

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



**Agosto 2001**

**IURIS DICTIO**

**Año II N° 4**

## **JURIS DICTIO**

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

---

**Año II, N° 4**

**Quito, Agosto 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.**

---

## EDITORIAL

## SECCIÓN MONOGRÁFICA:

**“LA NUEVA DECISIÓN 486 DE LA COMUNIDAD ANDINA”****José Manuel Otero Lastres.**

Régimen de marcas en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena. ....7

**Marco Matías Alemán**

De las patentes de invención. Definición, requisitos y exclusiones. ....23

**Alejandro Ponce Martínez**

La protección de los inventos por patentes .....31

**Iñigo Salvador Crespo**

El patentamiento de fármacos en el marco de la flamante Decisión 486 .....43

**Falconí Puig & Abogados**Régimen común sobre Propiedad Industrial. Análisis comparativo  
entre las Decisiones 344 y 486 de la Comunidad Andina de Naciones. ....54**Luis Henrique Farías Mata**

Importancia de la Regulación de la Propiedad Intelectual por el Derecho Comunitario Andino .....64

## SECCIÓN LIBRE:

**Fernando de Trazegnies Granda**

El Derecho Civil ante la post-modernidad. ....69

**Ernesto López Freire**La naturaleza jurídica de las tierras de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas.  
-De cara a la facultad expropiadora del Estado y a la declaración de utilidad pública- .....86**Andrés Fernández-Salvador C.**

Comentarios sobre la ratificación del CIADI. ....89

**Santiago Andrade Ubidia**

Hace falta una ley que promueva y proteja la competencia económica .....96

**Ramiro Aguilar Torres**

La fuerza de la Ley .....115

**Álvaro Ojeda Hidalgo**

La Contribución Especial (un tributo complejo) .....118

**Álvaro Galindo Cardona**

Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador .....123

## SECCIÓN JURISPRUDENCIA:

**Lorena Cascante**

Eficacia de la prueba del ADN en los juicios por declaración judicial de paternidad .....130

**Nuestros Colaboradores** .....135

# De las patentes de invención. Definición, requisitos y exclusiones

Marco Matías  
Aleján\*

*Las condiciones de patentabilidad son: aplicabilidad, industrial, novedad universal y nivel inventivo.*

Voy a desarrollar temas generales sobre patentes, tomando varios fallos del Tribunal Andino de Justicia y haciendo algunos comentarios sobre la normativa internacional vigente y sobre la Decisión 486.

La Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC establece un conjunto de normas básicas, que deben cumplir todos los Miembros, relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. Comprende ocho secciones relativas, respectivamente, al derecho de autor y derechos conexos, marcas, indicaciones geográficas, diseños industriales, patentes de invención, esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados, información no divulgada (secretos empresariales) y control de prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales (esta última categoría no figura en la definición de propiedad intelectual del Artículo 1.2).

Las disposiciones relativas a las *patentes de invención* se encuentran en la Sección 5 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC. Esa Sección contiene ocho artículos que tratan de cuestiones sustanciales relativas a la protección de las invenciones mediante patentes y para el ejercicio de los derechos exclusivos conferidos por las patentes. Aunque el Acuerdo sobre los ADPIC no agota en su articulado el tratamiento de las patentes de invención, si establece por primera vez en un instrumento vinculante a nivel internacional un conjunto mínimo de reglas de derecho sustantivo que aclaran, armonizan y en muchos casos elevan los estándares de protección para las invenciones.

## DEFINICIÓN DE INVENCION

El Acuerdo sobre los ADPIC (Artículo 27.1) establece como principio básico que podrá obtenerse patente para toda invención, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología. El Acuerdo no contie-

ne una definición de lo que debe entenderse como invención, por lo cual su definición queda librada a la legislación aplicable de cada uno de los Miembros. Algunas leyes de patentes contienen definiciones de *invención* para los efectos de la concesión de patentes.<sup>1</sup>

La invención puede definirse como una idea que constituye una regla técnica, es decir *una enseñanza para utilizar metódicamente fuerzas de la naturaleza para obtener un resultado causal y perceptible*.<sup>2</sup>

El Tribunal Andino de Justicia en el proceso 9-IP-99 en relación con la definición legal de las invenciones dice: *Como se expresa en el proceso 2-IP-98, la mayoría de las legislaciones comparten la idea de evitar una idea positiva de lo que significa en términos jurídicos una patente de invención. Quizás por el temor fundamental de que una definición legal pueda con el transcurrir de los años quedarse atrás frente a los avances tecnológicos y limitar de esta forma la libre apreciación del juez, quien en últimas deberá analizar el contexto legal para efectos de determinar qué constituye patente y qué no.* Esa consideración del Tribunal fue tenida en cuenta, según recuerdo, por los negociadores de los cinco países andinos que trabajaron en la elaboración de la Decisión 486. Algunos países consideraban útil y conveniente la inclusión de una definición de invención, pero precisamente por el temor a dar una definición que pudiera quedarse corta con los avances y con los nuevos desarrollos, se prefirió más bien señalar cuáles eran los requisitos de patentabilidad y dejar al juez y/o a la administración las decisiones sobre lo que es patentable, lo que es un invento y en consecuencia lo que es un invento patentable.

A efectos de entender el concepto de invención es conveniente diferenciarlo de un *descubrimiento*, ya que estos no son patentables pues no constituyen una invención. Un descubrimiento es el reconocimiento o hallazgo de fenómenos, propiedades o leyes del universo físico

susceptibles de verificación. Una invención puede estar basada en un descubrimiento,<sup>3</sup> pero debe necesariamente comportar una intervención del inventor en la obtención del resultado o solución técnica que es la invención. Por ejemplo, las Directrices de la Oficina Europea de Patentes (OEP) para el examen de patentes explican que si una persona encuentra una nueva propiedad en un material o en un artículo conocidos, ese hallazgo será un simple descubrimiento y no será patentable. Sin embargo, si una persona aprovecha esa propiedad recién descubierta y le da un uso práctico utilitario habrá realizado una invención que podría ser patentable.<sup>4</sup> Al indicar la utilidad práctica o aplicación industrial de un descubrimiento para la solución a un problema técnico, el descubridor pasa a ser inventor. En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró en el caso *Funk* lo siguiente (traducción nuestra):<sup>5</sup>

*Quien descubre un fenómeno de la naturaleza hasta el momento desconocido no puede reivindicar sobre él un monopolio legalmente reconocido. Para que surja una invención de ese descubrimiento, debe haber una aplicación de esa ley de la naturaleza a un fin nuevo y útil.*

El uso o aprovechamiento de las leyes y fuerzas de la naturaleza siempre están presentes en una invención. Cuando esas leyes o fuerzas son simplemente reconocidas o identificadas habrá un descubrimiento, pero éste no bastará para que se configure una invención.

#### Condiciones de patentabilidad

El desarrollo histórico del sistema de patentes ha llevado a la identificación de tres condiciones básicas para que una invención pueda ser objeto de una patente de invención. Estas condiciones se reconocen actualmente en la casi totalidad de las leyes de patentes de invención y se han convertido en requisito estándar para la protección de las invenciones.<sup>6</sup> Esas condiciones son: aplicabilidad industrial, novedad universal y nivel inventivo.

El Acuerdo sobre los ADPIC (Artículo 27.1) recoge y convierte en una norma internacional el cumplimiento de esos tres requisitos. El Acuerdo estipula como condiciones para la concesión de una patente que la invención tenga novedad, entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial. Estos tres requisitos básicos para la concesión de patentes de invención ya se encontraban reconocidos en la casi totalidad de las leyes de patentes modernas, de modo que el Acuerdo sobre los ADPIC ha venido a confirmar esa norma.

El sentido y alcance de cada una de esas condiciones de patentabilidad quedará librado a la legislación interna de cada Miembro y a su interpretación jurisprudencial, especialmente en lo que respecta a la novedad y a la actividad inventiva (o nivel inventivo). Aunque las leyes modernas de patentes normalmente exigen que la novedad requerida sea universal y absoluta, esto no está especificado en el Acuerdo sobre los ADPIC, y aún se dan algunas diferencias entre los países. El requisito de actividad o nivel inventivo es apreciado por examinadores de oficinas de propiedad industrial que aplican directivas y criterios que también pueden presentar diferencias en sus conclusiones, aun cuando la armonización e integración de criterios para estos efectos continúa progresando permanentemente.

El Acuerdo (Artículo 27 nota 5) aclara que cualquier Miembro podrá considerar que el concepto de *actividad inventiva* es equivalente al concepto de *no evidente* (en inglés *non-obvious*). Asimismo, los Miembros podrán asimilar la expresión *susceptible de aplicación industrial* al concepto de *útil* (en inglés *useful*). Esas expresiones sinónimas se utilizan en algunas leyes de patentes, por ejemplo las de Canadá y Estados Unidos de América.

Estos requisitos básicos de patentabilidad se encuentran en el artículo 14 de la Decisión 486 de la siguiente forma: *los países miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial*. En el artículo 16 se regula el requisito de la novedad, en el sentido de establecer que una invención cumple con este requisito cuando no esté comprendida en el estado de la técnica. Se puede entender por estado de la técnica el conjunto de reglas, principios, conocimientos y prácticas que se encuentran en manos de los expertos en el sector técnico relevante al que pertenece la regla inventiva; pues bien, si en ese grupo de conocimientos, reglas, principios o métodos no se encuentra información que anteceda la regla técnica que se pretende patentar -sino se encuentra esa información- entonces estaremos frente a un invento que cumple con el requisito de la novedad.

En el artículo 16 de la Decisión se consagra este requisito de la siguiente forma: *comprenderá todo lo que se haya hecho accesible al público por una descripción escrita u oral, por una utilización, comercialización, o cualquier otro medio antes de la fecha de la presentación de la solicitud de patente o en su caso de la prioridad reconocida*. Aparece una primera distinción: *comprenderá todo lo que se ha hecho accesible al público por una descripción escrita u oral*, lo que quiere decir, un documento escrito relativo a la regla técnica que haya pasado al conocimiento del público o que esté por lo menos disponible para el acceso del público, hace que esa información pase al estado de la técnica y por estar en el estado de la técnica, hace que la solicitud en cuestión no cumpla con el requisito de la novedad. Pero igual, en aquellos casos en que la descripción se produjo a través de la exposición de ese invento, estaríamos frente a la pérdida de la novedad por una descripción oral -a excepción de la exposición en ferias internacionales oficiales u oficialmente reconocidas, art.11 Convenio de la Unión de París-. En el caso de exposición en ferias oficiales u oficialmente reconocidas, si bien se describe el invento, éste puede ser objeto de una solicitud de patente siempre que se satisfagan los requisitos señalados en los numerales 2 y 3 del mencionado artículo 11 del CUP. La Decisión andina, en el artículo 17 literal a), consagra una excepción más amplia que la consagrada en el CUP, en razón a que en la mencionada norma no se destruye la novedad en cualquier caso en que la divulgación provenga del inventor o su causahabiente, siempre que se haga la solicitud correspondiente dentro del año posterior a la fecha de la divulgación.

También pasa a ser parte del estado de técnica la *utilización, comercialización o cualquier otro medio* que produzca un conocimiento público sobre la regla técnica que se pretende patentar. Pues bien, es frecuente que algunos

empresarios deciden iniciar la producción de los productos que incluye la regla técnica, que posteriormente intentan patentar antes de iniciar trámite alguno para la protección de la innovación. Esa fabricación y venta en una fecha anterior a la solicitud de patente es una forma de destruir el requisito de la novedad, en razón a que esa información tecnológica pasa inmediatamente al estado de la técnica.

También hace parte del estado de la técnica -sólo para el efecto de la determinación de la novedad-, el contenido de una solicitud de patente en trámite ante la oficina nacional competente, cuya fecha de presentación o de prioridad fuese anterior a la fecha de presentación de prioridad de la solicitud de patente que se estuviere examinando.

Esas son a grandes rasgos las consideraciones sobre novedad y las consideraciones sobre el estado de la técnica. Lo dicho sobre el estado de la técnica resulta aplicable al examinar el requisito del nivel inventivo, artículo 18 de la Decisión 486. Consiste en que de ese estado de la técnica no se puede derivar de manera obvia, en otros palabras no puede ser evidente para un técnico en la materia, la solución que se propone en esa solicitud de patente.

Y por último, el requisito de la aplicación industrial, consagrado en el artículo 19: *se considera que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando el objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios*.

Pues bien, con esas consideraciones generales sobre los requisitos de patentabilidad pasaremos a hacer algunos comentarios sobre lo que la Normativa Andina y otras legislaciones consideran que no es una invención y aquello que consideran que no es patentable.

En el primer caso, cuando se considera que algo no es una invención, lo que se dice es que no cumple con uno de los tres requisitos de patentabilidad a los que hemos hecho referencia. En el segundo caso, cuando se considera que algo es excluido de patentabilidad, implícitamente se reconoce que puede cumplir con los requisitos positivos de patentabilidad, pero por una decisión de tipo económico o político, el legislador decidió excluirlo.

El artículo 15 de la Decisión 486 hace una relación de algunos casos que no se consideran invenciones y el artículo 20 enumera los casos de invenciones que no son patentables. Me voy a referir a algunos de éstos, sin que eso sea un obstáculo para que luego nos podamos detener en otros que ustedes consideren de mayor interés.

#### LO QUE NO SE CONSIDERA INVENCION

Varias leyes, incluida la Decisión andina, contienen listados no exhaustivos de materias u objetos que no se considerarán invenciones, entre los cuales suelen incluirse los siguientes:<sup>7</sup>

- a) los simples descubrimientos, incluyendo las materias existentes en la naturaleza;
- b) las teorías científicas y los métodos matemáticos;
- c) las creaciones puramente estéticas;
- d) los planes, principios o métodos económicos, de negocios, de anuncios o de publicidad;
- e) las reglas o métodos referidos a actividades puramen-

- f) mentales o intelectuales, o a materia de juego;
- f) los programas de computación aisladamente considerados; y
- g) las presentaciones de información.

Me limitaré a realizar unos pocos comentarios sobre algunas de las causales enumeradas. En el artículo 15 se dice: *no se consideran invenciones los siguientes: los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos*; pues bien, ya decíamos cuando hablábamos de descubrimientos; que éstos son precisamente lo opuesto a la invención, ya que los descubrimientos tienen como resultado final un objeto que ya existía y por lo tanto no se inventa sino que simplemente se descubre; eso hace la distinción entre lo que es objeto de patente y lo que simplemente sería objeto de protección por vías distintas al sistema de patente.

En cuanto a las teorías científicas y a los métodos matemáticos fundamentalmente se ha dicho que las razones de su no protección por el sistema de patente obedece a que se trata de reglas abstractas a la que les hace falta el requisito de la aplicación industrial. Por ello Newton no habría podido patentar su reconocida ley de la gravedad ni Einstein su  $E=mc^2$ , descubrimientos sobre los que no debe recaer exclusiva alguna.

En el literal b) se dice: *el todo o parte de los seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural*. La intención del legislador andino parece que fuera no reconocer protección a aquellos casos en los que la labor inventiva se dirija a un ser vivo o parte del ser vivo que se encuentra en la naturaleza, sin que tal exclusión se aplique en el caso de seres vivos que sean fruto de una creación del hombre. El Tribunal Andino de Justicia, en el proceso 21-IP-2000 fija las líneas de interpretación de esta causal. Para mí, la conclusión del Tribunal es la siguiente: no es que no se pueda patentar la materia viva, la cual es claro que sí es patentable. Lo que no se puede patentar es la materia viva que ya existe en la naturaleza por más que haya intervención humana por medio de un proceso científico de purificación o de aislamiento. Me limitaré a manifestar que se ha considerado en muchos casos (procesos ante diferentes cortes y solicitudes de patentes ante Oficinas de propiedad industrial) que microorganismos ya existentes, en los cuales la labor del hombre sea de aislamiento, de purificación o de búsqueda de la función técnica del microorganismo, pueden ser objeto de patentes. El célebre caso Chakrabarty en los Estados Unidos (Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980)), es un ejemplo de un organismo, en particular de una bacteria que contiene cuatro plásmidos que combinados tienen la capacidad de degradar diferentes componentes del petróleo, haciéndolo útil en el control de derramamiento de petróleo.

En el c) se dice: *No se consideran invenciones: las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el Derecho de Autor*. Lo que busca la norma es que esas obras que tienen como función fundamental el enriquecimiento del acervo cultural, se deben proteger por un medio distinto al del sistema de patentes, éste último dirigido a estimular fundamentalmente la innovación tecnológica y la protección de la tecnología aplicada a la industria.

En el literal e) se excluyen los programas de ordenadores o el soporte lógico. Podemos considerar por programa de ordenador un paquete de instrucciones que hace posible que una máquina que tiene la posibilidad de procesar información, logre el desarrollo de unas funciones o consiga un resultado.<sup>8</sup>

La razón de la exclusión obedece a que se ha considerado, en el caso de los programas de ordenador, al igual que en las restantes causales consagradas en el artículo 15 de la Decisión 486, que se trata de invenciones a las que les falta el carácter técnico, es decir, que los resultados que se logran en cada uno de estos campos no producen una real contribución al estado de la técnica. Este argumento ha sido expuesto como justificación de la existencia del artículo 52(2) del Convenio de la Patente Europea.

Tanto en la normativa andina como en la europea aparece una limitante a la exclusión que venimos comentando, es la expresión como tal, que aparece en el artículo 52(3) del CPE y en el mismo literal e) del artículo 15 de la decisión 486. En una decisión de la Cámara de Apelaciones de la OEP, de julio 1 de 1998, caso No. T 1173/97, en el que la parte actora fue la sociedad IBM, se abordaron entre otros temas, el de determinar cuál es el efecto técnico que se requiere para que los programas de ordenador fueran patentables y la connotación que la limitación de la expresión *como tal* tiene cuando se trata de una solicitud de protección a los programas de ordenador por la vía de las patentes. La Cámara de Apelaciones en la decisión mencionada interpretó, a mi modo de ver, la exclusión del artículo 52 (2) y la limitación a ésta consagrada en el 52 (3), dejando claro que la norma no excluye de la patentabilidad a los programas de ordenador en general, sino exclusivamente aquellos programas que no tienen un efecto técnico, es decir que son *un programa de ordenador como tal*. Posteriormente la Cámara analiza el concepto de efecto técnico en el sentido de exigir que cuando el programa se corra en un ordenador o sea cargado en éste, produzca o sea capaz de producir un efecto técnico que va más allá de la interacción física entre el equipo y el programa. A título de ejemplo, dice que este efecto no se logra cuando el efecto físico en un equipo, como es la generación de una corriente eléctrica, se deriva de la ejecución de una instrucción que le da el programa al ordenador.

De ello se deriva que los programas de computador no solamente serán patentables cuando por medio de un ordenador se maneje o controle un proceso industrial o una máquina, sino también en todos aquellos casos en que el programa es el único medio o un medio necesario para obtener un efecto técnico gracias a de su funcionamiento al interior de un ordenador.

Al interior de los países miembros del Comunidad Europea se viene dando un interesante análisis sobre el impacto de la patentabilidad de los programas de ordenador. En el libro verde sobre la patente comunitaria y el sistema de patentes en Europa, se abordó el tema de la patentabilidad de los programas de ordenador; entre otras cosas, la eventual compatibilidad de una exclusión de éstos frente al artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC y de otro lado la práctica de Oficinas como la japonesa y la americana, lo que los llevó a la formulación de algunas preguntas, entre otras: I) si las diferencias que existían en-

tre Europa y sus principales socios económicos podían plantear dificultades para las empresas europeas; II) si se consideraba necesario proponer la supresión del artículo 52 (2) del CPE y, III) la opinión sobre la conveniencia de la protección simultánea del derecho de autor y las patentes para la misma invención.

En el seguimiento que realizó la Comisión a las consultas planteadas en el libro verde, este órgano concluye que la situación actual que plantea el CPE crea dificultades de valoración entre los diferentes tribunales sobre lo que puede ser patentable, lo que califica de perjudicial. La comisión propone dos acciones: I) una propuesta de Directiva basada en el artículo 100 A del Tratado CE, destinada a armonizar la legislación de los Estados miembros; y II) expresa a los países firmantes del convenio de Munich la conveniencia de una modificación al artículo 52 (2) del Convenio sobre la Patente Europea, a fin de suprimir los programas de ordenador de la lista de los inventos no patentables.

En este sentido, la propuesta básica que se consideró para la revisión de la Convención Europea de Patentes durante la conferencia diplomática que la Organización Europea de Patentes realizó en Munich del 20 al 29 de noviembre del año 2000, incluía a mi modo de ver dos alternativas: una consistía en la modificación de la letra c) del artículo 52 (2) en el sentido de eliminar los programas de ordenador, y la otra era la posibilidad de eliminar los numerales 2 y 3 del mencionado artículo. Al revisar el acta de la modificación vemos que no se introdujo cambio alguno en la legislación existente. Sin embargo, se dedica a este tema parte de una resolución adoptada en la conferencia, en la que se manifiesta la importancia de continuar las consultas en curso y se solicita a los Órganos competentes de la Organización Europea de Patentes la realización de los preparativos necesarios para efectuar una nueva conferencia diplomática donde se pueda abordar el tema.

En Estados Unidos la ley de patentes no realiza un listado de asuntos que no son patentables, ya que este tema es de competencia jurisprudencial (la Suprema Corte de los Estados Unidos ha identificado tres categorías de objetos que no pueden ser patentables), por lo que no existe exclusión alguna relativa a los programas de computador.<sup>9</sup> La Oficina Americana de Patentes adoptó en febrero del 1996 directrices de examen en materia de invenciones relativas a programas de ordenador, de forma que se amplía el campo de las invenciones patentables en éste sector, aclarando que en Estados Unidos, aún antes de la publicación de estas directrices ya los programas de ordenador incorporados a un medio tangible (disquete) eran patentables.

La Oficina Japonesa adoptó en 1997 directrices que consagran de manera expresa la posibilidad de reivindicaciones relativas a un medio de almacenamiento legible por un computador, de forma que la práctica de esta Oficina se aproxima en gran medida a la de la Oficina Americana.

#### EXCLUSIONES DE PATENTABILIDAD

Sin perjuicio de las limitaciones a la patentabilidad resultantes de la definición de invención, las leyes de patentes también pueden disponer que ciertas materias, no obs-

tante ser invenciones, quedarán excluidas de protección por razones de política económica o de interés público.

El Acuerdo sobre los ADPIC (Artículo 27.1) aclara expresamente que las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por razón del campo de la tecnología al cual pertenezca la invención. Las únicas exclusiones de la patentabilidad permitidas a los Miembros son las previstas expresamente en el Acuerdo sobre los ADPIC (Artículo 27 párrafos 2 y 3). Estas exclusiones son facultativas, no obligatorias para los Miembros, y comprenden las siguientes:

a) las invenciones cuya explotación comercial en el territorio deba impedirse necesariamente para los siguientes fines, siempre que la exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación:

- I. proteger el orden público o la moralidad,
  - II. proteger la salud o la vida de las personas o de los animales,
  - III. preservar los vegetales, o
  - IV. evitar daños graves al medio ambiente;
- b) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;
- c) las plantas y los animales, excepto los microorganismos; y
- d) los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos.

Las *obtencciones vegetales* deben ser protegidas en todos los Miembros de la OMC, sea mediante patentes de invención, mediante un sistema *sui generis* eficaz, o una combinación de ambas formas de protección (Acuerdo sobre los ADPIC Artículo 27.3). Esta obligación expresa implica que aun cuando un Miembro optara por excluir de la patentabilidad a las plantas, subsistiría la obligación de dar protección legal por lo menos a las obtenciones vegetales.<sup>10</sup>

Ese compromiso emanado del Acuerdo sobre los ADPIC ha comenzado a acelerar el proceso de adopción de legislación especial para la protección de las variedades u obtenciones vegetales, aun cuando las plantas no estuviesen excluidas de protección por patente. Además, se está incrementando rápidamente el número de países en desarrollo que se han adherido o que están gestionando su adhesión al Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (Convenio UPOV), del cual son miembros a la fecha 47 Estados.

La normativa andina en el artículo 20 de la Decisión consagra las causales de exclusión, de manera que sigue muy de cerca la redacción del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC al que antes hicimos referencia, por lo que me limitaré a algunos comentarios adicionales; por ejemplo, se dice que no serán patentables las invenciones cuya explotación comercial en el territorio del país miembro respectivo debe impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moral. A este efecto, la explotación comercial de una invención no se considerará contraria al orden público o a la moral sólo por la existencia de una disposición legal o administrativa que prohíba o regule dicha explotación.

El literal c) dice: las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos

o micro biológicos, con lo cual se reitera, como lo dijo el Tribunal en el fallo que antes mencionábamos, que los microorganismos si son patentables y que los procedimientos micro biológicos, o sea aquellos relativos a la biotecnología, en los que el grado de intervención humana sea alta, también serán patentables. En cambio las plantas y los animales, así como los procedimientos esencialmente biológicos -porque en estos últimos no hay intervención humana-, no son patentables.

El literal d) hace referencia a los métodos terapéuticos, quirúrgicos y de diagnóstico, en humanos y en animales. El Tribunal Andino de Justicia en sentencia de interpretación prejudicial dictada dentro del proceso 11-IP-95, consideró que no se encuentra dentro de la causal aquellos casos relativos a productos cosméticos. Igualmente consideró el Tribunal que en aquellos casos relativos a un producto que tenga aplicación terapéutica y cosmética, sólo serían patentables las reivindicaciones relativas a la naturaleza cosmética del producto. Acertadamente el Tribunal cita como antecedente la decisión T 36/83 de la Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes, por la que se aceptó una solicitud en la que exclusivamente se reivindicaba el uso cosmético de un producto que adicionalmente tenía una utilización terapéutica.

Igualmente relevante resulta la decisión de la Cámara de Apelaciones de la OEP de 29 de septiembre de 1999, en la que la Universidad de Georgetown (USA) reivindicaba, a grandes rasgos, un método intravenoso para llevar un catéter al espacio que queda entre el pericardio y el corazón como paso previo a un procedimiento médico posterior. La Cámara confirmó la negación de la División de Examen, basada en que se trataba de un método que tenía carácter quirúrgico y por ello excluido de patentabilidad de acuerdo al artículo 52 (4) del Convenio de la Patente Europea. El apelante basaba su apelación en el hecho que la existencia de un paso con carácter quirúrgico no convertía al método en un tratamiento quirúrgico, y por ello no quedaba cobijado en la causal de exclusión, ya que no se producía el efecto curativo que es requerido en la norma. En la decisión, la Cámara afirmó que la inserción de un catéter es considerada una técnica quirúrgica y luego agregó que la presencia de un paso con carácter quirúrgico dentro de un método que involucra varios pasos, convierte a éste en un método quirúrgico. Se lee en la mencionada decisión que la razón de esta exclusión en la Convención Europea de Patentes obedece al interés de asegurar a aquellos que practican métodos terapéuticos, quirúrgicos o de diagnóstico como parte de tratamientos médicos en humanos o veterinarios en animales, el que no se vean limitados por las patentes.

Sobre el punto de las exclusiones; hay otro tema sobre el que me han consultado en varias oportunidades antes de mi presentación varios asistentes al seminario, se trata de la patentabilidad de los segundos y posteriores usos. Sobre este tema hay programada una presentación el día de mañana, por lo cual me limitaré a realizar algunos comentarios.

Las segundas y ulteriores aplicaciones de una sustancia o composición, se presentan cuando estas no sólo son conocidas, sino que se le conocen algún o algunos efectos terapéuticos, pero no se les conoce el nuevo efecto terapéutico.<sup>11</sup>



Existen dos posiciones sobre el artículo 21 de la Decisión 486, el cual es prácticamente la reproducción del artículo 16 de la Decisión 344. De un lado, algunos le atribuyen la intención de excluir de la patentabilidad a los segundos usos, mientras que otros por el contrario, consideran que simplemente repite algo obvio como es que cualquier solución tecnológica que se pretenda patentar, debe cumplir con los requisitos señalados en la legislación (novedad, nivel inventivo y aplicación industrial). Sobre este tema hay dos cosas que no voy a hacer en esta conferencia, una es, no voy a interpretar la norma comunitaria y la otra es, no voy a pronunciarme sobre la compatibilidad de la norma frente a tratados internacionales. Lo que sí puedo ofrecer son comentarios sobre la práctica de algunas Oficinas y casos que se consideren relevantes.

En la jurisprudencia alemana encontramos al caso *hydroxyridine*, fallado por la Corte Suprema Federal Alemana el 20 de septiembre de 1983. Los hechos son los siguientes: la sociedad BAYER obtuvo primero una patente en Inglaterra para un producto denominado *Nimodipin*, utilizado en el tratamiento de enfermedades coronarias. Sucesivas investigaciones encontraron que también producía riesgo cerebral, lo que permitía su uso en enfermedades relativas a la insuficiencia cerebral. En consecuencia solicitan una nueva patente (en Alemania) para el uso en el tratamiento de la nueva enfermedad. Solicitada la patente, ésta es rechazada por la Oficina de Patentes y en segunda instancia por el Tribunal Alemán de Patentes, correspondiéndole el definitivo recurso a la Corte Suprema Alemana, que aceptó los argumentos del recurrente y casó la sentencia, previos los siguientes considerandos:

*incurriendo en un error de derecho, el Tribunal Alemán de Patentes ha considerado como objeto de la reivindicación de la solicitud principal únicamente la administración al paciente para que sea ingerida por el mismo, la sustancia química en cuestión. Esta sala ya ha señalado en otras ocasiones, que el objeto de una reivindicación que consiste en el uso de una sustancia química para un tratamiento terapéutico va más allá de los actos que menciona el Tribunal, e incluye también la preparación dispuesta para el uso de dicha sustancia con el objeto de ser utilizada en el tratamiento terapéutico de una enfermedad...*

*...Para determinar el objeto de una solicitud de patente es irrelevante que la sustancia empleada para el tratamiento de una enfermedad, sea ya conocida como tal, o para el tratamiento de una primera (o bien de una segunda) enfermedad...*

y más adelante concluye: *no debe temerse que la protección de sustancias absoluta o limitada a una utilización específica, se prolongue exageradamente por consecuencia de la concesión de patentes para el uso ulterior de estas sustancias en el tratamiento de otras enfermedades; dicho temor es injustificado en la medida en que ha dichas invenciones se les aplicarán los vigentes criterios generales en particular los que conciernen a la actividad inventiva ...finalmente, tampoco parece que fuera a sufrir perjuicio la salud pública por el hecho de que se admita la patentabilidad de este tipo de invenciones. Por el contrario, cabe esperar un estímulo de la investigación médica que beneficiará a la generalidad. (la traducción no es oficial y los extractos han sido seleccionados por el expositor).*

En igual sentido una decisión de la Corte Superior de Justicia Inglesa (Patent Court) de julio 4 de 1985,<sup>12</sup> en la que el mencionado tribunal manifiesta que en razón del interés por alcanzar la armonización en temas de patentes al interior de la Comunidad, acepta como válidos los argumentos de los apelantes en dos casos de los que estaba conociendo de manera simultánea y acepta las reivindicaciones de segundo uso. Los detalles de los casos son los siguientes:

1) La sociedad John Wyeth and Brothers Ltd solicita una patente para el nuevo uso dado a una sustancia ya conocida, que inicialmente era utilizada en el campo médico para el control de la presión en la sangre, así como para combatir las úlceras y la cual se ha encontrado posteriormente que sirve para controlar la diarrea en mamíferos y pollos.

Las siguientes fueron las reivindicaciones que se aceptaron:

- I) El uso de la guanidina de la fórmula I o de una sal de base ácida, aceptable farmacéuticamente en la preparación de un agente antidiarreico, listo para usarse en forma de medicamento para el tratamiento o la prevención de diarrea en mamíferos o aves de corral.
- II) El uso del componente X o de una sal de base ácida, aceptable farmacéuticamente en la preparación de un agente antidiarreico.

2) La sociedad Schering A.G. solicita una patente para el nuevo uso de un compuesto formado por testolactona, acetato de testosterona y propionato de testosterona en el tratamiento de la hiperplasia prostática, siendo antes utilizado como inhibidor de aromatasas. La siguiente fue la reivindicación:

*El uso de un inhibidor de aromatasas para la manufactura de un medicamento para el tratamiento terapéutico o profiláctico de la hiperplasia prostática.*

Para la Oficina Europea de Patentes es claro que se debe otorgar protección a las invenciones de segundo y ulteriores usos, pero hace algunas consideraciones sobre el tipo de reivindicaciones que acepta, ya que para la Oficina es igual un método de tratamiento terapéutico que la aplicación de una sustancia terapéuticamente activa.<sup>13</sup>

En efecto en el caso *in re Eisai Co, Ltd*, la OEP<sup>14</sup> manifiesta dentro de su decisión, que no está en contra de las reivindicaciones de uso en general, pero que sí encuentra que no es posible una reivindicación de uso en el caso de sustancias o composiciones para el tratamiento del cuerpo humano o animal, por cuanto que en este particular caso (reivindicación al uso terapéutico) se identificaría con un método de tratamiento terapéutico o quirúrgico o de diagnóstico, y por tanto sería impatentable en los términos del artículo 52.4, en razón a que estos carecen de aplicación industrial.

Pero igualmente, agrega la OEP en la mencionada decisión, que lo que sí es perfectamente viable es una reivindicación dirigida al uso de una sustancia o composición para la preparación de un producto farmacéutico, en cuyo caso es claro que sí hay aplicación industrial. Una reivindicación en este sentido sería la siguiente: uso de una sustancia activa X para la elaboración de un producto farmacéutico para tratar la enfermedad Y.

Algo que debe quedar muy claro es que en efecto no

es cualquier segundo uso el que puede ser objeto de una patente, sino aquel que cumpla requisitos de patentabilidad. Dos casos recientes pueden resultar ilustrativos sobre la relación de estos temas.

El primero caso se refiere a una decisión de mayo 23 de 2000, de la Corte Inglesa de Apelaciones por medio de la cual negó la apelación presentada por Bristol Meyer Squibb en el caso conocido como Taxol. La apelación intentaba que se revisara el fallo de primera instancia de agosto de 1988, en el que la solicitud de patente había sido negada por tres razones: falta de novedad, falta de nivel inventivo y por tratarse de un método terapéutico. No entraré en el análisis de las razones que se dieron para negar la patente, solamente quiero resaltar que los argumentos de los jueces se dirigieron a la ausencia del cumplimiento de los requisitos de patentabilidad, mientras que sobre el tema de la patentabilidad de los segundos usos dejaron en claro que en el caso de las reivindicaciones conocidas como *Tipo Suizo*, la novedad debe residir en el nuevo *segundo o subsiguiente* uso terapéutico, y esto no se cumplía en el caso en cuestión, donde la sustancia taxol ya era conocida para tratar el cáncer, y lo seguía siendo para la misma enfermedad, simplemente que usado de una manera diferente.

El segundo caso consiste en una decisión de la División de Examen de la Oficina Europea de Patentes, de 23 de abril de 1998, por la que se negó la solicitud de patente relativa a un nuevo uso de la aspirina en el tratamiento de una enfermedad consistente en la reducción de los ni-

veles de trombosis en más del 50%, sin que se produjera efectos secundarios (afectar los niveles de prostacyclin y sin producir toxicidad gastrointestinal), para ser utilizada por absorción percutánea. En el examen realizado por la División de Examen se encontraron dos anterioridades - documentos identificados dentro del proceso con los números 1 y 5-. La División manifestó que la solución propuesta al problema se considera el resultado obvio de la combinación de la enseñanza que se refleja en los documentos citados. Durante el proceso, se modificaron las reivindicaciones de modo que se dirigieran a la protección del segundo uso de acuerdo con la decisión G 5/ 83 ( OJ EPO, 1985, 64), a la que anteriormente hicimos referencia, y luego de un nuevo análisis de los requisitos de patentabilidad la Cámara de Apelaciones se aparta de la decisión de la División de Examen y ordena la concesión de la patente de acuerdo a las nuevas reivindicaciones.

Sin embargo, algunas Cortes Nacionales de países miembros de la Comunidad Europea han expresado dudas sobre este tema, lo que ha motivado que el texto del Convenio de la Patente Europea, en lo relativo a los segundos usos se revisara en la conferencia diplomática, que como ya dijimos, se realizó en Munich del 20 al 29 de noviembre del año 2000. Dentro del texto adoptado se incluyó un nuevo párrafo (número 5) al artículo 54, que deja en claro la viabilidad de la protección a los segundos y ulteriores usos que se inventen para una sustancia o composición ya conocida.

## NOTAS

\*. Funcionario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en Ginebra, Suiza. Las opiniones y argumentos que expresa son personales y no representan la posición oficial de la OMPI.

1. Véase, por ejemplo, la legislación de patentes de invención de Australia (Anexo 1), Canadá (Art. 2), Estados Unidos de América (Art. 101), y Japón (Art. 2.1). En la legislación de los países de América Latina se encuentran ejemplos en las leyes de Argentina (Art. 4 apartado a)), Chile (Art. 31), El Salvador (Art. 106), Guatemala (Art. 1), Honduras (Art. 4.1), México (Art. 15) y Panamá (Art. 11). También en la Ley Tipo de la OMPI para los Países en Desarrollo sobre Invenciones, publicación N° 840(S), OMPI, Ginebra, 1979, Art.112.1).
2. Definición dada por la Corte Suprema de Alemania en la decisión Rote Taube (Paloma Roja). Véase la nota 27.
3. Véase las definiciones de descubrimiento científico y de descubridor en el Artículo 1(1)(i) y (ii) del Tratado de Ginebra sobre el Registro Internacional de Descubrimientos Científicos, concluido en 1978. Este Tratado aún no ha entrado en vigor.
4. Directrices para el Examen en la Oficina Europea de Patentes, Oficina Europea de Patentes, Munich, 1992, Parte C, Capítulo IV, apartado 2.3, p. 33.
5. Funk Bros. Seed Co. v. Kalo Inoculant Co., 333 US 127, 76 U.S.P.Q. 280 (1948). Anteriormente, en el caso Mackay Radio and Telegraph Co. v. Radio Corporation of America, 306 US 86, 40 U.S.P.Q.199, 202 (1939), la misma Corte Suprema había declarado que una verdad científica no era patentable, pero una estructura nueva y útil creada con base en el conocimiento de esa verdad científica sí podía serlo. Véase la cita de este caso en D.R. Dunner y C.E. Lipsey, op. cit., p. 210.
6. Véase, por ejemplo, la Ley Tipo de la OMPI, op. cit, Artículos 113 a 116.

## NOTAS

7. Véase, por ejemplo, la legislación de patentes de invención de Alemania (Art. 1(2), Austria (Art. 1), Bélgica (Art. 3.1), Dinamarca (Art. 1.2), España (Art. 4.2), Francia (Art.L.611-10.2), Hungría (Art. 1.2), Italia (Art. 12), Países Bajos (Art. 2.1), Reino Unido (Art. 1(2)), Suecia (Art. 1), y el Convenio sobre la Patente Europea (Art. 52.2). En la legislación de los países de América Latina se encuentran ejemplos en las leyes de Argentina (Art. 6), Brasil (Art. 10), Chile (Art. 37), Costa Rica (Art. 1.3), Cuba (Art. 38), El Salvador (Art. 107 apartados a) y b)), Guatemala (Art. 2), Honduras (Art. 5), México (Art. 19), Panamá (Art. 14), Perú (Art. 27), y en la Decisión 344 (Art. 6) de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (que vincula a Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela).
8. En este sentido, la Ley de Derechos de Autor de los Estados Unidos, sección 101 y las Disposiciones Tipo de la OMPI de 1978 para la protección de los programas de computador.
9. *Diamond vs Dieler*, 450 U.S.175,105 (1980) laws of nature, natural phenomena and abstract ideas.
10. Las legislaciones distinguen entre el concepto de planta y el de obtención vegetal o variedad vegetal. Este último se define, por ejemplo, en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (Convenio UPOV) (Acta de 1991, Artículo 1.iv)) en los siguientes términos: iv) se entenderá por variedad vegetal un conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido que, con independencia de si responde o no plenamente a las condiciones para la concesión de un derecho de obtentor, pueda definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos, distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de uno de dichos caracteres por lo menos, considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración.
11. Para una mejor ilustración me permito citar un caso dado por Karl Bruchhausen, juez de la Suprema Corte Alemana, en un artículo publicado en la IIC, Vol 16 de 1985: menciona que un producto conocido como ergots alkaloids ha sido utilizado para estimular la contracción del útero, luego se encontró que servía para controlar hemorragias en el post parto y hoy es utilizado contra la taquicardia, la migraña, la hipertensión y otros desórdenes cardiovasculares.
12. [1985] R.P.C. 545
13. Oficina Europea de Patentes, caso No. Gr 05/83, Decisión de la Junta Ampliada de Apelaciones, diciembre 5 de 1984.
14. [1985] O.J. EPO 64.

# La protección de los inventos por patentes\*

Alejandro Ponce

Martínez

*Los inventos pueden ser amparados como secretos empresariales, patentes o modelos industriales.*

## I. CONCEPTO DE INVENCION

Ni la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) ni la Decisión 486 de la Comunidad Andina definen a la invención. Tampoco lo hacen la mayor parte de las legislaciones modernas, ni los tratados. Más bien la tendencia legislativa es la de establecer requisitos de patentabilidad.

Las leyes mexicana y argentina sí lo hacen: *se considerará invención a toda creación humana que permita transformar materia o energía para su aprovechamiento por el hombre*.<sup>1</sup> La gran Enciclopedia Larousse señala que invención es acción y efecto de inventar e inventar es hallar la manera de hacer una cosa nueva o no conocida o una nueva manera de hacer algo. El Diccionario de la Real Academia Española tiene una similar definición.

Según señala Ramiro Moreno Baldivieso, la doctrina alemana considera que la invención es una regla ideada para el empleo de las fuerzas naturales. Ello implica que la invención es dinámica y sirve para producir bienes. Cita a Mousseron y a Berkovitz que consideran que la invención es un conjunto de reglas ordenadas con vistas a responder a un problema técnico, como cuerpo de fórmulas, como una receta.<sup>2</sup>

A diferencia de la obra artística o literaria que satisface, más bien, una exigencia espiritual, la invención constituye una innovación tecnológica que soluciona un problema técnico.

Por ello, con el fin de delimitar lo que constituye invención, la Decisión 486 de la Comunidad Andina, que comenzó a regir el 1 de diciembre de 2000, que consagra en buena parte los conceptos de la ley ecuatoriana,<sup>3</sup> indica que es lo que no se considera invención.

No son, por ello, invenciones (Decisión 486, art 15):

- a) Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos;
- b) el todo o parte de los seres vivos, tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquél que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural;
- c) las obras literarias y artísticas y cualquier obra protegida por el derecho de autor;
- d) los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económicas;

- e) los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales; y
- f) las formas de presentar la información.

La ley federal de los Estados Unidos de América (35U.S.C.101) establece que quienquiera que inventa o descubre cualquier nuevo y útil procedimiento, máquina, manufactura o composición de materia o cualquiera nueva y útil mejora de ellos puede obtener patente. Los procedimientos se definen como procesos, arte o métodos e incluyen nuevos usos de procedimientos conocidos, máquinas, manufacturas, composiciones de materia o materiales (35 U.S.C. 100 (b)).<sup>4</sup>

Una antigua sentencia del mismo país, que la cita Moreno Baldivieso tomándola de la obra de Pascual Di Guglielmo, el cual, a su vez se remite a Stephen Ladas, dio el siguiente concepto: *El invento no es un descubrimiento del intelecto sino un principio puesto en práctica a un arte, a una manufactura o a una composición de sustancias que debe ser nuevo, es decir no conocido o usado con anterioridad. No importa que la cosa sea simple o compleja, resultado de largas y laboriosas investigaciones o de un relámpago de genio instantáneo, ya que a la ley le interesa el hecho y no el modo que sea conducido a él.*<sup>5</sup>

La invención es, pues, una innovación tecnológica que tiene un efecto útil en cualquier campo de la industria.

Los descubrimientos, en cuya virtud simplemente se hace público algo que existía en la naturaleza pero que era desconocido, no son invenciones. Sí pueden, sin embargo, ser el camino o el antecedente de invenciones, puesto que al descubrirse algo que se desconocía puede llegarse a crear productos o procedimientos nuevos y útiles en la industria. *Solamente cuando el explorador sobrepasando el mero dominio del descubrimiento y cuando se haya apoderado del nuevo principio o fuerza o ley y lo haya vinculado con algún medio particular o dispositivo mecánico mediante el cual o a través del cual actúa sobre el mundo material, que puede asegurarse su propio control bajo las leyes de las patentes, sólo entonces controla su descubrimiento a través de medios por los cuales lo pone en acción práctica o sus equivalentes y sólo a través de ellos.*<sup>6</sup>

*El hecho de ser una regla para el obrar humano constituye para Bercovitz una característica esencial no sólo de la invención industrial sino de toda invención. La invención indica los medios para obtener un resultado cierto. En este sentido, se distingue del descubrimiento, dado*

que éste supone la adquisición de nuevos conocimientos pero no consiste en una regla para el obrar humano.<sup>7</sup> El descubrimiento científico implica esencialmente un procedimiento intelectual deductivo; las invenciones, al contrario, suponen una actividad principalmente inductiva.<sup>8</sup> En el descubrimiento no actúa el espíritu inventivo sino el especulativo y las facultades de observación; de modo que con el descubrimiento quedamos en el campo de la ciencia y del intelecto especulativo, mientras que con la invención penetramos en el dominio de la realización y del intelecto práctico.<sup>9</sup>

Por ello Raúl Moscoso Alvarez describe al proceso de innovación, siguiendo a la investigadora española Sofia Fernández de Córdova, como compuesto de tres fases: 1) investigación básica; 2) desarrollo, y 3) primera utilización del procedimiento o producto. Critica que la propiedad intelectual sólo ampare, con patentes, a las dos últimas fases, mas no a la primera, que sólo se halla cubierta, en cuanto a su forma, por derechos de autor.<sup>10</sup>

La investigación básica está ordenada a la búsqueda y hallazgo de una nueva verdad o ley científica presente pero encubierta en la naturaleza, y la aplicación ordenada a una aplicación práctica de los resultados, considerados como conocimientos científicos a punto de aplicación.<sup>11</sup>

La fase de desarrollo abarca el periodo comprendido entre la tentativa de conversión de resultados en procesos y productos aplicables industrialmente hasta la obtención de un proceso aplicable o un producto susceptible de ser comercializado.<sup>12</sup>

La fase de utilización se inicia con la primera aplicación de un procedimiento o con la primera introducción del producto en el mercado.<sup>13</sup> Sin embargo esta tercera fase, en muchos productos o procedimientos especialmente los relacionados con campos de bioquímica, farmacia y similares, pende no sólo de la gestión del inventor o de las personas a quienes él ha cedido sus derechos, sino de los exámenes que, por razones de seguridad para la población, deben efectuar los organismos públicos encargados del control. Según la experiencia de la industria farmacéutica, por ejemplo, desde la fecha de solicitud de una patente, que ocurre cuando el procedimiento inventivo se halla en la fase dos, hasta que el producto o el producto fabricado con el nuevo procedimiento se coloca en el mercado, transcurre un plazo entre doce y dieciséis años.

Raúl Moscoso Alvarez, situándose en una posición de avanzada, estima que la legislación, superando inclusive las disposiciones del Convenio de Ginebra de 7 de marzo de 1978 sobre el registro internacional de descubrimientos científicos, no vigente aún por no haber obtenido la ratificación de al menos 10 Estados, debe considerar a tales descubrimientos objeto de patente cuando se encuentran en los umbrales de la aplicación industrial,<sup>14</sup> puesto que ellos constituyen el antecedente de la invención. Cree que el que el sistema de patentes no cubra y proteja la primera fase de la investigación soslaya la estratégica importancia que ha cobrado en los nuevos tiempos la investigación básica para el progreso tecnológico, social y económico de las naciones y sostiene que tal protección es importante sobre todo para los países en desarrollo.

Personalmente estimo que tal amparo desde la fase de investigación básica puede, adicionalmente, tener tras-

cendencia para las investigaciones que se realicen en las universidades y escuelas politécnicas.

Ecuador siguiendo en esta materia, como en otros aspectos, la ley peruana, introdujo una protección previa a través de los certificados de protección que se otorgan a los inventores que tengan en desarrollo un proyecto de invención y que requieran experimentar o construir algún mecanismo que les obligue a hacer pública su idea (LPI, art. 163).

Este certificado, que confiere el derecho de prioridad por un año para dentro de ese plazo presentar la solicitud de patente, sin pérdida de derecho por la publicación, se confiere, pues, a un proyecto de invención.

