicial tutelar. Sería necio atribuir al enunciado un sentido más restringido, que no asigne al juez un papel activo en orden a garantizar la vigencia de tales garantías, porque supondría que éstas pueden ser eficaces por sí solas. De aquí se derivan dos consecuencias:

a) La función tutelar es inseparable de las tareas y del quehacer del juez y se extiende, por lo mismo, a todas las fases del proceso. En este sentido, la disposición del numeral 1 del artículo 27 del CPP, en cuya virtud se asigna al juez competencia para "garantizar los derechos del imputado y del ofendido durante la etapa de la instrucción fiscal", no debe entenderse limitativa ni restrictivamente. También en las otras etapas del procedimiento los jueces y el tribunal penal tienen igual responsabilidad. Lo que ocurre es

que el legislador quiso resaltar esta atribución expresamente, debido a la circunstancia de que en general las actuaciones en la fase de instrucción no tienen carácter judicial, puesto que es al Ministerio Público a quien corresponde desarrollarlas.

b) Las exigencias del debido proceso no son formalidades prescindibles, sino requisitos sustantivos del juicio. No puede pasarse sobre ellas en aras de la celeridad, de la urgencia, de la gravedad del delito ni de ningún otro principio.

### **Non bis in idem**

El derecho al juicio comprende también una limitación respecto de la posibilidad de reiteración de éste: ninguna persona puede ser juzgada más de una vez por un mismo hecho.<sup>18</sup>

Se trata de una aplicación al proceso penal del principio universal de la cosa juzgada, pero con la particularidad de que su efecto proviene no solamente de la sentencia absoluta, sino también del sobreseimiento.

El Código limita este efecto al sobreseimiento llamado definitivo<sup>19</sup> y permite que en caso de sobreseimiento provisional, pueda el fiscal intentar una nueva acusación, siempre que lo haga dentro del plazo legalmente previsto.

Esta posibilidad de nuevo juicio produce una ruptura en el principio non bis in idem, que no se justifica. La distinción entre los efectos para el imputado del sobreseimiento provisional y del definitivo, tal vez explicable dentro del sistema de ejercicio obligatorio de la acción penal, no encuentra sustento una vez admitido el principio de oportunidad. Si el fiscal está obligado a evaluar los elementos de que dispone antes de hacer la imputación, quiere decir que tales elementos son lo suficientemente convincentes y razonables para sostenerla. Si después de la actuación desplegada por el propio fiscal durante la fase instructiva, tales elementos no han podido ser suficientemente sustentados, no se ve motivo para que quien sufrió la imputación sin fundamento, quede sujeto a la posibilidad de un nuevo proceso por la misma causa. El carácter provisional del sobreseimiento, con los efectos descritos, solamente sería admisible cuando el Ministerio Público expone causas razonables y justificables que permitan esperar que dentro de un plazo podrán agregarse nuevos elementos de juicio, como cuando se espera la llegada de informaciones del exterior o la presencia de un testigo ausente.<sup>20</sup>

### **El derecho a una instancia plural**

Los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como la Convención Americana<sup>21</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>22</sup> incluyen entre las garantías judiciales al derecho de toda persona inculpada de delito, a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

En el sistema introducido por el nuevo Código,<sup>23</sup> como en el actual, la facultad de impugnar una decisión judicial mediante recursos, está limitada a solamente los casos establecidos; lo cual está plenamente justificado, para evitar innecesarias dilaciones en el curso del proceso.

Así, están previstos los recursos siguientes:

a) Del auto de prisión preventiva: cabe apelación (343 CPP) y amparo (422 CPP).

b) Del auto de llamamiento a juicio o del de sobreseimiento, cabe apelación (343 CPP).

c) De la sentencia, cabe apelación solamente si se trata de acción penal privada o de procedimiento abreviado (343 CPP). Pero cabe nulidad (332 CPP), casación (349 CPP) y revisión (359 CPP), en los casos expresamente contemplados para cada recurso.

Dos son los problemas que surgen en relación con la forma en que los Códigos suelen concretar esta garantía.

El primero tiene que ver con la dificultad para dar curso a una apelación en el proceso oral, sin sacrificar la inmediación y, evidentemente, el carácter oral del procedimiento. Mayer observa con razón que una apelación en sentido estricto en el procedimiento oral, debería dar lugar a un nuevo juicio. La imposibilidad de que esto se admita y también la inconveniencia de hacerlo, lleva necesariamente a reconocer, como lo ha hecho la Corte Interamericana, que la garantía de la instancia plural queda satisfecha con la posibilidad de ejercitar recursos que permitan controlar los errores de derecho en la sentencia o en el procedimiento, como ocurre con los de casación y nulidad, aunque no conduzcan a una nueva evaluación de los hechos.

El segundo problema se refiere, precisamente, a la naturaleza garantista del recurso. Mayer dice que si la Convención Americana califica al recurso a una instancia superior como una garantía para el imputado, en estricto sentido habría que eliminar la posibilidad de que recurran el Ministerio Público o el acusador particular, cuando la decisión judicial libera de cargos al imputado. Sin embargo, al menos en la doctrina de la Corte Interamericana, de lo que se trata es de que las decisiones judiciales en cuya virtud se atribuye o afirma responsabilidad penal, puedan ser revisadas en beneficio del imputado, sin que eso signifique necesariamente que en virtud de la aplicación de otros principios, iguales recursos deban reconocerse a los otros sujetos procesales.

No deja sin embargo de tener razón el reconocido procesalista argentino, porque, como se verá de inmediato, la posibilidad de que recurran quienes sustentan la acusación, si lo hacen junto con el imputado o procesado, abre la posibilidad de que el recurso contribuya a que se agrave la situación procesal de éste, con lo cual desaparece el carácter garantista del recurso.

### **La prohibición de la *reformatio in pejus***

Al resolver la impugnación de una sanción, dice la Constitución,<sup>24</sup> no se podrá empeorar la situación del recurrente; al tiempo que el Código de Procedimiento Penal<sup>25</sup> precisa que "ningún tribunal superior podrá empeorar la situación jurídica del acusado, si fuere el único recurrente".

Este principio es consecuencia del anterior: si el recurso es una garantía para el imputado o el procesado, no cabe que sea utilizado en su contra, agravando su situación procesal.

Sin embargo, resulta evidente la diferencia en el alcance del principio tal como está plasmado en la Constitución, por un lado y tal como lo ha concretado el Código, por otro. La disposición constitucional no establece limitación ni condicionamiento. Dice, simple y categóricamente, que no se podrá empeorar la situación del recurrente, mientras que el Código prohíbe la *reformatio in pejus* solamente cuando el imputado o procesado es el único recurrente.

#### IV. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio en cuya virtud toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>26</sup> y por la Constitución, es la base y supuesto fundamental del debido proceso penal.

La presunción, según el derecho nacional, se extiende hasta que el proceso culmina con sentencia ejecutoriada.<sup>27</sup> Se trata, además, de una presunción que no admite demostración en contrario, lo cual significa que aunque la evidencia sea incontrovertible, mientras no haya sentencia ejecutoriada el imputado o procesado debe recibir el tratamiento de una persona inocente.

Faúndez<sup>28</sup> identifica al menos cuatro efectos o consecuencias trascendentales de este principio:

a) La carga de la prueba le corresponde a la acusación. El imputado no está obligado a demostrar su inocencia, sino que ésta se impone en virtud de la presunción.

b) La calidad de la prueba debe ser tal que permita sustentar la condena *más allá de toda duda razonable*. Es la aplicación a la apreciación de la prueba del viejo principio *in dubio pro reo*.

c) La actitud del tribunal, llamado a garantizar los derechos del reo, evitando que en virtud de la imputación reciba un tratamiento incompatible con su condición de persona inocente; y,

d) La exclusión de consecuencias negativas antes de que se dicte sentencia definitiva y, por consiguiente, *el derecho a la libertad durante el proceso*.

A estas consecuencias debería agregarse otra, relativa a la interpretación de las normas procesales. Si el imputado o procesado es inocente, los casos de duda han de resolverse en el sentido que más le favorezca. El principio *in dubio pro reo* resulta así de la aplicación de uno más general, que gobierna la interpretación en el derecho constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos: el principio en cuya virtud ha de preferirse la interpretación que resulte más favorable a la efectiva vigencia de las libertades y demás garantías.

#### V. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

"La libertad", en sentido amplio, como comprensiva de las libertades concretas referidas a las distintas manifestaciones de la personalidad, es uno de los derechos que el Estado garantiza a toda persona.<sup>29</sup>

En orden a garantizar la libertad personal, la Constitución regula no el ejercicio de ella, sino solamente los casos y la forma en que puede ser limitada: "*Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley...Nadie podrá ser incomunicado*".<sup>30</sup>

##### Las limitaciones a la libertad: la pena y las medidas cautelares

La legislación contempla dos casos generales de limitación de la libertad personal: el primero, es la aplicación de una pena privativa de libertad, declarada en sentencia; el segundo, como consecuencia de la adopción de una medida cautelar de carácter personal.

Los principios relativos a la aplicación de la penal no son procesales: es una cuestión sustantiva, de manera que aquí no serán materia de análisis. Conviene tal vez advertir nada más que la privación de libertad como sanción es exclusivamente penal y que, como efecto de la reserva especial prevista en la Constitución, los casos a los que se aplica y su tiempo máximo de duración, deben estar previstos expresamente en una ley preexistente.

En cuanto a las medidas cautelares, tienen un carácter eminentemente procesal, en cuanto persiguen fines exclusivamente relacionados con el proceso: a fin de asegurar la inmediación del imputado o acusado en el proceso, dice el artículo 159 del CPP, el juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal.

Las medidas cautelares de carácter personal, según el art. 160 del CPP, son la detención y la prisión preventiva.

La primera se efectúa con propósitos investigativos. Su duración no puede extenderse más de 24 horas y no necesariamente supone que exista indicio alguno de participación delictiva. No por ello puede practicarse injustificadamente, requiere de orden judicial y está sujeta, en lo aplicable a su naturaleza precaria, a los mismos principios protectivos que la prisión preventiva.

La prisión preventiva es una medida privativa de libertad que se aplica antes de que haya sentencia firme y que constituye por lo mismo una excepción al principio de libertad durante el proceso. Su gravedad y consecuencias obligan a un prolijo examen de los principios a los que está sujeta su adopción.

##### Las medidas cautelares: principios para su aplicación

Nada tiene que ver la gravedad del delito, con la procedencia de la prisión preventiva. No es, como antes se dijo, una pena, sino que persigue finalidades inherentes al desarrollo del proceso. Esto sustenta al primero de los principios cuya observancia debe considerarse: el principio de necesidad procesal, en función de conseguir alguno de los objetivos siguientes: asegurar la comparecencia del imputado al juicio o asegurar el cumplimiento de la pena, según el artículo 167 del CPP.

##### Principio de excepcionalidad

Aunque se persiga alguno de los objetivos procesales señalados, la prisión preventiva no puede adoptarse sino de manera excepcional, es decir cuando no haya otra alternativa o remedio adecuados al propósito procesal y la consecución de éste se vea realmente amenazada. Así lo señala el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "*La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas*", dice en su artículo 9, "*no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*".

Esta es una consecuencia del derecho a la libertad durante el proceso. Para asegurar el cumplimiento de los objetivos procesales sin sacrificar excesiva e innecesariamente el bien superior de la libertad, los sistemas procesales han establecido medidas alternativas. El Código las contempla, aunque con carácter innecesariamente limitado, porque hace depender su aplicación de la gravedad del delito, no de circunstancias estrictamente procesales, relativas a la condición personal del imputado. Dice el artículo 171:

"Sustitución.- Siempre que se trate de un delito que no exceda de cinco años, y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, el juez o tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas:

- a) El arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga;
- b) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que él designe;
- c) La prohibición de salir del país, de la localidad en la que reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal".

El abuso de la prisión preventiva como medida cautelar ha sido observado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,<sup>31</sup> en cuya opinión el problema obedece fundamentalmente a deficiencias en el sistema procesal.

### Principio de proporcionalidad

Una medida tan grave como la prisión preventiva, que significa una negación al principio de libertad durante el proceso, no se justifica cuando la infracción que se persigue se castiga con una pena privativa de libertad mínima. El nuevo Código, al igual que el de 1983, prohíbe adoptarla si la pena privativa de libertad prevista para el delito que se juzga es inferior a un año.<sup>32</sup>

Tampoco se justifica que la medida se prolongue por un tiempo que se acerque a la duración de la pena en sí. El legislador constituyente, entre las reformas introducidas a la Constitución en 1998, incluyó una mediante la cual limita la duración de la prisión preventiva a seis meses en los delitos sancionados con prisión y a un año en los castigados con pena de reclusión.<sup>33</sup>

### Principio de legalidad

La posibilidad de la aplicación de la prisión preventiva depende de la concurrencia de determinadas circunstancias expresamente previstas en la ley. El Código<sup>34</sup> exige que concurren las siguientes:

a) Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;

a) Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito;

b) Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

c) La determinación legal de los supuestos que facultan la adopción de la medida, o mejor dicho, la circunstancia de que ésta no sea discrecional sino que se encuentre legalmente determinada, permite que el cumplimiento de dichos supuestos en cada caso, sea susceptible de revisión o examen por vía de recurso, cuya existencia constituye en sí misma una garantía exigida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>35</sup>

El Código contempla dos procedimientos de control diferentes y complementarios: un recurso de apelación para ante el superior de quien dictó la medida, que está franqueado tanto al imputado como al Ministerio Público,<sup>36</sup> y uno de amparo, susceptible de plantearse solamente por el imputado.<sup>37</sup>

### Principio de la prueba suficiente

Si la ley exige que la aplicación de esta medida preventiva dependa de la producción de ciertas circunstancias, éstas deben, evidentemente, probarse.

Además, para asegurar que se respete el carácter excepcional de la prisión preventiva, es necesario también que se pruebe la condición de peligro concreto. Es decir que aunque se cumplan los supuestos previstos por el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, si está segura la presencia del imputado y la normalidad del desarrollo del proceso, no procede la prisión preventiva.

## VI. EL DERECHO DE DEFENSA

Como efecto de la presunción de inocencia, las imputaciones en contra de una persona son enunciados esencialmente controvertibles: su veracidad está en duda, mientras no se la demuestre.

De esta manera se abre la puerta a la transformación del procedimiento de condena en una controversia racional, cuyo desarrollo es posible solamente si la posibilidad de defenderse queda garantizada para el acusado.

El derecho de defensa está reconocido expresamente en la Constitución, la cual lo extiende a todo tipo de procedimiento y no solamente al proceso penal.<sup>38</sup> Además, expresamente protege la defensa en todos los estados y grados del proceso, lo cual elimina toda posible duda respecto a la necesidad de que se respete este derecho cuando se trata de providencias interlocutorias u otras de parecido carácter en que se dilucidan cuestiones previas.

El Código de Procedimiento Penal reconoce al derecho de defensa carácter inviolable<sup>39</sup>

El reconocimiento constitucional del derecho de defensa es, sin embargo, mucho más que la simple afirmación de la posibilidad de defenderse y se manifiesta en una doble dimensión: como *garantía procesal* y como *derecho subjetivo*.

En su *dimensión procesal*, el derecho de defensa se expresa y concreta en un conjunto de garantías que limitan la actividad de la acusación y la del órgano jurisdiccional y están contenidas en dos principios fundamentales del proceso penal: el de *contradicción* y el *acusatorio*.<sup>40</sup>

La posibilidad de que el imputado pueda intervenir en la controversia, defendiéndose de los cargos supone, en primer lugar, el reconocimiento a su calidad de *parte procesal*. La combinación entre este reconocimiento y el principio de igualdad, da lugar al nacimiento del *principio de contradicción*, que consiste en la existencia para ambas partes de la posibilidad efectiva de exponer sus pretensiones y de sustentarlas ante un juez imparcial.

El principio de contradicción comprende, como señala Maier: *la imputación, la intimación y el derecho de audiencia*;<sup>41</sup> es decir, la necesidad de que los cargos que se formulan consistan en la relación clara, precisa y circunstanciada de un delito (*imputación*); que esa relación sea efectivamente conocida por el imputado de manera oportuna (*intimación*), y que el imputado sea oído y pueda presentar su defensa antes de la resolución (*derecho de audiencia*).

El *principio acusatorio* define ciertas condiciones en las que debe realizarse el enjuiciamiento y, entre ellas, asigna las funciones o papeles<sup>42</sup> procesales específicos a cada uno de los actores. La especificidad excluye cualquier confusión o fusión entre tales papeles,<sup>42</sup> de manera que debe haber diferenciación entre el órgano que ejerce y mantiene la acusación y el órgano que juzga; así como entre el órgano encargado de la fase de investigación y el órgano que decide sobre la procedencia de la condena.

En cambio, en tanto derecho subjetivo, el de defensa consiste en un conjunto de prerrogativas para hacer valer con eficacia el derecho a la libertad, que se ejercen tanto personalmente por el imputado (*defensa material*), cuanto por su abogado defensor (*defensa técnica*).

En este sentido, el derecho de defensa comprende:

1. *El derecho a ser informado de los cargos existentes en su contra.*

El ejercicio de la defensa se vuelve imposible, a menos que se conozca el contenido de la acusación. El derecho a ser informado de los cargos existentes se constituye así en uno de los requisitos fundamentales para la estructuración del proceso.

De otro lado, esta vinculación funcional con el derecho de defensa, impone ciertas características a la información que debe proporcionarse al imputado, la cual debe ser *inteligible, completa y oportuna*.<sup>43</sup>

La exigencia de que la información sea inteligible resulta especialmente importante cuando la diversidad cultural es una característica del medio e incluye diversidad de lenguas. Por eso se explica la alusión expresa de la Constitución a que la información ha de ofrecerse en la lengua materna del imputado<sup>44</sup>. Pero no es esa la única posible limitación cuya presencia podría volver ininteligible a la información acerca del contenido de la acusación. También el analfabetismo como condición cultural podría producir el mismo resultado, si la información se consigna por escrito.

Información completa es la que contiene todos los elementos necesarios para sustentar la defensa, es decir, tanto los relativos a la naturaleza de la acusación, como a su *causa*<sup>45</sup>. La incriminación es el resultado de una decisión de un órgano del poder público, que debe motivarse como las demás y, como se verá más adelante, supone tanto una mención explícita de los hechos que se consideran incriminatorios y de las normas sustantivas que se estiman infringidas, como una explicación acerca de la pertinencia de la aplicación de las normas sustantivas a los hechos.

La oportunidad tiene que ver con el momento en que la información se pone a disposición del imputado. La Convención Americana de Derechos Humanos exige que la comunicación de los cargos sea "previa y detallada".<sup>46</sup> Esto significa que el imputado ha de disponer de ella antes del momento procesal en que deba hacer valer su defensa. Como se verá más adelante, esta garantía mínima se vincula así estrechamente con el derecho a disponer del tiempo necesario para preparar la defensa, de manera que el "antes" se convierte en "con anticipación suficiente". De otro lado, debe tenerse presente que el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos requiere que la comunicación se produzca "sin demora", lo cual ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el sentido de que la información acerca de los cargos debe proporcionarse "tan pronto como una autoridad competente formule la acusación"<sup>47</sup>. Ambas exigencias deben conciliarse.

2. *El derecho a no incriminarse*

El derecho de toda persona a no incriminarse, reconocido por el artículo 81 del Código, figura entre los principios del debido proceso consagrados por la Constitución<sup>48</sup> y entre las garantías procesales mínimas exigidas por la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>49</sup>

3. *El derecho a contar con asesoramiento legal competente*

Comprende tanto el derecho a defenderse personalmente o a designar un defensor, como el derecho irrenunciable a exigir que se le proporcione uno por el Estado.

No se trata de una mera forma. El asesoramiento legal competente<sup>50</sup> debe reflejarse en el desarrollo del proceso y supone, en primer lugar, la posibilidad de comunicarse libre y privadamente con el defensor<sup>51</sup>. La jurisprudencia estadounidense ha ampliado la garantía de manera que comprenda aun a la calidad profesional de la defensa, de tal modo que aunque el imputado haya contado con un defensor, la garantía no habría quedado satisfecha si éste ha actuado de manera manifiestamente incompetente.

Para precautelar la eficacia de este derecho a contar con un defensor, la Constitución prohíbe que se interroge a una persona, aun con fines de mera investigación, sin la asistencia de un abogado defensor y anula la eficacia probatoria de las diligencias que no cumplan con este precepto.<sup>52</sup>

4. *El derecho a contar con el tiempo y los medios necesarios para la preparación de su defensa*

La concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, consignada como una de las garantías mínimas de la administración de justicia por la Convención Americana (CADH 8:2,c) y por el Pacto Internacional (PIDCP 14:3,b) atienden a la existencia de un conjunto tanto de condiciones fácticas sin las cuales no podría desenvolverse una defensa idónea: la comunicación libre y sin interferencias entre el imputado y su defensor, el acceso del defensor al expediente y a todos los medios necesarios para la preparación de la defensa; como de derechos complementarios: el derecho a intervenir en la prueba<sup>53</sup>; a contradecir la prueba de cargo y a actuar pruebas de descargo<sup>54</sup>.

El significado restrictivo que tiene en el nuevo Código el concepto de prueba, podría provocar dudas sobre el alcance de este derecho en la práctica. En efecto, *prueba* solamente es la presentada ante el tribunal durante el juicio, de manera que no tiene ese carácter el conjunto de datos y elementos fácticos reunidos por el Fiscal durante la indagación previa y la fase de instrucción. Aún más, el Código impone reserva sobre las actuaciones de la Fiscalía durante la indagación previa, aunque deja a salvo los principios del debido proceso. ¿Pero, qué significa esto en la práctica? ¿Si estas actuaciones no son pruebas, qué son? La misma pregunta cabe con respecto a las actuaciones de la fiscalía durante la fase de instrucción.

El Código utiliza la expresión "elementos de prueba" para designar a los datos obtenidos por la fiscalía. Esta distinción entre "prueba" y "elementos de prueba" corresponde a la que la doctrina continental hace entre "*actos de investigación*" y "*actos de prueba*". San Martín Castro, siguiendo a Ortells Ramos, identifica cinco diferencias<sup>55</sup>:

a) Mientras el acto de prueba está dirigido a convencer al juez de la verdad de una afirmación hecha por una de las partes en el juicio, el acto de investigación persigue esclarecer los hechos para determinar en qué medida es posible hacer esa afirmación en juicio. Se refiere por consiguiente a una mera probabilidad: el acto de investigación actúa a manera de una precondition del acto de prueba.

b) La eficacia jurídica del acto de investigación consiste en servir de fundamento para que se dicten resoluciones de imputación o medidas limitativas de derechos de carácter cautelar, que tienen siempre carácter provisional, mientras que la prueba persigue sustentar la sentencia, es decir, la resolución definitiva sobre el fondo.

c) Mientras los actos de prueba se apoyan en un juicio de mera probabilidad, los actos de prueba están destinados a sustentar un juicio de convicción plena. De ahí que para el llamamiento a juicio sea suficiente la probabilidad razonable, mientras que para la condena, la mera probabilidad es insuficiente. La presunción de inocencia solamente queda desvirtuada con la convicción, más allá de toda duda razonable.

d) Mientras los actos de investigación no requieren del concurso necesario del imputado, cuya identidad puede todavía no haberse determinado, los de prueba no tienen eficacia sin la oportunidad de contradicción plena.

e) Mientras los actos de investigación son anteriores al juicio, los de prueba se practican dentro de éste.

La distinción, como se aprecia, guarda cierta similitud con la que existe en la doctrina estadounidense, entre *evidencia* y *prueba*; en la cual la palabra *evidencia*<sup>56</sup> sirve para designar a cualquier realidad sensorialmente perceptible que pueda dar cuenta de los hechos o servir para inferirlos; mientras que la expresión *prueba*<sup>57</sup> se reserva para la evidencia ya presentada y admitida en juicio.

Los "elementos de prueba" o, para emplear la denominación doctrinariamente apropiada, los actos procesales de investigación, le sirven a la fiscalía para sustentar ante el juez sus pretensiones: la acusación y el consiguiente pedido de llamamiento a juicio, o que se autorice alguna medida cautelar, pero nada más. En sí mismos estos elementos de prueba no ofrecen mérito alguno para condenar. Así, por ejemplo, la información que un testigo proporcionó a la fiscalía, y que consta transcrita en el expediente, no tendrá valor alguno como prueba a menos que esa persona rinda su testimonio ante el tribunal durante el juicio, con plena oportunidad de contradicción. La mera "reproducción" de lo actuado en la instrucción carece de efecto probatorio alguno.

En todo caso, no cabe duda de que el derecho de defensa exige pleno acceso de la defensa del imputado a esos elementos de prueba y la posibilidad de ofrecer otros elementos de descargo, si fuere del caso. El artículo 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, aunque con una terminología que se presta a equívocos, puesto que llama pruebas a los elementos que según el Código no lo son, garantiza el pleno ejercicio del derecho de defensa.<sup>58</sup>

##### 5. El derecho a que se excluya la prueba ilegalmente obtenida

Este derecho actúa como una garantía post factum para el principio de la legalidad de la prueba,<sup>59</sup> en todos aquellos casos en los que pretende hacerse valer el valor probatorio de evidencias obtenidas con infracción a lo dispuesto por la Constitución y la ley.

El artículo 80 del nuevo Código desconoce toda eficacia probatoria a cualquier actuación preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales y extiende el mismo efecto a "todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías".

##### 6. El derecho a que las decisiones sean motivadas

El principio establecido por el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución, debe ser el que con mayor frecuencia se quebranta en la práctica de jueces y funcionarios administrativos. Dice la norma: "*Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se haya fundado y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho*".

El empleo de fórmulas vacías de contenido por su ambigüedad extrema, ha servido para encubrir la falta de motivación. "Niégase por improcedente", "acéptase por ser legal" o "por cumplidos los requisitos del artículo tal, ordénase", son algunos de los casos más frecuentes.

En ninguno de estos casos se reúnen los tres elementos que según la disposición constitucional son necesarios para que exista motivación:

a) Determinación clara y precisa de los antecedentes de hecho relevantes. No se trata de hacer un recuento cronológico de todos los hechos o una relación de todas las pruebas o actuaciones procesales. Ese recuento no constituye motivación. Para que la haya es preciso seleccionar los antecedentes de hecho relevantes y señalar por qué lo son. Solamente de esta manera se podrá después establecer la correlación entre los hechos y las normas.

b) Identificación de las normas o principios jurídicos aplicables. No se satisface esta exigencia con la sola cita. Ni siquiera basta la transcripción textual de la norma. Ningún texto normativo se explica por sí mismo, de manera que es indispensable identificar de manera expresa los supuestos de hecho y las condiciones de aplicación cuya producción determina la procedencia de la consecuencia normativa.

c) Explicación acerca de la pertinencia de la aplicación de tales normas o principios a los antecedentes de hecho. Si se ha identificado tanto los hechos relevantes, como las condiciones de aplicación de la norma o principio en cuestión, es posible establecer la correlación, tradicionalmente expresada bajo la forma de un silogismo simple.

Si falta alguno de estos requisitos, podrá haber enunciación de antecedentes, pero no motivación. Es fácil advertir que no se está aquí ante una exigencia más o menos arbitraria del legislador constitucional, sino ante un requerimiento lógico para que la defensa pueda ser idónea. La noción del proceso como una controversia racional sería irreal si no se exige que toda decisión quede expuesta tanto en su contenido, como en la estructura lógica que la sostiene, porque si ha de haber controversia, ésta solamente puede versar sobre los distintos elementos de dicha estructura: los hechos; el alcance y las condiciones de aplicación de las normas y la correlación entre los hechos y las normas.

Esta necesidad de coherencia lógica, impone dos principios aplicables al contenido de la motivación:

a) *El principio de la singularidad personal de la incriminación*, en cuya virtud si en un mismo acto procesal se incrimina a varias personas, la motivación debe ser individual, para cada una de ellas, puesto que de la aplicación de las normas van a surgir consecuencias individuales para cada imputado.

b) *El principio de congruencia*, en cuya virtud la motivación no solamente debe ser formalmente coherente, es decir lógicamente construida, sino que debe haber tam-

bién *coherencia material*, es decir correspondencia entre lo que ha sido materia de la imputación o de la acusación y lo que es materia de la decisión que trata de motivarse.

La doctrina y la jurisprudencia constitucional española han sido especialmente cuidadosas en la identificación de los defectos de congruencia que pueden afectar a las decisiones judiciales y han distinguido: la incongruencia omisiva o *ex silentio*; la incongruencia *extra petitum* y la incongruencia por error. El propio Tribunal Constitucional Español explica el alcance de su tesis, de la siguiente manera:<sup>60</sup>

*"El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y petitum). Ciñéndonos a estos últimos la adecuación debe extenderse, tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa petendi, alterando de oficio, como en el caso que nos ocupa, los motivos del recurso de apelación formulado, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el thema decidendi. En lo que ahora interesa, además de distinguir nuestra jurisprudencia entre la llamada incongruencia omisiva o ex silentio, que se producirá cuando el órgano judicial deja sin*

*contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, y la denominada incongruencia extra petitum, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, también singulariza la llamada incongruencia por error, que es aquella en la que se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia (SSTC 28/1987, de 5 de marzo, FFJJ 4, 5 y 6; 369/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 111/1997, de 3 de junio, FJ 3; 136/1998, de 4 de julio, FJ 2; 96/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 113/1999, de 14 de junio, FJ 2; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 4). En efecto, se trata de supuestos, como el actual, en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquella sin respuesta".*

Por supuesto, no toda incongruencia tendrá relevancia constitucional. Para que haya quebrantamiento de los principios del debido proceso, se requiere que el defecto lógico produzca indefensión; es decir que haya quebrantamiento del principio de contradicción, por existir alteración sustancial de los términos de la controversia.

Como puede advertirse, el principio de congruencia no es aplicable solamente a la motivación. Se refleja en ella, pero gobierna todo el proceso.

## NOTAS

1. Alberto Wray, El debido proceso en la Constitución, *Juris Dictio* número 1, pág.
2. Ernst Beling, *Derecho Procesal Penal, Labor*, Barcelona, 1945, Pág. 148
3. La misma prohibición consta en el artículo 255 del nuevo Código de Procedimiento Penal, aunque referida exclusivamente a la audiencia en ciertos procesos. La reiteración, con carácter más limitado, se explica por el hecho de que el Proyecto del nuevo Código fue elaborado antes de la vigencia de la prohibición constitucional, incorporada por la Asamblea que aprobó las reformas de 1998. No cabe duda de que, a pesar del carácter limitado de la prohibición del Código, prevalece la más general de la Constitución.
4. A menos que expresamente se aluda al expedido en junio de 1983, toda mención al Código de Procedimiento Penal hecha sin tal especificación ha de entenderse referida al nuevo Código publicado en el Registro Oficial de 13 de enero del año 2000.
5. Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, pág. 168.
6. Dice el artículo 194 de la Constitución: "La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios dispositivo, de concentración e inmediatez"
7. Dice la disposición: "Ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio, el Presidente remitirá el proceso a la Sala de la Corte Superior o de la Corte Suprema que corresponda, a fin de que sustancie la etapa del juicio de acuerdo a las normas previstas en el Título III del Libro IV de este Código, en lo que fueren aplicables".
8. César San Martín Castro, *Derecho Procesal Penal*, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Lima, 1999, Vol. I, pág. 76.
9. Walter Guerrero Vivanco, *El sistema acusatorio oral*, Pudeleco, Quito, 1998, pág. 152.
10. Contrasta esta norma, por ejemplo, con la de la Constitución italiana, según la cual "El Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar la acción penal".
11. Walter Guerrero Vivanco, *El sistema acusatorio oral*, págs. 160 a 162.
12. César San Martín Castro, *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, pág. 228
13. Art. 14, núm. 3, lit. c): "Toda persona tiene derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas"
14. Art. 23, núm. 27.

15. PIDCP, art. 14, núm. 1; CADH, art. 8 núm. 1.
16. Opinión Consultiva número...
17. Artículo 192: El sistema procesal hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará ésta por la omisión de formalidades.
18. CADH Art. 8, núm. 4: "El inculpado absuelto por una sentencia firme, no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos".- CPP Art. 5: "Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho".
19. Artículo 246 CPP: "El sobreseimiento definitivo del proceso da fin al juicio y, en consecuencia, impide iniciar otro por el mismo hecho.- El sobreseimiento definitivo del imputado impide que éste, en el futuro, pueda volver a ser encausado en el mismo proceso o en otros que se inicien por el mismo hecho.- El sobreseimiento provisional del proceso suspende la sustanciación del mismo durante cinco años; y el sobreseimiento provisional del imputado lo suspende por tres años..."
20. El Anteproyecto de Código Procesal Penal para la República Dominicana, en cuya elaboración participaron Binder y Mayer, limita el sobreseimiento provisional al caso en el cual "los elementos de prueba resultan insuficientes para fundar la acusación, pero el Ministerio Público justifica la posibilidad de obtenerlos" (Artículo 314).
21. Art. 8, literal h).
22. Art. 14, núm. 5
23. Art. 324
24. Art. 24, núm. 13 (in fine)
25. Art. 328
26. Art. 8, núm. 2
27. Art. 4 CPP: "Todo imputado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable"
28. Héctor Faúndez Ledesma, Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (El Derecho a un juicio justo) Universidad Central de Venezuela, Caracas 1992, págs. 250 a 256.
29. Const., Art. 23, núm. 4
30. Const., Art. 24, núm. 6
31. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, Washington, 1997, págs. 29 a 32.
32. Art. 167 CPP
33. Const., Art. 24, núm. 8 y CPP Art. 169
34. Art. 167 CPP
35. Art. 9, núm. 4
36. Art. 172
37. Art....
38. "Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento" (Constitución, artículo 24:10)
39. La defensa del imputado es inviolable (Artículo 11 CPP).
40. César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal, Vol. I, págs. 72 a 75
41. Julio B.J. Maier, Derecho Procesal Penal, Bs. Aires, Editores del Puerto, 1996, T. I, págs. 554 a 556.
42. César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal, Vol. I, pág. 74.
43. 24:12 Const. "Toda persona tiene derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna de las acciones iniciadas en su contra"
44. En el mismo sentido: el art. 8:2,a de la CADH ("El inculpado tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no habla o no comprende el idioma del tribunal") y el art. CPP 13: "Si el imputado no entendiera el idioma español, podrá designar un traductor. Si no lo hiciere, el Fiscal o el tribunal lo designará de oficio. El Estado cubrirá los costos de las traducciones".
45. Héctor Faúndez Ledesma, Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pág. 287.
46. Artículo 8, núm. 2, letra b)
47. Héctor Faúndez Ledesma, Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, página 288.

48. Const. 24:9 "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal". También Const. 24:4,2 "Toda persona al ser detenida, será informada de sus derechos a permanecer en silencio".
49. Artículo 8, núm. 2, letra g)
50. CPP, artículo 12: "El imputado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, el juez debe designarlo de oficio antes de que se produzca su primera declaración.  
- El juez o tribunal pueden autorizar que el imputado se defienda por sí mismo. En ese caso el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica".
51. El artículo 8, núm. 2, letra d) de la CADH reconoce el "Derecho del inculpaado para defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor"; al tiempo que la letra e) del mismo artículo se refiere al "Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado" si el inculpaado no ha nombrado defensor.
52. Artículo 24, número 5.
53. CPP, artículo 11, inciso 2: "El imputado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas".
54. El artículo 8, núm. 2, letra f) de la CADH incluye entre las garantías mínimas al derecho de la defensa a interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de otras personas, como testigos o peritos.
55. César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal, Vol. II, pág. 584
56. "All the means by which any alleged matter of fact, the truth of which is submitted to investigation, is established or disproved" (Blaks Law Dictionary)
57. "The effect of evidence; the establishment of a fact by evidence" (Idem)
58. Artículo 26 LOMP: "El Ministerio Público garantizará la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en la indagación previa y en la investigación procesal para que puedan intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo".
59. Artículo 83 CPP: "Legalidad de la prueba.- La prueba solamente tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito".
60. Segunda Sala, sentencia 213 de 18 de septiembre de 2000.

# Debido proceso y extradición

Alfonso Zambrano  
Pasquel

*Ha cambiado en forma definitiva el tratamiento de la extradición a partir del 13 de enero del 2000, de acuerdo con lo que manifiesta la disposición final del nuevo Código de Procedimiento Penal.*

## EL DEBIDO PROCESO

### Antecedentes

El principio del debido proceso (o proceso debido) es de origen anglosajón ("due process of law"), que se encuentra formulado por escrito por primera ocasión en el capítulo XXXIX (39) de la Carta Magna de Inglaterra del año 1215. Allí se dispone "ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra". Esta declaración alimentada por los barones normandos pretendía frenar los abusos del Rey Juan Sin Tierra, imponiéndole reglas de juego limpio, castigando la arbitrariedad política y sometiendo al proceso las extralimitaciones. Esta conquista se mantiene desde entonces en el "common law" británico.

El paso a EE.UU. fue inevitable y se hace presente en las diez primeras enmiendas de la Constitución americana de 1787 conocida como la "Declaración de Derechos" (Bill of Rights). El punto más alto puede ser encontrado en la enmienda V. En los Estados Unidos el principio del debido proceso debe entenderse de acuerdo con el sistema jurídico del "common law" o derecho consuetudinario, opuesto al continental codificado y escrito ("civil Law"). En el derecho consuetudinario el proceso debido actúa y es la manifestación de un Estado de Derecho tal y como la jurisprudencia norteamericana lo desarrolla en sus aspectos procesal y material, derivado esencialmente para el entendimiento del proceso penal, "particularmente desde el prisma constitucional, como por la regla del juego limpio o fair trial, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales".

Aunque ya existían tanto en nuestro ordenamiento constitucional como en las leyes de procedimiento, un conjunto de garantías y derechos para el ciudadano frente a la intervención del Estado y de su sistema policial y judicial, que siendo garantías fundamentales tenían que ser respec-

das en un proceso y particularmente en el penal, no creemos que esté demás que haya sido expresamente consignado, pues se suma a las demás tutelas constitucionales con las que está indisolublemente vinculado. Admitimos que el principio del debido proceso es un principio general del derecho, y por tanto fuente del derecho procesal y del derecho sustantivo o material, informador de todos los órganos jurisdiccionales, y vinculante al legislador y a la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

### EL DEBIDO PROCESO PENAL

Cuando nos referimos al debido proceso entendemos por tal a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales (lo cual significa referirnos inequívocamente a los derechos humanos, previstos tanto bajo las modalidades de derechos civiles y políticos, como de derechos de primera, segunda, tercera o cuarta generación), consignados en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los Pactos, Tratados y Convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incontestable cumplimiento.

El debido proceso penal por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La legalidad del debido proceso penal es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado.

Hablar del debido proceso penal es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entra en contacto con los sistemas de justicia penal

en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir, teniendo en cuenta no solo la fase judicial - penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado conforme dijimos precedentemente.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se hace referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, el derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc. Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, ha ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales, que en los últimos años se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

#### CONTENIDO DEL DEBIDO PROCESO PENAL

En un Estado de Derecho el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe ser el titular del ejercicio de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como acontece en los denominados delitos de acción penal privada.

La necesidad de juicio previo es importante para la legalidad del **debido proceso**, de manera que no se pueda condenar a nadie si no se ha tramitado un juicio previo respetando el procedimiento previamente establecido, esto es aquel previsto en las normas de procedimiento vigentes al tiempo de la comisión de la infracción o del proceso, según que una o otra resulten más favorables al imputado o al reo.

La Constitución Política vigente consagra este principio en el Art. 24 que contiene las garantías básicas del **debido proceso**, numeral 1, en que se prevé: "... Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes pre-existentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento".

Después del derecho a la vida, el derecho más importante que tiene el hombre es el derecho a la libertad ¡sin lugar a dudas! El Ecuador ha tenido la característica de ser un país, en cuanto a la administración de justicia y fundamentalmente en el ámbito penal en donde está en juego la libertad, de ser moroso, en cumplir con una justicia que esté caracterizada por ser pronta, por ser eficaz y además que esté dotada de la debida celeridad. El 22 de noviembre de 1969 se suscribió en San José de Costa Rica, el Acta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Nuestro país lo suscribió y ratificó el 28 de diciembre de 1977, y el 24 de julio de 1984 aceptó - sin reservas - la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La firma de un Pacto, Tratado o Convenio, que emana de la voluntad libre y soberana de un Estado, significa para éste, que el país acepta o adopta un documento que se convierte en ley para los Estados Partes, de manera que así

como se respeta la Constitución Política, tienen que respetarse dichos documentos que forman parte de la normativa interna del país. El Ecuador ha sido irrespetuoso con la obligación que tenía de respetar lo que dice el Pacto que suscribió. El Pacto de manera concreta con relación al derecho a la libertad en el Art. 7, numeral 5, dice: "... toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo prudencial, en un plazo razonable, o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso...", es decir debe cumplirse con lo que nosotros llamamos la caducidad o perecibilidad de la prisión preventiva, como un mecanismo de contención frente al abuso en el Estado de Derecho.

Como su nombre lo indica, la prisión preventiva es una medida de aseguramiento personal, provisional o provisorio que se dicta por razones de política criminal y que debe durar tanto cuanto fuese necesario, sin que exceda de un plazo prudencial, de un plazo razonable. En el Ecuador, lo más cómodo resultó JAMÁS PONERLE UN PLAZO A LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA no obstante que existía el compromiso acorde con el Pacto suscrito.

En el nuevo Código de Procedimiento Penal aprobado por el Congreso de la República, y que significa un cambio trascendental en el camino a la oralidad, y en la independencia entre el investigador y el juez que resuelve, porque iría a manos del Ministerio Público la investigación en el sistema acusatorio; nosotros, como miembros de la comisión redactora del documento, habíamos previsto inicialmente un plazo para la prisión preventiva, que era de un año en delitos sancionados con prisión correccional o sea de hasta cinco años, y de dos años en delitos mayores o de reclusión.

Pero el constituyente ecuatoriano en la Asamblea de Riobamba de 1998 estableció en el Art. 24 numeral 8, plazos para la caducidad de la prisión preventiva de seis meses y de un año calendario, según el tipo de delito ya anotado, de manera que en los casos más graves, cuya pena excede de cinco años, como en los de tráfico de drogas ilegales, violación, muerte, peculado, etc., el máximo de duración de la prisión preventiva es de un año, contado a partir del momento en que se la dicta.

El constituyente ecuatoriano tuvo mucho cuidado al enunciar los principios fundamentales y los principios generales de los derechos, garantías y deberes, pues con respecto al primero dice en el artículo 3: "Son deberes primordiales del Estado:

2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos..."

Y en relación con el segundo, manifiesta en el artículo 16: "...El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución..." El derecho a la libertad previsto como garantía constitucional, para el preso sin sentencia en el Ecuador, es uno más de los derechos humanos que le asisten, al igual que el derecho a la vida, a la honra, a la intimidad, a la propiedad, a la libertad sexual, a la libertad de credo religioso, etc.

Y si esto no es suficiente, la misma Constitución expresamente consigna que "En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que mas favorezca a su efectiva vigencia..."<sup>3</sup> el indubio pro reo o la interpretación más favorable al reo, es un principio de legislación universal que lo entienden incluso los no abogados. En el momento en que haya duda, oscuridad o dificultad

para aplicar una ley, tiene siempre que aplicarse en el sentido más favorable al reo. Irrefutablemente.

Como dice la Constitución en el Art. 18, tercer párrafo: "No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos".

El Art. 24 que contiene esta garantía (que es un derecho humano del sindicado en general y en este caso particular del ecuatoriano) habla de: "...asegurar el debido proceso...", con lo cual se hace referencia a un juicio justo, un juicio imparcial, ágil, expedito, que requiere de una justicia que actúe con celeridad y en la que se respeten las garantías y derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho.

Dice el primer párrafo del Art. 24 de la Constitución vigente:

**"Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia..."**

Sostenemos que la caducidad de la prisión preventiva no es una garantía constitucional a favor de los delincuentes y en apoyo de la impunidad; es, por el contrario, una garantía constitucional que tiende a sancionar al Estado moroso, que tiende a sancionar al juez negligente y tardío y que es una consecuencia del irrespeto al **debido proceso penal**, ¡cuya legalidad se afecta con una morosidad que termina por convertirse en injusticia!

Los jueces son responsables por la duración del proceso penal, por la situación del preso sin condena y por el abuso institucionalizado de la prisión preventiva -que ha llevado a que la cárcel ecuatoriana se convierta en una institución total o de secuestro ¡y ese secuestro institucional tiene que terminar, aplicando la Constitución vigente!

El Estado ecuatoriano es responsable por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24, y en cualquier momento ante requerimiento de legítimo interesado va a tener que responder nuevamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene competencia sobre el Estado ecuatoriano desde el año 1984, en que Ecuador se allanó sin reservas a la competencia de la Corte. Por esta razón es que se indemnizó en el caso de los hermanos Restrepo (negociando), y se indemnizó en el caso de la profesora Consuelo Benavides, (negociando).

La responsabilidad no está limitada solo a los actos de terrorismo de Estado o de un ejercicio abusivo de la fuerza pública que viola derechos humanos, sino que el Estado también es responsable por la violación de las Garantías Constitucionales que tienen que ver con el **debido proceso**, y en este caso por el abuso con la prisión preventiva, en casos en que el juez no cumple con la obligación por ejemplo de fundamentar el auto de prisión preventiva que es una medida cautelar de aseguramiento personal, limitante de una garantía constitucional como es el derecho a la libertad.

Como prueba de lo dicho nos remitimos al fallo de la Corte Interamericana de DD.HH. dictado en diciembre de 1997 en el que frente a la reclamación del ciudadano Suárez Rosero, detenido en Quito por el Operativo "Ciclón" y sometido a prisión preventiva durante más de 20 meses, condenó al Estado ecuatoriano a indemnizar al detenido por el abuso con la prisión preventiva, aunque al final los jueces ecuatorianos lo hubiesen condenado, pues como di-

ce la Corte Interamericana, es irrelevante si es culpable o inocente, pues de lo que se trata es de sancionar la morosidad de la justicia penal, que no dictó una sentencia en tiempo procesal oportuno.

Es importante recordar que la Constitución vigente consagra en el Art. 23, como parte de los derechos civiles:

"Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

"... 26. La seguridad jurídica.

27. El derecho al **debido proceso** y a una justicia sin dilaciones".

Se puede creer equivocadamente que el concepto de seguridad jurídica está limitado a la idea de la seguridad ciudadana frente al aumento de la criminalidad, o frente a la intervención formal de los tribunales de justicia. La seguridad jurídica es mucho más y tiene que ver con el derecho de un ciudadano a no ser atropellado en sus derechos y garantías frente a la intervención de la maquinaria judicial, por ejemplo.

**A no dudarlo, existe un incremento de la inseguridad ciudadana COMO CONSECUENCIA de la extralimitación del Estado en el uso de la facultad punitiva.**

En el nuevo Código de Procedimiento Penal, hemos extrapolado la Ley Miranda y otras enmiendas de EE.UU. como la cuarta que garantiza el derecho de defensa y sanciona como carente de valor cualquier prueba indebidamente practicada de manera que no pueda ser admitida como evidencia inculpativa en el proceso. La cuarta enmienda dice: "La gente tiene derecho a la seguridad en cuanto a su persona, bienes, papeles y pertenencias, contra allanamientos y secuestros irrazonables efectuados, incluso, sin ninguna orden. En el supuesto que se llevara a cabo, deberá contener una descripción particular del sitio que se ha de allanar y las personas o cosas que se secuestren".<sup>4</sup>

Cuando se han empezado a dar los primeros pasos para un giro copernicano y para un cambio del paradigma, han surgido voces no autorizadas que han criticado lo que significaría un anhelado despertar en esa inacabada lucha por hacer efectivo el respeto al **debido proceso**, que es el respeto a las garantías constitucionales y procesales.

#### DEBIDO PROCESO Y MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Es frecuente y común que los jueces incumplan con la obligación de fundamentar sus autos resolutorios, mediante los cuales disponen la afectación de garantías fundamentales que tienen que ver con el respeto al **debido proceso**; así ocurre cuando disponen la limitación de garantías constitucionales como el derecho a la libertad y a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, etc. Lo cual lamentablemente ocurre en la mayoría de los procesos penales en el Ecuador, en que el auto de prisión preventiva no es debidamente fundamentado o motivado.

Los jueces penales - salvo alguna rara excepción - normalmente disponen una medida de aseguramiento personal como es la prisión preventiva, sin fundamentar tal medida cautelar que debe ser motivada por mandato expreso de la Ley de Procedimiento Penal; recordemos que el Art. 177 del Código de Procedimiento Penal; en actual vigencia dice: "... en el auto (refiriéndose al de prisión preventiva) se

precisará los indicios que fundamentan la orden de prisión". ¿Cuántos jueces cumplen con este mandato o exigencia, que tiende a asegurar el derecho de defensa en un debido proceso penal?

La fundamentación o motivación de un auto resolutorio de privación de la libertad busca que el ciudadano imputado de un delito sepa las razones por las que se lo está privando del ejercicio de una garantía constitucional como es el derecho a la libertad. En todos los casos en que no se fundamenta tal medida se está lesionando el **respeto al debido proceso**, y la actuación judicial es ilegítima e inconstitucional.

En la vigente Constitución ha tenido cuidado el constituyente ecuatoriano, al establecer en el **Art. 24**, como una de las garantías básicas del **debido proceso**, la necesidad de la motivación. El numeral 13 del artículo citado dice: "**Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...**"

Aunque reconocemos que el **debido proceso** es una garantía ciudadana sin limitación por la materia, esto es que debe aplicarse en cualquier tipo de procedimiento (civil, tributario, administrativo, fiscal, laboral, etc.); referido específicamente al ámbito procesal penal, la **falta de respeto al debido proceso penal** cuando se priva de la libertad o se dispone su privación sin motivar o fundamentar tal medida, debe ser reparada por el superior mediante el **amparo de libertad** consignado en el Art. 458 del Código de Procedimiento Penal del 10 de junio de 1983, en concordancia con lo dispuesto en el **TÍTULO IV AMPARO DE LA LIBERTAD** (artículos 422 a 430) del Código de Procedimiento Penal del 13 de enero de 2000, disponiendo la cesación de la medida de aseguramiento personal, sin perjuicio de la sanción para el juez que ha irrespetado el **debido proceso**.