Entre aquello que la Decisión 486 no considera invención se encuentra el software, programa de ordenador o soporte lógico. Su protección ha sido discutida. Dos jóvenes abogados, graduados en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador sostuvieron tesis distintas en sus memorias de incorporación, al mantener el uno que el software debía ser amparado por patentes por ser un invento, y el otro, que se hallaba protegido como derecho de autor.<sup>15</sup> Los expertos en derecho informático afirman que debe ser protegido en forma distinta de las tradicionales de propiedad intelectual.<sup>16</sup>

Ciertamente el que el software sea protegido como derecho de autor, ha merecido algunas críticas, entre las cuales Delia Lipszyc señala las siguientes:<sup>17</sup>

1. el software pertenece al mundo de lo utilitario y no de lo bello;
2. como el derecho de autor no protege las ideas, el programa de ordenador tiene un deficiente amparo jurídico, puesto que, en cuanto idea, debería estar protegido, como ocurre, según pretenden algunos, a través de las patentes;
3. el derecho de autor sólo tutela la expresión formal, mas no el contenido. La protección al programa de ordenador debería abarcar el contenido;
4. es inconveniente otorgar una amplia protección internacional porque perjudica a los países en desarrollo;
5. la inexistencia del derecho a una copia, pues el carácter utilitario del software exige tal resguardo;
6. el derecho de autor se desnaturaliza con la inclusión del software.

Ella misma da algunas las respuestas a tales objeciones:<sup>18</sup>

1. El programa de ordenador es una obra;<sup>19</sup>
2. Las nociones clásicas sobre plagio se adecúan al software;<sup>20</sup>
3. Existen otras obras, como las audiovisuales y las musicales fijadas en electromagnéticas que sólo son perceptibles por medio de aparatos electrónicos;
4. El valor, el destino y la forma de expresión de la obra son criterios ajenos al reconocimiento de la protección por el derecho de autor.<sup>21</sup> No todas las obras están en el orden de lo bello o estético, como ocurre por ejemplo con las obras científicas. Obras estéticas, como las de arquitectura, son también utilitarias.
5. El derecho de patentes tampoco protege las ideas como tales;
6. el derecho de autor no sólo protege la forma sino el contenido;
7. las leyes pueden establecer plazos menores de protección, como lo hizo Francia;

8. sería muy complicado crear un sistema internacional de protección distinto al conferido por el derecho de autor;<sup>22</sup>

9. la desprotección legal desalienta la creatividad. Si se protegiera de distinta manera a los titulares nacionales frente a los extranjeros (dando preferencia a aquellos), se fomentaría el uso gratuito, ilícito de los programas de ordenador provenientes del extranjero, sin que el creador nacional se beneficie;

10. la protección nace de la creación y no de un acto del Estado;

11. la aplicabilidad de principios y normas conocidos.

También se han señalado otras objeciones a la tutela del software como derecho de autor, entre las cuales vale la pena enunciar las siguientes:<sup>23</sup>

a) La dificultad de amparar el algoritmo, por lo cual se concluye que éste sólo puede ser protegido por las normas sobre secretos,<sup>24</sup> pues tampoco, de modo general, y como tales no pueden ser tampoco protegidos por patentes.<sup>25</sup>

b) Lo usualmente inapropiado de establecer derechos morales. Se dice que *los programas de computación no revelan la personalidad del autor, por lo que carece de sentido la atribución de derechos morales, por lo que carece de sentido la atribución de derechos morales a los productores de software ... En virtud del derecho de retracto,<sup>26</sup> el autor de una obra puede retirarla de circulación, en cualquier momento. El ejercicio de este derecho en relación con el software significaría tanto como la posibilidad de arrepentirse de los contratos firmados con los usuarios*.<sup>27</sup>

Esta crítica es efectivamente real, pues la producción de un programa de ordenador, a diferencia de otra obra, no sólo surge del ingenio de una sola persona, normalmente, sino del esfuerzo de varios, bajo una persona jurídica, por lo cual la identificación del autor, que sólo puede ser por definición una persona natural, se torna, en mucho, inaplicable, especialmente con relación a los derechos morales.

Por ello nuestra Ley trata de equiparar, en mucho, al titular, en cuanto a ciertos derechos, con el autor, en materia de programas de ordenador. El titular de los derechos es el productor, *esto es la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y responsabilidad de la realización de la obra* (art. 29, inc. 1o.). Al productor (titular) le corresponde el derecho exclusivo de *realizar, autorizar o prohibir la realización de modificaciones o versiones sucesivas del programa y de programas derivados del mismo* (art. 29, inc. 3o.). De igual modo, él se halla legitimado *para ejercer en nombre propio los derechos morales sobre la obra, incluyendo la facultad para decidir sobre su divulgación* (art. 29, inc. 2o.).

Estos conceptos superan los tradicionalmente aceptados en cuanto a los derechos morales que sólo se reconocen en las personas naturales.

Pero más allá del software, la inusitada evolución de la tecnología digital de reproducción y distribución ha generado nuevas preocupaciones en torno a la aplicabilidad del derecho de autor. *Hemos oído múltiples veces y volveremos a oír que la legislación tradicional de derecho de autor cada día es más inadecuada. Hemos oído y volveremos a oír en infinidad de ocasiones que el derecho de autor se va a convertir en un sistema de licencias obligatorias. Se nos ha dicho y se nos repetirá que el derecho de autor va a degenerar en un derecho de remuneración equitativa*.<sup>28</sup> Por ello, se ha discutido, en extenso, sobre el derecho de reproducción, garantizado por el art. 9 de la Convención de Berna, a través de la infraestructura global de la información,<sup>29</sup> aspecto que rebasa el ámbito de esta exposición, pero que ejemplifica, con claridad, cómo los conceptos usuales sobre el derecho han de ser adaptados a las nuevas realidades del mundo en un desarrollo cada vez más compacto.<sup>30</sup>

En cambio, una importante ventaja que se deriva de la protección como derecho de autor es la de que los derechos patrimoniales no tienen otras limitaciones que aquellas que se establecen específicamente en el ordenamiento jurídico, como lo reconoce el art. 19 de nuestra Ley.

*Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no sólo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado*.<sup>31</sup>

Este principio (la no sujeción a *muneris clausus*) tiene particular importancia respecto de los programas de ordenador, y en general de las nuevas tecnologías, pues todas sus formas de explotación y provecho económico sin duda no podrían ser previstas en ninguna legislación positiva.<sup>32</sup>

En Alemania, como es normal en la mayor parte de los países, es posible la protección bajo distintas formas de propiedad intelectual, como patentes y derechos de autor. *This makes it possible to assign an element or activity to the appropriate form of industrial protection according to its different aspects. The description of technical subject-matter, for example in a specialist journal (but not the publication of a patent specification) gives right to copyright. However, this only protects authors against copying or largely identical reproduction of the form of expression, i.e. of the image or description as specifically presented. A patent on the other hand protects the functional principle claimed in the presentation precisely in the form in which it is reduced to practice, i.e. the various forms of use of the subject-matter according to Sec. 9 of the Patent Act.- With regard to computer programs in particular, the teaching cannot acquire technical character by embodying program steps in data storage media or computer structures. Then even purely descriptive or artistic presentations could become patentable by being stored electronically*.<sup>33</sup>

La jurisprudencia alemana ha establecido la doctrina, que sería aplicable a la exclusión y no exclusión contenidas en la Decisión 486, de que las solicitudes que contienen un proceso o pasos de procesos conducidos en un computador son patentables si es que, aparte de cumplir los requisitos de patentabilidad, el uso de los medios técnicos forma parte de la solución del problema y constituye la principal reivindicación, al igual que parecen patentables, si es que el uso de los medios técnicos es parte de la solución del problema, las invenciones relacionadas con programas de computación que comprenden reivindicaciones de productos, como el elemento de almacenamiento con pasos de procedimientos.<sup>34</sup>

## II. CLASES DE INVENCIONES

La Decisión 486 regula fundamentalmente dos clases de invenciones: a) aquellas que se refieren a los productos, y b) las que comprenden procedimientos (art. 14). Sin embargo, tanto tal Decisión (art. 21) como, implícitamente, el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) (art. 27, 1), siguiendo la tendencia europea, aceptan también los inventos de segundo uso, que se los ha considerado como inventos de procedimiento.<sup>35</sup>

Como mencioné antes, la ley y la jurisprudencia de los Estados Unidos de América son más explícitas en cuanto a las diferentes clases de invenciones o, más específicamente, a los diversos objetos sobre los cuales pueden versar las invenciones, ya que señala que pueden ser procedimientos o arte, máquinas, manufactura o composición de materia. Entre los procedimientos se incluyen los nuevos usos de procesos, máquinas, manufactura, composición de materia o materiales conocidos. La ley francesa de 1844 reconocía la patentabilidad de productos, medios y aplicaciones (art. 2o.) y la reforma de 1968 eliminó la enumeración taxativa al señalar que podía patentarse especialmente un producto, un procedimiento, una aplicación o una combinación de medios.<sup>36</sup> Evidentemente dentro de estas tres clases de inventos (productos, procedimientos y nuevos usos o nuevas aplicaciones) pueden darse infinidad de subgrupos atendiendo el campo industrial o técnico de la invención.

## III. PROTECCIÓN DE LOS INVENTOS

Los inventos pueden ser jurídicamente amparados bien como secretos empresariales, en cuya virtud sólo gozan de protección mientras se guarde el secreto, bien bajo patentes o bien como modelos industriales.

Secreto empresarial es *cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero* en la medida en que sea secreta, tenga valor comercial como tal y haya sido objeto de medidas razonables para que se la mantenga como tal (Decisión 486, art. 260).

El peligro de mantener en secreto una invención es doble:

- si un tercero inventa lo mismo, está facultado para utilizarlo comercialmente, y
- la divulgación termina con la protección, salvo que hayan existido medidas razonables para proteger el secreto.<sup>37</sup>

Las patentes en cambio constituyen un derecho otorgado por el Estado, en cuya virtud el inventor o su sucesor, a cualquier título, adquiere la exclusividad de explotar, por cierto tiempo, el invento y de impedir que terceros, sin su autorización, lo hagan. El objetivo final del sistema de patentes es el de que la invención pase al dominio público. *La distorsión a corto plazo que introduce la protección de la patente al impedir el libre acceso al producto creativo, constituye el costo que una economía de mercado debe pagar para disponer de innovaciones en el largo plazo.*<sup>38</sup> El sistema de patentes de invención, origi-

nado por otras necesidades, cumple, indudablemente con este objetivo (estimular el desarrollo de proyectos de investigación), ya que le permite al investigador, por una parte, gozar de la exclusividad de su obra durante un período de tiempo determinado, y por otra parte, a través de la publicación del invento, permite, además, el conocimiento público del arte, de manera que posibilita y estimula nuevas investigaciones basadas en el mismo, acelerando de ese modo el progreso de la ciencia.<sup>39</sup> Se ha sostenido que este objetivo del sistema de patentes ha sido distorsionado o no cumplido a cabalidad en países en desarrollo en los cuales *local patent offices fail to meet the needs of local societies by not embracing high-speed information technology, by not providing quick and competent responses to patent requests, and by not adopting new technologies to analyze and support patent acquisition.*<sup>40</sup>

El modelo de utilidad es una especie de patente que se otorga si el nivel inventivo no alcanza al requerido para que se otorgue una patente, por introducir exclusivamente mejoras funcionales al estado de la técnica. Modelo de utilidad es *toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía* (Decisión 486, art. 81).

Para la concesión de patente el invento debe ser nuevo, tener nivel inventivo y ser susceptible de aplicación industrial.

*En un sentido vulgar, novedoso es aquello que antes era desconocido, mas en materia de patentes, la novedad implica un concepto legal... Puesto que la invención supone un avance de la técnica, se comprende que la novedad que aquello implica no puede ser subjetiva, sino que ha de ser objetivamente determinada.*<sup>41</sup>

Por ello la Decisión 486 señala que una invención se considerará nueva cuando no esté comprendida en el estado de la técnica. *El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida* (art. 16). También se encuentra dentro del estado de la técnica el contenido de una solicitud en trámite, ante la Dirección Nacional de Propiedad Industrial del IEPI, cuya fecha de presentación o de prioridad fuere anterior, siempre que tal contenido se halle incluido en tal solicitud anterior cuando se publique o haya transcurrido el plazo de dieciocho meses desde la solicitud o desde la fecha de la prioridad invocada (art. 16).

La divulgación, en cuya virtud una invención se torna accesible al público, no necesariamente debe ser totalmente clara, de acuerdo con la jurisprudencia europea. La información puede, en cierto grado, hallarse escondida, si es que una persona versada puede descubrirla sin esfuerzo indebido. Así *the chemical composition of a product that has been available to the public also forms part of the state of the art if the skilled practitioner is able to analyse it. Conversely, disclosure of a process also discloses the inevitable result.* - Furthermore, matter will have to be

*viewed as also having been disclosed which the skilled practioner is required to add from his technical knowledge as a matter of course or as being virtually essential to carrying out a given teaching.*<sup>42</sup>

Sin embargo, la novedad no se afecta por la divulgación ocurrida un año antes de la fecha de presentación o un año antes de la fecha de la prioridad, si tal divulgación proviene (Decisión 486, art. 17):

- a) del inventor o su causahabiente;
- b) de una oficina nacional competente (esto es de una autoridad administrativa que tramite y conceda patentes) que, en contravención de la ley publique el contenido de la solicitud;
- c) de un tercero que hubiese obtenido la información directa o indirectamente del inventor o su causahabiente.

La fecha de presentación de la solicitud es aquella en que la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial (DNPI) o la oficina nacional competente de la otros países de la Comunidad, recibe el petitorio que al menos contenga la indicación de que se solicita la concesión de una patente, los datos de identificación del solicitante o de la persona que presenta la solicitud, o que permitan a la DNPI comunicarse con esa persona, la descripción del invento, los dibujos (de ser pertinentes) y el comprobante de pago de las tasas (Decisión 486, art. 33).

La fecha de prioridad es aquella en que se ha presentado una solicitud por la misma patente (básicamente) o modelo de utilidad en un país miembro de la Comunidad Andina de Naciones o en un país miembro del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, o de un país miembro de la OMC, o de un país con el cual Ecuador tenga un tratado que así lo establezca, como es la Convención Americana de 1910 o de un país que otorgue igual trato a las solicitudes que se presenten en cualquier país de la Comunidad Andina ( Decisión 486, art. 9; LPI, art. 131).

También se considera como fecha de prioridad la de la presentación en Ecuador de una solicitud anterior en la cual no se hubiese invocado un derecho de prioridad. En tal evento, la primera solicitud se considera abandonada ( Decisión 486, art. 9).

La excepción a la regla absoluta de novedad relacionada con la divulgación, siempre que ella se realice en un plazo no mayor de un año, antes de la solicitud o de la fecha de prioridad invocada, parece tener su antecedente en la regla de la Ley de Patentes de los Estados Unidos de América, según la cual no se concede patente si el invento ha estado en venta un año antes de la fecha de la solicitud (35 U.S.C. 102 (b)). Esta norma ha sido explicada por las Cortes de dicho país sobre la base de cuatro razones de política que la sustentan: *1.-not taking from the public what it has reasonably come to believe is freely available; 2.- inducing prompt disclosure of inventions to the public; 3.- preventing an inventor from using commercial exploitation to extent the statutory period of exclusive use, and 4) allowing an inventor reasonable time to "fine tune" the invention prior to seeking a patent.*<sup>43</sup> Sin embargo, la discusión judicial ha llevado a que la Corte Suprema de los Estados Unidos señale cuáles son los requisitos que la venta del invento debe reunir para impedir, si es que ha ocurrido más de un año antes de la presentación de

la solicitud, el otorgamiento de la patente o para obtener la declaración de su nulidad. Tales condiciones son que la invención debe ser el objeto de una oferta comercial de venta y la de que la invención debe estar lista para ser patentada. Este segundo requisito puede probarse de dos maneras (para impedir el otorgamiento de la patente u obtener su nulidad si el hecho ocurrió más de un año antes de la fecha de presentación de la solicitud), sea mediante evidencia que muestre una reducción a la práctica, o por la prueba de que el inventor desarrolló dibujos u otros materiales suficientes que permitan que una persona versada en el arte ponga en práctica el invento.<sup>44</sup> En Francia, cuando existe una invención combinada, únicamente la anticipación completa, esto es sobre los mismos aspectos, la misma función técnica y el mismo resultado provoca la falta de novedad.<sup>45</sup> La falta de novedad puede provenir de la revelación o el uso público por parte del titular, pero debe demostrarse que la invención era accesible al público antes de la fecha de la solicitud.<sup>46</sup> Una revelación a una persona obligada a guardar el secreto no elimina la novedad. Sin embargo, el titular debe probar tal obligación del secreto.<sup>47</sup>

El que la invención tenga nivel o altura inventiva significa que no sea el resultado obvio o evidente del estado de la técnica, de acuerdo con el criterio de una persona versada en la materia de que se trata (Decisión 486, art. 18). El nivel o altura inventiva proviene de la doctrina francesa y sin estar contemplado en la antigua Ley argentina No. 111 (que era muy similar a la ecuatoriana de 1928 que rigió hasta que la derogó la Ley de Propiedad Intelectual, aunque ya había quedado sin vigor por la supremacía de las decisiones comunitarias a partir de la No. 85) fue considerado como un elemento para determinar la validez de una patente, pues se consideró que los jueces, para tal finalidad, debían analizar si en el invento existe *el elemento de lo inesperado o sorpresivo, que distinguiría la actividad inventiva de la técnica trivial.*<sup>48</sup> El derecho de los Estados Unidos de América se basa en el sentido de la no obviedad de la invención para la calificación de este requisito de patentabilidad, según el criterio de una persona experimentada en la materia. La Corte Suprema americana ha determinado que ni un nuevo o diferente resultado ni una ventajosa nueva manera constituyen la prueba aceptable para otorgar una patente, sino que el análisis debe ser hecho en *terms of obviousness to one skilled in the art.*<sup>49</sup>

Una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de actividad productiva, incluidos los servicios (Decisión 486, art. 19). La invención, en consecuencia, ha de ser útil. La utilidad tiene que haber sido descubierta por el inventor y descrita en la memoria la forma de tal utilización. Tal como lo ha decidido la jurisprudencia norteamericana, la invención ha de ser operable y capaz de satisfacer alguna función en beneficio de la humanidad.<sup>50</sup> Sin embargo, ello no significa que la invención ha de ser más útil que lo que existe en el estado de la técnica<sup>51</sup> pues *the law...does not look to the degree of utility; it simply requires that (the invention) shall be capable of use and that the use is such as sound morals and policy do not discountenance or prohibit.*<sup>52</sup> Nuestra antigua Ley de Patentes de Exclusiva de Explotación de Inventos establecía



que la concesión de patente por parte del Estado no garantizaba la realidad, el mérito ni los provechos del invento precisamente para significar que la aplicabilidad industrial de la invención no implicaba, necesariamente, su superioridad técnica sobre el estado de la tecnología al momento de la concesión. Ciertamente el que la invención sea susceptible de aplicación industrial no significa que efectivamente el invento llegue a ser utilizado. De hecho se estima que sólo un 10% de las patentes concedidas en el mundo se ponen en práctica.<sup>33</sup>

Aparte de estos requisitos de patentabilidad, la Decisión 486 contiene prohibiciones para la concesión de patentes de invención, a pesar de que reúnan los requisitos de patentabilidad. En los Estados Unidos de América, de modo comparativo, las únicas excluidas de patentabilidad son las invenciones útiles **solamente** para la utilización de material nuclear especial o energía atómica en armas atómicas (35 U.S.C. 101 (b)). En el derecho francés (hasta 1995), no son patentables aquellos inventos contrarios al orden público y a las buenas costumbres y aquellos que pertenecen a categorías expresamente excluidas, como son las obtenciones vegetales amparadas por la ley de la materia, las razas de animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la obtención de vegetales y animales y los segundos usos terapéuticos.<sup>34</sup>

Las prohibiciones de patentabilidad en la Decisión 486 (arts. 20 y 21) son:

- a) las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse para proteger el orden público o la moral, sin que se considere como atentatoria a la moral o al orden público sólo por el hecho de existir una prohibición legal o administrativa sobre tal explotación;
- b) las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse para proteger la salud o la vida de las personas o los animales o para preservar los vegetales o el medio ambiente, sin que pueda considerarse que la mera existencia de una disposición legal o administrativa que prohíba o regule tal explotación sea determinante para considerar que la invención atenta a la salud o la vida de las personas, de los animales o a la preservación de los vegetales o el medio ambiente;
- c) las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos;
- d) los métodos terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento humano o animal, así como los métodos de diagnóstico aplicados a los seres humanos o a animales;
- e) los segundos usos cuando no sean el resultado de una actividad inventiva o de investigación.

Los requisitos positivos de patentabilidad como las prohibiciones se aplican tanto a las invenciones como a los modelos de utilidad, por los cuales se concede patente.

Sin embargo, no se consideran modelos de utilidad las obras plásticas, las de arquitectura ni los objetos que tuvieren únicamente carácter estético (Decisión 486, art. 82).

Con relación a los segundos usos, ya he mencionado que la Secretaría General de la Comunidad, en claro desafío al mandato de los países miembros, ha alterado el derecho comunitario andino al haber cambiado su doctrina anterior en el sentido de que los segundos usos, si cumplían con los requisitos de patentabilidad, podían paten-

tarse, con el de que no está autorizada su patentabilidad. Este cambio de posición de la Secretaría General es tanto más peligroso cuanto que con ello se ha convertido o intenta convertirse a tal Secretaría en una especie de órgano directo de apelación de las resoluciones de las oficinas nacionales competentes, eliminando los recursos internos, esto es impidiendo que actúen previamente los tribunales nacionales. Si la Decisión 486 y su antecesora la 344 hubieran deseado prohibir la concesión de patentes para inventos consistentes en un uso distinto del originalmente atribuido, hubiera insertado tal prohibición en el art. 20. Más aún, según se conoce, en las deliberaciones previas a la emisión de la Decisión 486, la Secretaría General buscó que los países miembros, únicos que pueden legislar a través de la Comisión, cambiaran el texto del antiguo art. 16 e introdujeran la prohibición de tal patentamiento, pero los miembros de la Comisión unánimemente rechazaron tal propuesta y tres de los países (Ecuador, Perú y Venezuela) han otorgado patentes de segundo uso. Los integrantes de la Comisión, al dictar la Decisión 486, buscaron armonizar las normas comunitarias a aquellas del Acuerdo sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), que establece el nivel mínimo de protección de la propiedad intelectual requerido por la comunidad internacional y que no permite que los países prohíban la patentabilidad de segundos usos, por lo cual la Decisión 486 no la prohibió. La patentabilidad de los segundos usos es una *medida imprescindible para mejor atender las necesidades terapéuticas de la colectividad. Es posible que se obtengan resultados más beneficiosos para la generalidad, si la investigación farmacéutica se concentra en la búsqueda de nuevas aplicaciones...en lugar de intentar lograr nuevas sustancias o principios de estructura sumamente compleja y que requieren ingentes inversiones.*<sup>35</sup> El derecho de patentes, en su actual evolución, ha admitido, plenamente las patentes de segundo uso. El Tratado sobre el derecho de patentes de 1963 sólo excluye la patentabilidad por razones de seguridad y una reciente resolución expresamente acepta la patentabilidad de segundos usos.<sup>36</sup>

#### IV. LOS TITULARES DE PATENTES

El derecho a la patente pertenece al inventor. Este puede transferir su derecho por acto entre vivos y, naturalmente, tal derecho puede ser transmitido por sucesión por causa de muerte (Decisión 486, art. 22).

Los titulares de patentes pueden ser personas naturales o jurídicas. Ello significa que el solicitante de una patente, o el cesionario de ella, puede ser una persona distinta del inventor, a quien éste o sus sucesores hayan cedido o transmitido sus derechos.

Si la invención es obra de varias personas, todas, en conjunto, tienen un derecho común sobre ella. Esto implica que cada una puede transferir por acto entre vivos su derecho o transmitirlo por causa de muerte. El derecho a obtener la patente, sin embargo, corresponde a todas ellas en común (Decisión 486, art. 22).

Para ser considerado inventor es indispensable haber desarrollado una actividad inventiva. Quien se haya limitado a prestar ayuda en la ejecución de la invención, sin aporte inventivo, no es inventor o coinventor (LPI, art. 127).

Si la invención se produjere por la actividad independiente de varias personas, la patente se concede a quien primero la solicite o a quien invoque la fecha de prioridad más antigua (Decisión 486, art. 22).

El inventor tiene el derecho de ser mencionado como tal en la patente o de oponerse a dicha mención (Decisión 486, art. 24).

La Decisión 486 no contiene una norma expresa acerca del derecho sobre las invenciones que se obtienen en virtud de un mandato o de un contrato de trabajo, aunque se desprende del texto del art. 23 que, en el caso de invenciones ocurridas en relación de dependencia, el derecho a obtener la patente es del empleador. En Francia, el principio general es de que el derecho a la patente corresponde al inventor o a su sucesor en el derecho (aunque el INPI no examina este aspecto). La excepción a este principio se encuentra en las invenciones efectuadas por un empleado que, cuando son realizadas como consecuencia de un encargo permanente u ocasional corresponden al empleador, quien tiene la facultad de decidir si es que se debe o no solicitar la patente. Un encargo ocasional para inventar se encuentra también en amplias instrucciones a varias personas, aunque no exista un preciso objetivo.<sup>57</sup>

La ley ecuatoriana que rige en esta materia, tanto porque no hay norma en la Decisión 486 (art. 276) cuanto porque la disposición de su art. 23 es aplicable *sin perjuicio de lo establecido en la legislación nacional de cada país miembro*, es muy precisa (LPI, art. 129):

- a) El derecho a la patente sobre un invento desarrollado en cumplimiento de un contrato pertenece al mandante o empleador, **salvo estipulación en contrario**. Por ello, por contrato puede establecerse una regla diversa a la general de que el derecho a la patente corresponde al empleador. Además el empleado, sin perjuicio de lo pactado en el contrato, tiene derecho a una remuneración única y equitativa cuando la importancia de la invención sea excepcional y exceda del objeto implícito o explícito del contrato de trabajo. Este derecho es irrenunciable.
- b) Si la invención realizada por un empleado fuere consecuencia de un contrato de trabajo que no contemple la actividad inventiva, el derecho a la invención corresponde al empleador, cuando el empleado ha utilizado datos o medios puestos a su disposición en razón de su empleo. En este caso el empleado inventor tiene derecho a una remuneración única y equitativa que, a falta de acuerdo de las partes, es fijada por el juez, previo informe del IEPI. Este derecho es irrenunciable.
- c) Si la invención se ha realizado en el curso o con ocasión de actividades académicas de universidades o centros educativos, o utilizando sus medios o bajo su dirección, la titularidad corresponde a la universidad o centro educativo, salvo estipulación en contrario. Quien dirige la investigación tiene derecho a la misma retribución indicada anteriormente.
- d) Si el empleador para quien el inventor ha realizado la investigación es una persona jurídica del sector público, ésta puede ceder parte de los beneficios económicos en beneficio de los empleados inventores.

Por último, tanto en la Decisión 486 como en la Ley de Propiedad Intelectual existe la obligación de todas las entidades que reciban financiamiento del sector público

para sus investigaciones de reinvertir parte de sus regalías para generar fondos continuos de investigación y estimular a los investigadores, haciéndoles partícipes de los rendimientos de las innovaciones (Decisión 486, art. 23; LPI, art. 129).

## V. DERECHOS QUE CONFIERE LA PATENTE

El inventor y quien tenga legítimo interés puede, bien durante la tramitación de la solicitud de patente, bien luego de concedida la patente o el modelo de utilidad, reivindicar su derecho y obtener que la solicitud de patente en trámite o el derecho concedido se *transfiera* (según el verbo que impropiaemente usa el art. 237 de la Decisión 486)<sup>58</sup> a su nombre y, por consiguiente se la conceda a su favor, o que se reconozca su calidad de titular, si la patente ha sido concedida. En ambos casos tiene derecho a indemnización de daños y perjuicios.

Este derecho puede ejercerlo durante el proceso para la concesión del registro de patente o modelo de utilidad, en cualquier momento y, una vez concedida la patente, dentro de los cuatro años contados desde la concesión o de los dos años de haberse comenzado la explotación (Decisión 486, art. 237; LPI, art. 128). Si la patente se hubiere solicitado de mala fe esta acción es imprescriptible, esto, es puede ejercitarse durante el plazo de duración de la patente (veinte años desde la solicitud) o del modelo de utilidad (diez años desde la fecha de solicitud), e inclusive posteriormente para efectos de la indemnización por los daños y perjuicios.<sup>59</sup>

Durante la tramitación de la solicitud de patente y mientras ésta no sea pública, la memoria y reivindicaciones en ella contenidas se hallan protegidos por las normas sobre secretos empresariales (Decisión 486, arts. 260 y 261). La solicitud es pública dentro de los dieciocho meses de presentada en Ecuador o de la fecha de prioridad reivindicada, o en el caso de modelos de utilidad, dentro de doce meses, salvo que el solicitante pida que se la publique antes, luego de efectuado el examen de forma (Decisión 486, art. 40). Si el solicitante de la patente ejerce derechos contra terceros, éstos tienen el derecho de consultar el expediente, el cual, sin embargo, no se vuelve público (Decisión 486, art. 41).

Una vez concedida la patente el titular adquiere el derecho exclusivo para la explotación de la invención que, fundamentalmente, aunque no únicamente, se concreta en (Decisión 486, art. 52):

- a) Si la patente comprende un producto:
  - I. fabricar el producto;
  - II. ofrecerlo en venta, venderlo o usarlo, o importarlo.
- b) Si la patente comprende un procedimiento (inclusive un segundo uso):
  - I. emplear el procedimiento;
  - II. fabricar un producto con el procedimiento patentado, ofrecerlo en venta, venderlo o importarlo.
- c) En ambos casos, conceder licencia para la explotación (derecho que puede también ejercerlo durante la tramitación de la solicitud de patente);
- d) Transferir los derechos sobre la patente.

Tanto en los casos de licencia como en los de transferencia puede establecerse el pago de regalía o precio, lo cual queda a libre criterio de las partes contratantes.

e) Impedir que terceros, sin su autorización, realicen actos que violen su derecho de exclusiva, mediante la ejecución de cualquiera de aquellos de explotación antes indicados.

Sin embargo, el titular de la patente no puede impedir la ejecución de actos de comercio de un producto protegido por una patente si tal producto es introducido en el comercio, en cualquier país, por el propio titular, o por otra persona con su consentimiento o por una persona vinculada económicamente a él (Decisión 486; art. 54). (Agotamiento de los derechos).

Tampoco puede impedirse que terceros usen el material biológico capaz de reproducirse (protegido por una patente) si tal material ha sido obtenido por reproducción, multiplicación o propagación de material introducido en el comercio por el titular o con su consentimiento o por una persona vinculada económicamente a él, siempre que tal reproducción, multiplicación o propagación fuese necesaria para usar el material conforme a los fines para los cuales se lo introdujo en el comercio, y siempre que el material derivado de tal uso no se emplee para fines de multiplicación o propagación (Decisión 486, art. 54).

Tampoco el titular puede ejercer su derecho de impedir la explotación por terceros no autorizados, si tales terceros, de buena fe y antes de la fecha de prioridad o la fecha de presentación de la solicitud sobre la que se concedió patente, ya se encontraba utilizando o explotando la invención, o hubiesen realizado preparativos efectivos o serios para hacerlo (Decisión 486, art. 55).

f) Reclamar daños y perjuicios por el uso no autorizado durante el período comprendido entre la fecha de publicación de la solicitud de patente y su concesión (Decisión 486, art. 239).

g) Obtener que los jueces o, en ciertos casos, el IEPI,<sup>60</sup> ordenen (Decisión 486, arts. 241, 242, 246):

- i) el cese de los actos que constituyan infracción;
- ii) la indemnización de daños y perjuicios;
- iii) el retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la infracción y los materiales y medios que han servido para cometer la infracción;
- iv) la prohibición de la importación o exportación de los productos y materiales que sean resultantes de la infracción o que hayan servido para su cometimiento;
- v) la adjudicación a su favor de los productos resultantes de la infracción o de los materiales que sirvieron para que ella se cometa;
- vi) la adopción de medidas que impidan que se vuelva a cometer la infracción, que incluyen la destrucción de productos y medios o el cierre definitivo del establecimiento del infractor;
- vii) la publicación de la sentencia condenatoria;
- viii) que el infractor informe sobre la identidad de los terceros que hayan participado en la producción y distribución de los bienes y sobre los circuitos de distribución;
- ix) previamente a la iniciación de un proceso judicial de fondo o de conocimiento, medidas cautelares similares a las que pueden ordenarse en el fallo fi-

nal (salvo la indemnización anticipada de daños), así como la constitución de una garantía suficiente;

ix) la prohibición de ingreso o salida de mercaderías que violen los derechos del titular (prohibición que no sólo la puede disponer el IEPI sino también los Administradores de Aduana directamente o todos quienes tengan control sobre el comercio exterior ecuatoriano) (LPI, art. 342);

x) la inspección de los sitios donde presumiblemente se cometa una infracción para detenerla provisionalmente (LPI, arts. 155 y 156);

xi) que cualquier persona informe sobre el cometimiento de una infracción (LPI, art. 377);

xii) la imposición de multas (LPI, art. 339).

De acuerdo con la ley ecuatoriana, actualmente las acciones preventivas se tramitan ante los jueces de lo civil y las acciones de conocimiento ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, mientras no se creen los jueces distritales, cortes distritales y sala de la Corte Suprema especializados en propiedad intelectual (art. 294 y disposición transitoria décima).<sup>61</sup> Se produce, pues, una quiebra evidente del principio de la unidad de la causa, que atenta contra la seguridad jurídica, pues cada uno de los jueces que conocen estos asuntos civiles, pueden, sobre la misma materia y el mismo litigio dictar decisiones contradictorias. De igual modo, este sistema pugna con la necesaria descentralización de la administración de justicia. Desafortunadamente, el Tribunal Constitucional no lo estimó así y dejó subsistente un sistema *parcelado* de administración de justicia.<sup>62</sup>

Además el titular puede presentarse como acusador particular o denunciante para lograr que los jueces de lo penal inicien los procesos penales por infracción de los derechos de patente, que pueden concluir en sentencias condenatorias de hasta tres años de prisión y multa de hasta cinco mil unidades de valor constante, esto es US\$13.144,70 (según la Ley de transformación económica del Ecuador que fijó el valor de la UVC en US\$2,62894).

El plazo de prescripción para las acciones civiles ha sido reducido en la Decisión 486 a dos años desde que el titular tuvo conocimiento del hecho, pero se ha aumentado a cinco años desde que el infractor cesó en la infracción si es que el titular no tuvo conocimiento del hecho. (art. 244). En la LPI el plazo es el previsto en el Código Civil de cuatro años desde la perpetración del acto, lo que en el caso de sucesión de actos equivalía al último acto infractor (LPI, art. 329; CC, art. 2259).

Las acciones penales prescriben en cinco años (LPI, art. 338; CP, art. 101).

Para fijar el monto de los daños y perjuicios el juez puede considerar, entre otros elementos, el daño emergente y el lucro cesante, el monto de los beneficios recibidos por el infractor y el precio que el infractor hubiere tenido que pagar al titular por la utilización del invento, según la prueba aportada en el juicio (Decisión 486, art. 243). En todos los casos, como en cualquier litigio en que se demanda daños y perjuicios, sea como consecuencia de la responsabilidad contractual o en virtud de la extracontractual o delictual, se ha de probar, en primer lugar el daño, y en

segundo lugar, su monto. Este aspecto tiene notable trascendencia por cuanto conozco que se ha introducido una dañina práctica, en otras áreas de la propiedad intelectual,

consistente en *tarifar* el valor de la indemnización, *imponiendo*, para evitar la conducción de una medida cautelar, el pago de valores sin sustento en evidencia alguna.

#### NOTAS

- \* Exposición original en el Seminario Taller "Protección Legal de los resultados de la investigación científica", 23-11-2000.- FUNDACYT. Completada y revisada para el "Seminario sobre la Decisión 486", Universidad San Francisco de Quito, 20-02-2001.
1. Cfr. Bergel, Salvador D, Requisitos y excepciones a la patentabilidad. Invenciones biotecnológicas, en Derecho de Patentes (Correa, Carlos, et al), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 13 a 82.
2. Temas de Propiedad Industrial, Moreno Baldivieso, Ramiro, La Paz, p. 12-13.
3. Excepto en materia de esquemas de trazado en que, equivocadamente, elige el sistema de registro antes que el de la creación y en materia de nombres comerciales en que introduce normas totalmente contradictorias con la naturaleza de los nombres comerciales.
4. Cfr. Chisum, Donald S. y Jacobs, Michael S. , Understanding Intellectual Property Law, Matthew Bender, New York, 1992, p. 2-19, § 2C(1)(a).
5. Moreno Baldivieso, Ramiro, ob. cit. p. 13
6. Breuer Moreno, C., Cit. por Moreno Baldivieso, Ramiro, ob. cit. p. 14.
7. Bercovitz, Alberto, Los requisitos de patentabilidad en el derecho alemán, Madrid, 1969, p. 466.- Cit. por Bergel, Salvador, ob. cit. p. 15.
8. Rotondi.- Cit. por Moscoso Alvarez, Raúl, Propiedad Intelectual e innovación tecnológica en el Ecuador, Abya-Yala, Quito, 2000, p. 38.
9. Gama Cerqueira.- Cit. por Moscoso Alvarez, Raúl, ob. cit. p. 38.
10. Ob. cit. p. 39 y 40.- Cfr. Fernández de Córdova, Sofía, Derecho de Patentes e investigación científica, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1996.
11. Id. p. 39.
12. Id. p. 39.
13. Cfr. id. p. 40.
14. Id. p. 36 y 37.
15. Cfr. Tobar Carrión, Bernardo, Soporte lógico de ordenador ("software") y propiedad intelectual, (tesis doctoral), PUCE, Quito, 1989.- Falconí Pérez, Miguel, La protección jurídica a los programas de computación. (tesis doctoral), PUCE, Quito, 1990.
16. Páez, Juan José.- Exposición en el seminario de derecho informático, Quito, 2000.
17. Lipszyc, Delia, Derecho de autor y derechos conexos, Ediciones Unesco/Cerlac/Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 106.
18. Ob. cit. p. 108 a 111.
19. Obra, según nuestra Ley de Propiedad Intelectual es toda creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma. (Art. 7).
20. Importante es citar textualmente: Las facultades de orden patrimonial que dispensa el derecho de autor para proteger las obras contra los usos no autorizados se adecúa a la protección de los programas de ordenador, como lo demuestra la evolución de la jurisprudencia, que aceptó la teoría de Ulmer que la incorporación de una obra en una memoria de ordenador equivale a una reproducción y la aparición en pantalla importa un acto de comunicación pública de la obra. Las nociones clásicas sobre plagio de obras también se adecúan al plagio de programas de ordenador. (p. 109).
21. Id. p. 109.
22. Por ello se ha llegado a sostener que la protección a través del derecho de autor debía ser algo provisional, hasta, hasta llegar a una concepción internacional más acorde con la naturaleza del software. Véanse, en este sentido, las conclusiones de Tobar, Bernardo en su tesis (inédita) Soporte Lógico de Ordenador, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1989, p. 131 y 132.
23. Falconí Pérez, Miguel, Protección Jurídica a los programas de computación, Edino, Guayaquil, 1991, p. 116 a 128.
24. Falconí Pérez, Miguel, ob. cit. p. 118.
25. Neither a mathematical formula nor an algorithm for making mathematical computations or conversations can be patented as such. (Parker v. Flook, 437 U.S. 584,

## NOTAS

198 U.S.P.Q.193 (1978); *Gottschalk v. Benson*, 409 U.S.67, 175 U.S.P.Q. 673 (1972)) ...Systems using mathematical formulae or mental systems can be patented as processes, an a process is not precluded from elegibilitu for patent protection merely one step is use of a suitably programmed digital computer. (*Diamond v. Diehr*, 450 U.S.175, 209 U.S.P.Q.1 (1981)) Today, it is common for patents to issue claiming computer software structure s and computing methods. Chisum, Donald S y Jacobs, Michael A., *Understanding Intellectual Property Law*, Matthew Bender, New York, 1992, 2C(1)(f).- El más importante de los casos citados por estos autores es la patente conferida a American Telephone and Telegraph Company y A T & T Bell Laboratories el 10 de mayo de 1988, para un método y aparato for optimizar la localización de recursos. Nuestra ley (art. 125, literales c) y d) no considera invenciones a las obras literarias y artísticas así como a los programas de ordenadores o el soporte lógico en tanto no formen parte de una invención susceptible de aplicación industrial.

26. Reconocido expresamente por algunas legislaciones.

27. Batto, Hilda N., *Protección jurídica del software*, Revista de Derecho Industrial, Depalma, Buenos Aires, Año 10, No. 29, mayo-agosto 1988, p. 249.- Sin embargo, debe tenerse en cuenta, como explica Lypszyc, que el derecho de retracto siempre comporta la obligación de indemnizar perjuicios por los contratos incumplidos. (Ob. cit. p.173).

28. Oman, Ralph, *El imperativo de la responsabilidad compartida en Internet*, Boletín de derecho del autor, Unesco, Volumen XXXII, No. 2, abril-junio 1998, p.28.

29. Cfr. Lucá, André, *La propiedad intelectual y la infraestructura global de la información*, Boletín de derecho del autor, Unesco, Volumen XXXII, No. 1, enero-marzo1998, p.3-19.

30. En otros campos del Derecho también existe esa necesaria e indispensable transformación y adaptación a las nuevas realidades. El caso Pinochet lo demostró. Internamente, en Ecuador, en un campo tan tradicional como el civil, ha de generarse una nueva corriente jurisprudencial, por ejemplo en materia de daños, a causa de la Ley de Transformación Económica del Ecuador y su antecedente, la devaluación sostenida que condujo a la dolarización.

31. Lypszyc, Delia, ob. cit. p. 175.

32. Tobar, Bernardo, *La protección de los programas de ordenador y de las bases de datos*, en X Congrwo Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor) Quito, 1995, p. 371.

33. Tauchert, Wolgan, *Patent Protection for Computer Programs - Current Status and New Developments*, Internationa Review of Industrial Property and Copyright Law, Vol. 31, No. 7-8-2000, p.813.

34. Tauchert (ob. cit, p. 812-824) efectúa un análisis de decisiones de la Corte Suprema de Alemania a partir del caso Dispositionsprogram de 1977 hasta el caso Logk-verifikation de 1999, cuya evolución muestra que la patentabilidad de software está íntimamente relacionada con la contribución a la solución de problemas técnicos y en que, luego de aceptarse el carácter inventivo, se efectúa la discusión sobre la existencia o inexistencia del requisito de novedad o del nivel inventivo.

35. Sin embargo, la Secretaría General de la Comunidad Andina ha estimado, en contra del criterio de los países miembros, que no son patentables las invenciones de segundo uso. Cfr. resolución No. 406, Dictamen de Incumplimiento contra Perú. Esta resolución será materia de decisión final por parte del Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones, ante el cual la propia Secretaría General ha planteado una demanda de incumplimiento contra Perú. Similares acciones ha tomado en contra de Ecuador y Venezuela. Al proceder de esta manera ha eliminado del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena su propia resolución No. 079 que categóricamente dispuso que las invenciones de segundo uso eran patentables. En los dictámenes de incumplimiento, además, se ha convertido la Secretaría General de la Comunidad en una especie de órgano de apelación o de revisión directa de los actos administrativos de las oficinas nacionales competentes, interfiriendo así con la actividad y competencia propias de los órganos internos no sólo de cada país, sino también dentro de la organización de las respectivas oficinas nacionales competentes. (En el caso del Ecuador se ha suprimido, con el proceder de la Secretaría, la posibilidad de intervención del Comité de Propiedad Intelectual -órgano del IEPI- y

## NOTAS

del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo Distrital, órgano jurisdiccional, para impugnar las resoluciones del IEPI, que es la oficina nacional competente del Ecuador). Para que exista incumplimiento, salvo en los casos en que, groseramente, un órgano administrativo o jurisdiccional se niegue a aplicar de modo expreso una norma comunitaria, debe haber en la legislación del país miembro o en normas secundarias de carácter general, disposiciones que estén en pugna con el ordenamiento andino. La concesión o no de una patente no constituye, per se, un incumplimiento.

36. Larraguibel Zavala, Santiago, Tratado sobre la propiedad industrial, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995, p.28.
37. La protección bajo secretos empresariales, sin embargo, tiene trascendencia para el amparo, por ejemplo, de conocimientos ancestrales de comunidades indígenas. Muy ilustrativa es, en este aspecto, la nota de Gelvina Rodríguez Stevenson Trade Secrets: the secret to protecting indigenous ethnobiological (medicinal) knowledge, N.Y.U. J. Int'L. & Pol., 32, No. 4, p.119-1174.
38. Panaderos, Mónica, Patentamiento en la industria farmacéutica argentina.: Derechos Intelectuales, ASIPI, Astrea, Buenos Aires, 1995, No. 5, p. 54.
39. Meyer, Roberto E., Protección de inventos tecnológicos, Derechos Intelectuales, Id. p. 174.
40. Sherwood, Robert M., Scartezini, Vanda and Siemsen, Peter Dirk, Promotion of inventiveness in developing countries through a more advanced patent administration, IDEA, Frank Pierce Law Center, Vol. 39, No. 4, p. 473.
41. Bercovitz, Alberto, ob. cit., cit. por Bergel, Salvador, ob. cit. p.15-16.
42. Corte Suprema Federal de Alemania, 1986 GRUR 372- Thrombozyten- Zählung; APO EBA, G1/92.- EPO TBA, T 12/81, 1982 OJ EPO 296, 13 IIC 747 (1982) - Diastereomers; Corte Suprema Federal de Alemania 1980 GRUR 283- Teephlsäure.-, Corte Suprema Federal de Alemania, 1995 GRUR 30, 331, 27 IIC 541 (1996) Electric Plug-In Connection.- Cit. por Rogge, Rüdiger, The concept of novelty with particular regard to conflicting patent applications, International Review of Industrial Property and Copyright Law, Vol 28, No. 6- Dec. 1997, p.797.
43. General Elec. Co. v. United States, 654 F.2d 55, 61, 211 U.S.P.Q. (BNA) 867, 873 (Ct.Cl, 1981).- Cit. por González, Juan C. The on-sale bar to patentability: the U.S. Supreme Court sheds some light, IDEA, Vol. 40, No. 1, 2000, p. 84.
44. Pfaff v. Wells Elecs, Inc., 119 S.Ct.304, 48 U.S.P.Q., 2d (BNA) 1641 (1998).- Cit. por González, Juan C. ob. cit.p. 88.
45. Corte de apelaciones de París, 30 de mayo de 1997, 1997 PIBD 639.III.489.- Cit. por Schmidt-Szalewski, Joanna, Development of French Patent Law in 1997-1998, International Review of Industrial Property and Copyright Law, Vol. 31, No. 5-2000, p.502.
46. Corte Suprema, diciembre 12, 1995, 1996 PIBD 607.III.142. Id.
47. Corte de Apelaciones de París, enero 8, 1997, 1997 PIBD 631.III.232. Id.
48. Carl Braum Camera Werke v. Mira, Guillermo, CNfed, Sala I CivCom, 24-4-79, JA, 1979-III-306.- Cit. por Chalouopka, Pedro, In dubio contra patentem?, Derechos Intelectuales'ASIPI. Astrea, Buenos Aires, No. 2, 1987, p. 49.- Tal criterio fue confirmado por otros fallos que cita el mismo autor.
49. Grakam v. Cockshutt Fram Equip, Inc., 256 F.2d 358, 117 U.S.P.Q.439 (5th Cir. 1958); Jeoffroy Mfg. Inc. v. Graham, 219 F.2d 511, 104 U.S.P.Q. 211 (5th Cir. 1955).- Cit. por Chisum, Donald S. y Jacob, Michael, A, ob. cit.§ 2C(4)(a), 2-59.
50. United States Steel Corp. v Phillips Petroleum Co., 865 F.2d 1247, 9 U.S.P.Q. 2d 1461 (Fed.Cir. 1989), cit. por Chisum, Donald S. y Jacobs, Michael A., ob. cit. §2C(2), 2-50.
51. In re Ratti, 270 F.2d 810, 123 U.S.P.Q, 349 (CCPA 1959) Id.
52. Bedford v. Hunt, 3 F. Cas. 37 (No. 1217) (C.C.D. Mass. 1817) Id.
53. Sherwood, Robert M. et al, ob. cit. p. 490.
54. Larraguibel Zavala, Santiago, ob. cit. p, 30 a 32.
55. Gómez Segade, Un camino de futuro: la patentabilidad de la segunda indicación médica, Cuadernos de jurisprudencia sobre propiedad industrial, nº 1, 1987, p. 23.- Cit. por Fernández Nóvoa, Carlos, Dictamen sobre la patentabilidad de los segundos usos de una sustancia químico-farmacéutica. que se utiliza para el diagnóstico
56. Países que prohibieron en cierta época la concesión de patentes de productos en materia farmacéutica otorgaron patentes de segundo uso. Así la Oficina Europea de

## NOTAS

Patentes la aceptó para España, antes de la vigencia de la patente de producto, (Decisión 20-09-1996, T.958-94, DO OEP 6-1997, p. 241) y el Tribunal Supremo Español también, en fallos de 13-09-1982, 2-03-1986, 21-03-1988 y 16-07-1988. Ilustrativa es la sentencia de 3-03-1986 en que se admite la patentabilidad e un procedimiento para la fabricación de una película para recubrir embutidos, considerando al procedimiento reivindicado como *modus operandi* para obtener determinado resultado industrial y acepta que es patentable un procedimiento que consista en éncambio de resultados y materiales para lograr un producto nuevo. (Lobato García-Miján, Manuel, Informe sobre el artículo 16 de la decisión 344 y sobre la validez de la patente peruana No. 1138). Las patentes de segundo uso se otorgaron también en Austria y Alemania, en época en que estaba prohibida la patente farmacéutica sobre productos.

57. Corte Suprema (Sala Comercial), enero 13, 1998, Huche, Gaudin v. Régie nationale des usines Renault, 1998 Dossiers Brevets I.7. Cit. por Schmidt-Szalewski, Joanna, ob. cit. p.503.

58. No existe transferencia alguna del derecho, sino declaración de que el derecho, ab initio, pertenece a la persona que lo reivindica. Quien solicitó abusivamente la concesión de patente, jamás tuvo derecho alguno y, en consecuencia, nada puede transferir.

59. Atentan, indudablemente, contra la seguridad jurídica todas las disposiciones de la Decisión 486 que preclaman la imprescriptibilidad de ciertas acciones. Si la nulidad absoluta se sana después de transcurridos quince años, no se ve justificación a que esta acción reivindicatoria y otras previstas en el ordenamiento comunitario no prescriban.

60. El IEPI puede conducir inspecciones, requerir información, inventariar bienes con los cuales se violen *prima facie* los derechos, retirar rótulos, aprehender y depositar mercaderías, dictar otras medidas cautelares, sancionar con multas entre 20 y 600 UVCs (US\$52.57 y US\$1577.36) y disponer medidas de frontera. (arts. 332 a 345, LPI).

61. Resulta interesante comparar nuestro sistema de solución de litigios, en esta materia, con aquellos que rigen en otros países. En ese sentido cfr. Patent enforcement in selected countries, International Review of Industrial Property and Copyright Law, Vol. 31, No. 6-2000. (Reino Unido, Alemania, Francia, Italia, Países Bajos, Estados Unidos de América y Japón).

62. Cfr. resolución del Tribunal Constitucional de 22 de septiembre de 2000, No. 161-2000-TP (R.O. 173, 28-09-2000).- El sistema de acciones y la organización de los jueces en materia de propiedad intelectual se resume de la siguiente forma: I.- Acciones Civiles:

a) Procesos de conocimiento: I.- Para obtener la reparación de los daños causados y la cesación de actos violatorios; II.- Para obtener la nulidad de determinados registros de propiedad intelectual; III.- Para reivindicar los derechos de titular de una patente; iv.- Para exigir derechos derivados de contratos relacionados con propiedad intelectual. b) Procesos cautelares: I.- Medida cautelar provisional; II.- Medida cautelar definitiva II.- Acciones administrativas: I.- Procedimientos de vigilancia y control; II.- Procedimientos de sanción; III.- Procedimientos en frontera; IV.- Procedimientos de impugnación de actos administrativos. III.- Acciones contencioso-Administrativas. IV.- Acciones penales. -Jueces: a) Acciones civiles: 1a. instancia: Jueces Distritales de propiedad intelectual, o transitoriamente, Tribunales distritales de lo contencioso administrativo (salvo para acciones cautelares, que son conocidas por los jueces de lo civil, con apelación a las Cortes Superiores). 2a. instancia: Tribunales distritales de propiedad intelectual o, transitoriamente, no hay 2a. instancia.

Casación: Sala de Propiedad Intelectual de Corte Suprema o, transitoriamente, Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema.

b) Asuntos contencioso-administrativos: Instancia única: Tribunales distritales de lo contencioso administrativo.- Casación: Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema.

c) Asuntos penales: Sumario y etapa intermedia: Jueces de lo Penal. 2a. Instancia: Cortes Superiores. Plenario (juicio): Tribunales Penales. Casación y Revisión: una Sala de lo Penal de la Corte Suprema.

# El patentamiento de fármacos en el marco de la flamante Decisión 486\*

Íñigo Salvador Crespo

*Es necesario abordar desde la óptica específica del patentamiento de los medicamentos de uso humano o fármacos, el estudio de la temática general del patentamiento, tal como la plantea la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.<sup>1</sup>*

## PATENTES E INDUSTRIA FARMACÉUTICA

Plantearé la pregunta: ¿por qué abordar el tema del patentamiento de fármacos en particular, en un seminario cuyo objetivo es desmenuzar el contenido de la Decisión 486 en general?

La respuesta es simple y tiene dos motivaciones prácticas. En primer lugar, la sola revisión de un ejemplar cualquiera de la Gaceta de Propiedad Intelectual nos permite constatar que la gran mayoría de solicitudes de patentes de inventos que se publican son de productos farmacéuticos.<sup>2</sup>

Este fenómeno responde a la función e importancia que las patentes de medicamentos han llegado a tener para la industria farmacéutica internacional. El *Gran Farma*, como bautiza el escritor británico John Le Carré<sup>3</sup> a este sector industrial transnacional, utiliza a las patentes como instrumento insustituible de control de mercados, pues obteniendo patentes en el mayor número de países posible e importando (o, excepcionalmente, produciendo) en esos países, logra crear un monopolio para sus productos que, a la postre, determina la posibilidad de fijar los precios a su arbitrio.

Además, a fin de prolongar al máximo en el tiempo esa posición de ventaja y evitar que vencidas las patentes, los productos o procedimientos que ellas protegen entren al dominio público y puedan ser legítimamente producidos por sus competidores, el Gran Farma busca alargar la duración de la protección de patente a través de múltiples patentes de la misma droga: como patente del producto en sí, como patente de procedimiento de elaboración, como patente de modificaciones o perfeccionamientos, como patente de formas de utilización, como patente de procesos análogos, como patente de combinaciones de productos, como nuevos usos de productos conocidos, etc. De esto además resulta que, en la práctica, existan muchísimas más patentes que el número real de verdaderas invenciones.<sup>4</sup>

La segunda motivación de abordar este tema desde la óptica que lo hago, es que el ejercicio profesional en que me desenvuelvo me ha llevado a tener una experiencia directa con el patentamiento de fármacos y a litigar en torno a él. Nada más natural, por tanto, que al intentar una aproximación práctica al marco normativo comunitario del patentamiento, lo haga desde el punto de vista de los fármacos. Tal enfoque, que se mantendrá a lo largo de este estudio, permitirá la ilustración —en la medida que la disponibilidad de ejemplos concretos lo permita— a través de casos reales que se han planteado ante la autoridad nacional ecuatoriana de propiedad industrial y, para hacer honor al promotor de este seminario, a través de citas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,<sup>5</sup> en casos relativos al patentamiento de fármacos.

## ¿Qué es un fármaco?

La definición de *fármaco* que ofrece el Diccionario de la Lengua Española<sup>6</sup> nos permite un acercamiento conceptual por vía del sinónimo: *medicamento*. Un medicamento, según el *summum liber* de nuestro idioma, es *cualquier sustancia, simple o compuesta, que, aplicada interior o exteriormente al cuerpo del hombre o del animal, puede producir un efecto curativo*.

Una definición un tanto más técnica, aunque no menos simple, nos la da el *Manual Merck*: *cualquier producto químico que afecte al organismo y a su funcionamiento*.<sup>7</sup> Esta definición facilita la vinculación con el concepto de *invención*, que introduciremos más adelante, al incorporar el elemento de *afectación al organismo*, que es en la persona humana la manifestación del principio de *modificación de la naturaleza*, propio de las invenciones.<sup>8</sup> El mismo *Manual* desarrolla el concepto anterior cuando dice que un fármaco es *cualquier sustancia, diferente de un alimento o un artefacto, que se utiliza para el diagnóstico, el alivio, el tratamiento y la curación de las enfermedades, así como para la prevención de las mismas*.<sup>9</sup>



### El nombre de los fármacos

Es indispensable, antes de entrar en materia, explicar el porqué de lo complicado de los nombres de los fármacos, puesto que inmediatamente los estaremos utilizando con frecuencia.

Un fármaco tiene por lo general tres nombres: un nombre químico, uno genérico y uno comercial. El nombre **químico** enuncia la estructura atómica o molecular del medicamento; si bien este nombre permite la identificación precisa del fármaco en cuestión, resulta tan largo y complicado, un verdadero trabalenguas, que se ha optado por asignar a cada fármaco un segundo nombre, el **genérico**. Adicionalmente, cada casa farmacéutica bautiza a su producto genérico con un nombre comercial, corto, único, fácil de retener y que generalmente recoge algún elemento de la descripción de su uso.

Nombre químico	Nombre genérico	Nombre comercial
N-(4-hidroxifenil)acetamida	Paracetamol (acetaminofen)	Tylenol
5-(2-etoci-5-morfolinoacetilfenil)-1-metil-3-n-propil-1,6dihidro-7H-pirazolo-[4,3,d] pirimidin-7-ona	Sildenafil	Viagra <sup>10</sup>

### Requisitos de patentabilidad según la Decisión 486

El artículo 14 de la Decisión 486, siguiendo al pie de la letra —salvo en el uso del singular en *de productos o de procedimientos*— el texto de su predecesor, el artículo 1 de la Decisión 344,<sup>11</sup> reza:

*Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.*

Este texto es mutatis mutandis el mismo del artículo 121 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.<sup>12</sup>

### ¿Qué es una invención?

Partamos, como hipótesis de trabajo, que ciertamente será comprobada en el ámbito normativo cuando analicemos los textos legales, de la definición de invención que nos da el profesor Manuel Pachón:

*La invención es una regla técnica establecida para solucionar un problema relacionado con las reformas que el hombre impone a la naturaleza con el fin de satisfacer sus necesidades.*<sup>13</sup>

La invención es, pues, fruto de un proceso inductivo, es decir, un *ascender lógicamente el entendimiento*<sup>14</sup> desde lo particular para llegar a lo general. Lo particular es un problema concreto que el hombre busca resolver; lo general es la solución que *las reformas que el hombre impone a la naturaleza* a través de su invención, dan a ese problema cada vez que éste se repita.

### Excepciones a la calidad de inventos

Para mejor comprender el concepto de invención en el ámbito normativo, el artículo 14 de la Decisión 486 debe leerse en conjunción con el artículo 15, que dice:

*No se considerarán invenciones:*

a) *los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos;*

b) *el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquél que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural;*

c) *las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor;*

d) *los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales;*

e) *los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales; y, las formas de presentar información.*

Estos dos artículos y sus predecesores, artículos 1 y 6, respectivamente, de la Decisión 344, permiten determinar qué exactamente es un invento. Así lo ha entendido el Tribunal Andino de Justicia en su sentencia en el proceso No. 6-IP-94, cuando dice:

*En consecuencia la interpretación sistemática, funcional y teleológica del artículo 6o. [actual 15] nos lleva a la clara conclusión de que el listado en él establecido es lo que no se considera como "invenciones", o sea es una norma de calificación, por la que se establece las excepciones a la calidad de inventos. Por tanto, si se considerarán invenciones, por lógica consecuencia, todo lo demás que no esté taxativamente dentro de las prohibiciones establecidas en él, cuando la creación observe los tres requisitos ya mencionados anteriormente. El invento no sólo se limitará a la novedad, la altura inventiva y la aplicación industrial, sino sobre todo al beneficio colectivo y el bien común, que es el espíritu y la filosofía de la propiedad industrial y del Acuerdo Subregional.*<sup>15</sup>

Así, pues, para el Tribunal Andino de Justicia no basta que el invento para ser reconocido como tal cumpla con los requisitos de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial, sino que, además, y *sobre todo*, debe también ajustarse a la necesidad de proporcionar un beneficio a la sociedad, tender al bien común, que son, al fin y al cabo, objetivo y razón de ser de la integración andina. Este hincapié en la *función social de las patentes* se ha convertido, como lo veremos más adelante,<sup>16</sup> en una especie de *leit motiv*, idea fija, de la jurisprudencia del Tribunal Andino, empeñado en señalar que, puestos a escoger entre la retribución económica a la creatividad del inventor, uno de los fines de las patentes, y el bienestar de la comunidad, otro y principal objetivo de la protección de la propiedad intelectual, debe primar este último.<sup>17</sup>

Detengámonos pues, en aquellas *excepciones a la calidad de inventos* de que nos habla el Tribunal Andino, contenidas en el artículo 15 de la Decisión 486; por ser especialmente pertinentes a la temática del patentamiento de fármacos nos limitaremos a abordar las previstas en los literales a y b de dicho artículo.

### Los descubrimientos no son inventos

Los descubrimientos, las más de las veces, no son sino el fruto de una observación en la que a menudo interviene una dosis importante de azar. Ciertamente es que, en palabras de Louis Pasteur: *En el campo de la observación, el azar solo favorece a la mente preparada*,<sup>18</sup> lo cual denota que incluso los descubrimientos pueden llegar a requerir de la participación de un equipo técnico capacitado y una inversión económica considerable; pero no es menos cierto que la esencia del descubrimien-

to siempre estará determinada por la raíz etimológica del término: *des-cubrir, destapar lo que está tapado o cubierto*,<sup>19</sup> es decir, sacar a la luz algo que, existiendo, no era conocido.

No hay novedad en el descubrimiento, puesto que la materia del descubrimiento preexiste al hecho de ser descubierta; no hay nivel inventivo, creatividad en el descubrimiento, puesto que no siendo nueva la materia del descubrimiento, si acaso el nivel inventivo solamente podría evidenciarse en el método de observación utilizado para realizar el descubrimiento, método que según el literal d) del mismo artículo 15, tampoco es considerado invento. Tampoco hay aplicación industrial en el descubrimiento porque, habida cuenta de que la materia del descubrimiento ya existe y, por tanto, el proceso de su producción está predeterminado por las leyes de la naturaleza, ni dicha materia ni dicho proceso pueden reproducirse industrialmente a fin de beneficiar al mayor número de personas posible (de nuevo la función social de la propiedad intelectual). En definitiva, el descubrimiento no puede constituir invención ni, por tanto, ser susceptible de patentamiento.

He aquí un ejemplo real de una solicitud de patente para un descubrimiento. La solicitud para el supuesto invento denominado *Medicamento en forma de comprimido con liberación retardada de sustancia activa*,<sup>20</sup> que involucra al principio activo *clorhidrato de tramadol*, es un claro ejemplo de un producto o procedimiento que no es invención, porque de lo que realmente se trata es de un descubrimiento. En el informe pericial emitido en el proceso de estudio de la solicitud de patente, el perito sostiene que *la solicitud de patente se refiere al descubrimiento de un medicamento en forma de comprimido con liberación retardada* (la negrilla es nuestra). Así, pues, el informe pericial reproduce la terminología de la propia solicitud de patente, en la que se reconoce que el supuesto invento es un descubrimiento; es frecuente que el propio solicitante de patente admita en la memoria descriptiva del supuesto invento que éste, en realidad, es un descubrimiento. En el caso concreto que nos ocupa el descubrimiento consiste en que el investigador ha observado cuando un comprimido reacciona más a la concentración y al peso molecular del comprimido que a la temperatura y al Ph del tracto digestivo. En efecto, los medicamentos administrados por vía oral son absorbidos mejor por el organismo si se disuelven en el intestino que si lo hacen en el estómago; para lograr la disolución en el intestino son factores importantes el excipiente, es decir la sustancia que se mezcla con el medicamento para darle la consistencia, forma y sabor que faciliten su uso, y el revestimiento que se da al comprimido. El revestimiento y excipiente que se utilizan reaccionan diferentemente frente a la temperatura y al Ph, es decir a la acidez del tracto digestivo, dependiendo de cuan concentrado sea el principio activo en el comprimido y cuan alto sea el peso molecular del principio activo. El investigador observó que a más concentración y mayor peso molecular del principio activo, las otras dos variables, Ph gástrico y temperatura, pasaban a segundo plano. El perito tiene por tanto razón al sostener que se trata de un descubrimiento, pues el investigador no ha hecho sino observar cómo reacciona el organismo en diferentes circunstancias.

### No es invento lo que está en la naturaleza

Tampoco son invenciones los seres vivos, en todo o en parte, *tal como se encuentran en la naturaleza*. Resulta bastante evidente que un organismo vivo que existe ya en la naturaleza no puede ser objeto de protección por patente, pues carece por completo de novedad ya que existe desde siempre o al menos desde que el proceso de evolución de los seres vivos le dotó de individualidad como especie animal, vegetal, protista o mónera.<sup>21</sup>

Asimismo, carecen de la naturaleza de invención *los procesos biológicos naturales*. Esta formulación, que se basa en el mismo principio enunciado anteriormente, deja abierta la puerta, por exclusión, a los procesos biológicos artificiales, por ejemplo, los procesos biotecnológicos.

*¿Quién se molestará en producir compuestos cuando puede hacerlo un microbio?*<sup>22</sup> *"Si no eres capaz de encontrar un microbio que produzca lo que quieres ¡créalo!*"<sup>23</sup>

En estas dos frases puede resumirse el concepto de *biotecnología*: Los procesos biotecnológicos consisten básicamente en aprovechar o dirigir las facultades primordiales de los seres vivos, particularmente los microorganismos, para producir sustancias que sean de provecho para el ser humano. Un ejemplo clásico de una aplicación biotecnológica es la producción de insulina humana —producida naturalmente por las células del páncreas— mediante la manipulación genética de una bacteria para que sea ésta la que la produzca. Es importante recalcar, sin embargo, que la producción de fármacos es solamente una de las aplicaciones concretas de la biotecnología, cuya utilidad se extiende a los ámbitos de la alimentación, agricultura, producción de energía, diversas industrias, etc.

La patentabilidad de los procesos biotecnológicos, aunque estaría prevista en la ley, dependería entonces de la novedad, nivel inventivo y aplicación industrial involucrados en dichos procesos. Si la materia de la patente radica en la observación de que un microorganismo puede producir una sustancia aprovechable por el ser humano, entonces estamos frente a un descubrimiento, por esencia no patentable. Si por el contrario, la producción de la referida sustancia es resultado de la manipulación genética del microorganismo productor que, gracias a la introducción de un determinado gen en su estructura de ADN, es capaz de secretar una sustancia que antes no secretaba, entonces podríamos estar frente a una invención, siempre y cuando, además, se cumpla con el requisito de la aplicación industrial.

Tampoco es invento *el material biológico existente en la naturaleza o aquél que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural*. La razón es la misma: tal como los seres vivos no constituyen inventos como organismos, tampoco lo constituyen sus unidades más mínimas, a saber, su material genético. En el caso específico del genoma humano —el mapa genético de la especie humana, cuya puesta a punto por un equipo internacional de científicos dio la vuelta al mundo en meses pasados— es incontrovertible que no se trata de un invento porque el ser humano como tal no ha sido inventado; el genoma humano estuvo ahí desde hace 3,5 a 4 millones de años, cuando la especie humana adquirió

las características genéticas que la distinguen de sus antepasados homínidos; el genoma humano fue descubierto, descifrado y expresado... pero no inventado. Exactamente lo mismo puede decirse de los genomas de todas las especies animales existentes en la naturaleza.<sup>24</sup> Idéntico razonamiento se aplica al germoplasma, que no es sino el material genético de las especies vegetales, es decir, el equivalente del genoma de las especies animales.

Un ejemplo real de solicitud de patente para un supuesto invento que en realidad no es una invención, pues se trata de una combinación de material biológico que se encuentran en la naturaleza, es la de la *Composición farmacéutica para la modulación inmunitaria*.<sup>25</sup> Esta solicitud buscaba patentar una combinación de interleucina 2, interleucina 4 e interleucina 12, así como de interferón alfa, interferón beta e interferón gamma. El informe pericial recomienda el no patentamiento de este supuesto invento basándose en que estos compuestos, interleucinas e interferones, están en el sistema inmunitario de todo ser humano.

#### El requisito de novedad

Dice el artículo 16 de la Decisión 486:

*Una invención se considerará nueva cuando no esté comprendida en el estado de la técnica.*

*El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida.*

Según este artículo un invento es nuevo cuando no está en el estado de la técnica; por lo tanto, algo que ya está en el estado de la técnica no es nuevo y, precisamente porque no cumple con el requisito de novedad, no es patentable. Así pues, el estado de la técnica se constituye en una categoría del conocimiento, en función de la cual se puede determinar qué es y qué no es un invento, según que el producto o procedimiento se encuentre incluido o no en ella. Y como los tres requisitos de patentabilidad, novedad, nivel inventivo y aplicación industrial son concurrentes, bastará con que un producto o procedimiento esté comprendido en el estado de la técnica para que no sea susceptible de protección de patente.

La descripción que hace el segundo inciso del artículo 16 de lo que comprende el estado de la técnica es sumamente amplia y abarcadora. Podría decirse que prácticamente todo está en el estado de la técnica, ya que se trata de lo que está al alcance del público —ha de entenderse que se trata de un público ordinario, no forzosamente versado en la materia en que se inscriba el invento— por vía de descripción escrita u oral; de modo que la publicación de un artículo descriptivo de un invento en una revista especializada o una conferencia en un evento médico o de químicos farmacéuticos, excluyen a dicho invento de la posibilidad de ser patentado, en la medida que tales descripciones sean asequibles.

En el mundo de los fármacos existe una serie de publicaciones que constituyen referencia insoslayable en cuanto a qué es lo que está comprendido en el estado de la técnica. Nos referimos principalmente a varias farmacopeas ampliamente utilizadas entre los técnicos; textos que actualizados con mayor o menor regularidad, constituyen referencia importantísima en relación a los inventos ya consagrados en el estado de la técnica. Hay también

publicaciones periódicas especializadas en que se dan a conocer los inventos en el ámbito farmacéutico.

Entre las publicaciones más socorridas para determinar lo que está en el estado de la técnica podemos mencionar las siguientes:

- Clase Genaro et.al., Remington's Pharmaceutical Sciences, Easton, March, 1980;
- Diccionario de Especialidades Farmacéuticas, Editorial PLM S.A., 1998;
- Farmacia Práctica de Remington, México, Uteha, 1995, 2ª. edición;
- Goodman y Gilman, Las bases biológicas de la terapéutica, McGraw-Hill Interamericana, 1996, 9ª. edición;
- Organikum. Deutscher Verlag der Wissenschaften, Berlín, Bearbeitete Auflage, 1986;
- Reynolds, James E.F. (ed.), Martindale, The Extra Pharmacopoeia, Londres, The Pharmaceutical Press, 1993, 13ª. edición;
- Sifton, David W. (ed.), Physician's Desk Reference, Medical Economic Data, 1994; y
- The Merck Index, Nueva Jersey, White House Station, 1996.

Las publicaciones periódicas más utilizadas en nuestro medio son las revistas *Pharm Res* y el *Vademécum* publicado por Edifarm, entre otras.

La utilización comercial obviamente coloca al producto comercializado en el estado de la técnica, privándole de una posible protección por patente, pues es evidente que si está siendo vendido, comprado y consumido, un producto o procedimiento no puede ser patentado porque definitivamente no es nuevo.

Y cuando el artículo 16 habla de *cualquier otro medio*, tengamos en cuenta la velocidad de las comunicaciones actuales y ese versátilísimo y poderoso medio de información que es el Internet. Varias páginas web están disponibles para determinar el estado de la técnica en el ámbito de los fármacos: las bases de datos contenidas en sp@cenet y la IBM IP Network no son sino dos ejemplos privados, a los que sin duda debemos añadir las páginas web de la Oficina Europea de Patentes y la de la Oficina de Patentes estadounidense.

Es necesario recalcar que algo que es accesible al público, lo es con mayor razón a la oficina nacional de patentes, encargada de verificar, antes de conceder una patente, que en la solicitud se demuestre que el supuesto invento que se quiere proteger por patente no está en el estado de la técnica, tiene altura inventiva y es industrialmente aplicable. A la Dirección Nacional de Propiedad Industrial del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) le corresponde echar mano de este nutrido arsenal de armas bibliográficas para cerciorarse de la novedad de un supuesto invento; en ese sentido, la labor que se encuentra realizando el IEPI, es verdaderamente digna de encomio.

El Tribunal Andino aborda el tema de lo que constituye el estado de la técnica en su sentencia en el caso No. 6-IP-89:

*El artículo 2 [actual 16, inciso 2º.] combina los criterios de que lo novedoso es lo que no está comprendido en el estado de la técnica (divulgación cualificada) o lo que no ha sido divulgado o hecho accesible al público en cualquier lugar (divulgación simple y novedad absoluta).*

*La divulgación puede ser oral o escrita, puede resultar del uso o explotación, o producirse por cualquier otro medio. Esta divulgación debe ser detallada y, en todo caso, suficiente para que una persona del oficio pueda utilizar esa información para ejecutar o explotar la invención. Por otra parte, cuando un invento está en uso o explotación es porque ya fue patentado o porque es del dominio público. En estos casos el invento objetivamente perdió su novedad.<sup>26</sup>*

El artículo 16 establece también una *fecha crítica* para determinar qué está comprendido dentro del estado de la técnica. Tal fecha es la de la presentación de la solicitud de patente o de la prioridad invocada.<sup>27</sup> O sea que el estado de la técnica debe ser permanentemente evaluado según se vayan presentando las solicitudes de patente, a fin de determinar cuál es su contenido y, por ende, qué puede y qué no puede ser patentado por gozar o carecer del requisito de novedad. El estado de la técnica es entonces una categoría en permanente mutación: lo que ayer no estuvo en el estado de la técnica, hoy puede estarlo y, en consecuencia, lo que ayer podía ser patentado hoy quizás no pueda serlo. La necesidad de que el IEPI esté permanentemente al corriente del estado —y aquí vale perfectamente la redundancia— del estado de la técnica es, pues, un imperativo en pro de una correcta y legal concesión de patentes.

También se ha referido el Tribunal Andino a esta esencia fundamentalmente dinámica del estado de la técnica en su sentencia en el caso No. 6-IP-89:

*La fecha de presentación de la solicitud de patente determina el momento que la oficina nacional competente debe tener en cuenta para apreciar la novedad, en el sentido de que tal fecha constituye un término ad-quem, o sea, un momento hasta el cual la divulgación del invento afecta el derecho a obtener el privilegio de la patente. Si el invento que se desea patentar se hizo accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud, la oficina nacional competente no puede otorgar la patente ya que el invento carecería de novedad.<sup>28</sup>*

Adicionalmente, una solicitud de patente en trámite ante la misma oficina nacional constituye también parte del estado de la técnica, siempre y cuando sea de fecha anterior a la presentación de la nueva solicitud o de la prioridad invocada y contenga total o parcialmente el mismo invento que se intenta patentar en la nueva solicitud.

Entre los innumerables ejemplos reales de falta de novedad en una solicitud de patente presentada ante el IEPI citaré, por anecdótico, el del supuesto invento denominado *Composición terapéutica proveniente de la caña de azúcar y sus usos terapéuticos*, cuyo principio activo ha sido llamado *bercedin*.<sup>29</sup> La solicitud busca patentar el procedimiento de fabricación de una substancia que es extraída del jugo de la caña de azúcar y que por ciertos procedimientos artesanales llega a conformar un pequeño ladrillo de color café que todos conocemos en la culinaria doméstica como *raspadura*. Obviamente la *raspadura* o *panela* está en el estado de la técnica desde tiempos inmemoriales, pues se sabe que incluso antes del arribo de los Incas a lo que hoy es Ecuador se fabricaba ya una especie de *panela*, no con caña de azúcar, pues ésta fue introducida durante la Colonia, pero sí con la caña del maíz y el ju-

go que de ella se obtiene. Cuando vino la caña de azúcar al Ecuador se comenzó a producir *panela* y hasta ahora se produce utilizando los mismos procedimientos que hoy se busca patentar. El informe pericial, no podía ser de otra manera, recomendó la denegación de la patente porque el supuesto invento está en el estado de la técnica.

#### **El nivel inventivo**

El artículo 18 de la Decisión 486 se refiere al segundo requisito de patentabilidad, el nivel inventivo, cuando dice:

*Se considerará que una invención tiene nivel inventivo, si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica.*

Nuevamente, una sentencia del Tribunal Andino nos ayuda a esclarecer la noción de *obviada*:

*El artículo 4° de la Decisión 344 [18 de la Decisión 486] señala claramente que se considerará que una invención tiene "nivel inventivo" si para una persona del oficio, normalmente versada en la materia técnica correspondiente esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica.*

*La invención debe constituir un paso más allá de la técnica existente y por el principio de la no obviada no debe derivarse evidentemente del estado de la técnica existente.<sup>30</sup>*

El tema de la *obviada* es abordado también con mucha perspicacia por el juez inglés en la sentencia que declara la invalidez de la patente de protección para el *sildenafil*, principio activo del *Viagra*:

*La cuestión de la obviada tiene que ser evaluada a través de los ojos del hombre versado en la materia pero no inventivo. Esta no es una persona real. Es una creación legal. Se supone que ofrece una prueba objetiva de si un desarrollo determinado puede ser protegido por una patente. Se considera que él ha examinado y leído documentos disponibles al público y que conoce de usos públicos en el estado de la técnica. Entiende todos los idiomas y dialectos. Nunca deja pasar lo obvio ni se tropieza con la inventiva. No tiene preferencias o aversiones idiosincráticas privadas. Nunca especula. Se diferencia de la gente real en una o más de estas características. Un verdadero trabajador de campo puede que nunca mire una instancia del estado de la técnica; por ejemplo, puede que nunca mire el contenido de una biblioteca pública determinada o puede desanimarse porque está en un idioma que no conoce. Pero se considera que el destinatario hipotético sí lo ha hecho. Este es un reflejo de parte de la política subyacente a la ley de la obviada. Cualquier cosa que sea obvia acerca de lo que está disponible al público no puede ser, en consecuencia, objeto de protección válida de patente, incluso si en la práctica, pocos se hubieran molestado en examinar el estado de la técnica o hubieran encontrado los antecedentes particulares en que se basaba. Las patentes no son otorgadas por la exposición y diseminación más amplia de material público y lo que es obvio respecto a él, sino sólo por realizar nuevas invenciones. Un trabajador al que se le proporciona, encuentra o se tropieza con cualquier instancia del estado de la técnica, debe comprender que dicho estado de la*

*técnica y cualquier cosa obvia que se le relacione no pueden ser monopolizados por él y tiene la seguridad de que no pueden ser monopolizados por nadie más.*<sup>31</sup>

Es interesante rescatar de esta sentencia la propuesta de que el *hombre versado en la materia* es una ficción legal que permite establecer cuál es el estado de la técnica, primero, y luego, si la solicitud de patente en cuestión deriva del estado de la técnica y es, por lo tanto, obvia. No se trataría pues de una persona física, sino más bien de un conjunto de criterios legales, de unos parámetros para determinar la patentabilidad de un invento.

Pero ya en la práctica de las oficinas nacionales de patentes, esa ficción legal debe concretarse en una persona de carne y hueso, pues de carne y hueso es también el funcionario que debe decidir si la patente debe ser concedida o no. Así, pues, la pregunta que se plantea es: ¿quién es en la realidad esa persona versada en la materia? La respuesta lógica viene a la mente inmediatamente: un químico farmacéutico; sin embargo hay unas pocas profesiones afines que tienen que ver con la creación de fármacos, como son principalmente los bioquímicos y los microbiólogos. De ahí que la política seguida por la autoridad nacional de propiedad intelectual de designar a médicos farmacólogos para que realicen los exámenes periciales tendientes a determinar la patentabilidad de un supuesto invento sea poco recomendable. Tal profesión, o mejor dicho, especialización dentro de la profesión médica, nada tiene que ver con la creación de fármacos; los médicos farmacólogos se especializan en el estudio de la acción de los medicamentos en relación a los diferentes estados patológicos, es decir al efecto que los principios activos causan en el organismo humano. Sólo los químicos farmacéuticos están capacitados para determinar si un compuesto químico goza o no de nivel inventivo.

En cualquier caso, no basta tener la preparación académica y el título profesional adecuado. Es indispensable tener acceso a la relevante información relativa al estado de la técnica actual, es decir, hay que saber servirse de todas las herramientas a las que nos hemos referido anteriormente para poder comparar si la memoria descriptiva del invento, el principio activo, el procedimiento previsto en esa memoria descriptiva, es el mismo que ya consta en el estado de la técnica o no.

En relación al tema del nivel inventivo, utilicemos un ejemplo de solicitud de patente: *Composiciones farmacéuticas para el tratamiento de la rinitis*.<sup>32</sup> Mediante esta solicitud de invento se busca patentar una combinación de un fármaco descongestionante, cuyo principio activo es la *pseudoefedrina*, y de un antihistamínico, cuyo principio activo es la *cetirizina*. Estamos frente al típico caso de las llamadas *composiciones farmacéuticas* que están muy en boga en el ámbito de la industria farmacéutica internacional: se trata de combinar dos o más principios activos que ya están en el estado de la técnica e intentar patentarlos como si se tratara de un solo fármaco.

Las motivaciones para la utilización de este mecanismo por parte de la industria farmacéutica internacional han sido ya mencionadas al inicio de esta charla,<sup>33</sup> de modo que no me detendré nuevamente a analizarlas; el hecho es que en estos casos el nivel inventivo es exactamente el mismo que usted demostraría si fuera a una farmacia y pidiera a la señorita dependiente un comprimido de un descongestionante y otro de un antihistamínico y se tomara

ambos con el mismo vaso de agua. ¿Se considera usted inventor por hacer algo que es obvio? ¿Cree usted que el laboratorio que solicitó la patente inventó algo? ¿No? Pues el Director Nacional de Propiedad Industrial coincide con usted, ya que denegó la patente por falta de novedad y de nivel inventivo.

### La aplicación industrial

El artículo 19 de la Decisión 486 detalla el tercer requisito de patentabilidad:

*Se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluido los servicios.*

Este requisito tiene que ver directamente con aquello que hemos denominado la *función social de la patente*. En efecto, en la medida que la patente confiere al inventor un monopolio de la explotación de su invento, él debe poner el invento a disposición de la sociedad. El requisito de aplicación industrial vela porque ello realmente pueda ocurrir, pues solamente si el invento puede ser producido o utilizado en la industria cumplirá con su función social.

### No todas las invenciones son patentables

El artículo 20 de la Decisión 486 reza:

No serán patentables:

- las invenciones cuya explotación comercial en el territorio del País Miembro respectivo deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moral. A estos efectos la explotación comercial de una invención no se considerará contraria al orden público o a la moral solo debido a la existencia de una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación;*
- las invenciones cuya explotación comercial en el País Miembro respectivo deba impedirse necesariamente para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales, o para preservar los vegetales o el medio ambiente. A estos efectos la explotación comercial de una invención no se considerará contraria a la salud o a la vida de las personas, de los animales, o para la preservación de los vegetales o del medio ambiente solo por razón de existir una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación;*
- las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos;*
- los métodos terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento humano o animal, así como los métodos de diagnóstico aplicados a seres humanos o animales.*

El Tribunal Andino, también en el proceso de incumplimiento No. 1-AI-96, nos habla de la no patentabilidad, cuando dice:

*Por su parte, aunque correlacionado con los artículos anteriores ... el artículo 7° [actual artículo 20] ingresa en otra materia, pues define qué inventos, a pesar de tener la calidad de tales 'no serán patentables', aspecto diferente al anterior que establecía reglas para calificar qué es lo que se considera como inventos y que es lo que no se considera como tales. En la especie, el artículo 7° sin*

quitar la calidad de inventos y asumiendo la filosofía de que los mismos deben ser de utilidad pública, hechos para el bien común y mejoramiento del nivel de vida del habitante andino (artículo 1º del Acuerdo de Cartagena), establece cuáles a pesar de que pueden ser considerados como inventos, no pueden patentarse.<sup>34</sup>

Así pues, el artículo 20 señala cuatro categorías de inventos que, cumpliendo con los requisitos de patentabilidad, no pueden ser patentados porque no conducen al bien común y mejoramiento del nivel de vida del habitante andino. Recalca nuevamente el Tribunal Andino la función social que debe cumplir la patente de invención.

Los dos primeros incisos de este artículo plantean dudas en cuanto a su alcance. Si bien parece bastante evidente que cualquier invento que, comercializado, pueda entrar en conflicto con la moral o el orden público o, lo que es más, pueda poner en peligro la salud o la vida de personas, animales o plantas, o afectar el medio ambiente, no debe ser objeto de protección por patente y, por tanto, hace bien la norma comunitaria en consagrarlo así, en cambio es difícil de entender que los incisos a) y b) del artículo 20 excluyan de entre los presupuestos de que un invento atenta contra esos bienes jurídicos protegidos, el hecho de que existan normas legales que prohíban o regulen dicha comercialización, cuando es claro que la norma jurídica responde a un hecho social generador y que la prohibición o regulación legales del comercio de una determinada cosa en razón de atentar contra la moral, la vida o el ambiente tienen por lo general como fundamento un daño real que tales bienes protegidos sufrirían o podrían sufrir como resultado de la actividad comercial en cuestión. Dicho en otras palabras, la existencia de una norma legal que prohíba o regule la explotación comercial de un invento en razón de constituir una amenaza para la moral, la vida, la salud o el medio ambiente debería ser considerada indicio suficiente de que, en efecto, la comercialización de ese producto realmente atenta contra esos bienes jurídicos y, por tanto, para prohibir su patentamiento.

El literal c) establece una regla de exclusión: si solo las plantas y los animales no son patentables, quiere decir que todos los otros reinos de la naturaleza, a saber: hongos, moneras y cariontes, es decir los microorganismos, sí lo son. El mismo literal confirma esto cuando, también por exclusión, ya que tampoco permite el patentamiento de procedimientos biológicos para producir plantas o animales, autoriza el patentamiento de los procedimientos no biológicos o microbiológicos.

En relación con este literal del artículo 20 debe leerse también la disposición transitoria segunda de la Decisión 486, que dice:

*Los microorganismos serán patentables hasta tanto se adopten medidas distintas resultantes del examen previsto en el apartado b) del artículo 27, numeral 3 del ADPIC.<sup>35</sup>*

*A tal efecto, se tendrán en cuenta los compromisos asumidos por los Países Miembros en el ámbito del Convenio sobre la Diversidad Biológica.*

Por último, el literal d) del artículo 20 señala que no serán patentables los métodos terapéuticos, quirúrgicos y de diagnóstico. En estricto sentido, cuando el literal d) establece la no patentabilidad de los métodos terapéuticos

lo hace en razón de que, como tales, los métodos no son ni productos ni procedimientos. Un tratamiento terapéutico lo que hace es utilizar ciertos fármacos, ellos sí debidamente patentados, en combinación o no con otros fármacos, acompañados o no con rehabilitación física u otros tipos de terapia, todo definido por el facultativo que examina al paciente, en base a su experiencia y conocimiento. Por tal razón, los métodos terapéuticos no pueden ser patentados.

El siguiente ejemplo nos muestra el intento de patentar un método terapéutico; se trata de un supuesto invento llamado *Compuestos heterocíclicos*.<sup>36</sup> Aunque esta solicitud no ha sido todavía resuelta por la autoridad competente y tampoco se ha emitido el informe pericial, la propia memoria descriptiva de la invención, como en muchas otras ocasiones, admite que se trata de un método terapéutico; en efecto, en la memoria se puede leer: *un procedimiento para el tratamiento de la osteoporosis*. El Director Nacional de Propiedad Industrial deberá decidir si estamos enfrentados en el caso de los *compuestos heterocíclicos* a un método terapéutico que por tanto no puede ser patentado.

#### Los nuevos usos no son patentables

El artículo 21 de la Decisión 486 es claro al establecer la prohibición de conceder protección de patente a productos que ya están patentados, so pretexto de que se les ha encontrado un uso nuevo.

Reza el artículo 21:

*Los productos o procedimientos ya patentados, comprendidos en el estado de la técnica, de conformidad con el artículo 16 de la presente Decisión, no serán objeto de nueva patente, por el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial.*

En este precepto se enuncian los siguientes presupuestos para la prohibición (*no serán objeto de nueva patente*):

- 1) que los productos o procedimientos cuya nueva patente se pretende obtener estén ya en el estado de la técnica, según lo define el artículo 16 de la propia Decisión 486, es decir por ser *accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio*<sup>37</sup> o por hallarse una *solicitud de patente*<sup>38</sup> en trámite ante la oficina nacional competente, o por gozar ya de protección de patente;
- 2) que se les atribuya como única razón para la concesión de la nueva patente (*por el simple hecho*), un uso distinto al de la patente ya concedida, es decir, que se les impute unas virtudes terapéuticas diferentes de aquellas reivindicadas en la patente anterior.

La prohibición del patentamiento de los nuevos usos es incontrovertible en función de los requisitos de patentabilidad anteriormente estudiados. En primer lugar, el de novedad: sólo lo que es nuevo merece ser protegido por patente, pues conceder protección a lo que ya está en el estado de la técnica desalentaría la actividad inventiva al otorgar a quienes inventan y a quienes no lo hacen, exactamente la misma protección; como contraparte, conceder protección de patente a productos sin novedad atentaría irremediabilmente contra la *función social* de la patente, por ejemplo, al imposibilitar la ejecución de programas de medicamentos genéricos, pues éstos, que están en el do-

minio público, serían susceptibles de ser patentados nuevamente y por tanto gozarían de un nuevo monopolio exclusivo, con solo achacárseles unas nuevas propiedades. Esto, sin considerar el absurdo jurídico que representaría la duplicación de patentes en relación a un único invento.

En segundo lugar, las patentes de segundo uso vulneran desenfadadamente el requisito de nivel inventivo. Los segundos usos surgen, por lo general, de actividades de observación y descubrimiento, no de un proceso inventivo. Y al hacerlo, vulneran también, de paso, la prohibición de patentamiento de los métodos terapéuticos que acabamos de ver, pues un segundo uso no es sino el resultado de la aplicación que hacen los facultativos de viejas curas para nuevos males.

El de las *pirazolopirimidinonas para el tratamiento de la impotencia*, supuesto invento que involucra al, *sildenafil*, principio activo del *Viagra*, que ya hemos mencionado varias veces, es sin duda el más actual y evidente caso de patente de segundo uso.

La patente original del sildenafil fue concedida en Gran Bretaña en 1990 a favor de *Pfizer Limited* y el uso que se le atribuía entonces era para el tratamiento de la angina, hipertensión, falla cardíaca, arterioesclerosis y otras enfermedades vasculares, pero también para dolencias como la bronquitis, el asma y el glaucoma. En 1993, es decir apenas 3 años después, luego de percatarse los inventores de la patente original de que este vasodilatador permitía a personas que padecían de disfunción eréctil ejercer sus funciones sexuales normalmente, presentaron en Gran Bretaña una segunda solicitud atribuyendo al sildenafil la cura de la disfunción eréctil. Sin embargo, con fecha 8 de noviembre de 2000, la Corte de Patentes de la

Corte Suprema de Justicia de ese país declaró la nulidad de esa patente en razón de su obviedad, es decir de su falta de nivel inventivo y reconoció que el referido *invento* es un segundo uso médico, pues en al menos dos patentes anteriores *el citrato de sildenafil y otros fármacos fueron propuestos para un número de otras aplicaciones médicas, pero no para el tratamiento de la disfunción eréctil masculina. Es por eso que la patente en cuestión es, por lo menos en parte, para un segundo uso médico.*<sup>39</sup> Eso no implica, sin embargo, que el sildenafil deje de ser objeto de protección de patente para los usos médicos reivindicados en la patente original.

La patente del sildenafil (pirazolopirimidinonas para el tratamiento de la impotencia) en el Ecuador fue concedida a *Pfizer Research & Development Company* el 19 de septiembre de 1996.

La Secretaría General de la Comunidad Andina ha demandado ante el Tribunal Andino el incumplimiento de los gobiernos del Perú, Venezuela y Ecuador por haber concedido patente al sildenafil; compuesto cuyo patentamiento está prohibido según el artículo 16 de la Decisión 344, predecesora de la 486.

El alto tribunal subregional se encuentra al momento avocado a resolver estos interesantes casos y no cabe la menor duda de que sus fallos se atendrán a la jurisprudencia previa por él mismo sentada en defensa del ordenamiento jurídico andino, particularmente las Decisiones 344 y 486, y de la esencia de la patente de invención, en sus dos vertientes: la legítima retribución a la actividad realmente inventiva y, como contraparte, el beneficio de los más amplios sectores de la población de los países andinos.<sup>40</sup>

## NOTAS

\* El presente estudio es la versión impresa de una conferencia dictada por el autor el martes 20 de febrero de 2001 en la Universidad San Francisco de Quito, durante el seminario Propiedad industrial y temas derivados de la novísima Decisión 486, conectados con la jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia, organizado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con el patrocinio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y la Universidad San Francisco de Quito.

1. Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, año XVII, número 600, Lima, 19 de septiembre de 2000.

2. Esta no solamente es la realidad en Ecuador. Según Greg Aharonian, Patent examination system is intellectually corrupt, en *Patnews*, mayo 2000, citado por Carlos M. Correa, ¿El sistema de patentes en crisis? Prácticas de patentamiento farmacéutico, Universidad de Buenos Aires, mayo 2000, pág. 2, en Estados Unidos, país con laxísimos parámetros de patentabilidad, la industria farmacéutica es responsable de al menos una tercera parte de las patentes concedidas en un año. A nivel mundial, ya en 1985, según Eduardo White, El problema de las patentes en el sector farmacéutico, en *Revista del Derecho Industrial. Patentes farmacéuticas*, No. 35, mayo-agosto 1990, pág. 350, alrededor del 9% de las patentes otorgadas a nivel mundial eran de fármacos, constituyéndose en el segundo rubro luego del químico no farmacéutico. En Ecuador, a partir de la vigencia de la Ley de Propiedad Intelectual (19 de mayo de 1998), es decir, en los últimos tres años, se han publicado en la Gaceta de la Propiedad Intelectual 1276 solicitudes de patente, de las cuales 927 se refieren a patentes farmacéuticas y representan alrededor del 72%. Ese porcentaje se ha mantenido, pues en el primer año (mayo de 1998 a abril de 1999) se presentaron 424 solicitudes de patente, de las cuales 302 son farmacéuticas e implican un 71%; en el segundo año, el total de solicitudes es de 437, las farmacéuticas alcanzan el número de 318 y el porcentaje es del 72% y en el último año el total de solicitudes de patente es de 415, las farmacéuticas 307 y el porcentaje, 74%.

3. John Le Carré, *El Gran Farma*, en *El País*, Madrid, 18 de febrero de 2001. La vi-

## NOTAS

sión descarnada de la industria farmacéutica internacional que transmite Le Carré en su artículo es digna de ser conocida por el público más amplio posible.