**¿Cuál es la situación real del amparo de libertad en la praxis judicial ecuatoriana?**

Casi ningún juez o tribunal superior lo declara con lugar, por lo que se ha perdido la confianza en el control por parte de las instancias superiores toda vez que casi siempre el recurso es negado, ¡aunque la medida de aseguramiento preventivo o provisorio (auto de prisión preventiva) no esté debidamente motivada! Los jueces superiores que así actúan se están olvidando de cumplir con las obligaciones inherentes al ejercicio del cargo, ante el requerimiento de legítimo interesado, no obstante que el **Art. 24** que consagra constitucionalmente el **debido proceso**, dice en el numeral 17: "**Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión...**"

Por regla general, los tribunales superiores ni siquiera cumplen con la obligación de amonestar al inferior o juez impugnado por el vicio de procedimiento, ni mandan a que el inferior o juez impugnado rectifique el procedimiento, motivando las razones por las que dispone el aseguramiento personal de un imputado mediante el auto de prisión preventiva; con esta actitud los tribunales superiores terminan por legitimar el estado de indefensión de quien se encuen-

tra sindicado y privado de su libertad, o en riesgo de ser privado de ella, ¡aunque constitucionalmente es aún un ciudadano inocente!

Actualmente en el Ecuador la responsabilidad de los jueces y magistrados es de tal magnitud, que de acuerdo con la Constitución vigente y el **respeto al debido proceso**, al tiempo que se establece la primacía de la Constitución frente a normas de menor jerarquía (como serían los códigos y leyes de procedimiento) como lo dice el **Art. 272** de la Carta Suprema, el constituyente ecuatoriano dispuso que **de oficio** se apliquen las garantías constitucionales, tal y como lo manda el **Art. 273 ibidem.**, y ha convertido a los jueces ecuatorianos en custodios de la preeminencia constitucional al concederles competencia para declarar inaplicable de oficio o a petición de parte un precepto jurídico que contraviene a la propia Constitución o a Tratados o Convenios Internacionales, según así lo ordena el **Art. 274** de la Constitución citada<sup>5</sup>.

En el análisis del respeto al **debido proceso**, consignamos que la jurisprudencia de Costa Rica es sumamente generosa en el tema del **debido proceso** y de la sanción mediante declaratoria de nulidad o de revocatoria de las medidas de aseguramiento personal, cuando por ejemplo la prisión preventiva no ha sido fundada o motivada por el juez, actuando como tribunal de salvaguarda tanto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como la Sala Constitucional de la misma. Esta información es accesible en la REVISTA DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA, en cuyo número 14, del año 9, de diciembre de 1997 encontramos una erudita gama de fallos, como el relacionado con el beneficio de libertad condicional, **por vicio de falta de fundamentación al haberse omitido prueba fundamental**.<sup>6</sup>

En relación a la obligatoriedad de la fundamentación de la prisión preventiva, la Sala Constitucional de Costa Rica hace continuas observaciones al incumplimiento de los jueces, al acoger recursos de **habeas corpus**; así la Sala en el voto 1419-96, expresa: "Cuando se exige fundamentar debidamente la resolución que restringe la libertad de un imputado, tanto por imperativo constitucional, como por mandato específico del numeral 20 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, lo que se exige en la resolución es la existencia y exposición del respaldo fáctico concreto existente en la causa y respecto de cada imputado, así como el respaldo normativo que sustenta y justifica la adopción de la medida, pues solo de esa forma se logran individualizar las razones que motivaron la decisión, y sólo así surge la posibilidad de controlar en alza esa disposición. Es decir, el juez ha de expresar las razones que existen en la causa que tramita, y respecto del imputado concreto para decidir restringir su libertad como medida cautelar indispensable para asegurar la sujeción del acusado al proceso, la averiguación de la verdad y la eventual aplicación de la ley penal. Repetir en abstracto y como frases vacías, los supuestos que legalmente autorizan la privación de libertad, no es fundamentar. Fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en cada caso concreto, exponer y razonar por qué se estima en ese momento procesal, que los objetivos antes señalados están en peligro, y cuáles son los elementos de juicio que permiten sustentar la existencia de ese peligro y en consecuencia, justificar la medida adoptada. El juez no puede contentarse con decir que sospecha de la fuga del acusado, o sospecha que contaminará la prueba, si-

no que debe exponer en concreto en qué se basan esas sospechas, y para hacerlo debe referirse indefectiblemente a las pruebas existentes en la causa y a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del acusado que respalde ese juicio emitido, sin que con ello se lesione el principio de inocencia, dado que como medida cautelar, la detención provisional debe encontrar pleno respaldo y justificación en el proceso. No son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad; son razones objetivas, amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa y ello debe traducirlo y exponerlo el juez al resolver sobre la libertad..."<sup>7</sup>

La falta de motivación o fundamentación es igualmente notable en la judicatura ecuatoriana, cuando se trata de los autos resolutorios al concluirse el sumario y hasta en el contenido de la sentencia, con lo cual evidentemente se está violando el **debido proceso** que debe ser reparado por los tribunales superiores cuando conocen en alzada de la resolución del sumario, cuando se trata de la sentencia mediante la apelación o mediante el **recurso de casación por violación de procedimiento**.

Por nuestra parte agregamos que es de exigencia y obligatorio cumplimiento la fundamentación de las resoluciones y fallos judiciales tanto para atender la necesidad de garantizar la defensa de las partes en el **debido proceso**, como para atender el respeto a uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y del sistema republicano, que fundado en la publicidad de los actos de gobierno y de sus autoridades y funcionarios que son responsables por sus decisiones, demanda que se conozcan las razones que amparan y legitiman tales decisiones.

Como nos ilustra Cafferata Nores "la fundamentación de las resoluciones judiciales, para ser tal, requiere la concurrencia de dos condiciones. Por un lado, debe consignarse expresamente el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba. Por otro, es preciso que éstos sean meritados, tratando de demostrar su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se admitan en el fallo. Ambos aspectos deben concurrir simultáneamente para que pueda considerarse que la sentencia se encuentra motivada. Cualquiera de ellos que falte (tanto el descriptivo como el intelectual) la privará de la debida fundamentación".<sup>8</sup>

La motivación exige además el razonamiento de los elementos probatorios que sirven de base o premisa para las conclusiones a que llega el juez. Como dice Cafferata Nores, "la mera enunciación o descripción de los mismos no satisface este requisito, porque no proporciona los elementos de juicio necesarios para verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez para arribar a determinada conclusión ha sido cumplido con respeto por las reglas de la sana crítica racional".<sup>9</sup>

## LA EXTRADICIÓN

### Legitimidad de una propuesta

#### Antecedentes

Viene tomando carta de ciudadanía la idea de que la **extradición** es una de las herramientas que se requieren para: a) combatir la corrupción; y, b) para evitar la impunidad que es una consecuencia de la corrupción.

En esta propuesta de fines, la Constitución Política de la República vigente desde el 11 de agosto de 1998, ha previsto en el Art. 121<sup>10</sup>, **tanto la imprescriptibilidad de la acción y de la pena** (esto es del proceso penal y de la sanción) de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito (formas modales de la corrupción), como el juzgamiento en ausencia, de manera que ya no es relevante o necesario que un sindicado se encuentre detenido en el país sino que puede ser juzgado en calidad de prófugo.

Igualmente, con el objeto de combatir la corrupción se ha elevado a la categoría de organismo de control, en un rango similar al de la Contraloría General del Estado, Procuraduría General, Ministerio Público, y las diferentes Superintendencias, como las de Bancos y Compañías, a la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, prevista en los artículos 220 y 221 del Capítulo IV del Título X de la Constitución de la República.

Las Superintendencias como organismos técnicos, con autonomía administrativa, económica y financiera y personería jurídica de derecho público, ejercen también control en las instituciones públicas y privadas, de acuerdo con su competencia por la materia específica, objeto del control.

En el presente gobierno, tanto el propio Presidente de la República como organismos tales como la Comisión de Control Cívico de la Corrupción han expresado un interés de consuno de perseguir a la corrupción y combatir la impunidad, propuesta que es legítima tanto en cuanto se trate de verdaderos casos de corrupción y no del perseguimiento político o personal de un funcionario público en contra de un oponente o adversario.

Existen algunos mecanismos para evitar la impunidad que pueden ser la vía de la extradición, a veces no expedita por la dificultad de los trámites y el respeto al debido proceso y a las garantías constitucionales (entre ellas los derechos humanos), consustancial a la vigencia del Estado de Derecho.

No es necesaria ni imprescindible la **extradición** en la propuesta de combatir la impunidad y la corrupción, pues de acuerdo con la norma constitucional que se transcribe, tanto el ejercicio de la acción penal como la pena son imprescriptibles en los casos modales citados por la Constitución Política de la República del Ecuador, y sus presuntos responsables pueden ser juzgados en ausencia.

### La excepción a la extradición en casos de narcotráfico

Se viene considerando con mayor insistencia en las dos últimas décadas que uno de los **flagelos o crímenes contra la humanidad** es el que tiene que ver con el narcotráfico y delitos conexos relacionados con el tráfico, comercialización y enriquecimiento ilícito proveniente de las drogas ilegales, aunque en el Ecuador no es imprescriptible el ejercicio de la acción penal y de la pena en el caso de narcotráfico, ni pueden ser sus presuntos responsables juzgados en ausencia. Lo anterior nos puede llevar al equívoco de creer que es menos lesivo el narcotráfico que el delito de peculado, y que el combate a la corrupción es más importante para el Estado ecuatoriano, que el combate al crimen organizado que deviene de los delitos de narcotráfico.

Para combatir el narcotráfico se dictaron tres convenciones, interesándonos recordar la última que es la Convención de Viena de diciembre de 1998, que ha sido ratificada por el Ecuador casi de inmediato a su expedición, y que dio

origen en el Ecuador a la Ley Antidrogas de 1990. En este estatuto internacional – la Convención de Viena – se prevé que para evitar la impunidad debe funcionar el *principio de la asistencia judicial recíproca*, y que para evitar la impunidad en materia de narcotráfico, los países deben cooperar con sus similares entregando a la justicia requirente del país amigo, a aquellos prófugos de la justicia para que sean juzgados.

De acuerdo con lo previsto en la Convención de Viena, la entrega de las personas se la debe realizar aunque no exista un Pacto, Tratado o Convenio expreso de extradición, bastando la sola aceptación o suscripción de la Convención de Viena<sup>11</sup>, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, en su sexta sesión plenaria celebrada el 19 de diciembre de 1988, a la que se puede invocar y recurrir como soporte jurídico para la entrega de las personas vinculadas con los delitos de narcotráfico, en forma excluyente y específica, esto es, **no cabe su aplicación para otro tipo de delitos, como los de peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito.**

Cabe decir con respecto a lo anterior que solamente cuando se trate de los casos de narcotráfico (y de los delitos expresamente previstos en la Convención) se puede invocar la propia Convención a falta de un tratado expreso de extradición como mecanismo que permita la entrega de un sindicado para que responda ante la justicia de un Estado requirente.

#### ***Sobre la extradición en el caso de peculado bancario***

Hay que dividir el comentario de la legislación aplicable en este tema en concreto, antes del 13 de enero del 2000, y después de esta fecha en que se publica en el Suplemento del Registro Oficial No.360, el nuevo Código de Procedimiento Penal, que entrará en plena vigencia y en su totalidad, dieciocho meses después de su promulgación, según lo prevé la disposición final del nuevo cuerpo legal, que contiene 430 artículos.

#### ***La situación legal antes del 13 de enero de 2000***

Para que se pudiese solicitar y tramitar la extradición, había que recurrir a un Reglamento relacionado con la Ley de Extranjería, que establecía como un presupuesto de procedibilidad, esto es, de necesario cumplimiento previo, que se hubiese dictado un auto de prisión en firme o que se tratase de un caso de sentencia condenatoria igualmente en firme<sup>12</sup>. Esto nos permitía inferir que sólo cabía la extradición si se cumplía ese requisito previo, y que el auto de prisión debía ser interpretado con el carácter de firme cuando se trataba del auto de prisión expedido en la tercera etapa del proceso penal, esto es en el llamamiento a juicio plenario.

Con el criterio anterior, concluíamos que no era posible o viable que se solicitara o tramitara un pedido de extradición cualquiera que fuese el delito imputado si se trataba de un sindicado en la etapa del sumario, que es la primera etapa del proceso penal ecuatoriano, porque en dicha etapa procesal la medida cautelar personal o de aseguramiento que es el auto de prisión preventiva, es por su naturaleza revocable, pues puede quedar sin efecto cuando el juez considere que se han desvirtuado los presupuestos que le dieron nacimiento, siendo en consecuencia un auto no en firme. Este era el principal y sostenible argumento para decir no a la extradición.

#### ***La situación legal a partir del 13 de enero de 2000***

Ha cambiado en forma definitiva el tratamiento de la extradición a partir del 13 de enero del 2000, de acuerdo con lo que manifiesta la disposición final antes referida del nuevo Código de Procedimiento Penal.

El artículo 7, del nuevo Código de Procedimiento Penal dice textualmente:

**Art. 7.- Extradición.-** *Es obligación del juez solicitar en la forma prevista por la ley y los convenios internacionales, la extradición del prófugo en los casos de prisión preventiva o de sentencia condenatoria ejecutoriada.*

La disposición final del nuevo Código de Procedimiento Penal, promulgado el 13 de enero de 2000, dice en el segundo párrafo y en el párrafo tercero en el que está la clave de la respuesta:

"...Este Código entrará en vigencia luego de transcurridos dieciocho meses desde su publicación en el Registro Oficial.

"Lo previsto en el inciso anterior no será aplicable al Capítulo IV del Título IV del Libro IV y a los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429 y 430, que por desarrollar los principios del debido proceso reconocidos por la Constitución Política de la República, entrarán en vigencia a partir de la publicación de este Código en el Registro Oficial..."

Una primera lectura -aunque incompleta- nos puede llevar al equívoco de creer que porque se encuentra vigente desde el 13 de enero del 2000, el Art. 7 del nuevo Código de Procedimiento Penal, son extraditables todos los ecuatorianos en contra de los que se dicte auto de prisión preventiva - es decir que bastaría que exista una medida cautelar personal provisoria y revocable como es la prisión preventiva - y aquellos en contra de los que exista una sentencia condenatoria en firme.

**Comentario:** a) el juez está obligado a solicitar la extradición; b) de acuerdo a la forma prevista por la ley; y, c) en los casos de prisión preventiva que ya no se requiere que sea en firme, o de sentencia condenatoria ejecutoriada o en firme, siempre que se trate de los procesos penales iniciados a partir del 30 de agosto del 2000 que empieza la vigencia de la nueva Ley de Extradición.

La salvedad o excepción se produciría si se trata de pedir la extradición de un ecuatoriano que se encuentre en un país extranjero, y no se hubiese suscrito con dicho país un Tratado, Pacto o Convenio de extradición.

Igualmente destacamos como una **situación excepcional** la que tiene que ver con los procesos penales iniciados a partir del 13 de enero de 2000, y antes del 30 de agosto de 2000 en que se dicta la nueva Ley de Extradición. Esta es la situación de muchos banqueros enjuiciados antes del 30 de agosto de 2000 que entra en vigencia la nueva Ley de Extradición. Sostenemos *prima facie* que es viable aplicar la extradición siempre que no se afecte el principio de la seguridad jurídica y del debido proceso, y para que esto se cumpla cuando se trate de los procesos penales iniciados antes del 30 de agosto de 2000, debe respetarse el mandato constitucional del Art. 24, numeral 1, que en la parte pertinente dice que "**...Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento...**".

Al tiempo del inicio de un proceso penal si no existía, mal podría aplicarse una Ley de Extradición inexistente, para los casos en que se dicte un auto de prisión preventiva no en firme que por su naturaleza es revocable. Antes del 13 de enero de 2000 en que entró en vigencia una parte del nuevo Código de Procedimiento Penal y entre ella el Art. 7 ya señalado, no era posible la extradición, sino cuando existía un auto de prisión preventiva en firme, e igual situación se mantiene hasta el 30 de agosto de 2000 en que empieza a regir y a aplicarse la nueva Ley de Extradición.

Los imputados, en muchos casos relacionados con los llamados "delitos bancarios", son extraditables de acuerdo con el reglamento de la Ley de Migración antes señalado, vigente al tiempo del inicio de esos procesos penales, que requieren auto de prisión en firme, que es el que se dicta en la etapa del plenario y no del sumario, permitiéndonos recordar que la mayoría de estos casos se encuentra en etapa

de sumario (o etapa de investigación) y no en la etapa del plenario (o etapa de juicio).

De acuerdo con el reglamento a la Ley de Migración, aplicable en los casos iniciados antes del 30 de agosto de 2000, en la etapa de investigación o sumario el auto de prisión preventiva es revocable, no es en firme, y por ello no, cabe la extradición, en tanto que en la etapa del juicio de reproche o culpabilidad, que es la etapa de plenario, el auto de prisión es en firme y procede la extradición. Debemos recordar que cuando se dicta un auto resolutorio de llamamiento a juicio (o de plenario), el mismo tiene como antecedente, la comprobación conforme a derecho de la existencia del delito, y la existencia de indicios que permiten presumir razonablemente un actuar culpable de parte de quienes son llamados a juicio. Si no nos encontramos aún en esta etapa procesal, devendría en improcedente la petición de extradición solicitada por la Superintendencia de Bancos.

### NOTAS

1. Juan - Luis GÓMEZ COLMENAR, en prólogo a la obra EL PRINCIPIO DEL PROCESO DEBIDO, Iñaki ESPARZA LEIBAR, Bosch editor S.A., Barcelona, 1995, p. 15.
2. Juan - Luis GÓMEZ COLMENAR, en prólogo citado, p. 16.
3. Cfr. Art. 18, párrafo segundo de la Constitución vigente.
4. Cf. Algunos casos de aplicación de las enmiendas constitucionales en el libro de Elías NEUMAN, Victimología Supranacional. El acoso a la soberanía, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 120 y ss.
5. Art. 272.- "La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas, lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior".  
Art. 273.- "Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente".  
Art. 274.- "Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.  
Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio".
6. Ob. Ci t., p. 126-127, en que la Sala Penal dice en fallo de 29 de mayo de 1997, en la parte resolutoria: " Así, las cosas al haberse denegado la solicitud pero sin evacuar prueba esencial, resulta afectado el derecho de defensa del sentenciado, por lo que aquella resolución del Tribunal Superior deviene en nula. Por lo expuesto debe declararse con lugar en primer motivo del recurso de casación que interpone la defensa y, en consecuencia procede anular la resolución del Tribunal Superior Tercero Penal..."
7. Cecilia SÁNCHEZ ROMERO, La prisión preventiva en un Estado de Derecho, en REVISTA DE CIENCIAS PENALES, ob. cit., p. 61.
8. José CAFFERATA NORES, en op. cit., 284.
9. En op. cit., p. 284.
10. Art. 121: "Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado.

**NOTAS**

Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad". Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998.

**11. Art. 6.**

"3 Si una parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe de otra parte, con la que no la vincula ningún tratado de extradición, una solicitud de extradición, podrán considerar la presente convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo. Las partes que requieran una legislación detallada para hacer valer la presente Convención como base jurídica de la extradición considerarán la necesidad de promulgar la legislación necesaria".

**12. Reglamento a la Ley de Extranjería, Decreto Ejecutivo 1991, publicado en el Registro Oficial 473, del 7 de julio de 1986. Art. 12:** "Para que el Juez de la causa eleve sus antecedentes al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, será necesario que se haya dictado previamente auto firme de prisión o recaído sentencia ejecutoriada contra el acusado cuya extradición se pretende.

Deberán también constar en el proceso el país y lugar en que el reo se encuentre en la actualidad."

**Art.13.-** "Recibido el proceso pasará a conocimiento del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, para que dictamine si es o no procedente la petición de extradición de conformidad a los tratados celebrados en la nación en que el reo se encuentre refugiado o en defecto de tratado, con arreglo a los principios del Derecho Internacional".

# Nuevas instituciones del Código de Procedimiento Penal: el papel del juez

Edmundo Durán  
Díaz

*El juez penal no solo que conserva la casi totalidad de las atribuciones que ahora tiene, sino que, además, podrá cumplirlas con serenidad e independencia, libre de la contaminación psicológica que produce la investigación criminal.*

## DELITO, PROCESO Y SENTENCIA

Delito y pena son dos vocablos que encierran uno de los misterios más profundos, casi insondables del alma humana, que ninguna ciencia ha podido resolver, porque hasta hoy no se ha descubierto por qué, siendo más útil, más cómodo y más justo que todos deban respetar el ordenamiento jurídico y los derechos de los demás, haya, sin embargo, personas que para satisfacer una pasión, como la soberbia, la ira, la codicia, la envidia o la lujuria, no vacilen en violar derechos fundamentales de las personas, a veces, de manera horrenda, cruel y despiadada.

Frente a ese fenómeno, los sistemas legales de todo el mundo y en todas las épocas no han encontrado hasta hoy mejor solución que la de segregarse al delincuente de la vida social y encerrarlo en una cárcel. En pocas palabras: quien lesiona un bien jurídico ajeno protegido por la ley penal pierde su derecho a la libertad. Todo hombre y toda mujer, en situaciones normales, gozan plenamente de su derecho a la libertad, consignado en la Constitución; pero cuando, por su propia voluntad, cometen un delito, pierden la protección de la Constitución y se someten a los rigores de la ley penal.

Como todos sabemos, el tránsito desde la libertad hacia la cárcel no puede producirse por voluntad de la víctima, ni aun por deseo del propio autor, sino por decisión del Estado, manifestada a través de los tribunales, que son los órganos encargados de la administración de justicia.

La llave que abre la puerta de una cárcel es la sentencia condenatoria, pronunciada por un juez, después de haber sustanciado un proceso que lo haya llevado a la certeza de que se ha producido un delito y que se ha descubierto al autor responsable de su ejecución.

En los demás campos, no penales, del derecho, se reclama ante el juez el cumplimiento de obligaciones no satisfechas voluntariamente por el deudor; pero, entre el proceso penal y los demás procesos existe una diferencia fundamental. Ningún proceso, excepto los penales, culmina con la privación de la libertad del demandado; ni durante la sustanciación se lesionan sus derechos humanos; pero los pro-

cesos penales no solo que pueden concluir en una sentencia que condene a prisión, sino que, además, durante el trámite, el juez puede ordenar la violación de algunos derechos individuales, como por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones entre las personas, el allanamiento del domicilio y, sobre todo, la privación de la libertad, mediante un auto de prisión preventiva.

El proceso penal es pues una grave amenaza contra los derechos humanos porque puede convertirse en un castigo aun antes de la sentencia. Un proceso penal manejado, dirigido o manipulado por jueces ignorantes, corruptos o subordinados al poder político, es una de las más nefastas desgracias que puede sufrir un pueblo.

## EL DEBIDO PROCESO

Por estas razones, la Constitución ha establecido los principios fundamentales del debido proceso, a fin de evitar que las personas sufran injustos embates de los poderes públicos, incluidos los mismos jueces.

Como manifestación del principio de la imparcialidad del juez, y para asegurar su neutralidad, la Constitución exige que en cada juicio penal deban intervenir como adversarios un acusador y un acusado, y que el juez se mantenga como espectador y posterior evaluador de lo que haya visto y oído.

El fiscal desempeña el papel de acusador, y el acusado es el sindicado o imputado, quien siempre debe estar asistido por un defensor. El juez debe mantenerse al margen, como director y organizador del debate, reservándose su criterio hasta el momento en que la ley le exija pronunciarse en favor de la acusación o de la defensa, según los méritos de la prueba y de la ley.

Para propiciar el éxito de la investigación y la garantía de la defensa de las partes, el proceso penal está constituido por un conjunto de actos de investigación, de acusación, de defensa, de decisiones interlocutorias y de resoluciones finales que se van concatenando desde que la noticia del delito llega al juez hasta que se dicta la sentencia de última instancia.

En los procesos penales, esa compleja actividad se distribuye en etapas, que son las siguientes, según el Código de 1983:

- 1.- La primera, denominada presumarial o preprocesal, dentro de la cual se realizan las actividades necesarias para llevar la noticia del delito hasta el funcionario competente.
- 2.- La segunda, denominada sumario, encaminada a practicar las pruebas necesarias para descubrir la existencia del hecho constitutivo de la infracción y para identificar a sus autores, cómplices y encubridores.
- 3.- La tercera, llamada intermedia, en la que el juez penal debe evaluar las pruebas reunidas en el sumario y emitir una de dos declaraciones alternativas: si considera que las pruebas demuestran la existencia del delito y la participación del sindicado, dictará un auto de apertura del plenario; o la otra: si la prueba resulta insuficiente, expedirá un auto de sobreseimiento.
- 4.- Si hubo auto de plenario, el proceso pasa al Tribunal Penal para la sustanciación de la cuarta etapa, la del plenario, en la que se realiza el juicio total y completo del caso. En esta etapa deben practicarse todas las pruebas posibles para ilustrar el entendimiento de los jueces del tribunal; esto es, se deben repetir las pruebas practicadas en el sumario - salvo aquellas que por su naturaleza fáctica resulten imposibles - y se realizan también las nuevas pruebas pedidas por las partes o dispuestas por el tribunal.
- 5.- La última etapa procesal, la de impugnación, permite a las partes acudir a las Cortes para obtener la revocación de los fallos dictados por los jueces y los tribunales penales.

Según el mismo Código de 1983, de estas cinco etapas, las tres primeras corresponden a los jueces penales, la cuarta a los tribunales penales y la quinta a la Corte Suprema y a las Cortes Superiores.

## LA ACCIÓN Y LA JURISDICCIÓN

La eficacia de un sistema procesal descansa en el principio básico e ineludible - y con mayor razón en los procesos penales - de la separación entre jurisdicción y acción, porque confundir la una y la otra atribuyéndoselas a un mismo sujeto procesal afectaría severamente a la imparcialidad del juez. La confusión entre acción y jurisdicción, y por lo tanto de las personas que las ejercen, dio paso al llamado sistema inquisitivo, caracterizado por la supremacía absoluta del juez en la sustanciación y en las decisiones procesales, convirtiéndose así en acusador, investigador y en juzgador a la vez.

## LA DEFORMACIÓN DEL PROCESO PENAL

El Código de 1983, como todos los anteriores, mantiene el sistema inquisitivo, cuyo artículo 15 dice que "el ejercicio de la acción penal pública se inicia mediante auto cabeza de proceso". Teniendo en cuenta que quien dicta el auto cabeza de proceso es el juez, resulta que al expedirlo ejerce simultáneamente la acción y la jurisdicción, lo que no solo es un disparate jurídico sino una fuente de errores y de abusos siempre lesivos para los derechos del imputado.

Esta deformación de las funciones procesales dio lugar a que el noventa por ciento de la actividad procesal se desarrolle en el sumario, dejando muy poco o casi nada para el plenario, que debe ser el momento trascendental y determinante del proceso. Los procesos penales se han hecho y se siguen haciendo desde hace muchísimos años según el compás impuesto por los jueces penales. Ellos han sido los soberanos absolutos del sumario; es su voluntad omnímoda la que fija su duración, a despecho de los sesenta días previstos en el Art. 231 que nadie respeta; ellos deciden cuáles pruebas se realizan y cuáles no se realizan; ellos, mediante las medidas cautelares, se han convertido en los dueños de vidas, honras, libertades y haciendas de los sindicados y agraviados. Ellos agotan las posibilidades probatorias ocasionando que muy rara vez, casi nunca, se vea un testigo declarando en un Tribunal Penal.

Por eso, cuando concurrimos a una audiencia, en cualquier lugar de la República, en vez de presenciar un debate completo en el que se pregunta y repregunta a los testigos, se repasa la prueba material, se exhiben documentos, se escucha a los abogados alegando sobre los aspectos de hecho y de derecho favorables para su defensa, lo que se ve y se oye no es sino la aburrida lectura de las páginas escritas del sumario. De este modo se falta a las exigencias constitucionales y fundamentales del debido proceso, tales como la intermediación, la contradicción y la concentración de las pruebas ante el Tribunal de la sentencia.

## EL NUEVO CÓDIGO

La evidencia de estas anomalías llevó a que el Dr. Walter Guerrero Vivanco, cuando era presidente de la Corte Suprema de Justicia, promoviera la idea de implantar el sistema acusatorio de procedimiento que se abría paso en los sistemas procesales latinoamericanos, a cuyo efecto, previo un convenio entre la Corte e ILANUD, con la participación de importantes juristas ecuatorianos y extranjeros, se redactó en 1992 un texto que sirvió de base para análisis posteriores que se concretaron con la elaboración de un proyecto, bajo el auspicio de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), que fue discutido y reformado tanto por el Congreso como por el entonces Presidente de la República doctor Jamil Mahuad, y que se convirtió en el Código de Procedimiento Penal de enero del año 2000.

## LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL NUEVO PROCEDIMIENTO

En la nueva Constitución encontramos los siguientes principios fundamentales del sistema acusatorio:

- 1.- La independencia de la Función Judicial:
 

Art. 199: "Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos. Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aun frente a los demás órganos de la Función Judicial; solo estarán sometidos a la Constitución y a la ley."
- 2.- La intermediación, la celeridad y la eficiencia:
 

Art. 192: "El sistema procesal será un medio para realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del

debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

- 3.- La presentación y contradicción de las pruebas únicamente en la audiencia oral ante el tribunal de la sentencia.

Art. 194: "La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación."

- 4.- La exclusividad del Ministerio Público como único titular del ejercicio de la acción penal pública, a cuyo efecto, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal.
- 5.- La necesidad de la acusación fiscal para que haya juicio.
- 6.- La participación del fiscal como parte procesal para impulsar la acusación.
- 7.- La subordinación de la policía judicial al Ministerio Público.

Los cuatro últimos fundamentos están contenidos en los dos primeros incisos del Art. 219 de la Constitución:

Art. 219: "El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Ministro Fiscal General organizará y dirigirá un cuerpo policial especializado y un departamento médico legal."

### EL NUEVO PAPEL DEL JUEZ PENAL

Se ha dicho que el nuevo Código es inconstitucional porque afecta a la independencia de la Función Judicial consagrada en el Art. 199 de la Constitución y porque, además, al quitarles a los jueces la atribución de sustanciar la etapa del sumario de los procesos quedan reducidos a una figura de segunda clase.

El tema de la constitucionalidad del nuevo Código ha sido tratado en otro de los artículos de esta misma revista. A mí solo me corresponde poner de resalto que el juez penal, no solo que conserva la casi totalidad de las atribuciones que ahora tiene, sino que, además, podrá cumplirlas con serenidad e independencia, libre de la contaminación psicológica que produce la investigación criminal. Por eso es que en ningún país civilizado los policías son jueces, a pesar de que realizan la investigación.

Antes de explicar cuáles son las funciones que el nuevo Código atribuye a los jueces penales, es indispensable recordar que en el nuevo proceso desaparece la etapa del sumario, la que será sustituida por la instrucción fiscal, dentro de la cual el representante del Ministerio Público realizará las indagaciones previas con el auxilio de la Policía Judicial, y si, como resultado de esa averiguación, aparecen indicios de que haya ocurrido un delito, abrirá la etapa de instrucción formal en la que, con total respeto a las garantías del imputado, y con la ayuda de la Policía Judicial, realizará inspecciones y reconocimientos, recibirá las

declaraciones del ofendido, del imputado y de terceros y realizará todas las demás actividades encaminadas a obtener la información necesaria para sustentar una acusación ante el juez o, si la instrucción no llega a suministrar toda esa información, emitir un dictamen exculpatorio.

Sentada esta explicación, veamos cuál es la intervención del juez en el nuevo proceso.

- 1.- Tan pronto como un fiscal considere que hay mérito para iniciar una instrucción, y dicte la resolución respectiva, deberá notificarla al juez competente quien, de inmediato, integrará la relación procesal entre las partes, disponiendo que se notifique con la resolución al imputado, al ofendido y al defensor público que deberá actuar en defensa de los derechos del imputado conocido y de los desconocidos. Desde ese momento, se establece la vinculación entre el titular de la acción y el titular de la jurisdicción manteniéndose, sin embargo, su independencia.

En efecto, el inciso tercero del Art. 217 dice:

"El Fiscal notificará la resolución al juez, quien dispondrá que se notifique al imputado, al ofendido y a la oficina de la Defensoría Pública, para que designe un defensor."

Los artículos del 19 al 31 del nuevo Código contienen las reglas para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales penales, y son similares a las del Código de 1983. En consecuencia, desde el comienzo del proceso, habrá un juez quien se encargará principalmente de garantizar los derechos del imputado y del ofendido.

Art. 27: "Los jueces penales tienen competencia:

- 1.- Para garantizar los derechos del imputado y del ofendido durante la etapa de instrucción fiscal, conforme a las facultades y deberes de este Código."

Con otras palabras, mientras el fiscal investiga, el juez permanece vigilante de que la instrucción no se aparte de las normas del debido proceso.

- 2.- El proceso penal de acción pública se desarrolla válidamente a través de una relación jurídica establecida entre el juez, el imputado, el Ministerio Público y el defensor. Como puede observarse, en esta relación no aparece el ofendido por el delito. Sin embargo, como es bien conocido por todos, la víctima del delito también puede constituirse en parte procesal para plantear su doble pretensión: la punitiva y la resarcitoria, mediante la presentación de una acusación particular.

El nuevo Código en su artículo 56, quiere que solamente sea el juez quien tenga las atribuciones privativas de examinar la querrela y de aceptarla o rechazarla, si es que en este segundo supuesto, no reúne los requisitos formales exigidos en el Art. 53.

Art. 56: "La acusación se presentará ante el juez competente quien la examinará. Si reúne los requisitos señalados en el Art. 55 la aceptará al trámite y ordenará la citación."

- 3.- Como una derivación de la facultad mencionada en el párrafo anterior, el Art. 58 concede al juez, asimismo, la atribución de designar un procurador común en el caso de que hubiere varios acusadores por la misma infracción y contra los mismos imputados.

Art. 58: "Si en un mismo proceso se presentaren dos o más acusadores por la misma infracción y por los mis-

mos imputados, el juez ordenará que nombren un procurador común dentro de cuarenta y ocho horas y, si no lo hacen lo designará de oficio."

- 4.- El nuevo Código determina un cambio transcendental en el sistema procedimental ecuatoriano. Con el Código de 1983, el tribunal penal puede dictar sus sentencias a base de las pruebas practicadas durante el sumario y de las producidas en el plenario. Para dicho código, ninguna de las dos tiene mayor importancia que la otra. Su fuerza de convicción depende de la credibilidad que a unas y otras les presten los jueces del tribunal. Pero, según el nuevo Código, solo tendrán mérito las pruebas practicadas en la audiencia oral y pública realizada ante el Tribunal Penal. Así, los testimonios solo podrán producirse mediante la comparecencia del testigo ante el tribunal para dar su versión de los hechos y contestar las preguntas de los jueces y de las partes.

Art. 79: "Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces penales.

Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio." Sin embargo, puede ocurrir que, durante la instrucción, el fiscal se entere de que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia por enfermedad o porque deba ausentarse del país o por cualquier otra causa, en cuyo caso, para no perder los datos e indicios que conozca el testigo, el fiscal notificará al juez para que reciba su testimonio de manera urgente (Art. 119).

Art. 119: "La prueba testimonial se recibirá por regla general en la etapa del juicio ante el tribunal penal, pero durante la instrucción los jueces penales pueden recibir los testimonios de los enfermos, de los que van a salir del país y de aquellos que demuestren que no podrán concurrir al tribunal."

De esta manera, se mantiene el respeto a la regla de que la prueba debe producirse exclusivamente ante los jueces.

- 5.- A continuación, citaremos algunas disposiciones del nuevo Código que conceden a los jueces atribuciones privativas para disponer durante la indagación policial o la instrucción fiscal, la utilización de medios de investigación que lesionen derechos humanos:

- a) La Constitución en su Art. 23-13 garantiza la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia, pero como no es uno de los derechos absolutos, la misma Carta Fundamental prevé que pueda ser interceptada y abierta cuando la ley lo permita.

Pues bien, el nuevo Código en su Art. 150 advierte que durante la instrucción, solo con autorización del juez el fiscal puede interceptar y leer correspondencia ajena o enterarse del contenido de otros documentos.

Art. 150: "La correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cablegráfica, por télex o por cualquier otro medio de comunicación, es inviolable. Sin embargo el juez podrá autorizar al Fiscal, a pedido de éste, para que por sí mismo o por medio de la Policía Judicial la pueda retener, abrir, interceptar y examinar, cuando haya suficiente evidencia para presumir que tal correspondencia tiene alguna relación

con el delito que se investiga o con la participación del sospechoso o del imputado"

Lo mismo disponen los Art. 155 y 156, respecto a documentos tales como las grabaciones, fotografías, discos, películas, registros informáticos y otras semejantes.

Art. 155: "Interceptación y grabaciones. El Juez puede autorizar por escrito al fiscal para que intercepte y registre conversaciones telefónicas o de otro tipo..."

Art. 156: "Documentos semejantes.- El juez autorizará al fiscal para el reconocimiento de las grabaciones mencionadas en el artículo anterior, así como de películas, registros informáticos, fotografías, discos u otros documentos semejantes..."

- b) La Constitución protege la propiedad en su Art. 30. Pero el Art. 93 del C.P.P obliga a los fiscales a pedir autorización del juez para incautar armas, efectos y otros objetos relacionados con la infracción.

Art. 93: "Incautación.- Si el fiscal supiere o presumiere que en algún lugar hay armas, efectos, papeles u otros objetos relacionados con la infracción o sus posibles autores, solicitará al juez competente autorización para incautarlos, así como la orden de allanamiento, si fuere del caso."

- c) Adicionalmente, cuando el fiscal considere necesario alterar o destruir los objetos incautados, porque así lo exige la investigación, deberá también pedir la autorización del juez.

Art. 111: "Alteración o destrucción.- Si para practicar la pericia fuere necesario alterar o destruir la cosa que ha de reconocerse, el fiscal solicitará autorización al juez para que así se proceda..."

- 6.- Dentro del campo de las medidas cautelares, personales y reales, también encontraremos que no pueden disponerla ni los fiscales, ni los policías, sino privativamente los jueces.

- a) Los artículos 164 y 168 autorizan sólo a los jueces para expedir medidas privativas de la libertad cuando el fiscal se lo pida.

Art. 164: "Detención.- Con el objeto de investigar un delito de acción pública a pedido del fiscal, el juez competente podrá ordenar la detención de una persona contra la cual haya presunciones de responsabilidad."

Art. 168: "Competencia, forma y contenido de la decisión.- El auto de prisión preventiva solo puede ser dictado por el juez o tribunal competente, por propia decisión o a petición del fiscal..."

No hay duda de que la privación de la libertad durante el juicio antes de la sentencia condenatoria, es una de las medidas judiciales más duras y peligrosas en un proceso penal. Aunque parezca mentira, todo lo relacionado con la detención o la prisión del imputado arranca de una paradoja asombrosa constante en la Constitución. Por una parte, el Art. 24-7 dice que debe presumirse la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia condenatoria; si esta norma fuera absoluta, la privación de la libertad del reo solo podría disponerse cuando se hubiera dictado la sentencia condenatoria ejecutoriada. Pero, por otra parte, el inciso 6o. del mismo Art. 24 dice que los jueces

penales pueden ordenar prisiones antes de la sentencia. La contradicción es evidente e insoluble, porque se produce el hecho absurdo de privar de la libertad a una persona que según la misma Constitución debe presumirse inocente.

Como se trata, entonces, de una medida de tanta trascendencia que puede, además, provocar la prisión de quien pueda ser absuelto en sentencia, el nuevo Código no quiere que los autos de detención, ni los de prisión preventiva puedan ser expedidos por el fiscal, sino por el juez penal. Así se confirma el principio de que los jueces son los principales protectores de los derechos humanos.

- b) Como un corolario de la atribución que acabamos de comentar, aparecen las de los Art. 171 y 174 relacionadas con las medidas sustitutivas de la prisión preventiva. Estas medidas sustitutivas tienden a asegurar que el sindicado no pueda fugarse manteniéndolo bajo su dependencia pero sin privarlo totalmente de su libertad. Es decir que puede continuar defendiéndose sin estar preso y realizando todas sus actividades ordinarias de la vida diaria.

Art. 171: "Sustitución.- Siempre que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, el juez o tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva..."

En el nuevo Código encontramos las siguientes: El arresto domiciliario, la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad designada por el juez, la prohibición de salir del país y la libertad con caución.

Art. 174: "Suspensión.- Se suspenderán los efectos del auto de prisión preventiva cuando el imputado rindiere caución a satisfacción del juez competente..."

Pero, como de todas maneras, la vigilancia fuera de la prisión no es tan eficaz como tenerlo encerrado, la ley quiere que sea solo el juez quien pueda reemplazar en cada caso la prisión preventiva por una de las medidas sustitutivas mencionadas.

- c) También entre las garantías constitucionales, encontramos en el Art. 23-12 la inviolabilidad del domicilio. Pero, así como en el caso de la comunicación, así también en cuanto al derecho de la intimidad del hogar que cierra las puertas e injerencias extrañas, la misma Constitución ha previsto que la ley pueda autorizar la penetración en casa ajena aun contra la voluntad del dueño de la morada. La única excepción a la garantía nace de los procedimientos penales, y así encontramos que solo el juez podrá ordenar allanamientos de domicilios cuando sean necesarios para los fines de la justicia.
- d) Dentro de las medidas cautelares, están aquellas relacionadas con los bienes del imputado. El Art. 191 del Código prevé que solo sea el juez quien pueda ordenar secuestros, prohibiciones de enajenar o disponer la retención de los bienes del reo.

Art. 191: "Modalidades.- Para asegurar las indemnizaciones civiles, las penas pecuniarias y el valor de las costas procesales, el juez podrá ordenar sobre

los bienes de propiedad del imputado el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar..."

En resumen, todas las medidas cautelares personales y reales solo pueden ser ordenadas o autorizadas por los jueces penales.

- 7.- El Art. 223 del Código ordena que la instrucción no dure más de noventa días, pero si el fiscal la demora más de ese tiempo, el juez la declarará concluida. El segundo inciso de dicho artículo dice:

"Si el fiscal no declara concluida la instrucción una vez vencido el plazo señalado, el juez deberá declararla concluida."

- 8.- Concluida la instrucción, el fiscal debe emitir su dictamen que puede ser acusatorio o exculpatario, según aparezcan indicios suficientes de la existencia de un delito y de la participación del imputado en su ejecución. Presentado el dictamen, el juez abrirá la etapa intermedia del proceso y convocará a una audiencia en la que hablarán sucesivamente: el fiscal, el acusador particular y el imputado o su defensor sobre los aspectos de forma y de fondo del expediente. Terminadas las intervenciones, sin demora, el juez de acuerdo con su sana crítica y a la luz de las exposiciones y de las disposiciones legales emitirá un auto de sobreseimiento o un auto de llamamiento a juicio.

Si el dictamen fiscal fuere exculpatario, caben dos posibilidades. Que el juez tenga el mismo criterio, en cuyo caso dictará un auto de sobreseimiento. Pero si el juez considera que la instrucción fiscal sí contiene cargos contra el imputado, estará obligado a consultar al Ministro Fiscal Superior para que ratifique o modifique las conclusiones del fiscal inferior.

Solamente si el fiscal superior rectifica el dictamen inferior, el juez podrá llamar a juicio plenario; pero si el fiscal superior tiene la misma opinión que su subalterno, lo hará conocer al juez, quien entonces tendrá que emitir un auto de sobreseimiento, a pesar de su propia convicción. Se confirma así el principio de que no puede haber juicio sin acusación fiscal. El titular de la acción prevalece sobre el titular de la jurisdicción.

Con la expedición del auto, sea de sobreseimiento o de llamamiento a juicio plenario, concluye la intervención del juez penal en los juicios de acción pública. El procedimiento de la etapa intermedia está regulado en los artículos desde el 227 hasta el 231 del nuevo Código.

Por otra parte, tal como en el Código actual, según el Código nuevo el juez penal conserva su competencia para el juzgamiento de los delitos de acción privada.

## CONCLUSIÓN

Como queda demostrado, según el nuevo Código, los jueces penales seguirán interviniendo en los procesos desde su iniciación hasta la culminación de la etapa intermedia, pero libres de las cargas propias del juez inquisidor, para mantenerse como protectores de los derechos de las partes durante la instrucción; y, después, para asumir su real dimensión de juzgador en la sustanciación de la etapa intermedia y en el pronunciamiento de su fallo expresado, sea en el auto de llamamiento a juicio plenario, sea en el auto de sobreseimiento.

# Orígenes y fundamentos principales de la Victimología

Edmundo René Bodero

*La comunidad académica ha tomado conciencia de que la incorporación de la víctima como objeto de estudio de las ciencias de la conducta humana es irreversible.*

## I.- LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL CLÁSICO

Cuando en 1764 César Bonesana, Marqués de Beccaría, publicó su pequeño gran libro titulado "Del Delito y de la Pena" marcó al derecho penal para siempre. Desde el título, la obra nos advierte que la infracción penal y la reacción social serán los únicos pilares sobre los que se levantarán los edificios del derecho punitivo y la dogmática. En otros términos, la escuela clásica —que nace precisamente con Beccaría— se consagró al estudio del delito y de la pena, a los que calificó de fenómenos jurídicos, excluyendo inconcebiblemente al factor humano.

El Derecho Penal, nació pues y lamentablemente se mantiene aún acrítico y esterilizado, encapsulado en sus fórmulas lógico-abstractas y a espaldas del drama social y personal del criminal y la víctima, excluidos radicalmente del campo de estudio de un derecho penal al que en sus inicios paradójicamente se denominó "humanitario y científico."

Un siglo después de la aparición de la obra de Beccaria, Max Weber aún creía en la posibilidad de una "ciencia pura", esto es, totalmente divorciada de la política, divorcio que para Zaffaroni: «resulta de evidente falsedad, al menos en nuestro contexto marginal del poder mundial, donde es bien claro que las ciencias sociales están signadas por el poder político y condicionadas por el mismo»<sup>1</sup>.

En resumen, a la escuela clásica —en lo que al delincuente dice relación— únicamente le interesó la cantidad y calidad de pena que debía recibir por el mal causado con su acción. En cuanto a la víctima, el clasicismo guardó y guarda aún el más absoluto silencio.

La marginación del delincuente y el quemeimportismo por la víctima, guardaban coherencia con los vientos que corrían cuando surgió el derecho penal científico. En aquellos tiempos prevalecían los principios liberales proclamados por la Ilustración francesa, según los que el hombre, como en la Filosofía de la Antigua Grecia, era "la medida de todas las cosas."

Las teorías contractualistas —principalmente la desarrollada por Juan Jacobo Rousseau— de enorme influencia en las ideas políticas y sociales triunfantes en el siglo XVIII, diseñaron una sociedad igualitaria en la que el hombre según "el contrato social," renunció a una parte de su libertad en pro de una libertad general y del bien común. Por lo tanto, el hombre del siglo XVIII, el "nuevo hombre" a diferencia de su antecesor —el hombre del absolutismo y el antiguo régimen— gozaba en teoría de igualdad de derechos, de la fraternidad de sus semejantes y de la libertad más absoluta tanto para contratar como para delinquir...

Amo y señor de sus decisiones, agraciado con el don divino del libre albedrío, cuando un individuo se volvía criminal —igual que los pecadores para la Iglesia— lo hacía por su propia voluntad. Es más, se consideraba que quien ejecutaba un delito había desaprovechado las excelentes oportunidades que la sociedad le brindaba a más de traicionar la confianza depositada por los asociados<sup>2</sup>.

Bajo tales premisas, obviamente la sociedad y el Estado quedaban exonerados de toda responsabilidad. Y consecuentemente, no era de su incumbencia interesarse por el delincuente al que bastaba con aplicarle una sanción, a la que —dicho sea de paso— los clásicos consideraban un fin en sí mismo y no un medio para obtener otro fin, como la enmienda del penado.

Si al derecho penal no le interesó el criminal menos le preocupó la víctima, reducida al triste papel que patéticamente Rodríguez Manzanera resume así: «La víctima quedó marginada del drama penal, para ser tan sólo un testigo silencioso. La ley penal apenas la menciona, la literatura científica la ignora, y por lo general queda en el más completo desamparo.»<sup>3</sup>

Interesarse por las víctimas hubiese significado para el derecho penal reconocer la corresponsabilidad de la sociedad y el Estado en la gestación y producción del crimen, cuestión absolutamente inadmisibles para una sociedad —como ya se dijo— política y económicamente estructurada sobre la base del más ascenderado individualismo.

Por otra parte, la formulación del concepto de "Bien Jurídico" contribuyó aún más a la marginación de la víctima. El "bien jurídico" despersonalizó al delito al que mágicamente convirtió en un ataque no contra las personas sino contra valores impersonales como la propiedad, el honor, la libertad sexual, etc. Es decir, cuando el delincuente cometía una infracción, jurídicamente agredía a fórmulas abstrusas y no a seres humanos, conveniente cuenta que la protección de éstas corresponde al Estado.<sup>4</sup>

En nuestros días, afirmar que los elementos —o características— del delito deben referirse exclusivamente al bien jurídicamente tutelado y al delincuente constituye un absurdo. La concepción moderna del delito —sustitutiva del viejo modelo lineal-causalista es tridimensional e interaccionista, consiste en: «Un sistema integrado por el hecho punible, la realidad social y la hermenéutica normativa»<sup>5</sup>

## II.- LA VÍCTIMA EN LA CRIMINOLOGÍA TRADICIONAL

En el siglo XIX la filosofía positivista de Augusto Comte y Herbert Spencer revolucionó la ciencia. Para el positivismo los fenómenos perceptibles por el hombre obedecían a las leyes inmutables de la naturaleza. De acuerdo con tales principios, el positivismo impuso que lo subjetivo y apriorístico —que caracterizó a la ciencia medioeval— fuera sustituido por la observación de los hechos y la experimentación.

El positivismo no hizo excepciones y contaminó al derecho penal que sucumbió ante la novedad y sustituyó el método lógico—abstracto por el experimental o galileano. Como bellamente lo matizara Jiménez de Asúa en su monumental tratado: «El grito de Ferri: ¡Abajo el silogismo! estremeció el viejo templo punitivo. La escuela positiva aplicó el método experimental y con él amplió de repente, de un modo desmesurado, el territorio que desde antiguo colonizaron los juristas»<sup>6</sup>

El sesgo positivista adoptado por la ciencia en general abrió el camino para que el psiquiatra y forense italiano de origen sefardi, César Lombroso se atreviera a observar y experimentar con delinquentes vivos y muertos, fundando la Antropología Criminal y con ella, sin proponérselo, la Criminología. A Lombroso pronto se le unió Enrico Ferri, el sociólogo; luego Rafael Garófalo, el jurista y por último un joven apasionado Fioretti, compendio de los tres, que se quitó la vida a las orillas del Arno, destrozado por la muerte de su padre. Los cuatro fueron los apóstoles de la escuela positiva del derecho penal, mortal enemiga de la tradicional a la que con cierto desdén Enrico Ferri bautizó de clásica.

Es elocuente aquella frase que corría en boca de los juristas en los días de las terribles luchas entre ambas escuelas: la escuela clásica le dijo al hombre: «observa el derecho», la escuela positiva le dijo al derecho: «observa al hombre»<sup>7</sup> La escuela positiva constituyó una reacción contra el individualismo de la ciencia penal del siglo XVIII; individualismo que le imposibilitó investigar las causas que empujaban al hombre al crimen y le impedía filosofar respecto al rol de la víctima en la dinámica del crimen así como de su absoluto desamparo.

Cuando apareció la Antropología Criminal —nombre con el que se conoció en sus inicios a la Criminología— re-

sultó claro a pesar del horror de los juristas que el nuevo enfoque —a diferencia del derecho penal— no estudiaría al delito como un concepto jurídico, impersonal, vacío, sino como un fenómeno humano. Por eso, la Criminología nació como «una disciplina que estudiaba la cuestión criminal desde el punto de vista bio-psico-social» es decir, ligando al delito a causas de carácter patológico y social. Y ahí precisamente, radicó uno de los principales equívocos de la Criminología: analizar únicamente la criminalidad de los pobres, error comprensible por cuanto las investigaciones se centraban en los delinquentes encarcelados, que en su inmensa mayoría provenían de las clases bajas. Esta falsa premisa condujo al error de creer que las clases social y económicamente elevadas no delinquirían y a otro yerro mayor que todavía subsiste: que se podía suprimir la delincuencia, encerrando o exterminando a los criminales. Entonces empezó a hablarse de resocialización y defensa social y desde aquella época se pretende vanamente reincorporar al sistema al "díscolo" o "rebelde" procedente de los estratos marginados talvez por desconocer que la sociedad engendra el delito que luego irónicamente reprime.

Algunos decenios después, Edwin Sutherland demostró irrefutablemente que los delinquentes provienen de todas las capas sociales, que los ricos también delinquen. El funcionalismo por su parte probó «que la actividad criminal es una consecuencia de los objetivos y funcionamiento de un sistema social». Desde aquel momento —salvo la Criminología tradicional— el problema delincencial dejó de ser una cuestión de causas y pasó a convertirse en un fenómeno estructural. Alcanzada esta verdad inconcusa, carece de sentido hablar de resocialización del penado cuando se sabe que es la sociedad —salvo excepcionales casos— la que produce la delincuencia y consecuentemente la que debe rectificar.

Según Juan Bustos Ramírez, fue el agotamiento de la vía causal lo que condujo a la Criminología a dar un giro copernicano al interesarse por las víctimas. Como la Victimología nació al interior de la Criminología, obviamente se preocupó primero por investigar el papel causal de la víctima en la gestación del delito; por estudiar las características específicas de aquella y por la relación entre víctimas y autores.<sup>8</sup>

Como la Criminología clásica se preocupa por encontrar las causas de los delitos, es natural que su materia prima (los delitos) se la suministre la ley penal, lo que la convierte en apéndice del Derecho Penal, situación de dependencia que genera una insalvable contradicción: mientras la vieja Criminología busca las "causas" del delito dentro y fuera del hombre, el derecho penal (que precisamente define lo que es el delito) merced al libre albedrío, considera que las "causas" subyacen íntegramente en la psique del hombre. Pero lo que en realidad nos interesa es que la escuela positiva y la Criminología repitieron el error de la escuela clásica y olvidaron a la víctima. Desde la aparición de la Criminología, al criminal se lo estudia, clasifica y ayuda psicológicamente; cada vez se elaboran leyes más humanizadas para regular su conducta; se escriben millares de páginas que interpretan su personalidad. Si un inimputable perpetra un asesinato (por ejemplo por enfermedad mental) el Estado le proporciona asistencia psiquiátrica y legal. Mientras, la familia de la víctima, destrozada por la pena y quizá reducida a la pobreza, queda librada a su suerte.<sup>9</sup>

Por último, cuando surgió la noción de los Derechos Humanos, se dirigió exclusivamente al delincuente<sup>10</sup>, conservándose el ancestral olvido de la víctima. Aplaudimos que el sistema penal se caracterice por ser, pero aplaudiríamos el doble si también lo fuera pro-víctima.

### III.- POSIBLES CAUSAS DEL OLVIDO DE LA VÍCTIMA

Varias son las excusas que se vierten en torno a la imperdonable indiferencia del Derecho Penal y la Criminología respecto a las víctimas del delito y las víctimas en general. Algunas incluso, rayan en la puerilidad.

Se alega, por ejemplo, que los criminales pasan a la historia, mientras que las víctimas caen en el olvido. ¿Quién no recuerda por ejemplo a Jack "El Destripador," a Landrú, a Capone, al "Estrangulador de Boston," a Andrés Chaqueto, "El Carnicero de Rostov," a Camargo, al "Monstruo de los Andes"? ¿Recuerda alguien el nombre de sus víctimas?

Sólo por excepción, principalmente en los casos de magnicidio, la víctima suele pasar a la historia; verbigratia: Abraham Lincoln, García Moreno, Eloy Alfaro y Mahatma Gandhi.

Algún victimólogo pretende encontrar la causa del olvido de las víctimas en el miedo que inspira el criminal. Y cándidamente se pregunta: "¿Quién le teme al cordero?" Otros creen que la explicación está en que nos identificamos con el criminal y no con la víctima. Recuérdese al populacho escogiendo a Barrabás y no a Jesús, y pidiendo la crucifixión del hijo de Dios. Y en nuestros días el caso de Ronald Biggs, el legendario asaltante del "Gran Robo del Tren" en Inglaterra, calificado como el "robo del siglo", aclamado como un héroe en Barbados, por haber escapado de la justicia británica<sup>11</sup>. Muchos sicólogos dicen que en el subconsciente, el hombre considera al criminal un sujeto que se atreve a ejecutar lo que él es incapaz aunque desearía hacerlo. Según Rodríguez Manzanera: «Todos hemos deseado cometer algún delito: robar algo, lesionar al enemigo, poseer a la mujer del prójimo, evadir los impuestos, etc.» Partiendo de este supuesto, el autor mexicano concluye que: «existe una identificación (consciente o inconsciente) con el criminal, con aquel que se atreve a ejecutar lo que nosotros no osamos realizar»

Por el contrario, no existe identificación con la víctima; nadie desea que le roben, lo hieran, lo injurien o lo violen. Esta identificación con el criminal explicaría el éxito de la novela negra, de la página roja en los periódicos, de las revistas amarillistas dedicadas al crimen, de las películas de gangsters, de las series policíacas en la televisión. Jesse James, Dillinger, Bonny and Clyde, son héroes y no bandidos para los norteamericanos. Cuando se proyecta un film que rememora y subliminalmente celebra sus hazañas, raro es el espectador que se identifica con los representantes de la ley y el orden y no con sus adversarios. Y no podemos dejar de citar a Quincey, y su imponderable libro: "El Asesinato considerado como una de las Bellas Artes".

Nigel Blendell, en su libro sobre "Los más grandes Ladrones y Estafadores del Mundo", escribió estas sutiles palabras: "No son criminales maliciosos y empedernidos; incluso algunos de los personajes de este libro son adorables. Quizá no los aprobemos... ¡Pero no podemos dejar de admirarlos!"

Además, existen víctimas que es mejor dejarlas en el olvido, pues su atención y estudio podría significar para la sociedad o el Estado un serio costo político; piénsese en las víctimas de la injusticia social, de la violación de los derechos humanos, de la marginación, la segregación racial o religiosa, etc.<sup>12</sup>

En mi opinión, las verdaderas razones para este secular olvido de las víctimas encuéntrase en los sistemas políticos y económicos que anteponen lo individual a lo social. Volvamos a lo que dijimos al inicio de la disertación: si como cree la Criminología tradicional el crimen es fruto de la exclusiva voluntad del hombre, la sociedad y el Estado ninguna responsabilidad tienen en la génesis del crimen y consecuentemente nada deben a la víctima.

Curiosamente, mientras en el crimen individual se rechaza la responsabilidad de la sociedad y el Estado, cuando se trata de colectivos como el Holocausto se exige indemnizaciones a los vencidos e injustamente se ignora a las víctimas causadas por los vencedores, que sufrieron iguales -o casi iguales- horrores y padecimientos.

### IV.- ORIGEN DE LA VICTIMOLOGÍA

En los tiempos del derecho penal bárbaro las acciones criminales se castigaban mediante la venganza privada. La víctima o sus parientes desempeñaban el papel de verdugos. Mas, la desproporción entre el crimen y la reacción, forzó la aparición de la Ley de Talión, que hoy calificamos de salvaje y primitiva, pero que en los tiempos en que surgió, fue considerada un encomiable esfuerzo por frenar la desmesurada respuesta de las víctimas.

En determinado momento del pretérito, principalmente en el primitivo derecho germánico, con la venganza privada coexistió la "composición" en dinero o bienes cuyo monto o selección se negociaban entre agredido y agresor, o sus familiares.

Mas, cuando la sumisión de los señores feudales a la monarquía permitió el establecimiento del Estado absoluto, éste absorbió el ejercicio del ius puniendi; como resultado las víctimas fueron despojadas del derecho a ejercer justicia por su propia mano. El paso de la venganza privada a la venganza pública significó el fin del protagonismo de la víctima y el inicio de su milenar olvido. Incluso instituciones como la legítima defensa fueron minuciosamente reglamentadas; la defensa justa acepta que la víctima se defiende hasta causar la muerte del agresor, pero le impone límites que rebasados, le acarrearán responsabilidades penales y económicas<sup>13</sup>.

El secular ostracismo de la víctima terminó recién en el siglo veinte, específicamente en la década de los años cuarenta. Hasta entonces, el interés de la ciencia y la justicia se concentraba en el delincuente. El castigo del hecho y la re-socialización de éste absorbieron íntegramente los esfuerzos y preocupaciones del Estado. Como bien dice un autor, si las leyes penales garantizan el derecho del acusado al debido proceso «La víctima inocente del delito sólo inspira en el mejor de los casos, compasión: a menudo desconfianza, recelo, sospechas...»<sup>14</sup>

Es generalmente aceptado que la Victimología nació como respuesta de los judíos al Holocausto. No fue mera coincidencia que Mendelshon fuera judío, y Von Hentig, un alemán perseguido por los nazis. No vamos a involucramos

en la estéril polémica de si fue Mendelshon o Von Hentig el padre de la Victimología; sin embargo podemos anotar que en 1940, Mendelshon publicó en la revista *Giustizia Penale* un estudio sobre las víctimas de la violación. Y en 1948 dio a la luz su "Victimología: Nuevos Horizontes Bio-psico-social." Es más, en 1947 —un año antes de que apareciera la célebre obra de Von Hentig "El Criminal y su Víctima"— Mendelshon ya había hablado de Victimología. Fue el 29 de marzo de 1947 en el Hospital Colțea de Bucarest (Rumanía) ante un auditorio compuesto principalmente por siquiátras, sicoanalistas y forenses. Aquella fue la primera vez que el mundo escuchó el término: "Victimología" acuñado precisamente por el maestro israelí.

En cuanto a lo medular de su obra, Mendelsohn fue el primero es descubrir la existencia de una relación inversamente proporcional entre la culpabilidad del victimario y la participación de la víctima en el hecho que lo victimiza. En otras palabras, que a una mayor participación de la víctima corresponde (en el plano de la realidad, no en el jurídico) una menor culpabilidad del hechor. Además, elaboró una clasificación de las víctimas de la que, por razones de claridad y tiempo sólo mencionaré tres, las denominadas: Víctimas tan culpables como el infractor; Víctimas más culpables que el infractor y Víctimas Simuladoras.

Como clásico ejemplo de una "Víctima tan culpable como el infractor" citemos a la eutanasia; un enfermo en fase terminal, atormentado por espantosos dolores suplica a su médico o a un tercero que precipite su muerte. Sin embargo, la mayor parte de las legislaciones penales no atienden esta circunstancia y consideran al hechor un asesino.

Un caso de "Víctima más culpable que el infractor," sería el de la mujer que simula la existencia de un amante para despertar los celos de su marido, simulación que desemboca en un hecho fatal. A la luz de la ley penal, la mujer que desencadena el hecho es irresponsable; el marido empujado a delinquir, un criminal... Se incluyen en esta casilla ciertos casos de estafa —entre nosotros, verbigratia, el cuento del número premiado de la lotería— en que el estafado sucumbe ante su propia ambición y en los que "la experiencia enseña que el estafado ayuda al estafador por su ingenua credulidad, pero también por su propia avaricia" <sup>15</sup>.

Como ejemplo de la "Víctima Simuladora", Mendelshon citaba la denuncia ante la Justicia de delitos inexistentes con el propósito de incriminar al acusado.

Pero la Victimología de Mendelshon no se circunscribe al estudio las víctimas de los delitos o víctimas codificadas; amplía su horizonte e incluye a todo aquel que sobre la faz de la tierra sufra a causa de un fenómeno sobrenatural o humano. Estoy seguro de que si Mendelshon viviera, incluiría en su clasificación a los ecuatorianos que perecen ahogados o cuyos cuerpos reposan en alguna tumba desconocida de Guatemala o México, por el imperdonable crimen de intentar trabajar en el "Gran País del Norte". La Victimología mendelshoniana recoge en sus dominios a las víctimas de inundaciones, terremotos, temporales, explosiones volcánicas, etc., y a las ocasionadas por la sicosis destructiva del hombre, como el armamentismo, las explosiones atómicas, la destrucción de la capa de ozono, los atentados contra la ecología, o el depósito de la basura nuclear en los países del tercer y cuarto mundo, como despectivamente denominan los Estados centrales a los de la periferia, víctimas de su explotación.

La Victimología también debe ocuparse de los pueblos victimizados que padecen de hambre y miseria a consecuencia en unos casos de pésimos y corruptos gobiernos y en otros de la división internacional del trabajo. Como se observa, para Mendelshon, el delictivo es sólo uno de los factores —y acaso el menos importante— de la victimización universal <sup>16</sup>.

De lo anterior podemos fácilmente concluir que la Victimología de Mendelshon se libró de las ataduras del derecho penal y la Criminología; que llegó mucho más lejos que la de Von Hentig, quien jamás se atrevió a rebasar los linderos de aquellas disciplinas. No nos extrañaría que el precursor tuviera los mismos genes que Félix Mendel, el compositor de la etérea y celestial obertura: "El Sueño de una Noche de Verano".

Hans Von Hentig, en lenguaje casi poético, decía: "Hay, sin duda, víctimas casuales, a las que sólo el azar pone en contacto con el autor. Pero casi siempre —en los delitos contra la honestidad, en la estafa, en el asesinato y en varios tipos de hurto— se encuentran en alguna relación con él (...) Sólo en la medición de la pena puede tener en cuenta el juez la contribución de la víctima. La ciencia que estudia los nexos causales en las conductas, no puede dejar de prestar atención al problema de la víctima (...) Aunque la ley trate de excluir a la víctima de la participación en el delito y de lo a él inherente, ha reconocido a veces, titubeando y de mala, su implicación. Las leyes de los países latinos han ido más lejos en este camino, probablemente porque su cólera está más próxima al punto de explosión» <sup>17</sup>.

La transcripción anterior tiene por objeto demostrar cómo la Victimología de Von Hentig, a diferencia de la de Mendelshon, se quedó aprisionada entre las murallas del derecho penal y la Criminología. Sin embargo, justo es admitirlo, fue precisamente a partir de las publicaciones y conferencias de este notable autor que el mundo científico empezó a admitir que ciertos delitos resultan inexplicables si no se los examina bajo el prisma de la relación autor-víctima y peor aún, si no se contempla la conducta cooperadora e incluso provocadora del sujeto pasivo del delito.

Desde entonces, determinar en qué medida la víctima contribuye a su victimización se constituyó en una lacerante inquietud que lenta e inexorablemente carcome el viejo edificio del derecho penal, refractario a ampliar las cerradas fronteras del delito y de la pena.

En su obra principal: "El Criminal y su Víctima," Von Hentig elaboró una clasificación general y un estudio de los tipos psicológicos de las víctimas. Centra su atención especialmente en los ancianos, los niños, las mujeres, los extranjeros, las prostitutas, los homosexuales, los viciosos, entre otros sujetos a los que consideraba altamente victimizables. Analiza también la actitud de la víctima frente a su agresor. <sup>18</sup>

Respecto a los ancianos, reveló por ejemplo que en los asilos se asesinaba a los que habían pagado su alojamiento y cuidado de por vida. En cuanto a los extranjeros, resalta que al describirse a los delincuentes, siempre se alude a su aspecto "extranjero." Se dice por ejemplo que los criminales "parecían ser extranjeros, tenían un acento peculiar, estaban vestidos de modo extraño y que sus coches tenían matrícula de otro país o de otra provincia."

En lo atinente a la prostitución, apenas existe otra actividad en la que se produzcan más asesinatos. «La mujer se

encierra con enfermos mentales, borrachos, psicópatas y perversos. Cuanto más abyecto es lo que se exige de ella, más elevado es el pago. Es la situación de víctima ideal a la que ella misma contribuye»<sup>19</sup>

Los homosexuales tienen que asumir silenciosamente el hurto o el robo por parte de sus ocasionales o permanentes compañeros sexuales; la vergüenza o el temor a la burla o el escarnio les impide acudir a la policía o la justicia. El vicioso que consume estupefacientes tampoco puede reclamar si a cambio de su dinero recibe un producto adulterado o de baja calidad.

En lo concerniente a las mujeres, Von Hentig afirma que el riesgo de ser victimizadas aumenta con la edad. Cita el caso de un estafador que insertaba anuncios en la prensa en los que resaltaba su interés por mujeres mayores de cuarenta y cinco años de edad. «Son más fáciles de separar de su dinero» explicó a la policía.

## V.- OPOSICIÓN A LA VICTIMOLOGÍA

A pesar del ningún interés de la Criminología por la problemática de las víctimas, cuando surgió la Victimología, penalistas y criminólogos se opusieron a su reconocimiento como ciencia o en su defecto a admitir su desprendimiento de la Criminología.

Entre los más recalcitrantes enemigos de la Victimología se contó el insigne profesor Luis Jiménez de Asúa, quien con la aspereza que le era característica acusó a las ideas de Mendelshon de: «harto ampulosas, exageradas y jactanciosas», negándoles originalidad. Luego de sus cáusticos ataques, señalaba que «el asunto no consiste en crear una nueva ciencia, sino en poner varias a contribución para establecer el papel de las víctimas de los delitos»<sup>20</sup>

Por su parte el criminólogo español Manuel López-Rey y Arrojo, en tono airado expresa: «ciertas figuras delictivas muestran que las víctimas pueden ser provocadoras, poco escrupulosas y otras cosas más, pero ¿justifica ello la erección de una disciplina nueva? ¿Puede tomarse en serio que, en todos los casos delictivos, se proceda al examen psicológico y psiquiátrico de la víctima a fin de determinar la coactuación de su personalidad? ¿Se justificaría que las víctimas de los grandes sabotajes, contaminaciones, persecuciones políticas, de los torturadores, de motines y algarradas, de secuestros de personas, pasajeros, del contagio venéreo, envenenamiento o deformación como consecuencia de ingerir sustancias alimenticias, productos farmacéuticos, etc., fueran examinadas psico-psiquiátricamente?»<sup>21</sup>

Como es fácil deducir, para este conocido autor los problemas victimológicos no constituyen otra cosa que un enfoque criminológico que en ciertos casos pueden conducir al absurdo, aunque reconoce que delitos como la violación y la estafa provocan muy sui géneris circunstancias. Al calificar a la Victimología de "disciplina discutida," revela un conocimiento superficial de nuestra materia. Su sofisticada argumentación sería válida en una Victimología convertida en una especie de reverso de la Criminología Clínica, en la que se aplique inexorablemente la manía terapéutica. En otros términos, como para López Rey y los criminólogos de su línea, todo el que delinque es un enfermo, da por sentado que la Victimología a la que tácitamente declaró semetida a la Criminología deberá conceptual también como enfermas a las víctimas.

López Rey no entendió o no quiso entender que si bien la Victimología, -como la mariposa de la crisálida- salió de la Criminología, rápidamente se convirtió en una ciencia independiente. Es ciencia, porque tiene una zona del conocimiento que le pertenece en exclusiva: la víctima, y un método como el experimental. La Criminología estudia la delincuencia y la Victimología la victimidad. Para decirlo de otro modo su filiación de Criminólogo tradicional, es decir que considera a todo delincuente un ser patológico, un enfermo al que forzosamente debe someterse a una terapia clínica, le hace concluir equivocadamente a López-Rey que todas las víctimas deben sufrir evaluaciones y tratamientos similares.

Yo pregunto a su vez, qué tratamiento aconsejaría la Criminología Clínica para aquellos banqueros -en el hipotético caso de que algunos fueran condenados- a los que el Estado obsequió miles de millones de dólares para costear sus Rolls Royce y sus mansiones; generosidad que obliga a los ecuatorianos a pagar más impuestos, a soportar una inflación galopante y a debatirnos entre la desesperanza y la miseria. Como dijo un autor: «Antes para robar un banco había que asaltarlo, ahora basta fundarlo».<sup>22</sup>

¿Por qué la Criminología tradicional sólo elabora planes rehabilitatorios para la delincuencia convencional y de los pobres? ¿Por qué no existen planes resocializadores para los criminales de esmoquin?

Hoy, hasta los más conservadores criminólogos admiten que llegó la hora de «prestar una atención prioritaria a la víctima y de reducir a sus justos términos la concedida a los delincuentes», lo que nos dice a las claras que la Victimología al margen que se la considera disciplina o ciencia -quedó para siempre incorporada al mundo científico.

## VI.- EL PROBLEMA DE LA INDEPENDENCIA DE LA VICTIMOLOGÍA

Como toda ciencia nueva, los límites de la Victimología son aun difusos y sus fronteras dependen de la posición que asuma cada autor. A pesar de que su divulgación y crecimiento empezó en la década de los setenta, unos pocos consideran todavía que su existencia y lugar en el mundo científico se encuentran todavía en tela de discusión.

Ciertos penalistas y criminólogos estiman que la Criminología no es una ciencia soberana. Sobre este arduo problema, Elias Neuman opina que: «Parece una antigualla que en estos tiempos en que las ciencias se apelan unas a otras, a punto tal que ya no quedan sin mácula aquellas que se denominan "puras" (recuérdense los esponsales entre las matemáticas y la genética, por ejemplo), sigamos con la discusión menuda sobre la autonomía de la Criminología o la Victimología»; pero a la larga, Neuman asume una postura ecléctica cuando dice: «Me uno a quienes entienden que actualmente la Victimología forma parte de la Criminología, pero adelanto que se trata de una certidumbre provisional y que el decurso y auge de la Criminología, por un lado, y la Victimología, por el otro, podrán favorecer un cambio de criterio.»<sup>23</sup> Por el contrario, Rodríguez Manzanera sostiene abiertamente que: «La Victimología ha roto los límites de la Criminología para convertirse en una ciencia independiente y de una gran amplitud, que estudia a todos aquellos que, como menciona Mendelshon, sufren por causa propia o ajena.»<sup>24</sup>

El caso es que durante decenios la Criminología fue definida como «la ciencia que se ocupa de determinar las causas o factores del delito a fines de prevención y tratamiento del delincuente» Mas, cuando aparece la Victimología y su campo de acción alcanza dimensiones que rebasan los estrechos límites de la Criminología, ésta pretende apoderarse del nuevo saber. En su afán por no dejar escapar a tan humana y apasionante disciplina, conciliatoriamente han llegado a hablar de una "Criminología Victimológica."<sup>25</sup> Es sintomático que actualmente son muy pocos los criminólogos que ignoran en sus obras la problemática de las víctimas, al margen de que se muestren contrarios a su autonomía o a reconocerle rango científico.

Podríamos recapitular este tema, afirmando que al observar los criminólogos que la Victimología se ocupa de las indemnizaciones de los sujetos pasivos del crimen; de la elaboración y ejecución de programas de ayuda y tratamiento; de la disminución de la responsabilidad del delincuente; de la predisposición de ciertas personas a la victimización, con miras a una efectiva prevención de los delitos; al observar, repito, este hermoso y fructífero campo que por tanto tiempo descuidaran, lo reclaman insistentemente para sí.

## VII.- LOS LÍMITES DE LA VICTIMOLOGÍA

Conforme avanzaba en sus investigaciones, Mendelshon ampliaba el campo de estudio de la Victimología, dándole una dimensión extraordinaria. En palabras de Mendelshon: «Los límites de la Victimología deben establecerse en relación al interés de la sociedad en los problemas de las víctimas. Por lo tanto repetimos que todos los determinantes de las víctimas, como: la sobrepoblación, la acción de la ley, la desnutrición, las enfermedades epizooticas (íntimamente ligadas a la alimentación y las pérdidas materiales), la contaminación, etc., todos estos determinantes pertenecen al campo de la Victimología, disciplina que gradualmente afirmará su lugar en la ciencia.»<sup>26</sup>

Si Neuman, como vimos anteriormente, abrigó ciertos recelos respecto a la independencia de la Victimología, se manifestó absolutamente claro en cuanto a la amplitud de la misma. Basta analizar el índice de su "Victimología" que incluye a las víctimas del genocidio, la causa del pueblo armenio, las matanzas en Brasil, etc., para conocer su toma de posición.

El Dr. Luis Rodríguez Manzanera tajantemente afirma que: «La Victimología no se agota con el estudio del sujeto pasivo del delito, sino que atiende a otras personas que son afectadas y a otros campos no delictivos como puede ser el de los accidentes.»

La controversia sobre los límites de la Victimología ha alcanzado tal dimensión, que algunos autores salomónicamente han optado por dividir a la Victimología en General y Penal; la última denominación la reservan para la rama que se interesa por las víctimas de la actividad criminal. A la Victimología general, le reservan en cambio el conocimiento de todas las víctimas de la tierra, que por razones políticas, la primera desestima; por ejemplo las víctimas de la esclavitud, aún vigente en algunos países del Islam; o la quema de negros en las cruces ardientes del Ku-Klux-Klan.

Para los que pugnan por una Victimología sierva de la Criminología, es irrelevante que en el mundo mueran dia-

riamente de hambre y desnutrición más de 40.000 niños, según datos proporcionados por UNICEF. Tampoco les preocupan las víctimas de guerras como la de los Balcanes o Chechenia, alentados por los traficantes de armas. O las víctimas de los fármacos como la Talidomida lanzados al mercado sin la certeza de su eficiencia. Igual quemeimportismo muestran por los victimizados desde el poder político y económico. Y, por supuesto, quedan fuera de su alcance las víctimas de los bancos y el sistema financiero en general, cuando el costo social, generado por uno sólo de estos especímenes sobrepasa con creces el que ocasionan todos los convictos por delitos contra la propiedad.<sup>27</sup>

Una Victimología ligada a la Criminología sería incapaz de aceptar que los victimizadores al trasponer el umbral de los presidios son a su vez victimizados. Y le restaría importancia al hecho de que la mayoría de los internos fueron primero víctimas sociales (hijos de la prostitución, niños abandonados, etc.), por lo que gran cantidad de reclusos sufren una doble victimización: antes de la prisión y durante la misma.

Elías Neuman recuerda que: «En 10 años se avanzó en la ciencia y en descubrimientos más que en el siglo anterior; y que sin embargo, las cárceles siguen en su habitual rutina de promiscuidad, abigarradas de seres humanos que no eligieron convivir y que deben hacerlo forzosamente, en días calcados de opresión. Donde el sexo se enloda hasta la perversión y el hombre bueno según decía Concepción Arenal, se vuelve malo y el malo mucho peor. En síntesis, para las cárceles la mente humana no progresó»<sup>28</sup>.

A Dios gracias, la tendencia dominante es la de una Victimología que rebasando los linderos del derecho penal se ocupe de todos los dolientes de la tierra.

## VIII.- LA VÍCTIMODOGMÁTICA

Tradicionalmente se consideró al delincuente agresor y a la víctima inocente. Von Hentig decía: «Para la ley penal la víctima es un blanco fijo al que el autor dirige sus disparos. Ella sufre, puede defenderse, pero su resistencia es vencida, en casos graves mediante la fuerza y la amenaza. (...) Según la dogmática, el ofendido, como objeto de ataque, es casi siempre arcilla blanda, que se acomoda a la mano del alfarero, pasivamente, sin vida propia y su resistencia es sólo reacción a un mal sufrido o que amenaza. El que la víctima se haya colocado antes en una situación de peligro, que en el hurto del carterista no haya tenido cuidado, que en la estafa no haya estado atenta, o en la apropiación indebida no haya obrado inteligentemente, no afecta a la culpabilidad del autor»<sup>29</sup>. Dicho de otra manera el Derecho Penal separa radicalmente al atacante de la víctima, haciendo caso omiso que la relación entre agresor y agredido resulte tan vinculante que la víctima sea la única responsable de su propia victimización.

Por el contrario, la Victimología no concibe al delito «como un producto unilateral de la decisión de un autor, sino como resultado de la interacción entre el autor y la víctima.»<sup>30</sup>

La poesía, ¿se anticipó, y con mucho, a la Victimología en lo tocante a la interacción de la pareja penal? Gibrán Jilil Gibrán lo expresó como nadie en los versos siguientes: «El asesinado no es irresponsable de su asesinato. Y el robado no es inculpable de haber sido robado.

*El justo no es inocente de los actos del malvado.  
Y el puro no está limpio de los actos del felón.  
Es más, el delincuente es a menudo la víctima del injuriado.  
Y el condenado es, con frecuencia quien carga la cadena  
del inocente immaculado. No podéis separar al justo  
del injusto y al bueno del malvado.  
Pues juntos se yerguen de cara al sol, como juntos se  
entretejen el hilo negro y el hilo blanco.  
Y cuando el hilo negro se rompe, el tejedor revisará toda la tela  
y examinará el telar entero»<sup>31</sup>*

La constatación de que ciertas víctimas contribuyen a su victimización, engendró la Victimodogmática, cuyo objetivo es influir en la teoría jurídica del delito y en la responsabilidad del victimario. O si se prefiere, que la víctima sea responsable por su comportamiento y procure evitar constituirse en causa del hecho que lo afecta.

Nos referimos al principio de la "autorresponsabilidad", última frontera de la Victimología. Consiste en exigir a la víctima que adopte las precauciones necesarias para impedir su victimización. De lege ferenda aspira a que las personas que no asuman las necesarias precauciones respecto de sus bienes jurídicos, queden desprotegidas en relación a los mismos.<sup>32</sup>

En la jurisprudencia alemana se aceptó la corresponsabilidad de una víctima en base a los antecedentes del caso: mientras efectuaba algunas compras, una señora dejó un abrigo de piel sumamente costoso en el asiento trasero de un coche descapotado; al volver no encontró abrigo.

Se conoce que la Audiencia Provincial de Lérida (España) declaró que la víctima provocó la agresión sexual del autor por lucir una minifalda que "le daba un aspecto especialmente atrayente"<sup>33</sup>

De los ejemplos transcritos se puede colegir cómo la Victimodogmática, mediante el análisis del papel desempeñado por la víctima, horada las murallas de la dogmática penal. Observa si la víctima merece y necesita protección jurídico-penal; y se pronuncia si debe o no excluirse la sanción que la ley penal prescribe para el victimario.<sup>34</sup> O si se prefiere, si ciertas actuaciones de la víctima deben influir favorablemente en la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor.<sup>35</sup>

Por supuesto, esta perspectiva victimológica sólo es concebible en una teoría del delito interrelacionada con las ciencias empíricas y sociales; con un derecho penal que abandone el claustro lógico abstracto.<sup>36</sup>

La Victimodogmática provoca infundados temores en investigadores como Juan Bustos Ramírez y Luis Rodríguez Manzanera, temores de que convierta a la Victimología "En el arte de culpar a la víctima." Los temores son infundados porque la gama de clasificación de las víctimas es muy amplia. Y, como ya dijéramos, el mismo Mendelshon incluyó en sus tipologías a "La Víctima completamente inocente" o víctima ideal, casos en los que el victimario es cien por ciento culpable y el sujeto pasivo del delito cien por ciento inocente. Y por último, porque la responsabilidad del autor se va graduando paulatinamente en la medida que disminuye la culpabilidad de la víctima.

## IX. LAS CLASES DE VICTIMOLOGÍA

Hasta ahora nos hemos referido a dos tipos de Victimología. Una, a la que por su dependencia de la Criminología tradicional, indistintamente se la denomina: "Positivista," "Conservadora," "Penal" o "Criminológica". Y que, como

ya lo sabemos, sólo se ocupa de las víctimas de un acto típico y antijurídico, o si se prefiere de las víctimas codificadas.

También hemos hecho alusión a otra Victimología: libre, soberana, divorciada de la Criminología tradicional, la llamada Victimología general, especie de "macrovictimología," que se preocupa de las víctimas codificadas, de las provocadas por los fenómenos de la naturaleza y los de la acción criminal y deshumanizada de personas naturales y jurídicas de toda clase.

De estos dos tipos de Victimología, obviamente la preferida por la justicia es la primera, pues sus limitaciones le permite exonerar al Estado y a la sociedad de toda responsabilidad en el fenómeno victimal; para ella, las víctimas lo son exclusivamente por causa de los criminales, o en su defecto, por culpa del propio victimizado, que provoca o precipita el crimen;<sup>37</sup> ¡Jamás! ¡Nunca! por culpa de la sociedad o el Estado.

Pero la Victimología ha seguido como la sombra al cuerpo la evolución de la Criminología; conforme variaba el paradigma criminológico variaba el victimológico, desovando otras Victimologías más bien de corte académico como la de la Reacción Social y la Crítica.

Recordemos al pasar que a la Criminología de la Reacción Social, le es indiferente saber por qué alguien se vuelve delincuente, considera más importante determinar: «Quién define y cómo se define la delincuencia y cómo se señala a alguien como delincuente»<sup>38</sup> Y su respuesta es que son las leyes penales – que no representan precisamente los intereses de la mayoría sino los de los grupos de poder– las que antojadizamente seleccionan cuales conductas son delictivas y cuales no. **Por ejemplo, en nuestros días, ciertos productores de banano intentan crear una nueva figura delictiva: la del exportador que no pague al productor USD \$ 2,20 dólares americanos por caja de banano. Si esta ley se aprueba, los exportadores que la quebranten se convertirán en criminales y la Criminología Clínica deberá entrar en acción y practicar evaluaciones psicológicas y prescribir tratamientos tendientes a la resocialización de esta nueva familia de criminales, algunos de ellos considerados hasta pro-hombres de la patria...**

Hasta hace pocos años, los bancos podían recibir millones de dólares en depósitos, sin averiguar su procedencia; ahora quienes depositan y receptan tales divisas son considerados criminales. En Estados Unidos, en tiempos de la ley seca, destilar y comerciar bebidas alcohólicas era un crimen. Ahora es una lícita y respetable actividad. Hasta no hace muchos años, en ese mismo país, quien se drogaba era un criminal. Mas, cuando millares de veteranos de Vietnam volvieron a su país adictos a la heroína, la drogadicción pasó de crimen a enfermedad. ¿Le queda a alguien duda de que es la sociedad la que crea al delincuente?

Para la Victimología de la Reacción Social, el delincuente es doblemente victimizado: por el sistema social y por el sistema penal. Al ser "etiquetado" como criminal por policías, jueces y fiscales, queda marcado de por vida, al margen de su inocencia o culpabilidad. Además, en los reclusorios es atrozmente victimizado somática y síquicamente, humillado y sometido a abyectas condiciones de vida, precisamente lo contrario a esa hermosa leyenda que adorna el frontispicio de la cárcel de Valencia: «Aquí penetra el hombre, el delito queda en la puerta».

Y, por último, existe una Victimología emparentada con la llamada "Criminología Crítica" o "Radical," cuyo objeto de estudio no es la delincuencia ni las causas que la producen, sino el sistema punitivo. Fiel a la Criminología en la que se inspira, la Victimología crítica proclama que el gran victimizador —el único— es el Estado, "eximiendo implícitamente al delincuente de toda responsabilidad"<sup>39</sup> En base a aquellos presupuestos —para evitar la victimización y la violación de los derechos humanos— propone el cambio de las estructuras sociales. Enfatiza que la justicia es un factor altamente victimógeno, además de aplicar todo su rigor exclusivamente sobre las clases no privilegiadas,<sup>40</sup> a las que preferentemente victimiza.

Uno de los seguidores de esta dirección resume la idea, al nostálgicamente recordar una hermosa y a la vez patética reflexión de su antiguo profesor de derecho penal: «La teoría jurídica, la brillantez prístina del derecho y la dialéctica procesal pura, solo operan cuando las partes son el pueblo, el campesino, el sin importancia, el sin poder»<sup>41</sup>

## X. CONCLUSIONES

Los pioneros de la Victimología: Beniamin Mendelson y Hans Von Hentig, se alzaron en armas contra la imagen pasiva y estática de la víctima del delito. Mediante las tipologías victimales construyeron una imagen más realista y dinámica de la víctima a la que convirtieron en un personaje activo, capaz de influir en la gestación del hecho delictivo.

Paulatinamente, la Victimología fue ampliando su radio de acción; del estudio de la pareja penal pasó a investigar las tendencias de ciertos individuos para convertirse en víctimas: las impropiedades llamadas "víctimas natas;" luego se interesó por los procesos de victimización y por los perjuicios materiales y síquicos que padecen las víctimas del delito (victimización primaria). Hizo estremecer la carcarnida estructura del sistema represivo al revelar la existencia de una victimización adicional a manos de la policía y la justicia (victimización secundaria) Y, como si lo anterior no bastara, una difusa "victimización terciaria" especie de "valor añadido" a las victimizaciones anteriores, que para mí no es más que la incompreensión y hasta el rechazo que la víctima sufre en su entorno familiar, laboral y en el de sus antiguas amistades. Luego, dio su espectacular salto al incluir en sus dominios a las víctimas de las catástrofes provocadas por la naturaleza o el hombre. Cuando sintió que pisaba tierra firme, se atrevió a trazar programas de reparación y asistencia a las víctimas,<sup>42</sup> que en Gran Bretaña y Nueva Zelanda, para citar sólo los países que marchan a la vanguardia en este campo, se encuentran en pleno funcionamiento.

A guisa de ejemplo, citemos "Los Programas de Asistencia Inmediata" que proporcionan ayuda material y/o psicológica a ancianos, mujeres maltratadas y violadas, y niños en las mismas circunstancias; asistencia generalmente a cargo de instituciones privadas, religiosas o laicas que actúan con independencia de la administración pública y por excepción en coordinación con ella.

Por el contrario el "Programa de Compensación a las Víctimas" opera con fondos públicos. Consiste en una satisfacción económica —reminiscencia de la composición de la venganza privada— a entregarse a las víctimas de ciertos

delitos, para que cubran aunque sea en parte los costos de la victimización. Apareció en los países anglosajones, al inicio circunscrito a los delitos violentos. Se fundamenta en el principio de solidaridad social respecto a la víctima inocente, pero principalmente «en la necesidad de que el Estado asuma unos costos que tienen su origen en su propio fracaso en la prevención del delito»<sup>43</sup>

En fin, los programas de la Victimología son vastos y variados, engloban desde la reparación a cargo del propio infractor hasta la asistencia a la víctima-testigo, trascendentales aspectos de la Victimología que por la naturaleza de la conferencia pero principalmente por los inequívocos signos de fatiga que observo en el auditorium, considero inoportuno abordar. No voy a cerrar esta exposición, diciendo que abrigo la esperanza respecto a la implantación de este tipo de asistencia en nuestro país. El Ecuador tiene prioridades, como el pago de los bonos Brady a nuestros compatriotas y alimentar las fauces insatisfechas de la AGD.

El mundo científico contempla entusiasmado el "boom" de la Victimología. Más de medio siglo de vida, su espectacular crecimiento, la admiración que despierta por doquier, nos indican que no se trata de un fenómeno coyuntural, pasajero, o de una "moda" científica. Por el contrario, la comunidad académica ha tomado conciencia de que la incorporación de la víctima como objeto de estudio de las ciencias de la conducta humana, es irreversible. Que puso fin a un secular e injustificable ostracismo; que acabó con esa necesidad vivencial por tanto tiempo reprimida de analizar el verdadero rol de la víctima en la dinámica del delito. Y fue al mismo tiempo un toque de rebato contra el derecho penal y sus arcaicas construcciones lógicas, ajenas a la realidad y vacías de contenido humano.

En cuanto a la Criminología, su tardía preocupación por las víctimas y sus desesperados esfuerzos por retener a la Victimología en sus dominios, resultan infructuosos. Las inmensas y humanitarias proyecciones de la nueva disciplina, la vuelve incompatible con un conocimiento de mezquinos horizontes y que gravita exclusivamente en torno a la figura del delincuente.

La Victimología, en cuanto se ocupa de todos los que sufren, de todos los que lloran a causa de cualquier injusticia sobre la faz de la tierra, se emparenta con la Teología de la Liberación de Don Helder Cámara, el indómito Arzobispo de Recife, que desafiaba gobiernos, denunciaba crímenes de Estado y las injusticias, los abusos y las infamias que los demás por temor callaban.

Tiene algo de abnegación del Dr. Albert Schweitzer, en el leprocomio de Lambarené; y tiene de la piedad y misericordia de la Madre Teresa recogiendo moribundos por las calles de Calcuta.

Pero, si queréis realmente captar el alma de este nuevo y maravilloso saber, recordad a Ernest Hemingway, citando al poeta John Donne: "Ningún hombre es una isla; cada hombre es un pedazo de continente, una parte de la tierra; si el mar se lleva una porción de tierra, toda Europa queda disminuida, como si fuera un promontorio o la casa de uno de tus amigos, o la tuya propia; la muerte de cualquier hombre me disminuye, porque yo también soy miembro de la humanidad; y por eso nunca preguntes por quién doblan las campanas, doblan por ti, doblan por mí".

## NOTAS

1. "Criminología" P. 21
2. Cfr. Emiro Sandoval Huertas: "Penología" P. 80
3. Cit. P. 4
4. Cfr. Gerardo Landrove Díaz: "Victimología", P. 26
5. Abelardo Rivera Llano: "La Victimología" P. 11
6. T. II P.65
7. Rodríguez Manzanera: "Victimología" P. 3
8. Bustos/Larrauri: "Victimología: Presente y Futuro" P. 4
9. Aurelia María Romero Coloma: "La víctima frente al sistema jurídico-penal" P. 23
10. *Ibidem*.
11. Cfr. Nigel Blundell: "Los más grandes ladrones y estafadores del mundo", P. 11
12. Luis Rodríguez Manzanera: "Victimología" P. 5
13. Gerardo Landrove, Ob. Cit. P. 23
14. Antonio García-Pablos de Molina: "Criminología" P. 53
15. Abelardo Rivera Ob. Cit. P.63
16. Gerardo Landrove Ob. Cit. P. 28
17. Hans Von Hentig: "El Delito" II El Delincuente Bajo la Influencia de las Fuerzas del Mundo Circundante Págs. 408-409
18. Cfr. Gerardo Landrove Díaz: "Victimología" P. 27
19. Hans Von Hentig Ob. Cit. P. 489
20. Cit. por Luis Rodríguez Manzanera Opus P. 20
21. Cit. por G. Landrove Opus P. 34
22. Elias Neuman: "El sistema penal y sus víctimas" Criminalia 1-12, Ene.-Dic. 1990, Pág. 40
23. "Victimología" P. 40
24. Criminalia Nº. 1-6 (Enero-Junio de 1984) P. 42
25. Cfr. Landrove Ob. Cit. P. 36
26. Cit. por Rodríguez Manzanera: "Victimología" P. 18
27. Neuman Ob. Cit. P. 286
28. *Ibidem*. P. 287
29. Hans Von Hentig: "El Delito" II El Delincuente Bajo la Influencia de las Fuerzas del Mundo Circundante Págs. 408-409
30. Cfr. "¿Consideraciones Victimológicas en la Teoría Jurídica del Delito? Introducción al Debate sobre la Victimodogmática" por José María Silva Sánchez en Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain P. 634.
31. Cit. por Rodríguez Manzanera Opus Págs. 126-127
32. Bustos/Larrauri: "Victimología: Presente y Futuro" P.16
33. Bustos/Larrauri: "Victimología: Presente y Futuro" P. 16
34. Gerardo Landrove Díaz: "Victimología" P. 21
35. Abelardo Rivera Llano: "La Victimología" ¿Un problema Criminológico? Págs. 37-38
36. Gerardo Landrove Díaz, *Ibidem* P. 22
37. Luis Rodríguez Manzanera: "Victimología" P. 23
38. Abelardo Rivera Llano: "La Victimología" P. 44
39. Bustos/Larrauri: "Victimología: Presente y Futuro" P. 57
40. Cfr. Rodríguez Manzanera Ob. Cit. P. 24
41. Alvaro O. Pérez Pinzón: "Curso de Criminología"
42. Cfr. Antonio García-Pablos de Molina: "Criminología" Págs. 42-43
43. *Ibidem* P. 56

# En tiempos de globalización

El profesor de derecho se ve obligado a enfrentarse a un mundo nuevo, a un mundo que ha cambiado. El mundo de hoy es un mundo globalizado, un mundo que ha cambiado. El mundo de hoy es un mundo globalizado, un mundo que ha cambiado. El mundo de hoy es un mundo globalizado, un mundo que ha cambiado.

En tiempos de globalización, el mundo se ha convertido en un planeta sin fronteras. La globalización ha permitido que las personas de diferentes países se conecten y trabajen juntas. Esto ha creado nuevas oportunidades, pero también ha planteado desafíos. La globalización ha permitido que las personas de diferentes países se conecten y trabajen juntas. Esto ha creado nuevas oportunidades, pero también ha planteado desafíos.

En tiempos de globalización, el mundo se ha convertido en un planeta sin fronteras. La globalización ha permitido que las personas de diferentes países se conecten y trabajen juntas. Esto ha creado nuevas oportunidades, pero también ha planteado desafíos. La globalización ha permitido que las personas de diferentes países se conecten y trabajen juntas. Esto ha creado nuevas oportunidades, pero también ha planteado desafíos.

En tiempos de globalización, el mundo se ha convertido en un planeta sin fronteras. La globalización ha permitido que las personas de diferentes países se conecten y trabajen juntas. Esto ha creado nuevas oportunidades, pero también ha planteado desafíos. La globalización ha permitido que las personas de diferentes países se conecten y trabajen juntas. Esto ha creado nuevas oportunidades, pero también ha planteado desafíos.

En tiempos de globalización, el mundo se ha convertido en un planeta sin fronteras. La globalización ha permitido que las personas de diferentes países se conecten y trabajen juntas. Esto ha creado nuevas oportunidades, pero también ha planteado desafíos. La globalización ha permitido que las personas de diferentes países se conecten y trabajen juntas. Esto ha creado nuevas oportunidades, pero también ha planteado desafíos.

## SECCIÓN LIBRE

- Marena Briones Velasteguí**  
En tiempos de globalización
- Diego Cordovez**  
La Constitución y las Relaciones Internacionales
- Antonio Parra Gil**  
La Doctrina Parra Velasco o de la Solidaridad Obligada de los Países Hispanoamericanos
- Delia Lipszyc**  
La solución de diferencias en el AADPIC de la OMC
- Juan M. Quevedo**  
Aspectos de la legislación petrolera
- Luis Hidalgo López**  
La teleraña legal (Segunda parte)

Una manera de entender la globalización es a través de la economía. La globalización ha permitido que las personas de diferentes países se conecten y trabajen juntas. Esto ha creado nuevas oportunidades, pero también ha planteado desafíos. La globalización ha permitido que las personas de diferentes países se conecten y trabajen juntas. Esto ha creado nuevas oportunidades, pero también ha planteado desafíos.