4. Para mayor abundamiento sobre la importancia de las patentes para la industria farmacéutica internacional, ver Eduardo White, op. cit. Ver también Carlos M. Correa, op. cit.
5. Al que, por mor de brevedad, en adelante llamaremos Tribunal Andino de Justicia o, simplemente, Tribunal Andino.
6. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Espasa-Calpe, 1970, 19ª. ed.
7. Manual Merck de información médica para el hogar, Madrid, Océano, 1998, pág. 23.
8. Ver pág. 44, infra.
9. Manuel Merck, ib. et.
10. La selección de este ejemplo no es al azar. Más adelante veremos como el sildenafil se ha constituido en el caso paradigmático de la patente de segundo uso. Ver infra, pág.50.
11. Decisión 344, Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, año X, número 141, Lima, 1 de octubre de 1993.
12. Ley No. 83, Ley de Propiedad Intelectual, Registro Oficial No. 320, 19 de mayo de 1998.
13. Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Avila, El régimen andino de la propiedad industrial. Decisiones 344 y 345 del Acuerdo de Cartagena, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995, pág. 48.
14. Real Academia Española, op. cit.
15. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, Noplu, 1997, vol. IV, pág. 18.
16. Ver pág.48 infra.
17. Esta acertada concepción del Tribunal Andino se adelantó en el tiempo, visionariamente, a lo que debería ser la única solución a la actualísima polémica causada por la renuencia de la industria farmacéutica transnacional a proporcionar a los gobiernos del Africa meridional los medicamentos necesarios para el tratamiento del SIDA a precios inferiores a los de mercado y por la posibilidad de que dichos gobiernos adquieran los correspondientes genéricos, a precios asequibles, de laboratorios farmacéuticos alternativos. Ver Las farmacéuticas libran una guerra de precios en medicamentos, en El Comercio, 7 de marzo de 2001, pág. B3; ver también John Le Carré, op. cit.
18. Citado por Juan Carlos Codina Escobar, ¿Método científico o azar?, fuente desconocida.
19. Real Academia Española, op. cit.
20. Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Dirección Nacional de Propiedad Industrial, solicitud de patente denominada Medicamento en forma de comprimido con liberación retardada de sustancia activa, trámite número SP 94-1148, presentada con fecha 25 de agosto de 1994 por Grunenthal GmbH, observada por ALAFAR, resolución 00-129 de 27 de marzo de 2000, resolución del recurso de reposición número 978642.
21. A este último reino, el de las móneras, pertenecen las bacterias, cuya acción farmacológica ha pretendido ser patentada ininidad de veces.
22. J.B.S. Haldane. citado por Steve Prentis, Biotecnología. Una nueva revolución industrial, Barcelona, Salvat, 1987, p. 1.
23. Ibid., p. 2.
24. Sin embargo de ello, varias empresas estadounidenses de investigación genética han solicitado protección de patente no solo para las propias secuencias de nucleótidos en el ADN de algunos seres vivos, sino también para cualquier medio magnético legible en computadora sobre el que dichas secuencias se hayan registrado. De esta manera, según la profesora de Derecho de la Biotecnología, Rebecca Eisenberg, se pondría seriamente a prueba el principio mismo de la propiedad intelectual, según el cual el inventor goza de protección de patente a cambio de difundir la información sobre su invento para que los demás puedan mejorarlo o desarrollarlo (una de las manifestaciones de lo que llamábamos la función social de la propiedad intelectual), ya que nadie podría tener acceso a dicha información sin infringir los derechos de propiedad intelectual sobre la información que contiene la secuencia



## NOTAS

- de ADN. Ver Code of the Code. When you cross DNA nucleotids with the zeros and ones of digital bits, who owns what?, Scientific American, abril 2001, volumen 284, número 4, pág. 25.
25. Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Dirección Nacional de Propiedad Industrial, solicitud de patente denominada Composición farmacéutica para la modulación inmunitaria, trámite número SP 97-2036, presentada con fecha 24 de febrero de 1997 por Boehringer Ingelheim International GmbH, observada por ALAFAR.
  26. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, BID/INTAL, 1994, vol. II, pág. 54.
  27. El artículo 9 de la Decisión 486 establece que: *La primera solicitud de patente de invención o de modelo de utilidad o de registro de diseño industrial o de marca, válidamente presentada en otro País Miembro o ante una autoridad nacional, regional internacional con la cual el País Miembro estuviese vinculado por algún tratado que establezca un derecho de prioridad análogo al que establece la presente Decisión, conferirá al solicitante o a su causahabiente un derecho de prioridad para solicitar en el País Miembro una patente o un registro respecto de la misma materia. (...) Para beneficiarse del derecho de prioridad la solicitud que la invoca deberá presentarse dentro de los siguientes plazos improrrogables contados desde la fecha de presentación de la solicitud cuya prioridad se invoca: a) doce meses para las patentes de invención y de modelos de utilidad; ...*
  28. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, op. cit., pág. 54 y 55.
  29. Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Dirección Nacional de Propiedad Industrial, solicitud denominada Composición terapéutica proveniente de la caña de azúcar y sus usos terapéuticos, trámite número SP 97-2186, presentada con fecha 15 de julio de 1997 por Biocell Research Inc., observada por ALAFAR.
  30. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, resolución dictada en el proceso No. 9-IP-99 que interpreta los artículos 1, 2, 4 y 29 de la Decisión 344, en referencia a la acción seguida por THE PROCTER & GAMBLE COMPANY en contra del Superintendente de Industria y Comercio de Colombia, publicado en la Gaceta Oficial No. 462 de 23 de julio de 1999.
  31. Corte Suprema de Justicia, División de la Cancillería, Corte de Patentes, Caso No. HC 1999 No. 01110, en la materia de Patente Europea (R.U.) No. 0,702,555, en nombre de Pfizer Limited (demandado), y en la materia de Ley de Patentes de 1977; y en la materia de una Petición de revocatoria, actuada por Lilly ICOS LLC (demandante), 8 de noviembre de 2000, párr. 62.
  32. Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Dirección Nacional de Propiedad Industrial, solicitud de patente denominada Composiciones farmacéuticas para el tratamiento de rinitis, trámite número SP 97-2074, presentada con fecha 8 de abril de 1997 por UCB S.A., observada por ALAFAR, resolución 00-229 de 1 de agosto de 2000, resolución del recurso de reposición número 978630.
  33. Ver supra, pág.43.
  34. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, Noplu, 1998, tomo V, pág. 132.
  35. En la accidentada reunión de la Organización Mundial del Comercio que tuvo lugar en Seattle (30 noviembre-3 diciembre de 1999) debía haberse realizado este examen, pero no fue concluido. Podría ocurrir que como resultado de ese examen se llegara a decidir que los microorganismos dejen de ser patentables. Este es un tema cuyo desarrollo habrá que seguir de cerca.
  36. Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Dirección Nacional de Propiedad Industrial, solicitud de patente denominada Compuestos heterocíclicos, trámite número SP 96-1993, presentada con fecha 27 de diciembre de 1996 por Pfizer Inc., observada por ALAFAR.
  37. Ver pág. 46, supra.
  38. Ver pág. 47, supra.
  39. Ver nota 33 supra, párrs. 23 y 160.
  40. En el caso del Perú el dictamen 09-2000 fue emitido el 11 de febrero de 2000 y en él se ordena que el gobierno, en el plazo de 30 días calendario, ponga fin al incumplimiento. El gobierno peruano interpuso recurso de reconsideración en contra de esta decisión pero la Secretaría se ratificó en la declaración de incumplimiento el 22 de junio de 2000. Actualmente en el Tribunal Andino de Justicia se tramita la ac-

NOTAS

ción de incumplimiento contra Perú, signada con el No. 89-AI-2000, presentada el 16 de octubre de 2000; la última actuación fue la audiencia realizada el 17 de mayo de 2001. En cuanto al gobierno venezolano, el incumplimiento fue declarado el 2 de septiembre de 2000 con el número 29-2000; la acción ante el Tribunal Andino es la No. 1-AI-2001, presentada el 16 de enero de 2001 y el gobierno venezolano la ha contestado. En el caso del Ecuador, la Secretaría General de la Comunidad Andina declaró el incumplimiento el 31 de agosto de 2000 con el número 28-2000. En el Tribunal Andino ya se presentó la acción de incumplimiento pero aún no se avoca conocimiento y por tanto no hay número de proceso.

Glosario

- CAN: Comunidad Andina de Naciones
- OMC: Organización Mundial del Comercio
- ADPIC: Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Para la presentación de la declaración que constituye la investigación de prioridad, se establece el plazo de dieciocho meses improrrogables para las patentes de invención y modelos de utilidad y de nueve meses para las solicitudes de registro de diseño industrial o de marca. El incumplimiento en la presentación de los documentos reducidos y el pago de la tasa según corresponda, acarretará la pérdida de la prioridad.

El contenido de una solicitud de patente deberá ser mantenido confidencial, salvo expreso consentimiento del solicitante o transcurrido el plazo de 18 meses de producido el desistimiento o abandono de la solicitud.

Las solicitudes de patentes de invención, modelos de utilidad y de diseño industrial, deberán ser publicadas en un boletín de la OMA dentro de un plazo máximo de 18 meses desde el depósito de la solicitud.

Cuando un titular de derechos de patentes de invención, modelos de utilidad o de diseño industrial, desea hacer pública su invención o modelo de utilidad o su diseño industrial, deberá hacerlo en un boletín de patentes de invención, modelos de utilidad o de diseño industrial, publicado por la OMA, en un plazo máximo de 18 meses desde el depósito de la solicitud.

La invención o modelo de utilidad o el diseño industrial de una solicitud de patente, conforme al artículo 23 de la Ley de Patentes, deberá ser descrita en forma clara y concisa en la solicitud, de modo que permita a un experto en la técnica comprender la invención o modelo de utilidad o el diseño industrial descrito en la solicitud.

El contenido de una solicitud de patente de invención, modelo de utilidad o de diseño industrial, deberá ser mantenido confidencial, salvo expreso consentimiento del solicitante o transcurrido el plazo de 18 meses de producido el desistimiento o abandono de la solicitud.

Disposiciones Generales

Del Tratado Nacional: copiar la totalidad de texto a naciones y extranjeros de países miembros de la CAN, de la OMC y del Convenio de París y convertir la posibilidad de extender las mismas condiciones a países de la nación que no son miembros de la CAN.

Del Tratado de la Nación más favorecida: toda ventaja otorgada por un País Miembro a los nacionales de otro País Miembro de la CAN, beneficiaria también de los beneficios de cualquier País Miembro de la OMC o del Convenio de París, sin perjuicio de las reservas previstas en los ADPIC.

El patrimonio biológico: una de las minoraciones constituye la protección expresada que se otorga al patrimonio biológico, genético y a los conocimientos de las comunidades indígenas, tradicionales y locales, mediante la protección de la solicitud, previa autorización de dichas comunidades para la utilización de sus conocimientos tradicionales.

De los términos y plazos: los plazos señalados en las presentes disposiciones expresan los días hábiles que se cuentan a partir de la fecha de depósito de la solicitud y no se computan los días festivos. La fecha de depósito de la solicitud se presume que el día que se publica en el boletín de patentes de invención, modelos de utilidad o de diseño industrial.

Revinculación de prioridad: determina la posibilidad de revincular prioridad en base a una solicitud previa presentada en el mismo País Miembro, siempre que no se hubiese iniciado previamente el trámite de la primera solicitud. Sin embargo, la presentación de la segunda solicitud para el mismo País Miembro de la primera solicitud respecto de la materia que fuese común en ambas. En cuanto a los términos y plazos del derecho de prioridad se aplica el Convenio de París.

# Régimen común sobre Propiedad Industrial. Análisis Comparativo entre las Decisiones 344 y 486 de la Comunidad Andina de Naciones

Falconi Puig &  
Abogados

## TÍTULO I

### DISPOSICIONES GENERALES

1. Del trato nacional: consagra la igualdad de trato, a nacionales y extranjeros de países miembros de la CAN, de la OMC y del Convenio de París y contempla la posibilidad de extender las mismas condiciones a nacionales de países no miembros.
2. Del trato de la nación más favorecida: toda ventaja concedida por un País Miembro a los nacionales de otro País Miembro de la CAN, beneficiará también a los nacionales de cualquier País Miembro de la OMC o del Convenio de París, sin perjuicio de las reservas previstas en los ADPIC.
3. Del patrimonio biológico: una de las innovaciones constituye la protección expresa que se otorga al patrimonio biológico, genético y a los conocimientos de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, mediante la presentación de la solicitud, previa autorización de dichas comunidades para la utilización de sus conocimientos ancestrales.
4. De los términos y plazos: los plazos señalados en días se entenderán como días hábiles, mientras que los plazos fijados en meses y años se computarán de fecha a fecha, y si en el mes de vencimiento no hubiere fecha equivalente, se entenderá que el plazo vence el último día del mes.
5. Reivindicación de prioridad: determina la posibilidad de reivindicar prioridad en base a una solicitud previa presentada en el mismo País Miembro, siempre que no se hubiese invocado previamente prioridad en la primera solicitud. Sin embargo, la presentación de la solicitud posterior causará el abandono de la primera solicitud respecto de la materia que fuese común en ambas. En cuanto a los alcances y efectos del derecho de prioridad se remite al Convenio de París.

Para la presentación de la declaración que contiene la invocación de prioridad, se establece el plazo de dieciséis meses improrrogables para las patentes de invención y modelos de utilidad y de nueve meses para las solicitudes de registro de diseño industrial o de marca. El incumplimiento en la presentación de los documentos requeridos y/o el pago de la tasa, según corresponda, acarreará la pérdida de la prioridad.

6. Confidencialidad en el desistimiento y abandono: el contenido de una solicitud desistida o abandonada deberá mantenerse confidencial, salvo expreso consentimiento del solicitante o transcurrido el plazo de 18 meses de producido el desistimiento o abandono.

## TÍTULO II

### DE LAS PATENTES DE INVENCION

#### 1. Requisitos de patentabilidad

Sólo para el efecto de la determinación de la novedad, considera dentro del estado de la técnica, el contenido de una solicitud de patente en trámite, una vez transcurridos dieciocho meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud o desde la fecha de prioridad que se hubiese invocado, aún cuando su contenido no haya sido publicado.

#### 2. Solicitudes de patente

Cuando traten sobre recursos genéticos, deberá presentarse copia del contrato de acceso; de ser el caso, copia del documento que autorice el uso de conocimientos tradicionales; en los casos correspondientes, el certificado de depósito del material biológico; y, cuando sea pertinente, el documento de cesión del derecho a la patente.

El depósito del material biológico deberá efectuarse, a más tardar, en la fecha de presentación de la solicitud en el País Miembro; o, cuando fuere el caso, en la fecha de presentación de la solicitud cuya prioridad se invoca. Son

válidos los depósitos ante la autoridad nacional competente y ante la autoridad internacional, conforme lo establecido en el Tratado de Budapest, además de aquellas instituciones reconocidas por la autoridad nacional.

La legislación interna de los Países Miembros sólo podrá exigir para la presentación de solicitudes de patente de invención el cumplimiento de los requisitos de forma que constan en esta Decisión.

La fusión de solicitudes que cumplan con el requisito de unidad de invención así como la división de la solicitud por parte del peticionario, podrá realizarse en cualquier momento, reconociéndose la posibilidad de invocar prioridades múltiples o parciales.

### 3. Trámite de la solicitud

- **Plazo examen solicitud:** se lo incrementa a treinta días, frente a los quince que estipulaba la Decisión 344.
- **Plazo requisitos de forma:** se lo aumenta a dos meses e incorpora la posibilidad de solicitar una extensión por idéntico plazo y por una sola vez. El incumplimiento de estos requisitos, determinará que la solicitud sea declarada abandonada, guardándose confidencialidad sobre el contenido de la misma.
- **Publicidad del expediente:** un expediente se vuelve público transcurridos dieciocho meses desde la presentación de la solicitud o de la prioridad invocada; así, por el solo paso del tiempo, la solicitud podrá ser consultada independientemente de su publicación. Adicionalmente y una vez concluido el examen formal, el solicitante podrá pedir que se publique su solicitud.
- **Plazo presentación y contestación observaciones:** se lo extiende a sesenta días, contemplando la posibilidad de prorrogarlo por una sola vez y por idéntico período de tiempo.
- **Plazo examen patentabilidad:** el solicitante deberá requerirlo dentro de seis meses contados desde la publicación de lo contrario la solicitud se declarará en abandono.
- **Inventión no patentable o carente de algún requisito:** notificado el solicitante por la oficina nacional competente, dispondrá del plazo máximo de sesenta días, para contestar y hacer valer sus argumentaciones. Se podrá solicitar una prórroga de treinta días adicionales, pero de no contestarse dentro del término o si la oficina nacional considerare que persisten los impedimentos para la patente, ésta será denegada.
- **Documentación exigida para solicitudes que invoken prioridad:** la oficina de patentes podrá requerir que el solicitante presente, dentro de un término de tres meses, la documentación señalada en el art. 46 de la Decisión y en caso de no presentarlas se denegará la patente; pero si la copia de los resultados de exámenes de novedad o de patentabilidad efectuados respecto de esa solicitud extranjera y la copia de la patente u otro título de protección que se hubiere concedido con base en esa solicitud extranjera, se encuentran aún en trámite, el solicitante podrá pedir la suspensión del trámite de patente hasta su obtención.

### 4. Derechos que confiere la patente

El titular de una patente no se puede oponer al uso de

en medios de transporte en tránsito temporal. Tampoco podrá el titular oponerse cuando la patente proteja el material biológico, excepto plantas, capaz de reproducirse, usarlo como base inicial para obtener un nuevo material viable, salvo que tal obtención requiera el uso repetido de la entidad patentada. Sin embargo, la patente no se extenderá al material biológico obtenido por reproducción, multiplicación o propagación del material introducido en el comercio, siempre que tales procedimientos fuesen necesarios para el uso del material conforme a los fines para los cuales se introdujo en el comercio y que el material derivado de tal uso no se emplee para fines de multiplicación o propagación.

### 5. Del régimen de licencias obligatorias

Amplía ciertos criterios respecto de licencias obligatorias otorgadas para salvaguardar e impedir el abuso de posiciones dominantes en el mercado por parte de titulares de patentes; pues, para determinar la cuantía de la compensación económica se tomará en cuenta la necesidad de corregir las prácticas anticompetitivas, y no será revocada si resulta probable que las circunstancias que dieron lugar a la licencia puedan repetirse.

Respecto de aquellas patentes que versen sobre tecnología de semiconductores, se concederán licencias obligatorias sólo para uso público no comercial o en casos de prácticas monopólicas

### 6. De los actos posteriores a la concesión

Se faculta al titular de una patente pedir la modificación, división, fusión y renuncia a reivindicaciones de patentes o a la patente en su totalidad. Serán aplicables en lo pertinente las disposiciones acerca de la modificación, división y fusión de las solicitudes.

### 7. De la nulidad de la patente

Se reestructura el régimen sobre nulidad de patentes, ya que una patente será nula si de conformidad con lo establecido en la Decisión no constituyese una invención o no cumpliera con los requisitos de patentabilidad; en caso de que se hubiese concedido para una invención considerada como no patentable; cuando no divulgara la invención; cuando no se divulgara la invención de manera suficientemente clara y precisa o cuando no se hubiera hecho el depósito del material biológico, de ser el caso; cuando las reivindicaciones incluidas en la patente no estuviesen enteramente sustentadas por la descripción; cuando la patente concedida contuviese una divulgación más amplia que en la solicitud inicial y ello implicase una ampliación de la protección; cuando, de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen; cuando, de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales, cuando los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen; o, cuando se configuren las causales de nulidad absoluta previstas en la legislación nacional para los actos administrativos.

Se establece que los vicios de los actos administrativos que no llegaren a producir nulidad absoluta, serán relativamente nulos; pudiendo la autoridad nacional competente declarar dicha anulación dentro del plazo de cinco años contados desde su otorgamiento.

La posibilidad de reivindicar una patente obtenida por una persona que carecía de derecho sobre la invención es tratada por la Decisión 486 de manera independiente en el Título XIV. Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad nacional competente podrá anular una patente cuando se hubiese concedido a quien no tenía derecho a obtenerla, cuando la acción de anulación sea iniciada por la persona a quien pertenezca el derecho, hasta cinco años después de otorgada la patente, o hasta dos años después de que el inventor tuvo conocimiento del hecho, lo que ocurra primero.

Para los casos de nulidad, la autoridad nacional competente notificará al titular para que haga valer los argumentos y presente las pruebas que considere convenientes. Si la autoridad competente en el país miembro es la oficina nacional de propiedad industrial, las pruebas y argumentos se presentarán dentro de los dos meses siguientes a la notificación, con una prórroga adicional por el mismo lapso de tiempo.

Vencidos los plazos señalados, la oficina nacional competente, mediante resolución, decidirá sobre la nulidad de la patente.

## 8. De la caducidad de la patente

Establece que el pago de la tasa deberá realizarse por año adelantado, hasta el último día del mes en que fue presentada la solicitud, pudiendo pagarse hasta dos o más tasas por adelantado. Mantiene los seis meses de gracia para realizar dicho pago, pero se impone un recargo por el retraso. El no pago de la mencionada tasa acarrea la caducidad de pleno derecho.

## TÍTULO III

### DE LOS MODELOS DE UTILIDAD

No se introducen mayores cambios en relación con lo prescrito acerca del tema en la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena. En aplicación del artículo 83 de la Decisión 486. En concordancia con el artículo 35 de dicho cuerpo normativo, el cambio de modalidad se lo puede realizar en cualquier momento del trámite y no sólo antes de la publicación como establece la Decisión 344 en su artículo 17, inciso segundo.

Se reduce de dieciocho a doce meses el plazo para que el expediente de una patente sea considerado como público, sin perjuicio de su no publicación.

## TÍTULO IV

### DE LOS ESQUEMAS DE TRAZADO DE CIRCUITOS INTEGRADOS

La Decisión 486 es la primera Decisión del Acuerdo de Cartagena que legisla sobre los esquemas de trazado de circuitos integrados.

Sin embargo, la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 320 de mayo 19 de 1998 y su Reglamento General ya re-

cogen de manera expresa la protección a los esquemas de trazados (topografías) de circuitos semiconductores.

## 1. Definiciones

La Decisión 486, coincidente con la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, define al circuito integrado como *un producto, en su forma final o intermedia, cuyos elementos, de los cuales al menos uno es un elemento activo y alguna o todas las interconexiones, forman parte integrante del cuerpo o de la superficie de una pieza de material, y que esté destinado a realizar una función electrónica.*

Define también al esquema de trazado como *la disposición tridimensional, expresada en cualquier forma, de los elementos, siendo al menos uno de éstos activo, e interconexiones de un circuito integrado, así como esa disposición tridimensional preparada para un circuito integrado destinado a ser fabricado.*

Para que un esquema de trazado goce de protección se requiere que éste sea original, considerándose como original cuando no sea corriente en el sector de la industria de los circuitos integrados o cuando, estando constituido por uno o más elementos corrientes, la combinación de tales elementos sea original.

## 2. De los titulares

El titular de un esquema de trazado de circuito integrado es el diseñador del mismo, quien podrá transferir este derecho por acto entre vivos o por sucesión por causa de muerte. Si el esquema hubiese sido diseñado por dos o más personas, el derecho a la protección les corresponderá en común. Pero si el esquema hubiese sido creado por encargo o en el marco de una relación laboral, el derecho a la protección corresponde a la persona que contrató la obra o al empleador, salvo disposición contractual en contrario.

La Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, sobre este tema, añade que el titular de un esquema de trazado de circuito integrado se halla amparado desde el momento de la creación del mismo, y, en caso de registro posterior, dicha protección se retrotrae a la fecha de su creación.

## 3. Solicitud y trámite de registro

Los requisitos y la información que debe contener la solicitud de registro de un esquema de trazado de circuito integrado, se hallan establecidos en los artículos 89, 90 y 92 de la Decisión 486 y consisten básicamente en una descripción clara y precisa de datos técnicos del esquema de trazado, una representación gráfica del mismo, la información completa del solicitante y del diseñador del esquema de trazado y el comprobante de pago de la tasa correspondiente.

La solicitud deberá presentarse ante la oficina nacional competente, la que examinará si el objeto de la solicitud constituye un esquema de trazado, no examinando de oficio la originalidad del mismo, salvo que se presentaren observaciones. Si al examinar la solicitud se observare alguna omisión o deficiencia, se concederá al solicitante el plazo de tres meses para que efectúe las correcciones del caso.

Si el solicitante no efectuare la corrección en el plazo señalado, la oficina nacional competente, mediante resolución motivada, declarará el abandono de la solicitud y ordenará su archivo.

Realizada la ya mencionada corrección, o si ésta no hubiese sido necesaria, la oficina nacional competente procederá a publicar la solicitud de registro del esquema de trazado de circuito integrado en el órgano de publicidad oficial.

Cualquier persona interesada podrá presentar ante la autoridad competente, dentro del plazo de sesenta días prorrogables contados a partir de la fecha de publicación, una oposición fundamentada, incluyendo informaciones o documentos que sean útiles para determinar la registrabilidad de un esquema de trazado. Serán aplicables a estas oposiciones las disposiciones pertinentes relativas a las solicitudes de patentes.

#### 4. Derechos que confiere el registro

El artículo 97 establece que cuando el esquema de trazado hubiese sido explotado comercialmente en cualquier lugar del mundo, la solicitud de registro deberá presentarse ante la oficina nacional competente de cualquier país miembro dentro de un plazo de dos años contados a partir de la fecha de la primera explotación comercial del esquema.

Por otra parte, si el esquema no se hubiese explotado comercialmente en ningún lugar del mundo, su registro podrá ser solicitado dentro de un plazo de quince años contados desde el último día del año en que se creó el esquema.

En ambos casos, si la solicitud de registro se presentase fuera de los plazos establecidos, el registro será negado.

El derecho exclusivo sobre un esquema de trazado registrado tendrá una validez de diez años contados a partir de la más antigua de las siguientes fechas: el último día del año en que se haya realizado la primera explotación comercial del esquema en cualquier lugar del mundo; o, la fecha en que se haya presentado la solicitud de registro ante la oficina nacional competente del país miembro.

Sin embargo, la protección de un esquema de trazado registrado caducará en todo caso al vencer el plazo de quince años contados desde el último día del año en que se creó el esquema.

El titular tendrá derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción, la explotación,

incorporación, comercialización del esquema de trazado protegido o un circuito integrado que incorpore ese esquema.

Según el artículo 100 de la Decisión 486, el titular del registro del esquema de trazado de circuito integrado no podrá impedir los actos realizados en el ámbito privado y con fines no comerciales, los actos realizados exclusivamente con fines de evaluación, análisis, experimentación, enseñanza o de investigación científica o académica.

#### 5. Transferencia

Los derechos de registro de un esquema de trazado pueden transferirse por acto entre vivos o por sucesión por causa de muerte. La transferencia deberá registrarse ante la oficina nacional competente. La falta de registro ocasionará que la transferencia no surta efectos frente a terceros.

#### 6. Del Régimen de Licencias

El titular de un registro de esquema de trazado podrá celebrar contratos de licencia con uno o más terceros para su explotación. Este contrato deberá constar por escri-

to y deberá registrarse ante la oficina nacional competente. La falta de registro ocasionará que la transferencia no surta efectos frente a terceros.

#### 7. Licencias obligatorias

Por falta de explotación o por razones de orden público, tales como emergencia nacional, salud pública o seguridad nacional, la oficina nacional competente podrá, a petición de una persona interesada o de una autoridad competente, disponer que un esquema de trazado sea usado o explotado industrial o comercialmente por una entidad estatal, por personas de derecho público o privado designadas para el efecto, así como que tal esquema de trazado quede abierto a la concesión de una o más licencias obligatorias.

#### 8. Nulidad de registro

La oficina nacional competente decretará de oficio o a petición de parte, en cualquier momento, la nulidad de un registro de esquema de trazado cuando se haya otorgado en violación de las normas legales descritas anteriormente.

## TÍTULO V

### DE LOS DISEÑOS INDUSTRIALES

1. **Definiciones:** Dentro de la definición de diseño industrial se introduce el concepto de *apariencia particular de un producto*, el cual resulta de cualquier *reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material...*, eliminándose la clasificación de los productos en artesanales o industriales, dejando en forma general, la palabra producto.

2. **Transferencia:** tanto el derecho al registro del diseño industrial como el registro en sí, son transferibles.

3. **Causales de irregistrabilidad:** se excluye aquella prohibición establecida anteriormente en la Decisión 344, en virtud de la cual los diseños industriales referentes a indumentaria no eran registrables.

Cabe señalar además que la Decisión 344 se remitía a aquellas contempladas en los artículos 82 y 83, relacionadas a las causales de irregistrabilidad de las marcas.

En cambio, la Decisión 486 establece únicamente 3 causales relacionadas con la moral y el orden público; aquellas que por consideraciones de orden técnico no incorporen ningún aporte arbitrario del diseñador; y, las relacionadas con las reproducciones necesarias para permitir que el producto que incorpora el diseño sea montado mecánicamente o conectado con otro producto del cual forma parte.

4. **Trámite de registro:** se introduce el pago previo de la correspondiente tasa. Además se enumeran los requisitos amplia, específica y taxativamente.

Se establece la posibilidad de completar la solicitud de registro del diseño industrial previo el examen de la solicitud por parte de la autoridad competente, el cual no tomará más de quince días, estableciendo para el efecto un plazo de treinta días a partir de la notificación, plazo que puede ser prorrogado por igual tiempo y a solicitud de parte; mientras que en la Decisión 344 simplemente no se la admitía a trámite ni se le asignaba fecha de presentación.

5. **Confidencialidad y abandono:** aún cuando la solicitud de registro sea considerada abandonada y pierda su prelación, la autoridad nacional competente está obligada a guardar confidencialidad sobre la misma.
6. **Novedad:** la autoridad nacional competente es eximida de su obligación de realizar el examen de novedad de oficio, según el artículo 124. Así, salvo los casos de oposiciones o que la falta de novedad sea *manifiesta*, término que se presta definitivamente a subjetividades, la autoridad no realiza el examen de novedad de oficio. Se otorga a terceros el derecho de consultar el expediente de la solicitud, aún antes de su publicación y sin el consentimiento del peticionario, cuando éste haya pretendido hacer valer los derechos derivados de dicha solicitud frente a tales terceros.
7. **Vigencia:** se amplía a diez años el plazo de vigencia del registro del diseño industrial, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud en el País Miembro, en concordancia con lo establecido en el ADPIC.
8. **Derechos conferidos:** se ha introducido una excepción al derecho de excluir que terceros, sin el consentimiento del titular, exploten el correspondiente diseño; ya que en el artículo 131 establece que cualquier persona podrá realizar actos de comercio respecto de un producto que incorpore o reproduzca el diseño industrial registrado, cuando éstos hayan sido previamente introducidos en el mercado por terceros autorizados o vinculados económicamente al titular. En concordancia con la materia de patentes, el artículo 133 nos remite al artículo 53, que determina que el titular no podrá ejercer el derecho de impedir a terceras personas que no tengan su consentimiento cuando el diseño industrial sea utilizado en el ámbito privado, sin fines comerciales; para la enseñanza, investigación científica o experimentación, entre otros.

## TÍTULO VI

### DE LAS MARCAS

#### 1. Requisitos para el registro de marcas

Se enumeran de manera ejemplificativa los signos que son susceptibles de registro. Se incorpora la posibilidad de registrar como marca signos olfativos y sonoros, incluidos por primera vez en la normativa andina, manteniéndose el requisito de la susceptibilidad de representación gráfica. Por otro lado, se ha incluido expresamente la posibilidad de registrar un color delimitado por una forma.

Un signo enmarcado dentro de las prohibiciones de registrabilidad relacionadas con la falta de distintividad del signo, con la decriptividad o genericidad del mismo, con las designaciones comunes o con los colores aisladamente considerados, podrá ser registrado como marca si quien solicita el registro lo hubiese estado usando constantemente en el país miembro y, por efecto de tal uso, el signo ha adquirido aptitud distintiva.

Cabe mencionar la protección que se otorga a las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, en virtud de la prohibición por la cual terceros no pueden registrar como marcas aquellos nombres, denominaciones, palabras, servicios, letras, caracteres o signos utilizados para

distinguir productos, servicios de estas comunidades.

Se ha incorporado la facultad de la oficina nacional competente de negar el registro de una marca cuando tenga indicios de que ésta ha sido solicitada para perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal, lo que evidentemente concede al titular del derecho una protección adicional sobre su signo.

#### 2. Procedimiento de registro

En cuanto a la posibilidad de invocar como fecha de solicitud de registro de una marca aquella en la que se la hubiere exhibido en una exposición reconocida oficialmente, se establece que dicha exposición puede haber sido realizada en cualquier país y no sólo *en el país*, como lo expresaba la Decisión 344.

Para los casos en que se invoque prioridad, los documentos referentes a la solicitud en el país de origen deberán ser presentados dentro de los tres meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud.

El plazo para completar los requisitos formales de la solicitud se amplía a sesenta días.

Se establece la posibilidad de solicitar prórroga para interponer oposiciones o contestarlas, siempre que ésta tenga como objetivo obtener las pruebas necesarias para la sustentación de la oposición o su contestación.

Se incluye la potestad de la oficina nacional competente de dejar en suspenso una oposición fundamentada en una solicitud anteriormente presentada, hasta que se decida sobre la registrabilidad de esta última.

Al referirse a la oposición andina, se añade como requisito el acreditar un interés legítimo y real del opositor de ingresar al mercado del país en el que se presenta la observación.

#### 3. Derechos y limitaciones conferidos por la marca

Se amplían los actos que el titular del registro marcario puede impedir a un tercero que realice. Así mismo se incorporan ciertas definiciones, como aquello que debe entenderse como *uso por parte de un tercero y persona económicamente vinculada*.

Se incorpora, además, la presunción que existe riesgo de confusión cuando se utilice una marca idéntica para productos o servicios idénticos, eliminándose así la necesidad de la prueba para quien la alegue.

#### 4. Licencias y transferencias de las marcas

Se establece que éstas podrán ser tanto sobre una marca registrada, como sobre una en trámite de registro. Se otorga a las oficinas nacionales competentes la facultad de denegar el registro de una transferencia en caso que ésta considere que ésta podría acarrear riesgo de confusión en el público consumidor.

Se establece que se podrán otorgar licencias tanto de una marca registrada, como de una en trámite de registro. No obstante, establece que no podrán registrarse las licencias que no se ajusten a las disposiciones comunitarias y nacionales sobre prácticas restrictivas de la libre competencia, aumentando así esta restricción que en la Decisión 344 se limitaba al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.

#### 5. Cancelación del registro

La acción de cancelación por notoriedad contenida en

el Art. 108 de la Decisión 344 ha sido tratada de manera independiente por la Decisión 486, dentro del Título XIII que trata exclusivamente sobre los signos notorios.

En lo que a cancelación por falta de uso se refiere, se aclara que no podrá iniciarse la acción de cancelación antes de transcurridos tres años contados a partir de la fecha de notificación de la resolución que agote el procedimiento de registro, en la vía administrativa. En el supuesto que una marca únicamente se encuentre sin uso para determinados productos o servicios, permite la cancelación parcial del registro.

Se diferencia la cancelación de la renuncia del registro de una marca, dedicando un nuevo capítulo para esta última figura.

Se reconoce a las oficinas nacionales competentes la facultad de decretar de oficio o a petición de parte, la cancelación del registro de una marca cuando ésta se convierta en un término genérico o común respecto de los productos o servicios que identifica, para lo cual, en el Art. 169, se enumeran los hechos que deben concurrir con relación a esa marca.

#### 6. Nulidad del registro

Se da una importante evolución en este tema al diferenciar las nulidades absolutas de las relativas, dándose causales específicas para ambos tipos de nulidad. La acción por nulidad relativa prescribe a los cinco años, estableciéndose la posibilidad de la declaración de nulidad de un registro sólo para determinados productos o servicios.

En concordancia con la materia de patentes, la autoridad nacional competente notificará al titular para que haga valer los argumentos y presente las pruebas que considere convenientes. Si la autoridad competente en el país miembro es la oficina nacional de propiedad industrial, las pruebas y argumentos se presentarán dentro de los dos meses siguientes a la notificación, con una prórroga adicional por el mismo lapso de tiempo.

**7. Renovación del registro:** No sólo el titular de la marca podrá solicitar la renovación de la misma, sino cualquier persona que tuviese legítimo interés, pudiendo el titular reducir o limitar los productos o servicios indicados en el registro original.

### TÍTULO VII DE LOS LEMAS COMERCIALES

No se ha introducido reforma alguna, debiendo aplicarse a este título, en lo pertinente, las disposiciones relativas al Título de Marcas.

### TÍTULO VIII DE LAS MARCAS COLECTIVAS

Se han reducido los requisitos como la presentación de las reglas que el peticionario utiliza para el control de los productos o servicios, debiendo aplicarse a este título, en lo pertinente, las disposiciones relativas al Título de Marcas.

Para efectos de licenciamiento o transferencia ya no se requerirá del consentimiento de la oficina nacional competente, como lo establece la Decisión 344 en su Art. 126.

### TÍTULO IX DE LAS MARCAS DE CERTIFICACIÓN

**1. Definición:** se reconoce la institución de las marcas de certificación, que han sido definidas como el signo que identifica a productos o servicios cuya calidad u otras características han sido certificadas por el titular; se entiende que por haber cumplido con ciertos requerimientos técnicos o comerciales impuestos por el titular.

Se establecen los requisitos formales que deberán acompañar a la solicitud de marca de certificación entre los cuales cabe mencionar: el reglamento de uso de la marca, en el que deberán constar los productos o servicios que podrán ser objeto de certificación; la definición de las características garantizadas por la presencia de la marca de certificación, tales como garantía de calidad; y, el establecimiento del control que realizará el titular de la marca sobre los productos o servicios.

La marca de certificación no podrá utilizarse en productos o servicios producidos, prestados o comercializados por el propio titular de la marca.

### TÍTULO X DEL NOMBRE COMERCIAL

A diferencia de decisiones anteriores, la 486 contempla un amplio capítulo sobre nombres comerciales, restringiendo los campos que, sobre este tema, trataban las legislaciones nacionales de los países miembros. Así mismo, a diferencia de la Decisión 344, sólo se remite a la materia marcaria en lo que se refiere a los derechos conferidos por su titularidad, esto es los artículos 155, 156, 157 y 158; añadiéndose que el titular de un nombre comercial podrá impedir a cualquier tercero usar en el comercio un signo distintivo idéntico o similar, cuando ello pudiere causar confusión o un riesgo de asociación, y en el caso de nombres comerciales notorios cuando pudiera causarle un daño económico o comercial, o implicara un aprovechamiento injusto del prestigio del nombre o de la empresa titular.

- 1. Definiciones:** Define al nombre comercial como *cualquier signo que identifique una actividad económica, a una empresa o a un establecimiento mercantil*, sobre el que nacen derechos en virtud de su primer uso, terminando dicho derecho con el cese del uso o de las actividades de la empresa o del establecimiento. Se aclara que, a pesar de su independencia, existe la posibilidad de que constituya un nombre comercial la denominación social, razón social u otra designación inscrita en un registro de personas o sociedades mercantiles.
- 2. Causales de irregistrabilidad:** se contemplan aquellas causales relacionadas con la moral y el orden público, con el riesgo de confusión y con la existencia de registros anteriores.
- 3. Duración y renovación del registro:** se aclara que este registro es meramente declarativo y con una duración de diez años renovables por períodos iguales; renovación que deberá efectuarse dentro de los seis meses anteriores a la fecha de su expiración, contando con un plazo de gracia de seis meses adicionales.
- 4. Licencias:** el nombre comercial podrá ser objeto de li-



cencia cuando lo prevean las normas nacionales, licencia que podrá ser registrada ante la oficina nacional competente.

## TÍTULO XI

### DE LOS RÓTULOS O ENSEÑAS

Se establece que la protección y depósito de los rótulos o enseñas se regirá por las disposiciones relativas al nombre comercial, conforme a las normas nacionales de cada país miembro.

## TÍTULO XII

### DE LAS INDICACIONES GEOGRÁFICAS

Al incluirse en esta Sección la denominación *Indicaciones Geográficas* y el concepto de las indicaciones de procedencia, se estudia la figura completa.

#### 1. De las denominaciones de origen

En cuanto a la definición, su texto no ha variado substancialmente de aquel contenido en la Decisión 344.

**En cuanto a aquellas denominaciones que no pueden ser declaradas como denominación de origen, se incluye la prohibición relativa a aquellas denominaciones que puedan inducir a error al público sobre la procedencia geográfica, la naturaleza, el modo de fabricación, o la calidad, reputación u otras características de los respectivos productos lo que se hace es dividir el literal b del artículo 132 de la decisión 344, pero no es nada nuevo**

Requisitos de la solicitud: la Decisión 486 es más específica que la 344, ya que expresa en cinco literales los requisitos únicos a cumplirse, incluyendo como literal e) "una reseña de las calidades, reputación u otras características esenciales de los productos designados por la denominación de origen".

Modificación de la declaración: se incluye la posibilidad de modificar la declaración de protección de la denominación de origen, en cualquier tiempo, cuando cambie cualquiera de los elementos referidos en el Art. 204. Dicha modificación se ajustará a lo previsto para la declaración de protección.

Autorización de uso: establece que ésta podrá ser otorgada por la oficina nacional competente o por las personas públicas o privadas que representen a los beneficiarios de las denominaciones de origen. En el caso de Ecuador, esta autorización de uso, según la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento sólo podrá ser otorgada por la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial.

Sólo los productores, fabricantes o artesanos autorizados a usar una denominación de origen registrada podrán utilizar junto a ella la expresión **denominación de origen**. Cabe mencionar que el esta disposición han omitido recoger el término *extractores*, toda vez que la denominación de origen también puede ser aplicada a productos de extracción.

Se establece asimismo que serán aplicables los Arts. 155, 156, 157 y 158 en lo que fuere pertinente, y éstos se refieren fundamentalmente a los derechos conferidos al titular de una marca.

Las entidades públicas o privadas que representen a los beneficiarios deberán disponer de los mecanismos

adecuados que permitan un control efectivo del uso de las denominaciones de origen protegidas. El uso de las denominaciones de origen por personas no autorizadas que cree confusión, será considerado como una infracción al derecho de propiedad industrial, objeto de sanción, incluyendo los casos en que vengan acompañadas de indicaciones tales como género, tipo, imitación y otras similares que creen confusión al consumidor. Cabe mencionar en este punto que, mediante esta norma, se está prohibiendo de manera expresa el uso de términos deslocalizadores. **Se quita competencia desleal y se cambia a infracción propiedad intelectual.**

La Decisión 486 recoge una norma expresa para las bebidas espirituosas, y en este caso, también prohíbe la utilización de términos deslocalizadores.

**Cancelación de la autorización de uso:** permite cancelar la autorización de uso cuando se demuestre que está siendo utilizada en el comercio de una manera no correspondiente a lo indicado en la declaración de protección respectiva.

Permite también a los países miembros reconocer denominaciones de origen de otro país miembro, cuando previamente se haya declarado la protección en el país de origen.

#### 2. De las indicaciones de procedencia

En el Art. 221 se define a la indicación de procedencia como el *nombre, expresión, imagen o signo que designe o evoque un país, región, localidad o lugar determinado*, prohibiéndose su utilización cuando pudiere resultar falsa o engañosa con respecto a su origen o cuando su uso pudiera inducir confusión en el público respecto de su origen, procedencia, calidad o cualquier otra característica del producto o servicio.

## TÍTULO XIII

### DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS NOTORIAMENTE CONOCIDOS

A primera vista nos damos cuenta de la evolución que ha sufrido la protección a los signos notoriamente conocidos, desde la Decisión 313, que no los contemplaba, pasando por la Decisión 344, que los protege y reconoce dentro de sus disposiciones, hasta llegar, por último, a la Decisión 486, que establece un título independiente para tratarlos.

**1. Definiciones:** Se amplía de forma significativa tanto las reglas de protección a los signos distintivos notoriamente conocidos, como los aspectos a ser considerados para determinar la notoriedad de un signo e incluyendo ciertas definiciones.

Define como signo distintivo notoriamente conocido a aquel *que fuese reconocido como tal en cualquier País Miembro por el sector pertinente...*, considerándose como *sectores pertinentes de referencia*, entre otros: a los consumidores reales o potenciales del tipo de productos o servicios, personas que participan en los canales de distribución o comercialización y los círculos empresariales que actúan en giros relativos al tipo de establecimiento, actividad, producto o servicio. Bastando que el signo sea conocido dentro de cualquiera de los sectores referidos para que su notoriedad sea reconocida.

**2. Uso no autorizado:** es la utilización del signo en forma total o de una parte esencial, su reproducción, imitación, traducción o transliteración, aún respecto de establecimientos, actividades, productos o servicios diferentes a los que se aplica el signo notorio, o para fines no comerciales, si tal uso pudiese causar riesgo de confusión o asociación, daño económico o comercial por la dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario, aprovechamiento injusto del prestigio o del renombre del signo.

La acción contra un uso no autorizado prescribe en cinco años contados desde la fecha en la que el titular del signo tuvo conocimiento de tal uso, salvo que éste se hubiese iniciado de mala fe, en cuyo caso no prescribirá la acción. El uso podrá verificarse a través de cualquier medio de comunicación, incluyendo los electrónicos.

Se establece que la notoriedad de un signo no depende de su registro o solicitud en el País Miembro o el extranjero, así como tampoco de su uso en el País Miembro o su falta de notoriedad en el extranjero.

Mediante el Art. 233 se incluyen nuevas figuras, tales como el uso no autorizado de un signo notorio como parte de un nombre de dominio o una dirección de correo electrónico, pudiendo el titular o legítimo poseedor del signo solicitar a la autoridad nacional competente la cancelación o modificación de la inscripción del nombre de dominio o dirección de correo electrónico.

**3. Acción de cancelación por notoriedad:** el Art. 235 dice: *... en caso que las normas nacionales así lo dispongan, la oficina nacional competente cancelará el registro de una marca a petición del titular legítimo...* se entendería entonces que la posibilidad de iniciar una acción de cancelación por notoriedad dependerá de que la legislación interna contemple esta posibilidad; y no por el hecho que esta acción se encuentre consagrada en una Decisión comunitaria, como era el caso de la Decisión 344. En lo que respecta a la legislación ecuatoriana, la Acción de Cancelación por Notoriedad se encuentra contemplada en el Art. 222 de la Ley de Propiedad Intelectual.

**4. Criterios para determinar la notoriedad:** estos criterios son ampliados y aclarados por el Art. 228 de la Decisión 486, estableciendo, entre otros: la duración, amplitud y extensión geográfica de su utilización o de su promoción, dentro o fuera de cualquier País Miembro, incluyendo la publicidad y la presentación en ferias, exposiciones u otros eventos; el valor de toda inversión efectuada para promoverlo; las cifras de ventas y de ingresos de la empresa titular, en lo que respecta al signo; tanto en el plano internacional como en el País Miembro; el grado de distintividad inherente o adquirida, del signo: su valor contable; el volumen de pedidos de personas interesadas en obtener una franquicia o licencia del signo; la existencia de actividades significativas de fabricación, compras o almacenamiento, por el titular del signo del País Miembro; los aspectos del comercio internacional; la existencia y antigüedad de cualquier registro o solicitud de registro del signo, en el País Miembro o en el extranjero.

## TÍTULO XIV

### DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

Trata conjuntamente sobre la acción de reivindicación respecto de patentes, diseños industriales y marcas.

**1. Objeto de la acción:** se establece que la persona afectada, al reivindicar su derecho, podrá pedir que le sea transferida la solicitud en trámite o el derecho concedido, o que se le reconozca como solicitante o co-titular del derecho. Y, si la legislación interna del País Miembro lo permite, en la misma acción de reivindicación podrá demandarse la indemnización de daños y perjuicios.

**2. Prescripción de la acción:** prescribe a los cuatro años contados desde la fecha de concesión o a los dos años contados desde que el objeto de protección hubiera comenzado a explotarse o usarse en el país por quien tuvo el derecho (se debe entender que la explotación por vía de licencia constituye un uso por parte del titular), aplicándose el plazo que expire primero. La acción no prescribirá si quien obtuvo el derecho lo hubiese solicitado de mala fe.

## TÍTULO XV

### DE LAS ACCIONES POR INFRACCIÓN DE DERECHOS

#### 1. De los derechos del titular

La infracción de cualquiera de los derechos de propiedad industrial, debidamente reconocidos por la Decisión 486, faculta a su titular a iniciar la correspondiente acción ante la autoridad nacional competente, la cual en caso de así encontrarse permitido bajo su legislación, podrá actuar de oficio y entablar las respectivas acciones en contra del infractor.

Para el caso de derechos de propiedad industrial cuyos titulares sean dos o más (co-titularidad), cualquiera de ellos, sin previo consentimiento de los demás, podrá dar inicio a la acción para frenar la infracción.

Quien posea derechos sobre una patente de invención podrá iniciar la acción judicial referente a daños y perjuicios ocasionados por el uso sin autorización del invento o modelo de utilidad, uso que debe estar comprendido entre la fecha en que la invención adquiera carácter público y pueda ser consultada la solicitud respectiva y la fecha de concesión de la patente. El monto de la indemnización se calculará en base de la explotación realizada.

La carga de la prueba corresponde al demandado, quien deberá demostrar que el procedimiento utilizado es diferente al de la patente solicitada o registrada con anterioridad.

Como presunción de hecho se contempla que todo producto idéntico producido sin el consentimiento del titular de la patente, se lo ha obtenido mediante el procedimiento del titular, si el producto obtenido es nuevo o si existe el riesgo de que el titular de la patente no pueda establecer mediante esfuerzo razonable cuál fue el procedimiento utilizado.

El reglamento a la Decisión 344 de la Comunidad del Acuerdo de Cartagena, en su artículo 66 preveía la posibilidad de demandar ante la justicia ordinaria, como titular de un derecho de propiedad industrial, la cesación de los actos violatorios, el reconocimiento del derecho, la in-

demnización de los daños y perjuicios, así como la interposición de medidas cautelares, de conformidad con el Código de Procedimiento Civil.

Por su parte la Decisión 486 incorpora como medidas que puede solicitar el titular, a más de la cesación de los actos y la indemnización de daños y perjuicios, el retiro del comercio de los productos; la prohibición de importar o exportar los productos infractores; la adjudicación en propiedad de los productos; la destrucción de los productos, el cierre temporal o definitivo del establecimiento de comercio y la publicación de la sentencia condenatoria a las partes interesadas, con cargo al infractor.

## 2. Intervención de terceros

Se permite a la autoridad competente ordenar al infractor revelar al titular del derecho quebrantado, sobre la identidad de terceros que intervinieron en la producción y distribución de los productos o servicios infractores, así como los lugares de distribución.

## 3. Criterio en base al cual se fija la indemnización de daños y perjuicios

Esta indemnización se calculará en base a los siguientes criterios: el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho; el monto de los beneficios obtenidos por el infractor; y, finalmente, el precio que el infractor habría pagado por concepto de licencia contractual, en caso de haberla celebrado.

Puede suceder que concurran los tres enunciados conjuntamente sin embargo, en caso de no serlo, cualquiera de ellos consiste en una base de apreciación a partir de la cual el juez puede determinar el monto de la indemnización, a través de un criterio debidamente reconocido por la ley, y no por simples apreciaciones.

## 4. Prescripción de la acción por infracción

El titular de un derecho de propiedad intelectual contará con dos años a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de la infracción, o dentro de cinco años desde que la infracción se cometió, para iniciar la respectiva acción por violación de su derecho.

## 5. De las medidas cautelares

Si bien el Reglamento de la Decisión 344 permitía al titular o licenciataria de un derecho de propiedad industrial solicitar al juez competente la interposición de medidas preventivas, la Decisión 486 incorpora las medidas cautelares como un capítulo independiente, con criterios claros, determinación de las alternativas con las que cuenta el actor, los requisitos que debe cumplir, tal como se desprende del siguiente análisis.