# En tiempos de globalización

Marena Briones  
Velasteguí

*El poder de decisión se ha descolocado, no sólo internacionalmente, sino también nacionalmente. El Estado-nación y su configuración jurídica se han visto sacudidos, además, por los ímpetus descentralizadores y las reivindicaciones locales de sus co-rrespondientes cuotas de poder.*

## LAS RAZONES SALTAN A LA VISTA

Sin entrar por el momento en las consabidas distinciones que problematizan y enriquecen la reflexión en torno a la definición del término "derecho", ni a los rasgos que diferencian a los diversos sistemas jurídicos<sup>2</sup>, que conferirían matices al análisis de la afirmación que continúa, es imprescindible volver la mirada hacia una idea que ha vivido largamente vinculada a las percepciones y consideraciones formuladas sobre el fenómeno jurídico: su tendencia conservadora. Puesto de cara a la sociedad y a la permanente movilidad de que ella goza, el derecho aparece siempre como la tortuga frente a la liebre. Nadie —me parece— aún adhiriéndose a la tesis de que el derecho sí puede ser un factor de cambio social, osaría sostener que las transformaciones jurídicas pueden sucederse más rápido o antes que las transformaciones sociales, y eso que, sin duda, las primeras pertenecen también al ámbito de las segundas.

Una manera de enfocar lo antes dicho, por ejemplo, es retomar la constatación de que "Todo derecho, en la medida en que establece e impone una determinada organización del grupo social y, en consecuencia, funciona como sistema de control social y de seguridad jurídica, conlleva inevitablemente la consolidación de posiciones que, en principio, implican por sí mismas un cierto tipo de resistencias al cambio social."<sup>3</sup> No es que esté desprovisto de dinámica, puesto que de hecho se modifica; sino que, por mencionar una sola circunstancia, su formalización está supeditada a los límites que las instituciones y los procedimientos le imponen.

Por otra parte, la propia enseñanza del derecho suele poner énfasis en una actitud más bien ortodoxa de los operadores jurídicos. Si bien la hermenéutica, camino ineludible del conocimiento jurídico y de la aplicación de sus preceptos, da aliento a argumentos a favor de un ámbito creador de derecho en la actividad que desarrollan los jueces, tal hipótesis no deja de tener oposición en el mundo jurídico, particularmente en el de tradición continental europea.

Con más o menos dosis de conservadurismo e inclusive con su relativa potencia para incidir en el cambio social,

lo cierto es que el derecho, en toda la extensión que la palabra puede comprender, tiene un ritmo que no se compagina con la fuerza de la cadencia social. Si eso ha sido así hasta hace poco, en que dicha cadencia era jurídicamente al menos llevadera, ¿qué está ocurriendo con el derecho hoy, en que asistimos a un vértigo de innovaciones tecnológicas y modificaciones socio-político-económicas, cuyas consecuencias todavía son impredecibles?

Esa es la pregunta clave que, en estas líneas, más que tratar de responder a plenitud, quiero compartir con los lectores y las lectoras de estas páginas universitarias que han asumido la gratificante e impostergable tarea de convocar al pensamiento y al debate. Todas las épocas han demandado elaboraciones humanas sobre los múltiples asombros que han producido; pero la actual no sólo que conlleva el reto y la obligación propios de cualquier presente, sino que parece no tener parangón con alguna otra en su aceleramiento y en su complejidad.<sup>4</sup>

## ¿SE DESVANECE EL MUNDO?

La interrogación no podía pasar desapercibida. Los siglos XIV y XV vieron iniciarse y consolidarse un sistema económico orientado por la racionalización de los negocios hacia el máximo beneficio; un sistema político fundado en la razón de Estado como norma suprema; un sistema social cuyo norte era el "hombre como medida de todas las cosas"; y un modelo de conocimiento basado en el empirismo y la perfección. El siglo XVII, oscilando entre su esplendor artístico y la violenta intransigencia de un Estado absolutista, dio cabida a un nuevo método científico que conjugaba la experiencia con la especulación, la comprobación y la construcción de un sistema generalizador y dio como resultado la visión moderna de la ciencia.

El siglo XVIII fue el siglo liberalmente burgués: liberalismo económico, liberalismo político y un racionalismo-empirismo filosófico. Fue también el siglo de la que puede ser considerada la primera gran jornada feminista, pero su marca de fábrica fue la revolución industrial. Con ella adquirieron otras dimensiones las relaciones laborales, los

modos de producción, el desarrollo económico y las relaciones sociales en general. El siglo XIX, no obstante el surgimiento de alternativas anti-liberales y de una activa expresión romántica<sup>5</sup>, se asentó en un liberalismo de tres grandes líneas: en lo político, el gobierno como función y derecho de la sociedad y como resultado del acuerdo entre sus propias fuerzas; en lo económico, el derecho a la propiedad privada y la libre competencia entre oferta y demanda; en lo intelectual, tolerancia, respeto, confianza en la razón y fe casi sin límites en las posibilidades de las ciencias naturales.

El siglo XX, pues, como todo siglo, llegó con historia. Quizás esa historia permita explicar en parte su rasgo más elocuente: las guerras. El siglo XX, al decir de muchos, ha sido el siglo de las guerras, pero también lo ha sido del protagonismo de las masas, del culto a la tecnología, de la agresividad como receta de vida, de la mecanización de la cotidianidad individual y colectiva, de las comunicaciones sin fronteras, de la conciencia del ser social, del flujo imparable de información, de las ciencias como lugar de la verdad, del Estado social así como de su cuestionamiento, de la realización humana como proyecto de emancipación, de las identidades y los movimientos sociales, del reacomodo de nuevos órdenes económico-internacionales y de un programa logo-etno-homo-céntrico sobre la realidad.

El siglo XX sin embargo, es mucho más que eso. Berma<sup>6</sup> lo dice así: "Todos los hombres y mujeres del mundo comparten hoy una forma de experiencia vital —experiencia del espacio y el tiempo, del ser y de los otros, de las posibilidades y los peligros de la vida— a la que llamaré modernidad. Ser modernos es encontrarse en un medio ambiente que nos promete aventura, poder, alegría, crecimiento, transformación de nosotros mismos y del mundo —y que al mismo tiempo amenaza con destruir todo lo que tenemos, lo que sabemos, lo que somos... Ser modernos es ser parte de un universo en el que, como dijo Marx, "todo lo que es sólido se evapora en el aire".

El siglo XX, con un pie puesto en su final y el otro en un nuevo secular y milenar comienzo es, así mismo, el siglo de las paradojas. Si hay algo que puede caracterizar la angustia cognitiva que nos atormenta en estos momentos, eso es, precisamente, el tener que sobrellevar sin recursos el desmoronamiento de los grandes sistemas teóricos. "Vemos desenvolverse pensamientos de tipo interaccionista; valoramos no sin ansiedad la comunicación, el intercambio, la idea de red; nos interesamos más por el cambio que por el orden, por las rupturas que por la tranquilizante permanencia; somos sensibles a la complejidad, al pluralismo, a la suavidad, a la flexibilidad, a la ligereza..."<sup>7</sup>

El derecho ha sido y es un sistema construido como cualquier otro meta-relato. Ha pretendido conferirnos explicaciones y respuestas omnicomprendivas; ha bebido de una fuente rigurosamente racionalista y ha dado de beber la ilusión de una racionalidad humana capaz de doblegar hasta a las más fieras tormentas; ha sabido cosechar para sí y para sus influjos el encanto de las certidumbres y ha resistido contra viento y marea los embates de sus no escasas injusticias. ¿Hasta cuándo?

## TODO CAMBIA, TODO CAMBIA

En este punto de la reflexión y antes de pasar al desglose de unos cuantos aspectos que considero esenciales para

el planteamiento que inspira estas ideas, es oportuno añadir brevemente una mención a tres de los dilemas sobre los cuales está dando vueltas el mundo actual:

- Iguales y diferentes a la vez, también expresado como "igualdad en la diferencia" o "diferencia en la igualdad". "En la actualidad la mayoría de países son culturalmente diversos. Según estimaciones recientes, los 184 Estados independientes del mundo contienen más de 600 grupos de lenguas vivas y 5.000 grupos étnicos... Esta diversidad plantea una serie de cuestiones importantes y potencialmente divisivas. Así, minorías y mayorías se enfrentan cada vez más respecto de temas como los derechos lingüísticos, la autonomía regional, la representación política, el curriculum educativo, las reivindicaciones territoriales, la política de inmigración y naturalización, e incluso acerca de los símbolos nacionales como la elección del himno nacional y las festividades oficiales."<sup>8</sup>
- La contradicción del uno y los todos. Deben participar todos, pero no pueden participar todos. El reconocimiento de la pluralidad social de voces e intereses, ligada a la consigna de una democracia deliberativa y participativa se estrella con las limitaciones propias de cualquier mecanismo de representación. Y ello, sin contar con los fracasos a que se ha visto sometida la práctica democrática representativa, especialmente en nuestra América latina y caribeña.
- Pensar complejamente. "El pensamiento sobre la complejidad debe considerarse un método para comprender la diversidad, en lugar de una metáfora unificada. Su valor epistemológico podría provenir del reconocimiento del don de la naturaleza y la sociedad para descubrir cosas sin proponérselo. No que no existen reglas, sino que las reglas son creadas, y cambiadas, en un proceso constante de acciones deliberadas e interacciones únicas."<sup>9</sup>

O, dicho con otras palabras, la "aptitud para pensar lo múltiple, sin por ello reducirlo a la unidad o abandonarlo a la dispersión"; para "pensar a la vez en la determinación e indeterminación del sistema, en su rigor y su borrosidad, en su sistemática y en su casuística".<sup>10</sup>

## LAS PARADOJAS TAMBIÉN SON JURÍDICAS

Pues, bien, ahora corresponde entrar sin mayores preámbulos al propio terreno de estas disquisiciones:

### ¿Dónde está la justicia?

Tal vez nada haya sido más objeto de controversia en estos últimos años como la misma justicia. Suficiente sería con reparar en el testimonio más cercano: la justicia ecuatoriana puesta en la picota de la incredulidad y la desconfianza, las demandas de reconocimiento de los sistemas de justicia comunitaria indígena y el apareamiento de procedimientos que recurren a la aplicación de la justicia por mano propia. Sin embargo de que esos datos son de por sí reveladores, no son suficientes. Aquí se trata, incluso, de resaltar la problematización de una concepción universalizadora de justicia.

Puesto que, como quedó asentado algunos párrafos arriba, la multiculturalidad es un signo de estos tiempos y la igualdad en la diferencia ha sido asumida como un desafío actual, no es posible eludir la confrontación entre unos

derechos de índole general y otros derechos de carácter minoritario. Las posibles soluciones no están tan a la mano. No es fácil responder jurídicamente, aunque no sólo jurídicamente, a preguntas tales como ¿qué grupos deberían estar representados en el parlamento: los indígenas, los negros, las mujeres, los jóvenes?, ¿las mujeres blancas pueden representar a las mujeres negras?, ¿los indígenas evangélicos pueden representar a los indígenas católicos?, ¿los hombres heterosexuales pueden representar a los hombres homosexuales?. O ¿por qué los miembros de un determinado grupo deberían tener ciertos derechos que los miembros de otro grupo no tienen; por ejemplo, el porcentaje obligatorio de inclusión femenina en las listas de elección pluripersonal, que la ley ecuatoriana establece para impulsar la participación política de las mujeres?. O ¿deberíamos los mestizos aprender quichua durante nuestra educación básica, dado que los pueblos indígenas forzosamente aprenden el español?.

A esas inquietudes, para nada desdeñables, habría que sumar también el peculiar doble juego que se da entre el insistido desprestigio de los jueces y la constante invocación de que ellos son objeto. Por un lado, el auge de las vías alternativas para la solución de los conflictos, que adquiere cada día más ámbito de acción debido a la fragilidad del sistema judicial; y, por otro, un reclamo explícito y permanente de una actividad judicial independiente y razonable, que confiera seguridad y confianza sociales, y la perseverante demanda de que una vocería judicial autorizada se exprese a través de los medios de comunicación social. Como la califica Arnaud<sup>11</sup> es la paradoja del "amor/odio del censor".

### ¿Quién puede con tanta globalización?

Conectada con lo anterior, en cuanto a que formas "inoficiales" (mediación, negociación, costumbres, arbitrajes, etcétera), están reemplazando a los espacios formalmente institucionales de solución de controversias, aparece la puesta en jaque del Estado-nación. La tendencia globalizadora, entre otros efectos, ha provocado el debilitamiento de la jurisdicción estatal, no sólo porque los ámbitos supranacionales van organizándose por encima de los Estados, sino porque los órdenes jurídicos de estos últimos "No logran tener en cuenta, de una manera lógica, la pluralidad de situaciones sociales, económicas, políticas y culturales cada vez más diferenciadas", y porque "Como el Estado no puede dejar muchas de esas acciones, hechos, situaciones y casos sin ningún tipo de control, se ve obligado a editar normas ad hoc para casos muy especializados. Y tanto más su producción normativa está en esa línea, cuanto más su derecho positivo pierde organicidad y racionalidad de sistema dada su pretensión de abarcar una intrincada y a veces contradictoria pluralidad de intereses y comportamientos altamente particulares."<sup>12</sup>

Adicionalmente, no se puede negar que las relaciones jurídicas también se han globalizado. Desde la existencia del derecho comunitario, con la Comunidad Económica Europea a la cabeza, hasta la cada vez más intensa internacionalización de los debates de naturaleza socio-jurídica, económico-jurídica, ético-jurídica, bio-jurídica, político-jurídica, filosófico-jurídica y demás, que no sólo ha respondido al placer que puede producir intercambiar conocimiento, sino también a la realidad económico-social que se está configurando gracias al actual modelo de desarrollo

que Castells<sup>13</sup> denomina "capitalismo informacional"<sup>14</sup>, más la excesiva producción legislativa y jurisprudencial que han supuesto todos los factores antes anotados, descubren un mundo jurídico en imparable transformación.

En esa línea, Arnaud<sup>15</sup> llega a afirmar que "el ordenamiento jurídico no puede seguir siendo concebido en términos nacionales, ni siquiera internacionales" y que tanto es así, que "la "comunidad" es presentada por los juristas del Derecho comunitario como una instancia sui generis, ni nacional, ni internacional".

### Los poderes se descolocan

Entrar en el terreno jurídico, de una u otra manera, conduce al ámbito de la teoría política. Toda estructura o sistema de gobierno descansa obligatoriamente en un conjunto de previsiones jurídicas que, en primera instancia, se hallan en el texto constitucional. Es allí, en la norma suprema, donde se han asentado la legitimidad de las instituciones, el fundamento distributivo de los poderes estatales, la consideración axiológica que ampara los derechos ciudadanos; en fin, las reglas básicas del funcionamiento de una sociedad.

Esa vocación jurídico-política, sin embargo, está sufriendo hoy los azotes de los recios vientos que soplan con la globalización. Ahora, los países enfrentan la arremetida de una economía que se organiza y vive sin recurrir necesariamente a vínculos con los Estados-nación. Como dice Arnaud<sup>16</sup> "Lo único que les queda a las naciones es el poder -también restringido- de corregir, a través de medidas de orden interno, los grandes daños que causan a su propio sistema las decisiones internacionales y los sucesos económicos mundiales."

El poder de decisión se ha descolocado, no sólo internacionalmente, sino también nacionalmente. El Estado-nación y su configuración jurídica se han visto sacudidos, además, por los ímpetus descentralizadores y las reivindicaciones locales de sus correspondientes cuotas de poder. La tradicional idea filosófico-jurídica de una soberanía fundada en la unidad del Estado ha debido dejar paso al reto de entender y poner en práctica una concepción de soberanía que conjugue las soberanías locales con una suerte de soberanía nacional, que no borre a las primeras, ni las subsuma en ella.

Lo local y lo nacional; lo local y lo global. En esas intrincadas relaciones de sociedad en red deben hoy realizarse el ideal de justicia y la equidad social. El derecho no parece estar preparado aún para eso. Su afecto por una visión positivista de sí mismo y su renuencia a entablar abiertamente diálogo con otras disciplinas son todavía un lastre con el que carga a cuestas.

### ¿Un borroso desconcierto?

Lo que han tenido en común los iusfilósofos que han teorizado sobre la argumentación jurídica ha sido, justamente, el esforzado deseo de construir un modelo de racionalidad que sirva de guía para las decisiones jurídicas. Ese deseo calzaba muy bien con la premisa moderna que ponía a la razón como suprema luz del conocimiento. Pero ese paradigma racional ha sido puesto hoy en entredicho.

Para quienes han llevado el cuestionamiento hasta las últimas consecuencias, "ya no hay posibilidad de argumentación, sino sólo de narración; en lugar de argumentos, se ofrecen relatos. Y estos relatos son efímeros, contingentes;

no pretenden la universalidad ni la necesidad, a veces ni siquiera la verdad, sino únicamente la verosimilitud."<sup>17</sup>

Un punto de quiebre tan audaz debe su importancia en la teoría filosófica a varias vertientes. Todas ellas, de una u otra manera, han enfrentado el dilema entre la propensión a lo unívoco y la propensión a lo equívoco. "Antes casi nada era cierto (con las exigencias científicas de los positivistas), mas ahora casi nada es falso (con la desmedida apertura de criterios que se ha querido establecer en el pensamiento posmoderno)."<sup>18</sup>

¿Han afectado tales disquisiciones al derecho? Sí y no. No, porque las consecuencias para la práctica jurídica no han llegado a ser nihilistas. Quienes estimulan la reflexión en torno a una teoría de la argumentación jurídica han solidificado, según lo explicita Alexy<sup>19</sup>, en el término medio de una tendencia determinista ("es innecesario plantearse el problema de cómo fundamentar las decisiones jurídicas") y una tendencia decisionista ("es imposible plantearse el problema de cómo fundamentar las decisiones jurídicas").

Sí, porque la construcción lógico-deductiva del razonamiento jurídico ha sido objeto de críticas suficientemente razonables. Si bien el debate ha terminado inserto en una oposición entre racionalismo normativo e irracionalismo normativo y los críticos de la teoría lógico-deductiva han sido calificados de irracionistas y de defensores de la arbitrariedad subjetiva de los jueces, las fracturas a la visión lógicamente formal del razonamiento jurídico tienen asidero. Después de tanto bregar con las interpretaciones legales y las decisiones judiciales, bien sabemos que ni la estructura silogística agota los sentidos de las normas y de las relaciones entre ellas y de ellas con los hechos, ni el lenguaje deja de ser ambiguo y vago por su aplicación.

Por otro lado, también se ha comprobado que en las decisiones judiciales juegan un rol preponderante los análisis valorativos de los jueces, no exentos de una personal subjetividad, análisis valorativos que, en principio, no tienen nada de extraños, dado que en toda norma siempre se entrelazan un elemento fáctico, un elemento axiológico y un elemento normativo. Poner al descubierto esta característica de la actividad judicial de ninguna manera significa autorizar el libre albedrío de los jueces, ni violentar la básica seguridad jurídica que toda sociedad requiere. Simplemente, tiene el propósito de reconocer y destacar, para los efectos

relevantes, que el derecho no es un objeto neutral, ni en la promulgación de sus disposiciones, ni en la solución de las controversias judiciales, ni en su elaboración doctrinaria.

"Ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente"<sup>20</sup> Para esto, dice Alexy<sup>21</sup>, "existen al menos, cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesiten de una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra al tenor literal de una norma en casos especiales".

Así, pues, en el amplio bosque de la argumentación jurídica y como un camino para teorizar sobre ella aparece la lógica borrosa (fuzzy logic). Concebida como un modelo explicativo de las decisiones judiciales, enfoca su interés en proporcionar varias opciones de diferentes modos posibles de razonar jurídicamente, para encontrar la más plausible de las decisiones.

Cuánto pueda la lógica borrosa en el derrotero que ha tomado, no es finalidad para estas páginas. Lo que interesa es que, quiera o no quiera, el derecho está siendo removido. Por las reflexiones teóricas, por los acontecimientos sociales, por las contradicciones humanas, por la fuerza de los hechos, por los cambios con que el mundo nos sorprende diariamente. No obstante, el peso de la tradición con la que se ha formado continúa impidiéndole actuar también como su propio y agudo interpelante.

### El lugar es exquisito

El llamado, en todo caso, está hecho. La predisposición para borrar en este espacio las anteriores inquietudes no ha tenido más impulso que la convicción de que la Universidad es, por excelencia, el lugar desde donde puede y debe alzarse majestuosamente el vuelo libertario del pensamiento. ¡Qué otro lugar puede ser más exquisito para enseñar aprendiendo y aprender enseñando! Para creer y dudar tantas veces como sea necesario. Para hurgar, descubrir, experimentar y argumentar. ¡Y qué mejor cimiento de partida que la inagotable curiosidad que suele agitar la vitalidad de los espíritus jóvenes!

### NOTAS

1. Me refiero a las dificultades que existen para construir una definición de derecho, que logre dar cuenta simultánea de sus variadas facetas: derecho como ciencia, derecho como sistema positivo de normas, derecho como facultad. Una presentación sintetizada de esas dificultades puede encontrarse en Introducción al análisis del derecho, de Carlos Santiago Nino (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987: 3ra. reimpresión de la 2da. edición ampliada y revisada)
2. Tan sólo la comparación entre la corriente de tradición romana y la del "common law" nos conduciría a establecer particularidades en la dinámica jurídica.
3. DÍAZ, Elías, La sociedad entre el derecho y la justicia, Temas Clave # 73, Salvat Editores, S.A., Barcelona, 1982.
4. Basta con recoger parte del prolífico debate "modernidad-postmodernidad", para aceptar el supuesto. Autores como Jean-Francois Lyotard, Marshall Berman, Agnes Heller, Jürgen Habermas, Daniel Bell, María Cristina Reigadas, Carlo A. Viano, Gianni Vattimo, Alan Touraine, Beatriz Sarlo, por mencionar unos cuantos, participan en el sesudo desconcierto reflexivo sobre los síntomas actuales.

**NOTAS**

5. Romanticismo en su acepción amplia de "estilo de vida que afectó a las creencias políticas a través de los grandes mitos de la revolución, la rebeldía a la tiranía, la lucha por la libertad y la grandeza de los ideales nacionales..." (Los siglos de la Historia, Temas Clave # 34, Salvat Editores, S.A., Barcelona, 1981).
6. Marshall Berman, en Brindis por la modernidad, artículo aparecido en El debate modernidad/posmodernidad, compilación y prólogo por Nicolás Casullo, Puntosur Editores, Buenos Aires, 1989.
7. ARNAUD, André-Jean, Los juristas frente a la sociedad, Doxa Cuadernos de Filosofía y Derecho No. 15-16, volumen II, 1994.
8. KYMLICKA, Will, Ciudadanía multicultural, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Buenos Aires, 1996.
9. CASTELLS, Manuel, La era de la información. Economía, sociedad y cultura, volumen 1: La sociedad red, Alianza Editorial, Madrid, 1996.
10. Von de Kerahove, Michel y Ost, Francois, El sistema jurídico entre orden y desorden, Servicio.
11. ARNAUD, André-Jean (1994).
12. FARÍA, José Eduardo, Derechos humanos y globalización económica: notas para una discusión, Revista El Otro Derecho No. 23, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 1999.
13. CASTELLS, Manuel (1996).
14. Castells sostiene que en los últimos 25 años, el mundo ha pasado del industrialismo al informacionalismo y de la sociedad industrial a la sociedad de la información. Añade que continúa el predominio mundial de un modo de producción capitalista, pero que, en esta ocasión, la "principal fuente de la productividad es la capacidad cualitativa para optimizar la combinación y el uso de los factores de producción basándose en el conocimiento y la información".
15. ARNAUD, André-Jean (1994).
16. ARNAUD, André-Jean (1994).
17. BEUCHOT, Mauricio, Posmodernidad, hermenéutica y analogía, Universidad Intercontinental, México, 1996.
18. BEUCHOT, Mauricio (1996).
19. ALEXY, Robert, Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
20. LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, 1980.
21. ALEXY, Robert (1989).

# La Constitución y las Relaciones Internacionales

Diego Cordovez

*Siempre es conveniente que juristas conocedores del derecho internacional intervengan en la redacción de las disposiciones que regulan los temas de política exterior, y es evidente que la Asamblea Constituyente no procedió en esa forma.*

Siguiendo el buen ejemplo de varios autores de otros artículos publicados en *Iuris Dictio*, este ensayo contiene fundamentalmente un esbozo —se podría decir "brochazos"— de un tema muy amplio, escrito con el propósito de estimular el interés de los alumnos del Colegio de Jurisprudencia en los asuntos internacionales.

No se corre el riesgo de abrir una polémica —como las que suscita la sola mención de la globalización— si se afirma que vivimos en un mundo cada día más interdependiente. Se podría decir que hemos iniciado el camino hacia la cohabitación en esa "aldea planetaria" que con frecuencia invoca Kofi Annan, el secretario general de las Naciones Unidas. Ese proceso involucra una intensificación de la acción internacional de los Estados, lo cual, a su vez, requiere la adopción, y periódica actualización, de disposiciones del ordenamiento jurídico interno relativas a la convivencia internacional.

Una buena parte de las enmiendas constitucionales que diversos Estados introducen actualmente se inscriben en el afán de los gobiernos y los parlamentos de buscar una más amplia y eficiente participación en actividades internacionales, sean de carácter bilateral o multilateral. Los organismos internacionales promueven constantemente la adopción de normas que regulan una gama cada vez más amplia de temas y asuntos. La interdependencia se construye mediante incesantes negociaciones entre Estados y la celebración de acuerdos sobre una creciente variedad de materias.

Nuestra actual Constitución, que entró en vigor hace solo dos años, introdujo algunos cambios en el régimen jurídico relativo a las relaciones internacionales del Ecuador, pero adolece de vacíos y errores, principalmente de carácter conceptual, que será necesario rectificar en el futuro.

En su Artículo 1º, la Constitución identifica al Ecuador como "un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico" y describe su Gobierno como "republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada". Aunque presu-

miblemente a muchos ecuatorianos les puede parecer que estas afirmaciones constituyen más una expresión de propósitos, o de ilusiones, que una descripción de la realidad, para los otros miembros de la comunidad internacional esas son, formalmente, las condiciones institucionales y jurídicas que la nación ecuatoriana ha adoptado al constituirse y funcionar como Estado. El Estado es el sujeto primordial del derecho internacional y, como tal, puede invocar derechos y asumir obligaciones, que constituyen los principales parámetros de la convivencia internacional.<sup>1</sup>

De hecho, la Constitución, en el artículo 4º, establece las normas y principios generales de las relaciones del Estado ecuatoriano con la comunidad internacional y, en ese contexto, proclama la paz, la cooperación como sistema de convivencia y la igualdad jurídica de los Estados. Los principios de derecho internacional que se enumeran en esa disposición son los que han regulado la conducta internacional del Ecuador desde que fueron enunciados y aceptados como tales por la comunidad internacional —la prohibición del uso o la amenaza de la fuerza, la solución pacífica de las controversias, el desconocimiento del despojo bélico como fuente de derecho, la autodeterminación de los pueblos— y la Constitución también afirma que el Ecuador propugna la integración y rechaza toda forma de colonialismo, discriminación y segregación. El Ecuador, de acuerdo con la misma disposición, "podrá formar asociaciones con uno o más Estados para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios."

La Constitución de 1998 consagra una vez más el principio de que es el Presidente de la República quien tiene la función privativa de conducir las relaciones internacionales del Ecuador. El artículo 171, párrafo 12, prescribe que una de las atribuciones y deberes del Presidente es: "Definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, cuando la Constitución lo exija". El párrafo 15 del mismo artículo dispone que el Presidente de la República debe "asumir la dirección política de la guerra".

La Constitución actual merece en ese contexto unas breves observaciones. Al utilizar el término "definir", en vez de "determinar", que se había adoptado en la Constitución anterior, se ha buscado una mayor precisión, probablemente para evitar eventuales conflictos de jurisdicción. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, definir es "fijar con claridad, exactitud y precisión..." y engloba el concepto de "determinar" porque también significa "decidir, determinar, resolver una cosa dudosa". Pero lamentablemente, en la segunda parte de esa misma disposición, la Constitución actual incurre en un error de concepto, derivado, seguramente, de una mala redacción.

En efecto, el texto sugiere que, al menos en ciertos casos, el Presidente requiere de la aprobación del Congreso para "celebrar" tratados. Justamente porque el Presidente tiene la facultad de definir la política exterior, tiene la prerrogativa de celebrar tratados sí, como es de presumirse, el término "celebrar" involucra la negociación y la suscripción de los instrumentos correspondientes. Es evidente que la Constitución no tiene la intención de restringir la facultad del Presidente de celebrar tratados; el artículo 161 solamente enumera los tratados que el Congreso debe aprobar o improbar una vez que el Presidente de la República los ha celebrado. Se trata, entonces, fundamentalmente de un caso de redacción equívoca.

Debe también observarse que la Constitución usa la expresión "tratados y convenciones" repetidamente, lo cual no se concilia con la doctrina ni con los preceptos de la Convenciones de La Habana de 1928 y de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados, que emplean el término "tratado" como comprensivo de todos los acuerdos internacionales. Tratado y convención constituyen el mismo objeto jurídico.

Al reafirmar que el Presidente de la República dirige las relaciones internacionales, nuestra actual Constitución adopta un enfoque que, con pequeñas diferencias, constituye la regla general en los regímenes presidenciales. En el sistema parlamentario se producen dificultades en ese contexto cuando la constitución —la de Francia, por ejemplo— dispone explícita o implícitamente que tanto el jefe del Estado como el jefe del Gobierno tienen facultades relacionadas con la política exterior. (Esa es la razón por la cual Francia es el único miembro de la Unión Europea que siempre está representado conjuntamente por el presidente y el primer ministro en las reuniones "cumbre".) Demás está agregar que, excepto en los casos en que el Presidente de la República lo solicite expresamente, cualquier resolución del Congreso sobre materias de política exterior, salvo aquellas expresamente prescritas, sería, en estricto derecho, inconstitucional.

Nuestra actual Constitución, además, confirmó las reformas que se habían introducido en la Carta Política anterior para eliminar la autorización formal para salir del país que el Presidente debía obtener cada vez que abandonaba el territorio nacional y la "entrega del mando" al vicepresidente, que era obligatoria en tales casos.

En una época de aviones a reacción, celulares y faxes, y de aviones con teléfonos y faxes, dichas disposiciones eran arcaicas y absurdas, y se contraponían legal y prácticamente a las responsabilidades que ejerce el Presidente, quien debe tener en todo momento, real y aparentemente, la competencia legal para declarar la voluntad del Estado

ecuatoriano respecto de sus relaciones con otros Estados. Ahora que la diplomacia personal es tan intensa se podría aducir que, antes de que se adoptaran esas reformas, nuestro presidente no tenía, en las circunstancias jurídicas en que viajaba al exterior, la atribución de suscribir acuerdos internacionales, que es, frecuentemente, el objetivo de los desplazamientos del jefe del Estado. También se podría sostener que, al entregar sus poderes constitucionales al vicepresidente, el presidente, desde el momento en que abandonaba el territorio nacional, no estaba amparado por las inmunidades, ni gozaba de los privilegios, que por su alta investidura le corresponden de acuerdo con el derecho internacional.

El Artículo 170 de la Constitución actual dispone que el Presidente de la República, durante su mandato y hasta un año después de haber cesado en sus funciones, deberá comunicar al Congreso, con antelación, "su decisión" de ausentarse del país. "No se considerará falta temporal la ausencia del país por asuntos inherentes a sus funciones", dice el artículo 169 que, en caso de enfermedad u otra circunstancia que le impida transitoriamente ejercer su función, o licencia concedida por el Congreso, prescribe el reemplazo del presidente por el vicepresidente o el ministro de Estado que designe el presidente. La misma disposición autoriza al presidente a "delegar determinadas atribuciones" al vicepresidente cuando se ausenta del país por obligaciones propias de su cargo.

El jefe del Estado ejerce sus atribuciones relacionadas con la política exterior mediante el servicio exterior, que dirige el canciller de la República. El canciller es, en la práctica, el ejecutor de la política exterior del Estado que el presidente de la República define, aunque, como ya se ha dicho, es habitual desde hace algunos años que los jefes del Estado y de Gobierno conduzcan personalmente negociaciones y consultas internacionales, y concluyan todo tipo de acuerdos con sus pares de otros Estados. Solamente el jefe del Estado y el ministro de Relaciones Exteriores tienen autoridad para hablar por y comprometer al Estado internacionalmente. (Cuando se encarga a otro funcionario una misión o gestión de política exterior debe recibir poderes especiales firmados por el presidente y el canciller.) La Cancillería coordina y supervisa el trabajo de las representaciones en el exterior. La Ley Orgánica del Servicio Exterior, que regula el funcionamiento del servicio exterior, fue expedida en 1964 por un gobierno militar, y debería reemplazarse por una nueva legislación para promover el funcionamiento de la Cancillería y de nuestras representaciones en el exterior de acuerdo con las normas y prácticas de la diplomacia moderna y los objetivos actuales de nuestra política exterior.

La aprobación de tratados es la única función del Congreso en el ámbito de la política exterior. Las disposiciones de la actual Constitución en ese contexto son las que normalmente se aplican en un régimen presidencial. El jefe del Estado tiene a su cargo la negociación y conclusión (o celebración) de tratados, el Congreso tiene la atribución de aprobar o rechazar aquellos que la Constitución enumera y, en los casos previstos en los tratados de que se trate, el Presidente entonces procede a la ratificación y al intercambio, o "depósito" en el caso de tratados multilaterales, de los instrumentos correspondientes. Nuestra Constitución, al igual que muchas otras, prescribe taxativamente los trata-

dos que requieren aprobación parlamentaria. Otras constituciones adoptan un enfoque conceptual y definen más bien los diversos tipos de tratado que deben someterse al Congreso.

En el Congreso de los Estados Unidos y, con variaciones, en otros parlamentos, se ha adoptado recientemente, debido a la creciente complejidad de las relaciones internacionales, un procedimiento, llamado "fast track" (algo así como "andarivel rápido") mediante el cual, con respecto a tratados que requieren de aprobación parlamentaria, el Congreso autoriza al ejecutivo a participar, por ejemplo, en una negociación comercial y se compromete al mismo tiempo a aprobar o rechazar el tratado resultante de esas negociaciones sin introducir enmiendas durante la consideración del acuerdo que hubiere celebrado el gobierno.

Nuestra Constitución no contempla formalmente la adhesión del Ecuador a un tratado. La adhesión, cada vez más frecuente en relación con tratados multilaterales, es un acto jurídico por el cual un Estado se constituye en parte de un tratado del cual no es signatario mediante una declaración formal hecha en virtud de una disposición del tratado que la permita. Los tratados que autorizan la adhesión de Estados que no los han suscrito se denominan "tratados multilaterales abiertos". En ausencia de una disposición específica sobre adhesión, en la práctica se somete el tratado de que se trate al proceso usual, como si el Ecuador fuera uno de los signatarios originales del instrumento sometido a aprobación del Congreso.

En su Artículo 161 la Constitución enumera los tratados que requieren consideración legislativa. Estos son: 1. Los que se refieren a materia territorial o de límites; 2. Los que establezcan alianzas políticas o militares; 3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración; 4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; 5. Los que se refieren a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos; y, 6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley. El trámite de aprobación se debe cumplir en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros de Congreso.

Previamente, el Congreso debe solicitar un dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado sometido a su aprobación con la Constitución. Cuando un tratado exige una reforma constitucional, la aprobación no podrá efectuarse "sin que antes se haya expedido dicha reforma." (Artículo 162) Nuestra Constitución también contiene una disposición, acorde con el derecho internacional, que prescribe que las normas contenidas en los tratados, una vez promulgadas en el Registro Oficial, "formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía". (Artículo 163). El texto de la actual Constitución, que utiliza los términos "formarán parte", prescribe la incorporación automática de la disposición o tratado de que se trate —sin más trámite, como se requería anteriormente— en el momento de la promulgación. Sobre la significación práctica de esta disposición probablemente se podría escribir un libro entero, pero basta señalar aquí que varios organismos internacionales consideran que el Ecuador no incorpora, real y prácticamente, las normas que contienen tratados de los que es parte a la legislación nacional —en

el sentido de que se apliquen en la administración de justicia o en el campo laboral— no obstante haberse cumplido todos los requisitos de suscripción, aprobación y promulgación.

En la mayoría de los Gobiernos, tanto en países desarrollados como en desarrollo, hay una marcada reticencia a someter tratados a la aprobación parlamentaria. Por lo tanto, en las negociaciones que anteceden la celebración de un tratado se tienen muy en cuenta los términos utilizados en los textos constitucionales a fin de evadir la presentación del tratado al Congreso aduciendo su exclusión de la enumeración taxativa que contiene la constitución. (Esta es, en efecto, una de las principales razones por las cuales en algunos países se ha adoptado el enfoque "conceptual", que requiere la aprobación de ciertos tipos de tratados, lo cual complica la labor de los negociadores que, tratándose de una constitución que enumera los tratados que deben recibir aprobación legislativa, pueden manipular el lenguaje de los textos correspondientes.) La razón de esta reticencia es muy simple: el proceso de aprobación abre la puerta a todo tipo de "intromisiones" del parlamento en materias de política exterior, introduce observaciones que pueden afectar las relaciones del país con la otra parte o partes de un tratado y hasta puede entorpecer y hasta paralizar la ejecución de un tratado.

No obstante las precauciones que los gobiernos adoptan durante las negociaciones de un tratado para evitar su consideración por los parlamentos, la disposición constitucional que estipula la intervención parlamentaria en su tramitación da lugar, en la mayoría de los países, a encendidas disputas y controversias de interpretación. (En los Estados Unidos, por ejemplo, se produce una disputa entre los poderes ejecutivo y legislativo cada vez que el presidente ordena una intervención de las fuerzas armadas en un conflicto en el exterior.) En el Ecuador, desde que la actual Constitución entró en vigor han sido motivo de polémica y de interpretaciones contradictorias dos instrumentos internacionales de alguna importancia.

En el caso del Tratado de Comercio y Navegación entre los Gobiernos de la República del Ecuador y de la República del Perú, que formó parte del acuerdo de Brasilia y que fue sometido a aprobación parlamentaria muy poco después de la entrada en vigor de la actual Constitución, el Congreso resolvió, de acuerdo con un informe de mayoría de la Comisión Especializada de Asuntos Internacionales, que ese Tratado no requería de aprobación legislativa por pertenecer "a una especie de convenios internacionales conocidos en el Derecho Internacional Público, en su práctica, su doctrina y su jurisprudencia como 'Acuerdos Ejecutivos' (Executive Agreements), 'Acuerdos de Ejecución' o 'Acuerdos de Forma Simplificada'." (Ese Tratado, en efecto, se había suscrito en cumplimiento de una disposición específica del Protocolo de Río de Janeiro). Pero en un informe de minoría se sostenía que el Tratado debía ser considerado por el Congreso porque se refiere a materia territorial o de límites (numeral 1º del artículo 161) y también, de acuerdo con el numeral 5 del mismo artículo, porque se refiere a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos".<sup>2</sup>

El segundo tratado que ha dado lugar a controversia es el Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de

América concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América de las instalaciones de la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos, suscrito el 12 de noviembre de 1999. El Informe a la Nación correspondiente al periodo 1998-1999, sometido conjuntamente al Congreso por los cancilleres José Ayala y Benjamín Ortiz, señala que dicho acuerdo fue previamente conocido y aprobado por la Comisión de Asuntos Internacionales del Congreso.<sup>3</sup> Pero cuando la conveniencia política y militar del Acuerdo, y la relación del mismo con el Plan Colombia, surgió como un tema polémico de discusión pública, varios parlamentarios, analistas y expertos en derecho internacional, afirmaron que la Comisión de Asuntos Internacionales carecía de la facultad de aprobar el acuerdo —fundamentalmente porque las comisiones tienen atribuciones exclusivamente de recomendación al Congreso— y sostenían, además, que el Congreso debió considerar el Acuerdo de conformidad con el numeral 2 del artículo 161 de la Constitución, según el cual requieren aprobación parlamentaria los tratados que "establezcan alianzas políticas o militares".

Al margen de estas consideraciones, en el Ecuador el proceso de aprobación parlamentaria es excesivamente lento, lo cual involucra dificultades para el Presidente y la Cancillería en sus relaciones con otros Estados y con organizaciones internacionales, y afecta la credibilidad del país y sus instituciones. Además, con frecuencia torna intrascendentes a los debates y resoluciones legislativas porque —en el caso de tratados multilaterales, por ejemplo— cuando el Congreso ecuatoriano aprueba con excesivo retardo un tratado, éste puede haber entrado en vigor por haber recibido el número requerido de ratificaciones de otros Estados.

Veamos un ejemplo concreto. El Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos —también llamado Protocolo de Cartagena de Indias— fue aprobado el 4 de diciembre de 1985 y suscrito al día siguiente. Durante el Gobierno del presidente León Febres Cordero, el canciller Rafael García Velasco, mediante una comunicación al presidente del Congreso Nacional, Andrés Vallejo, fechada el 27 de mayo de 1987, sometió el Protocolo de Cartagena a la consideración parlamentaria. Recién el 13 de febrero de 1990, casi tres años después, el Congreso aprobó el Protocolo, que el presidente Rodrigo Borja ratificó el 27 de abril de 1990. El 22 de mayo de ese mismo año, nuestro embajador ante la OEA depositó el instrumento de ratificación en la Secretaría de esa Organización y, en vista de que el Protocolo había entrado en vigor un año y medio antes, el 16 de noviembre de 1988, en virtud de haber sido ratificado por dos tercios de los miembros de la OEA, nuestro representante tuvo que limitarse a decir que "Adicionalmente, como nota marginal, me permito manifestar, que la Función Legislativa de mi país ... interpreta...". Lo que quería decir el embajador era que, por su inoportunidad, la interpretación del Congreso Nacional era, a la vez, vacua e inconsecuente.<sup>4</sup>

Es evidente que, entre las "cuestiones de trascendental importancia para el país" respecto de las cuales la Constitución autoriza la convocatoria a una consulta popular —Título IV, Capítulo 2, Sección primera— podría inscribirse un tema de política internacional. En el caso de un tratado, el llamado a consulta no significaría, en los casos en que se

requiera de aprobación parlamentaria, la eliminación de la consideración legislativa. (En el hecho, la Constitución del año 1979 autorizaba en esos casos, hasta que fue reformada en este contexto, la convocatoria a consulta solamente si el tratado había sido rechazado por el Congreso). Aunque se habló de la posibilidad de convocar una consulta con respecto a los acuerdos de paz con el Perú, dicha medida constitucional no se ha invocado hasta el momento pero es muy frecuente en otros países cuando los gobiernos consideran la convocatoria a consulta, plebiscito o referéndum como un recurso útil para conseguir el respaldo de la ciudadanía a una decisión delicada o polémica de política exterior. En otros casos es una manera de promover la aprobación parlamentaria.

Nuestra actual Constitución contiene otras disposiciones que pueden tener relación con la política exterior o afectar las atribuciones del presidente de la República en esa materia. Por ejemplo, el artículo 25 prescribe que en ningún caso se concederá la extradición de un ecuatoriano, cuyo juzgamiento se sujetará siempre a las leyes del Ecuador. Este es un principio generalmente aceptado por la comunidad internacional, pero en algunos países, como Colombia, se ha aceptado la extradición de nacionales. En los artículos 14 y 15 se dispone que los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras "llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática". Si tales contratos fueren celebrados en el Ecuador "no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales". Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir tierras o concesiones en "zonas de seguridad nacional."<sup>5</sup>

Aunque la reciente controversia en el Congreso Nacional sobre la interpretación de una disposición "novedosa" incluida en la actual Constitución torna riesgosa toda sugerencia de enmienda o adición, es evidente que el texto que nos rige se beneficiaría de algunas modificaciones de texto y de fondo. Siempre es conveniente que juristas conocedores del derecho internacional intervengan en la redacción de las disposiciones que regulan los temas de política exterior, y es evidente que la Asamblea Constituyente no procedió en esa forma. Otros cambios, como la inclusión de disposiciones sobre la adhesión del Ecuador a tratados multilaterales abiertos, se hacen necesarios para ponernos al día con normas y prácticas de la diplomacia moderna.

Pero más allá de esas posibles modificaciones, nuestro país debe superar un problema lamentable que puede causarle enormes perjuicios en sus relaciones internacionales: tenemos un marco jurídico deficiente que afecta negativamente nuestra credibilidad internacional y no inspira confianza a los inversionistas extranjeros. Para que el Ecuador alcance un mayor crecimiento de su economía —que es la única forma de reducir la pobreza— debe promover mayores niveles de inversión y de cooperación internacional. Sin estabilidad política, institucional y jurídica no se puede desarrollar una acción internacional eficaz con ese propósito. Las reformas constitucionales que deberían hacerse para construir en nuestro país un esquema de seguridad jurídica que realmente permita al Ecuador adaptarse a las nuevas circunstancias del mundo podría ser el tema de una profunda, y probablemente fecunda, reflexión académica.

## NOTAS

1. Después de haber debatido largamente —durante más de ocho años— sobre todas las materias que se consideraron pertinentes, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1970 la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.
2. Como consecuencia de la decisión del Congreso, se sometió a aprobación parlamentaria solamente el Acuerdo Amplio Ecuatoriano-Peruano de Integración Fronteriza, Desarrollo y Vecindad suscrito en Brasilia. Hay quienes sostienen que debió someterse al Congreso el acuerdo sobre fijación de la frontera que figura en el Acta Presidencial de Brasilia aunque prevaleció el criterio de que ese acuerdo fundamentalmente tiene el propósito de dar ejecución total y definitiva del Protocolo de Río de Janeiro.
3. Ministerio Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores, Informe a la Nación, 1998-1999, Tomo I, p.23
4. El Congreso, en su resolución de aprobación del Protocolo de Cartagena de Indias había resuelto dejar constancia de que la expresión "la victoria no da derechos" - que aparece en el literal f) del Artículo 3 del Protocolo— debía interpretarse en el sentido de que "la victoria no crea derechos", en armonía con una tesis permanente del Ecuador en esa materia, la llamada Doctrina Sucre. El texto de la resolución de aprobación del Protocolo de Reformas de la OEA fue publicado en el Registro Oficial número 384 (Año II), del viernes 23 de febrero de 1990, y el texto del Protocolo fue publicado en el Registro Oficial número 391 (Año II), del jueves 8 de marzo de 1990.
5. A principios de los años noventa el Gobierno de Colombia protestó porque nuestra Ley de Seguridad Nacional había definido la zona de seguridad nacional como una "faja de 50 kilómetros medida hacia el interior de la línea de frontera..." Esa disposición se suprimió recientemente de acuerdo con la Ley de Promoción de las Inversiones, también llamada Trole II.

# La Doctrina Parra Velasco o de la Solidaridad Obligada de los Estados Hispanoamericanos

Antonio Parra Gil

*En el campo de las relaciones entre los Estados Hispano-americanos pueden producirse relaciones jurídicas, tanto debido a acciones jurídicas voluntarias de los referidos Estados, como debido a ciertos hechos, independientes de su voluntad.*

He creído interesante tratar brevemente, a propósito que el 17 de diciembre del 2000 se ha cumplido el centenario del nacimiento de mi padre, Dr. Antonio Parra Velasco, sobre su doctrina, también conocida como de la Solidaridad Obligada de los Estados Hispanoamericanos.

Mi padre sostenía que los Estados Hispanoamericanos se encuentran "unidos por un vínculo jurídico de solidaridad", producido de "manera natural, originado en factores morales, raciales, culturales e históricos ajenos a la voluntad de los gobiernos", afirmación que constituye "una interpretación jurídica de la realidad social de la América Hispánica" de "interdependencia y solidaridad natural", que "une de hecho, inevitablemente, a nuestros Estados", y que se traduce "en el derecho a la soberanía integral de la comunidad que los Estados Hispanoamericanos forman".

Expuso su doctrina, por primera vez, en 1930, en su tesis previa a obtener el grado de Doctor en Derecho por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, en la que no sólo trata de "plantear y desarrollar... una doctrina jurídica, basada en principios de derecho universalmente aceptados, de la que se desprenda, como una mera consecuencia lógica, un sistema completo de normas que regulen las relaciones de los Estados Hispanoamericanos entre sí, y con las demás naciones", sino también una "doctrina de política internacional para uso de dichos Estados, es decir, un sistema de defensa, un plan para el desarrollo futuro de la política internacional de todos ellos, como conjunto".

Recordaba que el derecho es un instrumento de conservación y de transformación, y que es necesario dar una interpretación jurídica a los fenómenos sociales, económicos y políticos de los Estados Hispanoamericanos, "buscando, en las condiciones del presente el punto de partida y la razón de ser de las transformaciones futuras y la base para levantar sólidamente el edificio de nuestro porvenir."

Se trata - decía - de resolver un problema jurídico: "de transformar el ideal moral que representa, en ideal jurídico"; de "valorizar, en términos de derecho, los valores morales y sentimentales de ese movimiento hacia la solidaridad hispanoamericana"; de "interpretar jurídicamente la acción de aquellas fuerzas morales y espirituales"... "imponderables pero reales, que acercan y unifican a nuestros pueblos". Y afirmaba: "El desenvolvimiento social e internacional de los Estados Hispanoamericanos se dirige hacia la realización positiva de ese sentimiento de solidaridad, que se traduce en el derecho a la soberanía integral de la Comunidad de Estados que ellos forman, en el derecho a la existencia del Grupo mediante la solidaridad obligada de sus componentes, y esa tendencia requiere para su realización efectiva, de una interpretación jurídica."

Se preguntaba cuál podría ser esa interpretación jurídica, y recordaba "la génesis de las relaciones jurídicas, en el dominio del Derecho Civil," y que "todos los acontecimientos que originan relaciones jurídicas entre los hombres pueden agruparse, según los tratadistas de la Filosofía del Derecho, en dos categorías fundamentales: las acciones jurídicas, y los hechos a los que el Derecho atribuye ciertas consecuencias jurídicas."