## 6. Objeto de la medida cautelar

Establece como finalidad de toda medida cautelar, evitar la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Una medida cautelar puede ser interpuesta, ya sea antes de iniciar la acción, conjuntamente con la acción, o posteriormente a la iniciación de la acción.

## 7. Clases de medidas cautelares

Se contemplan como posibles medidas cautelares: el cese inmediato de los actos que constituyan infracción; medida que ya se encontraba contemplada en la Decisión

344; el retiro de las mercancías de los medios comerciales, dentro de los cuales se incluyen envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad, materiales y medios que sirvieron para cometer la infracción; la suspensión de la importación o exportación de los productos, materiales o medios para la infracción; la constitución por parte del infractor de garantía suficiente; y, el cierre temporal del establecimiento del demandado, con la finalidad de continuar con la repetición de la presunta infracción.

## 8. Requisitos para solicitar la medida cautelar

El solicitante de la misma deberá acreditar su calidad de titular, comprobar la existencia de la violación a su derecho y presentar las correspondientes pruebas, que permitan presumir la comisión de la infracción.

## 9. Contracautela

Como medio de asegurar posibles daños y perjuicios al demandado se establece que la autoridad competente del país podrá solicitar al actor, rendir suficiente caución o garantía. El monto que se deberá fijar no se encuentra determinado, y todo hace suponer que va a depender de las circunstancias.

## 10. Caducidad de la medida cautelar

Queda sin efecto una medida cautelar en caso que el actor, dentro de los diez días siguientes a la ejecución de la misma, no hubiere iniciado la respectiva acción principal, en la cual se reclama la infracción.

## 11. De las medidas en frontera

Al igual que en el ADPIC, se contempla la suspensión del despacho por parte de las autoridades aduaneras de las mercancías infractoras, para evitar la importación o exportación de productos que infrinjan un derecho de propiedad industrial.

Para que la autoridad competente pueda dar curso a la suspensión de la importación o exportación, deberá contar con una descripción clara y detallada de los productos objeto de la presunta infracción, de tal forma que sean fácilmente reconocibles.

## 12. Levantamiento de la medida

las mercancías retenidas serán despachadas, si transcurridos diez días hábiles, el actor no hubiere iniciado la acción por infracción.

## 13. Excepción

No se tomarán en cuenta como productos infractores las mercancías que formen parte del equipaje personal de viajeros o productos enviados en pequeñas cantidades.

## 14. De las medidas penales

Para el caso de falsificación de marcas, se deja a criterio de cada país miembro la interposición de la pena correspondiente por dicho acto.

## TÍTULO XVI

### COMPETENCIA DESLEAL VINCULADA

#### A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

## 1. De los actos de la competencia desleal

Se considera desleal todo acto vinculado a la Propiedad Industrial, que sea contrario a los usos y prácticas honestos, determinándose que constituirán competencia

desleal: cualquier acto que sea capaz de crear confusión, por cualquier medio, sea éste respecto del establecimiento, productos y las actividades industriales o comerciales de un competidor; las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio, que sean capaces de desacreditar a un establecimiento comercial, sus productos o en si, la actividad comercial o industrial de un competidor; y, las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo pudiera inducir al público a error sobre la naturaleza, fabricación, características o la aptitud en el empleo de los productos.

## 2. De los secretos empresariales

Antes denominados secretos industriales, están definidos como cualquier información no divulgada, y que pueda ser usada en la actividad productiva.

Serán actos de competencia desleal, respecto al secreto empresarial: el explotarlo sin autorización del legítimo titular; comunicarlo o divulgarlo sin autorización de su legítimo poseedor; adquirirlo por medios ilícitos; explotar o divulgar el secreto adquirido ilícitamente; y, explotarlo o divulgarlo cuando éste haya sido adquirido de una persona que a su vez lo adquirió ilícitamente.

## 3. De las acciones por competencia desleal

Quien posea legítimo interés, podrá acudir ante autoridad competente para que se pronuncie sobre la licitud de algún acto o práctica comercial conforme a lo antes mencionado; dicha acción prescribe en dos años desde la última vez que se cometió el acto desleal.

## DISPOSICIONES FINALES

Los Países miembros implementarán un sistema informático andino sobre derechos de propiedad industrial; para tal efecto a más tardar hasta diciembre 31 del 2002 interconectarán sus bases de datos.

La presente Decisión entrará en vigencia a partir de diciembre 1 del 2000.

## DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Los asuntos sobre propiedad industrial no regulados en la presente decisión serán regulados por las normas internas de cada país miembro.

### Disposiciones transitorias

Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación comunitaria anterior a la presente Decisión, se regirá por las disposiciones aplicables en la fecha de su otorgamiento salvo en lo que se refiere a los plazos de vigencia, en cuyo caso los derechos de propiedad industrial preexistentes se adecuarán a lo previsto en esta Decisión.

# Importancia de la Regulación de la Propiedad Intelectual por el Derecho Comunitario Andino

Luis Enrique Farfás Mata

*El Derecho Comunitario ha sido fiel a la tendencia legislativa interna de los países miembros.*

Comienzo por dejar sentado que en los países constitutivos del Pacto Andino (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), el régimen de la propiedad intelectual ha sido confiado en general al Derecho Público, y especialmente al Administrativo, y que semejante característica la hereda y la ostenta también el Derecho Comunitario Andino por oposición al Derecho europeo, entendido este último como el Derecho de las Comunidades Europeas, mejor, de la Unión Europea, surgida de las que fueron inicialmente las Comunidades del Carbón y del Acero (CECA), la Económica Europea (CEE) y de la correspondiente a la energía atómica (EURATOM).

Lo que vamos a tratar de demostrar es cómo el hecho de que la competencia en materia de propiedad intelectual correspondiente a nuestros cinco países, al haber sido atribuida a la Comunidad Andina le confirió a esa materia una trascendencia de la que hasta entonces había carecido y, a su vez, produjo un impacto en el propio ordenamiento jurídico de los Países Miembros, impacto al que no es extraña la jurisprudencia producida por el órgano judicial de la hoy Comunidad Andina, y materia que cubre más del setenta por ciento de la labor cumplida por el Tribunal a través de sentencias relativas a la propiedad intelectual en general y al Derecho marcario en particular. Lo precedente, dicho de entrada y de una vez, sin dejar de reconocer que las cosas no surgen tan fácilmente, sino que han sido el resultado de una lenta evolución que también es necesario, previamente, destacar.

En efecto, cuando en 1969 se constituye el Pacto Andino es porque los países que entonces lo conformaron (Bolivia, Chile, Colombia, Perú y Ecuador) resolvieron unir esfuerzos, pero sin separarse de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC, hoy ALADI, de la que todos formaban parte), esfuerzos destinados a crear un mercado común que, por tanto, fuera más allá de la zona de libre comercio, objetivo de la ALALC, y

con el cual se comprometieron (más tarde también Venezuela) en la ambiciosa tarea de conformar un arancel externo común acompañado de las cuatro libertades fundamentales (libre circulación de mercancías, de servicios, de capitales y de personas), clásicas de un mercado común cuyo paradigma está constituido por la hoy Unión Europea.

Sin embargo ese ambicioso pero estimable propósito, emparentado con los sueños del Libertador Simón Bolívar, pretendieron alcanzarlo en principio contando sólo con un sistema jurisdiccional embrionario, típico del Derecho Internacional Público, concretado por el artículo 23 del Acuerdo de Cartagena en los términos de confiar a la Comisión -órgano político del Acuerdo frente a la entonces Junta, órgano técnico- la solución de las controversias que pudieren suscitarse dentro de ese proceso de integración, valiéndose precariamente de la negociación, los buenos oficios, la mediación y la conciliación.

Más tarde que pronto, el transcurso de diez años demostró, a mi entender, que un órgano como la Comisión, integrado por cinco ministros, normalmente los de Comercio, órgano político en fin de cuentas, resultaba inadecuado para el ejercicio adicional de facultades jurisdiccionales; y también, y al mismo tiempo, que las normas constitutivas del Pacto Andino que iban a ser aplicadas por la Comisión, debían ser revestidas de mayor vigor y tecnicismo para alcanzar el ya señalado propósito que los países se habían impuesto; e igualmente, que nuevas vías de solución de controversias debían adoptarse, creadas ad-hoc a los fines de culminar con un proceso de integración que debía desembocar en un mercado común.

Todo lo anteriormente expresado explica que el llamado Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se convirtiera en una manera de complementar el originario Acuerdo de Cartagena no sólo con la creación de ese nuevo órgano judicial -al lado de la Comisión y de la Junta (hoy Secretaría General), e incluso del entonces recién creado Parlamento Andino- al que se le

confía el ejercicio monopólico de la justicia comunitaria, y se lo acompaña con la explicación en el articulado del Tratado de las características que revisten las normas comunitarias (*primacía, aplicabilidad directa y efecto directo*). Se reconoce de esta manera que es de la esencia de las especies jurídicas comunitarias andinas (*Decisiones de la Comisión y Resoluciones de la Junta*) el gozar de esas extraordinarias notas que vamos a examinar con detenimiento. Finalmente, el nuevo y complementario Tratado del Tribunal crea así mismo las vías procesales adecuadas para controlar la legalidad de las ya identificadas especies jurídicas comunitarias, concebidas como Derecho derivado por oposición a las normas de carácter fundamentario, como los Tratados y sus equivalentes (Derecho primario), que aquellas primeras se limitan a ejecutar.

En efecto, guardando el mismo orden, emprenderemos el análisis anunciado, no sin antes prevenir que esa actividad monopólica confiada al Tribunal se encuentra referida al ejercicio de la jurisdicción judicial, sin que ello excluya el procedimiento previo de una también actividad jurisdiccional -en el mismo sentido de aplicación de la normativa comunitaria al caso concreto, pero con efectos de cosa juzgada administrativa, y no judicial como la reservada y propia de un Tribunal- que se la pone a cargo de los otros órganos de lo que después vino a llamarse Sistema Andino de Integración, especialmente de la hoy Secretaría General de la Comunidad Andina, heredera de la antigua Junta del Acuerdo de Cartagena.

De esta manera:

Primero: El Tratado regula la parte administrativa y funcional del Órgano de Justicia Comunitario que crea, así como el status de los magistrados que lo integran; pero también,

Segundo: La especificidad de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, a saber, sus características de:

1. Aplicabilidad directa conforme a la cual esas normas comunitarias, ingresan al ordenamiento jurídico de los Países Miembros sin que, por regla, tengan necesidad de pasar por instancias intermedias: ni legislativas, ni ejecutivas, ni de ningún otro orden, tal como lo postula el Derecho Internacional moderno;

2. Primacía, con arreglo a la cual esas mismas especies jurídicas comunitarias pasan a formar parte del ordenamiento jurídico nacional de los países creadores del Pacto Andino, sin integrarse (paradojas de la integración) a ese ordenamiento, sino primando sobre él y limitándose a desplazar aquellas de sus normas que osaren oponerse, ocupando el sitio de éstas con carácter prelatorio. De ahí que la doctrina (PESCATORE, en particular), haya reafirmado la "exigencia existencial de primacía que acompaña a la normatividad comunitaria" la que -es bueno aclararlo- no es que sea extraña al Derecho Internacional, pero sí básica y fundamental en el Derecho Comunitario; finalmente,

3. Efecto directo, principio tampoco desconocido en el Derecho Internacional, aunque en éste constituye una excepción y la que, en cambio se convierte en regla en el Derecho Comunitario, pues en aquel ordenamiento jurídico los Estados celebran normalmente Tratados entre ellos y para ellos y no específicamente para los particulares, súbditos de los mismos e, insisto, regla en este último.

En efecto y como decíamos, en el Derecho Comunitario la excepción se convierte en regla y por ello los Estados soberanos concluyen sus compromisos internacionales con miras a satisfacer los intereses de las personas particulares que conforman esos pueblos, atribuyéndoles obligaciones y concediéndoles derechos que pueden, respectivamente, serle exigidos y aquéllas hacer valer esos derechos ante el Poder Judicial comunitario, obligando a los propios Estados a reconocérselos, una vez que les hayan sido declarados por el Tribunal.

Es gracias a estas características como puede concebirse el Derecho Comunitario; única manera de que, protegidos por él, nuestros pueblos avancen hacia un ideal de desarrollo que no poco descansa en el hecho de que los particulares, a través de los derechos que directamente les son concedidos por la norma, hagan avanzar el proceso de integración.

Hecho especialmente relevante en el Derecho Comunitario andino, porque éste ha encontrado con la creación de su órgano judicial la manera de acercar las normas jurídicas de la integración -dotadas de esas especiales características- a nuestros pueblos que hasta entonces habían permanecido indiferentes a ellas; y, relevante también, porque a esos mismos fines, se ha permitido a las personas particulares el acceso incluso a una acción que les está vedada en el Derecho europeo: la de incumplimiento, tal como se encuentra regulado en nuestro Tratado.

Tercero: Queda también complementado el Acuerdo de Cartagena por el Tratado creador del Tribunal al instaurar éste una gama de recursos, acciones y procedimientos destinados a hacer valer -dirigidos como se encuentran a perseguir un interés comunitario- los derechos que correspondan a los Estados, a los órganos comunitarios e incluso a las personas naturales y jurídicas, comprometidas ahora con el proceso.

Inicialmente fueron tres las vías de acceso al Tribunal y finalmente seis. Las primeras: el recurso de anulación, la acción de incumplimiento, la interpretación prejudicial; y, las posteriores y adicionales: el recurso por omisión, la atinente a una jurisdicción laboral y la posibilidad de acudir al arbitraje.

Vistos estos antecedentes, se entiende la importancia que la propiedad intelectual adquiere cuando su regulación se la traslada de los ordenamientos internos al Andino, unificándolas en super-leyes comunitarias como son en efecto las Decisiones, dotadas de todas esas características, así como de recursos y acciones -en suma, de medios procesales- para defender aquella.

Reflexionemos por un momento y recapitemos sobre hechos reales y concretos: esta nueva regulación comunitaria se vuelve común para los cinco países andinos; pasa a formar parte, directamente, de los ordenamientos jurídicos de éstos pero conservando su natural y coexistencial primacía sobre ellos; y finalmente hace nacer también directamente derechos y obligaciones para las personas particulares sin que a ello puedan oponerse normas internas.

Piénsese ahora que ningún ordenamiento interno podría contrariar, por ejemplo, las características de novedad, nivel inventivo y capacidad de producción industrial, que caracteriza a las patentes; ni las de perceptibilidad, distintividad y posibilidad de representación gráfica que definen a las marcas; ésto, para enunciar sólo lo más primario y ele-

mental de la nueva regulación comunitaria.

Piénsese también que a través de todos esos recursos descritos, ya sean los Estados, las instituciones comunitarias, los súbditos -personas naturales o jurídicas- de los Países Miembros, disponen ahora, por obra y gracia de la transferencia de la regulación de la propiedad industrial e incluso del derecho de autor, en una palabra, de la propiedad intelectual en todas sus facetas, de la posibilidad de fortalecer ésta, defendiéndola judicialmente.

Piénsese igualmente que toda esa materia es trasladada a un Tribunal también supranacional que decide acerca de ella contando incluso con la colaboración de las instancias judiciales nacionales, ahora convertidas en instancias comunitarias cuando les toca juzgar en materia de propiedad intelectual.

De esa manera los propios ordenamientos nacionales se han visto enriquecidos con normas comunitarias que unifican la regulación interna, sin que puedan instancias nacionales, cualquiera que ellas fueren, desobedecerlas.

Por tanto, y aparte de las prescripciones específicas de las Decisiones comunitarias sobre propiedad intelectual que conceden a los particulares recursos ad hoc para defenderla, pueden éstos también, utilizar adicionalmente con el mismo propósito las vías generales de acceso al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, previstas en el Tratado. Disponen en efecto de:

La acción de nulidad -o más técnicamente hablando, recurso de anulación- que, tal como en el Derecho interno, les permite denunciar y obtener la anulación de preceptos comunitarios que se desajusten de la norma superior por ellos ejecutada, normalmente los tratados fundacionales para el caso de las Decisiones y, excepcionalmente, de las propias Resoluciones; y, en el caso de éstas, la violación en que ellas incurrieren, normalmente, de las Decisiones y -aunque, como se ha dicho, por excepción- hasta de los Tratados constitutivos de la Comunidad Andina, equiparables en ese sentido a las Constituciones de los Países Miembros;

La acción de incumplimiento que permite ejercer un control a través del Tribunal Andino, de la observancia por los Estados Miembros de las obligaciones que les impone el Acuerdo de Cartagena, y cuyo ejercicio se confía a los Estados Miembros, a la Secretaría General e incluso a las personas naturales y jurídicas, en condiciones semejantes a aquellas en las cuales se les concede acceso al recurso de anulación. Además, se abren también a los particulares las puertas de los ordenamientos jurídicos nacionales -directamente o previo paso por el Tribunal Andino- para obtener la indemnización que les corresponda. Ese acceso directo de los particulares al Tribunal Andino a través de la acción de incumplimiento constituye una innovación del Derecho Andino, en cuanto no les había sido reconocido ni siquiera por el más avanzado proceso de integración que conocemos, obviamente el europeo.

También se les permite a los mismos recurrentes -Estados Miembros, órganos de la Comunidad Andina, personas particulares, acudir al control por el Tribunal de la inactividad de los órganos comunitarios -les estoy hablando del recurso por omisión- y, aparte de la jurisdicción laboral y arbitral, surge otra vía de acceso al Tribunal, específica del Derecho comunitario, quizá la más importante y socorrida; a saber:

La interpretación prejudicial, reservada a los jueces nacionales para que en una especie de diálogo -que los convierte a ellos mismos en jueces comunitarios- con el Tribunal Andino, desentrañen, por imperio de éste, el sentido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, lográndose así la uniformidad en la aplicación de tal ordenamiento a través de esa figura procedimental, y gracias a la obligatoriedad para los jueces nacionales de acatar las sentencias que en materia interpretatoria emita el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En suma, por el solo hecho de la elevación del régimen jurídico de la propiedad intelectual al Derecho comunitario, se pone a disposición de ésta, insisto, una gama de recursos que han contribuido a conferirle el relieve que ahora ha alcanzado.

Todo lo anteriormente expuesto parece ahora natural y hasta previsible. En cambio lo insospechado ha sido que la jurisprudencia producida por un tribunal supranacional como el Andino, haya contribuido a depurar conceptos a menudo mal tratados por las jurisdicciones administrativas y judiciales internas. En efecto:

Vistas las limitaciones de tiempo, escojamos siquiera un ejemplo bien significativo; los conceptos de anulación y de cancelación. La doctrina clásica del Derecho administrativo los había diferenciado con arreglo a un criterio orgánico a saber: la cancelación de -sin ir más lejos- por ejemplo de una marca, se produce cuando el acto que la hace cesar en sus efectos proviene de la administración, en tanto que la anulación tiene como fuente exclusivamente la actividad jurisdiccional del juez y no de la Administración.

En cambio la jurisprudencia andina ha tenido que encaminarse, forzada por las Decisiones respectivas, todas de origen comunitario, a adoptar un criterio más actualizado, material antes que orgánico, el cual reposa en el fondo sobre el concepto previo, ya explicado, de que tanto la administración como el juez realizan actividad jurisdiccional con efectos de cosa juzgada, cuando aplican la norma comunitaria al caso concreto.

Como consecuencia de lo que acabo de exponer se entiende que hay cancelación cuando el acto que extingue otro -ambos conectados con la propiedad intelectual-, encuentra su fundamento en razones de oportunidad o de conveniencia. Es así como la actividad cancelatoria no puede provenir sino exclusivamente de la Administración por ser ésta la única depositaria y guardiana de la facultad de juzgar -por razones de interés general o colectivo- acerca de esos parámetros de oportunidad o de conveniencia en la revocatoria del acto administrativo. En ese sentido es la materia (oportunidad o conveniencia) la que define cuál es el órgano encargado de la cancelación.

Por el contrario, si la extinción del acto administrativo concesorio de un registro o de una patente se produce por razones de ilegalidad -criterio material igualmente- el acto anulatorio puede emanar tanto de la Administración como del Juez, en ejercicio ambos de actividad jurisdiccional, entendida ésta en el amplio pero exacto sentido ya examinado supra de aplicación de la norma jurídica al caso concreto con efectos de cosa juzgada administrativa o judicial, respectivamente.

Puesto que hemos de concluir, expongamos, por vía de conclusiones, las siguientes:

PRIMERA: Característica distintiva del Derecho Comunitario Andino que regula la propiedad intelectual, es la de que tal regulación se produce conforme a criterios de Derecho público, más que privado;

En ese sentido nuestro Derecho comunitario ha sido fiel a la misma tendencia que se observa en los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros, bien distintos aquellos de las normas reguladoras de los diferentes Estados que conforman la Unión Europea.

SEGUNDA: La atribución casi total de la competencia en materia de propiedad intelectual a órganos supranacionales andinos (la Comisión, fundamentalmente) ha traído como consecuencia que la legislación que se produzca en esa materia objeto de transferencia, goce de las características de aplicabilidad directa, supremacía y efecto directo que acompañan al Derecho comunitario, y de las que ahora disfruta la propiedad intelectual.

TERCERA: La consecuente aplicación de la normativa comunitaria andina a los casos concretos que, a través de las diferentes vías procedimentales de acceso al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina le corresponde juzgar a éste, ha producido una jurisprudencia coherente -que más tarde han de juzgar ustedes cuando la expongan y comenten los conferenciantes que durante esta tarde y la mañana, siguen en uso de la palabra- ha venido produciendo una depuración de conceptos a los cuales se han ido adaptando, a su vez, los jueces nacionales, obligados como se encuentran a acatar los fallos del Tribunal Andino, interpretatorios de las normas sobre propiedad intelectual que hacen parte del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

Conclusión ésta, final, que, como la anunciara al comienzo de la presente disertación, pone nombre a la misma: Importancia de la regulación de la propiedad intelectual por el Derecho Comunitario Andino.

MODERNIZACIÓN, MODERNIDAD Y MODERNISMO

1. Derecho y tiempo

El presente trabajo pretende explorar las relaciones entre Derecho y tiempo y, más particularmente, la influencia del tiempo sobre el Derecho.

En realidad, Derecho y tiempo no se relacionan entre sí de manera alguna manera de subordinar a la otra, de someterla a su lógica propia, ni la forma de las relaciones entre Derecho y tiempo, sino que se relacionan por la forma de capturas recíprocas.

El Derecho cuando se relaciona con el tiempo, lo hace en un nivel formal que establece los criterios de las periodicidades, llega al tiempo su papel de parámetro de los ritmos y de las medidas y trata de obligar a un ritmo por las rutinas y secuencias del ordenamiento. Desde una perspectiva positivista radical, toda norma pretende incluir un parámetro de tiempo, lo que equivale a decir que el tiempo no es una cosa que movimiento, como la vigencia de la ley es entendida como un comportamiento estanco entre la promulgación y la derogación, cuyo momento no puede haber ni haber tiempo. El positivismo quiere que la norma sea inmutable y durante toda su período de existencia. La idea de mutabilidad del Derecho se encuentra en la ideología positivista de la historia jurídica, tiene sus raíces en el positivismo jurídico consumado por una evolución gradual en el tiempo, la idea de un tiempo que avanza poco a poco su curso, a través de sus grandes convulsiones que son el paradigma promulgación y la derogación, la idea de un tiempo que avanza poco a poco su curso, a través de sus grandes convulsiones que son el paradigma promulgación y la derogación, la idea de un tiempo que avanza poco a poco su curso, a través de sus grandes convulsiones que son el paradigma promulgación y la derogación.

La idea del Derecho. La periodicidad no es una característica de la naturaleza sino en los ordenamientos jurídicos del sistema jurídico: las normas que establecen los ritmos y medidas, las normas que crean nuevos calendarios (como el caso del calendario judicial).

Pero el tiempo se resiste a estos encuadramientos, se mueve dentro de los marcos que le impone el positivismo.

- El Derecho Civil ante la post-modernidad.
- Ernesto López Riquelme.
- Las naturalezas jurídicas de las tierras de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas de Colombia y la ecología.
- Andrés Fernández-Salvador.
- Comentarios sobre la ratificación del CIADI.
- Santiago Andrade Urbina.
- ¿Hace falta una ley de promoción económica?
- Competencia económica en el Derecho Civil.
- Ramiro Aguilar Torres.
- La fuerza de la ley.
- Alvaro Ojeda Hidalgo.
- La Constitución Especial.
- (un punto complejo).
- Alvaro Galindo Carbons.
- Qué y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador.



TERCERA. La consecuencia aplicable de la normativa comunitaria andina a los casos concretos que se refieren de las diferencias procedimentales de acceso al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina le corresponde juzgar. Así, ha producido una jurisprudencia consistente que más tarde han de juzgar instancias subalternas de exponer y comentar los planteamientos que surgen a la luz de la normativa andina en los casos de controversias que se plantean sobre la aplicación de la normativa de competencia, los cuales se han ido resolviendo a través de las instancias judiciales y administrativas de la Comunidad Andina. Así, el interés de los Estados miembros de la Comunidad Andina en la protección de sus derechos de propiedad intelectual frente a la competencia de aplicación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de competencia, es evidente. Así, el interés de los Estados miembros de la Comunidad Andina en la protección de sus derechos de propiedad intelectual frente a la competencia de aplicación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de competencia, es evidente. Así, el interés de los Estados miembros de la Comunidad Andina en la protección de sus derechos de propiedad intelectual frente a la competencia de aplicación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de competencia, es evidente.

Por tanto, y aparte de las prescripciones específicas de las Decisiones comunitarias sobre propiedad intelectual que conceden a los particulares recursos de no pua defenderla, pueden e incluso también, utilizar eficazmente con el mismo propósito las vías generales de acceso al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, previstas en el Tratado. Disponen en efecto de:

La acción de nulidad o más técnicamente hablando, recurso de anulación- que, tal como en el Derecho interno, les permite denunciar y obtener la anulación de preceptos comunitarios que se desajusten de la norma superior por

para el caso de los Estados miembros, y excepcionalmente, de los

para el caso de los Estados miembros, y excepcionalmente, de los

**Fernando de Trazegnies Granda**  
**El Derecho Civil ante la post-modernidad.**

**Ernesto López Freire**  
**La naturaleza jurídica de las tierras de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas. De cara a la facultad expropiadora del Estado y a la declaración de utilidad pública.**

**Andrés Fernández-Salvador C.**  
**Comentarios sobre la ratificación del CIADI.**

**Santiago Andrade Ubidia**  
**Hace falta una ley que promueva y proteja la competencia económica.**

**Ramiro Aguilar Torres**  
**La fuerza de la Ley.**

**Álvaro Ojeda Hidalgo**  
**La Contribución Especial (un tributo complejo).**

**Álvaro Galindo Cardona**  
**Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador.**

PRIMERA. Características distintivas del Derecho Comunitario andino que regula la propiedad intelectual. La de la propiedad intelectual se plantea conforme a lo que se indica en el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual, que establece que el fin esencial de la Ley es proteger el interés de la sociedad y de la industria y del comercio de observar los procedimientos jurídicos internos de la Comunidad Andina. En consecuencia, los procedimientos de la Ley de Propiedad Intelectual se aplican a los procedimientos de la Ley de Propiedad Intelectual. En consecuencia, los procedimientos de la Ley de Propiedad Intelectual se aplican a los procedimientos de la Ley de Propiedad Intelectual.

PRIMERA. Características distintivas del Derecho Comunitario andino que regula la propiedad intelectual. La de la propiedad intelectual se plantea conforme a lo que se indica en el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual, que establece que el fin esencial de la Ley es proteger el interés de la sociedad y de la industria y del comercio de observar los procedimientos jurídicos internos de la Comunidad Andina. En consecuencia, los procedimientos de la Ley de Propiedad Intelectual se aplican a los procedimientos de la Ley de Propiedad Intelectual.

Vistas las limitaciones de tiempo, es difícil suponer un artículo bien significativo, los conceptos de anulación y de cancelación. En doctrina clásica del Derecho administrativo los había diferenciado con arreglo a un criterio orgánico a saber: la cancelación de un acto que se ejerció de una manera o forma indebida cuando el acto que lo hace cesar en sus efectos proviene de la administración, en tanto que la anulación tiene como fuente exclusivamente

PRIMERA. Características distintivas del Derecho Comunitario andino que regula la propiedad intelectual. La de la propiedad intelectual se plantea conforme a lo que se indica en el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual, que establece que el fin esencial de la Ley es proteger el interés de la sociedad y de la industria y del comercio de observar los procedimientos jurídicos internos de la Comunidad Andina. En consecuencia, los procedimientos de la Ley de Propiedad Intelectual se aplican a los procedimientos de la Ley de Propiedad Intelectual.

**SECCIÓN LIBRE**

La Comunidad Andina ha tenido que encaminarse, forzada por las Decisiones respectivamente del ordenamiento comunitario, a adoptar un nuevo más actualizado, material sobre que reposa el fundamento sobre el concepto de la actividad que puede ser considerada como actividad económica, con efectos de esta naturaleza como aplicar la norma comunitaria al caso concreto.

Como consecuencia de lo que acabo de exponer se entiende que hay nulación cuando el acto que constituye entre otros conectados con la propiedad intelectual, encuentran su fundamento en razones de oportunidad o de conveniencia. Es así como la nulidad administrativa no puede provenir sino exclusivamente de la Administración y por ser ésta la única depositaria o guardiana de la facultad de juzgar por razones de interés general o colectivo. En caso de un mero error de oportunidad o de conveniencia, la revocación del acto administrativo en ese sentido, es una materia reservada a la competencia de la que no cabe acudir al órgano encargado de la cancelación.

Por el contrario, si la explotación del acto administrativo, como es el caso de una patente se produce por razones de ilegalidad, o de nulidad igualmente el acto administrativo puede ser anulado tanto de la Administración como de los órganos judiciales de actividad jurisdiccional, en tanto que la nulidad del acto administrativo en ese sentido, es una materia reservada a la competencia de la que no cabe acudir al órgano encargado de la cancelación.

Puesto que hemos de concluir, expongo, por tanto, las conclusiones siguientes:

# El Derecho Civil ante la post-modernidad\*

Fernando  
de Trazegnies Granda

*“La experiencia jurídica es la gran clepsidra en la cual, con movimiento perpetuo, el futuro se precipita en el pasado y se convierte en objeto de historia.”*

Francesco Calasso

## MODERNIZACIÓN, MODERNIDAD Y MODERNISMO

### 1. Derecho y tiempo

El presente trabajo pretende explorar las relaciones entre Derecho y tiempo y, más particularmente, la influencia del tiempo sobre el Derecho.

En realidad, Derecho y tiempo son dos categorías que no se relacionan entre sí de manera pasiva. Ambas tratan en alguna manera de subordinar a la otra, de someterla a su lógica propia: la historia de las vinculaciones entre Derecho y tiempo está formada por repetidos intentos de capturas recíprocas.

El Derecho intenta aprisionar el tiempo, insertándolo dentro de un orden formal que establece los criterios de las periodicidades. Niega al tiempo su papel de patrón de los ritmos y de las medidas y trata de obligarlo a regirse por las rutinas y secuencias del orden jurídico. Desde una perspectiva positivista radical, toda norma pretende incluso paralizar el tiempo, lo que equivale a eliminarlo, ya que el tiempo no es otra cosa que movimiento, cambio: la vigencia de la ley es entendida como un compartimiento-estanco entre la promulgación y la derogación en cuyo interior no sucede nada, no hay tiempo. El positivismo quiere que la norma sea inmutable durante todo su período de existencia. La historia positivista del Derecho -o cuando menos, la ideología positivista de la historia jurídica- tiene un carácter cataclísmico: no está constituida por una evolución gradual en donde las cosas van modificando poco a poco su color, sino que se manifiesta sólo a través de esas grandes convulsiones que son el parto (la promulgación) y la muerte (la derogación) de la norma. Es por ello que, desde esa perspectiva positivista, ha podido decirse que toda norma es un momento con vocación de eternidad o una eternidad provisional.

Como la duración y el cambio constituyen una dimensión inexorable del conocimiento humano, algunas normas reconocen la existencia del tiempo, a condición de que se libere de su origen astronómico y adopte la ciuda-

dad del Derecho. La periodicidad no resulta así fundada en la naturaleza sino en las exigencias racionales del sistema jurídico: hay normas que establecen plazos y hay incluso normas que crean nuevos calendarios (como es el caso del calendario judicial).

Pero el tiempo se resiste a estos encasillamientos, se revuelve dentro de los marcos que le impone el Derecho, se evade por los intersticios del sistema y luego envuelve al sistema mismo, modelándolo y adaptándolo a una lógica diferente: el tiempo, hecho cultura, impregna la aplicación del Derecho y lo va transformando tanto desde fuera como desde dentro.

El propósito de este trabajo es estudiar esta revuelta de la vitalidad del tiempo contra la formalidad del sistema, analizando este fenómeno en el Derecho Civil de nuestra época. Dado que el tema requiere una aproximación sintética en la que se deben incluir mayor número de aspectos que lo que permite este trabajo, las líneas que han de no considerarse como un planteamiento terminado sino como una mera propuesta de un área de investigación que pensamos puede ser de gran utilidad para reencontrar la identidad del Derecho Civil en medio de la actual crisis que lo agobia.

### 2. Cuestiones terminológicas

El problema central está indudablemente vinculado al papel del Derecho Civil dentro de los procesos de modernización. Sin embargo, creemos importante distinguir entre modernización, modernidad y modernismo a fin de evitar malentendidos derivados simplemente de una falta de convención lingüística.

**Modernización** es el cambio social que se supone conduce hacia las nuevas formas sociales que imperarán permanentemente en el futuro, cualquiera que sea el contenido de estas formas, cualquiera que sea el diseño de la nueva sociedad. Este cambio puede producirse en todo momento de la historia: es así como podemos señalar una modernización del pueblo romano a lo largo de la evolución de la urbe Roma, como hay también una moderniza-

ción del mundo europeo en la Edad Media de los S. XI y XII; y, obviamente, hay una modernización en el paso de la Edad Media a la Edad Moderna. Estas modernizaciones sociales conllevan modernizaciones jurídicas. Pero la modernización jurídica no es únicamente un *aggiornamento*, que adecúa el Derecho a las circunstancias de una nueva época, sino que muchas veces el Derecho se convierte en elemento dinamizador de la situación y generador —o cuando menos, colaborador— de la producción del cambio social mismo.

Dentro de este orden de ideas, podemos decir que la modernización es una categoría procesal: nos da cuenta de un proceso universal antes que del contenido particular de tal proceso. Es un concepto que nos señala que se ha producido o se está produciendo un cambio social; pero no nos revela el sentido de la nueva sociedad en gestación.

La **modernidad**, en cambio, es una forma concreta de sociedad que corresponde a la que la tradición occidental ha vivido y desarrollado en los últimos tres siglos. En consecuencia, la modernidad no es un concepto que describe el proceso genérico y abstracto de cambio sino el contenido social de un proceso de cambio específico. La modernidad es el resultado de una cierta modernización en particular: usamos el término *modernidad* para distinguir, entre todos los cambios y modernizaciones que se han producido en la historia (posiblemente todos con caracteres únicos), uno en particular que da nacimiento a la sociedad que conocemos actualmente como *moderna* dentro del mundo occidental.

El modernismo es el aspecto más superficial de la modernización: constituye la adopción de categorías modernas o de patrones de consumo o estilos modernos más como una moda que como un cambio estructural. Es por ello que el modernismo tiene inevitablemente algo de imitativo, algo de extranjero, un cierto sabor de plagio.

Sin embargo, estas importaciones originariamente superfluas no son a la larga inocuas; pueden constituir vehículos espúreos de modernidad porque la racionalidad implícita en el objeto o en la forma social importada va imprimiendo su propio sello en torno suyo. Por ello, es muy difícil decir dónde termina la modernización o la modernidad y dónde comienza el modernismo. A veces se ha puesto como ejemplo de modernismo al consumismo tecnológico de ciertos grupos sociales en los países subdesarrollados: el uso de las novedades tecnológicas dentro de una sociedad en la que inicialmente una mínima parte de la población puede disponer de ellas sería una muestra de este modernismo imitativo y desvinculado de su propia realidad. Pero la ventaja *racional* de la nueva tecnología puede imponerse, a pesar de las dificultades sociológicas: lo racional no es sinónimo de lo popular. Es así como, a pesar de que muy pocas personas —proporcionalmente hablando— podían adquirir en Perú televisores de color (y, más tarde, videograbadoras), en la actualidad estos artefactos modernos tienen una función mucho mayor de lo que podría calificarse como modernismo frívolo; y el porcentaje de difusión de estos elementos de modernidad, aun cuando pudiera considerarse muy reducido para un observador apresurado, es suficiente para alterar las condiciones de esa sociedad. El caso reciente de las computadoras es también bastante ilustrativo.

## EL DERECHO CIVIL COMO INGREDIENTE DE LA MODERNIDAD

### 1. El papel modernizador del Derecho Civil

No cabe duda que el Derecho Civil ha jugado un papel muy importante dentro de varios procesos de modernización: sus características internas, el hecho de que regule las relaciones más directas de los hombres (la familia, el régimen de apropiación privada de los bienes, las promesas de un hombre a otro hombre) le han otorgado una perspectiva y un impulso que ha servido de palanca del cambio en diferentes oportunidades históricas.

El nacimiento del Derecho Civil tiene una inspiración progresista y modernizadora. Justiniano explica que inicialmente el pueblo romano vivía sin ley cierta, sin derecho cierto, gobernado solamente por el poder de los Reyes.<sup>1</sup> Pero al aumentar la ciudad, no era posible continuar de esta manera; por ello el pueblo y los reyes propusieron algunas leyes.<sup>2</sup> Es importante advertir en este comentario justiniano una idea de orden y predictibilidad implícita dentro del concepto de Derecho, que constituirá muchos siglos más tarde una de las bases de la modernidad. Expulsados los reyes, el pueblo romano volvió a caer en un derecho incierto.<sup>3</sup> Pero, como esta situación era intolerable, se buscó un Derecho en Grecia y se establecieron las Leyes de las Doce Tablas,<sup>4</sup> de cuyo desarrollo deriva el Derecho Civil.<sup>5</sup> Por consiguiente, se trata de un proceso de institucionalización de la ciudad, de organización más moderna y civilizada: el Derecho Civil nace como un instrumento fundamental de esta suerte de modernización.

Por otra parte, Koschaker otorga también un papel protagónico al Derecho Civil romano dentro de ese asombroso impulso cultural que se produce en el S. XI y cuyas causas últimas, nos dice ese mismo autor, nos son todavía desconocidas.<sup>6</sup> Koschaker advierte que la importancia del Derecho Romano en esa época no se debió únicamente a sus cualidades técnicas sino también al hecho de que no se trataba de un cuerpo jurídico *value-free*: encarnaba el ideal cultural del *imperium romanum* y, a través de éste, del Emperador alemán;<sup>7</sup> por lo que la ciencia del Derecho Romano, creada por los glosadores, adquirió carácter y alcance europeos en razón de los intereses políticos del Emperador.<sup>8</sup> No obstante, sin desconocer las condiciones políticas y económicas que pudieran haber favorecido su difusión, no puede dudarse del papel dinamizador del razonamiento civilista en la Edad Media, como lo ha explicado extraordinariamente Harold J. Berman: el Derecho Civil tuvo un importantísimo efecto modernizador en el comienzo de la Baja Edad Media por el hecho de reintroducir el análisis racional dentro de un mundo donde primaba el pensamiento dogmático; y esto fue tan significativo en los cambios de la época que incluso el método de razonamiento propuesto por el Derecho se convirtió en el modelo y en el progenitor de la ciencia occidental moderna.<sup>9</sup>

### 2. La modernidad

Desde esta perspectiva histórica, interesa preguntarnos por el papel que cumplió el Derecho Civil dentro de una modernización específica: aquella que nos introduce en la modernidad.

Ante todo, cabe preguntarse con Max Weber sobre la especificidad de esa sociedad occidental a la que llamamos *modernidad*.

Parafraseando a Hegel podríamos decir que la modernidad es un tiempo en el que el sujeto entra en relación consigo mismo, un tiempo en el que el hombre se aprehende como sujeto y consecuentemente toma conciencia contradictoria de sí mismo como sujeto y como objeto. Esta autopercepción del sujeto como sujeto lleva a la exaltación de la libertad y de la capacidad de reflexión: la subjetividad ha sido reivindicada.

Es por ello que la modernidad va a generar un derecho a la crítica intensamente vivido, una afirmación de lo personal frente a lo colectivo, una aplicación de controles racionales a todo acto humano, una convicción de que el proceso social puede ser conducido y orientado con arreglo a fines, una fe en el poder de la razón individual como instrumento de progreso. La exaltación de lo individual y subjetivo frente a toda finalidad impuesta desde fuera del individuo llevará a plantear esos fines como resultado de convenciones libremente adoptadas, como expresiones de un contrato social. Pero, establecido este voluntarismo inicial (originado por la ausencia de valores objetivos -es decir, fundados al margen de la subjetividad individual- que pudieran servir de criterios para medir los intereses particulares), los medios para lograr los fines socialmente propuestos serán desarrollados racionalmente. Por "racional" entendemos aquí la aplicación de procesos reflexivos en la toma de decisiones, de acuerdo a una concepción general y sistemática y en función de la realización de ciertos fines; en oposición a procesos meramente repetitivos basados en el peso de la tradición. Así, pues, frente a la sociedad tradicional que no anticipa el futuro y en la que la idea de progreso juega un papel muy poco destacado, la modernidad se instaaura como el ambiente dentro del cual la acción social se dirige hacia ciertos objetivos (*goal-directedness of action*<sup>10</sup>), particularmente hacia el incremento económico a través de la aplicación de la técnica moderna a la producción, pero también hacia otros objetivos relacionados con la tecnificación y racionalización de la administración social.<sup>11</sup>

Económicamente hablando, la modernidad se caracteriza por un cambio en la organización del trabajo y en el espíritu de la producción: uso de máquinas, incremento de la productividad, deseo de dominar la naturaleza, organización racional y previsión del futuro.<sup>12</sup>

La modernidad aparece así conformada por los ingredientes de acción con arreglo a fines (*goal-achievement*), racionalismo, liberalismo e individualismo. En esta forma, la modernidad se expresa, políticamente, a través de la filosofía de la ilustración y, económicamente, a través de la sociedad de mercado.

En su forma original, la modernidad presupone la convicción de que el bien de todos se realiza a través de la maximización de los bienes de cada uno, los que, despojados de toda referencia exterior a una noción de bien objetivo, se reducen a la subjetividad de los intereses socialmente compatibles<sup>13</sup>: la confianza en la razón humana y en su espíritu creativo lleva a cuestionar todas las verdades establecidas, las que tienen que someterse al análisis racional; y la convicción de que todo hombre es suficientemente racional para controlar su propio destino<sup>14</sup> elimina toda posibilidad de que pudieran surgir nuevas objetividades axiológicas sobre la base de que unos hombres se consideren más capaces de aplicar los procesos raciona-

les. En realidad, la modernidad bajo todas sus formas -veremos que presenta algunas variantes que se diferencian y hasta se oponen al capitalismo- se muestra como un gran fenómeno de renovación y crítica social: crítica racional, individualizada y permanente.

Con una clara influencia kantiana, Weber considera que la racionalidad evoca las nociones de finalidad y de generalidad: es racional la conducta con arreglo a fines que puede ser aplicada de manera general, sin entrar en contradicciones internas. Ahora bien, hay dos tipos de racionalidad: una basada exclusivamente en el cálculo -fundamentalmente numérico y fundamentalmente tomando como unidad al dinero y otra basada en aspectos cualitativos equívocos, tales como las exigencias éticas, políticas, igualitarias, etc.<sup>15</sup> La racionalidad que organiza el sistema liberal capitalista será la primera, a la que también denomina racionalidad formal frente a la racionalidad substantiva o cualitativa que corresponde mejor a la organización social precapita.<sup>16</sup>

La modernidad capitalista implica entonces la instauración de una perspectiva universalizante. Frente a los particularismos tradicionales, se pretende constituir una sociedad homogénea en cuyo interior los bienes y servicios sean fácilmente intercambiables por los individuos movidos exclusivamente por sus propios intereses. Esto implica la desaparición de los grupos basados en aspectos estatutarios, tradicionales o religiosos, debido a que crean particularismos: el hombre se encuentra solo frente a un paisaje social universal dentro del cual tendrá que hallar su ubicación por sí mismo y ocuparse de la tarea de diseñar su propio entorno. Claro está que ello no significa que desaparezcan las agrupaciones: al contrario, serán muy fuertes pero ya no estarán basadas en elementos ajenos al individuo sino que surgirán de la voluntad de los individuos mismos para sumar sus fuerzas en esa lucha universal por la ganancia.

Dentro de la concepción weberiana, la modernidad está asociada al surgimiento del sistema de capitalismo industrial.<sup>17</sup> Para Weber, el mercado aparece como *el arquetipo de toda acción social racional*<sup>18</sup>: la conducta del mercado -dice Weber- está orientada por la intención racional y finalista (*purposeful*) de realizar los propios intereses.<sup>19</sup> Esta idea de la racionalidad es verdaderamente clave para establecer las características del mundo moderno; pues aún los monopolios -que pasan como contrarios al utopismo liberal de una competencia perfecta- corresponden a esta modernidad en la medida en que no están basados en aspectos religiosos o sociales tradicionales sino que se construyen, según Weber, exclusivamente sobre bases económicas y racionales.

### 3. Modernidad y Derecho

Una modernización con el contenido social de la que ha sido descrita requiere, a su vez, un Estado y un Derecho que faciliten el libre desenvolvimiento de la racionalidad individual.

La universalización supone un reforzamiento del gobierno central a fin de compatibilizar las iniciativas individuales en términos de que no se anulen unas a otras y a fin de eliminar las particularidades que dificultan la anticipación racional y los intercambios económicos al introducir elementos extraños al cálculo utilitario. Dentro de

este contexto, el Derecho constituye, de un lado, una de las expresiones de la actividad coercitiva del Estado central destinada a lograr la universalización mediante la supresión de los particularismos tradicionales y a suprimir las conductas no racionales (consecuentemente, antisociales) que perturban el funcionamiento pacífico de la sociedad de intereses individuales. De otro lado, el Derecho constituye el medio por el cual la sociedad capitalista garantiza la libertad individual de acción tanto frente a las perturbaciones creadas por los individuos entre sí como frente a las interferencias del propio Estado. En ese sentido, el Derecho debe ser predecible a fin de que no origine opacidades en la actividad racional de los individuos; por eso debe tener un carácter genérico y sistemático; es decir, constituir un orden cerrado, sin lagunas, de aplicación uniforme.

Weber señala que este tipo de Derecho tiene que responder a cinco postulados: deben existir reglas generales, las decisiones concretas deben ser producto de la aplicación de tales reglas mediante procedimientos racionales (lógica jurídica), el sistema no debe contener lagunas (real o virtualmente), todo lo irracional debe ser considerado irrelevante y toda acción social debe ser evaluada en términos de Derecho.<sup>20</sup> Dentro de su clasificación del pensamiento jurídico, Weber considera que este Derecho que forma parte de la modernidad capitalista corresponde a la categoría que denomina *racionalidad formal lógica*.<sup>21</sup> Este pensamiento jurídico es racional en la medida que se apoya en alguna justificación que trasciende el caso y se basa en reglas libres de ambigüedad, es formal en la medida que los criterios de decisión son intrínsecos al sistema jurídico y es lógico en la medida que los hechos son evaluados a través de un análisis lógico del sentido de la norma y que el sistema se construye con la ayuda de conceptos abstractos que permiten una alta sistematización.<sup>22</sup> Rogelio Pérez Perdomo ha explicado con precisión las cinco diferentes acepciones que tiene el formalismo.<sup>23</sup> Por el momento nos interesa conservar una definición muy simple, pero suficiente para nuestros propósitos: el Derecho moderno tiene un carácter formal porque pretende que las decisiones jurídicas se justifiquen únicamente con referencia a otras reglas y a los hechos determinados específicamente en las reglas mismas.<sup>24</sup> Este formalismo permitiría que el Estado, a través del Derecho, pueda regular el proceso global, es decir, el mercado, pero sin intervenir en él como actor económico... El formalismo aparece así solidario de una concepción de la actividad económica básicamente en manos de particulares...<sup>25</sup>

Un Derecho de estas características se produce en Occidente en razón de la reunión de una serie de circunstancias; pero, a su vez, la aparición de este tipo de Derecho no es una mera consecuencia sino que crea condiciones que permiten un desarrollo de la modernidad y, por este lado, refuerza los otros procesos o incluso los impulsa.