"Las relaciones jurídicas no se originan, por tanto, únicamente en acciones jurídicas, lícitas o ilícitas, provenientes de la voluntad del hombre", sino que también nacen "de ciertos hechos, independiente de la voluntad del hombre, de ciertos acontecimientos naturales, que el hombre no puede controlar", como, por ejemplo, "del hecho natural del nacimiento de un niño, se originan múltiples relaciones jurídicas, con referencia a los derechos y obligaciones que a ese nuevo ser corresponden en la vida familiar y social."

"De la misma manera - continuaba -, considero que en el campo de las relaciones entre los Estados Hispanoamericanos pueden producirse relaciones jurídicas, tanto debido a acciones jurídicas voluntarias de los referidos Estados

(tratados, convenciones, etc.), como debido a ciertos *hechos*, independientes de la voluntad de tales Estados"; y aplicando ese principio "a las relaciones interestatales en América", encuentra que "el estudio de la realidad hispanoamericana revela la existencia del siguiente hecho: representamos una misma cultura hispánica, somos hijos de la misma civilización latina, la misma es nuestra raza, el mismo nuestro idioma, las mismas nuestras tendencias espirituales, idénticos son los acontecimientos históricos que están al origen de la organización de nuestros Estados como entidades políticas y sociales", y "que de este hecho se origina una relación jurídica especial entre nuestros Estados, que se traduce, en el campo internacional, en derechos y deberes especiales, y en una limitación a la soberanía de cada uno de los Estados Hispanoamericanos, en beneficio de la soberanía integral de la Comunidad de Estados que constituyen."

"Yo pretendo - decía -, que de la convivencia de los Estados Hispanoamericanos, que de la identidad que les caracteriza en la raza, en la historia, en la cultura, en la evolución política y social, en las tendencias comunes, y en los intereses mutuos, se deriva un *vínculo jurídico* especial, que se traduce en una *solidaridad de carácter obligatorio* la que, en el campo internacional, crea para cada uno de nuestros países, con relación a los demás del grupo hispanoamericano, derechos y deberes especiales que estamos plenamente autorizados para alegar jurídicamente, y para hacerlos respetar por todos los medios que el derecho internacional pone al alcance de los Estados."

"De hecho, continuaba -, mediante un proceso evolutivo natural cuya génesis arranca desde la conquista, para afirmarse en la independencia, y vigorizarse en la idéntica evolución posterior, proceso que se ha producido independientemente de todo factor volitivo, se ha constituido en el continente americano una Comunidad de Estados Hispánicos, cuya base jurídica descansa en el vínculo histórico, racial, cultural, geográfico y lingüístico, que los une espontáneamente entre sí."

"De ese proceso evolutivo natural, de ese vínculo múltiple, de ese *hecho* que nos presenta la realidad viva del fenómeno social hispanoamericano, se origina una *relación jurídica* especial entre los Estados Hispanoamericanos, que se traduce en una *obligación de solidaridad*, en deberes y derechos especiales, en una *limitación de la soberanía* de cada uno de los Estados del Grupo, en beneficio de la soberanía absoluta, integral, del Grupo mismo, en tanto que conjunto orgánico, en tanto que Comunidad de Estados, en lo que dice relación a los problemas que afectan vitalmente a todos."

"Esta relación jurídica especial *es alegable en el derecho internacional*, a pesar de no estar basada en convenios ni tratados, porque no necesita ser reconocida oficialmente para surtir todos sus efectos, y para merecer acatamiento y respeto debido a que, como hemos expresado, tiene su origen en *hechos naturales* incontrovertibles, independientes de todo factor volitivo, derivados de la realidad misma del fenómeno biológico social hispanoamericano."

"De esa relación jurídica nace, para los Estados Hispanoamericanos, *el derecho*, en el sentido más estricto del vocablo, de oponerse a cualquier hecho, cesión o tratado, que tenga por consecuencia el menguar o lastimar la soberanía del conjunto de estos Estados, o de cualquiera de sus com-

ponentes, aún con la aparente o real aceptación del Estado directamente afectado, y de hacer efectiva su oposición, jurídicamente y de hecho, por cualquiera de los medios que están al alcance de los Estados para reclamar los derechos que les son propios, y obligar a los demás a reconocerlos y respetarlos."

"Ninguno de los Estados Hispanoamericanos está capacitado para enajenar o ceder a su antojo, libremente, ninguna parcela de su territorio, ni para abdicar su soberanía, sin el consentimiento de los demás; ni para tener una actitud egoísta frente a los problemas fundamentales que afectan a todos, ni para resolver las diferencias que puedan surgir entre ellos, por otros medios que no sean los de la justicia y la solidaridad."

Por ello, decía mi padre, Panamá "no tuvo derecho para suscribir el tratado de 1903 [por el que cedió los derechos sobre el canal], ni nuevos convenios "que afectan a la soberanía de ese país y a los vitales intereses de los demás Estados Hispanoamericanos"; Nicaragua no pudo [válidamente] enajenar los derechos de la vía interoceánica que atraviesa su territorio, ni Ecuador en convenir acuerdo alguno que afecte la soberanía de Galápagos, ni ningún Estado Hispanoamericano tiene "derecho de fomentar un nacionalismo pequeño y estéril, con mengua de la armonía y de la unidad del conjunto, ni de acudir a medios violentos para resolver sus diferencias", para concluir que "la soberanía de cada uno de nuestros pueblos, así como los elementos constitutivos de esa soberanía, -derechos, territorios, riquezas-, pertenecen, en realidad, a todos ellos en conjunto, a la Comunidad que, de hecho, ellos constituyen, Comunidad que se encuentra por encima de cada uno de sus componentes, y tiene su sólido fundamento en la identidad que los caracteriza en el espíritu, la raza, el idioma, las tendencias, los intereses y el porvenir."

#### UNA DOCTRINA DE DERECHO HISPANOAMERICANO

Y esa doctrina, que incluye una política internacional para los pueblos hispanoamericanos, es la que mi padre plantea y defiende con pasión durante toda su vida, en la cátedra y en el servicio público: en la VII y IX Conferencia Internacional Americana; en la Primera Asamblea de las Naciones Unidas; en la Conferencia sobre Comercio Internacional celebrada en La Habana; en la Conferencia Económica Grancolombiana, en el parlamento nacional y en muchas otras oportunidades.

En la VII Conferencia Panamericana celebrada en Montevideo resumió su tesis al manifestar [discurso del 19 de diciembre de 1933], a propósito del problema de la No Intervención, que el Ecuador "sostiene la doctrina de que se encuentra unido por un vínculo jurídico de solidaridad con los demás Estados Hispanoamericanos; que ese vínculo proviene de una serie de factores de orden moral, racial, cultural e histórico, que no depende de la voluntad de los gobiernos, que no depende de la voluntad de los pueblos, sino que se ha producido, en una forma casi natural, a medida que esos pueblos, al nacer a la vida independiente, han venido organizándose políticamente y desarrollando su cultura."

Es así que mi padre, Diputado Constituyente (1944 - 1945), fiel a su pensamiento, logró que se aprobara el Artículo 7 de la Constitución de 1945, que dice: "El Ecuador,

dentro de la comunidad mundial de naciones y para la defensa de sus comunes intereses territoriales, económicos y culturales, colaborará especialmente con los Estados Iberoamericanos, a los que está unido por vínculos de solidaridad e interdependencia, nacidos de la identidad de origen y cultura. Podrá, en consecuencia, formar con uno o más de dichos Estados, asociaciones que tengan por objeto la defensa de tales intereses", y logró que la Asamblea Constituyente rechazara la propuesta del Ejecutivo de arrendar el Archipiélago de Colón a Estados Unidos, habiendo sido el autor del importantísimo informe de la Comisión de Relaciones Exteriores de ese organismo.

Jorge W. Villacrés Moscoso, sin duda el alumno más destacado de mi padre en materia internacional, y uno de nuestros más brillantes internacionalistas, manifiesta que de la doctrina de la solidaridad obligada de los Estados Hispanoamericanos se concluye que esos Estados "no están sujetos, en sus relaciones recíprocas, a las normas del Derecho Internacional Común, sino a los postulados de un nuevo Derecho propio, cuyo principio fundamental consiste en la solidaridad obligada de esos Estados en defensa de los intereses de la Nación de que todos ellos forman parte [que mi padre denominaba, según el Dr. Villacrés, Derecho Intranacional Hispanoamericano].

La aplicación de la doctrina Parra Velasco o de la Solidaridad Obligada de los Estados Hispanoamericanos impone, en el campo económico, "el deber de organizar una Economía Internacional Hispanoamericana", que armonice y vigorice a las débiles e insuficientes economías de cada uno de nuestros Estados, "basada en una Unión Aduanera, con un ambicioso mercado interno y la defensa de nuestra riquezas, especialmente el precio de nuestros productos, que nos permita pagar salarios justos a más de proporcionar educación y vivienda dignas."

En la VII Conferencia de Montevideo mi padre manifestó, entre otras cosas, a propósito de la ponencia del Delegado de los Estados Unidos sobre la libertad de comercio:

"Es inútil decir que mi país, como seguramente todos los demás, está plenamente de acuerdo con los principios generales que están en la base de esta proposición."

"Como he dicho, señor Presidente, solamente se están discutiendo las directivas generales, los principios generales sobre los cuales descansa esta declaración, que no involucra compromiso jurídico alguno; pero que, en mi concepto, involucra un compromiso de orden moral que también tiene una trascendental importancia para nuestros Estados, que saben cumplir con las obligaciones que asumen."

"En lo que se refiere al primer punto, o sea a la necesidad de liberalizar el comercio internacional y suprimir todas las trabas que entorpecen actualmente el comercio, estoy en un perfecto acuerdo, y la Delegación del Ecuador vota favorablemente y aprueba en todas sus partes esta propuesta."

"Pero sí quiero llamar la atención, o por lo menos dejar aclarado todo lo que se refiere a la cláusula de la nación más favorecida, que se indica como una aspiración de todos los países americanos. Se trata, indiscutiblemente, de un simple principio; pero aún desde ese punto de vista es necesario llamar la atención sobre algunos aspectos que se relacionan con él."

"Indudablemente, el interés de los Estados Hispanoamericanos se encuentra íntimamente relacionado con el de-

sarrollo del comercio entre ellos. La situación de la economía hispanoamericana puede, como ya se ha dicho en esta Asamblea, resumirse diciendo que depende de las grandes naciones industrializadas desde el punto de vista de la materia prima que producimos y, al mismo tiempo, depende de ellas desde el punto de vista de los productos industrializados que necesitamos consumir. Ahora bien: la interdependencia entre las naciones del mundo -que es sumamente deseable y que es imposible evitarla- esa interdependencia, en lo que se refiere a nuestros pueblos, por la situación especial de su economía, se transforma simplemente en una dependencia de ellos para con los Estados industrializados; y la única manera que nuestros Estados tienen para tratar de independizarse -independizarse, vuelvo a repetir, en el sentido de interdependencia- consiste en crear una unidad económica entre ellos, es decir, en crear ese gran mercado interno, que es el que les va a permitir tener también una gran industria. Y esta gran industria será la que les va a permitir ser ellos mismos, hasta donde sea posible, consumidores de sus materias primas, y, al mismo tiempo, de sus productos industriales."

"En la actual circunstancia, como constituimos una serie de países divididos económicamente, ninguno de ellos, aún los más extensos y poblados, cuenta con el mercado interno suficiente como para establecer una gran industria e independizarse, hasta donde sea posible, de los grandes países industriales."

"Esto explica el por qué constituye una aspiración fundamental entre nuestros Estados, la de ligarnos por una serie de vínculos de orden económico que nos permitan, hasta donde sea posible, lograr la constitución de la Unión Aduanera Hispanoamericana, que ha tenido como sus defensores a los más ilustres hombres de América, y entre ellos al señor Presidente de esta Comisión, doctor Carlos Saavedra Lamas, al señor Cruchaga Tocornal y a tantos otros de los que están presentes en esta Asamblea."

"Ahora bien: si se acepta, aunque no sea en una forma obligatoria jurídica, pero sí en una forma que obligue moralmente a nuestros pueblos -y para nosotros la obligación moral, es tan sagrada y tan fundamental como la obligación jurídica- si se acepta, digo, una fórmula que pueda interpretarse como que nosotros renunciamos a formar entre nosotros esa unidad aduanera; si nosotros aceptamos algo que puede interpretarse como que renunciamos a unimos económicamente, entonces habremos cerrado las puertas para ese ideal común fundamentalmente económico y de trascendental importancia para nuestro porvenir."

"En lo que se refiere a los pueblos Hispanoamericanos, no cabe duda, que, al obtener la independencia política, la pagamos con el precio de la dependencia económica. Nuestros libertadores, al darnos la libertad política, quebraron el Imperio Hispánico, y nos condenaron a una dependencia económica que ha durado más de un siglo. Por este motivo, la generación actual, los hombres que hoy día conducen a nuestras naciones, tienen todo su pensamiento dirigido hacia la consecución de aquella unidad económica que será la que ha de respaldar más tarde la unidad política."

"Nosotros podemos conservar nuestra independencia política particular en cada uno de nuestros pueblos, pero necesitamos, fundamentalmente, crear, organizar, esa unidad económica que es la que nos va a dar grandeza. Se ha hablado en este recinto de la grandeza de varios pueblos del

mundo; especialmente se ha hecho hincapié en la grandeza de los Estados Unidos de América; se ha dicho que esa grandeza está fundamentada en las múltiples virtudes de ese pueblo, y es verdad que ese pueblo es grande desde muchos puntos de vista, y es verdad que esa grandeza se debe a las muchas virtudes que lo enaltecen; pero, fundamentalmente, antes que sobre esas virtudes, esa grandeza se basa en esa vasta unidad económica que constituye. Me atrevo a decir que todas esas virtudes, que toda la riqueza de ese país, hubieran sido inútiles, hubieran sido destruidas, si ese pueblo, en vez de conservar esa unidad económica, hubiese cometido el error profundo, que cometimos nosotros, de dividirse económicamente."

"En realidad, señores, nuestros pueblos hispano americanos forman una única nacionalidad; tienen una misma raza y una misma cultura, hablan el mismo idioma, tienen una misma historia, la misma evolución ha dado nacimiento a sus Estados y, realmente, lo único que nos ha faltado ha sido precisamente lo más artificial, lo más fácil de conseguir, o sea la unidad económica."

"Por ese motivo, encuentro que sí es necesario, que sí es imprescindible que se haga constar una salvedad en esta proposición -no porque yo crea que es un compromiso jurídico, pero sí porque considero que es un compromiso moral de una elevadísima importancia- para que se sepa que al aceptar esta proposición -que tiene, en efecto, una trascendencia grande desde todo punto de vista- no hemos renunciado los Estados Hispanoamericanos, ni podremos renunciar nunca, a lo que es un anhelo en todos nuestros pueblos, cada día concretándose en forma más vigorosa y más real."

"Me he ocupado de esta cuestión desde un punto de vista hispanoamericano, porque mi país tiene la suerte de haber armonizado sus intereses propios con los intereses ampliamente hispanoamericanos, y porque mi país considera que todo problema que afecta a los Estados hispanoamericanos, en su conjunto, afecta directamente a mi propio país."

"Esas consideraciones han motivado a la Delegación ecuatoriana a presentar su apoyo, en cuanto a los principios generales, a la proposición tan importante del señor Presidente de la Delegación de los Estados Unidos, en la siguiente forma:

"La Delegación del Ecuador simpatiza profundamente con los propósitos de liberalización de la política comercial universal, mediante la reducción sustancial de las barreras aduaneras y la eliminación de las restricciones y prohibiciones actualmente en vigencia, enunciados por el Presidente de la Delegación de los Estados Unidos de América en la proposición en debate."

"Declara expresamente que no renuncia al derecho de pactar con los demás Estados hispanoamericanos convenios por los que se otorguen entre sí un tratamiento de ventajas exclusivas, cuyos beneficios o favores especiales no podrán ser reclamados por otras naciones en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, a que se hace referencia en la aludida proposición."

#### ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL COMERCIO

En la Primera Comisión Preparatoria y en la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en Londres, en diciembre de 1945, así como en el Consejo Económico y

Social, mi padre presentó una importante ponencia acerca del "Equitativo ajuste de los precios en el Mercado Internacional".

Consideraba que "la defensa de la economía del Ecuador, así como de los demás pueblos hispanoamericanos, debía llevarse a cabo poniendo en práctica, fundamentalmente los siguientes medios":

- 1.- "Practicando una política comercial de "preferencia aduaneras exclusivas" entre los Estados Hispanoamericanos, preferencia cuyo límite consistiría en el establecimiento de una Unión Aduanera entre dichos Estados";
- 2.- "Conservando, en manos del Estado o de los hijos del País, el dominio efectivo de las fuentes naturales de riqueza (suelo y subsuelo) evitando así que toda la riqueza potencial de nuestros pueblos pase al dominio de naciones extranjeras, y repercuta débilmente en nuestra prosperidad. Esta política tiene un aspecto interno (puesto que se trata de adoptar medidas legislativas apropiadas), y otro externo (pues una política semejante sólo daría plenamente sus beneficiosos resultados, si fuese adoptada simultánea y conjuntamente por todos los Estados Hispanoamericanos)"; y,
- 3.- "Tratando de lograr que se establezca en el comercio mundial, un sistema de precios más equitativo, que haga que, por las materias primas que nosotros producimos se nos paguen precios que guarden relación con los precios que nosotros pagamos por los productos manufacturados; es decir, en otros términos, tratando de que se establezca un equitativo ajuste de los precios en el mercado internacional."

En las discusiones de la Comisión, mi padre llamó la atención "acerca de la grande importancia que tiene el problema del equilibrio y estabilización de los precios en el mercado internacional", insistiendo que "no existe una relación equitativa entre los precios de las manufacturas, y los precios que se paga por las materias primas", lo que "trae miseria para muchos millones de seres humanos en el mundo, y explica la pobreza de los pueblos hispanoamericanos y su deficiente desarrollo económico y social", por lo que la ONU debía interesarse por el "estudio y la resolución de ese problema, que afecta, a la larga, la paz mundial".

Fue aceptado su punto de vista que se agregó al Informe de la Comisión Preparatoria. El apoyo Hispanoamericano fue unánime.

La Delegación de los Estados Unidos propuso la adición de un artículo al Reglamento preparado para la Asamblea General, por el que se autorizaba al Consejo Económico y Social para que pudiera convocar conferencias internacionales sobre determinados asuntos<sup>1</sup>. (Conferencia Mundial del Comercio y del Empleo)

Mi padre solicitó que se aprobara la ponencia norteamericana, "pero añadiéndose, entre los asuntos a tratar, el problema del equitativo ajuste de los precios en el mercado internacional." Invocó, entre otras razones, "la necesidad de que exista mayor equidad en las relaciones económicas de los Estados; la perturbación económica producida por la falta de consumo de parte de millones de hombres sometidos a regímenes de hambre debido a los precios miserables pagados por las materias primas; la interdependencia de los fenómenos económicos mundial; lo

ilógico que resultaría tratar de obtener la rebaja de los derechos aduaneros si no se intenta resolver el problema del desequilibrio de los precios, que es una de las causas de la elevación de las tarifas."

La ponencia fue negada por la Comisión Preparatoria, pero planteada por mi padre ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, ésta la aprobó, recomendando al Consejo Económico y Social que convocaría a la Conferencia Internacional para tratar también del problema del equitativo ajuste de los precios en el mercado internacional.

Observa mi padre - en nota enviada desde París, donde estaba acreditado como Ministro Plenipotenciario-, que muchos países que se habían opuesto hasta entonces a la ponencia, votaron a favor en la sesión plenaria<sup>2</sup> que todos los países árabes votaron a favor y que solo los Estados Unidos votó en contra. Pidió "directamente al Consejo Económico que incluyera el referido tema en el programa de la próxima conferencia", y manifestó su voluntad de concurrir "a la discusión del asunto en el seno del Consejo", para defender la ponencia, lo que hizo en los siguientes términos:

"Señor Presidente, "Deseo, en primer término agradecer al Consejo Económico y Social por la invitación que me hace para tomar parte en las discusiones, en nombre de mi país, conforme a lo dispuesto en el Art. 69 de la Carta. Es para mi un gran honor poner, en el seno del Consejo, los puntos de vista del Ecuador."

"La Asamblea General por 38 votos contra uno solo ha aprobado una enmienda al artículo provisional T, según la cual se autoriza al Consejo Económico y Social para convocar conferencias sobre todas las cuestiones de su competencia, y, especialmente hago hincapié sobre este término, sobre el comercio y el empleo, y acerca del "equitativo ajuste de los precios en el mercado internacional". Lo que desea la Delegación del Ecuador es que el Consejo no pase por alto, no ignore, en la realidad de los hechos, esa proposición aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Pide la Delegación Ecuatoriana que el Consejo ponga en el orden del día de la Conferencia Económica, el estudio del problema, tan importante, de los precios en el mercado internacional. Voy a exponer brevemente porque este problema nos parece tan importante."

"Si no se estudia el problema del equitativo ajuste de los precios en el mercado internacional, ninguna obra de solidaridad económica internacional será posible. Todas las soluciones que se puedan imaginar y todos los tratados que se puedan suscribir relacionados con el comercio y el empleo internacionales, no tendrán ningún valor efectivo si no se estudia al mismo tiempo, el problema fundamental del equitativo ajuste de los precios."

"Veamos pues en qué consiste este problema."

"Está ligado al problema del comercio internacional, es decir a ese mismo problema que el Consejo Económico y Social desea resolver. ¿Por qué, en efecto, durante tantos años ha sido proteccionista el Gobierno de los Estados Unidos?. "Porque ha querido defender su mercado interno de la competencia hecha por los productos venidos del extranjero, fabricados con mano de obra pagada a bajos salarios. Los Estados Unidos han querido conservar el alto nivel de vida del pueblo norteamericano, y no han permitido la competencia extranjera venida de países cuyos trabajadores son tratados como esclavos y trabajan casi por nada.

Eso prueba que la política de los precios está íntimamente ligada a la política comercial internacional".

"He visto en un periódico, ayer, que el Imperio Británico va a reunir aquí, después de poco tiempo, una Conferencia Económica, y que los países de la Comunidad Británica de Naciones van a estudiar el problema de las tarifas aduaneras, es decir, el problema de la "protección imperial". Yo estoy seguro que los pueblos de la Comunidad Británica no querrán jamás renunciar a las tarifas preferenciales dentro del Imperio, si antes no se les dan seguridades de que podrán contar con precios normales y equitativos, tanto para sus productos naturales como para sus productos manufacturados. De igual manera, la Gran Bretaña no renunciará, sin duda, a esas tarifas preferenciales si ella no tiene la seguridad de conseguir mercados y de poder vender a precios equitativos las mercaderías que ella produce.

"Estudiemos también, señor Presidente, puesto que soy ecuatoriano, puesto que represento al Ecuador, es decir a un país que forma parte de la América Hispánica, estudiemos, digo, ese problema del comercio, tal como se presenta en los países de Hispanoamérica. Nosotros, en la América Hispánica, somos doblemente dependientes de los países altamente industrializados. En primer lugar, nosotros constituimos mercados para los artículos manufacturados por los países altamente industrializados. Y de otro lado, nosotros producimos materias primas, que les vendemos a dichos países. En consecuencia, si no existe un equitativo ajuste de precios entre las mercaderías que nosotros compramos y las materias primas que nosotros vendemos, la consecuencia es la miseria para nosotros y la imposibilidad de todo progreso en nuestros países. Para evitar esto, tendremos forzosamente que defendernos, haciendo lo que han hecho otros Estados, es decir, estableciendo entre nosotros, entre los Estados Hispanoamericanos, tarifas preferenciales, cuyas ventajas podrán extenderse hasta llegar a la constitución de una unión aduanera. Será sin duda el único medio de atenuar esa doble dependencia en la cual actualmente nos encontramos frente a los países altamente industrializados. De esa manera emplearemos una parte de nuestras materias primas en nuestras propias industrias, y produciremos a la vez una parte de los productos manufacturados que nosotros necesitamos, consiguiendo una relativa independencia económica. Si no se quiere que adoptemos rígidamente esa política, hay que comprender nuestra situación, y acceder a que se organice un sistema apropiado que permita establecer un equitativo ajuste de precios en el mercado internacional. Nosotros no podremos jamás aceptar una libertad absoluta del comercio internacional que no haría otra cosa sino que agravar el estado de dependencia en el cual nosotros nos encontramos actualmente".

"Esa política comercial hispanoamericana, que acabo de exponer, ha sido iniciada ya, y es necesario que vosotros lo recordéis. Ya esa política está pasando del dominio de la teoría al dominio de la práctica. Ya la República Argentina y Chile tienen firmada la famosa Acta de Mendoza, que se inspira en esa política. Ya los países de América Central han establecido entre sí preferencias aduaneras. En definitiva, este nuevo espíritu tiende a generalizarse y no se podrá impedir que esa manera de pensar se extienda y que esa política se generalice, a menos que se acepte introducir un poco más de justicia y equidad en las relaciones económicas internacionales. El siglo pasado hubo de aceptar el

hecho de la independencia política de la América Hispánica. Este siglo deberá aceptar así mismo el hecho de su independencia económica. En definitiva, el problema del comercio internacional no es independiente del problema de los precios, sino que está íntimamente ligado a él."

"El señor Alphand, distinguido delegado de Francia, decía el otro día en este mismo Consejo que había que preocuparse del problema del hambre y de la falta de los productos esenciales, y que se ha presentado en la Asamblea General un proyecto de resolución para intentar combatir esa hambre que se acerca y para asegurar una producción tan elevada como sea posible, en un futuro próximo. Pero, cuál es el mejor medio para obtener una producción elevada. Es fijar precios justos, es asegurar a los productores precios que sean remuneradores. No se puede pedir al productor que produzca en grandes cantidades si no se le asegura antes un precio razonable que le permita vivir. Si se les obliga a producir sobre la base de precios que significan salarios de hambre, ellos producirán pero solamente hasta el momento en que su hambre sea saciada, y no trabajarán un día más. Pero si reciben precios equitativos, entonces si se podrá organizar la producción en todo el mundo, a efecto de que en todos los países los que tienen hambre pueden ser nutridos debidamente".

"Es evidente, por tanto, que los precios tienen también una influencia directa sobre el problema de la producción, y del empleo".

"Lo anteriormente expuesto demuestra, además, que el problema de los precios está íntimamente relacionado con algunos de los bellos principios que se encuentran en la Carta, referentes a la necesidad de defender la dignidad y el valor de la persona humana. Nos hemos comprometido a favorecer el progreso social, a establecer mejores condiciones de vida y a librar a las generaciones futuras del azote de la guerra".

"En el problema del progreso social, en el problema de la justicia económica, los precios tienen una importancia capital. Yo me pregunto si es poner en práctica los principios de la Carta el permitir que millones de hombres en el mundo entero lleven una vida miserable, y no pueden llenar las necesidades más esenciales de la persona humana. ¿Por qué? Porque los precios que se paga por las mercaderías que ellos producen no les permite alcanzar un standard de vida humano. Mientras que en los países altamente industrializados, los obreros reciben cinco o seis dólares por día de salario, nuestros obreros en Hispanoamérica, reciben algo así como veinte céntimos de dólar por día. ¿Es esto posible? Por esta razón es que en nuestros países hay tantas gentes en la miseria, es por esto que la tuberculosis tiene en nuestros pueblos índices muy elevados, es por esto por lo que tanta gente, en nuestros pueblos, no puede usar zapatos y vive en chozas miserables, y no recibe instrucción suficiente. Es que el problema de los precios se refleja, de manera directa, en el problema del progreso social y de la justicia humana."

"El otro día, en el seno de este mismo Consejo, cuando se discutía acerca de la salud pública, se decía que era necesario "declarar la guerra a los microbios". Pero es necesario, antes de eso, vencer la injusticia. He allí nuestro primer enemigo."

"Podría argumentarse, quizás, que esa miseria a la que me refiero, existe en la América del Sur, en la India, en los

países del Asia, pero que ella no afecta a los países progresistas, a los países de Europa, a los Estados Unidos, a las grandes potencias económicas. Sin embargo, eso no es exacto: la miseria regresa hacia aquellos grandes países. El látigo con que ella nos castiga, a nosotros primero, se voltea luego y castiga con fuerza a todos aquellos países que no han querido practicar una justicia económica internacional."

"He aquí lo que decía nuestro respetado colega señor Noel-Baker, con su elocuencia habitual, hace algunos días, en este mismo Consejo: "Será necesario acaso recordar que, en 1939, después de veinte años de una paz precaria y de un progreso social muy insuficiente, más de la mitad de las naciones del mundo sufrían de hambre y de miseria? Por todos lados habían chozas miserables, por todas partes la ignorancia y la enfermedad". He allí la demostración de que el problema de los precios, que parece un problema secundario, es un problema esencial. La miseria de algunos países que ha enriquecido a otros países, lleva consigo el germen del desequilibrio, y ese desequilibrio económico trae consigo la crisis económica al cabo de pocos años. La crisis, a su vez, origina dificultades internacionales, y pronto, esas dificultades empujan inevitablemente a la guerra".

"Bien lo sabemos todos que la guerra tiene muchas causas, pero que la causa más importante, la fundamental, es de índole económica: es debido a la injusticia en las relaciones económicas que la guerra se produce, y se presenta súbitamente a nosotros".

"He aquí, lo que, a ese propósito, nos decía otro inglés eminente, el Sr. Attlee en su discurso de apertura de la Asamblea de las Naciones Unidas: "La justicia social y un nivel de vida tan elevado como posible para todos, constituyen los factores esenciales de la organización y del mantenimiento de la paz en el mundo". En consecuencia, el problema que se plantea ante nosotros no solamente afecta al problema económico en si mismo, no solamente explica la miseria que existe en el mundo, sino que, para poder gozar algún día de una paz efectiva y duradera, es necesario resolverlo".

"No es muy sabio y sagaz, por tanto, decir que el precio de los productos depende de la política económica y es sólo una consecuencia de la oferta y de la demanda. Se lo puede creer, a primera vista, pero tan pronto como se estudia un poco esta cuestión, se encuentra que el precio es, en si mismo, un factor esencial. Nos encontramos en presencia de un fenómeno de acción y de reacción, como en química. El precio es el resultado de todo el sistema económico, pero, al mismo tiempo, el precio reacciona sobre el sistema económico, y así, el precio enerva la producción, impide que los pueblos del mundo puedan tener el poder de compra necesario para conservar el equilibrio económico, un equilibrio basado en la equidad, que es lo esencial en toda economía sana".

"Podría pensarse que este problema del equitativo ajuste de los precios afecta solamente a nuestros países hispanoamericanos. Ya he demostrado, hace algunos instantes, hasta qué punto los países que producen manufacturas y tienen grandes industrias, sufren también de la situación de desorden en los precios mundiales. Pero analicemos ahora esta cuestión desde el punto de vista de los Estados altamente industrializados. Veamos como se plantea el problema en las Colonias".

"El otro día yo leía el periódico "Times" y vi allí una fotografía de hombres de Jamaica, que están recogiendo bananos. Reconocí, en esos hombres, a las mismas gentes en nuestros países: vestidos de harapos, descalzos, gentes miserables. He aquí uno que está doblegado bajo el peso de tres racimos de guineos... Así, la situación del trabajador en las Colonias es la misma que la que existe en nuestros países hispanoamericanos, que son políticamente independientes, pero que desde el punto de vista económico, sólo resultan ser, en cierta medida, colonias mundiales, mientras duren las circunstancias actuales, pero que están decididos a no continuar siendo, en lo futuro, tales colonias económicas de las grandes potencias, de la misma manera que, en el siglo pasado, resolvieron dejar de ser colonias políticas, y así lo hicieron".

"Por otro lado, debe observarse que los beneficios derivados del establecimiento de un equitativo ajuste de precios en el mercado internacional, van a ser recogidos, en buena parte, por las grandes potencias industriales del mundo, puesto que esos países tienen hechas fuertes inversiones en nuestros Estados. Esos países altamente industrializados son dueños, en efecto, de buena parte del subsuelo en nuestros Estados: tienen el petróleo, tienen nuestras minas. Cuando, mediante un equitativo ajuste de precios, llegue el día en que se paguen mejores precios por los productos naturales de nuestras tierras, los habitantes de nuestros países se beneficiarán, sin duda la población vivirá mejor, y podrá comprar más, pero una parte del crecimiento de los valores, una parte del aumento de los precios, irá a esos mismos países altamente industrializados, que han invertido sus capitales en la explotación de nuestras riquezas".

"De esa manera, esa justicia en los precios que nosotros reclamamos, va a beneficiar a los países industrializados, así como nuestra miseria repercute en ellos ahora, para hacerles padecer, en cierta manera, nuestros propios males".

"¿Qué quiere, pues, el Ecuador? De manera concreta y precisa el Ecuador quiere que en la página cuatro del documento en francés que se ha presentado a la deliberación del Consejo, y que contiene el proyecto de convocatoria de la Conferencia para el Comercio y el Empleo Mundiales<sup>3</sup>, en el párrafo 3, (b), (III) se diga así: "Acuerdo internacional relativo a las prácticas restrictivas en materia comercial y al equitativo ajuste de precios en el mercado internacional". Se agregaría esta misma frase en el párrafo (a) de la misma página, allí donde se dice: "En consecuencia, el Consejo Económico y Social, aprueba, conforme el artículo adicional T, la convocatoria, bajo sus auspicios, durante el segundo semestre de 1946, de una conferencia internacional del comercio y del empleo y del equitativo ajuste de los precios en el mercado internacional".

"El Ecuador pide, en consecuencia, que el problema del equitativo ajuste de los precios en el mercado internacional sea incluido en el proyecto de Agenda u orden del día de la Conferencia que va a convocarse".

"Se trata, acaso, de imponer una determinada solución en este problema de los precios? De ninguna manera. El Ecuador lo que pide es que el problema del equitativo ajuste de los precios sea estudiado, y nada más. A la Conferencia que va a reunirse le corresponderá buscar la solución que juzgue más apropiada. Bien pudiera ocurrir que esa Conferencia estime que es preferible no tocar el problema

de los precios. Yo no lo creo, por cierto, pues aquello sería poner de lado todo el problema de la economía mundial".

"Aclaro que el Ecuador no pretende que los países altamente industrializados sean explotados por los países productores de materias primas. Nosotros no pedimos que se paguen las materias primas que nosotros producimos a un precio tal que nosotros nos hagamos ricos, y que los países manufactureros se empobrezcan. Nosotros no queremos la explotación, nosotros lo que queremos es un justo y equitativo ajuste de precios. Es una cosa muy diferente. Nosotros queremos que se estudie el problema de los precios, con un espíritu elevado, con un alto sentimiento de justicia. Y así se obtendrá una solución razonable".

"Esta proposición del Ecuador será aceptada acaso? Yo lo creo firmemente, porque todos los países, económicamente fuertes, han aceptado ya la reglamentación de los precios en el mercado interior. Yo veo, en el periódico de hoy, que una discusión tiene lugar en estos momentos en la Cámara de los Comunes a propósito de la regulación de precios en el mercado interno, y observo que no solamente los miembros del Labour Party aceptan aquella reglamentación, sino que también la aceptan los representantes del Partido Conservador. Sería entonces posible que un principio económico que es considerado bueno y que se lo practica dentro del país, no se lo acepte fuera de él, que una solución sabia y justa dentro del Reino Unido por ejemplo o en los Estados Unidos, no lo sea cuando se trata de las relaciones de esos países con los demás Estados del mundo?"

"En los Estados Unidos existe una administración que reglamenta los precios, la cual ha trabajado durante toda la guerra y que, -y esto es muy importante observarlo-, va a continuar funcionando ahora. Así pues, los precios son reglamentados, y lo seguirán siendo en lo futuro, en los Estados Unidos. Es que no se puede considerar el problema del desempleo ni el de los salarios, ni ningún otro problema económico, sin tomar en consideración, al mismo tiempo, el problema de los precios de los productos en el mercado internacional."

"Nada diré de la Unión Soviética, porque ese país se ha adelantado a los demás en decenas de años, en esta materia. En ese país, el orden en la economía es uno de los fundamentos esenciales de todo su sistema político y social."

"Deseo hacer hincapié en el hecho de que el Consejo Económico y Social tiene, adelante de sí, una resolución de la Asamblea General, que expresa la voluntad de las Naciones Unidas."

"Como ya lo dije anteriormente, 38 países han votado en favor de esa proposición, y, lo que es más interesante todavía, de los 18 países representados en el seno de este Consejo, 16 han votado favorablemente en el seno de la Asamblea General, en el sentido de que sí conviene que la Conferencia estudie el problema del equitativo ajuste de los precios en el mercado internacional. Esos países Son: Bélgica, Canadá, Chile, China, Colombia, Cuba, Checoslovaquia, Grecia, Francia, India, Líbano, Perú, la Unión de las Repúblicas Soviéticas, Ucrania y Reino Unido".

"Uno sólo de los países aquí representados, se abstuvo de votar en el seno de la Asamblea, Noruega. Y un solo voto hubo en contra, el de los Estados Unidos de América, pero es interesante observar que los Estados Unidos parecen haber cambiado de opinión. Y yo me satisfago mucho de

ello. En efecto, en el discurso del Embajador Winant referente a la propuesta norteamericana para convocar la conferencia económica, pronunciada en el seno del Consejo Económico el día de ayer, yo leo lo que sigue: "En nuestra opinión, estos titulares de los capítulos -(del temario propuesto por los Estados Unidos)- son lo suficientemente amplios como para abarcar todos los aspectos importantes de la cooperación internacional acerca del comercio y del empleo, incluyendo la cuestión de los precios en el mercado internacional".

"Así pues, la Delegación de los Estados Unidos no se opone ya a que el problema del equitativo ajuste de los precios sea discutido, puesto que manifiesta que en el temario propuesto por ese país, ya está comprendido ese problema"

"Y los países que han votado afirmativamente en la Asamblea General, podrán acaso, ahora, votar en sentido negativo? No lo creo, señor Presidente, yo me acuerdo de las palabras que pronunció en este mismo recinto, mi distinguido colega y amigo señor Noel-Baker, que ha expresado tantas ideas nobles y, correctas: "Es con este espíritu de lealtad internacional al que se ha referido nuestro buen colega de China con el que nosotros debemos trabajar."

"Yo hago un llamamiento de esos principios de "lealtad internacional" para pedir a los Miembros de este Consejo que sostengan ahora con su voto, lo que ellos ya sostuvieron, hace muy pocos días, con su voto, en la Asamblea General."

"Vosotros queréis que yo concluya. Lo haré recordando, para sostener la causa que propugna el Ecuador, las palabras del Presidente Roosevelt. He aquí lo que él escribía en ese documento emotivo titulado "Oración por las Naciones Unidas."

"Dadnos la fraternidad, no verbal sino en actos. Si nuestros hermanos están oprimidos, nosotros también estamos oprimidos. Si la libertad les es arrebatada, la nuestra tampoco está segura. Si ellos tienen hambre, nosotros también tenemos hambre."

"Es necesario que la Carta viva. No conviene que ella sea solamente un documento escrito. Como decía el presidente Roosevelt: "dadnos la fraternidad no verbal sino en actos."

#### UNA RATIFICACIÓN DE PENSAMIENTO

Mi padre consideraba que la Conferencia Internacional del Comercio y del Empleo, así como la Comisión Preparatoria que le precedería, tendrían una importancia capital para el mundo entero, "y muy en especial, para los pueblos hispanoamericanos", y que en esas reuniones se tratarían, entre otros asuntos, varios "de vital importancia e interés para nuestros pueblos, y de cuya solución satisfactoria para nosotros dependerá, en gran parte, nuestro porvenir: 1° El problema de las tarifas aduaneras", en el que "nos conviene defender el derecho que nos asiste para establecer tarifas aduaneras preferenciales; y, 2° el problema del "equitativo ajuste de los precios en el mercado internacional".

En México, siendo Canciller de la República (1947 - 1948), ratificó, una vez más, sus pensamientos en los siguientes términos:

"Nuestra América, ciertamente, tiene un destino común, destino que lo señalaba ya Bolívar desde Jamaica, cuando escribía: "Yo deseo más que otro alguno ver formar

en América la más grande Nación del mundo, menos por su extensión y riquezas que por su libertad y gloria, ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión, debería por consiguiente tener un solo Gobierno que confederase los diferentes Estados que hayan de formarse".

"La Confederación de los Estados Hispanoamericanos, esa fue la meta fundamental de la política internacional del Libertador: confederar, unir lo que, como dijo ante el Congreso de Cúcuta, ya el cielo y la naturaleza había unido... por eso invitó al Gobierno de México para que concurriese al Congreso de Panamá con los de Guatemala, Colombia, Perú, Chile, y Río de la Plata, para establecer la Confederación, de acuerdo con lo que ya habían convenido Colombia y México, en el Tratado del 3 de octubre de 1823."

"Todavía está vivo el espíritu de Bolívar y el sistema que en su clarividencia quiso implantar para vigorizar nuestros pueblos, organizar su colaboración y atender eficazmente a la defensa solidaria de sus derechos e intereses, sigue siendo una necesidad que se impone a nosotros en nuestro tiempo, lleno de dificultades y de peligros, porque sea sobre todo con nosotros mismos que debemos de juntar para defender nuestros derechos esenciales y nuestros intereses vitales."

"En lo económico especialmente, si queremos progresar, elevar el nivel de vida de nuestros pueblos y aprovechar en mayor grado nuestras riquezas, debemos contar en primer término con nuestro propio esfuerzo conjunto y solidario, sin esperar demasiado de la cooperación de los demás pueblos del mundo, que colocados en distintas situaciones económicas que la nuestra, miran los problemas desde un punto de vista necesariamente diverso y propugnan soluciones que los favorecen a ellos, pero no a nosotros."

"Nuestra íntima cooperación en ese campo es especial si queremos supervivir y lograr un grado razonable de independencia y un nivel equitativo de progreso económico y social."

"El proyecto de la Carta de Comercio presentado en La Habana, y los debates que allí han tenido lugar demuestran que no existe todavía, de parte de los Estados altamente industrializados, la suficiente comprensión para nuestros problemas, ni el espíritu de solidaridad que hace falta para sacar al mundo de las graves dificultades en que se encuentra, por lo que nuestros pueblos deberán presentar un solo frente solidario si quieren conseguir que no se desatendan sus intereses vitales."

"Una estrecha cooperación económica entre nuestros pueblos es esencial para asegurar nuestro porvenir."

"Necesitamos constituir entre nosotros, un sistema de preferencias comerciales que nos permita establecer un vasto mercado internacional, que dé vida y sostenga a nuestras industrias, que nos libere, dentro de la interdependencia mundial, de la dependencia unilateral que viene gravitando sobre nosotros, librando así nuestra economía en forma tal que sea posible la realización del progreso humano de nuestras poblaciones, y la obtención de un nivel de vida más compatible con la dignidad del hombre."

"Necesitamos también defender, entre todos, el precio de nuestros productos básicos para que no continúe la explotación del hombre por el hombre."

"Nada de esto podremos lograr si nuestros Estados no organizan su cooperación económica sobre bases estables."

"La enfermedad, la ignorancia y el hambre a que habéis aludido, son la consecuencia de esa explotación que habrá de cesar tan pronto como llevemos a la práctica esa colaboración que todos anhelamos."

"La estrecha colaboración entre nuestros pueblos no se opone ni a la colaboración continental en América ni a nuestra vocación universal."

"En cuanto al sistema interamericano, pienso que nada en los principios que le sirven de base ni en los tratados que lo fundamentan, se opone a la colaboración especial de los pueblos de Hispanoamérica. Por el contrario, tengo para mí, y así he tenido el honor de expresarlo ante el Consejo Directivo de la Unión Panamericana, que ese sistema se fortalecerá en la medida en que se reconozca la especial situación de solidaridad e interdependencia que, por razones históricas, caracteriza a nuestros pueblos, unidos, como ya se dijo anteriormente, en forma indisoluble, por los vínculos naturales de la comunidad de la lengua, origen y cultura. El sistema interamericano no puede, no debe ignorar esa situación especial, en que se funda nuestro derecho para colaborar de manera íntima y estrecha en todos los órdenes de las actividades humanas y, de manera singular, como lo declara la Constitución Nacional del Ecuador, en la defensa de nuestros comunes derechos territoriales, económicos y culturales."

"Somos una Nación de Repúblicas" como también dijo en frase admirable el Libertador. Y dentro de esa nación - nación, en el sentido sociológico del término - sólo cabe una bien entendida solidaridad, una colaboración estrecha y fecunda en beneficio común."

"Pensáis que el sistema regional americano debe proveer "a las relaciones pacíficas que en lo económico, encausarán el desenvolvimiento de las comunidades menos desarrolladas", que en Bogotá deberá considerarse el problema de la cooperación económica con especial atención, y que en ese campo habrá de intentarse muy pronto un esfuerzo conjunto en favor de la justicia como cimiento de la paz "ya que en ese campo es donde el hecho primario, el privilegio de los poderes adquiridos sigue prevaleciendo notoriamente, y menoscabando, de la manera más peligrosa, la armonía de los principios". Y añadía, con cuanta razón: las normas de la cooperación tropiezan constantemente con la voluntad de hegemonía y con los métodos de conquista que, por desgracia, han caracterizado al desarrollo económico de los pueblos. Y, dada la desigualdad en la competencia, ese desarrollo ha tenido por fuerza que restringir las oportunidades de los más débiles. Libertad en el aire. Libertad en los mares. Libertad de comercio. Libertad de acceso a las materias primas. ¿Qué entrañan, en verdad tales expresiones para países que no pueden utilizar esas libertades por falta de los medios que demandan el fomento de su agricultura, el cultivo mecánico de sus tierras y el crecimiento efectivo de sus industrias?"

"Si no nos empeñáramos todos por aproximar la realidad a los ideales y sí, en acatamiento de libertades teóricas para muchos, admitiéramos que las naciones pequeñas se vieran condenadas a un régimen de extenuación progresiva, lo que prepararíamos sería un estado de cosas susceptible de desquiciar los fundamentos de nuestra civilización."

"Cuanta razón tenéis Excmo. Señor, en vuestras apreciaciones. Ciertamente nada nos vale que nos sean reconocidas en declaraciones y convenios, libertades teóricas, de las que no podemos gozar."

"En la solución de este grave problema, la realidad debe obligarnos a reconocer algunos hechos que están a la vista de todos: el problema económico se lo está enfocando, de hecho en un plan universal y con criterio universal. La gran potencia industrial que forma parte del sistema regional americano, ha sido la propulsora, con la colaboración de otras potencias altamente industrializadas, del establecimiento de un sistema económico de carácter mundial, cuyos principios favorecen el libre comercio y la libre competencia, siendo favorables, por tanto, a los países altamente industrializados y al predominio económico de los fuertes. Las libertades iguales para todos se encuentran ciertamente escritas en el proyecto de Carta que se discute en La Habana, pero hay resistencia para la adopción de medidas que permitan a todos los países, grandes y pequeños, gozar efectivamente de esas libertades."

"En tales condiciones, parece que no nos queda otra solución que la de plantear nuestra situación y defender nuestros derechos, en el plan universal en el que el problema está planteado, y proceder a defender conjunta y solidariamente, como por fortuna lo estamos haciendo ya, nuestros derechos básicos, propugnando la creación del sistema económico preferencial a que antes me refería y el equitativo ajuste de precios en el mercado internacional."

"Por cierto, nuestro esfuerzo en el plano universal no debe constituir un obstáculo, para tratar de lograr que, en América, la nación más poderosa del sistema interamericano y la que más se beneficia del mismo en ciertos aspectos de la solidaridad que implica, compense la colaboración que le prestamos, con el aporte de su ayuda en lo económico, como por ejemplo: proporcionándonos maquinarias para el trabajo de nuestros campos y el desarrollo de nuestras industrias y proporcionándonos en condiciones equitativas los capitales de que tenemos necesidad."

"La amplitud de tendencias del movimiento interamericano, habéis dicho, consta en la declaración de México, en la cual se lee que la comunidad americana está al servicio de los ideales de cooperación universal y habéis agregado que al mencionar la necesidad de robustecer nuestros acuerdos, pensáis ante todo en la conveniencia de que el fortalecimiento en referencia se lleva a cabo en un sentido verdaderamente mundial."

"Participamos plenamente, Excelentísimo Señor, de vuestro criterio. Pensamos que se incurriría en un grave error si se pretendiese fortalecer los sistemas regionales debilitando, restándole prestigio y vigor, al sistema mundial."

"A todos los pueblos del mundo, y muy especialmente a los menos fuertes, les conviene que no se debilite, en forma alguna, el sistema de colaboración y solidaridad universales establecido en la Organización de las Naciones Unidas, sistema que debe perfeccionarse, pero no debilitarse."

"Sistemas regionales demasiado rígidos perjudicarían grandemente a los países menos poderosos partícipes de tales sistemas, haciéndoles perder, en cierta manera, el contacto directo con el universo, sometiéndolos, de hecho, a una especie de tutela de la parte de los miembros más fuertes de tales sistemas, los que, precisamente por fuertes, nada pierden en la rigidez del sistema, porque su fuerza económica, militar y política, los hace participar directamente, sin interferencias en la política universal."

"Como también tuve la oportunidad de expresarlo ante el Congreso Directivo de la Unión Panamericana, los sistemas regionales deben actuar, de manera real y efectiva,

dentro del marco de las Naciones Unidas, y el sistema regional interamericano en nada debe obstar al pleno y cabal desenvolvimiento del sistema universal."

Señor Secretario:"

"Difícilmente podría encontrar palabras adecuadas para expresar los sentimientos de afecto sincero y de honda fraternidad que alientan en el pueblo ecuatoriano por el pueblo de México, cuya gloria es parte de nuestra gloria, cuyos triunfos los hemos sentido como nuestros, así como hemos sentido como nuestros sus dolores y sus infortunios. La colaboración y la solidaridad de nuestros gobiernos se han puesto siempre de manifiesto, y se están revelando una vez más en la Conferencia de La Habana, en la que os habéis dignado apoyar las ponencias ecuatorianas, encaminadas a defender nuestros comunes y legítimos intereses."

"Es nuestro deseo que esa colaboración continúe y se vigorice. Nuestros pueblos son pueblos hermanos y como hermanos han de comportarse en la vida internacional."

### LOS PRINCIPIOS DE SOLIDARIDAD Y JUSTICIA

El mismo pensamiento, la misma pasión, la misma defensa encontramos en el discurso pronunciado en Bogotá, con ocasión de la IX Conferencia Internacional Americana (Documento publicado con la clasificación CB-115/SP-18), en el que dice, entre otras cosas, lo siguiente:

"Señor Presidente, señores delegados: permitidme que participe en el debate general de los temas sometidos a consideración de esta Conferencia, y que cumpla con el deber de haceros conocer las directivas generales que han de inspirar a la Delegación del Ecuador."

"Esas directivas podrían sintetizarse en dos principios: solidaridad y justicia. Solidaridad, en todo lo que diga relación a los intereses comunes de nuestros pueblos; y justicia, para que esa solidaridad se haga sentir en beneficio de todos los Estados, sin excepción, y para que ella tenga por objeto, no tan sólo un aspecto de las relaciones internacionales, el defensivo exterior, sino también los aspectos económicos, político, social y cultural."

"Pero es necesario abordar más concretamente algunos de los grandes problemas que estamos llamados a resolver." "Es necesario, en primer término, que en la elaboración del Pacto Constitutivo tengamos presente el principio de la universalidad. Vamos a constituir un organismo regional dentro de la Organización de las Naciones Unidas; y, por tanto, nada en el pacto, ni en los instrumentos colaterales que se suscriban, debe estar en oposición, directa o indirecta, explícita o implícita, con los preceptos de la Carta de San Francisco."

"Cometeríamos un grave error si nos inclinásemos a fortalecer en demasía el Sistema Interamericano y a debilitar el sistema universal. Todo lo que se hiciera en ese sentido únicamente serviría para relajar los vínculos de solidaridad mundial, ahondar la división del mundo en grupos rivales y acelerar el desequilibrio del Universo."

"El mundo es uno y debemos de considerarlo como unidad indivisible a pesar de las dificultades presentes. Un regionalismo prudente y equilibrado favorece esa unidad, pero un regionalismo excesivo la destruiría, con grave perjuicio para todos los Estados del mundo."

"Que el organismo regional americano realice su labor de cooperación regional, en buena hora, pero que no se

obstaculice, en forma alguna, la acción paralela de los órganos de las Naciones Unidas, que obran con criterio universal."

"América no puede encerrarse en sí misma. Sería contrariar su propio destino. Si América se organiza, coordina sus esfuerzos, armoniza sus intereses, no puede ser sino con la noble finalidad de servir mejor a los intereses humanos, y darse más plenamente al Universo."

"Si, por un lado, como hemos dicho, la organización panamericana no debe limitar su característica universalista, por otro, tampoco debe prescindir de ciertas realidades y desconocer los vínculos especiales que unen entre sí a los pueblos hispanoamericanos y el derecho que les asiste para colaborar especialmente entre sí, de manera íntima y estrecha, en todos los aspectos de las relaciones interestatales, sin menoscabo de su participación en la colaboración general dentro del Continente y en el mundo."

"Esos vínculos provienen de la comunidad de origen, lengua, historia, cultura y tradición y, en justicia, no pueden ser objetados ni desconocidos."

"Aun dentro de la América Hispánica, hay Estados todavía más íntimamente ligados entre sí, por especiales razones geográficas e históricas."

"Es indispensable, por lo mismo, que conste en el Pacto Constitutivo un precepto por el que se reconozca ese derecho de nuestros Estados para llevar a cabo una colaboración especial, derecho que, por otra parte, no es dable desconocerlo, desde que lo estamos ejerciendo en múltiples aspectos."

"Sería un grave error creer que tal colaboración pudiera debilitar el Sistema Interamericano. Por el contrario, lo fortalece."

"En efecto, mientras más se vigoricen los Estados Hispanoamericanos, de manera más efectiva y útil podrán cooperar con los demás Estados del Continente en la defensa de los intereses comunes."

"Por otro lado, no se puede negar que durante mucho tiempo, en muchos sectores, especialmente en los intelectuales y populares, se ha mirado con recelo en nuestros pueblos el panamericanismo, debido a que se le ha considerado como un obstáculo para el desarrollo de ese hondo sentimiento de fraternidad que los empuja a la colaboración, y quizá ¿por qué no decirlo?— a la unidad. Se ha pensado que, en la medida en que se integraba la solidaridad continental, se desintegraba y debilitaba la solidaridad de los pueblos hispanoamericanos, perpetuándose su división y debilidad. . . ."

"Cuando en el pacto conste una disposición que aclare esta mala inteligencia, habrá de crecer el prestigio del panamericanismo y habrá de granjearse el apoyo de los grandes sectores de opinión que hasta ahora le son desfavorables."

"No se trata, en el movimiento que propicia la cooperación hispanoamericana, de una tendencia transitoria o circunstancial. Se trata de un sentimiento profundo que vive en lo más íntimo de nuestros pueblos, que tiene su origen en los tiempos de la gesta emancipadora y que se funda en principios jurídicos y sociológicos dignos de respeto."

"Bolívar proclamó, en términos claros, los elementos esenciales de la solidaridad de la América Hispana: "Ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión, debería por consiguiente tener un solo gobierno que confederase los diferentes Estados que hayan de formar-

se...", escribe en Jamaica, enunciando así, muchos años antes que Mancini, el fecundo principio de las nacionalidades."

"La confederación hispanoamericana, esa confederación para organizar la cual convocó, desde Lima, al Congreso de Panamá; he allí, en efecto, otro de los propósitos fundamentales del Libertador: aspiración, me atrevo a asegurar, que no ha muerto en el corazón de nuestros pueblos."

"Es que Bolívar no podía admitir que permanecieran desvinculados y divididos los pueblos hispánicos de América. Debían conseguir esa unidad que habían logrado conservar, para ventura de sus respectivos pueblos, las 13 colonias inglesas del Norte y las colonias portuguesas del Sur, integradas en el imperio del Brasil."

"El mismo Libertador se encargó, en otro de sus rasgos de genio, de explicar la razón de ser profunda -la filosofía, digámoslo así- en que se funda ese derecho de nuestros pueblos a estructurar orgánicamente su colaboración especial."

"En su mensaje al Congreso de Cúcuta (contempladle en el admirable cuadro de Michelena en el Palacio de San Carlos), al pedir permiso para emprender su gloriosa campaña libertadora hacia el Sur del Continente, decía: "... espero que me autoricéis para unir con los vínculos de la beneficencia a los pueblos que la Naturaleza y el cielo nos han dado por hermanos."

"La Naturaleza, he allí, pues, el origen del vínculo que une a los pueblos hispanoamericanos: la Naturaleza, es decir, la vida misma, los elementos biológicos fundamentales, que escapan a la voluntad y dan fisonomía propias a los pueblos. No se trata, por tanto, de una concepción artificial. Se trata de algo profundo, orgánico, natural."

"De allí arranca nuestro derecho a la colaboración especial de que os hablaba, derecho que la Delegación del Ecuador pedirá que sea reconocido en el Pacto Constitutivo del organismo regional americano, reconociéndose, de esa manera, un regionalismo dentro del Continente o, si se prefiere, un particularismo, así como se ha admitido el regionalismo continental dentro del sistema universal de la Carta de las Naciones Unidas, dándole al Sistema Interamericano más elasticidad y a la vez mayor vigor intrínseco, ya que sólo los organismos que se ajustan a la realidad de la biología social logran subsistir y progresar."

"Esa especial colaboración de nuestros pueblos no solamente constituye un derecho, sino también una necesidad, si queremos hacer efectivos en nuestros países los propósitos de mejoramiento económico, social y cultural que hemos enunciado tantas veces."

"En efecto, ¿cómo podrían nuestros pueblos elevar su nivel de vida y proceder a su industrialización, por ejemplo, si no les es dado proceder a crear, mediante el establecimiento de tarifas preferenciales o de uniones aduaneras, un vasto mercado interno que permita a estas industrias nacer y que proporcione trabajo bien remunerado a las masas obreras? ¿Se olvida acaso que no cabe desarrollo industrial sin un mercado apropiado que lo sostenga y alimente?"

"¿Cómo defender nuestras jóvenes flotas mercantes, si no las protegemos en las primeras etapas de su desarrollo, mediante un sistema preferencial y adecuado?"

"El Gobierno del Ecuador se propone llevar adelante, con toda decisión, la política de colaboración especial con los Estados Hispanoamericanos en que está, desde hace algún tiempo, empeñado."

"Entre esos propósitos de colaboración, me place hondamente poder referirme, desde esta tribuna, a la colaboración entre los Estados que constituyeron la antigua Gran Colombia, cuya gloriosa bandera flameó en misión de libertad por los ámbitos del Continente Suramericano, desde las bocas del Orinoco hasta los orígenes del Desaguadero y las cumbres del Potosí."

"Está convocado ya -de acuerdo con los Gobiernos de Venezuela, Colombia y Panamá- y deberá reunirse en Quito, el Congreso Económico Grancolombiano, en el que esperamos considerar algunos problemas fundamentales: entre otros, el de las preferencias aduaneras, el de la flota aérea grancolombiana (gemela de la flota marítima ya existente) y el de la creación de un banco grancolombiano."

"Esperamos que los convenios a que lleguemos puedan quedar abiertos a la adhesión de los países hermanos, ya que la acción de los Estados Grancolombianos se inspira en principios de solidaridad."

A propósito de la cooperación económica entre los Estados miembros, manifestó:

"En lo económico, la colaboración de los pueblos del Continente, que todos deseamos sinceramente, tropieza -es menester confesarlo- con una seria dificultad proveniente de las distintas etapas de desarrollo económico en que se encuentran los Estados Miembros del sistema regional americano."

"Tenemos, por un lado, un país altamente industrializado, en verdad, el que más alto nivel industrial ha alcanzado en el mundo, aquél en que el sistema individualista de producción ha conseguido el mayor grado de perfeccionamiento; y de otro, los demás Estados Miembros del sistema, cuya economía se caracteriza, en mayor o menor grado, por ser poco o casi nada industrializados, siendo países preferentemente productores de materias primas, es decir, países de economía semicolonial."

"Esta diferencia en el status económico trae fatalmente consigo una, a veces, insalvable oposición de intereses; pues, por lo general, la política económica que conviene a los países altamente industrializados no conviene a los países poco industrializados, semicoloniales, económicamente débiles, sin capitales ni técnica."

"Así, por ejemplo, a los países económicamente fuertes y altamente industrializados, les conviene una política comercial de igualdad de tratamiento, es decir, la liberalización del comercio y la supresión de todas las trabas, como barreras aduaneras, sistema de cuotas, etc. Les conviene la libre competencia, debido precisamente a su fuerza económica, a su alto grado de industrialización, a los grandes capitales con que cuentan, a su adelanto técnico; y no les conviene que se eleven los precios de las materias primas que necesitan para sus industrias."

"En cambio, a los países económicamente débiles, poco industrializados, les conviene precisamente la política contraria: necesitan proteger sus industrias nacientes, mediante tarifas aduaneras apropiadas y sistemas de cuotas; requieren ampliar su mercado interno, pactando preferencias aduaneras y de navegación con otros países de análogo estado de desarrollo económico; precisan defender el precio de sus materias primas, que constituyen, por lo general, el renglón esencial de su producción y el medio de vida de sus habitantes y, por tanto, propugnan el establecimiento de un sistema internacional de regulación equitativa de los pre-

cios, a efecto de que los de las materias primas guarden relación justa con los de los productos manufacturados."

"Esta grave dificultad hay que tratar de vencerla con buena voluntad y espíritu de justicia."

"Parece indispensable que, estudiándose con espíritu de solidaridad continental la posición económica en que nos encontramos y el derecho que nos asiste para defender nuestras economías incipientes mediante el establecimiento de los sistemas preferenciales indispensables, se reconozca la necesidad de regular, en alguna forma, el desequilibrio existente entre los precios de las materias primas y los de las manufacturas, en forma tal que haya más equidad para nuestros productos y que por lo tanto se les proporcione medios de vida humanos a nuestros trabajadores."

"Es imperativo para la solidaridad americana que en esta materia se cambie substancialmente la política seguida en La Habana."

"En esa conferencia mundial, la política de los grandes países industrializados formaron un frente común contra los países de escaso desarrollo económico; y si bien, en cuanto a los principios, admitieron el derecho que tienen para industrializarse y elevar el nivel de vida de sus habitantes, en lo que concierne a las realidades, bloquearon la aplicación de todos los medios prácticos que hubieran podido producir ese resultado, votando contra todas las medidas susceptibles de favorecer a los países de escasas industrialización, votando también contra el principio, aprobado en la Resolución XLVI de Chapultepec, en la cual se convino auspiciar una política general que "tome en cuenta la necesidad de compensar la disparidad acentuada que se aprecia frecuentemente entre los precios de los productos primarios y los de las manufacturas, estableciendo la necesaria equidad entre los mismos."

"Es indispensable un cambio de política en esta materia, para evitar que la falta de solidaridad en lo económico vaya a traer como consecuencia insalvable el debilitamiento de la solidaridad en los otros aspectos de la colaboración regional."

"La solidaridad es indivisible y no puede tener dos caras, como el dios de la mitología griega."

"El desarrollo de los países que hoy constituyen grandes potencias industriales, se debe preferentemente a la adopción de dos medidas esenciales: constituyeron, dentro de sus fronteras, un gran mercado interno capaz de favorecer el establecimiento de importantes industrias; y, a la vez, protegieron a esas industrias nacientes. Como consecuencia, el capital y la técnica afluyeron, en forma natural, atraídos esos elementos por el aliciente del gran mercado y de la producción."

"A nosotros nos corresponde tomar medidas para lograr nuestra independencia económica."

"Necesitamos, en primer término, constituir entre todos nuestros Estados, económicamente débiles, un gran mercado común, uniendo los pequeños mercados locales mediante un sistema de preferencias; y, en segundo término, defender ese mercado así constituido, a efecto de proteger, de manera razonable, nuestras industrias nacientes. Es en atención a estas razones que los Estados Hispanoamericanos defendimos en La Habana, tenazmente, esos dos principios fundamentales: el derecho de establecer un sistema de tarifas preferenciales que pudiera llegar eventualmente a la unión aduanera y el derecho de proteger nuestras indus-

trias nacientes con tarifas apropiadas y sistemas de cuotas, así como defendimos también la necesidad de establecer una política de equitativo ajuste de precios en el mercado internacional."

"Esa política la seguirá defendiendo, en esta Conferencia, la Delegación del Ecuador."

Culmina la aplicación en lo económico de su doctrina con la Carta de Quito, producto de la Conferencia Económica Grancolombiana, originalmente convocada por el Presidente Velasco Ibarra. En el acto inaugural mi padre, Canciller de la República, dijo:

"En esta fecha gloriosa, en que los pueblos grancolombianos conmemoramos una de las batallas libradas juntos por lograr nuestra independencia, el destino ha querido que nos toque iniciar otra batalla, incruenta, pero que exige tenacidad, decisión y persistentes esfuerzos, para afianzar esa Independencia basándola sobre sólidos fundamentos económicos y para que nuestros pueblos puedan gozar de mayor bienestar, de un nivel de vida más alto y de más amplia justicia social."

"Trágico, en efecto, y en muchos aspectos contradictorio, el panorama de los pueblos hispanoamericanos, en la última centuria: dueños de inmensas riquezas potenciales, pero hundidos sin embargo en la miseria económica, desprovistos de progreso material, atrasados en lo científico y cultural, sometidos, cual si realmente no hubieran dejado de ser colonias, a los apetitos y a la explotación de las grandes potencias industrializadas..."

"Explicable, sin embargo, esa situación contradictoria y absurda: es que la gran humanidad que en cierto modo, constituíamos durante la época del Imperio Español, no la supimos conservar y afianzar en la etapa independiente."

"Obsecados por el fenómeno político, nuestros próceres y quienes los sustituyeron en el Poder, no apreciaron el fenómeno económico en su justo valor, no comprendieron la esencial importancia que tendría para nuestros pueblos al conservar, en los aspectos económicos, la unidad del conjunto, sin perjuicio de la existencia de entidades políticas distintas, independientes unas de otras."

"La falta de un mercado interno común, he allí la causa fundamental del atraso de nuestros pueblos en la marcha hacia el progreso y el bienestar, he allí la causa básica de las derrotas sufridas, hasta ahora, en la lucha económica internacional, he allí la razón íntima de la debilidad económica de nuestros pueblos y del "status" semi-colonial que los caracteriza..."

"Contar con un amplio mercado interno es condición indispensable para el desarrollo económico."

"Sin un mercado interno lo suficientemente amplio, no pueden surgir ni desarrollarse las grandes industrias. Sin industrias, la población carece de trabajo bien remunerado, y las materias primas no pueden ser absorbidas localmente en suficiente proporción, debiendo ser vendidas, en su mayor parte, a los países altamente industrializados, que pagan por ellos los precios más bajos posibles, precios que significan salarios de hambre para nuestros trabajadores, quedando, por otra parte, nuestros países sujetos a tener que comprarles la casi totalidad de los productos manufacturados que necesitan."

"Y así se explica la estructura de la doble cadena que ata a los pueblos semi-coloniales a sus metrópolis invisibles: ser, por una parte, productores de materias primas pa-

ra los grandes países industrializados, en calidad de míseros asalariados, a pesar de ser dueños nominales del suelo del que se extraen las inmensas riquezas que no gravitan sobre sus economías, y en constituir, por otra, mercados para los productos que esos países manufacturan esas mismas materias y que nos venden a precios elevados, precios que incluyen altos salarios para sus obreros, el pago de impuestos para el mantenimiento de las necesidades públicas de esos países, y hasta cuotas de participación para el pago de las guerras en que emprenden, para disputarse entre sí el dominio económico del mundo..."

"Mas, si ayer no comprendimos el problema que estaba planteado ante nosotros, o no lo pudimos resolver, hoy la situación es diversa: hemos emprendido largamente, los Hispanoamericanos, donde reside la causa de nuestra debilidad, y estamos resueltos, -definitivamente resueltos-, a luchar por nuestros legítimos intereses, a defender nuestras soberanías en sus esenciales aspectos económicos, y a salvaguardar la vida y el progreso de nuestros conciudadanos."

"De esa inquebrantable decisión hemos dado ya al mundo pruebas inequívocas."

"Ayer no más, en La Habana y en Bogotá, hemos defendido el derecho para establecer entre nosotros ese amplio mercado interno común, indispensable para fortalecer nuestras economías y llevar adelante nuestra industrialización."

"Ese derecho ha quedado reconocido, a pesar de la oposición tenaz de los Estados que se han venido beneficiando de nuestro dislocamiento y que han querido conservar, a todo trance, el privilegio que les da el haberse adelantado en el proceso de la industrialización y de la acumulación de capitales."

"En el Convenio Económico de Bogotá ha quedado establecido que los Estados americanos limítrofes o pertenecientes a la misma región económica, podrán celebrar convenios preferenciales con fines de desarrollo económico, y que los beneficios otorgados en dichos convenios no se harán extensivos a los otros países por la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida."

"Y, así mismo, en otro aspecto esencial, el del equitativo ajuste de los precios entre las materias primas y las manufacturas, hemos sabido defender, en Londres, ante las Naciones Unidas, en La Habana, y en Bogotá, nuestros legítimos derechos, que guardan armonía con los intereses de la comunidad mundial, porque se traducen en progreso social para las clases trabajadoras de todos los países y en bienestar general para la Humanidad."

"Este principio de equidad quedó reconocido en Bogotá en el artículo 3º del Convenio citado en el que se reafirma la resolución de que, como política general, se tome en cuenta la necesidad de compensar la disparidad que se aprecia frecuentemente entre los precios de los productos primarios y los de las manufacturas, estableciendo la necesaria equidad entre los mismos"

"Y hemos comprendido también otra verdad esencial: que los problemas económicos que nos afectan no tienen soluciones nacionales, y sólo admiten soluciones conjuntas, aplicadas solidariamente entre todos, en una palabra, soluciones "intranacionales", término que traduce ese "status" de comunidad natural que caracteriza a nuestros pueblos."

"En efecto, ¿cómo lograr en nuestros países el establecimiento de un gran mercado interno, sino uniendo los mercados parciales en una unidad mayor, cabe decir, organizando la Unidad Económica y Aduanera?"

"¿Cómo defender los precios de nuestros productos, sino cooperando entre todos, en un solo frente unido contra la explotación de los poderosos?"

"No rehuimos la cooperación con todos los pueblos de la tierra, fieles como somos al espíritu universalista que informa nuestra cultura. Pero, ante la falta de solidaridad efectiva de que los acontecimientos mundiales dan pruebas elocuentes, estamos en el deber de defender nuestra economía por los medios lícitos que están a nuestro alcance, estructurando nuestra unidad económica, acrecentando e intensificando nuestra colaboración regional."

"En este gran movimiento de colaboración entre todos los pueblos de Hispanoamérica, la Gran Patria de Bolívar, que miraba más allá de las fronteras locales para abarcar, en un solo amor clarividente, a todos los pueblos de su América, bien cabe, para facilitar la labor y agilitar el proceso evolutivo, proceder por etapas y mediante la organización de agrupaciones regionales que, en el momento oportuno, se fusionen entre sí, hasta lograr la constitución de esa Comunidad Económica Hispanoamericana que, de toda evidencia, ha de constituirse en no lejano día."

"Por eso, y porque existen entre sus pueblos vínculos históricos y geográficos especialmente estrechos, los Gobiernos de los Estados que constituyeron la gloriosa Colombia de Bolívar, han resuelto dar los primeros pasos para estudiar los medios más apropiados de coordinar sus economías, con miras a lograr el mayor desarrollo de sus pueblos, y el mejoramiento de las condiciones de vida de sus poblaciones."

"La Comisión Preparatoria que hoy inaugura sus labores, deriva su importancia del hecho que constituye el paso inicial de una nueva política, cuyo desarrollo puede llevarnos a realizaciones trascendentales, de beneficio para todos nuestros países y quizá, para el mundo todo, porque puede significar, con el correr de los años y la multiplicación de los esfuerzos, el nacimiento, en este Continente, de una de las más grandes Potencias del mañana, destinada a gravitar favorablemente sobre los destinos del Universo."

"La Comisión Preparatoria tendrá la importante tarea de preparar los anteproyectos que sobre el temario general aceptado, serán sometidos a la deliberación de la Conferencia que ha de reunirse, en breve, en esta misma histórica ciudad de Quito."

"Entre esos temas, el de mayor importancia es sin duda el que se refiere a la constitución, por prudentes etapas, de la Unión Económica y Aduanera de los Estados Grancolombianos, tema acerca del cual la Delegación del Ecuador ha tenido el honor de presentar un anteproyecto."

"Otros temas básicos se refieren a la organización entre los cuatro Estados, de varias empresas de especial importancia como el Banco Grancolombiano, el Instituto de Reaseguros, Instituto de Investigación y Cooperación Técnica, y la Flota Aérea Civil Grancolombiana."

"Señores Delegados,"

"Una nueva etapa se ha iniciado en la historia de nuestra América."

"Nuestra independencia económica está en marcha. Y parece que la historia quisiera repetirse, pues así como ha-

ce más de una centuria la independencia política de nuestros pueblos se logró por el empeño de todos y al impulso de dos núcleos polarizadores, -el uno en el Sur, mediante el esfuerzo de argentinos y chilenos-, y el otro en el Norte, mediante el ímpetu grancolombiano dirigido por Bolívar, parece evidente que la nueva independencia que perseguimos hoy, habrá de realizarse, asimismo, mediante los esfuerzos mancomunados de esos mismos núcleos polariza-

dores que se están constituyendo ya en lo económico, el de los pueblos del sur y el de los pueblos grancolombianos."

"Afrontemos con decisión nuestro destino!"

"Tengamos fe en nuestro porvenir!"

Mi padre fue, no hay duda, un visionario, un adelantado a su tiempo. Sus admirables ideas están vigentes, y su pasión es más necesaria que nunca.

NOTAS

1. La ponencia concretó los asuntos a: 1) "el comercio internacional y el empleo y la creación de una organización internacional para el comercio internacional destinada a desarrollar las relaciones comerciales internacionales, 2) la creación de un organismo internacional para la salud pública, y 3) cualesquiera otros asuntos previa y específicamente aprobados por la mayoría de los Miembros de las Naciones Unidas representadas en el Consejo Económico y Social.
2. Unión Soviética, Ucrania, Bielorusia, Francia y el Reino Unido.
3. Documento E-4 de 1º de febrero de 1948, anexo IV.

de conformidad con las normas legales de interpretación del derecho internacional público, porque para el momento mismo en que de la OMC y para el momento de un edificio acordado entre los Estados y el organismo de los Miembros es esencial la pronta solución de los asuntos que en las cuales uno de ellos consisten que en adelante se encuentren resoluciones para el derecho a indemnización de los acuerdos celebrados se hallan reconocidos por miembros adoptados por cada Miembro (art. 3.2 y 3.3).

El primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general, conseguir la supresión de las medidas de que se trate -leyes, reglamentos, decretos, juicios y resoluciones administrativas de aplicación general- hechos efectivos por un Miembro -si se constata que éstos son incompatibles con las disposiciones del Acuerdo- y no sólo por el ESD.

Con respecto a los derechos de propiedad intelectual, el ADPIC establece disposiciones sobre protección de derechos que se refieren a la transferencia de los derechos de su aplicación. Al respecto, en el art. 17 del Acuerdo se estipula que los Miembros deberán publicar los leyes, reglamentos, decisiones judiciales, decretos y resoluciones administrativas de aplicación general que afecten al comercio de bienes intelectuales. También se establece al igual que los acuerdos bilaterales. Cuando las publicaciones no sean viables, los puntos a disposición del país en un idioma del país de forma de permitir los puntos a los titulares de los derechos intelectuales. En consecuencia, los Miembros se obligan a publicar dichos leyes y reglamentos en el idioma de la OMC para permitir el examen de la aplicación del Acuerdo, cuando éstos sean mutuamente compatibles con la obligación de mantener la confidencialidad de la información en el momento de su publicación.

El sistema de solución de diferencias de la OMC es concebido como un elemento esencial para garantizar seguridad y previsibilidad al comercio internacional. El mecanismo de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para garantizar la seguridad y previsibilidad al comercio internacional. El mecanismo de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para garantizar la seguridad y previsibilidad al comercio internacional.

EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

Una de las más importantes novedades que aporta el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) es la aplicación en el área de los derechos intelectuales del sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) bien conocido por los Estados miembros de las Naciones Unidas. El mecanismo de solución de diferencias de la OMC se estableció en 1995 en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATC) y a partir del primer día de su aplicación en 1995, el GATC se convirtió en la base del primer día de aplicación del Acuerdo por la OMC.

El propósito que tiene el mecanismo de solución de diferencias de la OMC es garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad al comercio internacional. El mecanismo de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para garantizar la seguridad y previsibilidad al comercio internacional. El mecanismo de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para garantizar la seguridad y previsibilidad al comercio internacional.

El sistema de solución de diferencias de la OMC es concebido como un elemento esencial para garantizar seguridad y previsibilidad al comercio internacional. El mecanismo de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para garantizar la seguridad y previsibilidad al comercio internacional. El mecanismo de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para garantizar la seguridad y previsibilidad al comercio internacional.

# La solución de diferencias en el AADPIC de la OMC

Delia Lipszyc<sup>1</sup>

*El sistema de solución de diferencias de la OMC es considerado como un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al comercio multilateral*

## I. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

Una de las más importantes novedades que aporta el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC) es la aplicación en el área de los derechos intelectuales, del sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), bien conocido por los Estados en el campo de las cuestiones tradicionalmente inherentes al GATT -General Agreement on Tariffs and Trade- (durante 1995 el GATT de 1947 -año en que vio la luz en Ginebra- coexistió con la OMC y a partir del primero de enero de 1996 el GATT de 1947 fue absorbido por la OMC).

Es probable que entre las principales razones por las que la propiedad intelectual, una temática propia de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), se instalara también en el GATT haya sido, precisamente, la carencia de un procedimiento de solución de diferencias y el propósito de darles, como se ha dado en decir, "garras y dientes" a los tratados multilaterales sobre propiedad industrial, derecho de autor y derechos conexos, pues el Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma, etcétera, solo prevén la competencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya para el caso de que se produzcan diferencias entre dos o más Estados partes respecto de la interpretación o de la aplicación del Convenio que no se hayan conseguido resolver por vía de negociación.

El sistema de solución de diferencias de la OMC es considerado como un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al comercio multilateral. En el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) los Miembros reconocen que este sistema sirve para preservar sus derechos y obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados por aquel -entre los que se encuentra el AADPIC- y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos

de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, porque para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros es esencial la pronta solución de las situaciones en las cuales uno de ellos considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabados por medidas adoptadas por otro Miembro (art. 3.2 y 3.3).

El primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será, en general, conseguir la supresión de las medidas de que se trate -leyes, reglamentos, decisiones judiciales y resoluciones administrativas de aplicación general hechos efectivos por un Miembro-, si se constata que estas son incompatibles con las disposiciones del Acuerdo abarcado por el ESD.

Con respecto a los derechos de propiedad intelectual, el AADPIC establece disposiciones sobre **prevención de diferencias** que se refieren a la transparencia de los actos relativos a su aplicación. Al respecto, en el art. 63 de dicho Acuerdo se estipula que los Miembros deberán publicar las leyes, reglamentos, decisiones judiciales definitivas y resoluciones administrativas de aplicación general referentes a la materia, al igual que los acuerdos bilaterales. Cuando tal publicación no sea viable, los pondrán a disposición del público, en un idioma del país, de forma de permitir a los gobiernos y a los titulares de los derechos tomar conocimiento de ellos. Los Miembros se obligan a notificar dichas leyes y reglamentos al Consejo de los ADPIC para ayudarlo en su examen de la aplicación del Acuerdo, aunque el Consejo intentará eximirlos de esta obligación mediante el establecimiento con la OMPI de un registro común.

Con esta finalidad, entre la OMPI y la OMC se concertó en Ginebra, el 22 de diciembre de 1995, un Acuerdo de cooperación que entró en vigor el primero de enero de 1996, en virtud del cual, previa petición, la Oficina Internacional de la OMPI proporcionará a los Miembros de la

OMC y a los nacionales de éstos, copias de leyes y reglamentos y copias de sus traducciones, que existen en su colección, en los mismos términos que sean aplicables a los Estados miembros de la OMPI y a los nacionales de éstos. En relación a los países en desarrollo se dispone que cuando esos países sean Miembros de la OMC pero no de la OMPI, la Oficina Internacional pondrá a su disposición la misma asistencia jurídica en relación con el AADPIC que pone a disposición de los Estados miembros de la OMPI que son países en desarrollo, y viceversa.

El Art. 63.3 del AADPIC establece que cada Miembro estará dispuesto a facilitar información sobre las medidas mencionadas que le solicite por escrito otro Miembro. Cuando un Miembro tenga razones para creer que una decisión judicial, resolución administrativa o acuerdo bilateral concretos en la esfera de los derechos de propiedad intelectual afecta a los derechos que le corresponden a tenor de dicho Acuerdo, podrá solicitar por escrito que se le dé acceso a la decisión judicial, resolución administrativa o acuerdo bilateral en cuestión o que se le informe con suficiente detalle acerca de ellos.

## II. EL ENTENDIMIENTO SOBRE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS (ESD)

El ESD constituye el Anexo 2 del Acuerdo de la OMC. Según el art. 64.1 del AADPIC, para las consultas y la solución de las diferencias que surjan en su ámbito, salvo disposición en contrario, serán de aplicación las disposiciones de los arts. XXII y XXIII del GATT de 1994, desarrolladas y aplicadas por el Entendimiento sobre las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

## III. EL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS (OSD)

El ESD establece un Órgano de Solución de Diferencias (OSD) que está integrado por todos los Miembros de la OMC. Actúa bajo la dirección de un Presidente y tiene la facultad de establecer grupos especiales, adoptar los informes de estos y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones. Debe informar a los Consejos y Comités de la OMC -entre los que se encuentra el Consejo de los ADPIC- sobre la evolución de las diferencias.

## IV. EL PROCEDIMIENTO

En el ESD se reglamenta el procedimiento a seguir en caso de diferencias entre los países Miembros de la OMC. Las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solicitud de diferencias no deberán estar concebidos ni ser considerados como actos contenciosos; si surge una diferencia, los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla (art. 3.10).

No se trata de un juicio ante un tribunal internacional sino que se busca un consenso negociado.

### 1. La solicitud de conciliación

En primer lugar, entre las partes en una diferencia se intentarán *la consulta* (art.4) y *los buenos oficios, la conciliación y la mediación* (art. 5) durante un plazo de 60 días.

Toda solicitud de celebración de consultas se presentará por escrito y en ella figurarán las razones en que se base, con indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos jurídicos de la reclamación. El Miembro al que haya sido dirigida la solicitud la responderá en un plazo de 10 días (salvo que las partes acuerden uno distinto) y entablará consultas de buena fe dentro de un plazo de no más de 30 días con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Si no responde o no entabla consultas en los plazos indicados, el Miembro que haya solicitado la celebración de la consulta podrá proceder directamente a solicitar el establecimiento de un grupo especial (art. 4.3 y 4.4).

Las consultas serán confidenciales y no prejuzgarán los derechos de ningún Miembro en otras posibles diligencias. En cualquier momento, cualquier parte en una diferencia podrá solicitar los buenos oficios, la conciliación o la mediación. También el Director General, actuando de oficio, podrá ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los Miembros a resolver la diferencia.

### 2. La demanda de un grupo especial

Si con estos procedimientos no se soluciona la diferencia, en el plazo indicado de 60 días, la parte reclamante puede solicitar al OSD que establezca un grupo especial (o panel).

La demanda de un grupo especial se formulará por escrito, con indicación de si se han celebrado consultas, precisando las medidas concretas en litigio y con una breve exposición de los fundamentos jurídicos de la reclamación. Cuando el reclamante pida que un grupo especial con mandato distinto del mandato tipo, en la demanda figurará el texto propuesto del mandato especial.

El mandato tipo de los grupos especiales, salvo que las partes acuerden otra cosa, establecido en el ESD (art. 7.1) es un poco impreciso:

*"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo o acuerdos abarcado que hayan invocado las partes en la diferencia) el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento ... y formular las conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (o acuerdos)".*

El OSD podrá autorizar a su Presidente a redactar el mandato del grupo especial, en consulta con las partes, el que será distribuido a todos los Miembros del OSD (art. 7.3).

El grupo especial se establecerá, a más tardar, en la reunión del OSD siguiente a aquella en la que la demanda haya figurado por primera vez como punto del orden del día, a menos que en esa reunión el OSD decida por consenso no establecer un grupo especial (art. 6.1). De modo que resulta prácticamente imposible bloquear el establecimiento de un grupo especial.

### 3. La composición de los grupos especiales

Los grupos especiales estarán formados por tres integrantes muy competentes, funcionarios gubernamentales o no, que anteriormente hayan integrado un grupo especial o hayan actuado como representantes ante el GATT o hayan realizado una actividad docente o publicado trabajos sobre derecho o política comercial internacional. Dentro de los 10 días siguientes al establecimiento del grupo especial, las partes en la diferencia pueden convenir que los integrantes sean cinco.

Para facilitar la elección de los integrantes de los grupos especiales, la Secretaría de la OMC mantendrá una lista indicativa de personalidades, con la conformidad de la OMC y del OSD. Para garantizar la independencia de los miembros de los grupos especiales se utilizan diversas vías: su formación suficientemente variada y vasta experiencia; su diferente origen y extracción; su actuación a título personal y no en calidad de representantes de un gobierno o de una organización debiendo éstos abstenerse de darles instrucciones y de ejercer sobre ellos cualquier clase de influencia (lo cual puede tener un efecto más teórico que práctico porque a los funcionarios les es bastante difícil sustraerse a esas presiones) y porque, salvo acuerdo en contrario, los nacionales de los Miembros que sean parte en la diferencia no podrán ser integrantes del grupo especial, lo cual es una novedad considerable para asegurar la imparcialidad de las decisiones.

El grupo especial debe quedar constituido en un lapso no mayor de 30 días. Si las partes no llegan a un acuerdo en el plazo de 20 días a contar desde la fecha del establecimiento del grupo especial, a petición de cualesquiera de ellas, el Director General, dentro del término de 10 días, podrá designar a los tres integrantes, en consulta con el Presidente del OSD y con el Presidente del Consejo o Comité correspondiente.

Los gastos que demanden los grupos especiales serán sufragados con cargo al presupuesto de la OMC.

En caso de pluralidad de partes reclamantes se establecerá un único grupo especial para examinar todas las reclamaciones. Si se establece más de un grupo especial, en la medida en que sea posible las mismas personalidades actuarán en los distintos grupos (art. 9.1 y 9.3).

#### 4. La función de los grupos especiales

La función del grupo especial será hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, de los hechos de la causa, de la aplicabilidad del AADPIC y de si la medida motivo de la diferencia es compatible con éste y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer recomendaciones o dictar las resoluciones de conformidad con dicho Acuerdo. Deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria (art. 11).

#### 5. Los plazos y las investigaciones

Se fijará un calendario de trabajo tomando en cuenta, cuando hubiere lugar, los casos de urgencia y se establecerá el plazo dentro del cual las partes depositarán en poder de la Secretaría sus comunicaciones escritas para su traslado inmediato al grupo especial y a la contraparte en la diferencia (art. 12.3 a 12.6).

En los casos en que las partes en la diferencia no hayan podido llegar a una solución mutuamente satisfactoria, el grupo especial presentará sus conclusiones y efectuará recomendaciones. Cuando se haya llegado a un arreglo, el informe se limitará a indicarlo.

Entre el establecimiento del grupo especial y la distribución del informe a los Miembros no deberán pasar más de nueve meses. Sin embargo, a instancia de la parte reclamante, el grupo especial podrá suspender sus trabajos por un período que no exceda de doce meses (art. 12.9 y 12.12).

Los grupos especiales pueden recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estimen conveniente, pero si ésta se encuentra sometida a la jurisdicción de un Miembro, antes de hacerlo deberán notificarlo a las autoridades de éste; la información confidencial no será revelada sin la autorización formal de quien la haya suministrado. También pueden solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito y en el apéndice 4 figuran las normas sobre estos grupos (art. 13).

Las deliberaciones del grupo especial serán confidenciales y los informes se redactarán sin la presencia de las partes en la diferencia y las opiniones que se expresen en el informe serán anónimas (art. 14.1 a 14.3).

#### 6. La etapa intermedia de reexamen y la final

Luego de considerar los escritos de contestación y las alegaciones orales de las partes en la diferencia, el grupo especial les dará traslado de su proyecto de informe para que presenten sus observaciones por escrito. Una vez finalizado el plazo al efecto, el grupo especial dará traslado a las partes de un informe provisional ("intermedio") conteniendo tanto los capítulos expositivos como sus constataciones y conclusiones. Cualesquiera de las partes podrá solicitar al grupo especial que celebre una nueva reunión para reexaminar aspectos concretos del informe provisional sobre los que haya formulado observaciones escritas. De no existir estas observaciones, el informe se considerará definitivo y se distribuirá a los Miembros (art. 15.1 y 15.2).

Cuando un grupo especial llegue a la conclusión de que la medida es incompatible con el AADPIC, recomendará que el Estado Miembro la ponga en conformidad con éste y podrá sugerir la forma adecuada de aplicar esa recomendación (art. 19).

El informe del grupo especial será sometido a consideración del OSD, previa distribución a los Miembros. Las partes en una diferencia tendrán derecho a participar plenamente en el examen por el OSD del informe del grupo especial y sus opiniones constarán en acta. El OSD adoptará el informe por consenso dentro de los 60 días siguientes a su distribución a los Miembros, a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe.

Si una parte ha notificado que apelará, el informe no será considerado por el OSD hasta después de concluido el proceso de apelación (art. 16).

#### 7. El Órgano de Apelación

Es un organismo permanente establecido por el OSD, compuesto por siete personas, de las cuales actuarán tres en cada caso. Son nombradas por un período de cuatro años y su mandato puede ser renovado por una sola vez. Se trata de personalidades de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. Para preservar la independencia del Órgano de Apelación, sus integrantes no estarán vinculados a ningún gobierno y serán representativos en términos generales de la composición de la OMC (art. 17.1 a 17.3).

En la actualidad (mayo de 2000) las personalidades que integran el Órgano de Apelación son originarias de Alemania (Claus-Dieter Ehlermann), Egipto (Georges-Michel Abi-Saab), Estados Unidos de América (James Bacchus),

Filipinas (Florentino Feliciano), India (A. V. Ganesan), Japón (Yasuhei Taniguchi) y Uruguay (Julio Lacarte Muro).

Las actuaciones del Órgano de Apelación tendrán carácter confidencial; sus informes se redactarán sin la presencia de las partes en la diferencia y las opiniones de sus integrantes serán anónimas (art. 17.10 y 17.11).

Sólo las partes en la diferencia, con exclusión de terceros, podrán recurrir en apelación contra el informe de un grupo especial. La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste (art. 17.4 y 17.6).

### 8. La adopción de los informes del Órgano de Apelación

Los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia, salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el informe dentro de los treinta días contados a partir de su distribución a los Miembros (art. 17.14).

Las decisiones del OSD se adoptan por consenso. Para no adoptar el informe del grupo especial debe haber consenso al respecto -"consenso negativo"- por parte de todos los Miembros de la OMC presentes en la reunión en que aquel se trate; como esto es muy difícil, se impide así que la parte que pierde el caso se oponga formalmente al informe y bloquee el procedimiento. En materia de solución de diferencias el "consenso negativo" es novedoso respecto del GATT de 1947.

Entre el establecimiento de un grupo especial y la fecha en que el OSD examine el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación no transcurrirá, por regla general y salvo acuerdo de partes, más de nueve meses sin apelación y de doce meses cuando se haya interpuesto, excepto que se hubieran solicitado prórrogas, las que se adicionarán a los términos indicados (art. 20).

### 9. La aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Vigilancia

En una reunión del OSD que se celebrará dentro de los treinta días siguientes a la adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, el Miembro afectado informará acerca de sus intenciones respecto a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD; si no fuera posible cumplirlas inmediatamente, el OSD puede aceptar que dicho Miembro lo haga en el plazo prudencial que éste proponga (art. 21.3).

A no ser que el grupo especial o el Órgano de Apelación hayan prorrogado el plazo para emitir su informe, el período transcurrido desde el establecimiento del grupo especial por el OSD hasta la fecha en que se determine el plazo prudencial, no excederá de quince meses, salvo que las partes en la diferencia acuerden otra cosa. El plazo adicional se añadirá a dicho período pero, a menos que las partes en la diferencia convengan en que concurren circunstancias excepcionales, el período total no excederá de dieciocho meses (art. 21.4). El OSD someterá a vigilancia la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas; todo Miembro podrá plantear en él la cuestión y, a menos que el OSD no decida otra cosa, será incluida en el orden del día de la reunión que celebre seis meses después de la fecha en que se haya establecido el período prudencial y se mantendrá en el orden del día de sus reuniones hasta que se resuelva (art. 21.6).

## V. COMPENSACIÓN Y SUSPENSIÓN DE CONCESIONES

Si un Miembro de la OMC no aplica las recomendaciones y resoluciones, se pueden entablar negociaciones con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable y si no se llega a un acuerdo, cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias puede pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones resultantes de los Acuerdos abarcados por el Entendimiento.

Al considerar qué concesiones u otras obligaciones va a suspender, el principio general es que la parte reclamante suspenderá concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector o sectores en que se haya constatado la infracción y si considera que esto es impracticable o ineficaz podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores del mismo Acuerdo. Si entiende que también esto es impracticable o ineficaz y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otros Acuerdos abarcados por el Entendimiento.

En lo concerniente a propiedad intelectual, se considera que "sector" son todas las categorías de derechos comprendidas en el AADPIC (art. 22.2 y 22.3).

Se entiende que el procedimiento de Solución de Diferencias impide que se apliquen, respecto de los países que son parte de la OMC, normas unilaterales que autorizan represalias, como por ejemplo, el art. 301 de la Ley de Comercio norteamericana, al menos en relación con las materias o cuestiones cubiertas por el AADPIC.

## VI. DISPOSICIONES REFERIDAS A LOS PAÍSES EN DESARROLLO (PED) Y A LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS MIEMBROS (PMA)

- Cuando se plantee una diferencia entre un PED y otro industrializado, siempre que aquel lo solicite, participará en el grupo especial por lo menos un integrante que sea nacional de un PED (art. 8.10).
- Al examinar una reclamación presentada contra un PED, el grupo especial le concederá tiempo suficiente para preparar y exponer sus alegaciones (art. 12.10).
- Cuando una o más de las partes sean PED, en el informe del grupo especial se indicará explícitamente la forma en que se han tenido en cuenta las disposiciones pertinentes sobre trato diferenciado y más favorable previstas para los PED en los acuerdos abarcados, y que hayan sido alegadas por ellos en el curso del procedimiento de solución de diferencias (art. 12.11).
- Se prestará especial atención a las cuestiones que afecten a los intereses de los PED con respecto a las medidas que hayan sido objeto de solución de diferencias (art. 21.2).
- Si el caso ha sido promovido por un PED, el OSD, al considerar qué disposiciones adecuadas podrían adoptarse, tendrá en cuenta no sólo el comercio afectado por las medidas objeto de la reclamación sino también su repercusión en la economía de los PED de que se trate (art. 21.8).
- En todas las etapas de la determinación de las causas de una diferencia o de los procedimientos de solución de diferencias en que intervenga un PMA, se prestará par-

ticular consideración a la situación especial de éstos. A este respecto, los Miembros ejercerán la debida moderación al plantear los casos. Si se constata que existe anulación o menoscabo como consecuencia de una medida adoptada por un PMA, las partes reclamantes ejercerán la debida moderación al pedir compensación o recabar autorización para suspender la aplicación de concesiones o del cumplimiento de otras obligaciones de conformidad con estos procedimientos (art. 24.1).

- Cuando en los casos de solución de diferencias en que intervenga un PMA no se haya llegado a una solución

satisfactoria en el curso de las consultas celebradas, el Director General de la OMC o el Presidente del OSD, previa petición de un PMA, ofrecerán 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 mencionada, el Director General o el Presidente del OSD podrán consultar las fuentes que uno u otro consideren procedente (art. 24.2).

**NOTA**

1 Profesora de Derecho de Autor y Derechos Conexos (titular Cátedra UNESCO) y de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora principal del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE) de la Facultad antes mencionada. Consultora de la UNESCO, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Centro para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) y la Secretaría Permanente de Integración Económica Centroamericana (SIECA). Secretaria General del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Sus trabajos han sido traducidos al francés, inglés, italiano, portugués y alemán. Su libro Derecho de Autor y Derechos Conexos -escrito por encargo de la UNESCO para la enseñanza universitaria de la materia- editado en 1993 por Unesco/CERLALC/Zavalá, ha sido publicado en francés en 1997, en inglés en 1999 y se encuentra en curso la edición en ruso.

**VI. DISPOSICIONES RELATIVAS A LOS PAISES EN DESARROLLO (PMA) Y A LOS PAISES SIN ESTADUS (PE)**

El artículo 24.1 del Acuerdo establece que los Miembros ejercerán la debida moderación al plantear los casos. Si se constata que existe anulación o menoscabo como consecuencia de una medida adoptada por un PMA, las partes reclamantes ejercerán la debida moderación al pedir compensación o recabar autorización para suspender la aplicación de concesiones o del cumplimiento de otras obligaciones de conformidad con estos procedimientos (art. 24.1).

El artículo 24.2 del Acuerdo establece que cuando en los casos de solución de diferencias en que intervenga un PMA no se haya llegado a una solución satisfactoria en el curso de las consultas celebradas, el Director General de la OMC o el Presidente del OSD, previa petición de un PMA, ofrecerán 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 mencionada, el Director General o el Presidente del OSD podrán consultar las fuentes que uno u otro consideren procedente (art. 24.2).

El artículo 24.3 del Acuerdo establece que el Director General de la OMC o el Presidente del OSD, previa petición de un PMA, ofrecerán 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 mencionada, el Director General o el Presidente del OSD podrán consultar las fuentes que uno u otro consideren procedente (art. 24.3).

La aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Vigilancia.

En una reunión del OSD, que se celebrará dentro de los seis meses siguientes a la adopción del informe del grupo especial, el Organismo de Asesoramiento de Transparencia, por regla general, y el grupo especial, en caso de que no se haya alcanzado un acuerdo de transacción, más de noventa días después de haberse presentado el informe del grupo especial, excepto que se haya acordado lo contrario, las partes se reunirán para discutir el informe del grupo especial y las recomendaciones del OSD.

El informe del grupo especial y las recomendaciones del OSD serán sometidos a la consideración de los Miembros de la OMC en una reunión del OSD, que se celebrará dentro de los seis meses siguientes a la adopción del informe del grupo especial. El informe del grupo especial y las recomendaciones del OSD serán sometidos a la consideración de los Miembros de la OMC en una reunión del OSD, que se celebrará dentro de los seis meses siguientes a la adopción del informe del grupo especial.

El informe del grupo especial y las recomendaciones del OSD serán sometidos a la consideración de los Miembros de la OMC en una reunión del OSD, que se celebrará dentro de los seis meses siguientes a la adopción del informe del grupo especial.

# Aspectos de la legislación petrolera

Juan M. Quevedo

*Al sortear el difícil sendero de administrar los recursos petroleros de un país, hay que balancear la retórica cautivante con la realidad práctica.*

## 1. RELACIÓN ESENCIAL ENTRE EL ESTADO, DUEÑO DE RECURSOS PETROLEROS Y LA EMPRESA PETROLERA INVERSIONISTA.

Para evidenciar la relación esencial entre el Estado y la empresa petrolera he utilizado el siguiente cuadro:



El punto arbitrario de partida representa el nivel de inversión petrolera en un momento dado, al amparo de las condiciones legales, tributarias y contractuales vigentes en ese momento.