Uno de los elementos característicos de la modernidad política y que tiene una influencia decisiva en la formación del Derecho moderno es el nacimiento de los aparatos burocráticos,<sup>26</sup> primero de la Iglesia y luego del Estado. En la medida en que aumenta la racionalidad de la organización de la autoridad, nos dice, las formas irracionales de procedimiento son eliminadas y el Derecho sustantivo resulta sistematizado, i.e., el Derecho como un

todo es racionalizado. Y pronto, por la lógica de toda administración, los aspectos sustantivos del razonamiento son desplazados por los aspectos formales. Esta justicia formal no conviene a todos quienes pretenden realizar valores objetivos mediante el Derecho; en cambio, es apoyada por quienes buscan esferas de libertad, determinadas por marcos formales, dentro de las que el individuo pueda desarrollar su subjetividad: el Derecho de la modernidad contribuye a abrir oportunidades individuales y libera capacidades.<sup>27</sup>

Es así como el mundo preñado de modernidad recoge elementos constructivos antiguos para levantar el nuevo edificio jurídico. Las nuevas clases burguesas, movilizadas durante los últimos siglos del Medioevo, retoman los elementos modernizadores introducidos en el Derecho por la burguesía romana, debido a que éstos correspondían a la necesidad de racionalidad que demandaba la modernidad.<sup>28</sup> Este proceso de recuperación del pensamiento racional había comenzado en la Baja Edad Media con los glosadores: paulatinamente se va sustituyendo el concepto de Derecho como un conjunto de leyes aisladas que son vistas simplemente como *mandatos* de la autoridad o como la expresión de un orden sobrenatural, por un sistema normativo que se apoya en su coherencia interna. El redescubrimiento del Derecho Romano y tanto el estímulo como el desafío que plantea para el pensamiento racional, representan la línea de recuperación de la racionalidad frente al Derecho *autoritario* o religioso de la autoridad feudal. No cabe duda de que los civilistas e incluso los canonistas -en tanto que intentan un esfuerzo legal sistemático y organizan una burocracia clerical- abrieron tempranamente el paso a la modernidad jurídica.

Es cierto que el caso de Inglaterra parece contradecir la relación entre racionalidad lógico-formal y modernización: el propio Weber planteó la falta de sistematización del Derecho inglés y dudó mucho sobre la interpretación de este aparente caso desviado que parecía cuestionar la teoría. Sin embargo, a pesar de que el Derecho inglés no desarrolló originariamente un aparato conceptual tan complejo como el continental ni tuvo el apoyo de la tradición romanista -aun cuando no fue totalmente ajeno a su influencia- podemos pensar que aseguró por otros medios la calculabilidad individual y de esta forma permitió el desarrollo del sistema capitalista. Además, una vez embarcado en la modernidad, el propio Derecho inglés sin perjuicio de conservar un estilo general bastante más abierto que los rígidos sistemas continentales, adoptó también un razonamiento formal que poco se distingue del que se deriva de la tradición romanista.

#### 4. El Derecho Civil como paradigma de Derecho moderno

Ahora bien, ¿cuál es la rama del Derecho que encarna más cabalmente estos ideales de la modernidad jurídica? Ciertamente, el Derecho Civil. Weber lo dice claramente y considera que su mayor desarrollo lo ha adquirido bajo la forma pandectista alemana.<sup>29</sup> Este Derecho Civil moderno proporciona predictibilidad de los actos privados, es decir, posibilidad de expansión de la libertad individual a través de un cálculo inteligente. Está formado por instituciones como la familia nuclear, la propiedad privada, la autonomía de la voluntad contractual; todas ellas orientadas a garantizar esferas de acción a la subjetividad.

Franz Wieacker ha demostrado la profunda relación entre la evolución del Derecho Privado y la creación del Occidente moderno.<sup>30</sup> De otro lado, son conocidas las experiencias de modernización de los países no industrializados que han asociado siempre la modernidad con la implantación de un Derecho Civil, es decir, de un Derecho Privado con las características que éste tiene en la tradición occidental. En Japón, el Gobierno Meiji adoptó la decisión de invitar a un jurista francés, Boissonade, para preparar un Código Civil acorde con la política de modernización económica y social; y es así como el Código Civil de 1898 sustituyó a los viejos procedimientos consuetudinarios basados en la idea de conciliación antes que en la de atribución de derechos individuales. En Turquía, el proyecto modernizador de Mustafá Kemal Atatürk incluyó como parte importante del mismo, la dación de un Código Civil inspirado en el Código suizo. En la América Latina del S. XIX, todas las nuevas naciones se propusieron modificar sus sistemas de derecho privado como un paso para acercarse al mundo moderno. Rogelio Pérez Perdomo ha descrito este proceso en Venezuela.<sup>31</sup> Carlos José Gutiérrez lo ha hecho respecto de Costa Rica<sup>32</sup> y ha presentado en este mismo Congreso una interesante ponencia en la que analiza la relación entre Derecho Civil y modernización en América Latina en general.<sup>33</sup> El autor del presente trabajo ha analizado la misma relación en el Perú del S. XIX.<sup>34</sup>

Es interesante advertir cómo los protagonistas de estos intentos de modernización en América Latina fueron muchas veces perfectamente conscientes de la necesidad de desarrollar un Derecho Civil para satisfacer e impulsar los propósitos modernizadores.

Manuel Lorenzo de Vidaurre, quien redactó el primer proyecto de Código Civil peruano, planteaba los objetivos que quería lograr con ese cuerpo de leyes en términos convenientes para la incorporación a la modernidad: *El estado será dichoso y permanecerá tranquilo, cuando sean seguras las propiedades, fáciles y honestos los modos de adquirirlas.*<sup>35</sup> El Mariscal Andrés de Santa Cruz, Presidente de la Confederación Perú-Boliviana, tuvo la clara percepción de la necesidad de códigos liberales para lograr un ingreso pleno de estas tierras a la modernidad (ideal que nunca se logró realizar). Por eso, pone en vigencia un Código Civil al estilo francés, en cuyo prólogo declara: *La legislación civil, criminal y de procedimientos, a que habéis estado sometidos en vuestros negocios privados,*<sup>36</sup> (es la) *única parte de vuestra organización a que no se ha aplicado la mano reformadora del siglo.* En consecuencia, agrega, se promulga dicho Código para que *quede amparada la propiedad y asegurada su transferencia por medio de decisiones exactas y positivas*<sup>37</sup> y se *consolide el crédito privado.*<sup>38</sup>

Andrés Bello, autor de un Código Civil para Chile, que fuera adoptado después por Colombia y que ha influido sobre la codificación civil de un gran número de países latinoamericanos, era plenamente consciente de esta vinculación entre un Derecho claramente sistematizado y una adecuada administración de los intereses individuales: *Reducidas las leyes a un cuerpo bien ordenado, sin la hojarasca de preámbulos y frases redundantes, sin la multitud de vocablos y locuciones desusadas, que ahora la embrollan y oscurecen, descartadas las materias que*

*no han tenido nunca, y que ya han dejado de tener aplicación al orden de cosas en que vivimos ¿cuánto no se facilitará el estudio a la juventud? El libro de las leyes podrá andar entonces en manos de todos; podrá ser consultado por cada ciudadano en casos dudosos, y servirle de guía en el desempeño de sus obligaciones y en la administración de sus intereses.*<sup>39</sup> Por su parte, las grandes construcciones civilistas de Texeira de Freitas y de Dalmacio Vélez Sarsfield no cabe duda que son un consciente esfuerzo de adoptar una legislación que incorporara la racionalidad lógicoformal a fin de permitir un desarrollo del individuo. Prueba de la presencia de este espíritu modernizador no es una casualidad que Vélez Sarsfield como diputado hubiera intervenido en todos los proyectos económicos del Congreso argentino, como miembro de la Comisión de Hacienda<sup>40</sup> - está en la acerba crítica de Juan Bautista Alberdi que lo acusa de falta de originalidad y sostiene que su Código es extranjero y europeizante,<sup>41</sup> es decir, lo sindicó como importador de la modernidad europea. La crítica parece excesiva e injusta, porque Vélez Sarsfield había tomado en cuenta la legislación nacional argentina y la había incorporado en la mayor medida posible, siempre que no originara incongruencias. Pero no cabe duda que hay un espíritu nuevo en el Código de Vélez Sarsfield, tanto en el contenido individualista que aporta como en su esfuerzo de sistematización. Y, el propio Vélez Sarsfield, al contestar a Alberdi, da cuenta de su consciencia de la necesidad de incorporarse jurídicamente a la modernidad: ¿por qué -se pregunta- no podríamos modificar las leyes dadas en España desde el S. XIII y que representan intereses contradictorios? ¿Por qué no agregaríamos las leyes que exigen o el adelantamiento de la ciencia o las nuevas necesidades de los pueblos, su nuevo ser político, las nuevas costumbres o los principios económicos, todo este distinto o contrario orden de cosas al orden en que vivían en la Edad Media los pueblos españoles?<sup>42</sup>

## LA CRISIS CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO CIVIL

### 1. El Derecho Civil visto como lastre frente a los cambios de nuestro tiempo

Frente a ese importante papel de impulsor e ingrediente de la modernidad que los juristas de los siglos pasados asignaban al Derecho Civil, nos encontramos en nuestro tiempo con un fenómeno inquietante: el Derecho Civil aparece como el área menos dinámica del sistema jurídico; aparentemente, él no significa más la modernidad sino el atraso.

A pesar de que la crítica al Derecho Civil no se expresa siempre de manera abierta, existe una atmósfera general que tiende a considerar el civilismo como un rezago de un mundo que está a punto de convertirse en pasado. En el ambiente político, en los centros internacionales de cooperación, en las fundaciones que auspician investigaciones en el campo del Derecho, existe una suerte de silencioso consenso en el sentido de que el Derecho Civil no merece ser apoyado porque se encuentra muy distante de las urgencias del momento. En las Facultades de Derecho -particularmente en los países del Tercer Mundo- los estudiantes y los profesores preocupados por el desarrollo social y económico de sus países pretenden orientar la

formación de las nuevas generaciones y los esfuerzos de investigación hacia disciplinas jurídicas de mayor contenido social; es general la crítica a los programas de estudio tradicionales, fuertemente centrados en la tradición civilista. Francesco Lucarelli señala que existe una pérdida de identidad de los dogmas civilistas y que ello genera consecuencias muy graves en la enseñanza del Derecho Civil: se habla cada vez más en la Universidad de una alienación del estudiante, de un rechazo a las fórmulas abstractas que son fruto del positivismo y del racionalismo jurídicos antes que reflejo de la sociedad viva y real; se denuncia el mero tecnicismo de las instituciones, la carencia de contenido histórico y crítico de la formación.<sup>43</sup>

En algunos casos, el es bastante más agresivo. Así, Eduardo Novoa Monreal distingue entre las leyes nuevas con sentido social y la legislación básica codificada que equivale al Derecho tradicional y, fundamentalmente, al Derecho Civil. A esta legislación tradicional codificada la acusa de haber perdido el ritmo de la historia: mientras la vida moderna es extremadamente móvil y plantea problemas tecnológicos, económicos y sociales nuevos, el Derecho -léase, civil- tiende a conservar formas de los S. XVIII y XIX, cuando no de la Antigua Roma.<sup>44</sup> *Cada vez se hace más perceptible la desconexión que existe entre el Derecho y las realidades sociales que hoy vive el mundo.*<sup>45</sup> *Sus preceptos, agrega, están notoriamente retrasados respecto de las exigencias de la vida moderna... han perdido vitalidad.*<sup>46</sup> *A nuestro juicio, la nota más deprimente reside en que los preceptos, esquemas y principios jurídicos en boga se van convirtiendo gradualmente no sólo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo contra éste.*<sup>47</sup> La crítica de Novoa Monreal alcanza tonos muy duros: el Derecho actual es obsoleto, pero el conservadorismo de los juristas no ha sido capaz de advertirlo; el mundo cambia en medio del adormecimiento de los juristas (civilistas).

Lo cierto es que el predominio y el prestigio que tenía el Derecho Civil dentro del mundo jurídico se ha perdido en gran parte. Y como consecuencia de ello, una serie de áreas que pertenecían tradicionalmente a sus dominios han comenzado un éxodo o una independización: algunas han preferido pasarse al Derecho Público; otras han intentado adquirir autonomía y, como se sentían a medio camino entre lo público y lo privado, han preferido crear una nueva categoría denominada Derecho Social y ubicarse dentro de ella. Es así como el Derecho Laboral se desgajó del contrato de locación conducción. Más tarde leyes cuyo espíritu y técnica son ajenos a la tradición civilista, fueron poco a poco haciendo retroceder las fronteras del Derecho Civil en materias tales como la propiedad de la tierra rústica y los contratos agrícolas (particularmente en los países que llevaron a cabo una reforma agraria), la urbanización, los contratos de inquilinato, la regulación del uso y propiedad de vehículos automotores, de naves y aeronaves, etc. Las nuevas formas de procreación, los transplantes de órganos, la misma muerte, son jurídicamente definidas y normadas por leyes especiales. La organización de seguros obligatorios de automóviles y de ciertas actividades públicas o particularmente riesgosas, incluyendo los accidentes de trabajo, ha limitado a su mínima expresión el campo de la responsabilidad extracontractual.

En algunos países se pretende incluso dar un Código especial para la familia, retirando esta área de la vida social del marco del Código Civil donde se encontraba desde siempre.

De esta manera es posible decir ahora que el Derecho Civil *tiene un ámbito de aplicación extraordinariamente reducido y cada vez beneficia o afecta, en la vida práctica a un menor número de personas.*<sup>48</sup> En realidad, este Código que se ocupaba de los aspectos más importantes del ser humano -el nacimiento, el matrimonio, la filiación, la propiedad, la contratación, la muerte y los problemas de sucesión- tiende actualmente a quedar arrinconado a aspectos muy puntuales: la propiedad realmente normada por el Código Civil, por ejemplo, casi no abarca sino el vehículo propio, el menaje y la casa personal. Con relación a esta pérdida de importancia social del Derecho Civil, dice Novoa Monreal: *Hay una demostración empírica muy sencilla que lo comprueba: revisense las materias sobre las que versan los litigios que se promueven actualmente ante los tribunales ordinarios de justicia y compárense porcentualmente con los que ingresaban a comienzos de siglo y se verificará que -excluida la materia criminal que puede permanecer más o menos constante- cada vez es menor la proporción en materias propiamente "civiles", en el sentido de aquéllas que versan sobre conflictos que corresponde resolver de manera directa al Código Civil.*<sup>49</sup>

## 2. El caso contra el Derecho Civil

Los cargos -explícitos o implícitos- contra el Derecho Civil han sido de muy diverso orden. Para efectos simplemente de tener una impresión general de la cuestión, podríamos señalar cuatro categorías de acusaciones.

En primer lugar se dice que el Derecho Civil no es capaz de seguir los cambios de la vida social. El Derecho Civil no es capaz de seguir los cambios de la vida social, sobre todo en una época tan agitada como la nuestra.

Todo jurista, decía Georges Ripert, es conservador; no en el sentido político del término sino en su sentido funcional: la ciencia que domina (el Derecho) vive de la estabilidad y de la continuidad; no puede, entonces, el jurista pensar sino en mantenerla.<sup>50</sup> Nadie está impedido de creer en un derecho nuevo que regule la sociedad del futuro, agregaba; pero los adivinos y los profetas no son juristas. *El derecho es la formulación del orden social establecido y no la representación de un orden futuro, la defensa del presente y no la anticipación del porvenir.*<sup>51</sup> Y esta característica propia de toda norma -en razón de que la norma precede formalmente siempre al hecho al cual será aplicada- se acentúa más en el caso del Derecho Civil. El peso de una tradición milenaria, entendida muchas veces de manera estática y como simple representación de un orden que está en la naturaleza misma y que consiguientemente es inmutable, lleva al civilista a no contar con la dimensión temporal: vive en un eterno presente, atento al pasado sólo en cuanto le confirma el presente y despreocupado por el futuro porque está convencido que, como dice Ripert, a él le toca únicamente aplicar la norma vigente.

Además, el contenido de modernidad implícito en el Derecho Civil lleva a acentuar la función de seguridad jurídica de esta rama del Derecho: la modernidad exige reglas calculables y eso supone un Derecho estable. Por ese

motivo, si en general no deben cambiar las leyes muy a menudo, los Códigos Civiles están hechos para durar siglos.

Esta cierta inercia del Derecho Civil frente al cambio se convierte en problema en épocas en que la vida social, política y económica evoluciona muy rápidamente. Evidentemente, el Derecho Civil hace crisis ante las grandes revoluciones. Dice, por ejemplo, Nemtsov, reflexionando sobre el Derecho Civil durante la Revolución Rusa: *En la medida en que la situación cambia, el esquema de las cosas tiene que ser modificado, incluyendo el sistema de normas; porque el derecho es, por naturaleza, conservador y refleja la situación que existía en el día de su promulgación... Pero se requiere tiempo para transformar un sistema de normas. Un cierto tiempo -a menudo considerable- transcurre antes de que el proyecto de ley haya pasado por todas las fases preparatorias para su entrada en vigencia y antes de que sea promulgado y recibido a nivel local. Mientras tanto, la vida no se ha detenido. Ha creado nuevos problemas que deben ser resueltos. Ha remodelado las relaciones sociales que requieren ahora nuevas formas y métodos de regulación. Por esta razón, una de las características del presente periodo de situaciones rápidamente cambiantes ha sido la notoria discrepancia entre el sistema normativo y nuestras necesidades cotidianas. En muchos casos, la discrepancia conduce a una situación en la que una ley soviética bloquea el progreso y actúa como un lastre frente a nuestro aparato estatal en el trabajo diario.*<sup>52</sup>

Una segunda razón de queja contra el Derecho Civil se encuentra en la acentuación del rol del Estado y la correspondiente desvalorización de lo privado, la acentuación del rol del Estado y la correspondiente desvalorización de lo privado que ocurre en la época actual.

Ya Max Weber había señalado que un sistema jurídico formal -como el Derecho Civil- no convenía a los propósitos de los gobernantes que no tenían interés en alcanzar el más alto grado de precisión formal que maximizaría las posibilidades de una correcta predicción de las consecuencias legales de los actos privados sino, más bien, realizar ciertos objetivos éticopolíticos: los déspotas ilustrados, los populistas quieren realizar socialmente ciertos contenidos sustantivos y por eso no se sujetan a limitaciones formales de ninguna especie, ni quieren estar ligados por las reglas que ellos mismos establecen. Todos ellos, dice Weber, tropiezan con el obstáculo de la inevitable contradicción entre el formalismo abstracto de la lógica jurídica y el deseo de lograr, a través del derecho, ciertos fines sustantivos.<sup>53</sup>

Este punto ha sido claramente percibido por quienes se sitúan en la posición contraria a la iniciativa individual como motor de la sociedad y que, en consecuencia, no otorgan mayor importancia al cálculo privado de intereses. Desde una perspectiva comunista, este factor limitante de la racionalidad lógico-formal ha sido puesto de relieve: *El Derecho, dice Trainin, tiene siempre dos aspectos: obliga a los ciudadanos pero también obliga a las autoridades. Así el Derecho castiga al ladrón y simultáneamente establece los límites del castigo. Por este motivo, el Derecho -no importa cuán variado sea y a veces incluso cuán despóticos sean sus contenidos- está siempre bajo su propia restricción.*<sup>54</sup> Obviamente, el gobierno re-

volucionario soviético no podía aceptar esta limitación; no tenía interés en hacerlo porque su preocupación no era el cálculo individual sino la imposición de una determinada política de carácter general. Por eso, Trainin agrega: *Pero cuando el viejo mundo colapsó, cuando la dictadura se instauró como orden político, la autoridad soviética conscientemente rechazó reconocer tal restricción.*<sup>55</sup>

El mismo razonamiento, con matices en cuanto a su mayor o menor radicalidad, se encuentra en las posiciones socialistas. Eduardo Novoa, por ejemplo, sostiene que el Código Civil es un Derecho de propietarios; y cada vez hay menos propietarios quienes, lejos de ser el ideal del tipo social como era en el Código Napoleón, han pasado a ser un pequeño grupo de privilegiados.<sup>56</sup> Por eso, dice, en la hora actual, *La tarea urgente de los juristas es elaborar las nuevas instituciones jurídicas para un Derecho moderno que sirva a las ideas de solidaridad social, de primacía del interés colectivo por sobre el particular y de activa dirección de la economía por el Estado.*<sup>57</sup>

Sin embargo, no es sólo desde posiciones políticas extremistas que el argumento puede ser esgrimido. Aún desde dentro de la modernidad liberal no cabe duda de que, primero el **Welfare State** y luego las modernas formas de administración, sin desconocer la libertad individual y la iniciativa privada, han otorgado una importancia al Estado como promotor del bien común, bastante mayor que la que pudo aceptar el liberalismo del S. XIX. Aún más, en los países subdesarrollados con economías muchas veces precapitalistas, el Estado asume un papel promotor y director, precisamente para implantar un sistema social de libertad individual y de economía liberal-capitalista. En consecuencia, ese Estado no se limita a una racionalidad lógico formal sino que persigue la realización de fines sustantivos, aun cuando tales fines sean los de implantar una sociedad en la que en el futuro la racionalidad sustantiva pase a un segundo plano y el Derecho asuma un carácter racional formal.

En tercer lugar, **el Derecho Civil se encuentra cuestionado en nombre de la técnica.** El razonamiento civilista ha sido tradicionalmente muy riguroso; pero su rigor se encontraba referido a una lógica interna. En cambio en el presente siglo aparece una serie de campos, antes regidos por el Código Civil, que pretenden vincular la norma jurídica a otro orden de cosas. Tal orden distinto puede exigir -y de hecho exige- un rigor muy exacto. Sin embargo, los fundamentos de la disciplina no se encuentran ya en los criterios abstractos y formales de la lógica jurídica sino en la correlación concreta con un orden de conocimientos externos al Derecho y que constituyen una técnica social.

Esto significa que diversas áreas de las relaciones sociales no aceptan ya ser regidas exclusivamente por *lógica* sino que suponen una técnica determinada, que tiene un cuerpo de conocimientos propios. Por ejemplo, las formas de usar una propiedad inmueble para urbanizarla y dividirla en lotes de terreno, no puede ya estar sujeta simplemente a las reglas generales del Código Civil; exige un tratamiento normativo que incluye aspectos de ingeniería, economía y sociología. La reglamentación relativa a los bienes culturales no puede limitarse a las normas relativas a la propiedad en general; requiere una precisión normativa con ayuda de la historia, la arqueología y, posible-



mente, de la política y la economía. La regulación de la procreación asistida o de la muerte plantea referencias a la biología y a la ciencia médica. De esta manera, el Código Civil aparece como insuficiente para establecer las líneas imperativas que definen el diseño jurídico del área. Esto genera una necesidad de utilizar leyes especiales, usualmente redactadas no por juristas sino por especialistas de esas otras áreas aludidas.

Una cuarta causa de inadaptación del pensamiento civilista a las necesidades del mundo de hoy radica en la **naturaleza formalista del Derecho Civil**.

Paradójicamente, esa característica de racionalidad formal que para Weber era la clave de la modernidad, resulta ahora una de las razones por las que el Derecho Civil no se encuentra a gusto en el seno del mundo contemporáneo; y por las que el mundo contemporáneo no se encuentra a gusto con el Derecho Civil. El formalismo aparta al Derecho Civil de la realidad en la que se aplica y, de este modo, lo convierte en un Derecho abstracto, poco atento a los problemas y a las preocupaciones de la época.

*La enseñanza del Derecho ha puesto énfasis en todas partes en el estudio de la doctrina jurídica, y ha habido poca instrucción en los conceptos y la metodología de la investigación de las ciencias sociales*, denunciaba el International Legal Center.<sup>58</sup> *Si los juristas no desarrollan una perspectiva social y política, hay pocas esperanzas de que un programa de investigación en Derecho y Desarrollo tenga sentido para los abogados y académicos del Tercer Mundo.*<sup>59</sup> En general, dado que la preocupación por el desarrollo se manifiesta sobre todo en otras áreas del Derecho más vinculadas con la regulación económica, son esas otras áreas las que asumen la función modernizadora; en cambio, el Derecho Civil va siendo relegado a los *juristas puros* que son mirados despectivamente por los *desarrollistas* y que a su vez miran a estos últimos como juristas empíricos. De esta manera, se produce una brecha insalvable entre el Derecho Civil y la sociedad que lo rodea. El Derecho Civil estaba realmente vinculado a lo económico cuando la iniciativa económica estaba totalmente en manos privadas; pero cuando el Estado toma un papel promotor, son más bien las reglas administrativas las que adquieren un papel protagónico. Porque lo económico dentro de una sociedad *moderna* estaba servido por una garantía jurídica de la libertad e iniciativa individual, lo que implicaba un disfrute pacífico de las propiedades y una autonomía contractual. Pero cuando lo económico no se basa en el cálculo individual sino en el impulso estatal (incluyendo uno de tipo capitalista como lo puede realizar el Estado taiwanés o coreano), entonces interesa no tanto un razonamiento formal sino más bien uno teleológico o finalista que oriente el sistema hacia los fines político-económicos propuestos.

### 3. Las desventajas de la nueva legislación

De acuerdo a lo expuesto, existen diferentes razones para que el Derecho contemporáneo excluya del campo del Derecho Civil importantes áreas de la vida social. Sin embargo, este alejamiento de las fuentes civilistas no deja de tener consecuencias; y algunas bastante negativas.

Mientras que el Derecho tradicional muestra un alto nivel de coherencia y -¿por qué no decirlo?- de rigor científico, inspirado en las ideas filosóficas del individualis-

mo liberal, ese nuevo Derecho reglamentario, orientado hacia lo público y basado en la técnica antes que en el método jurídico, se presenta con un notable grado de asistematicidad.

Las nuevas leyes tienen un carácter disperso, sin ninguna organicidad; por ello, carecen del prestigio y la calidad de las tradicionales. No tienen un plan ni un método adecuado (no debe olvidarse que el plan del Código Civil ha sido pensado hace 1,400 años y refrendado muchas veces, después de concienzuda reflexión). El nuevo orden jurídico *reglamentario* o de *leyes especiales* está constituido, en gran parte de los casos, por disposiciones creadas apresuradamente, mal redactadas, pobremente coordinadas con el ordenamiento jurídico vigente, resultado de cubileteos políticos que no responden a una lógica estricta sino a las conveniencias de los grupos de poder involucrados.

### 4. Las estrategias del civilismo

Ante un asedio de esta naturaleza, cómo ha reaccionado el Derecho Civil? ¿qué ha hecho para conservar su posición dentro del Derecho y dentro de la sociedad?

En términos generales, podemos decir que ha adoptado dos diferentes estrategias de supervivencia; pero en ninguna ha asumido la actitud de defender palmo a palmo su territorio: en ambas ha hecho concesiones y, en algunos casos, se ha retirado a posiciones manifiestamente más modestas.

La primera estrategia ha sido la del repliegue: en vista de las incursiones limítrofes y de las revueltas intestinas que habían logrado arrancar varias provincias al Derecho Civil, un poco pudorosamente los propios juristas civilistas han procedido a una retirada estratégica. En vez de pelear sus fronteras y discutir las razones por las que las leyes especiales pretendían independizar territorios del Derecho Civil enarbolando una autonomía conceptual, los civilistas han preferido ceder el terreno a cambio de asegurar la paz en áreas más reducidas. Sin embargo, esta estrategia es suicida; porque si el Derecho Civil ha renunciado a esgrimir razones para mantener bajo su control esa provincia, ¿cómo puede pretender conservar otros territorios? Tarde o temprano, los merodeadores avanzan y terminan procurándose nuevas zonas que los civilistas siguen abandonando, engañados por la ilusión de que en esa forma lograrán salvar ciertas áreas cada vez menores.

La política del encogimiento es sumamente peligrosa, porque de tanto encogerse el Derecho Civil puede desaparecer.

La otra estrategia es la de la transformación y puede expresarse de la siguiente manera: no hay otra forma de conservar que transformando. Es así como se abandonan los baluartes doctrinarios clásicos y se aceptan nuevas formas de pensar que no responden necesariamente a la tradición civilista, marcada por el racionalismo y el individualismo de los últimos tres siglos. Esta política de la conversión ha sido utilizada en aspectos particulares por un importante número de juristas inteligentes, desde fines del siglo pasado. Conscientes de que algo estaba pasando en el mundo en torno suyo y de que ese algo no podía ser ignorado, algunos civilistas de gran nivel se dedicaron a repensar ciertos aspectos de la tradición con la idea de eliminar los anquilosamientos y recobrar una agilidad de espíritu que, si bien siempre ha sido necesaria, lo es mucho más en épocas de convulsión.

Ya en 1951 los cambios eran de tal naturaleza que Savatier pudo aventurar un inventario en sus *Métamorphoses du Droit Civil*:<sup>60</sup> la eclosión de la noción de contrato, las nuevas formas de la familia, la socialización de los contratos de trabajo, la distribución social del riesgo de los accidentes, el enaltecimiento de la posesión, la proliferación de bienes incorpóreos y de extraños derechos nacidos en torno a ellos, etc.

La gran pregunta, obviamente, consiste en saber si el Derecho Civil se puede mantener como tal en medio de tanto cambio, si no quedará ahogado por esta tormenta política, socio-económica y de técnica jurídica que lo envuelve.

## LA POST-MODERNIDAD CIVILISTA

### 1. La idea de post-modernidad

Nuestro planteamiento consiste en que la crisis del Derecho Civil no está simplemente motivada por maneras o estilos diferentes de tratar los problemas. No es una crisis técnica: lo que sucede es que esa modernidad a la que el Derecho Civil ha servido durante el siglo pasado de manera tan eficiente, está siendo cuestionada desde fuera y transformada desde dentro.

El cuestionamiento se dirige al centro mismo del asunto: son los contenidos de la modernidad en sí que están siendo objetados o modificados, y no simplemente una forma u otra de legislar.

Algunos de los grandes teóricos del pensamiento liberal advirtieron desde muy temprano las contradicciones implícitas que llevarían algún día a la necesidad de replantearlo. Rousseau, por ejemplo, percibió con lucidez que no basta con elegir libremente para ser libre; hay que elegir la libertad. El propio Weber hizo notar que la modernidad generaba una tensión entre la racionalidad formal que era propuesta como fundamento del sistema y la racionalidad substantiva basada en la aspiración de lograr ciertas realizaciones políticas o morales, ya que la acción social con arreglo a fines no se compatibilizaba bien con la primacía del interés individual. Sin embargo, no logró establecer las bases para superar la fricción. En realidad, a pesar de la subjetividad radical de todos los valores que se encuentra en la base del pensamiento liberal, queda cuando menos un valor objetivo que perturba el sistema y lo distorsiona cada vez que puede: este valor objetivo es la bondad del propio pensamiento liberal, es decir la convicción de que el sistema que organiza la sociedad como una mera coordinación de los elementos subjetivos negando toda objetividad que limite la libertad, es en sí mismo un valor objetivo.

Estas dificultades teóricas -que se manifiestan a través de problemas efectivamente vividos por la sociedad- han dado origen a críticas que han llevado a intentar formas alternativas de modernidad. La clasificación que propone Roberto Mangabeira Unger en modernización capitalista, modernización revolucionaria y modernización tradicionalista, es bastante sugestiva.<sup>61</sup> Algunas de estas variantes de modernidad, como es el caso de los socialismos, plantean posiciones radicalmente diferentes de las de la modernidad capitalista. Sin embargo, forman parte del sistema de la modernidad en tanto que son de alguna manera respuestas a ella: hay una imbricación dialéctica entre capitalismo y socialismo.

No cabe duda que Nietzsche, Marx y Freud inauguran una nueva era al introducir la sospecha como método: con la ayuda de instrumentos tales como la noción de poder, el interés económico subyacente y el inconsciente, se procedió a una cuidadosa demolición de los valores establecidos: aquello que se creía absoluto se redujo cuando menos a elementos históricos y relativos; y, en muchos casos, los pretendidos valores fueron desenmascarados, comprobándose que su aparente valor universal no era sino el disfraz bajo el cual se ocultaba un interés particular a veces contrario al valor pretendido. La sospecha se volvió contra los propios sospechadores y sus propias tesis fueron puestas en duda. Se produjo así una reintroducción de la agresiva razón crítica en la historia de la humanidad, con terribles efectos de devastación y de creación. Por otra parte, los nuevos descubrimientos científicos y tecnológicos del S. XX contribuyeron notablemente a la limpieza de los dogmas demasiado ligeramente contruidos, que fundamentaban la vida social y política. Y las situaciones-límite creadas por las guerras y las crisis económicas y políticas cuestionaron la importancia y aun la validez de muchas verdades establecidas.

El fenómeno que comprobamos en la actualidad consiste en que tanto el capitalismo como el socialismo se modifican profundamente, como resultado de cambios teóricos y también en razón de los progresos tecnológicos en materia de producción y de comunicación de masas, que transforman sustancialmente la naturaleza de los problemas. En realidad, el liberalismo inicial y el socialismo tradicional fueron manifestaciones extremas de aspectos parciales de la modernidad: el uno puso el acento en la libertad subjetiva y el otro en la acción con arreglo a fines; el uno pretendió construir la sociedad exclusivamente en base a la racionalidad formal y el otro rescató y exacerbó la racionalidad substantiva implícita dentro del propio liberalismo; el uno puso el acento en la producción y en la convicción de que la acción de conquista del hombre sobre la naturaleza solucionaría todos los problemas económicos de la humanidad, y el otro puso el acento en la distribución como piedra de toque del progreso social; el uno postuló una sociedad formada sólo por individuos autónomos y el otro acentuó el papel de las estructuraciones sociales en clases; el uno pretendió colocar toda la acción social en el plano privado y el otro en el plano público.

Sin embargo, estamos ahora ante un mundo que transciende esta antinomia de la modernidad y que se transforma desde sus dos extremos: el capitalismo incorpora cada vez mayores dosis de fines sociales y el socialismo mayores dosis de libertad y subjetividad; el capitalismo reconoce y utiliza estructuras sociales mientras que el socialismo flexibiliza sus esquemas rígidos clasistas; el capitalismo admite cada vez más la intervención pública y el socialismo privatiza su sistema e introduce consecuentemente una racionalidad formal.

Este nuevo mundo en ciernes -que posiblemente conservará siempre sus variantes capitalistas y socialistas- es el que ha sido denominado como post-modernidad. En realidad pretende ser una modernidad integrada, en la que se logre una conciliación teórica y social de los elementos en tensión dentro de la modernidad.

En ese sentido la postmodernidad supone de alguna manera la decadencia de las ideologías -al menos conce-

bidas a la manera del S. XIX- y una aspiración hacia un cierto equilibrio clásico ajeno a romanticismos políticos, donde los aspectos pragmáticos primen sobre los patéticos: los programas políticos contruidos antes en base a palabras con mayúsculas (Libertad, Patria, Estado, Libre Empresa, Dictadura del Proletariado) se convierten en listas de objetivos muy concretos. Se deja de lado un pensamiento neumático, inspirado, para someterse a las exigencias minuciosas de la construcción y la administración de una sociedad efectiva y concebida desde una perspectiva auténticamente social. Es así como las teorías políticas post-modernas no se apoyarán exclusivamente en la libertad individual ni en su antítesis constituida la superioridad del Estado, sino que intentarán, cada una a su manera, una cierta forma de suprimir en circunstancias concretas la aparente incompatibilidad entre la racionalidad formal y la substantiva. Es posible que el camino se encuentre a través de una noción repensada de libertad, en la que (I) ésta no sea entendida solamente en el acto de escoger sino también en el objeto de la escogencia, y (II) no solamente sea planteada como salvaguarda de la autonomía sino también como participación en los destinos comunes, de manera que libertad y solidaridad no resulten categorías enfrentadas.

Dado que se trata de una perspectiva que va más allá del substrato de modernidad de todas las posiciones anteriores, debemos pensar que estamos ante una ruptura. Sin embargo, no debe por ello considerarse que se trata de otra tradición: modernidad y post-modernidad forman un continuum, en el que la segunda no sería posible sin la primera. Esta nueva fase organiza los elementos de la tradición occidental de manera nueva, crea otros e incluso ensancha esa tradición mediante la inserción de otras tradiciones antes separadas: en este sentido, la problemática y las antiguas culturas de los países del Tercer Mundo tendrán dentro de la post-modernidad el lugar que les había sido negado por la actitud colonizadora de la modernidad. Pero, a pesar de todos los afluentes que se incorporan al río desde remotas, continúa siendo el río de la tradición occidental que tiene su origen en la concepción griega del hombre y del mundo. No es, entonces, una tradición diferente sino una explosión dentro de la tradición occidental. De alguna manera el Decano Vedel tiene razón cuando afirma que toda revolución es a la vez una ruptura con la tradición y una utilización de esa tradición, por lo que no hay revoluciones absolutas.<sup>62</sup>

## 2. ¿Sobrevivirá el Derecho Civil dentro de la era post-moderna?

Dado que el Derecho Civil moderno se encuentra ligado a las categorías de la modernidad, cuando éstas son cuestionadas el Derecho Civil resulta también afectado. Es verdad que el Derecho es una técnica que permite manejar conceptos sociales diversos. Pero no hay técnicas puras; todo instrumento está, aunque sea de manera suelta, en relación con ciertos fines: si los fines cambian, tendrá que cambiar el instrumento.

En consecuencia, a pesar de esa característica conservadora del Derecho que anotaba Ripert, las circunstancias obligan a los juristas a salir de lo establecido y a arriesgar, a convertirse de alguna manera en profetas y adivinos: estamos ante un mundo nuevo en formación y no es posible quedarse en la casa del liberalismo dieciochesco, disfru-

tando de una cómoda tranquilidad burguesa, porque esa casa está siendo desmantelada para construir con sus materiales una nueva edificación cuyas características nos son todavía en gran parte desconocidas. Es verdad que los últimos siglos de modernidad nos han hecho perder la costumbre de los cambios; y ahora nos cuesta mucho seguir la línea sinuosa de los acontecimientos. Pero vivimos en lo incierto y tenemos que habituarnos; y no podemos olvidar que, en su tiempo, el liberalismo y la modernidad significaron un cambio de enormes proporciones y consecuencias.

En medio de este intenso remolino, el Derecho Civil no puede quedar incólume como una *aeterna veritas*: hecho de modernidad, tiene que ser también desmantelado y rearmado como lo es la sociedad que lo sustenta y a la que sustenta.

La gran pregunta consiste en saber si el Derecho Civil podrá cumplir el mismo papel modernizador dentro de un cambio hacia la post-modernidad, como lo hizo en la construcción de la modernidad.

Notemos que no estamos ante un problema meramente mecánico de suplir ciertas deficiencias: por ejemplo, instaurar los mecanismos y procedimientos para que el legislador cuente con asesoría en materia no jurídica y de esa forma pueda hacer frente al desafío planteado por las nuevas tecnologías. La tarea de hoy no es, como hubiera querido Ripert, simplemente dedicarse a conservar el viejo edificio realizando las reparaciones necesarias. Ripert piensa que el Derecho es fundamentalmente estático y debe serlo tanto para asegurar su aplicación efectiva como para reforzar su legitimidad. Por consiguiente, más que realizar cambios se trata de adaptar las reglas antiguas a las situaciones nuevas.<sup>63</sup> En nuestra opinión, hay un problema más de fondo que toca a la naturaleza y al diseño del Derecho Civil.

Ahora bien, ¿el paso de la modernidad a la post-modernidad no implica la desaparición del Derecho Civil? Dada su identificación con la modernidad, ¿la crisis de la modernidad llevará consigo la crisis definitiva del Derecho Civil? Contestando a Ripert con sus propias palabras podríamos decir que la estabilidad es necesaria al Derecho Civil, pero su transformación no es fatal.<sup>64</sup>

Es cierto que cada vez sabemos menos lo que es el Derecho Civil. Algunos prefieren definirlo simplemente como el conjunto de normas contenidas en el Código Civil y en sus leyes accesorias. Sin embargo, esta definición es una trampa; porque el Derecho Civil se define *non ratiōne imperii, sed imperio ratiōnis*. En realidad, esa respuesta simplemente nos remite a una segunda pregunta: ¿qué es lo que debe estar contenido en el Código Civil?; o, más simplemente, ¿en qué consiste la naturaleza civilista de un derecho? El presidente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Alfredo Orgaz, comentaba que si se quiere ir al fondo de las cosas y dar una definición conceptual del Derecho Civil, se advierte que, por obra de las circunstancias, es por ahora imposible hacerlo.<sup>65</sup>

En verdad, el contenido del Derecho Civil puede ser definido sólo desde el punto de vista de una tradición que sigue desarrollándose. Creemos que el Derecho Civil es el tipo de pensamiento jurídico algunos de cuyos aspectos ciertamente se plasman en un Código- que continúa una tradición que proviene desde Roma.

no sólo como un respaldo de una responsabilidad. Pero esto no significa que sus contenidos permanecen inalterables, porque ninguna verdadera tradición -auténtica, creativa, rica- permanece inalterable. Reconocer la existencia de una tradición no significa desconocer la historicidad del Derecho Civil moderno -y del post-moderno-, pretendiendo que el modelo romano sigue vivo como núcleo esencial y definitorio de esta tradición. Desde nuestra perspectiva, la tradición civilista no debe entenderse como una *esencia* que subsiste a través del tiempo, sino más bien, con un sentido heraclítico, como un cauce dentro del cual discurren elementos muy diversos con corrientes y contracorrientes, con continuidades y rupturas; pero, a través de las vueltas y revueltas del río, sigue siendo el mismo río. De esta forma, la tradición occidental puede ser definida por filiación que por un modelo común a todas sus manifestaciones: cada situación, aun cuando se presente como ruptura de la anterior, es continuadora de la precedente en tanto que se define frente a ella y que no sería posible sin ella. El Derecho Civil moderno, aun cuando tiene elementos de construcción romanos y medievales, es un producto nuevo de la época; sin embargo, las instituciones de la modernidad no son innovaciones ab ovo ni se derivan de la tradición china o hindú, sino que son creadas dentro del marco jurídico-cultural de Occidente. Dentro de este orden de ideas, el contenido del Derecho Civil puede ser radicalmente diferente en cada época; y serán los juristas de cada tiempo quienes, siguiendo la línea marcada por las circunstancias, determinen aquello que queda, aquello que sale y aquello que se introduce. Sin embargo, seguimos llamando a ello Derecho Civil a pesar de los cambios, porque las novedades aparecen dentro de un campo de emergencia cuya filiación puede ser remontada como los eslabones de una cadena; este campo conceptual es el que forma a los juristas que desarrollan las novedades y es frente a él que tales juristas tienen que tomar posición.

El problema debe entonces ser planteado en términos de decidir si esa tradición civilista que se origina en Roma, que atraviesa la Edad Media y que se alía con el racionalismo y el individualismo para fundar la modernidad, tiene todavía elementos dinámicos que permitan continuarla a través de la post-modernidad. La alternativa consistiría en decidir que esa tradición agotó definitivamente sus canteras de recursos productivos y es preciso acudir a una tradición distinta para encontrar los materiales de construcción que requiere la post-modernidad jurídica; o incluso, en la quimera de las vanidades, las nuevas generaciones consideran que es necesario reinventar todo desde el origen, liberarse de toda tradición y olvidarse de lo aprendido para comenzar desde la nada.

Evidentemente, desde la perspectiva historicista que hemos adoptado, la supervivencia del Derecho Civil no puede ya ser planteada sobre la base de un pretendido carácter universal de los problemas morales: como éstos no varían, el Derecho de la antigua Roma podría servir también para nuestros días. Este tipo de planteamientos son simplemente considerados ilusorios por la post-modernidad, cuya conciencia historicista y rigurosa le cierra el paso a romanticismos *esencialistas*. Por el contrario, pretender tal universalidad no haría sino levantar la partida de defunción del Derecho Civil al no permitirle tomar el peso de las nuevas circunstancias a las que tiene que respon-

der si quiere sobrevivir.

Si hacemos un inventario de los antiguos dominios del Derecho Civil que se han independizado y que incluso han afirmado su identidad asumiendo una posición agresiva frente a quien fuera su progenitor conceptual, podríamos pensar que poco le queda al Derecho Civil: éste no sería sino el cajón de los saldos y retazos que sobran luego que se han extraído todos los elementos utilizables para el desarrollo de construcciones jurídicas presuntamente especializadas. Pensamos que este es el resultado inevitable de la estrategia de repliegue adoptada por los civilistas, quienes paulatinamente se resignan a hacer magníficas concesiones sobre la base de asegurarse los restos de sucesivos naufragios.

No obstante, existen otros impulsos que nos llevan a pensar que todavía la tradición civilista tiene una vitalidad que debe ser adecuadamente canalizada para dar lugar a un nuevo florecimiento. El razonamiento riguroso y las instituciones desarrolladas por esta tradición no han sido puestos todavía fuera de agenda. Por el contrario, la crítica de la modernidad y la construcción de la post-modernidad se remontan a veces a las fuentes civilistas a fin de intentar alternativas a las construcciones modernas; y es así como, frente al *Pacta sunt servanda*, los civilistas se vuelven hacia la Edad Media para encontrar ahí el *Rebus sic stantibus* como base de los desarrollos contractuales futuros. Otro ejemplo de vitalidad del civilismo constituye el hecho de que el método y las soluciones del Derecho Civil comienzan a extenderse hacia el Derecho Internacional;<sup>66</sup> y se habla actualmente de la necesidad de *civilizar* el Derecho Internacional a fin de proporcionarle instrumentos que le permitan tratar los problemas de la deuda externa de los países con el refinamiento jurídico con que cuenta el derecho privado para tratar las deudas de los particulares.<sup>67</sup>

En realidad, la supervivencia del Derecho Civil parece estar condicionada a la existencia de relaciones privadas entre los individuos: sólo si éstas desaparecieran totalmente dentro de un sistema perfectamente totalitario, el Derecho Civil no tendría posibilidad de continuar. Por consiguiente, en un mundo post-moderno donde, sin perjuicio de una creciente preocupación social en todos los campos, no cabe duda que las relaciones de ciudadano a ciudadano -o incluso las relaciones económicas horizontales de país a país, que se asemejan a las privadas- mantienen plenamente su vigencia y hasta la readquieren ahí donde la habían perdido: la privatización de la economía no es más un tema ideológico sino una medida práctica.

### 3. Condiciones de supervivencia

Sin embargo, esta supervivencia no se encuentra asegurada por el mero hecho del mantenimiento de las relaciones privadas: es necesario que el Derecho Civil recoja las nuevas formas de tales relaciones y para ello debe lograr una cierta des-identificación con los contenidos específicos de la modernidad.

Una de las condiciones necesarias para cumplir este proceso será liberarse de las ataduras de un positivismo anquilosante que castra su poder creativo. La preocupación de la modernidad de protegerse contra las arbitrariedades del mundo pre-moderno llevó a la pretensión de establecer leyes que no requirieran interpretación alguna: Montesquieu decía que los jueces *no son más que el ór-*

gano que pronuncia las palabras de la ley; unos entes inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ella;<sup>68</sup> y Robespierre sentenciaba: *La frase de que las Cortes crean Derecho... debe ser desterrada de nuestra lengua. En un Estado donde hay una Constitución y una Legislatura, la jurisprudencia de las Cortes consiste solamente en la ley.*<sup>69</sup> En general, dada la importancia del *Code Napoléon*, que parecía un monumento jurídico insuperable, la actitud de los civilistas estuvo más bien orientada a la exégesis antes que a la creación.

Sin embargo, los desafíos actuales exigen una revalorización de la imaginación creativa de los juristas. En realidad, este dinamismo creador fue siempre una característica del Derecho Civil, salvo en las construcciones extremas de la modernidad a las que nos hemos referido. La modernización romana inicial se llevó a cabo no anquilosando el Derecho, sino liberando la capacidad creadora y la imaginación jurídica de los *hombres prudentísimos (virī prudentissimi)* de Roma.<sup>70</sup> Y el propio Justiniano, aun cuando pretende otorgarle la mayor permanencia a su propia compilación, exige a Triboniano que proceda a una expurgación y realice un trabajo creativo:<sup>71</sup> el Derecho no es un mero calco de disposiciones anteriores sino una reflexión propia con ayuda de las fuentes anteriores.

Por otra parte, la post-modernidad se presenta con características muy pragmáticas y técnicas: las grandes palabras, aquellas cuya inicial se escribe siempre con mayúsculas, ceden el paso a políticas, estadísticas y fórmulas. Esto significa que el civilista no puede trabajar ya en una torre de marfil, aislado del mundo y limitado a los instrumentos conceptuales y a la información del Derecho Civil: tiene que abrir ventanas y dialogar con el resto de la sociedad. De ahí que la vinculación con las ciencias sociales sea esencial para la construcción del nuevo Derecho Civil: la responsabilidad extracontractual post-moderna, por ejemplo, no podrá ser deducida de abstractos ideales de justicia y de una noción moral de responsabilidad, sino que requerirá incorporar el importante mecanismo de los seguros; tendrá que determinar el tipo de accidentes más frecuente, tomar en cuenta las transferencias y desplazamientos económicos que se producen en virtud de una u otra forma de reparación, considerar las posibilidades y los efectos sociales de erradicación del riesgo (*deterrence*) implícitos en las reglas jurídicas de compensación.