Desde este punto de partida salen dos líneas. La una entrecortada y la otra continua. La línea entrecortada representa el total de beneficios y participaciones estatales ("total government take"). La línea continua representa las inversiones petroleras.

Este cuadro es crasamente simplista, puesto que la realidad es siempre mucho más compleja, pero hace resaltar lo esencial de la relación Estado - empresa petrolera. Esto es, que a medida que crece la participación estatal, disminuye la inversión petrolera.

Los legisladores y políticos se enfrentan así, a un dilema difícil de resolver:

- Si ceden a la tentación de incrementar en forma continua los beneficios y participaciones estatales, para mejor atender las necesidades siempre angustiosas de la nación, corren el riesgo de llegar a un punto donde la inversión petrolera irá cayendo y el resultado neto será la disminución real de las participaciones y beneficios estatales y el consiguiente deterioro de las condiciones políticas, sociales y económicas.
- Si por otro lado generan un ambiente legal, contractual y tributario demasiado favorable al inversionista, serán sin duda blanco de la oposición política y estarán fal-

tando a su deber de procurar el mejor rendimiento de los recursos petroleros en beneficio de la sociedad.

Escoger el punto óptimo es muy difícil. Lo es más todavía por el grado de politización que reviste la industria petrolera, en países donde dicha industria representa un porcentaje alto de la riqueza nacional.

Con frecuencia los países siguen una ruta similar a la descrita en el cuadro que antecede. Se aumenta progresivamente la participación estatal y se reduce consecuentemente la inversión, hasta que se llega a un punto donde se ha descuidado el mantenimiento de la infraestructura productiva y de transporte, se ha descuidado la condición de los yacimientos, no se hecho nueva exploración y los niveles de producción empiezan una alarmante curva de declinación.

En tales condiciones se da con frecuencia un golpe de timón. Comienza otra vez una política de incentivos y una gestión promocional en el exterior. Los Ministros de Estado y hasta los Presidentes viajan al exterior y se entrevistan con los representantes de la industria petrolera. Se flexibiliza las condiciones legales, contractuales y tributarias. La inversión petrolera vuelve a crecer.

Cuando nuevamente la inversión ha llegado a niveles adecuados, y especialmente si uno o más inversionistas petroleros han tenido éxitos significativos, se empieza a cuestionar los contratos y las condiciones fijadas en el período promocional y el ciclo comienza nuevamente.

A medida que los Estados adquieren más experiencia en el manejo del asunto petrolero, y a medida que se desarrolla en un país una clase profesional de técnicos y administradores petroleros, los ciclos antes descritos se hacen más espaciados y tienden a ser menos extremos. El cuadro siguiente sería representativo de los ciclos atenuados de un país más desarrollado en esta materia:



Para tratar de impedir o minimizar los ciclos que quedan descritos se han desarrollado algunos mecanismos, como por ejemplo los siguientes:

I- La tributación ocasional especial, cuando por razones ajenas a la industria petrolera hay utilidades exorbitantes e imprevistas. En inglés se le denomina a esta tributación ocasional y especial el "windfall profits tax", o sea, literalmente, la tributación sobre utilidades "traídas por el viento". Al pre-establecer mediante ley o contrato esta tributación especial en condiciones y situaciones especiales y ocasionales, se genera estabilidad para ambas partes. Hay una contrapartida a este mecanismo, más discutible, que es el pre-establecer correspondientemente un régimen de alivio tributario, cuando por razones ajenas a la industria sobrevengan condiciones críticas para el negocio petrolero.

II- El congelar las condiciones legales, tributarias y contractuales, al momento de la suscripción del respectivo contrato. Este concepto no es otra cosa que el "Pacta dant legem contractui" (los acuerdos constituyen la ley del contrato) del Derecho Romano y el "Pacta sunt servanda" (los pactos deben ser cumplidos, tienen fuerza de obligar) del Derecho Canónico.

El artículo 249 de la Constitución Política de la República del Ecuador, siguiendo los citados principios dispone, al hablar de servicios públicos prestados por empresas privadas, que "Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes y otras disposiciones." Igualmente el artículo 271 de la Constitución Política dispone que "El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas."

La realidad de la relación Estado- empresa petrolera es mucho más compleja de la que aparece de los cuadros que anteceden. Hay varios otros factores que tienden, en ocasiones, a estimular o a restringir la inversión petrolera. Así por ejemplo:

- A) Las condiciones del mercado petrolero en el mundo.  
Cuando hay escasez de petróleo en el mercado, la industria tiende a ser más agresiva en su ritmo de inversión y tiende a tomar mayores riesgos. Inversamente, cuando hay un exceso de petróleo en el mercado, las inversiones petroleras tienden a disminuir. Solamente muy pocas empresas con mucha capacidad económica ignoran estos ciclos de oferta y demanda y siguen con sus planes a largo plazo sin variación.
- B) Inseguridad física.  
En un ambiente extremo de inseguridad física, con secuestros, atentados terroristas y otras actividades similares, los incentivos que requerirá la industria para mantener o aumentar su nivel de inversiones serán mayores.
- C) Inseguridad jurídica.  
En un ambiente donde el Estado tiene un historial de arbitrariedad y el poder judicial es débil e ineficiente y no están en vigor sistemas ágiles y confiables para resolver conflictos, el inversionista será más cauteloso.
- D) El potencial geológico.  
En un área donde la posibilidad de encontrar y desarrollar grandes reservas de hidrocarburos sea muy alta, el

Estado podrá negociar mejores condiciones que en un área donde las expectativas son apenas marginales.

- E) La certeza de poder evacuar el petróleo al mercado.  
Si el inversionista no tiene seguridad de poder evacuar oportunamente el petróleo que produzca, a los mercados mundiales, por insuficiencia de la capacidad volumétrica de los oleoductos existentes, o porque hay que cruzar territorios de otros países con los cuales no hay acuerdos vigentes, u otras causas similares, tendrá muchas dudas para embarcarse en inversiones significativas.
- F) Disponibilidad de financiamiento en los mercados de capitales y en la banca internacional.  
Aún las empresas petroleras más grandes recurren con frecuencia a los mercados de capitales y a los consorcios de bancos para financiar sus mega-proyectos. Hay períodos como aquel que vino luego de la crisis financiera asiática, donde se cierran o restringen significativamente las fuentes externas de financiamiento. Durante tales períodos la inversión importante petrolera puede disminuir, independientemente de la política de cada Estado.

## 2. EL ESTADO "RENTISTA"

Este concepto del "Estado rentista" describe a un Estado que no participa en el negocio petrolero, sino que simplemente se limita a cobrar los impuestos y beneficios que le corresponden.

Comenzando principalmente en la década de los cincuenta, el concepto del Estado rentista fue muy desprestigiado. Políticamente hablando, se consideraba que el Estado rentista era una etapa anacrónica que había que superar y se arguyeron las siguientes razones:

- A) El negocio petrolero es de los mejores del mundo y siendo el Estado dueño de los recursos naturales, es lógico y justo que a más de sus participaciones fiscales y patrimoniales, el Estado participe comercialmente en el negocio petrolero, ya sea como dueño y operador, o como socio.
- B) Era preciso rescatar la soberanía nacional sobre el negocio petrolero. En el esquema del Estado rentista, las decisiones fundamentales sobre el negocio petrolero eran tomadas en algún directorio de una empresa foránea, a miles de kilómetros de distancia. Esto había que corregirlo.
- C) Había que romper la "dependencia económica" y alcanzar la verdadera independencia.

Todos estos argumentos fueron muy eficaces en desbaratar la imagen del Estado rentista y durante varias décadas tuvieron una vigencia política incuestionable. Aún ahora, la misma retórica sigue teniendo alguna fuerza.

En teoría, los argumentos de la retórica contraria al concepto del Estado rentista son en realidad muy atractivos. La experiencia, sin embargo, es frecuentemente contraria a la teoría.

El argumento del "rescate de la soberanía" tiene un especial atractivo político, si bien como dijo un ex-Presidente de Petróleos de Venezuela, "no hay peor violación de la soberanía que vivir sumidos en la indigencia, mientras estamos rodeados de increíbles riquezas naturales".

Utilizando el modelo venezolano, durante el período "rentista" se alcanzaron los siguientes logros:

- A) Se construyó una espectacular infraestructura de autopistas, carreteras, puertos aéreos y marítimos, ferrocarriles, edificaciones públicas, universidades, colegios y hospitales. Esta infraestructura está envejeciendo.
- B) Se consolidó una gran clase media, próspera y altamente profesionalizada que luego fue delibitándose en alto grado.
- C) El desempleo era casi desconocido y el país recibió además a millares de inmigrantes españoles, italianos y portugueses que venían a participar en la bonanza venezolana.
- D) El índice de criminalidad era muy inferior al que vino en los períodos posteriores.

¿Debe volverse entonces al Estado rentista? No lo sé.

Lo que sí creo es que al sortear el difícil sendero de administrar los recursos petroleros de un país, hay que balancear la retórica cautivante, con la realidad práctica.

Argentina, Francia, Italia, Rusia y España se han vuelto ya, o están en el proceso de volverse rentistas y han vendido, total o parcialmente, sus empresas petroleras estatales. Otros países han escogido caminos intermedios, limitando o minimizando el monopolio estatal y unos pocos como México se aferran al monopolio estatal, si bien es cierto que hay aperturas significativas para el capital privado en ciertas áreas como la del gas.

### 3. LOS PROBLEMAS BÁSICOS DE LA EMPRESA ESTATAL

La empresa estatal tiene problemas que no tiene la empresa privada.

Yo creo que en países como el nuestro, sí debe haber una Empresa Petrolera Estatal y este tema se discute en el numeral (4) que sigue, pero sí hay que estar conscientes de la problemática típica y peculiar de la empresa estatal:

#### A) La voracidad del Estado

En nuestra Ley de Compañías, (artículo 297) se dispone que solamente se puede distribuir dividendos, tomándolos de los beneficios líquidos anuales. Esto quiere decir que sólo se puede disponer de lo que queda, luego de deducir de los ingresos, los gastos operacionales e inversiones, los impuestos, las amortizaciones y depreciaciones y las reservas legales, estatutarias o especiales. Disposiciones equivalentes existen en todas las legislaciones.

El accionista privado generalmente tiene, pues, que esperar a que se apruebe el balance y solamente entonces ver lo que queda disponible para la distribución.

El accionista de la empresa de Estado, esto es el Estado, no tiene esa disciplina y esa paciencia. Cuando el Estado enfrenta una crisis de cualquier especie, o necesidades imprevistas o simplemente desea ganar favor político haciendo tal o cual desembolso, recurre a los fondos de la empresa petrolera estatal, dejando a ésta con frecuencia sin siquiera lo suficiente para cubrir sus gastos operacionales.

#### B) La inestabilidad política. Cada cambio de Gobierno generalmente implica una remoción de la cúpula administrativa

#### C) Nivel de remuneraciones. Los funcionarios y empleados de las empresas petroleras estatales, sobre todo en los países en desarrollo, tienen, con frecuen-

#### cia, niveles de remuneración muy inferiores a los niveles de sus equivalentes en la empresa petrolera privada

Este es un problema difícil de resolver, pero creo que es necesario considerar que mientras haya esta diferencia de niveles, los candidatos más capacitados posiblemente se irán, a la primera oportunidad, a trabajar en la empresa privada.

Los empleados y funcionarios que manejan negocios millonarios pero que ganan sueldos irrisorios, serán más vulnerables a las tentaciones de cometer irregularidades. Es un asunto básico de dignidad personal. El empleado o funcionario de la empresa petrolera estatal debe tener una remuneración adecuada para vivir con dignidad con su familia y debe tener la certeza de que no será removido sin causa legítima, cada vez que haya cambio de Gobierno o cambio a nivel gerencial.

El funcionario de la empresa petrolera estatal va a tratar con representantes de las empresas más grandes y va a enfrentar la normal agresividad de los vendedores de bienes y servicios. Hay que darle un nivel de dignidad e independencia que le permita representar a su empresa con altura.

Si nivelar las remuneraciones con aquellas de la empresa privada resultare políticamente imposible, por lo menos sería necesario reconocer la naturaleza especial del negocio petrolero, y crear condiciones adecuadas de trabajo en la empresa estatal.

### 4. ¿DEBE HABER UNA EMPRESA PETROLERA ESTATAL?

La respuesta apropiada a esta pregunta debe variar de país a país.

En el caso de países pequeños y pobres, pero con reservas de petróleo más o menos significativas, creo que sí debe haber una empresa petrolera estatal, por las siguientes razones:

#### A) La empresa petrolera estatal es generalmente un mejor interlocutor para tratar con la industria petrolera internacional, que los funcionarios ministeriales de nivel político.

Los funcionarios de la empresa petrolera estatal, siendo profesionales que han trabajado en el campo petrolero, tienen experiencias similares a las de sus contrapartes en la industria internacional. Hablan el mismo idioma, han sorteado los mismos problemas y el diálogo tiende a ser positivo y fácil. El diálogo con los políticos a nivel ministerial tiende a ser mucho más difícil, sobre todo en el período inicial de su gestión, a la que llegan con ideas preconcebidas que no siempre coinciden con la realidad. Una vez que han pasado su "curva de aprendizaje" son removidos y hay que empezar de nuevo con el turno siguiente. La frecuencia de estos cambios ha sido en muchos casos tan alta, que en ocasiones la duración de un nombramiento no ha pasado de unas pocas semanas o meses.

#### B) La empresa petrolera estatal es útil para formar cuadros de profesionales petroleros técnicos y administrativos que, a más de entender el negocio petrolero, puedan desempeñarse en el complejo campo de la administración pública.

C) Un país débil no debe depender exclusivamente de los inversionistas internacionales en momentos de crisis, sin tener los recursos de negociación de países más ricos. En esas situaciones extremas, la empresa petrolera nacional puede dar el alivio necesario hasta que mejoren las circunstancias.

## 5. LOS PRECIOS DEL PETRÓLEO

No hay otra área del asunto petrolero donde exista más confusión y menos entendimiento real, que en el área de los precios.

Creo que para entender mejor la realidad, hay que tomar en cuenta lo siguiente:

A) Cuando los precios del petróleo son altos, hay beneficiarios y perjudicados.

Los beneficiarios son los países exportadores y las empresas petroleras ya sean estatales o privadas. Los perjudicados son los países consumidores.

Esta declaración bastante obvia, nos lleva a ciertos análisis:

a) Los países consumidores, tanto en número como en población, son los más y los países exportadores son los menos.

b) Para defender a los más, ¿debe dejarse que los precios floten libremente de acuerdo con la oferta y la demanda, o debe crearse mecanismos que influyan artificialmente para mantener altos los precios (como por ejemplo la Organización de Países Exportadores de Petróleo)?

c) Entre los países exportadores hay algunos que realmente necesitan en forma crítica mayores ingresos y otros de gran producción y poca población, que descansan sobre grandes reservas monetarias acumuladas. Hay, pues, gran variedad en la condición de los países exportadores.

d) Entre los países consumidores, hay las grandes potencias económicas de América, Asia y Europa, pero hay también países paupérrimos y sobrepoblados. Hay pues, así mismo gran variedad en la condición de los países consumidores.

e) En los períodos de precios altos del petróleo, hay bonanza en los países exportadores, pero con frecuencia se debilita la economía a nivel mundial, y esto tarde o temprano afecta también a los países exportadores.

Salta a la vista la complejidad del problema y la necesidad de resolverlo mediante diálogo y consenso entre todos los actores, en un planeta cada vez más chico y más interdependiente.

B) De los precios que paga el consumidor en la gasolinera, la parte que va a la empresa petrolera (sea privada o estatal) en la mayoría de los países no llega al 30%. El resto del precio se compone de impuestos de distinta índole. Dicho de otra forma, si no se usara la venta de gasolina, como sistema tributario, las empresas podrían rebajar los precios en alrededor de 70% sin afectar su negocio.

Resulta pues, que hay que tener cuidado de no culpar a las empresas petroleras (privadas o estatales) por el nivel de precios.

C) Durante la mayor parte del medio siglo que precedió a la intervención de los Estados exportadores en los mer-

cados internacionales de petróleo y antes de la constitución de la OPEP, los precios del petróleo muy rara vez pasaron de tres dólares por barril. En ese período la comercialización del petróleo era manejada casi exclusivamente por la industria petrolera internacional.

D) Si se compara el precio de un galón de gasolina con el precio de un barril de cualquier producto que consumimos en nuestras casas día tras día, como bebidas gaseosas, cerveza, vino, cualquier líquido antiácido, agua de colonia, etc, va el lector a ver con gran sorpresa que la gasolina es más barata.

Es más barata la gasolina, a pesar de ser un recurso no renovable, extraído de las profundidades de la tierra, luego de inversiones millonarias en exploración, producción, transporte, refinación, almacenaje y distribución. Sin embargo, por razones difíciles de explicar, pagamos tranquilamente por un galón de bebida gaseosa igual o más de lo que pagamos por un galón de gasolina. La típica botella de dos litros de gaseosa cuesta, en Quito, 75 centavos de dólar. El galón de esta combinación de agua, azúcar y algún sabor, costaría 1,425 dólares.

## 6. MODELOS CONTRACTUALES

Hay abundante literatura y apasionadas discusiones sobre las ventajas de tal o cual modelo contractual entre el Estado (o la empresa estatal) y el inversionista extranjero.

Además, las modas en esta materia van y vienen. Me causa algo de sorpresa ver como ahora se habla tranquilamente de "concesiones" y de "concesionar o delegar" mientras que hace dos décadas, esas eran malas palabras.

Creo que poco importa la nomenclatura que se use. Lo que realmente importa es lo siguiente:

A) Los contratos deben ser sencillos y diáfanos. Los contratos oscuros y difíciles de administrar no ayudan a nadie.

B) Los contratos deben estar protegidos contra reformas unilaterales de una de las partes y la ecuación económica del contrato debe ser siempre mantenida; de tal manera que si en alguna forma se deteriora por acción del Estado uno de los elementos económicos del contrato, el contratista pueda efectivamente obtener compensación equivalente en algún otro rubro en forma real y oportuna.

C) Los contratos deben propender a que las dos partes contractuales cooperen en solucionar los problemas que se vayan presentando. Las metas deben ser conjuntas y no adversas.

D) Los métodos de solución de controversias deben ser claros y ágiles.

E) Debe darse la mayor latitud posible al plazo contractual. Históricamente los Estados trataban de limitar los plazos contractuales lo más posible. La idea era que el inversionista se vaya lo más pronto posible y que el monopolio estatal tenga cada día un mayor porcentaje del negocio petrolero en la nación.

Esta concepción ya no tiene asidero, pues en la gran mayoría de los países o se está vendiendo la empresa estatal, o se está minimizando su carácter monopolístico. ¿Para qué entonces limitamos los plazos contractuales?

Lo más beneficioso sería que los contratos tuviesen la misma duración de las reservas económicamente recuperables. De esa manera las empresas contratistas tendrían un incentivo, para seguir invirtiendo por un período mucho mayor.

## 7. ¿CUÁL ES MEJOR CONTRATISTA PARA EL ESTADO, LA EMPRESA GIGANTE, LA MEDIANA O LA PEQUEÑA?

En los últimos años hemos visto la formación de un número de super-empresas por medio de megafusiones de empresas petroleras. Así tenemos Exxon-Mobil, Shell, BP-Amoco-Arco, Total-Elf-Fina, Repsol-YPF, Chevron-Texaco y otras.

Cada una de las empresas resultantes de estas fusiones es un conglomerado con inmenso potencial técnico, administrativo y financiero.

¿Por qué estas super empresas?

Creo que la respuesta principal a esta pregunta es la de que las dificultades técnicas, financieras y administrativas para desarrollar nuevas reservas de gran volumen, son de tal magnitud, que solo empresas de este tamaño pueden hacerlo. Salvo uno que otro caso fortuito, que todavía puede ocurrir, todo lo fácil está ya descubierto y desarrollado. Lo que falta por descubrir y desarrollar es lo difícil, lo costoso

y lo técnicamente complejo. Muchísimos millones de dólares tendrán que invertir estas mega-empresas en exploración a gran profundidad, en ambientes marinos y terrestres difíciles, en nuevos sistemas de recuperación mejorada, en nuevos sistemas de refinación y transporte y en nuevos productos más eficientes y más benignos con el medio ambiente.

Las grandes tareas de exploración e industrialización, serán pues una área reservada a estas enormes empresas.

Hay, sin embargo, muchas otras tareas en el campo petrolero que no requieren la magnitud de inversión ni la capacidad de innovación técnica de las grandes empresas. Es más, es muy posible que a estas grandes empresas no les interese participar en cierto tipo de actividades de menos cuantía. En este campo, las empresas medianas son las que debe buscar el Estado.

Finalmente, las empresas pequeñas también tienen su nicho petrolero, actuando en campos marginales o haciendo labor promocional para interesar a las empresas medianas y grandes.

Las ideas que anteceden las he desarrollado en treinta y siete años de experiencia en la industria petrolera. Sin duda hay otras concepciones diferentes de la problemática petrolera, que tienen igual o mayor legitimidad. Cada lector llegará a sus propias conclusiones.

# La telaraña legal

## (Segunda parte)

Luis Hidalgo López

*La tipificación de infracciones, atribución exclusiva del Congreso Nacional ejercida al dictar leyes, ha sido usurpada -como un patrimonio histórico de la administración pública-, al ser ejercida contradiciendo el precepto contenido en el numeral 1º del Art. 24 y numeral 2o. del Art. 141 de la Constitución Política, con motivo de expedir Decretos Ejecutivos, Acuerdos Ministeriales o simplemente Resoluciones.*

### LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

#### El Silencio Administrativo Oficial

El derecho de petición reiterado por todas las Constituciones Políticas y recogido en el numeral 15o. del Art. 23 de la Carta Política actual, se ejerce mediante la presentación de una solicitud por escrito dirigida a la autoridad pública competente. La solicitud puede tener tres contenidos: mediante la presentación de una denuncia; mediante la petición del reconocimiento de un derecho, de alcanzar una autorización indispensable para una actividad económica; y mediante reclamos deducidos por los particulares con la presentación de argumentos jurídicos y pruebas en una tramitación, reglada o no, del ejercicio de una justicia administrativa. En este último contenido, es pertinente analizar el tema.

El efecto jurídico tradicional del silencio administrativo consagrado en la legislación<sup>1</sup>, como efecto negativo al derecho de petición no atendido en el plazo o término previsto en ley, fue considerarlo como denegación tácita de la solicitud, efecto negativo que únicamente tenía por objeto posibilitar la continuación y desenvolvimiento del proceso contencioso administrativo, a juicio del recurrente, interponiendo los recursos que correspondan en grado.

El Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado sustituyó el efecto jurídico del silencio administrativo, de negativo a positivo<sup>2</sup>. La sustitución del efecto negativo al efecto positivo del silencio administrativo vino a superponerse a las leyes tradicionales, dentro del principio de la reforma tácita ya analizado.

El principal defecto del texto modernizador fue que prescindió de la Teoría General del Derecho y del Derecho Práctico al no incorporar un efecto jurídico administrativo inmediato, específico y práctico, de la declaración de la aceptación tácita de la reclamación del recurrente. Se limitó a consolar a los recurrentes recordándoles que pueden recurrir ante los jueces con jurisdicción penal, acusando a los funcionarios públicos que no resolvieron dentro del término, de la infracción prevista en el Art. 213 del Código

Penal, infracción que se comete mediante actos volitivos expresos "ordenados o ejecutados", elemento constitutivo del delito muy diferente a la "inexistencia de actos volitivos, de actos de omisión", que fundamentan el silencio administrativo.

Como consecuencia de la reforma tácita de la legislación y de la falta de un efecto jurídico, la administración pública ha reaccionado mediante cuatro prácticas conocidas, para desacatar el efecto positivo del silencio administrativo:

1. Simplemente, lo ignoran. Cuando se alega el efecto positivo del silencio administrativo en una reclamación, en la resolución oficial ni siquiera tienen a bien referirse a la alegación.
2. Afirman que no es aplicable el efecto positivo del silencio administrativo a los reclamos presentados a la institución pública, en razón de que rige para ella un derecho especializado al cual -según el razonamiento oficial- la norma del efecto positivo del silencio administrativo no puede afectarlo.
3. Interpretan que el citado artículo tiende a proteger el derecho a los particulares que tramitan sus peticiones, mas no faculta a éstos para que, acogiéndose a la citada norma legal, pretendan solicitar a un Ministro de Estado que no cumpla con la Ley<sup>3</sup>.
4. Simplemente enfrentan el efecto positivo del silencio administrativo, mediante actos normativos debidamente promulgados, enervando el derecho de petición<sup>4</sup>.

#### La Administración de Justicia por la Contraloría

El Dr. Alfredo Corral Borrero, Contralor General del Estado, en declaraciones a los medios de comunicación<sup>5</sup>, el 25 de abril de 1999 ha hecho conocer que en los primeros cuatro meses del año 1999 ha establecido 1200 "glosas" con un monto estimado de cien mil millones de sucres de responsabilidades. En nuevas declaraciones efectuadas el 5 de julio del mismo año<sup>6</sup>, hace conocer que en los cinco primeros meses de labor ha establecido 2420 "glosas" por un monto total de 220.000 millones de sucres y dos millones de dólares de responsabilidades. "Estos valores deberían

ser repuestos al Estado -declaró-, por medio del Sistema de Rentas Internas, pero ese proceso es más complicado de lo que podría parecer". Finalmente, en el Informe a la Nación, nos hace conocer<sup>7</sup>:

*"Por mandato constitucional la Contraloría tiene potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal".*

*"El establecimiento de responsabilidad civil culposa se fundamenta en el perjuicio económico irrogado a una entidad u organismo..."*

*"En los últimos doce meses se han establecido 4460 glosas, por un monto de 531.100.849.761,67 sucres y 54.754.875,82 dólares..."*

Dos comentarios iniciales se desprenden del Informe:

1. La Constitución otorga a la Contraloría la potestad de determinar responsabilidades civiles culposas; no le otorga potestad para establecer glosas.
2. El Informe no sustenta ninguna relación entre "determinar responsabilidades civiles culposas" y "establecer glosas".
3. La responsabilidad civil culposa se fundamenta en la culpa del servidor que ocasiona un perjuicio a una entidad pública; por ello es culposa. No se fundamenta en el perjuicio irrogado.

Por tanto, cinco son los elementos que serán objeto de análisis:

#### *La Responsabilidad Civil Culposa*

Por qué una persona que ha causado un perjuicio económico a otro -persona natural, jurídica o entidad pública- está obligada en ciertos casos a pagarle o reembolsarle el perjuicio económico; y, por el contrario, no incurre en ninguna responsabilidad en otros casos. Descubrir el fundamento de la responsabilidad civil culposa es al mismo tiempo determinar su campo de aplicación.

Existe el principio general de que todo hecho de acción u omisión del ser humano que causa un perjuicio económico a otro obliga a aquel, por cuya culpa se ha producido, a repararlo. La obligación de reparación y pago es una obligación legal que nace de la falta cometida<sup>8</sup>.

La responsabilidad del autor de la falta se llama civil por oposición a la responsabilidad penal y porque el derecho civil no la considera sino desde el punto de vista de la reparación pecuniaria del perjuicio y no de la sanción penal. La legislación privada ecuatoriana exige dos elementos -culpa y perjuicio-, unidos en forma copulativa en una relación de causalidad, en un nexo causal de causa-culpa a efecto-perjuicio, para la determinación de una responsabilidad civil a una persona natural o jurídica -imputación al autor culposo-, mediante la creación legal de una obligación jurídica para indemnizar o reembolsar el costo de un perjuicio económico causado a otra u otras personas agraviadas, públicas o privadas, preceda o no una relación jurídica expresa y directa entre ellas.

Este principio está recogido por el derecho privado en el Art. 1480 del Código Civil, que declara que las obligaciones nacen "a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos". Es del hecho -no de la injuria o daño- de donde nace la obligación jurídica de la responsabilidad civil.

El derecho público ecuatoriano recoge los mismos principios y relación de causalidad del derecho privado. El Art.

212 de la Constitución Política, en concordancia con el Art. 20 de la misma, determina que la culpa o dolo presuponen la determinación de la responsabilidad civil culposa para reembolsar el perjuicio a la entidad pública o para repetir la indemnización pagada por el Estado. La causa de la obligación jurídica es la culpa o el dolo, no el perjuicio causado. El Art. 341 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control reitera el principio al declarar que "cuando por la acción u omisión de los servidores respectivos se haya producido perjuicio económico a la entidad u organismo". Es de la acción u omisión culposa de los empleados públicos -no del perjuicio económico- de donde se genera la obligación jurídica de la responsabilidad civil culposa.

#### *El Perjuicio Económico*

Daño o perjuicio, en su sentido natural y obvio, significa todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona física o moral (honra, afecciones, libertad, crédito, salud, etc.) o en sus bienes<sup>9</sup>.

De lo que se sigue que el perjuicio o daño irrogado puede ser de dos tipos: a) perjuicio económico, detrimento patrimonial, daño emergente y lucro cesante, con una valoración en dinero de características líquida, pura, clara y determinada; y, b) daño moral, por afectar a la honra, buen nombre, prestigio, libertad, crédito, expectativas sociales, etc., que no tiene una valoración en dinero de las características del primero y, por tanto, requiere de un proceso de valoración y apreciación.

Al perjuicio económico, como una especie, se lo conoce como daño material o físico en tanto en cuanto constituye un agravio en los bienes, en el patrimonio, y no en los atributos morales o sociales de la persona<sup>10</sup>.

El resarcimiento del perjuicio comprende, por lo general, no sólo el perjuicio positivo por disminución del patrimonio -daño emergente- sino también el perjuicio negativo por ganancia dejada de obtener en la gestión afectada -lucro cesante-.

La forma más clara del perjuicio es la pérdida o el deterioro de un bien corporal que pertenece a otro: destrucción de una casa por un incendio culposo, avería de un automotor por colisión debido a conducción imprudente, pérdida de objetos muebles por falta de cuidado. El importe del perjuicio se calcula fácilmente de acuerdo con el valor del objeto. Es igual a ese valor si la cosa ha quedado completamente destruída, fuera de uso o desaparecida. Se calcula de acuerdo con el importe de la reparación, si la cosa puede ser reparada, o, en caso contrario, teniendo en cuenta el valor de los restos. En la teoría jurídica se lo conoce como el perjuicio directo.

El perjuicio puede consistir, además, en una disminución del valor de los elementos del patrimonio del afectado, particular o entidad pública, sin lesión material directa sobre el patrimonio. Si el afectado tiene la obligación de llevar contabilidad, al ocurrir una disminución en los elementos del activo o un alza en los elementos del pasivo, su patrimonio resultará disminuído exactamente en el monto del perjuicio. Bien entendido que el patrimonio de una persona natural o jurídica es el activo menos el pasivo. En la teoría jurídica es conocido como el perjuicio indirecto.

En el derecho privado, el Art. 2241 del Código Civil ordena que "el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización". En general, desde el artículo citado hasta el Art. 2257, el Cód-

go se refiere al daño económico en los bienes del agraviado, al perjuicio económico de carácter patrimonial individual. Involucra al daño emergente y al lucro cesante, al perjuicio directo y al perjuicio indirecto.

En el derecho público, el numeral 17 del Art. 303 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control limita al "perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo" y en el Art. 341 de la misma Ley a que "se haya producido perjuicio económico a la entidad u organismo"; esto es, se refiere al perjuicio directo, esto es al perjuicio en los bienes y, además, al perjuicio en el patrimonio de la entidad u organismo del sector público. Parecería no involucrar al perjuicio indirecto, esto es al lucro cesante. No considera en absoluto el perjuicio moral.

En donde sí difiere el derecho privado del derecho público es en los procedimientos, solemnidades, jurisdicción y competencia del juzgador. En el ámbito del derecho civil es indispensable recurrir a los servicios de la administración de justicia, mediante el ejercicio de una acción judicial deducida ante juez competente. En el ámbito del derecho público, corresponde a la Contraloría la comprobación de que el acto administrativo es culposo, por acción u omisión; la evidencia comprobada del perjuicio resultante del acto culposo en una relación de causalidad encasillado en uno o más de los prototipos; la valoración del perjuicio económico directo o indirecto y la determinación de la responsabilidad civil al empleado público culposo imputado, mediante la notificación de rigor (predeterminación).

### La Culpa

La noción de culpa está considerada en un estado intermedio entre el dolo<sup>11</sup> y la fuerza mayor<sup>12</sup>.

Despojada, por tanto, de toda intencionalidad tendiente a ocasionar un perjuicio, se la define como "la violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad pero sin malicia, por alguna causa que puede y debe evitarse"<sup>13</sup>.

En sentido amplio la culpa se caracteriza por implicar una actitud contraria a la ley, causar o ser capaz de causar un perjuicio y resultar imputable al autor como consecuencia de su libre determinación. En sentido estricto, en cambio, el acto culposo tiene su origen en la impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación, negligencia del agente, en la realización del hecho o del acto jurídico administrativo, con abstracción de cualquier querer doloso. Gira, por eso, en torno a la idea de previsibilidad. Es decir la culpa significa la no previsión de un evento que es perfectamente previsible en el instante en que se manifiesta la voluntad del agente, debiendo estimarse como previsible aquello que se pudo o se debió preveer poniendo el debido cuidado. Si no se pudo preveer, o si previsto no pudo evitarse, se estaría en presencia del caso fortuito. Es importante resaltar que la evaluación para determinar si ha habido o no culpa debe retrotraerse al instante en que se manifestó la voluntad del agente y no a las actuales circunstancias de evaluación.

Según el modo como se manifiesta, la culpa puede consistir en un acto positivo, esto es cuando se ha hecho algo que se estaba obligado a no hacer -culpa por acción-; o cuando no se hubiera hecho algo que se estaba obligado a hacer -culpa por omisión-, omitiendo el deber jurídico de hacerlo.

Según la intensidad de la culpa, históricamente se la dividió en culpa lata, como la omisión de la diligencia que

hasta el hombre menos previsor suele cumplir; culpa leve, como la falta de la diligencia ordinaria que un buen padre de familia acostumbra a poner en sus cosas; y culpa levísima, como la falta de cuidado que tendría un diligentísimo padre de familia. El Código Civil ha recogido esta división, modificando la conceptualización de una u otra.

Según la relación en que se da la diligencia, esto es de la existencia o inexistencia de una relación jurídica civil, laboral, de servicio civil o mercantil entre el agente culposo y el agente agraviado, se divide la culpa entre contractual y extracontractual.

La culpa contractual se considera tradicionalmente como la acción u omisión voluntaria que, sin ánimo de perjudicar, impide el desarrollo normal de una obligación jurídica contratada<sup>14</sup>. En cuanto a la intensidad de la culpa, se regula basándose en criterios de utilidad de las partes de la relación contractual, conforme se encuentra definida en las reglas del Art. 1590 del Código Civil.

La culpa extracontractual se refiere a la culpa incurrida por el agresor por un daño en contra del agredido, con relación de causalidad entre culpa y daño, sin que medie una relación contractual civil o mercantil entre el ofensor y el ofendido.

La imputabilidad se refiere a que haya sido cometido por una persona dotada del discernimiento necesario para darse cuenta del hecho o acto jurídico que ejecuta, esto es en consideración a la capacidad jurídica delictual y cuasidelictual del agente, capacidad que genera el nexo de causalidad. Cuando falta el nexo de causalidad, no hay -no puede haber jurídicamente- determinación de responsabilidad civil culposa, aunque exista un perjuicio económico evidente.

En el ámbito del derecho público, como reina de las normas de la materia, se encuentra el Art. 20 de la Constitución que regula la obligación del Estado de indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irrogaren como consecuencia de los servicios públicos o "de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos". En este caso el Estado tendrá el derecho de repetición para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hubieren causado los perjuicios. Se trata de una determinación de responsabilidad civil culposa, en este supuesto constitucional, establecida por la Función Judicial.

De lo que se sigue que la fuente de obligación jurídica de los funcionarios y empleados públicos es la declaración judicial del dolo o culpa grave incurrida -causa- para ser obligados al pago del perjuicio -efecto- valorado como indemnización, dentro del trámite de la acción de repetición de lo pagado por el Estado. Es claro que la Constitución establece la relación de causalidad estudiada en la doctrina jurídica.

En cuanto a la graduación de la intensidad de la culpa como fuente de obligación jurídica para la acción de repetición del perjuicio, se refiere exclusivamente a la culpa grave o dolo. La culpa leve y la culpa levísima, según el Art. 20 de la Constitución Política, no son fuente de obligación para la acción de repetición de la indemnización pagada por el Estado.

En este contexto constitucional, se encuentra el Art. 212 que trata de la determinación de las responsabilidades civiles culposas, que no requieren de declaración judicial, pero

sí de demostración y determinación de la culpa por parte de la Contraloría General del Estado.

En cuanto a la graduación de la intensidad de la culpa, el Art. 327 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y el numeral 4o. Art. 10 del Reglamento de Responsabilidades, imputan la culpa leve. Involucran, por tanto, a la culpa grave; y excusan a la culpa levísima.

En definitiva, son consistentes todos los elementos constituyentes del cuasidelito regulado en la doctrina jurídica, en el derecho civil y en el derecho público, que pueden configurar un principio universal de fácil comprensión y aplicación: **No hay responsabilidad civil sin culpa.**

Si la culpa jurídica no produce un efecto, esto es un perjuicio económico ocasionado a un tercero, inexistente la relación de causalidad jurídica para la responsabilidad civil culposa. Por lo dicho, el análisis causal de la responsabilidad civil culposa no se basa en el orden natural de causas sino en la voluntad de la ley.

De lo que se infiere que sin la relación de causalidad jurídica comentada no hay posibilidad jurídica de establecer e imputar una responsabilidad civil culposa que ostente caracteres de legalidad, legitimidad y eficacia, tanto en el derecho privado cuanto en el derecho público. Para evadirlo, la Contraloría continúa estableciendo glosas contraviniendo su atribución Constitucional.

#### *Las glosas*

La institución de las glosas es un concepto histórico. Desde la época colonial hasta el 28 de octubre de 1974<sup>16</sup>, todas las entidades públicas tenían su "rindente o cuentadante", con obligación de presentar, mes a mes, para estudio del Tribunal de Cuentas, hasta el año 1927, y de la Contraloría General de la Nación, a partir de tal año, las cuentas del movimiento de ingresos y gastos de los fondos fiscales y municipales a su cargo. El Tribunal de Cuentas o el Contralor General de la Nación, según el período histórico, estudiaba dichas cuentas y, si las encontraba correctas, notificaba con un "finiquito" de la cuenta al cuentadante. Si el Contralor hiciera observaciones a la cuenta presentada a su estudio, formulaba "las glosas" respectivas. El precepto de todas las versiones históricas se encontraba recogido en el Art. 305 de la derogada Ley Orgánica de Hacienda de 1927. La rendición de cuentas se suprimió en el año 1974 y, por ende, los rindentes o cuentadantes.

El efecto jurídico de perdurar en el tiempo el establecimiento de glosas, por parte del señor Contralor General del Estado en funciones, es grave y riesgoso, y sus efectos jurídicos son impredecibles. El Art. 119 de la Constitución Política dispone que "... los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley ...". Revisada la Constitución Política no se encuentra ninguna atribución otorgada al señor Contralor General en funciones para "establecer glosas". Si eventualmente las leyes le asignaran la atribución legal de "establecer glosas", esas disposiciones legales se encontrarían "... en contradicción con la Constitución o alterarían sus prescripciones", conforme al Art. 272 de la Constitución y, por tanto, tales disposiciones legales no tendrían valor. Bien entendido que la atribución de "establecer glosas" está en contradicción con la atribución de "... determinar responsabilidades civiles culposas ..." asignada al señor Contralor General en funciones por el Art. 212 de la propia Constitución.

Puede sostenerse, como consecuencia jurídica, que el acto jurídico administrativo de "establecer glosas", emitido por el señor Contralor General del Estado en funciones, por sí o a través de delegado, sería un acto jurídico administrativo ilegítimo por exceso de poder, al no encontrarse fundamentado en ninguna atribución constitucional y, por tanto, violatorio, por omisión, del precepto del Art. 119 de la Constitución; acto jurídico ilegítimo de "notificación de glosas" que podría ser impugnado -entre otras acciones- mediante la interposición de un recurso de amparo, que tiende "... a evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución...", acorde con el contenido del recurso previsto en el Art. 95 de la Constitución Política. Corriendo el riesgo del doble criterio judicial, ya examinado.

Establecer glosas significaría que la Contraloría General del Estado está haciendo supervivir en el tiempo la derogada Ley Orgánica de Hacienda referidos a las glosas, en todas las versiones históricas<sup>17</sup>, como si las glosas se trataran -para la Contraloría- de un derecho real adquirido según una ley derogada<sup>18</sup> que subsiste bajo el imperio de otra nueva, a pesar de enfrentar preceptos legales y conceptuales de fondo de la Constitución Política y de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Esta realidad explicaría por qué el señor Contralor General del Estado en funciones continúa denominando como "glosas" a la observación formulada a las cuentas contables (no a las cuentas presentadas para su estudio por los rindentes y cuentadantes), fundando la glosa en el perjuicio y eximiéndose de determinar la responsabilidad civil culposa cuya potestad exclusiva le otorga la Constitución Política.

#### *La recaudación de las glosas*

Muchas son las excusas; pero la realidad es que las glosas no se pagan por los glosados y el Estado no recauda los perjuicios ocasionados al patrimonio estatal identificado en glosas. Esta realidad tiene una doble causa:

La primera, en el proceso de determinación de responsabilidades civiles culposas, la Contraloría General del Estado irrespeta los preceptos constitucionales y legales y se apega al proceso de establecimiento de glosas a la cuenta presentada por el rindente y cuentadante, función que la ha venido ejerciendo desde la época colonial, en uso, hoy en día, de inexistentes facultades. La falta de juridicidad contralora posibilita ejercer el derecho a la defensa por parte de los glosados, en variadas formas, con enormes expectativas jurídicas de triunfar en la controversia frente a la deleznable posición jurídica de la Contraloría General del Estado.

La segunda, porque la Contraloría General del Estado quebranta un principio general del derecho procesal: para entrar en fase de ejecución de una resolución administrativa, se requiere que aquélla se encuentre ejecutoriada o firme. Al regular la etapa de ejecución de las resoluciones confirmatorias de responsabilidades civiles culposas -no de glosas- de la Contraloría General del Estado, el Art. 337 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control dispone que se ordenará la emisión de los títulos de crédito cuando las resoluciones se encuentren ejecutoriadas. A continuación, el Art. 338 de la misma Ley, interpreta y define cuándo se entenderán ejecutoriadas tales resoluciones. Sin embargo, en la resolución confirmatoria de glosas, an-

tes de la ejecutoria del acto administrativo, la Contraloría General del Estado ordena intempestivamente la emisión de títulos de crédito a cargo de los glosados. La consecuencia jurídica de la violación legal de la Contraloría es obvia: los glosados, al ejercer su derecho a la defensa, solicitan y obtienen la anulación de los títulos de crédito ordenados emitir con violación de los Arts. 337 y 338 de la LOAFYC.

### La Jurisdicción Coactiva

La coactiva sirve para la recaudación de obligaciones tributarias no pagadas por los contribuyentes y su ejercicio se encuentra regulado por el Código Tributario, con recurso de excepciones ante los Tribunales Distritales de lo Fiscal.

Sirve, además, para la recaudación de los perjuicios irrogados al Estado como consecuencia de la determinación de las responsabilidades civiles culposas firmes demostradas por la Contraloría General del Estado, con recurso de excepciones ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, según la LOAFYC y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Sirve, en general, para la recaudación de las obligaciones no tributarias de los créditos no tributarios de particulares ligados con un vínculo civil o mercantil con el Estado y sus instituciones; para la ejecución de contribuciones para el sostenimiento de las Superintendencias de Compañías o de Bancos<sup>19</sup> y para la recaudación de préstamos, aportes y fondo de reserva insolutos para con el IESS<sup>20</sup> con recurso de excepciones ante el Juez de lo Civil, según el Código de Procedimiento Civil.

Sirve, en fin, para la recaudación de multas impuestas como sanción a los contraventores por los juzgadores administrativos competentes<sup>21</sup>. Para el ejercicio del derecho de defensa hay que dilucidar, caso por caso, la atribución y competencia del recurso de alzada y del Juez Ordinario que le correspondería conocer y tramitar el juicio de excepciones.

### Los Comisarios Municipales

Les corresponde a los Comisarios Municipales aplicar las sanciones previstas en la Ley de Régimen Municipal siguiendo el procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Penal para el juzgamiento de las contravenciones<sup>22</sup> de Policía.

Del juzgamiento de las contravenciones realizado por el Comisario Municipal, si se trata de sanción prevista en la Ley de Régimen Municipal, se puede interponer recurso jerárquico de apelación para ante el Alcalde Municipal<sup>22</sup>. En el caso del Distrito Metropolitano de Quito el recurso jerárquico de apelación se interpone ante el Alcalde Metropolitano<sup>24</sup>.

Los Comisarios Municipales están facultados, además, para juzgar a los infractores a la Ley de Pesas y Medidas y sus Reglamentos, con posibilidad del infractor de interponer el recurso jerárquico de apelación ante el Director Nacional de Pesas y Medidas<sup>25</sup>, no el Alcalde Municipal.

Les corresponde a los Comisarios Municipales, en adición, el juzgamiento a las infracciones penadas por el Código de la Salud, mediante un procedimiento especial distinto del empleado para las contravenciones de policía. Del resultado del juzgamiento puede interponerse recurso de apelación ante el Ministro de Salud Pública<sup>26</sup>, previo depósito "en garantía" de un cheque certificado por el máximo

de la pena de multa que corresponda a la infracción objeto del juzgamiento.

Compete a los Comisarios Municipales el juzgamiento y sanción de innumerables infracciones tipificadas en leyes y en legislación secundaria, como las infracciones tipificadas en el Reglamento para el Manejo de los Desechos Sólidos<sup>27</sup>; las infracciones en materia de alimentos en la vía pública tipificadas en el Reglamento de Control Sanitario de Alimentos<sup>28</sup>; juzgar las infracciones establecidas en el Reglamento de Distribución de Alimentos con Fines Benéficos<sup>29</sup>; juzgar las infracciones por acaparamiento de artículos de primera necesidad<sup>30</sup>; el juzgamiento por el sacrificio o desposte de ganado vacuno menor de dos años con fines comerciales, o de ganado mayor en sitios no autorizados<sup>31</sup>; las infracciones al Reglamento para la Elaboración, Conservación y Venta de Chicha<sup>32</sup>; de las infracciones al Reglamento de Cruces de Caminos con Vías del Ferrocarril<sup>33</sup>; de las infracciones al Reglamento para Funcionamiento de las Casas de Juegos de Azar<sup>34</sup>; de las infracciones a la Gestión de Productos Químicos Peligrosos<sup>35</sup>. Generalmente en esta explícita entrega de jurisdicción y competencia a los Comisarios Municipales no se regula el recurso jerárquico de apelación de la resolución de juzgamiento, que podría interponer el infractor.

Además de esta variada normativa explícita, las Ordenanzas Municipales que regulan la administración del Impuesto de Patente Municipal, del Impuesto a los Activos Totales, de Anuncios y Carteles, de Ocupación de la Vía, de Ornato y Fábrica, del Servicio de Rastro, de Ocupación de Mercados, de Explotación de Canteras, de Espectáculos Públicos, en lo principal, dictadas por los Concejos Municipales y muchas de ellas consideradas como tributarias, con dictamen favorable del Ministerio de Finanzas<sup>36</sup>, tramitadas con intervención del Ministerio de Gobierno para ser aceptadas a ser promulgadas en el Registro Oficial, asignan jurisdicción y competencia a los Comisarios Municipales para el juzgamiento y sanción de una gran casuística de infracciones penales tipificadas en ellas. El Comisario Municipal cuenta con el auxilio de la Policía Municipal, tanto para hacer comparecer al infractor, cuanto para ejecutar su resolución de juzgamiento.

La tipificación de infracciones realizada en los Acuerdos Ministeriales antes identificados, y en ordenanzas municipales sin fundamento jurídico en ley expresa, quebrantan la garantía prevista en el numeral 1º. del Art. 24 y en el numeral 2º. del Art. 141, de la Constitución Política que dispone que solo por ley se tipificarán las infracciones penales, administrativas o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la Ley, garantía que se la identifica en doctrina como la "previsión en ley de infracciones sancionadas con una pena".

### Justicia en actividades privatizadas

El CONATEL en ejercicio de la atribución y competencia legal y reglamentaria, mediante resoluciones explícitas regulatorias de los servicios, ha creado y tipificado infracciones penales y administrativas, enumeradas: en el Art. 89 del Reglamento General de los Servicios de Radiocomunicaciones; en el Art. 42 del Reglamento para el Servicio de Telefonía Móvil Celular; en el Art. 42 del Reglamento para Homologación de Equipos Terminales; en el Art. 25 del Reglamento para la Provisión de Segmento Especial; y, en el Art. 44 del Reglamento de Telefonía Pública de Prepago.

Reiteradamente le otorga jurisdicción y competencia al Superintendente de Telecomunicaciones para el juzgamiento de las infracciones tipificadas por resolución y, es de esperarse que dicho funcionario haya hecho uso, o pretendido hacer uso, de tal jurisdicción y competencia otorgada por resolución.