En realidad, esta apertura hacia las cosas, hacia el mundo donde efectivamente suceden, no es tampoco un elemento extraño a la tradición civilista. A pesar de que la modernidad convirtió al Derecho Civil en un *paraíso conceptual de los juristas*,<sup>72</sup> en Roma el Derecho estaba profundamente vinculado a los hechos: dice Ulpiano que es *rerum notitia*, conocimiento de las cosas.<sup>73</sup> Y según explica Koschaker, en la Edad Media *Los comentaristas [post-glosadores] convirtieron los tesoros de la sabiduría jurídica romana, la técnica del Derecho de Roma, en elementos aplicables a su época, en parte viva del Derecho de sus tiempos...*<sup>74</sup> Calasso también nos señala que los comentaristas sintieron la necesidad de mantenerse adheridos a la realidad de la vida, para edificar sobre sólido.<sup>75</sup> Más tarde, los juristas humanistas concibieron la renovación del Derecho Civil como una *reformatio* de la sociedad y las costumbres.<sup>76</sup>

No pedimos entonces demasiado al Derecho Civil cuando planteamos que debe aproximarse a la realidad de su tiempo con los instrumentos de las ciencias sociales e incluso de las otras ciencias. Y de hecho este acercamiento comienza a producirse: escuelas aparentemente tan opuestas entre sí como *Law & Economics* y *Critical Legal Studies*, no son sino aspectos parciales de esta tendencia; al punto que constituyen dos caminos distintos pero que conducen ambos hacia la post-modernidad. Una tercera condición -que no puede cumplirse si no se verifican las dos anteriores-, es que los civilistas sustituyan la estrategia del repliegue táctico por una de fundamentación.

No es posible seguir perdiendo terreno y conformándose con retroceder a esos campos de la vida humana pretendidamente menos contaminados por la política, por la economía o por la ciencia moderna. No hay ya campos inmunes; y la búsqueda de un pequeño jardín florido y libre del mundanal ruido sólo puede conducirnos a la desaparición del Derecho Civil por encogimiento. El deseo de asegurar permanencia al Código lleva a renunciar a aquellas áreas que han adquirido demasiado dinamismo y que, en consecuencia (se piensa), deben ser reguladas por leyes contingentes o por disposiciones administrativas, a fin de que la modificación constante de su régimen jurídico no afecte la majestad del Código. Pero el tiempo es un vengador implacable contra quienes tratan de paralizarlo: a pasos rápidos, el Código va quedando desactualizado y perdiendo importancia social. Evidentemente, los civilistas seguirán todavía escribiendo tratados de 14 tomos y dictando conferencias, pero la aplicación de su saber en la vida efectiva de la sociedad tendrá un alcance cada vez más limitado.

La única forma de recuperar el terreno perdido -y de conservar una presencia del Derecho Civil dentro del mundo post-moderno -es adoptando la estrategia contraria: el Derecho Civil debe convertirse en un zócalo firme del pensamiento jurídico que regula las relaciones horizontales dentro de la sociedad, de manera que cumpla una función de fundamento permanente sobre el cual pueden construirse los derechos especializados y variables.

Es así como, por ejemplo, puede haber muchas formas de propiedad, con diferentes regímenes jurídicos específicos: propiedad urbana, propiedad agraria, gran propiedad, pequeña propiedad, propiedad horizontal, etc. Pero es posible agrupar todas estas propiedades en una institución a la que llamamos derecho de propiedad y cuyo diseño básico debe encontrarse no en cada una de las leyes especiales sino en las normas generales del Código Civil. De la misma manera, la institución civil del contrato puede iluminar la interpretación de las normatividades más episódicas sobre los distintos tipos de contrato: inquilinato, contratos agrarios, contratos de obras públicas, prenda sin desplazamiento, etc., que están sometidos a leyes especiales. La responsabilidad extracontractual no debe sentir que el área de los accidentes más usuales (de tránsito, de trabajo, etc.) ya no le pertenece -o le pertenece sólo marginal y supletoriamente- porque, aplicando la teoría de la distribución del riesgo, estos daños han pasado a ser indemnizados por sistemas de seguros obligatorios (públicos o privados). Por el contrario, la responsabilidad del Código Civil no puede limitarse a la culpa y ni aun a la responsabilidad objetiva, sino que debe comprender el se-

guro, no sólo como un respaldo de una responsabilidad previamente determinada por el Derecho Civil, sino también como una institución del propio Derecho Civil: como una forma directa -y no necesariamente ajena a su propia lógica- de hacer frente a la reparación (particularmente en el caso de los seguros *no-fault*). Este esfuerzo integrativo debería incluso alcanzar al Derecho Comercial, intentando recuperar dentro del marco fundante del Derecho Civil a este hijo pródigo que dejó la casa paterna del civilismo en la Edad Media: Italia se ha orientado en tal dirección y algunos países de América Latina están también estudiando la posibilidad de reunir el Código Civil y el Código de Comercio en uno solo.

Evidentemente, una tarea de esta naturaleza requerirá grandes dosis de inventiva y de creación, porque no se puede pensar que la integración debe producirse haciendo entrar a la fuerza los nuevos conceptos dentro de las viejas categorías del Derecho Civil que les quedan estrechas: la continuación de la tradición civilista sólo puede tener lugar a través de una gran transformación. Integrar no significa, por ejemplo, inflar la propiedad de manera que puedan entrar dentro de ella derechos tan variados como la llamada *propiedad incorporal* o la *propiedad del empleo* o la *propiedad cultural de la Nación*<sup>77</sup>. Si la propiedad pretende hincharse de esta forma, le puede suceder lo que a la *rana rupa* de la fábula de Esopo: explotará desde dentro y dejará de tener un significado preciso. Integrar implica sistematizar, no homogeneizar. En consecuencia, asumir una actitud fundante supone reconocer la diversidad de los nuevos derechos y crear nuevas instituciones, sin pretender reducir todo a los antiguos patrones. Así, la propiedad no puede aspirar a convertirse en buey mediante la absorción de los nuevos derechos, sino admitir que, al lado de ella existen otras figuras jurídicas que organizan ciertas áreas de la conducta humana tan eficientemente como la propiedad y sin perder necesariamente su carácter civil: la llamada *propiedad intelectual* es, en realidad, un nuevo derecho subjetivo con características diferentes; la *propiedad del empleo* es más bien un derecho a la estabilidad laboral; la *propiedad cultural de la Nación* es un derecho novedoso que otorga a la Nación ciertas prerrogativas respecto de la conservación y exhibición de los bienes culturales, los que pueden ser de propiedad (en el sentido clásico) de particulares; etc.

#### 4. El Derecho Civil de la post-modernidad

¿Qué características tiene este Derecho Civil de la post-modernidad que se viene ya perfilando por entre las resquebrajaduras cada vez más anchas de la modernidad?

En tanto que Derecho privado, el nuevo Derecho Civil conservará los elementos de libertad, individualidad y racionalidad que le han otorgado un impulso tan grande durante los últimos siglos. Sin embargo, afirmar esos valores no significa necesariamente perpetuar los *ismos* que lo han acaparado durante la modernidad: el liberalismo, el individualismo y el racionalismo.

No cabe duda de que la post-modernidad -y consecuentemente el Derecho post-moderno- intentará superar la antinomia en la que nos ha sumido la modernidad al postular la existencia únicamente de una racionalidad lógico-formal, sustentándola sin embargo en una racionalidad inevitablemente substantiva. Por consiguiente, la post-modernidad no sólo atenderá a las exigencias proce-

sales de la libertad (como libertad de elección), sino que se preocupará también por los modos libres de definir la libertad (como objeto de la elección): no basta esa racionalidad formal del pensamiento liberal que se limitaba a enseñar las formas de ejercer la libertad; se requiere definir la libertad misma a través de contenidos libres.

Un elemento sustancial de esa racionalidad substantiva lo constituye el principio de solidaridad. Este principio, fundante del nuevo Derecho, no supone el abandono de la tradición occidental sino la recuperación de ciertas partes menos enfatizadas pero esenciales de esa tradición: la solidaridad no cancela al principio de libertad individual, sino que lo complementa y lo organiza. La idea de solidaridad introduce un razonamiento social y finalista dentro del campo del Derecho privado. Es un hecho patente que este tipo de aproximación ha venido introduciéndose paulatinamente dentro del Derecho Civil, al punto que algunas de sus antiguas ramas clásicas, ante la incapacidad del civilismo para procesar esta ingerencia que la siente como extraña a la naturaleza de su disciplina, han abandonado su campo y aun el del Derecho propiamente privado para considerarse a sí mismas como parte de una nueva área denominada Derecho Social, que ya no se considera privada aunque todavía no es tampoco pública; como si el Derecho Civil, irremediamente individualista, fuese incompatible con los fines sociales. Estos son los casos antes mencionados del Derecho Laboral (que es una derivación de la locación-conducción), del Derecho Agrario (que reúne temas de Derechos Reales y de Contratos) y otros similares. Sin embargo, la solidaridad no supone una estatización de la vida social: el principio de solidaridad se puede realizar perfectamente a través de las autonomías individuales, por lo que no se ve la razón para que las partes del sistema jurídico con fuerte sentido solidario tengan que abandonar la fuente de un Derecho Civil repensado.

Esta necesidad de realizar fines sustantivos obliga asimismo a la utilización, tanto en la creación como en la interpretación de la ley, de un razonamiento jurídico que ya no puede ser meramente formal (basado en la simple invocación de reglas positivas y operando a través de concordancias textuales) sino que requiere tener un sentido finalista (*policy-oriented*), es decir, orientado a verificar en la realidad el cumplimiento de ciertos propósitos sociales. Por ese motivo, el Derecho post-moderno exigirá de los juristas no una simple labor exegética sino fundamentalmente una función imaginativa, capaz de dar soluciones nuevas a problemas nuevos; aun cuando muchas veces se extraigan materiales de las viejas canteras conceptuales.

Dentro de este orden de ideas, el Derecho post-moderno hará también un uso prudente pero libre de prejuicios, de ciertas categorías generales y conceptos *standards*, que permitan contrarrestar los efectos formalistas que inevitablemente cristalizan en toda organización de normas como sistema. Entre estas categorías se encuentran de manera muy importante nociones tales como el abuso del derecho, la armonía con el interés social y el enriquecimiento indebido. Ciertamente el uso de tales categorías, cuya concreción sólo se produce frente al caso, unida a una apelación a formas substantivas de la racionalidad con toda su carga de políticas sociales por realizar,

corrompe la generalidad de la ley.<sup>78</sup> No obstante, cuidando de conservar el equilibrio con la seguridad jurídica que garantiza la calculabilidad individual y es condición de la libertad de ejercicio, dichas categorías resultan indispensables para dinamizar el orden jurídico.

##### 5. Derecho Civil post-moderno y la justicia

El Derecho Civil moderno se ha apoyado de manera muy importante en una cierta noción de justicia: paradójicamente la aspiración a un pensamiento jurídico formal recurría para darse legitimidad a una noción substantiva de justicia que colocaba al individuo y sus manifestaciones como centro del orden social. Es así como, utilizando los materiales de la tradición romanística, construyó un sistema de valores morales que aparecían como las piedras angulares de la sociedad individualista liberal. Conceptos tales como responsabilidad, culpa, santidad de la propiedad absoluta, total autonomía de la voluntad, parecían insoslayables porque eran parte de una ética, participaban de una naturaleza moral que no permitía que fueran puestos de lado.

Sin embargo, la gran pregunta de la post-modernidad es aquella que fuera planteada por Nietzsche: *¿No se podrán voltear todas las medallas? ¿Y el bien no podrá ser el mal?*<sup>79</sup>

El Derecho post-moderno pone en duda la validez de los cimientos morales y en muchos casos desenmascara su origen liberal individualista. El Derecho post-moderno tiende a organizarse más bien en torno a ciertas políticas (*policies*) por realizar, antes que constituirse en expresión transparente de una moral; y, consecuentemente, ese Derecho se juzga no tanto en función de una cierta axiología sino de acuerdo a criterios de eficiencia en la consecución de las políticas propuestas. De la misma manera como la Política se des-ideologiza, pierde su patetismo romántico y se articula en torno a objetivos específicos, el Derecho Civil abandona también su voz iluminada para adquirir un tono más técnico. Las grandes fórmulas, vibrantes de contenidos morales presuntamente eternos y universales, así como las contiendas doctrinarias que han dado origen, quedan atrás ante el avance del lenguaje sobrio del científico social, ante un razonamiento basado en la eficacia.

Los fundamentos individualistas y liberales, que se presentan como la estructura moral insoslayable de todo sistema jurídico pasado o futuro, han pasado a ser obstáculos epistemológicos.<sup>80</sup> La liberación del Derecho Civil de ellos permite abandonar ciertos elementos constructivos que parecían intangibles y abre las puertas a un tratamiento más técnico (*policy-oriented*) de las situaciones sociales involucradas.

Es así como, por ejemplo, la responsabilidad extracontractual abandona la culpa como elemento subjetivamente vinculante de la obligación de indemnizar y se orienta por los caminos de la responsabilidad objetiva y del seguro, dentro del marco de una política de distribución de los riesgos de los accidentes en el interior del todo social. Esta evolución hubiera sido imposible si el Derecho fuera visto simplemente como la normativización de la ética, ya que ello llevaba a considerar que la responsabilidad sin culpa era inmoral, y, por tanto, impensable.

Para una perspectiva tradicional, estas nuevas tendencias del Derecho Civil parecen representar un cierto amoralismo, porque se niegan a recurrir de manera tan inme-

diata a la idea de justicia y a los socorridos valores morales para justificar cada solución particular. ¿Puede decirse, entonces, que el Derecho post-moderno no está necesariamente ligado a la justicia, como lo dicen algunos críticos del Derecho Civil tradicional,<sup>81</sup> afirmando que la idea de la ley como expresión de la justicia es liberal-individualista?

Pensamos que no. Es correcto que una justicia basada en una ética individualista liberal es una justicia liberal individualista. Pero eso no significa que toda noción de justicia sea necesariamente, *per se*, individualista. Este proceso de depuración de una ética de la modernidad como condición para el ingreso del Derecho a la post-modernidad no implica necesariamente un abandono de toda categoría moral, sino sólo de aquellas vinculadas a una sociedad individualista a ultranza y que, de alguna manera, trampean haciéndose pasar como las únicas categorías morales posibles. Por el contrario, la perspectiva moral nos parece indispensable: sin ella carecemos del distanciamiento necesario frente a nuestra realidad cotidiana para juzgarla y para revisarla. La ausencia de un deber ser nos hunde en las viscosidades del ser, nos cosifica, mientras que el ejercicio de la crítica moral pone en acción nuestra libertad, nos devuelve nuestra condición humana al permitir que nos empinemos sobre el ser desde una perspectiva evaluadora. Es gracias a este pensamiento *negativo*, a esta confrontación entre el ser y el deber ser que podemos evadir la banalidad y la unidimensionalidad de un positivismo chato.<sup>82</sup> En realidad, la preocupación permanente por la Justicia -cualquier cosa que esta palabra signifique y sin ninguna pretensión de universalidad de su contenido semántico- lejos de ser un factor de inmutabilidad, ha sido históricamente un motor de cambio jurídico, como lo señala Luis Diez-Picazo.<sup>83</sup>

El Derecho de nuestro tiempo no abandona la justicia; sólo que la reivindica desde una perspectiva social, sistémica, antes que desde una visión diádica e intersubjetiva: la justicia debe presidir el sistema en su conjunto, sin perjuicio de que muchas de las soluciones particulares sean indiferentes desde el punto de vista moral y respondan a criterios fundamentalmente técnicos: implantar el seguro obligatorio *no-fault* de automóviles y suprimir así el análisis de la culpa personal para determinar la reparación del daño, no es acabar con la moralidad del Derecho.

No se trata, entonces, de una renuncia a la moral en general, sino de una renuncia a valores jurídicos basados en una moralidad que ya no satisface: el nihilismo de la sospecha es un método y no una doctrina; más allá del bien y del mal, se reconstruyen otras categorías y otras instituciones jurídicas con características diferentes; quizá menos presuntuosas, más atentas a las realidades cotidianas e históricas, preocupadas no solamente de su valor para el individuo en particular sino también para la sociedad en general.

## NOTAS

- \* Publicado como "Postmodernidad y Derecho", colección Monografías Jurídicas, Bogota, Themis, 1993. Con autorización del autor.
1. Digesto, I, II, 1.
  2. Digesto: I, II, 2.
  3. Digesto: I, II, 3.
  4. Digesto: I, II, 4.
  5. Digesto: I, II, 5.
  6. P. KOSCHAKER: Europa y el Derecho Romano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955, pp. 106-109.
  7. P. KOSCHAKER: Op. cit., p. 130.
  8. P. KOSCHAKER: Ibidem, p. 131.
  9. Harold J. BERMAN: Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition. Harvard University Press. Cambridge, 1983, pp. 151-164.
  10. Talcott PARSONS: The Social System. The Free Press. New York, 1964, p. 8.
  11. Fernando de TRAZEGNIES GRANDA: La idea de Derecho en el Perú Republicano del S. XIX. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1980, p. 27.
  12. Fernando de TRAZEGNIES GRANDA: Op. cit., p. 27.
  13. "The interest of the community is one of the most general expressions that can occur in the phraseology of moral... The community is a fictitious body, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its members. The interest of the community then is, what? - the sum of the interests of the several members who compose it" (Jeremy BENTHAM: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Cap. I, IV. Hafner Publishing Co. New York, 1948, p. 3).
  14. "The only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it. Each is the proper guardian of his own health, whether bodily, or mental and spiritual" (John Stuart MILL: On liberty. Cap. I, párrafo 13).
  15. Max WEBER: Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva. Fondo de Cultura Económica. T. I. México, 1974, p. 64.
  16. Loc. cit.
  17. David M. TRUBEK: Max Weber on Law and the Rise of Capitalism. Wisconsin Law Review. Vol. 1972, No. 3, p. 722.
  18. Max Rheinstein: Introducción a Max Weber on Law in Economy and Society. Clarion. Simon and Schuster. New York, 1954, p. 191; Max WEBER: Economía y Sociedad. Ed. Fondo de Cultura Económica citada. T. I, p. 493.
  19. Max WEBER: Op. cit. ed. Rheinstein, p. 192; ed. Fondo de Cultura Económica, p. 494.
  20. Max WEBER: Op. cit., ed. Rheinstein, p. 64; ed. Fondo de Cultura Económica, pp. 511-512.
  21. Max WEBER: Ibidem.
  22. David M. TRUBEK: Max Weber on Law and the Rise of Capitalism. Wisconsin Law Review. Vol. 1972, No. 3, p. 730; Max Weber: Op. cit. ed. Rheinstein, pp. 62-63; ed. Fondo de Cultura Económica, pp. 510-511.
  23. Vide Rogelio PÉREZ PERDOMO: El formalismo y sus funciones sociales en el S. XIX venezolano. Monte Avila, Editores. Caracas, 1978.
  24. Roberto Mangabeira UNGER: Law in Modern Society, ed. cit., p. 204.
  25. Rogelio PÉREZ PERDOMO: Op. cit., p. 21.
  26. No debe olvidarse que Weber utiliza al adjetivo burocrático no en sentido despectivo para significar la patología de la administración, sino en su sentido original de gobierno a cargo de un sistema de administradores.
  27. Max WEBER: Op. cit., ed. Rheinstein, pp. 228-229; ed. Fondo de Cultura Económica, pp. 606-607.
  28. Max WEBER: Op. cit., ed. Rheinstein, p. 225; ed. Fondo de Cultura Económica, p. 604.
  29. Max WEBER: Op. cit., ed. Rheinstein, p. 64. La edición del Fondo de Cultura Económica ha omitido la referencia a la Pandectística, traduciendo la expresión como Derecho Privado (p. 511); pero en todo caso, ello no hace sino enfatizar nuestra tesis de que el Derecho Civil es el prototipo del Derecho de la modernidad, según Weber. Max Rheinstein, en la Introducción de su edición, destaca a su vez esta relación entre modernidad y Derecho Civil (Max Rheinstein: Max Weber on Law in Economy and Society. Clarion. Simon and Schuster. New York, 1954, p. xliii).



## NOTAS

30. Franz WIEACKER: *Storia del Diritto Privato Moderno*. Giuffrè Editore. Milano, 1980.
31. Rogelio PÉREZ PERDOMO: *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el S. XIX venezolano*. Monte Ávila Editores. Caracas, 1978 y *Los Abogados en Venezuela*. Monte Ávila Editores. Caracas, 1981.
32. Vide Carlos José GUTIÉRREZ: *El funcionamiento del sistema jurídico*. Editorial Juricentro. Costa Rica, 1979.
33. Carlos José GUTIÉRREZ: *Derecho Privado y Modernización. El esfuerzo latinoamericano*. New York, Agosto de 1989.
34. Fernando de TRAZEGNIES GRANDA: *La idea de Derecho en el Perú Republicano del S. XIX*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1980.
35. Manuel Lorenzo de VIDAURRE: *Proyecto de Código Civil Peruano dividido en tres partes*, escrito por el ciudadano M.L. Vidaurre. Imprenta del Constitucional, por Justo León. Lima, 1835. II parte, p. 11.
36. *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano*. Edición oficial. Imprenta de José Masías. Lima, 1836, p. IV.
37. *Ibidem*, p. V.
38. *Ibidem*, p. VI.
39. *El Araucano*, No. 146 de 28 de Junio de 1833, cit. por Guillermo FELIU CRUZ: *La prensa chilena y la codificación. 1822-1878*. Comisión Nacional de Conmemoración del Centenario de la muerte de Andrés Bello. Santiago de Chile, 1966, p. 21.
40. Ricardo LEVENE: *Manual de Historia del Derecho Argentino*. 4ta. ed. Depalma. Buenos Aires, 1969, p. 430.
41. Ricardo LEVENE: *Op. cit.*, p. 439.
42. Ricardo LEVENE: *Op. cit.*, p. 442.
43. Francesco LUCARELLI: *Diritti Civili e Istituti Privatistici*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1983, p. 6.
44. Eduardo NOVOA MONREAL: *El Derecho como obstáculo al cambio social*. 2a. ed. Siglo Veintiuno Editores S.A. México, 1975, p. 13.
45. Eduardo NOVOA MONREAL: *Ibidem*, p. 11.
46. Eduardo NOVOA MONREAL: *Ibidem*, p. 11.
47. Eduardo NOVOA MONREAL: *Ibidem*, p. 11.
48. Eduardo NOVOA MONREAL: *Ibidem*, p. 25.
49. Eduardo NOVOA MONREAL: *Ibidem*, p. 25-26.
50. Georges RIPERT: *Les forces créatrices du droit*. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris, 1955, p. 8.
51. *Ibidem*, p. 10.
52. N. NEMTSOV: *La legalidad revolucionaria y el trabajo de las Cortes durante el período de la reconstrucción*, publicado en *El Semanario de la Justicia Soviética*, 1929, No. 47, pp. 1101-1102, transcrito por Zigurds L. ZILE: *Ideas and Forces in Soviet Legal History*. College Printing & Typing Co. Madison, Wisconsin, 1967, p. 214.
53. Max WEBER: *Op. cit.*, ed. Rheinstein, pp. 225-227; ed. Fondo de Cultura Económica, pp. 604-605.
54. A. TRAININ: *Sobre la legalidad revolucionaria*, publicado en *Derecho y Vida*, 1922, No. 1, p. 5; transcrito por Zigurds L. ZILE, *op. cit.* p. 48.
55. *Ibidem*, p. 48.
56. Eduardo NOVOA MONREAL: *Op. cit.*, p. 25.
57. Eduardo NOVOA MONREAL: *Op. cit.*, p. 15.
58. International Legal Center: *Informe sobre la Investigación en Derecho y Desarrollo*. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1975, p. 58.
59. *Ibidem*, p. 83.
60. René SAVATIER: *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. 3a. ed. Dalloz. París, 1964.
61. Roberto Mangabeira UNGER: *The Place of Law in "Modern" Society; Sketch for an interpretation*. Preliminary draft. Harvard Law School. Cambridge, U.S.A., 1972; vide etiam Roberto Mangabeira UNGER: *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*. The Free Press. New York, 1975.
62. Georges RIPERT: *Les forces créatrices du Droit*. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris, 1955, pp. 6-7.
63. Georges RIPERT: *Op. cit.*, pp. 4-5.
64. *Ibidem*, p. VI.

## NOTAS

65. Alfredo ORGAZ: Artículo "Derecho Civil", en Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, 1964. T. VII, p. 11.
66. Günter FRANKENBERG y Rolf KNIEPER: Problemas jurídicos del sobreendudamiento de los países en desarrollo. Relevancia de la doctrina de las deudas ociosas, en la revista Derecho, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1984.
67. Fernando de TRAZEGNIES GRANDA: Nuevas aproximaciones del Derecho a los problemas internacionales. Centro Peruano de Estudios Internacionales. Lima, 1966, p. 27.
68. Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de MONTEQUIEU: Del espíritu de las leyes. L. XI, cap. VI. En la Imprenta de Villalpando. Madrid, 1820, T. II, p. 53.
69. Cit. por Franz NEUMANN: The Change in the Function of Law in Modern Society, en: The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory. Herbert Marcuse (ed.). Free Press, U.S.A., 1964, p. 37.
70. Digesto: I, II, 4.
71. Digesto: Proemio, 4-7.
72. La expresión es de H.L.A. HART. The Concept of Law. At the Clarendon Press. Oxford, 1961, p. 127.
73. Digesto, I, I, 10, 2.
74. P. KOSCHAKER: Europa y el Derecho romano. Editorial Derecho Privado. Madrid, 1955, p. 150.
75. Francesco CALASSO: Introduzione al diritto comune. Dott. A. Giuffrè, editore. Milano, 1970, p. 64.
76. Francesco CALASSO: Op. cit., p. 199.
77. Fernando de TRAZEGNIES GRANDA: La transformación del derecho de propiedad, en la revista Derecho. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No 33. Lima, 1978, pp. 75-104.
78. Roberto Mangabeira UNGER: Law in Modern Society, ed. cit., pp. 193-198.
79. Friedrich NIETZSCHE: Humano, demasiado humano. Prefacio, No. 3. Edaf. Madrid, 1980, pág. 28.
80. La noción de obstáculo epistemológico la utilizamos en el sentido de Bachelard, como aquellos conocimientos que, aun siendo correctos (al menos desde cierta perspectiva), detienen demasiado pronto la investigación e impiden la evolución del pensamiento por el hecho de que evitan su relativización y se imponen como hitos imperativos. (Gastón BACHELARD: La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo. Siglo Veintiuno Editores. México, 1978, p. 19).
81. Eduardo NOVOA MONREAL: Op. cit., pp. 74-77.
82. Herbert MARCUSE: L'homme unidimensionnel. Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée. Les Editions du Minuit. Paris, 1968, pp. 147-151 et passim.

# Comentarios sobre la ratificación del CIADI

Andrés Fernández-Salvador C

*El Gobierno del Ecuador, mediante Decreto Ejecutivo No. 1417-B publicado en el Registro Oficial No. 309 de 19 de abril de 2001, ha ratificado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, CIADI, más conocida por sus siglas en inglés ICSID (International Center for Settlement of Investment Disputes).*

Por cuanto forma parte integrante del ordenamiento jurídico ecuatoriano es importante conocer algunos aspectos puntuales de dicho instrumento internacional y los efectos legales llamados a producir, no sin antes revisar los principales aspectos relevantes de Derecho Internacional relacionados con dicha Convención.

Debido a la publicación en el Registro Oficial antes señalada, que establece de manera inequívoca la vigencia en Ecuador de dicha Convención, es difícil creer que, según la información proporcionada por autores<sup>1</sup> y por el mismo CIADI,<sup>2</sup> Ecuador habría ratificado la misma el 15 de junio de 1986 y habría entrado en vigor el 14 de Febrero de 1986.

El CIADI forma parte de las cinco organizaciones internacionales que conforman el Grupo del Banco Mundial: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento BIRF; Agencia Internacional de Fomento AIF; Corporación Financiera Internacional CFI; Organismo Multilateral de Garantía de las Inversiones OMGI; y, Centro Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, CIADI.

El Centro o CIADI no es reciente, al contrario fue creado mediante la citada Convención Internacional que tuvo lugar en Washington el 18 de marzo de 1965, es decir hace 36 años. A septiembre del 2000, 148 Estados han suscrito la Convención y de ellos, 133 habrían ratificado y depositado el correspondiente instrumento de ratificación.<sup>3</sup>

En una época de globalización, parecería natural la suscripción por parte del Ecuador de dicha Convención, más aún cuando lo que se pretende es dar seguridad a los inversionistas sobre el medio de resolver sus controversias y, de esta manera, atraer inversiones.<sup>4</sup> No es de extrañarse, por tanto, que dicha suscripción de dicha Convención ha-

ya sido exigida por la comunidad de naciones exportadoras de capital y demás organismos internacionales de crédito.

Sin embargo, como se verá más adelante, esta Convención nació hace 36 años de una necesidad y desde su creación ha sido objeto de estudios, y por cierto de reticencias, especialmente por los países en vías de desarrollo, que paradójicamente son ahora los que conforman el grueso de suscriptores de la Convención. Así, en lo relativo a las inversiones, los países exportadores de capital se afrontaban con los países importadores en algunos puntos delicados de derecho internacional que se encontraban sin resolver debido a la falta de consenso. Estos aspectos, bajo el auspicio del Banco Mundial, han sido agrupados y resumidos por la Convención, de tal forma que satisfagan los intereses y antagonismos de ambos grupos.

Por su gran importancia, se analizarán por ahora únicamente en los artículos 25 (numeral 1), 26 y 27 de la Convención, y se irán estudiando determinados aspectos y problemas legales de derecho internacional, para descubrir que su inclusión en la Convención, lejos de ser una improvisación, es el resultado de un proceso, resumen de tendencias inconciliables entre los países del Norte y del Sur y, a su vez, el lanzamiento de nuevas tendencias con determinada dirección:

## Artículo 25

(1) *La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que*

las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

#### Artículo 26

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

#### Artículo 27

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

**1. Inmunidad soberana.**— En virtud del art. 25 de la Convención antes citado, un Estado que por naturaleza es un ente soberano, puede ser sometido ante un tribunal de arbitraje para resolver una controversia jurídica surgida con un nacional originario de otro Estado. Principios fundamentales de derecho internacional han tenido que ser superados para llegar a este punto,<sup>5</sup> como la reticencia de los Estados de someterse a un tribunal distinto de los suyos propios y tener como contendiente en un conflicto jurídico a un nacional de otro Estado.<sup>6</sup>

Por definición un Estado, al ser un ente soberano, no puede estar en igualdad de condición que un nacional de cualquier otro Estado. Los Estados son iguales entre sí.<sup>7</sup> El Estado forma parte de la Comunidad Internacional; al contrario, el nacional forma parte de un Estado. Pretender que un Estado se someta a un tribunal en respuesta a una acción planteada por un individuo, persona natural o jurídica nacional de otro Estado y, en consecuencia, tenga como contendiente en igualdad de condiciones a un nacional, hace algunos años era simplemente insostenible.<sup>8</sup> Ningún Estado puede juzgar a otro Estado sin el consentimiento de este último,<sup>9</sup> peor aún un Estado estar en igual de condiciones frente a un nacional en un tribunal de justicia internacional. Los Estados debaten entre Estados en Cortes creadas por los Estados mismos, como la Corte Internacional de Justicia de La Haya que reemplazó a la extinta Corte Permanente de Justicia Internacional.

Este principio internacional, aún vigente, ha tenido que resistir varias tormentas con el devenir de los años, que han flexibilizado su rígida interpretación original. Así, comenzaremos por anotar que en nuestros días, un nacional de un Estado, que puede ser una persona jurídica como una empresa transnacional o una persona natural, puede ser más poderoso que un Estado desde el punto de vista económico; basta pensar en la empresa Microsoft o en el Bill Gates; luego, en la práctica, las inversio-

nes junto con el comercio han ido aumentando a un ritmo muy acelerado, lo que produce como consecuencia inevitable que el riesgo de conflictos entre Estados y nacionales se incremente también, más aún cuando muchas de las inversiones en los países en desarrollo tienen por objeto la explotación de recursos naturales que, por lo general, son áreas sensibles controladas por los Estados, como telecomunicaciones, petróleo, minería, transporte, entre otras.

De esta manera el nacional de un Estado, en caso de que su inversión se vea afectada por un problema legal, en donde se habrían violado sus derechos, no podía iniciar un juicio contra el Estado receptor de la inversión. Conviene aclarar este punto: por lo general y en todo caso en Ecuador, los tribunales de justicia de dicho Estado los mecanismos judiciales para resolver la controversia que tiene por víctima a un nacional, pero aquí resulta que, desde una perspectiva objetiva e internacional del conflicto, el Estado es juez y parte, ya que la Función Judicial es parte integrante de dicho Estado y, frente a una inversión extranjera, los tribunales nacionales no tienen (o mejor dicho no tenían, ya que con el advenimiento de la globalización, parecería que esta corriente está cambiando) la tendencia a beneficiar la inversión extranjera; a esto hay que sumar la circunstancia de que en la mayoría de países, la injerencia de la política es intensa en lo que tiene que ver con la designación de magistrados de justicia.<sup>10</sup>

En resumen, antes de la creación del CIADI, un inversionista que tenía un conflicto (incumplimiento, ruptura anticipada del contrato suscrito con el Estado, víctima de expropiación, de confiscación de la inversión, etc.) con el Estado receptor de la inversión, debía acudir a su propio Estado y ejercer la Protección Diplomática, para que su Estado inicie las acciones legales internacionales para la solución de conflictos.

La Protección Diplomática es el derecho que tiene un Estado, de hacer suyo el conflicto de su nacional surgido con otro Estado. Se encarga así de la protección de sus nacionales cuando otros Estados amenazan o violan sus derechos que no pueden ser respetados por ellos directamente.<sup>11</sup> Este *endoso* del conflicto por parte del nacional a favor de su Estado quien interviene con las prerrogativas que el Derecho Internacional confiere a los Estados el para resolver las controversias, desde los medios pacíficos hasta el uso de la fuerza.<sup>12</sup>

**2. Tratamiento nacional.**— Existe la teoría de que los extranjeros, cuando adquieren propiedades en un Estado, se someten al principio internacional de *tratamiento nacional*, es decir que tiene los mismos derechos que los nacionales de dichos Estados. En el pasado, esta teoría ha visto su lado oscuro y particularmente se complicó en 1917 con la Revolución Rusa, en donde se expropiaron las propiedades de los extranjeros sin compensación ni indemnización alguna; el gobierno revolucionario ruso basó su negativa a dar alguna compensación por las expropiaciones verificadas, en justamente base al principio del mismo *tratamiento nacional*, ya que si a los ciudadanos rusos no se les compensó por las expropiaciones sufridas a sus propiedades, tampoco se les puede compensar a los extranjeros por las expropiaciones sufridos por ellos. El concepto de *nacionalización* nació aquí dándose

dose énfasis a los efectos de los actos de un Estado sobre su misma comunidad, sin considerar los intereses del particular afectado por tales medidas.

3. **Mínimo estándar internacional.**- Como respuesta y en contrapartida a la teoría de tratamiento nacional, los Estados de los inversionistas afectados reclamaban la aplicación del principio del *mínimo estándar internacional*, en donde el inversionista extranjero tendría derecho a un mínimo de derechos reconocidos por la comunidad internacional, entre estos, la prohibición del *enriquecimiento injusto*, que forma parte de los Principios Generales del Derecho.<sup>13</sup> El problema es que tal comunidad internacional que generaría tales derechos es en realidad un pequeño grupo de países exportadores de capital, por lo que no se puede hablar, en *stricto sensu*, y en este tema de las inversiones, de derechos reconocidos por la comunidad internacional.

4. **Cláusula Calvo.**- Sin embargo, la circunstancia de que un extranjero tenga más derechos que los mismos nacionales, que es la consecuencia de aplicar el principio del *mínimo estándar internacional* antes indicado, tampoco resultaba muy justo y evidente como lo pretendían las naciones poderosas de aquel entonces - que siguen siendo las mismas de hoy en día -; así, se fortaleció la doctrina Calvo creada por el jurista argentino Carlos Calvo, quien afirmaba que los extranjeros que se establecen en un Estado ciertamente tienen los mismos derechos de protección que los nacionales, pero no deberían tener mayores prerrogativas para reclamar una protección más extendida que la que reciben los propios nacionales de dicho Estado.

Calvo pensaba que admitir un *mínimo estándar internacional* significaría crear un exorbitante y fatal privilegio que favorecería esencialmente a las naciones poderosas y perjudicaría a las naciones más débiles, estableciendo una injustificable inequidad entre nacionales y extranjeros, en favor de estos últimos.<sup>14</sup>

Como corolario de esta doctrina nació la famosa Cláusula Calvo, que es considerada una importante contribución latinoamericana al desarrollo del derecho internacional. Mediante esta cláusula se pretendía eliminar el derecho del extranjero a reclamar la Protección Diplomática de su Estado, de tal forma que el extranjero se encontraría exactamente en la misma posición que el nacional del Estado receptor de la inversión.<sup>15</sup>

El asunto se complicó más cuando los Estados poderosos, una vez endosado a su favor el conflicto nacido con su nacional y otro Estado, tenía la tendencia a utilizar la fuerza para resolver los conflictos, especialmente para exigir el pago de lo adeudado a las nuevas e independientes repúblicas latinoamericanas.

Aquí se debe mencionar a Drago, otro gran tratadista argentino, quien fomentó la doctrina que lleva su nombre, por la cual se prohíbe a un Estado toda intervención armada u ocupación territorial sobre cualquier otro Estado Americano, ejecutada para asegurar la recuperación de la deuda pública por parte de dicho Estado. a una acción igual reacción: fue el uso de la fuerza que inspiró el nacimiento de la Convención Drago-Porter (que contiene la doctrina Drago).<sup>16</sup> barcos de Gran Bretaña, Alemania e Italia bombardearon en 1902-1903 los puertos venezolanos con el fin de recuperar las deudas.<sup>17</sup>

La validez de la Cláusula Calvo es controvertida. A su favor mencionaremos que, con ocasión de conflictos surgidos entre México y nacionales de los Estados Unidos de Norteamérica, estos Estados acordaron, mediante instrumento internacional, formar una Comisión Mixta de Reclamaciones formada por dichos Estados, para resolver esas controversias; esta Comisión admitió que si un extranjero había acordado por medio de un contrato que cualquier controversia relativa al mismo será resuelto por los jueces nacionales, entonces tal extranjero debe respetar dicho acuerdo y someterse a los jueces nacionales y la Comisión Mixta de Reclamaciones no era, por lo tanto, competente.<sup>18</sup> Es decir, se admitió tácitamente la validez de la Cláusula Calvo.

Sin embargo, lo anterior no debe entenderse con demasiada latitud. Si la disputa tiene relación con violación del derecho internacional, por ejemplo la negación a acceder a la justicia, entonces sería posible la intervención del Estado del extranjero, a pesar de la existencia de la Cláusula Calvo; para que esto suceda, además, se requeriría que la actuación y violación del Estado receptor de la inversión sea grave.

Como es de suponer, existe una posición más radical y contraria que afirma que la Cláusula Calvo es nula de nulidad absoluta. Se fundamenta esta corriente contraria en el argumento de que el nacional de un Estado carece de derecho para renunciar a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. Por tanto, cualquier cláusula suscrita en ese sentido carece de eficacia ante los ojos del Estado y del Derecho Internacional.

Los países latinoamericanos fomentaron la expansión de la Cláusula Calvo como consecuencia de lo cual, como acabamos de ver, en caso de disputa entre un extranjero y un Estado sobre un contrato o concesión, tal disputa sería resuelta por los mismos jueces nacionales. Más aún, en virtud de dicha Cláusula el Estado del extranjero no podía ejercer la Protección Diplomática para llevar el caso a un Tribunal Internacional, debido a que dicho extranjero había acordado renunciar a ese derecho.

En la práctica, la aplicación de la Cláusula Calvo constituía una barrera importante que impediría el flujo de inversiones a los países que exigían su inserción contractual, ya que los inversionistas no sentían seguridad alguna al conocer que los conflictos surgidos con el Estado receptor de la inversión serían resueltos por jueces nacionales del mismo Estado, sin posibilidad de recurrir a la protección diplomática de sus Estados.<sup>19</sup>

Frente a este escollo, que afectaba a todos los actores de la economía, tanto países exportadores de inversiones como receptores, en el año de 1965, bajo el auspicio del Banco Mundial, se creó el centro de arbitraje CIADI, que no es otra cosa que el producto de un tratado multilateral en el que los Estados contratantes, en virtud del artículo 25 antes citado, aceptan someterse al arbitraje para resolver la controversia surgida con un nacional de otro Estado.

Pero también se tiene el art. 27 de dicha Convención, que prohíbe a un Estado conceder la Protección Diplomática cuando uno de sus nacionales haya sometido la diferencia al arbitraje del CIADI, entendiéndose el ejercicio de la protección diplomática en su sentido restringido, limitado solamente a recursos jurisdiccionales y

bajo la excepción de que el Estado sí tendrá derecho de ejercer la Protección Diplomática, cuando el otro Estado no acepte el laudo o se niegue a ejecutarlo.

#### Artículo 27

(1) *Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.*

(2) *A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.*

Sin duda, ahora es más comprensible el contenido y alcance del art. 25 de la convención CIADI. Así también se entiende la inclusión del artículo 27, que limita el ejercicio de la Protección Diplomática por parte de las naciones poderosas, tesis defendida por las más débiles y especialmente por las latinoamericanas, promotoras de la doctrina Calvo.

De la misma manera se comprende y justifica la inclusión en el mismo artículo 25 de la exigencia de la manifestación de voluntad expresa del Estado para someterse al CIADI... *y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.* En efecto, si no se hubiese incluido esta disposición que viene de señalarse, hubiera sido muy difícil que los Estados receptores de inversiones acepten ser partes contratantes de la Convención, ya que hubiese significado una renuncia a la doctrina Calvo, que tanto fomentaron los países en desarrollo.

Entonces, para efectos de la validez del sometimiento al arbitraje del CIADI no solamente es necesario que el Estado sea miembro de la Convención, es decir que la haya suscrito o se haya adherido, ratificado y depositado el instrumento de ratificación sino que, en el caso de especie de un contrato de inversión suscrito entre dicho Estado y un inversionista, en el mismo se haya señalado de manera precisa el consentimiento de las partes de someterse al arbitraje del CIADI.<sup>20</sup>

El consentimiento del Estado para someter la resolución al arbitraje del CIADI puede estar expresado en el mismo contrato suscrito con el inversionista extranjero, mediante una Cláusula Compromisoria; también puede manifestarse en otro instrumento o contrato por separado suscrito entre el Estado e inversionista en cuestión, que tenga como objeto acordar que el conflicto que surja o el ya presente sea resuelto mediante arbitraje según las reglas del CIADI, o finalmente, y esto nos lleva a otro acontecimiento de mucha importancia verificado durante las últimas décadas en la comunidad internacional, puede estar preestablecido en otros instrumentos internacionales, que en la práctica se han cristalizado en los Acuerdos Bilaterales de Protección y Promoción a las Inversiones.

En estos Acuerdos Bilaterales, más conocidos por sus siglas en inglés BIT, Bilateral Investment Treaties, entre otras cosas se establece que los conflictos surgidos entre nacionales de un Estado y el otro Estado, serán re-

sueltos por el arbitraje internacional.<sup>21</sup> Más adelante nos detendremos un momento a analizar estos Acuerdos Bilaterales.

**5. Agotamiento de los recursos internos.-** En Derecho Internacional, para que un nacional en el caso de sentir que sus derechos han sido violados por el Estado pueda acudir ante los órganos jurisdiccionales internacionales de justicia, previamente debe solicitar la Protección Diplomática de su propio Estado, a quien se le endosa el conflicto y lo hace suyo, Estado que a su vez hará uso de los medios pacíficos para resolver la controversia (negociación, mediación, conciliación, arbitraje, reglamento judicial, recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su conveniencia).<sup>22</sup>

Como se ha visto, mediante el CIADI, se ha evitado este largo proceder, ya que el nacional puede directamente iniciar la acción legal ante el Estado causante de la violación del derecho, sin tener que recurrir a la Protección Diplomática de su Estado.

En Derecho Internacional, previo a iniciar una acción legal en contra de un Estado, el nacional debe agotar todos los recursos internos que la justicia del Estado receptor de la inversión contempla en sus leyes. En otras palabras, el inversionista extranjero que se sienta perjudicado por el Estado deberá iniciar las acciones legales, judiciales y administrativas ante los jueces competentes de dicho Estado, continuar con los procesos hasta última instancia y, agotado este procedimiento, sin que se hayan satisfecho sus pretensiones, podrá entonces acudir a su Estado y solicitar la Protección Diplomática.

Ahora bien, en el caso que un Estado y un inversionista hayan suscrito una Cláusula Compromisoria por la cual se someten al arbitraje internacional, cabe la interrogante si previamente a acudir ante dicho tribunal arbitral, será o no necesario que el inversionista haya agotado todos los medios administrativos y judiciales que las leyes de dicho Estado establecen en su ordenamiento legal, y de esta manera cumplir y respetar la Regla Internacional del agotamiento previo de los recursos internos. Caso contrario, el laudo arbitral podría ser considerado nulo o, peor aún, el Estado condenado mediante un laudo arbitral podría alegar inejecutabilidad del mismo, por la violación de esta importante regla de Derecho Internacional.

Esta inquietud fue sometida a análisis y resolución en cuatro ocasiones ante la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte de Justicia Internacional. Lamentablemente, en los cuatro casos los conflictos encontraron una solución extrajudicial antes de dictarse los respectivos fallos internacionales.<sup>23</sup>

De manera más práctica y frontal, la Convención CIADI abordó y resolvió el problema, al señalar en su artículo 26 lo siguiente:

#### Artículo 26

*Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.*

En conclusión, frente a un conflicto en particular, las

partes pueden acordar (I) sea el agotamiento a los recursos internos, (II) sea la exclusión de esta regla. Lo que debe quedar en claro es que manifestada la voluntad de que el único remedio para solucionar el conflicto es el arbitraje según las reglas de CIADI, entonces no cabe que el Estado alegue la violación de la regla internacional del agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales.<sup>24</sup>

**6. Acuerdos Bilaterales de Protección y Promoción de las Inversiones.** Comenzaremos por indicar que el incremento y desarrollo de los acuerdos bilaterales de protección y promoción de las inversiones, suscritos inicialmente entre países desarrollados y en vías de desarrollo, es espectacular, sobre todo cuando los mismos están basados mucho más en las posiciones de los países del Norte que del Sur, y su contenido iría en contra de las tesis sostenidas por los países en vías de desarrollo.<sup>25</sup>

Por lo anteriormente indicado, y aunque parezca paradójico, este desarrollo se revela más sorprendente cuando la suscripción de dichos acuerdos se ha verificado no solamente entre países desarrollados y en desarrollo (así, Ecuador ha suscrito acuerdos, entre otros países, con Francia,<sup>26</sup> Estados Unidos de Norteamérica,<sup>27</sup> entre otros) pero también entre países subdesarrollados, como el caso de los Acuerdos suscritos por Ecuador con El Salvador,<sup>28</sup> Cuba,<sup>29</sup> Argentina,<sup>30</sup> Chile,<sup>31</sup> Paraguay,<sup>32</sup> y otros.

En lo que tiene que ver con el CIADI, como hemos podido apreciar es una convención que suscrita en el año de 1965, es respetuosa de los conceptos y tesis defendidas tanto por los países del Norte como del Sur, cristalizada en los artículos 25, 26 y 27. Así, por un lado los Estados en vías de desarrollo han aceptado someterse a priori a la competencia del Centro y, en contrapartida, los Estados desarrollados han renunciado a ejercer la protección diplomática de sus nacionales. Por tanto, todo Estado parte de la Convención deberá en forma adicional manifestar de manera expresa y para cada caso en particular su consentimiento expreso, como lo ordena el artículo 25 de la indicada Convención.

Aquí es donde han entrado en acción los Acuerdos Bilaterales suscritos entre los países desarrollados y los países en desarrollo. Mediante las normas contenidas en dichos convenios, los Estados en desarrollo (receptores de inversión) han manifestado su consentimiento a someterse al arbitraje del CIADI.<sup>33</sup>

De esta manera, en dos tiempos, primero mediante la suscripción de la Convención CIADI y luego mediante la suscripción de Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección a las Inversiones, se ha resuelto un escollo que tenía que afrontar un inversor frente a un conflicto con el Estado receptor de la inversión, a saber obtener el consentimiento para someter la controversia al arbitraje CIADI.

Para terminar vemos que, en el caso concreto del Ecuador, se ha ido aún más lejos al emitirse el Reglamento Sustitutivo de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones,<sup>34</sup> en donde se ha establecido de forma imperativa que todo contrato de inversión que se suscriba con un extranjero se someterá a resolución del CIADI.

Confunde, sin embargo, encontrar que el Reglamento

Sustitutivo de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, publicado en el Registro Oficial de 25 de enero del 2001, señala imperativamente en su artículo 29 que en los Contratos de Inversión se estipulará la competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, cuando a esa fecha, en enero del 2001, Ecuador era solamente un Estado suscriptor de la Convención y la misma no formaba parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano ya que, como se ha indicado al comienzo de este artículo, solamente con fecha 19 de abril del 2001 ha sido ratificada en legal y debida forma.

Podemos incluso afirmar que lo anterior resulta hasta contradictorio, cuando en forma expresa el art. 29 del Reglamento Sustitutivo que viene de indicarse, señala que el contrato de inversión estará sujeto a la normatividad legal ecuatoriana, ya que son tales normas las que ensombrecen su aplicación y eficacia por las razones indicadas.