El caso es que en un proceso tan delicado de la privatización o concesión de los servicios de telecomunicaciones, que requieren de acierto y juridicidad legal en las reglas de juego regulatorias, en razón de la seguridad jurídica reclamada por el concesionario para proteger la inversión extranjera, el CONATEL no coadyuva con un estricto y fiel cumplimiento al precepto constitucional. Solo por ley se puede tipificar un acto o actos como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, para que tal tipificación tenga validez y efectos jurídicos. No se puede tipificar infracciones penales o administrativas por simple resolución, tipificación que se encuentra reservada exclusivamente al Congreso Nacional en tanto en cuanto apruebe leyes. Ni siquiera la Legislatura tiene atribución jurídica para tipificar infracciones mediante Resolución Legislativa.

### Juzgamientos como en botica

La tipificación de infracciones penales, administrativas o de otra naturaleza, atribución exclusiva del Congreso Nacional ejercida al dictar leyes, ha sido usurpada -como un patrimonio histórico de la administración pública-, al ser ejercido contradiciendo el precepto constitucional contenido en el numeral 1º. del Art. 24 y numeral 2o. del Art. 141 de la Constitución Política, con motivo de expedir Decretos Ejecutivos, Acuerdos Ministeriales o simplemente Resoluciones.

Parecería que la administración pública considera a la sociedad civil como una cáfila de malandrines, para imponer el cumplimiento de las regulaciones públicas mediante sanciones. No considera a la sociedad civil como una sociedad responsable, que procede por convencimiento. El examen de la normativa presupone que su cumplimiento por la sociedad debe proceder por miedo a la amenaza de una pena, denominada multa, clausura, decomiso y en algunos casos, aprehensión personal.

Las infracciones tipificadas y su juzgamiento por parte de los empleados públicos "competentes", constituye una parte de la legislación secundaria manifiestamente inconstitucional e ilegal, que afecta la relación derecho-deber de la sociedad con los estamentos públicos, en términos doctrinarios; y que podría estar produciendo ingresos libres de impuestos a los juzgadores administrativos competentes, en términos prácticos.

## 3.- LA ESPERANZA

### LA CODIFICACIÓN DE LAS LEYES

Quienes redactaron la vigente Constitución Política captaron el problema de la Telaraña Legal y orientaron su solución mediante la creación de la Comisión de Legislación y Codificación, cuya función principal es: "recopilar y ordenar sistemáticamente la legislación ecuatoriana".

Recopilar en el sentido de conocer que la República cuenta con 881 Leyes, 1279 Decretos Legislativos con fuerza de Ley, 156 Decretos Leyes de Emergencia Económica, 44 Codificaciones, 19 Códigos y 923 Decretos Supremos; todos ellos vigentes.

Sistematizar en el sentido de conocer el texto de toda la normativa anterior para diseñar un método de sistematización, a base de elementos jurídicos unificantes que propendan a enlazar todos los preceptos de la normativa en reglas de conducta únicas, definidas, coherentes y claras. Como resultado de la sistematización puede lograrse la unificación de varias leyes en una sola ley concebida en áreas de materias generales.

Si la Comisión resolviera "codificar por codificar", su trabajo se verá recompensado con la aprobación de 3.302 codificaciones. Sin embargo, esta forma de trabajar mantendría las incoherencias jurídicas existentes entre un precepto de una ley y otro precepto de otra ley, sobre la misma materia jurídica.

### LA DESREGULACIÓN

Es indispensable una recopilación de la normativa secundaria para someterla a examen de cumplimiento de la limitación constitucional. Toda normativa dictada con exceso de poder legal y constitucional constituye un acto jurídico ilegítimo y, por tanto, es jurídicamente necesario derogarla.

El Presidente de la República tiene la función de "Avocación"<sup>37</sup> para examinar y decidir la derogatoria expresa de los acuerdos ministeriales y resoluciones de la administración pública central que constituyan actos jurídicos ilegítimos. Hay el precedente de que la Presidencia lo ha hecho en dos oportunidades<sup>38</sup>. Sin embargo, la administración pública ha continuado con su práctica de emitir actos ilegítimos por exceso de poder, como fue puntualizado.

Es indispensable, en consecuencia, volver en la tarea de desregular, como primer paso, y de crear controles para que el fenómeno no vuelva a repetirse, como segundo paso. Estas tareas bien podrían ser otra obra de la modernización del CONAM.

### LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ORDINARIA

El principal problema de la administración de justicia como sistema se encuentra en el desequilibrio entre la capacidad instalada y la demanda de servicios, especialmente entre la capacidad y servicios requeridos de los jueces de base.

Ampliar la capacidad instalada tiene un costo enorme que la crisis financiera estatal no podrá sostenerlo. Queda como única fuente de financiamiento eliminar la justicia gratuita, con las excepciones previstas en el Art. 207 de la Constitución Política.

El Consejo Nacional de la Judicatura tiene atribución constitucional para fijar el monto de las tasas por servicios judiciales. Es de desear que su producto sirva para equilibrar la relación oferta - demanda y no se destine al aumento de remuneraciones.

Podría simplificarse el procedimiento procesal, muchas veces ritualista (como reproducir todo lo favorable de autos e impugnar lo desfavorable) o solemne (como requerir la presencia del juez para un elevado número de diligencias de prueba) o inútil (preguntar por escrito a los testigos sin conocer de su declaración) o peligroso (calificar o descalificar, en sentencia, la acusación particular) o injusto (orden de prisión preventiva por años).

Podría revisarse el contenido jurídico de la "Verdad Procesal", con oportunidad de instaurar la justicia oral, para proteger el principio sin perjuicio de las alegaciones orales de los recurrentes. Como puede observarse, es una materia difícil de ser innovada, por constituir reglas procesales que garantizan la eficiencia y efectividad del derecho a la acción y, fundamentalmente, del derecho de defensa. Alterar el derecho procesal sin suficiente meditación y análisis de las consecuencias, podría ser más dañino el remedio que la enfermedad.

#### LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Parte del problema se solucionará con la implementación del "Principio de Unidad Jurisdiccional" a cargo del Consejo Nacional de la Judicatura. Sin embargo, para conseguirlo requerirá de decisión política del organismo, aparejada de financiamiento para la elaboración de los estudios jurídicos de recopilación de la normativa involucrada, análisis, elaboración de los documentos de trabajo, reuniones para alcanzar consensos y para la tramitación y convencimiento a los estamentos superiores.

Es jurídicamente indispensable institucionalizar las consecuencias jurídicas del cambio del silencio administrativo con efecto negativo a efecto positivo dispuesto por el Art. 28 de la Ley de Modernización, mediante la urgente reforma a la Ley, a fin de que sea acatado irrestrictamente por todos los administradores públicos, sin sanciones consecuenciales y posibilitándoles su continuación en el cargo.

Para obtener la adhesión jurídica irrestricta al precepto constitucional de determinar responsabilidades civiles culposas -no de glosar- del señor Contralor General del Estado en funciones, parecería que la sociedad nada efectivo puede proponer. Sería la pugna de opiniones de diosecillos menores contrapunteando con un dios mayor, en el Olimpo de los griegos. En el fondo se trataría de combatir una estrategia institucional cargada de nostalgia por perdurar las atribuciones contraloras discrecionales del pasado histórico; del inexacto convencimiento de ser la única entidad anticorrupción del sector público; y del ningún deseo profesional de los abogados de la Contraloría de regular -en ley- los efectos jurídicos para aplicar con acierto el moderno mandato constitucional, de "determinar responsabilidades civiles culposas". Frente a estas actitudes, nada concreto se puede proponer, excepto expresar el deseo de que las actitudes sean erradicadas con juridicidad.

Respecto de los Comisarios Municipales, es indispensable elevar los requisitos de idoneidad profesional. No

puede ser, el cargo, patrimonio de estudiantes o egresados de una facultad universitaria de derecho. En cuanto son juzgadores, con jurisdicción y competencia especiales, su nombramiento debe provenir de las Cortes Superiores de Justicia del Distrito de la Municipalidad, mediante concurso de merecimientos, con el requisito fundamental de ser abogados o doctores en Jurisprudencia. Habría que unificar, en fin, la legislación que les confiere jurisdicción y competencia y que regula los recursos de alzada.

Igual cambio debe introducirse para el nombramiento de los Intendentes de Policía y Comisarios Nacionales, juzgadores natos de las contravenciones de policía y, por ende, aplicadores de penas privativas de la libertad, con iguales requisitos de idoneidad profesional.

Los demás juzgadores de la función ejecutiva, con jurisdicción y competencia creada por resolución, acuerdo ministerial o decreto ejecutivo, su atribución juzgadora debe ser eliminada de plano, por ser manifiestamente inconstitucional e ilegal. Un decreto ejecutivo es suficiente para conseguir el propósito.

#### DEBER DE LAS UNIVERSIDADES

La Telaraña Legal está presente en nuestro país en razón de que abogados ecuatorianos, asesores del sector público que expide normativa principal -la legislatura- y secundaria -la administración pública-, han coadyuvado a su construcción.

Las Facultades de Derecho se han dedicado eficientemente a la formación de estudiantes en la carrera de abogados, abandonándoles en su desempeño profesional en el entorno jurídico. Los Colegios de Abogados, en materia de investigación jurídica, en nada colaboran a la capacitación del abogado, a diferencia de -por ejemplo- la Federación Médica, o los Colegios de Contadores y de Economistas.

Parece necesario que las Facultades de Derecho de las Universidades se preocupen de abrir talleres de capacitación dirigidos a los abogados, ofertando servicios de adiestramiento en el uso de tecnología informática; estudios de coherencia de la nueva Constitución con las leyes y sus proyectos; recursos jurisdiccionales especializados no estudiados en las aulas universitarias, como los de inconstitucionalidad, de amparo, de habeas data, de habeas corpus, de casación, de impugnación de los actos administrativos en sede y jurisdiccional, etc.; aplicación de convenios internacionales y del derecho comunitario a controversias judiciales, etc.

#### NOTAS

1. Art. 41 del Reglamento General de la Ley de Defensa Contra Incendios. Acuerdo Ministerial No. 596, Registro Oficial No. 834 de 17 de mayo de 1979.  
Arts. 336 y 350 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.  
Art. 18 de la Ley que Regula las Empresas Privadas de Salud y Medicina Prepagada, Ley No. 8, Registro Oficial No. 12 de 26 de agosto de 1998.  
Art. 24 del Decreto de Creación de la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, Decreto Supremo No. 869, Registro Oficial No. 99 de 17 de agosto de 1966.  
Arts. 102, 127 y 234 del Código Tributario, Decreto Supremo No. 1016-A, Suplemento del Registro Oficial No. 958 de 23 de diciembre de 1975.

## NOTAS

2. El artículo 28 dispone que la petición debe ser resuelta en un término no mayor a quince días, " salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto". Sin embargo, el Art.127 del Estatuto del régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, dictado por Decreto Ejecutivo 1634, Registro Oficial Suplemento No. 411 del 31 de marzo de 1994, dispone que la petición debe ser resuelta "en el plazo máximo de sesenta días", sin constituir norma legal.
3. Texto pertinente del Oficio No. D-MIDUVI-01974, del 28 de julio de 1998, suscrito por el Arq. Diego Ponce Bueno, Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda..
4. El Art. 1 del Acuerdo del Ministro de Salud No. 84, publicado en el Registro Oficial No. 52 de 25 de abril de 1997, dispone: "Todos los precios de comercialización de las medicinas tienen que ser aprobados por este Consejo, única instancia de la administración pública que tiene principios jurídicos para aprobar precios de los medicamentos y que bajo ningún concepto se aceptarán precios que se pretendan establecer bajo la interesada interpretación del Silencio Administrativo, dado por la Industria Farmacéutica".
5. Edición No. 34.392 del Diario El Comercio, correspondiente al Domingo 25 de abril de 1999, página A2.
6. Edición No. 34.463 del Diario El Comercio, correspondiente al Lunes 5 de julio de 1999, página A3.
7. Informe a la Nación, 1998 - 1999, presentado a la Legislatura; Pag. V.
8. Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Traducción de Delia García Daireaux. Ediciones La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1965. Tomo V, página 11.
9. Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Unduraga, Manuel. Curso de Derecho Civil. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1961. Redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H. Página 496.
10. Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español. Ediciones Nauta S.A. 1966. Tomo I. Parte General. Página 583.
11. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Inciso final del Art. 29 del Código Civil.
12. Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. Art. 30 del Código Civil.
13. Cuasidelito. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956. Tomo V, página 166.
14. Puig Peña, Federico. Obra Citada. Página 574.
15. Acción de cobrar al agente doloso o culposo el valor de la indemnización pagada por el Estado o por la entidad.
16. Decreto Supremo No. 1065-A, Registro Oficial 668 de 28 de octubre de 1974.
17. Ley Orgánica de Hacienda de 20 de octubre de 1863, El Nacional s/n de 28 de octubre de 1963, que reguló el Juicio de Cuentas a cargo de los Tribunales de Cuentas.
- Art. 238 de la Ley Orgánica de Hacienda de 14 de noviembre de 1927, de creación de la Contraloría, Decreto Supremo s/n, Registro Oficial No. 488 de 16 de noviembre de 1927.
- Art. 252 de la Codificación de la Ley Orgánica de Hacienda de 15 de noviembre de 1947, Registro Oficial No. 71 de 11 de diciembre de 1947.
- Art. 305 de la Codificación de la Ley Orgánica de Hacienda, Suplemento del Registro Oficial No. 1202 de 20 de Agosto de 1960 (Primer Tomo de la publicación Constitución y Leyes del Ecuador).
18. Ver numeral 9 del Art. 7 del Código Civil.
19. Art. 457 de la Ley de Compañías y Art. 187 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.
20. Art. 212 de la Ley del Seguro Social Obligatorio.
21. Art. 273 de la Ley de Propiedad Intelectual. Art. 40 de la Ley General de Seguros. Art. 628 del Código del Trabajo. Art. 36 de la Ley del Centro de Rehabilitación de Manabí. Art. 17 de la Ley Especial de Desarrollo Turístico. Art. 20 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico. Art. 157 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre. Art. 36 de la Ley Especial de Telecomunicaciones. Art. 101 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado. Art. 24 de la Ley de Facilitación de Exportaciones y del Transporte Acuático. Art. 163 de la Ley de Minería. Art. 17 de la Ley de Sus-

**NOTAS**

tancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Art. 21 de la Ley Especial de Petroecuador y sus Empresas Filiales. Art. 6 de la Ley de Impuesto a la Exportación de Cacao. Art. 91 de la Ley Forestal y de Conservación de Areas Naturales y Vida Silvestre. Art. 24 de la Ley de Sanidad Animal. Art. 27 de la Ley General de Correos. Art. 24 de la Ley del Centro de Reconversión Económica de Azuay y Cañar. Art. 37 de la Ley del Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas. Art. 19 de la Ley sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda. Art. 142 de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Fomento. Art. 38 de la Ley de Aviación Civil. Art. 104 de la Ley de Aguas. Art. 166 de la Ley de Régimen Municipal. Art. 48 de la Ley de Régimen Provincial. Art. 155-V del Código de Policía Marítima.

22. Literal g) del Art. 167 de la Ley de Régimen Municipal. Tomada en cuenta la Reforma proveniente de la Ley No. 104, Registro Oficial No. 315 de 26 de agosto de 1982.

23. Numeral 38 del Art. 72 de la Ley de Régimen Municipal.

24. Art. 21 de la Ley de Régimen del Distrito Metropolitano de Quito, Ley No. 46, Registro Oficial No. 345 de 27 de diciembre de 1993.

25. Arts. 22 y 23 de la Ley de Pesas y Medidas, Decreto Supremo No. 1456, Registro Oficial No. 468 de 9 de enero de 1974; además, Decreto Supremo s/n, Registro Oficial No. 31 de 17 de agosto de 1925.

26. Arts. 213, 220, 221 y 230 del Código de la Salud, Decreto Supremo No. 188, Registro Oficial No. 158 de 8 de febrero de 1971.

27. Art. 144 del Reglamento para el Manejo de los Desechos Sólidos, Acuerdo Ministerial No. 14630, Registro Oficial No. 991 de 3 de agosto de 1992.

28. Art. 2 del Reglamento de Control Sanitario de Alimentos, Acuerdo Ministerial No. 14381, Registro Oficial No. 966 de 26 de junio de 1992.

29. Art. 19 del Reglamento de Distribución de Alimentos con Fines Benéficos, Acuerdo Ministerial No. 478-A, Registro Oficial No. 560 de 9 de agosto de 1965.

30. Art. 2 del Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial No. 827 de 7 de marzo de 1947.

31. Art. 4 del Decreto Ejecutivo No. 246, Registro Oficial 769 de 19 de marzo de 1943.

32. Art. 12 del Reglamento de Elaboración, Conservación y Venta de Chicha, Resolución Sanitaria s/n, Registro Oficial No. 306 de 3 de septiembre de 1941.

33. Art. 20 del Reglamento de Cruces de Caminos con Vías del Ferrocarril, Decreto Supremo No. 414, Registro Oficial No. 336 de 11 de noviembre de 1936.

34. Art. 12 del Reglamento para el Funcionamiento de las Casas de Juegos de Azar, Decreto Supremo No. 500, Registro Oficial No. 32 de 6 de noviembre de 1935.

35. Art. 27 del Acuerdo Ministerial No. 212, Registro Oficial No. 47 de 15 de octubre de 1998.

36. Art. 5 de la Ley No. 2, Suplemento del Registro Oficial No. 22 de 9 de septiembre de 1992.

37. Acto por el cual el órgano superior puede ejercer una competencia atribuida al inferior. Definición y Art. 59 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo No. 1634, Suplemento del Registro Oficial No. 441 de 31 de marzo de 1994.

38. Decretos Ejecutivos Nos. 1572 y 2497, Registros Oficiales Nos. 402 y 629, de 18 de marzo de 1994 y de 8 de febrero de 1995, en su orden.

# El Hábeas Data

Diego Pérez Ordóñez

*En las acciones de hábeas data se puede encontrar una reiterada confusión con la exhibición, una figura típica del procedimiento civil.*

La figura del hábeas data encuentra su ubicación en la Sección Segunda, Capítulo Sexto, de la Carta Política. Este capítulo se refiere a las garantías de los derechos: el hábeas data es la garantía que salvaguarda el derecho de toda persona "(...) a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como conocer el uso que se haga de ellos y su propósito", de acuerdo a la redacción del Art. 94 de la Constitución del Ecuador.

## I. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS GARANTÍAS

Si queremos conocer la verdadera esencia del hábeas data es necesario, en primer lugar, hacer referencia a las garantías en general, y a las garantías constitucionales en especial. Para que el Estado de Derecho tenga vigencia se torna indispensable que la autoridad y los gobernados estén sometidos al ordenamiento jurídico y a los dictados constitucionales. Es necesario, también, que las normas constitucionales encuentren aplicación en la realidad, en la vida diaria, porque en caso contrario se corre el riesgo de que se conviertan en papel mojado, que pierdan así su raigambre social y terminen por carecer de legitimidad y eficacia.

Las garantías, entonces, son los medios que tienen las personas (naturales o jurídicas) para hacer efectiva la vigencia de los derechos consagrados en la Constitución. Son protecciones jurídicas para hacer frente a riesgos o peligros. En el Derecho Constitucional, las garantías son los instrumentos por medio de los cuales se asegura a los individuos el ejercicio y la vigencia de los derechos establecidos y elevados al rango constitucional.<sup>1</sup> Representan los medios previstos por el derecho objetivo para la protección de los derechos subjetivos, cuando su disfrute es ilegítimamente amenazado o perturbado por otros particulares o por el Estado. Significan -las garantías- medios a través de los cuales se logra la efectiva vigencia de un derecho que ha sido negado o vulnerado.<sup>2</sup> Actúan como herramientas que la Constitución pone a disposición de las personas para que, de acuerdo con los requisitos constitucionales y legales de cada caso, estén en posibilidad de hacer efectivos los derechos que la misma Ley Fundamental reconoce.

En esta misma línea de pensamiento, para Sánchez Viámonte la garantía "*Es una facultad con que la Constitución*

*arma al individuo, para que la utilice como un medio defensivo, que ya no es una manifestación quejumbrosa ni una protesta teórica, sino un resorte estatal, para poner en movimiento toda la complicada máquina del gobierno ordinario. Se podría decir que la garantía es el nuevo instrumento creado por la república democrática para que el individuo, en su doble condición de hombre y ciudadano, se convierta en un funcionario y actúe no ya en el ejercicio de un derecho ante la autoridad o frente a ella, sino en el desempeño de una función, desde la autoridad, y por virtud de su eficacia.*"<sup>3</sup>

El tratadista Badeni<sup>4</sup> distingue, como medios de defensa de los derechos del hombre, varias acepciones del concepto de garantía:

- Con un enfoque restrictivo, que limita las garantías constitucionales a determinados procedimientos judiciales, como el proceso sumarísimo, el hábeas corpus, el amparo y ciertos principios procesales como el de no autoincriminación. Es evidente que el hábeas data se encuentra en esta clasificación.
- Los procedimientos judiciales cuyo objetivo es la protección de derechos, como el juicio previo, la inviolabilidad de la defensa en el juicio, la competencia y juzgamiento por el juez natural, por ejemplo.
- Las de enfoque más amplio, incluyendo a las garantías políticas como la división de los poderes constituidos, la renovación de los gobernantes y la publicidad de los actos gubernativos.
- Las de enfoque genérico: comprende todo medio o recurso establecido por la Constitución para la defensa de los derechos individuales y de las instituciones constitucionales.

También intenta Badeni una definición, cuando afirma que "*Nosotros entendemos que las garantías constitucionales son todos los recursos establecidos en forma expresa o implícita por la Constitución, y cuyos alcances no se limitan a la defensa de los derechos individuales sino que también se extienden a la defensa de las instituciones y del sistema constitucional. Su concreción práctica puede, frecuentemente, traducirse en remedios procesales que se hacen valer por ante los organismos judiciales, pero también puede ocurrir lo propio por vías extrañas al Poder Judicial, como en los casos del estado de sitio y la intervención federal, que son verdaderas garantías del sistema constitu-*

cional.<sup>5</sup> Y añade que la existencia de una garantía constitucional presupone tres elementos: a) un interés legítimo asegurado por la Constitución, producto de un derecho individual, un derecho social o del sistema institucional; b) un riesgo o daño para el interés tutelado por la Carta Política; c) un instrumento jurídico idóneo para disipar ese riesgo o daño. Hay discusión doctrinal acerca de si debe considerarse a las garantías desde un punto de vista restrictivo (como una herramienta de defensa de derechos), o desde una óptica más amplia (como defensa del sistema constitucional en general).

De acuerdo con el jurista mexicano Ignacio Burgoa, reconocido estudioso del tema, el concepto de garantía engloba los distintos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro del Estado de Derecho, dentro de una entidad política estructurada y organizada bajo principios jurídicos. La actividad gubernamental en particular, y pública en general, están sometidas a normas establecidas y conocidas con anticipación que tienen como fundamento el orden constitucional<sup>6</sup> En coincidencia con Badeni, Burgoa sostiene la tesis de que los principios elementales del Derecho Político, como la separación de poderes, el principio de legalidad y la responsabilidad de los funcionarios públicos, por ejemplo, son garantías jurídicas establecidas en favor de los gobernados. Sin embargo, en la doctrina no hay consenso sobre este punto.

Burgoa sostiene que "(...) frente a los miembros singulares del Estado o gobernados, la autolimitación estatal y las limitaciones jurídicas a la actuación de las autoridades se revelan en las garantías individuales. Por tanto, éstas se traducen jurídicamente en una relación de derecho existente entre el gobernado como persona física o moral y el Estado como entidad jurídica y política con personalidad propia y sus autoridades, cuya actividad en todo caso se desempeña en ejercicio del poder y en representación de la entidad estatal."<sup>7</sup> Los sujetos de las garantías individuales, y de su relación jurídica, son el gobernado por una parte y las autoridades del Estado por otra. La conducta de estas últimas es la que está limitada por el ordenamiento jurídico, por el Estado de Derecho. Su conducta, además, se reputa ejercicio del poder estatal, jurídicamente.

En lo que tiene que ver con su denominación de "individuales", el catedrático mexicano opina que "(...) la denominación 'garantías individuales' que se atribuye a las garantías que debe tener todo gobernado, no corresponde a la verdadera índole jurídica de éstas y sólo se explica por un resabio del individualismo clásico que no tiene razón de subsistencia en la actualidad(...)"<sup>8</sup> A criterio de Burgoa, para evitar que las garantías sean caracterizadas únicamente por un adjetivo que hace referencia sólo a uno de los sujetos de la relación jurídica, es indispensable que el término 'garantías individuales' sea sustituido por el de 'garantías de los gobernados', que se adapta a su verdadera titularidad subjetiva. La misma opinión respecto a la caracterización de las garantías la tiene Gozáni, al sostener que "Desde este punto de vista, nominar a las 'garantías individuales' como potestades insuperables remonta al viejo esquema del 'individualismo' que establece derechos a partir de sujetos obligados (personas físicas o morales) y Estados (gobiernos responsables)"<sup>9</sup>

Si el sujeto activo de las garantías es el individuo, el sujeto pasivo es el Estado. La juridicidad de esta relación se

deriva del orden de derecho, escrito o consuetudinario según de qué sistema estemos hablando. El gobernado tiene el goce y disfrute de las garantías, directamente frente a las autoridades estatales e indirectamente frente al Estado como ente jurídico, que necesariamente tiene que estar representado por aquéllas. Entre gobernados y gobernantes (individuo-Estado) existe una relación jurídica cuyo objeto último es la provisión de medios de salvaguarda para que los primeros (gobernados) puedan desarrollar sus características de ser humano -libertad, seguridad, igualdad ante la ley, etc.- frente a la esfera del poder público. Por eso, desde el punto de vista del sujeto activo, las garantías se traducen en un derecho, en una potestad jurídica. Para el Estado, a través de sus autoridades, las garantías generan una obligación traducida en la imposición constitucional de respeto a los derechos de los gobernados. El cumplimiento de la obligación constitucional tiene dos dimensiones: la abstención, dejar de hacer, o la acción, conducta positiva o hacer.

Por otro lado, en lo tocante a las características de las garantías, Luis Bazdresch, citado por Reyes Tayabas, establece las siguientes:

- Su *unilateralidad*, por estar exclusivamente a cargo del poder público a través de sus distintos órganos.
- Su *irrenunciabilidad*, por su propia esencia, así no se mencione expresamente esta particularidad en la Ley Fundamental de que se trate.
- Su *permanencia*, pues integran derechos latentes o en potencia que se podrán ejercer en caso de violación.
- Su *generalidad*, ya que protegen a todos los habitantes de un país, sin distinciones.<sup>10</sup>

En resumen, y siguiendo al antes citado Burgoa, el concepto de garantía individual se compone de los siguientes ingredientes:

- Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos).<sup>11</sup>
- Derecho público subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado (objeto).
- Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad objetiva del mismo (objeto).
- Previsión y regulación de la citada relación por la Ley Fundamental (fuente).

Una vez que ha quedado claro que el hábeas data es una garantía de ciertos derechos, pensemos de qué derechos y cómo se los puede garantizar por medio de esta figura.

## II. CONSIDERACIONES SOBRE EL HÁBEAS DATA

De la redacción del Art. 94 constitucional se puede concluir que el hábeas data garantiza el ejercicio del derecho a la información, en triple dimensión:

- Como el derecho al acceso a documentos, bancos de datos e informes sobre la persona o sus bienes, que consten en entidades públicas o privadas;
- Como el derecho a conocer el uso -y el propósito- de esa información; y
- Como el derecho a la actualización, rectificación, eliminación o anulación de los datos, en caso de que éstos fueran erróneos o afectaren ilegítimamente los derechos de la persona que se trate.

El hábeas data, además de ser una garantía constitucional, es una acción y no un recurso.<sup>12</sup> En todo caso, antes de entrar a tratar las características de esta figura, se hace necesario definirla. El hábeas data es una de las garantías constitucionales más recientes, contrariamente al hábeas corpus, que tiene varios siglos de existencia. De acuerdo con Ekmekdjian y Pizzolo, *"La acción de hábeas data se define como el derecho que asiste a toda persona -identificada o identificable- a solicitar judicialmente la exhibición de los registros -públicos o privados- en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación (v.gr., la confesión religiosa, si el registro no tiene por objeto constatar tal situación). Esta herramienta tiende a proteger a la persona contra calificaciones sospechosas incluidas en registros (especialmente estatales, aunque también pueden serlo privados) que, -sin darle derecho de contradecirlas- pueden llegar a perjudicarle de cualquier modo."*<sup>13</sup>

Hoy en día las personas jurídicas y naturales acumulan datos e información referentes a la vida de otros individuos o personas. La información suele estar organizada en forma de bases de datos, es decir sistematizada y clasificada. Esta organización permite que la información pueda ser suministrada a terceros (incluso con fines comerciales), por lo que existe una posibilidad de lesión de los derechos personalísimos o patrimoniales de la persona afectada, por ejemplo, por la inexactitud de la información. Esta inexactitud puede tener como antecedentes el error, la desactualización o incluso la mala fe (cuando ha sido manipulada la información o su obtención ha sido ilegítima).

Así, el objeto del hábeas data es evitar que, por medio del uso incorrecto de la información (en la forma en que ésta se encuentre) se pueda lesionar la intimidad y otros derechos de la persona como consecuencia de la difusión de datos erróneos, incompletos o inexactos con referencia a ellas o a sus bienes. Esta última posibilidad, que contempla la Carta Política, trata de evitar la lesión de los derechos patrimoniales.

La importancia de la información es un elemento clave del mundo contemporáneo. La posibilidad de tener acceso a bases de datos de modo instantáneo, no siempre de modo legítimo, pero casi siempre de manera inmediata, puede poner en riesgo el mencionado derecho a la intimidad. Es decir, *"(...) la facultad de que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las que pueden asumir muy diversos signos. El reconocimiento de este derecho presupone las condiciones mínimas indispensables para que el hombre pueda desarrollar su individualidad en inteligencia y libertad."*<sup>14</sup>

Morello va más allá y opina que la acción de hábeas data trae aparejada, a su vez, una acción positiva por parte del interesado: *"De allí que para que la esfera intimista lleve a una actitud igualmente diferente: no estática o 'a la espera', sino activa y protagonista, salir uno a 'descubrir' la información reservada y en manipulación, a exigir (pretensión procesal de por medio, es decir, haciendo uso de la garantía) el conocimiento de la información que sobre nues-*

*tra persona registra un banco de datos para obtener su corrección, modificación y suspensión."*<sup>15</sup>

De acuerdo a la redacción del Art. 94 de la Constitución, como quedó dicho más arriba, el derecho a la información protegido por esta garantía tiene una dimensión triple:

- 1) **El derecho al acceso** a documentos, bancos de datos e informes sobre la persona o sus bienes, que consten en entidades públicas o privadas: es aquel que faculta al supuesto afectado (en este caso al accionante) a averiguar el contenido de la información, cuando ésta se halla registrada, incluida o mencionada en las formas señaladas. No hay razón para pensar que estas formas - documentos, bancos de datos e informes - necesariamente estén digitalizadas, ya que puede tratarse de información escrita a mano. Tampoco existe razón para limitar este derecho a la naturaleza de los datos mencionados, simplemente que éstos se refieran a la persona interesada o a sus bienes. Si pensamos en que el Art. 94 constitucional se refiere a "entidades"<sup>16</sup>, se puede concluir que los documentos, bancos de datos o informes podrían estar en manos de una persona jurídica.
- 2) **El derecho a conocer** el uso y el propósito de esa información: faculta saber sobre la existencia de los ficheros que contengan datos, averiguar qué fin tienen éstos y la identidad de su responsable. Ekmekdjian complementa: "Básicamente, el derecho a conocer consiste en saber de la existencia de ficheros que contienen datos individuales, el propósito o finalidad que se persigue con la creación de él, la identidad o residencia de su titular o responsable, y si un fichero va a entrar a formar parte de la circulación de datos."<sup>17</sup>
- 3) **El derecho a la actualización, rectificación, eliminación o anulación de los datos**, en caso de que éstos fueran erróneos o afectaren ilegítimamente los derechos de la persona que se trate: esta facultad es resultado del derecho al acceso, tratado anteriormente. El potencial afectado puede considerar que los datos erróneos, distorsionados o inexactos, que tengan que ver con su persona o sus bienes, le ocasionan o le pueden ocasionar un daño. El ejercicio de este derecho busca corregir las deficiencias e inexactitudes de los datos, reemplazándolos por la información verdadera.

Ahora bien, la redacción del Art. 94 de la Constitución deja varias dudas. En primer lugar: en el inciso primero se establece el derecho de toda persona a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que, sobre sí misma o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Es decir que el derecho de acceso tiene como condiciones previas que (1) la información contenida en documentos, bases de datos e informes verse sobre la persona potencialmente afectada o sobre sus bienes, y no sobre una tercera persona, como es evidente; y (2) que los datos consten en entidades públicas o privadas. No queda claro, entonces, si para iniciar una acción de hábeas data es suficiente que la información contenida en el banco de datos de que se trate esté en manos de "entidades" públicas o privadas, o si es necesario que la información que esté en poder de las prenombradas "entidades" vaya a ser objeto de suministro a terceros. En este último caso (suministro a terceros) el derecho a la intimidad de la persona detentora de la informa-

ción está en riesgo. En el caso contrario, cuando la información no sea objeto de suministro a terceros, el riesgo es mínimo. En otras palabras: el Art. 94 de la Carta Política se preocupa más de quién es el detentor de la información relativa a una persona o sus bienes y no sobre qué destino se le pueda dar a dicha información.

La reflexión anterior lleva necesariamente a otra preocupación. Como para el Art. 94 constitucional únicamente basta que la información esté en poder de entidades públicas o privadas para presuponer que podría haber una lesión al derecho a la intimidad, podríamos encontrarnos con el caso de que sea afectada la intimidad de la "entidad" o persona detentora de la información. ¿Cómo podría pensarse en algo así? Hay personas que efectivamente son poseedoras de datos, pero éstos son de manejo únicamente privado. Si estos datos, que no tienen por qué ser conocidos por terceros, no son objeto de divulgación o suministro, no hay peligro para la persona potencialmente afectada. En cambio, si esta información privada, pero en poder de una persona, fuera objeto de una acción judicial constitucional podría invadirse el campo de privacidad del detentor.

### Acerca de la legitimación

#### Activa

Como el Art. 94 de la Constitución habla de "toda persona" habrá de entenderse que la acción de hábeas data podrá ser propuesta por personas naturales y jurídicas, sin distinción. Sin embargo, sólo puede plantearla quien se considere afectado. No hay duda que la afectada podría ser una persona jurídica, puesto que es perfectamente factible la posibilidad de que los registros pudieran contener información potencialmente discriminatoria, falsa o inexacta que la perjudique en sus derechos, incluso patrimoniales.

Acerca de que sea el Defensor del Pueblo quien inicie la acción de hábeas data, es evidente que esta posibilidad no está contemplada por el Art. 96 de la Constitución. Éste ordena que el Defensor tendrá como una de sus misiones "(...) *promover o patrocinar el hábeas corpus y la acción de amparo de las personas que lo requieran; (...)*" Intencionalmente se ha dejado de lado la acción de hábeas data, para proteger la intimidad de quien se sienta afectado por la información que fuere del caso. La intervención del Defensor del Pueblo podría ser dañosa para las pretensiones de quien se considere lesionado en su intimidad.

#### Pasiva

Los sujetos pasivos de la acción de hábeas data son las "entidades" públicas o privadas detentoras de documentos, bancos de datos, e informes que versen sobre las personas (sujeto activo) o sus bienes. Como habíamos dicho anteriormente, en este caso aparece la duda de si es suficiente que los datos en poder de esas "entidades" versen sobre personas y sus bienes, o tengan como destino el suministro de informes, es decir que la información pudiera ser pública. La amplitud del texto hace pensar que, en términos de estricta redacción de la norma constitucional, serán sujetos pasivos **todas** las "entidades" que tengan en su poder información como la descrita, sin importar qué fin vaya a tener. En la práctica esta amplitud podría poner en peligro los derechos de profesionales como los abogados, los médicos y los contadores, por ejemplo, que por motivo de su actividad tengan en sus archivos información sobre personas ju-

rídicas y naturales. Es que al legislador constitucional no pareció importarle qué fin pudiera tener la información motivo de la acción de hábeas data.

### III. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Al menos en comparación con el número de acciones de amparo, el Tribunal Constitucional ha ventilado pocos casos de hábeas data. El numeral tercero del Art. 276 de la Carta Política le otorga al Tribunal Constitucional la competencia para conocer las resoluciones que denieguen el hábeas data, que por el momento es la figura que nos interesa. Esta competencia se encuentra reforzada por el Art 12, numeral tercero, de la Ley de Control Constitucional.

Antes de que el Tribunal Constitucional pueda resolver acerca de la negativa de la concesión del hábeas data, es necesario que la acción haya sido presentada ante cualquier juez o tribunal de primera instancia del domicilio del poseedor de la información o de los datos requeridos. Al inicio de la acción le seguirá, al día siguiente, una audiencia convocada por el juez o tribunal que fuere del caso. La audiencia se realizará dentro de un plazo de ocho días, y la resolución tendrá que ser emitida después de otros dos días. Si la resolución negara el hábeas data, la decisión judicial será susceptible de apelación ante el Tribunal Constitucional, en concordancia con el Art. 276 numeral tercero de la Constitución y el cuarto inciso del Art. 41 de la Ley de Control Constitucional. Así, pues, el Tribunal ve limitada su competencia a las resoluciones que no concedan el hábeas data, por lo que los casos que llegan a su conocimiento son relativamente pocos.

De todos modos, se puede decir que ni las partes en los procesos de hábeas data ni el propio Tribunal Constitucional fundamentan sus argumentos con base en el objetivo básico que busca la garantía: evitar que el uso incorrecto de la información pueda lesionar la intimidad y otros derechos de la persona, como consecuencia de la difusión de datos erróneos, incompletos o inexactos, que tengan que ver con esa persona o con sus bienes. Más bien se ha confundido la acción de hábeas data con la exhibición, figura típica del procedimiento civil. Por ejemplo, en el caso 189-99-HD (IMVIGALSA S.A. vs. Banco del Austro), conocido por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, el accionante había solicitado al Juez Octavo de lo Civil de Cuenca "(...) *la exhibición de documentos por parte del Banco del Austro S.A., entidad que no atendió conforme al requerimiento planteado (...)*" Y luego, para que no quepa duda se añade: "(...) *que como el objeto de la exhibición no se cumplió y es el de obtener del banco poseedor de la información que ésta se proporcione en forma completa, clara y verídica, con acceso directo a la información y que se rectifique en caso de existir errores y determinar la existencia o no de obligaciones, su monto y la forma como se llega a establecer las mismas, demanda su derecho a acceder a los documentos que reposan en la institución bancaria (...)*"<sup>19</sup> (Destacado y subrayado son míos). En este caso la Segunda Sala del Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el fondo de la pretensión del actor, es decir la pura y simple exhibición de documentos, sino sobre la improcedencia de la impugnación de la decisión judicial.

En el caso signado con el número 975-99-HD (LINCO-SUR S.A. vs. Intendencia de Bancos de Guayaquil, conocido por la Segunda Sala) el accionante solicitó que se ordene a la autoridad pública la exhibición y entrega de copias certificadas de un expediente a su cargo. La Sala, en este caso, reflexionó que *"La norma constitucional que garantiza el hábeas data en el Art. 94 es demasiado amplia, y no sólo se refiere a aquella información que directa e indirectamente pueda afectar al honor, la buena reputación, o irrogar daño moral al solicitante (...) La esencia del recurso de hábeas data es lograr la información veráz (sic) y requerida por los ciudadanos sobre sí mismos o sobre sus bienes, razón por la cual no tiene sentido alguno oponerse a otorgar esa información si se refiere a la vida y actividades de los propios peticionarios, situación distinta sería si es que terceros lo solicitan con finalidad de causar daño, afectar su honor y en general para utilización maliciosa (...)"*<sup>20</sup> A lo anterior la sala correspondiente añadió: *"El recurso de hábeas data puede deducirse independiente de la petición que pudiesen realizar los interesados dentro de la tramitación de una causa, en la que el juez conmine la exhibición o entrega de documentos reservados, excepto desde luego los que tengan que ver con materia de seguridad nacional, en cuyo caso el procedimiento varía."*<sup>21</sup> Una vez más, el accionante ha solicitado la exhibición de documentos y la sala a la que le tocó conocer la apelación no ha entrado a considerar la verdadera esencia del hábeas data.

Esta reiterada confusión entre la exhibición y el hábeas

data puede encontrarse en el caso 345-98-HD (Comité de Empresa de los Trabajadores de Tropical Azucarera Americana S.A.- AZTRA vs. dicha empresa), cuya objeto es solicitar copias certificadas de las renunciaciones de los miembros de dicho Comité de Empresa. Lo mismo ocurre en el caso 586-98-HD (Abraham Salvador Viñán vs. Tribunal Provincial Electoral del Chimborazo). En este proceso la primera sala del Tribunal ordenó al Tribunal Provincial prenombrado que consigne en esa judicatura, para ser entregado al demandante, el formulario de inscripción de los candidatos al Concejo Municipal del Cantón Riobamba correspondiente a 1984, sustentando su posición al resolver en que *"(...) el recurso de hábeas data tiene como fin primordial detener los abusos que puedan suceder con la manipulación de información; así el Art. 34 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, de manera concomitante con el Art. 94 del texto constitucional, garantiza que toda persona natural o jurídica pueda tener acceso a información de cualquier orden e índole que cualquier ente, autoridad, persona natural o jurídica posea sobre ella (...)"*<sup>22</sup>

Tomando en cuenta que el hábeas data es una garantía constitucional nueva, ni las personas en poder de la información, ni los accionantes, ni el propio Tribunal Constitucional conocen su verdadera naturaleza. La ignorancia ha convertido a esta garantía, que se pone en movimiento por medio de una acción, en una forma relativamente rápida de intentar obtener información que, las más de las veces, no responde a la relevancia constitucional que merece el hábeas data.

## NOTAS

1. De acuerdo con la definición que trae Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (Tomo III, 12ª edición, Buenos Aires, Heliasta, 1979, Pág. 462) "Las garantías constitucionales -también llamadas individuales- configuran inspiraciones de un orden jurídico superior y estable que satisfaga los anhelos de una vida en paz, libre de abusos, o con expeditivo recurso contra ellos, con respeto para los derechos en general y de otras normas de índole colectiva, aunque de resultante individual al servicio de la dignidad humana."
2. Padilla, Miguel M., "Lecciones Sobre Derechos Humanos y Garantías", Segundo Tomo, 3ª edición, Buenos Aires, Ebeledo Perrot, 1997, Pág. 370.
3. En Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIII, Buenos Aires, Driskill, 1979, Pág. 46.
4. Badeni, Gregorio, "Instituciones de Derecho Constitucional", Tomo I, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, Pág. 638.
5. Badeni, "Instituciones...:", Pág. 638-9.
6. Burgoa, Ignacio, "Las Garantías Individuales", 31ª edición, México, Porrúa, 1999, Pág. 162.
7. Burgoa, "Las Garantías...", Pág. 166.
8. Burgoa, "Las Garantías...", Pág. 177.
9. Gozañi, Osvaldo A., "La Justicia Constitucional. Garantías Proceso y Tribunal Constitucional", Buenos Aires, Depalma, 1994, Pág. 226.
10. Reyes Tayabas, Jorge, "Derecho Constitucional Aplicado a la Especialización de Amparo", 4ta edición, México, Themis, 1998, Pág. 159.
11. El tratadista Ignacio Burgoa explica esa relación en los siguientes términos: "(...) las relaciones de supra a subordinación descansan sobre una dualidad cualitativa subjetiva, o sea, que surgen entre dos entidades colocadas en distinto plano o posición, es decir, entre el Estado como persona jurídico-política y sus órganos de autoridad, por un lado, y el gobernado por el otro. En dichas relaciones, la persona moral estatal y sus autoridades desempeñan frente al gobernado la actividad soberana o de gobierno, o sea, actos autoritarios propiamente dichos que tienen como atributo la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.", Op. Cit., Pág. 167.

## NOTAS

12. También opina así Puccinelli: *"La terminología correcta es la de acción (...) pues la voz "recurso", recordemos, conceptualmente supone para su impetración la preexistencia de una decisión estatal respecto de la cual su destinatario se encuentre disconforme. Esto último es inapropiado, por cuanto el hábeas data tradicional está previsto también para ser dirigido contra personas físicas y contra las jurídicas no estatales, con lo cual resulta más preciso hablar de 'acción', o en todo caso de 'proceso', pues, a nuestro entender en rigor técnico el hábeas data es un proceso constitucional que se despliega a partir de la interposición de la acción que la da origen."* Puccinelli, Oscar, "El Hábeas Data en Indoiberoamérica", Bogotá, Temis, 199, Pág. 544.
13. Ekmekdjian, Miguel Ángel, Pizzolo, Calogero (h), "Hábeas Data. El Derecho a la Intimidad Frente a la Revolución Informática.", Buenos Aires, Depalma, 1996, Pág. 2.
14. Ekmedjian, Miguel Ángel, "Derecho a la Información" 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1996, Págs. 72-73.
15. Morello, Augusto M., "Constitución y Proceso. La Nueva Edad de las Garantías Constitucionales.", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, Pág. 235. De acuerdo con Beltramone y Zabale los titulares (administradores u operadores) de la información tienen ciertos derechos como: acceso a datos propios, rectificación y actualización, confidencialidad, exclusión e inclusión, derecho de acceso a la información, legitimación para su registración y autorización para su utilización con fines distintos que los que motivaron su recolección. Beltramone Guillermo y Zabale Ezequiel, "El Derecho en la Era Digital. Derecho Informático de Fin de Siglo.", Buenos Aires, Juris, 1997, Págs. 62-64.
16. El término "entidad" que utiliza la Constitución es muy confuso. No queda claro si se refiere a personas jurídicas exclusivamente o si la definición pudiera incluir información en poder de colectividades cuya personería jurídica no sea perfecta, por ejemplo.
17. Ekmedjian, Miguel Ángel, "Derecho a la Información", Pág. 113.
18. Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional, Quito, 1999, Pág. 247
19. Informe, Págs. 247-8.
20. Idem, Pág. 438.
21. Idem, Pág. 439.
22. Idem, Pág. 245.

**ALBERTO WRAY ESPINOSA.** Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Quito, Alberto Wray es en la actualidad profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Penal en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Es también abogado en libre ejercicio profesional.

**ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL.** Es profesor titular de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Ha sido profesor invitado de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Central de Venezuela. Es también asesor de ILANUD de NNUU, Miembro de la Cámara Alta de Juristas de Brasil y de la Sociedad Mexicana de Criminología. Autor del proyecto de Código Penal para Ecuador.

**EDMUNDO DURÁN DÍAZ.** Doctor en Jurisprudencia, Edmundo Durán Díaz se ha desempeñado como Fiscal General de la Nación, consultor de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD) y abogado en libre ejercicio profesional.

**WALTER GUERRERO VIVANCO.** Tiene amplia experiencia en el campo del derecho, desde diferentes ópticas: juez del crimen, Presidente de la Corte Suprema de Justicia y catedrático universitario. En la actualidad ejerce la profesión libremente. Es autor del proyecto de Código de Procedimiento Penal.

**RICARDO VACA ANDRADE.** Profesor de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Quito. Realizó estudios en España y Bélgica, entre otros lugares. En la actualidad es vocal del Consejo Nacional de la Judicatura.

**SANTIAGO ANDRADE UBIDIA.** El doctor Andrade es, en la actualidad, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Tiene una gran experiencia como catedrático en las áreas de Derecho Civil y Derecho Mercantil, principalmente. Es profesor de Teoría de las Obligaciones en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

**CARLOS X. RIOFRÍO CORRAL.** Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de la República. Magistrado de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

**EDMUNDO RENÉ BODERO.** Profesor de Derecho Penal y Criminología en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Profesor de Criminología en el Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales "Dr. Jorge Zavala Baquerizo". Es también un autor prolífico.

**MARENA BRIONES VELASTEGUÍ.** Abogada en libre ejercicio; profesora de Lógica Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil. Columnista editorial de los diarios Hoy y El Telégrafo. Coordina el proyecto Diálogo 21, cuyo objetivo es gestar en Ecuador una cultura del diálogo y de la concertación.

**DIEGO CORDOVEZ.** Ha sido subsecretario para asuntos políticos de Naciones Unidas, Canciller y candidato a la vicepresidencia de la República. Es autor de "Out of Afghanistan" y "Nuestra Propuesta Inconclusa". En la actualidad es el presidente del Centro Andino de Estudios Internacionales de la Universidad Andina Simón Bolívar.

**ANTONIO PARRA GIL.** Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Salamanca, Antonio Parra Gil es uno de los más prestigiosos internacionalistas de Ecuador. Alterna la investigación jurídica con el ejercicio de la profesión, en Guayaquil.

**DELIA LIPSZYC.** Reconocida autoridad internacional y catedrática en el campo de los Derechos de Autor y Conexos. Profesora de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires. Vicepresidente para Argentina del Instituto Interamericano de Derechos de Autor.

**JUAN M. QUEVEDO GARCÍA.** El doctor Quevedo obtuvo su título en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Tras más de tres décadas en el sector petrolero internacional, se reincorporó hace pocos años al estudio "Quevedo & Ponce", en Quito.

**LUIS HIDALGO LÓPEZ.** Ha cursado un posgrado en The American University School of Government y es doctor en Derecho por la Atlanta Law School. Ocupó el cargo de Contralor General del Estado y se ha desempeñado como consultor. En la actualidad es Gerente General de Lexis S. A. y catedrático en la Universidad Católica de Quito.

**RAMIRO AGUILAR TORRES.** Catedrático de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Quito. Prestigioso abogado en libre ejercicio profesional y procurador judicial del Servicio de Rentas Internas.

**DIEGO PÉREZ ORDÓÑEZ.** Profesor de Estado y Derecho en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito y director de su Centro de Pensamiento Jurídico.