Para perfeccionar este enredo legal interno, en el Registro Oficial No. 255 de 30 de enero del 2001 se publicó el Acuerdo Ministerial No. 2001-024, por el cual se estableció el formato básico común para el Contrato de Inversión, en donde se señala la competencia del CIADI para resolver las controversias que no hayan podido ser resueltas amigablemente, cuando tampoco a esa fecha estaba vigente en territorio ecuatoriano dicha convención internacional.

La aparición de tales normas es incomprensible, sobre todo se descubre que el derogado y sustituido Reglamento de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, publicado en el Registro Oficial No. 346 de 24 de junio de 1998, establecía sin apuros, en legal y debida forma en su art. 29 que los conflictos y controversias se podrán someter a los procedimientos específicamente acordados o estipulados en los Convenios Bilaterales o Multilaterales firmados y ratificados por el país.

Por lo antes señalado, naturalmente fluyen algunas interrogantes: ¿Quién y qué motivó esta apresurada y absurda derogación? ¿Son nulas por objeto ilícito o aún por falta de objeto estas disposiciones legales, ya que hacen referencia a una norma legal inexistente en nuestro ordenamiento jurídico? Sabemos que la ley no puede tener efecto retroactivo, pero, ¿tienen valor jurídico las normas que hace referencia a expectativas futuras?

Por ahora dejaremos planteadas estas inquietudes e incongruencias de derecho interno, que prueban lo peligroso y contraproducente que resulta ejercer presiones (son las incongruencias arriba indicadas, en realidad, las mayores inseguridades jurídicas que alejarán a cualquier inversionista), sobre todo cuando los responsables de la redacción de las normas (en este caso del Ejecutivo) no tienen la preparación y cuidado suficientes.

Volviendo al centro de arbitraje CIADI, es curioso verificar que en realidad ha tenido poco éxito en su objetivo de ser el centro receptor de las controversias surgidas entre Estados e inversionistas originarios de otros Estados. Así, si consideramos que el Centro tiene 36 años de existencia, es muy pobre el número de controversias - 59 - que finalmente han sido sometidas al procedimiento CIADI, a marzo del 2001.<sup>35</sup>

¿Por qué razón entonces hay tanto interés en que sea

el CIADI el centro de resolución de las disputas nacidas entre Estados e inversionistas extranjeros? Una respuesta razonable sería el interés del Banco Mundial de *centralizar* la administración de justicia en lo relativo a la solución de conflictos jurídicos relacionados con las inversiones que tengan como actores a Estados e inversionistas de otros Estados.

Esta circunstancia permitiría, con el transcurso del tiempo, ratificar y fortalecer las normas contenidas principalmente en los Acuerdos Bilaterales de Promoción y

Protección a las Inversiones, generando nuevas reglas y principios generales del derecho que deberán respetar las partes en conflicto, en definitiva, intentar crear jurisprudencia internacional uniforme que influya positivamente en la actitud de los Estados y, de esta manera, generar las condiciones necesarias para el nacimiento y formación de una costumbre internacional,<sup>36</sup> la principal fuente de derecho internacional y, probablemente la suscripción, en un futuro no muy lejano, de una Convención Internacional sobre Derecho de las Inversiones.

## NOTAS

1. Philippe Sands, Ruth Mackenzie, Yuval Shany, *Manual on International Courts and Tribunals*. Ed. Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 1999, pág. 103-106.
2. [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid).
3. Idem.
4. Lalive Pierre, Some Threats to International Investment Arbitration, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*. Vol. 1, Number 1. Spring 1986 p. 28, quien acota lo manifestado por el Secretario General del CIADI, "its paramount objective is to promote a climate of mutual confidence between investors and States: 1984 ISCID Ann. Rep. 5, and Shihata, Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA, 1 *ICSID Rev.-FILJ* 1, 4 (1986).
5. Lalive Pierre, Op.cit., p. 33
6. Idem. p. 35
7. Guggenheim Paul, *Traité de Droit International Public*, Tome I, Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A., Geneve, 1953, p. 174-175.
8. Nguyen, Daillier, Pellet, *Droit International Public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1987, 3 Ed., pp. 636-637.
9. Schwebel Stephen M., (Judge International Court of Justice The Hague) "Some Aspects of International Law in Arbitration Between States and Aliens. Private Investors Abroad, Problems and Solutions in International Business in 1986". *International and Comparative Law Center*. The Southwestern Legal Foundation. Dallas, Texas. Ed. Mathew Bender., Chapter 12, p. 12-9.
10. Lalive Pierre, Op. cit., p. 28
11. Guggenheim Paul, Op. cit., pp. 310-311.
12. *Charte de Nations Unies et Statut de la Cour Internationale de Justice*, Chapitre VI, art. 33
13. Dolzer Rudolf, "Expropriation and Nationalization", en: R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 8 (1981), p. 214.
14. García Amador F.W., "Calvo Doctrine, Calvo Clause", en: R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 8 (1981), p. 62.
15. Idem, p. 63.
16. Doctrina consagrada mediante la Convención de La Haya de 1907, respecto de las Limitaciones para el Empleo de la Fuerza para la Recuperación de los Contratos de Deuda. Idem. p. 312.
17. Wolfgang Benedek, "Drago-Porter Convention (1907)", en: R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 8 (1981), p. 141
18. Idem.
19. Lalive Pierre, Op. cit. p. 34
20. Philippe Sands, Ruth Mackenzie, Yuval Shany, Op. cit., p. 92
21. Caflich Lucius, "L'avenir de l'arbitrage interétatique", *AFDI*, 1979, p. 26.
22. *Charte de Nations Unies et Statut de la Cour Internationale de Justice*, Chapitre VI, art. 33
23. Schewebel Stephen M., (Judge International Court of Justice The Hague) "Some Aspects of International Law in Arbitration Between States and Aliens. Private Investors Abroad, Problems and Solutions in International Business in 1986". Op. cit. pp. 12-4



## NOTAS

24. En el reporte anual del Director Ejecutivo del Banco Mundial, éste dejó claro al manifestar que cuando la intención de las partes es someterse al arbitraje sin agotar previamente los recursos internos del Estado, entonces debe respetarse dicha intención. "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States Submitted to Governments by the Executive Directors ... and Accompanying Report of the Executive Directors, March 18, 1985.", 4 Int'l Legal Materials 532, 524 (1955), citado por Schewebel Stephen M., op. cit. p. 12-8.
25. Carreau, Flory, Julliard, Droit Internatinal Economique, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 3eme Ed, 1990, p. 600.
26. Registro Oficial No. 778 de 11 de septiembre de 1995.
27. Registro Oficial No. 49, de 22 de abril de 1997
28. Registro Oficial No 831 de 28 de noviembre de 1995.
29. Registro Oficial No. 330 de 2 de junio de 1998
30. Registro Oficial No. 785 de 20 de septiembre de 1995
31. Registro Oficial No. 785 de 20 de septiembre de 1995
32. Registro Oficial No. 782 de 15 de septiembre de 1995
33. Nguyen, Daillier, Petter, Op. cit. p. 638.
34. Registro Oficial No. 252 de 25 de enero del 2001.
35. Sands, Mackenzie, Shany, Op. cit., p. 87
36. Nguyen Quoc, Daillier, Pellet, Op. cit., 292; Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

# Hace falta una ley que promocióne y proteja la competencia económica

Santiago Andrade  
Ubidia

*En materia de libre competencia es necesario establecer un marco idóneo para que no se convierta en libertinaje.*

## A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En el N° 3 de la revista *Iuris Dictio* se publica un artículo de mi autoría, bajo el título *Algunas consideraciones en torno a tres temas del nuevo Código de Procedimiento Penal*<sup>1</sup> en el cual me referí a un artículo de prensa aparecido bajo el sugerente título de *Falta un Código*,<sup>2</sup> y afirmé que me permitía calificar al título de dicho artículo como *sugerente*, porque concitó la atención de los lectores ya que parecía abordar el problema de la falta de cuerpos de leyes, dispuestas según un plan metódico y sistemático, sobre materias tan importantes como la familia, la leal competencia, el medio ambiente y tantas otras en que existen normas dispersas, inorgánicas, incompletas e inclusive incongruentes y contradictorias.

De esta manera puse de manifiesto mi personal preocupación por estos vacíos que presenta el ordenamiento legal ecuatoriano y me referí concretamente a tres campos en que se siente de manera particular la falta de una adecuada normatividad.

Hoy retomo esta temática para referirme a uno de los vacíos que registra nuestro ordenamiento legal: el de la competencia económica, porque considero que es una prioridad que se promulgue una ley que la fomente y proteja, por ser un requisito sine qua non para la recuperación económica y el desarrollo social del país.

El imperativo de la modernización del Estado ha impuesto que la Constitución Económica del mismo sea una síntesis de dos principios organizadores de la actividad económica: el mercado y la autoridad. Alfredo Mancero<sup>3</sup> señala: *El mercado, entendido como un escenario competitivo al cual concurren la oferta y la demanda de bienes y servicios que tienen precio, no puede sustraerse de las condiciones de la economía mundial y las tendencias de la globalización. La autoridad, entendida como un conjunto orgánico de jerarquías administrativas que regulan el funcionamiento de los mercados, debe promover la cohesión social de la nación y garantizar la provisión de bienes y servicios públicos que no tienen precio.* Como resultado, las instituciones económicas del país se deben ir adecuando a las nuevas características de la integración

internacional (apertura), así como fomentar la competencia entre los agentes económicos (liberalización), promover la ampliación de la capacidad social de la nación (capitalización de los recursos) y garantizar la vigencia plena de los derechos de las personas (equidad distributiva).

Respecto de la liberalización económica, Mancero señala que *del mismo modo que ya no es defendible el papel «empresarial» del Estado, excepto en casos muy sensibles para la estabilidad económica y política de los países pequeños, tampoco es consistente el argumento de los mercados «libres y desregulados», pues todas las evidencias confirman una tendencia inevitable hacia la formación de monopolios privados cuando la legislación económica carece de mecanismos eficaces para estimular la competencia, sancionar la concentración del poder de mercado, prevenir y mitigar otro tipo de delitos económicos: asociaciones ilícitas, pactos colusorios, daños ambientales, información fraudulenta y publicidad engañosa, violación de los derechos de propiedad (incluida la propiedad intelectual, abusos en la fijación de precios y violación de las normas de calidad de los bienes y servicios, entre otros.*<sup>4</sup>

El célebre autor argentino Roberto Dromi, uno de los ideólogos del proceso de transformación de su patria, señala con notable claridad y concisión que *el mercado es una institución compleja, que surge como resultado de la interacción de los individuos. En otras palabras, el mercado, más que un resultado automático del juego de variables económicas, es una construcción social. Lo dicho trae aparejada la dificultad de crear un mercado por ley; la solución consiste en construir un mercado actuando sobre las instituciones colectivas y permitiendo la participación efectiva de la mayoría de los sujetos. Y es en este marco en el que la regulación del régimen de defensa de la competencia adquiere importancia. La iniciativa de construir el mercado modifica la relación entre el Estado y la economía y requiere una administración pública con capacidad para orientar y garantizar las elecciones realizadas por los agentes económicos y controlar el funcionamiento del mercado evitando la formación de monopolios que distorsionan la realidad del mercado. Lo dicho reafirma las nuevas misiones del Estado relocalizado lue-*

go de los procesos de reforma estatal y constitucional. El Estado contemporáneo debe ser orientador en el sentido de ejercer la conducción política de la sociedad para lograr el bien común, fiscalizador para compatibilizar y armonizar los derechos en pro de la convivencia social, protector para amparar y defender los derechos e intereses de la comunidad, y regulador ajustando el desenvolvimiento de los grupos sociales a principios y reglas ordenadoras.<sup>5</sup>

Desde que se abandonó la tesis de la intervención directa y sistemática del Estado en la actividad económica por haberse comprobado su fracaso, es la empresa privada la que adquiere un rol protagónico en el desarrollo económico y el Estado limita su intervención a la orientación, fiscalización y protección, actuando directamente como agente económico sólo en situaciones muy específicas (que se verán más adelante). Pero la empresa, para poder desarrollarse y cumplir adecuadamente su papel en la economía precisa de tres grandes pilares que la sustenten: el reconocimiento de la propiedad privada, incluida la propiedad intelectual; la consagración de la libertad para intervenir como agente económico y competir, dentro de los límites que fija el bien común; y la protección adecuada del consumidor que es el destinatario final de todo el proceso productivo, así como del medio ambiente como presupuesto racional para garantizar un desarrollo sustentable.

En materia de libre competencia, es necesario establecer un marco idóneo para que no se convierta en libertinaje. Rafael García Palencia señala: *La característica esencial de una economía de mercado consiste en la posibilidad de todos los individuos de emprender libremente una actividad económica. El juego de la oferta y la demanda conduce, idealmente, a una situación de equilibrio del mercado. En efecto, aquellas empresas que producen aquello que se adecúa a las necesidades del consumidor serán las que prosperen y se expandan; miente el éxito de estas empresas, nuevas empresas comenzarán a producir estos mismos productos, y, la supervivencia o la convivencia de estas empresas dependerá de su eficacia ya que los consumidores acudirán a aquella que les proponga la mejor relación calidad/precio. Y esto es la esencia del mercado: el esfuerzo competitivo de las empresas para realizar la mejor oferta y el esfuerzo de los consumidores por conseguir la mejor oferta. Pero todo esto sólo es posible si existe competencia en el mercado, y si esta competencia es leal, es decir, si todos los operadores del mercado buscando su propio interés y empleando todo su esfuerzo en ello desencadenan el juego del mercado, consiguiendo un resultado que es positivo tanto para los operadores del mercado como para los consumidores.*<sup>6</sup>

El autor añade: *Sin embargo tal situación es efectivamente ideal. A nadie escapa que a las empresas, individualmente hablando, les interesa eliminar la competencia, de esta forma concluyen acuerdos para repartir los mercados con los competidores, fijar precios, limitar los esfuerzos de investigación, etc.; también la libre competencia se puede ver amenazada por la actitud de una empresa en posición dominante en un mercado, por monopolios legales o de hecho, por las subvenciones estatales o regionales, exenciones fiscales, concesión de derechos especiales o exclusivos. Estos son algunos ejemplos de si-*

*tuciones que empañan las condiciones de competencia en un mercado. El ordenamiento legal debe prevenir los abusos y las distorsiones a fin de que realmente exista una legal y transparente competencia y que las empresas puedan ingresar libremente al mercado, se mantengan en él porque sean eficientes y no porque sean artificialmente sostenidas; y finalmente que su salida se deba a su ineficiencia y no a la acción de terceros que las expulsen del mercado mediante maniobras contrarias a la buena fe y lealtad.*

## MARCO CONSTITUCIONAL

Como consecuencia del proceso de modernización del Estado en el campo económico, se incorporaron a la Constitución Política de la República nuevas instituciones o se desarrollaron las existentes: a más del reconocimiento de las libertades de empresa (artículo 23 N° 16) y de contratación (artículo 23 N° 18) ambas con sujeción a la ley, así como el derecho de propiedad, en los términos que señala la ley (artículo 23 N° 23) y a la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes (artículo 30 inciso tercero), se reconoce el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación (artículo 23 N° 6), así como el derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios (artículo 23 N° 20) y el derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características (artículo 23 N° 7). Se proclama al Ecuador como un Estado social y democrático de derecho (artículo 1) y se adopta un sistema de economía social de mercado (artículo 244), debiendo su organización y funcionamiento responder a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad con la finalidad de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios así como a la propiedad de los medios de producción (artículo 242). Se señala que corresponde al Estado, dentro del sistema de economía social de mercado, entre otras cosas el promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen (artículo 244 N° 3); igualmente se desarrolla extensamente lo relativo al medio ambiente (artículos 86 a 91) y a los consumidores (artículo 92), entre los derechos fundamentales colectivos.

Al adoptar el Estado ecuatoriano el sistema de economía social de mercado, se ha realizado una declaración de indudable contenido ideológico que es determinante tanto para caracterizar la actuación del Estado mismo, cuanto la de sus habitantes. En definitiva, se adoptó un modelo económico determinado. Entrena Cuesta<sup>7</sup> siguiendo a García Echavarría<sup>8</sup> señala que las características fundamentales que configuran un orden o sistema de economía social de mercado, son:

1°. El mecanismo de coordinación de las decisiones descentralizadas lo constituye el mercado, por lo que de-

be asegurarse el funcionamiento del mismo.

2ª. Debe garantizarse la libertad de acceso al mercado eliminando los obstáculos que puedan existir.

3ª. Debe asegurarse la estabilidad monetaria.

4ª. Ha de existir constancia en la política económica, sin perjuicio de la dinámica de los procesos sociales, con el fin de limitar los riesgos de los agentes económicos a los que corresponden a sus decisiones.

5ª. Debe estar garantizada la propiedad privada de los medios de producción, responsabilizando a la propiedad en función de sus oportunidades de rendimiento y asegurando que los resultados correspondan a las aportaciones reales al mercado.

6ª. Libertad de actuaciones contractuales

El autor citado señala que *la efectividad de este orden de economía social de mercado exige una serie de actuaciones del Estado:*

1º. *El Estado debe garantizar la capacidad de la competencia el mercado para que funcione como mecanismo de control de los monopolios y oligopolios, evitando o reduciendo la concentración de poder en el mercado, ordenando, completando y fomentando la competencia.*

2º. *El Estado debe actuar en el proceso de distribución para corregir los resultados del mecanismo del mercado mediante una política de rentas y patrimonios.*

3º. *El Estado debe actuar en el campo coyuntural con el fin de dar constancia a los procesos económicos.*

4º. *El Estado interviene en actuaciones estructurales en las actividades que no puede acometer el sector privado por su riesgo indefinido o por su largo período de tiempo.*

5º. *El Estado realiza una política social que asegure las prestaciones necesarias a los individuos cuyas necesidades no pueden satisfacerse vía mercado y con el fin de que el sistema social afirme la propia libertad individual.*

*Ahora bien, todas estas intervenciones estatales, en un sistema de economía social de mercado, han de ser "conformes al mercado", de modo que las medidas estatales se integren el mecanismo del mercado y no lo sustituyan por un sistema burocrático.*

Existen diversas concepciones sobre la competencia:

a) la concepción clásica, que atiende exclusivamente a la estructura de mercado, en la búsqueda de un mercado perfecto. Toda limitación de la competencia es perjudicial. El Estado debe limitarse a prohibir monopolios y oligopolios o fusiones conducentes a ellos, los cuales minan estructuralmente la competencia.

b) La competencia funcional, que atiende a la estructura del mercado, al comportamiento de los agentes y a los resultados del mercado. Ciertas intervenciones estatales y restricciones a la competencia son aceptables cuando cumplen objetivos de descentralización, desconcentración, mejor distribución de ingresos, etc. Estas intervenciones deben ser distinguidas de otras limitaciones inaceptables que distorsionan negativamente o suprimen la competencia.

c) La concepción neoliberal, que considera que la internacionalización de los mercados hace que incluso las empresas más fuertes se vean sometidas a presiones

competitivas cuando no hay intervención estatal que distorsione la concurrencia. El Estado debe desregular el mercado para disminuir costos de acceso así como limitarse a impedir la formación de carteles. La concentración en sí misma no es negativa pues puede resultar de las políticas de empresas eficientes.<sup>10</sup>

Del examen del texto constitucional se concluye que se ha recogido la concepción funcional del mercado y de la competencia, para la cual, según señalan Troya y Grijalva,<sup>11</sup> *no toda intervención del Estado es negativa y distorsionadora, siendo de hecho el propio mercado una institución social que para existir y generar una adecuada estructura, comportamiento y resultados requiere de una adecuada intervención del Estado. Esta intervención, cuando sea social y constitucionalmente justificable, puede incluso crear excepciones al propio régimen de competencia.*

Los autores antes citados añaden que *En la concepción funcional de la competencia, a diferencia de la neoliberal, la eficiencia y el supuesto beneficio macroeconómico a los consumidores no son el único fin de la misma. Junto a ello pueden plantearse otros objetivos incluso formalmente consagrados en a ley, tales como la redistribución del ingreso, la protección de la mediana y pequeña industria y descentralización del poder económico.*<sup>12</sup>

## PANORAMA LEGISLATIVO

Dentro de este proceso de adecuación de las instituciones a las nuevas realidades, se han dictado leyes de gran importancia, como la de propiedad intelectual, de medio ambiente, orgánica de defensa del consumidor, pero falta dictar un cuerpo normativo que sienta el marco idóneo para que se desarrolle la libre competencia. Colombia, Venezuela y Perú cuentan con leyes sobre la competencia, únicamente Bolivia y Ecuador carecen de este cuerpo normativo.

En nuestra patria tan sólo existen normas legales y reglamentarias especiales, que se aplican a determinados sectores, que no tienen un tratamiento general: así, encontramos disposiciones en las Leyes de Modernización, de Transformación Económica, de Compañías, en la Ley y el Reglamento de Telecomunicaciones, en el Reglamento de Hidrocarburos, en la Ley y Reglamento de Seguros, en el Reglamento Orgánico del Ministerio de Agricultura.

La Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena (Comunidad Andina) contiene la regulación sobre la materia, aunque la opinión general es que resulta insuficiente, por lo que en la actualidad se está negociando una nueva Decisión que la sustituya.

Para cumplir con el mandato constitucional contenido en el artículo 244 N°. 3 es necesario que se dicte una ley general, que se inspire en el concepto de libertad y que establezca los resguardos mínimos indispensables para que esa libertad pueda realmente tener vigencia, recordando siempre que el sistema ecuatoriano es de economía social de mercado, por lo que el Estado está en la obligación de realizar el adecuado control a fin de evitar abusos y distorsiones, o como dice la norma mandataria constitucional antes señalada, que promueva el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulse la libre compe-

tencia y sancione las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.

#### INICIATIVAS EN PRO DE UNA LEY DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

En los actuales momentos existe una clara conciencia de la necesidad de esta ley. Los más distinguidos editoriales de la prensa nacional vienen tratando del tema desde diversos ángulos. A manera de ejemplo, sin que sea una enumeración exhaustiva, citaré a: Fabián Corral (*El ogro monopólico*),<sup>13</sup> *El despotismo de lo macro*,<sup>14</sup> *La libertad posible*,<sup>15</sup> *Algo más que la ley*,<sup>16</sup> *La sociedad sin reglas*,<sup>17</sup> *Hernán Pérez Loose (Legislación antimonopolio)*,<sup>18</sup> *Miguel Macías Hurtado (Proyecto de ley peligroso)*,<sup>19</sup> *Luis Villacrés Smith (Monopolios)*,<sup>20</sup> *Washington Herrera (Inflación y libertades económicas)*.<sup>21</sup> Se tiene conciencia de que la promoción de la competencia, que se perseguiría como un objetivo permanente, podrá arrojar resultados tangibles en el mejoramiento de la calidad y precios de los productos que se vendan en el Ecuador, sean nacionales o importados, todo lo cual redundará en el beneficio del consumidor y posiciona al país como un exportador potencial competitivo, a base de buena calidad y precio. Por ello se debe apoyar el debate y la adopción de una ley de esta naturaleza, si queremos realmente prepararnos para participar positivamente en el ALCA (Washington Herrera). Añadiremos que los desafíos de la Comunidad Andina de Naciones imponen la promulgación de esta ley, al igual que la inserción del Ecuador en el comercio mundial vía la OMC.

Russell Pittman, Jefe de la Sección de Políticas de Competencia de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, en un documento intitulado *La razón de la política de Competencia, especialmente para las economías en desarrollo*, pregunta: *¿Los países en desarrollo debieran dedicar escasos recursos gubernamentales a la promulgación y aplicación de leyes de competencia?* y responde: *Parece claro que la respuesta es afirmativa, que esos países son tan vulnerables como los países desarrollados a las clases de medidas anticompetitivas descritas anteriormente. En efecto, hay por lo menos tres razones para creer que las leyes de competencia son especialmente importantes a medida que los países en desarrollo liberalizan sus economías. Primero, la mayoría de los países en desarrollo... tienen economías repletas de grandes empresas que dominan industrias específicas, muchas veces debido a políticas y prácticas del pasado. A medida que estas empresas son privatizadas, no reciben con agrado el surgimiento de la competencia a sus productos en el mercado nacional, y podrían emprender medidas dirigidas a disuadir la importación o distribución de esos productos rivales... Segundo, donde la liberalización económica ha incluido cierto desmantelamiento de los monopolios de las grandes empresas, podría haber una tendencia entre los gerentes de los componentes recientemente separados de la vieja empresa a cooperar más que a competir en el mercado. Esta cooperación podría tomar la forma de acuerdos de cártel, y esos acuerdos podrían ser facilitados por la creación de asociaciones industriales cuyos miembros son los nuevos componentes de la anti-*

*gua empresa. Al igual que con el comportamiento abusivo de las empresas dominantes, si la formación de cárteles, más que la competencia, es el resultado de la liberalización, entonces muchos de los beneficios de la liberalización no llegarán a los ciudadanos... La tercera razón está relacionada. Mucha de la población de los países en desarrollo podría enfrentar creciente incertidumbre económica como resultado de la liberalización. Quizás la mejor respuesta a esa preocupación será la creación de una «red de seguridad social» eficaz —adiestramiento laboral, atención médica financiada por el gobierno, beneficios de desempleo, y así por el estilo— a fin de que los que pierdan sus empleos tengan más capacidad para encontrar nuevas ocupaciones y no enfrenten la pobreza extrema mientras tanto. Pero una segunda respuesta es la promulgación, aplicación y publicación de una ley de competencia, para que la población tenga conocimiento de que la llegada del capitalismo no significa el abandono de todas las reglas y protecciones para los actores pequeños del mercado. Probablemente no sea una exageración declarar que, en algunos países la promulgación de una ley de competencia ha sido un requisito previo a la promulgación de otras leyes de liberalización.*<sup>22</sup>

A nivel mundial se ha debatido acerca de la necesidad de la promulgación de una ley sobre la materia. En un documento de la OMC<sup>23</sup> se dice: *Aparte de los argumentos a favor de la pertinencia fundamental de una política de competencia como pieza esencial del desarrollo, algunas delegaciones pusieron en duda la necesidad de una ley general de competencia como medio para llevar a la práctica la política de competencia. Al respecto, se alegó además que, de hecho, la política de competencia comprendía la gama completa de medidas oficiales con repercusiones en la estructura y el comportamiento del mercado, incluidas las medidas oficiales con repercusiones en la estructura y el comportamiento del mercado, incluidas las medidas de liberalización del comercio. Por consiguiente, la adhesión a una política de competencia no implicaba necesariamente la adopción de una legislación de corte tradicional sobre la competencia... Respondiendo a esta argumentación, otras delegaciones opinaron que, si bien era perfectamente posible que un país aplicara una política de competencia sin adoptar una legislación en la materia, la existencia de una tal legislación aportaba importantes beneficios. Entre ellos, cabía mencionar que proporcionaba a la política fuerza de ley, obligatoriedad y estabilidad, ampliaba la capacidad de adaptación de nuevas técnicas de análisis aplicables a todos los sectores y reducía el peligro de «sumisión» institucional de la autoridad central encargada de la competencia, en comparación con la situación de los órganos de regulación especializados en determinados sectores de la economía, argumentos muy valederos que convencen acerca de la necesidad de dictar una ley de la materia, a más del mandato constitucional en el caso ecuatoriano.*

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha desplegado desde hace algunos años una prolífica labor en orden a alentar que se dicte una ley como la reclamada, así es como los expertos reunidos por este organismo ha preparado y publicado la *Ley Tipo de Defensa de la Competencia*, conocida también como *Ley Tipo de la UNCTAD*.<sup>24</sup>

El Grupo de Trabajo sobre la interacción entre Comercio y Política de Competencia de la OMC distribuyó un documento, recibido de la Delegación Permanente de la Comisión Europea, intitulado *La dimensión de desarrollo de las normas y de la política de competencia*, en el cual se anota: *la mundialización del mercado conlleva asimismo un peligro concreto consistente en la expansión de las prácticas anticompetitivas más allá de las fronteras nacionales. A falta de normas y políticas de competencia efectivas, es probable que las prácticas anticompetitivas reduzcan los beneficios derivados de la liberalización del comercio y las reformas reglamentarias. Esta circunstancia constituye uno de los diversos argumentos aducidos en el sentido de que la liberalización del comercio y las normas de competencia, lejos de ser opciones alternativas, son más bien elementos complementarios de una política económica acertada que teóricamente deberían aplicarse simultáneamente para fomentar al máximo el desarrollo económico en virtud de un crecimiento equitativo y eficiente y para aumentar el bienestar del consumidor.*<sup>25</sup>

Este documento nos presenta los efectos negativos de la no aplicación de una política de competencia al inicio del proceso de apertura y privatización. En efecto, dice: *En una comunicación de Corea al Grupo de Trabajo figura un ejemplo ilustrativo de la manera en que, de no aplicarse la política de competencia en una fase suficientemente temprana del proceso de desarrollo, puede que haga falta emprender más adelante una costosa reestructuración industrial. En la comunicación se llega a la conclusión de que "...de haberse introducido antes una política de competencia, el desarrollo económico de Corea habría resultado más sólido y equilibrado. En las primeras etapas de desarrollo se prestó muy poca atención a los efectos estructurales negativos de la concentración económica y a las distorsiones de la estructura de mercado. De ahí que Corea haya de acometer ahora la muy difícil tarea de reestructurar su industria, que podría haberse evitado si se hubiera introducido una política de competencia antes de que llegara a distorsionarse la estructura del mercado."*

Hasta la presente fecha, en nuestra patria se han presentado y están cursando en el Congreso Nacional tres proyectos de ley: cronológicamente, el primero fue la presentada por el diputado Rafael Dávila para la protección de la libertad económica; le siguió el de la autoría del diputado Julio Noboa intitulado *Ley Antimonopolio y de la Libre Competencia*; finalmente, un tercer proyecto el presentado por un numeroso grupo de legisladores encabezados por la diputada Susana González, intitulado *Ley de Protección de las Libertades Económicas*. Además, desde hace aproximadamente dos años el Ministerio de Comercio y Pesca se encuentra elaborando otro proyecto de Ley para la Defensa de la Competencia, que no ha sido presentado aún a la Legislatura y tiene el carácter de reservado.

De estos proyectos, el que se está analizando en múltiples mesas de trabajo es el que ha recibido el nombre de *Ley de Protección de las Libertades Económicas* y que, por iniciativa de la Tribuna del Consumidor y de CARE, fue elaborado por un grupo técnico integrado por dos profesores de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede

Ecuador, el doctor Agustín Grijalva y el autor de este trabajo, y por la doctora Wilma Chamorro, abogada de la Tribuna del Consumidor, y que ha merecido el auspicio de un numeroso grupo de legisladores, a cuya cabeza se halla la Presidenta de la Comisión de Defensa del Consumidor diputada doctora Susana González.

## PRINCIPIOS QUE HAN DE INSPIRAR UNA LEY SOBRE LA COMPETENCIA

En las líneas siguientes trataré de hacer una aproximación a lo que la ley que se promulgue sobre esta materia (sea uno de los anteproyectos, o una nueva iniciativa) deberá contener.

La filosofía que ha de inspirar una ley que promueva y proteja la libre competencia económica ha de ser el respeto a la libertad de empresa y crear condiciones que favorezcan el libre mercado, pero debe recordarse que el principio de la libertad de empresa no es irrestricto, porque ha de insertarse dentro de lo que, desde la perspectiva de la Constitución Económica de la República constituye la economía social de mercado. *Esta circunstancia posee como correlato la necesidad de establecer reglas que controlen, supervisen y dirijan los comportamientos de las empresas en el mercado para mantener un régimen de competencia adecuado. Estas reglas, a su vez, pretenden evitar que los agentes, tanto públicos como privados, distorsionen el mercado mediante la cartelización o el abuso de posiciones de dominio.*<sup>26</sup>

Es necesario recuperar el enfoque positivo en el tratamiento del tema, lo que ha de manifestarse inclusive en la terminología. Hernán Pérez Loose, con acierto dice: Por ello es que las legislaciones modernas tienden más bien a utilizar términos con una connotación positiva, tales como «pro competencia» o «pro libertad de mercado» que el tradicional término negativo de «antimonopolio».

Pero el cambio de enfoque es mucho más que semántico, es sobre todo revalorizador de la libertad de actuación de los agentes económicos. Ello lleva a que no se tenga como eje de la regulación el control de una estructura *monopólica* de mercado, sino que se dirija a la regulación de los actos o conductas de limitación, restricción o distorsión del mercado y a impedir el abuso de una posición dominante.

El ordenamiento jurídico que se dicte ha de respetar las leyes del mercado, obviamente regulado por el Estado, el cual no puede asumir otro papel que el que le fija la Constitución.

La ley no ha de alentar el intervencionismo del Estado en la economía asumiendo el papel de empresario, excepto en los casos específicos señalados por la ley fundamental, pero aún en ellos no debe perderse de vista que ha de garantizar que los servicios públicos prestados bajo su control y regulación respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, velando porque sus precios o tarifas sean equitativos (artículo 249 de la Constitución Política).

La ley no puede concebirse como un ordenamiento de naturaleza penal, fundamentalmente ha de buscar persuadir a los agentes económicos a que *construyan* el mercado, por ello se deben adoptar ciertos mecanismos como sería, por ejemplo, la posibilidad de que a quien se impu-

ta prácticas ilegales ofrezca un compromiso para cesar en ellas.

Hay realidades cuya modificación no se logrará de inmediato porque obedecen a condicionantes económicos, sociales, políticos y culturales que mientras no cambien obstaculizarán la transformación. Así, la concentración del capital en pocas manos es un hecho cierto que cada vez se va agudizando más, el tamaño del mercado dificulta seriamente la presencia de muchos agentes, la informalidad es un factor cultural que pesa enormemente, etc. Son ejemplificativos los siguientes datos relativos a la concentración industrial en el país, que nos trae el economista Patricio Ruiz. De un total de 57 ramas industriales, la concentración:

es muy alta: en 30 ramas

es alta: en 20 ramas

es media: en 7 ramas

son competitivas: 0 ramas

Es decir, de las cincuenta y siete ramas de industrias examinadas, ninguna es competitiva. En algunas ramas, la concentración en 4 o menos establecimientos llega al ciento por ciento de la producción.<sup>27</sup>

Hay que procurar manejar estas situaciones con realismo, con enfoques de razonamiento, ciertas prácticas podrán ser contrarias a la libre competencia pero en determinados supuestos habrá que permitir las si es que el beneficio social es mayor, salvo naturalmente cuando se trate de conductas dolosas, que bordeen o se hallen de lleno en el campo penal, como serían los acuerdos colusorios, que de ninguna manera pueden tolerarse siquiera, peor ser admitidos.

Si bien la ley no ha de ser represiva, sin embargo debe dotarse a la autoridad de los medios idóneos para que logre que sus decisiones sean efectivas. El episodio de principios de este año, en que frente a una infracción muy grave (espionaje telefónico) en primer momento se sancionó a Andinatel con una suspensión del servicio, que en definitiva constituía sanción a los usuarios del mismo y una flagrante violación de sus derechos fundamentales; y posteriormente, ante el reclamo del conglomerado social se sustituyó con una multa irrisoria, es muy aleccionador. No pueden volverse a repetir situaciones como ésta.

La autoridad que tenga a su cargo velar porque se respete la libre competencia económica no puede tener como papel el constituirse en un obstáculo para el ejercicio de la libertad de empresa ni dedicarse a una cacería de infractores: pero cuando se produzcan violaciones de la ley, ha de estar capacitada para imponer sanciones que sirvan de escarmiento a fin de que nadie se sienta tentado a transgredirla.

#### **CARÁCTER DE LA LEY DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA**

La Constitución Política de la República en su artículo 142 dice que las leyes serán orgánicas y ordinarias, y determina cuál ha de ser el contenido de las leyes orgánicas, o sea:

1. las que regulen la organización y actividades de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; las del régimen seccional autónomo y las de los organismos del Estado, establecidos en la Constitución;

2. las relativas al régimen de partidos, al ejercicio de los derechos políticos y al sistema electoral;
3. las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección;
4. las que la Constitución determine que se expidan con este carácter.

Mediante Resolución N° R-22-058 de 13 de febrero del 2001, publicada en el Registro Oficial N° 280 de 8 de marzo del mismo año, el Congreso Nacional determinó cuáles serán las leyes que tendrán la jerarquía y calidad de orgánicas, enumeración que concluye transcribiendo el numeral cuarto del artículo 142 de la Constitución Política. Esta enumeración no tiene el carácter de taxativa, es simplemente ejemplificativa, ya que la Constitución reconoce el carácter de orgánicas a todas las leyes que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección, por lo que si en el futuro se expide un cuerpo normativo con este contenido, también pertenecerá a la categoría de las leyes orgánicas.

Precisamente tal será el caso de la ley que promocióne y proteja la concurrencia económica, ya que se tratará de un cuerpo normativo que regulará el derecho fundamental de la libertad de empresa, con sujeción a la ley, consagrado en el artículo 23 N° 16 de la Constitución Política.

La importancia de esta clasificación se encuentra en que las leyes orgánicas, en cuanto regulen las garantías de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, se interpretarán en el sentido que más favorezca su efectiva vigencia, al tenor de lo que dispone el artículo 18 inciso 2° de la norma fundamental, lo cual permite una interpretación progresiva y finalista, no obstante que se trate de leyes de derecho público, en que la interpretación es restrictiva por el principio de legalidad.

#### **CONTENIDO DE UNA LEY DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA**

##### **1. Conveniencia de un glosario**

Por ser materia nueva, la Ley Tipo de la UNCTAD ha considerado conveniente y recomienda que, de forma introductoria, conste un glosario con las definiciones fundamentales.

Esta técnica de legislar en materias nuevas se ha aplicado en nuestra patria en varias leyes, como en la Ley de Propiedad Intelectual (Registro Oficial N° 30 de 19 de mayo de 1998), en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (Registro Oficial suplemento al N° 411 de 31 de marzo de 1994) y ha demostrado ser muy útil ya que facilita enormemente la comprensión y aplicación uniforme de la ley.

Se critica el empleo de esta técnica por considerarla que ha sido tomada innecesariamente del sistema norteamericano, que es extraña a nuestra tradición legislativa y que en el sistema legal romanista (al que pertenecemos) si el legislador considera indispensable incorporar una definición a la ley, debe hacerlo en el momento en que lo estime menester. Esta objeción es respetable, aunque no se la comparta. En materias nuevas, es más que centenaria la práctica legislativa de incorporar definiciones al texto legal. Basta revisar el Código Civil, en cuyo título preliminar consta el parágrafo 5° que contiene la definición de

varias palabras de uso frecuente en las leyes; en el artículo 390 del Código de Comercio de Veintimilla, vigente desde 1882, igualmente se definían varias palabras de uso común en materia cambiaria; y lo mismo hacía el artículo 400 del Código de Comercio de Alfaro, que rigió desde 1906 hasta su derogatoria en 1925. Naturalmente que si se incorpora un glosario, deberá cuidarse a fin de que las definiciones sean lo más claras, precisas y completas, para que realmente sirvan para la cabal comprensión de la ley y su aplicación uniforme.

## 2. Objetivos o propósitos de la ley

La ley tipo de UNCTAD sugiere como posibles objetivos o propósitos de la ley el *controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones o adquisiciones o el abuso de una posición dominante en el mercado, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico.*

Sin lugar a dudas que, desde un punto de vista estrictamente económico, los objetivos antes señalados son correctos pero insuficientes, ya que nuestra Constitución Política (artículo 244 N° 3) ha dispuesto que además se promueva el desarrollo de actividades y mercados competitivos e impulse la libre competencia, a más de sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan o distorsionen, todo ello dentro del marco de la economía social de mercado.

Por tanto, la ley debe tener como objetivos o propósitos la promoción y protección de la competencia a fin de impulsar la eficiencia y el desarrollo sustentable en el marco de la economía social de mercado, para de esta manera asegurar a los consumidores, que son los destinatarios finales de todo el proceso productivo, las mejores condiciones posibles de precio, calidad y acceso a bienes y servicios, pero adicionalmente se ha de colaborar con los grandes objetivos nacionales creando oportunidades de participación equitativa en la economía, en particular de la pequeña y mediana empresa.

Estos objetivos se pueden lograr a través de:

1. el desarrollo de una *cultura de la competencia*;
2. el control y la eliminación de los convenios y acuerdos restrictivos entre los agentes económicos, de las concentraciones que permitan la formación de monopolios u oligopolios y de las prácticas abusivas de quienes ocupan una posición de dominio en un mercado relevante, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico y social;
- 3.- el control de las empresas que presten servicios públicos o que desarrollen actividades de interés económico genera para evitar que se adopten o mantengan medidas que constituyan prácticas contrarias a la libre competencia, para procurar la introducción de la competencia en la prestación de servicios públicos y el mayor beneficio a los consumidores, o sea que tales servicios se presten respondiendo a los principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, velando porque sus precios o tarifas sean equitativos.

## 3. Sujetos a los que se aplica la ley

La ley tipo de UNCTAD estima que este cuerpo normativo debe aplicarse a:

- a) toda empresa, con respecto a todos sus convenios, actos o transacciones relativos a bienes, servicios o propiedad intelectual;
- b) toda persona natural que, obrando en su capacidad privada como propietario, gestor o empleado de una empresa, autoriza la realización de prácticas restrictivas prohibidas por la ley o participa o colabora en ellas;
- c) en cambio no se aplica a los actos soberanos del Estado o de las administraciones locales, ni a los actos de las empresas o personas naturales impuestos por el Estado o las administraciones locales o por departamentos de la Administración que actúen dentro del ámbito de sus facultades delegadas o realizadas bajo su supervisión.

El concepto de empresa es económico y no jurídico; es toda organización que se dedica habitualmente dentro del giro ordinario de sus actividades, a la provisión de bienes y servicios al público en general. Estas organizaciones de los factores de la producción (elemento dinámico) cuentan con un patrimonio o hacienda (elemento estático) y pertenecen a un empresario (elemento humano). Pero ni la empresa, como elemento dinámico, ni la hacienda, como elemento estático, constituyen centros de imputación jurídica, es decir, no son titulares de derechos ni sujetos de obligaciones. Son los empresario, sexto es, los titulares de la dominialidad de las empresas, quienes constituyen centros de imputación jurídica.

Estas empresas pueden pertenecer a una o más personas naturales o jurídicas, de derecho público del régimen nacional, seccional o especial; o de derecho privado, entre estas últimas se comprenden las sociedades o compañías de personas, de capital o mixtas, las cooperativas, las asociaciones y cualquier forma asociativa no comprendida en la enumeración anterior, aunque no goce de personalidad jurídica; bien puede ocurrir, además, que la titularidad de la empresa se ejerza a nombre propio o por intermedio de sucursales, filiales, sociedades participadas u otras entidades directa o indirectamente controladas por el titular.

En la ley que se dicte deberá decidirse si se personaliza a la empresa convirtiendo a la organización en centro de imputación jurídica, o si se somete a las disposiciones de la ley a los titulares de tales empresas. Parece más conforme con nuestra tradición jurídica que sean los propietarios de las empresas, es decir, quienes se constituyan en *agentes económicos* los que se sometan a la ley.

Pero como la titularidad de las empresas muchas veces se ejerce indirectamente, sería necesario que también se aplique la ley a las personas naturales o jurídicas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas en cuanto tales personas participen en la toma de decisiones de actos y prácticas prohibidas por la misma.

La ley también debe aplicarse a las actividades que el Estado se haya reservado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 118 N° 5 y 6 de la Constitución Política del Estado y 2 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, con las peculiaridades que contemplen las leyes sectoriales.



En Ecuador se dan algunas situaciones especiales: hay entidades sin finalidad de lucro (por ejemplo, la Junta de Beneficencia de Guayaquil que administra la Lotería Nacional) que, sin embargo, se han constituido en agentes económicos muy importantes, así como agrupaciones de profesionales reguladas por ley que intervienen de modo gravitante en la actividad económica (por ejemplo, las asociaciones de exportadores, las cámaras de comercio e industrias, entre otros). Sin lugar a dudas, también estas entidades deberían someterse a la ley para la promoción y la defensa de la competencia.

La ley únicamente puede tener ámbito territorial, por lo que no se podría pretender en caso alguno aplicarse más allá de las fronteras patrias; pero en muchas ocasiones hay decisiones empresariales atentatorias contra la libre competencia que se adoptan en el extranjero y que producen efectos nocivos dentro del país. En estos casos, en primer lugar deberá consultarse lo que dispongan los tratados y convenios internacionales, pero si nada se ha previsto, debería aplicarse la ley exclusivamente a los efectos anticompetitivos que se produzcan dentro del país.

La propiedad intelectual goza de una protección constitucional especial, conforme consta del artículo 30 inciso 3° que dice: *Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes.* La ley de la materia, en su artículo 19 dispone que *el autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra en cualquier forma y de obtener por ello beneficios, salvo las limitaciones establecidas en el presente libro*, lo cual implica un verdadero monopolio a favor del titular de esta propiedad. En términos generales, los derechos de propiedad intelectual se han de ejercer en el marco de las normas respectivas, pero pueden producirse abusos en el ejercicio de tales derechos, conforme lo declara el artículo 155 de este cuerpo normativo que dice: *A petición de parte y previa sentencia judicial, la Dirección Nacional de Propiedad Industrial podrá otorgar licencias obligatorias cuando se presenten prácticas que hayan sido declaradas judicialmente como contrarias a la libre competencia, en particular cuando constituyan un abuso de la posición dominante en el mercado por parte del titular de la patente*; pero esta norma mira únicamente el interés de la parte solicitante del otorgamiento de la licencia obligatoria, por lo que a la corrección de los efectos generales anticompetitivos debería aplicarse la ley de promoción y defensa de la competencia.

#### 4. Campo de acción de la ley

Como se ha señalado antes, la ley debe:

- promover una *cultura de la competencia*;
- controlar y eliminar las actividades anticompetitivas de los agentes económicos; y,
- controlar que las empresas que presten servicios públicos o que desarrollen actividades de interés económico general adopten o mantengan medidas que constituyan prácticas acordes con la libre competencia.

Un asunto de gran interés es el relativo a las prioridades para la aplicación de las leyes y las políticas de competencia en las economías en desarrollo y en transición. Indudablemente que la ley que se promulgue deberá con-

tener el tratamiento de todas las materias señaladas, pero hay consenso a nivel internacional que las prioridades para la aplicación de elementos específicos de las leyes y políticas de competencia en los países en desarrollo y en transición deberán tener en cuenta las circunstancias y la dotación institucional de esos países; se ha puesto de relieve la ventaja que representa para los países el comenzar por los aspectos más básicos de la legislación y la política en materia de competencia (por ejemplo, las disposiciones relativas a los cárteles horizontales y al abuso de posición dominante) además de las tareas de promoción, para luego avanzar hacia aspectos más complejos, como el tratamiento de las limitaciones verticales del mercado.<sup>28</sup>

#### 5. La promoción de la cultura de la competencia

Juan Antonio Riviere Martí señala: *Por lo general las autoridades de competencia en América Latina tienen que hacer frente al desafío de aplicar la legislación de competencia, con medios administrativos y financieros limitados. Por añadidura, la economía consta de sectores con un alto grado de concentración y habituados al intervencionismo estatal o a la concentración empresarial. De ahí que se requiere un esfuerzo para crear la «cultura» de la competencia. El fomento de la competencia empieza en la propia administración del Estado, mediante la formación de sus funcionarios y la adecuación de los planes de estudio académicos de las universidades. A fin de concientizar a la sociedad es preciso explicar a las empresas y a los profesionales liberales el objetivo de la economía de libre mercado y la utilidad de legislar en defensa de la competencia. Resulta sin duda más arduo aplicar las reglas de defensa de la competencia en América Latina que en economías de alto grado de desarrollo industrial, como las existentes en la Unión Europea.*<sup>29</sup>

Es importante recalcar que a nivel internacional se advierte el interés y se subraya la importancia de construir una *cultura de competencia como medio para complementar y acentuar los efectos positivos de la aplicación de las leyes y políticas de competencia*, pero *Esto implica un proceso de educación del público para facilitar la aceptación de los principios de la política de competencia como elemento central de una política económica nacional, tanto a nivel político como en el seno de la comunidad empresarial del país.*<sup>30</sup>

La formación de esta *cultura de la competencia* debe ser una de las políticas de Estado que se mantenga en forma continua y uniforme; así lo dispone el artículo 244 N° 3 de la Constitución Política de la República cuando dispone que al Estado le corresponde promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que lo impidan y distorsionen. Corresponde a la ley de promoción y defensa de la competencia desarrollar este mandato adoptando previsiones que impulsen la libre competencia. Para ello, se debe crear una agencia que participe mediante delegados y como órgano consultivo en los organismos públicos que planifiquen, ejecuten o controlen políticas o promulguen normas jurídicas relativas a las actividades económicas relacionadas con la competencia, y que coordine con las organizaciones de proveedores y consumidores la ejecución de planes de difusión de esta cultura. Es, sin lugar a dudas, una de las grandes tareas que debe asumir el Go-

bierno Nacional, en sus esfuerzos por lograr la modernización del Estado y que la sociedad ecuatoriana encuentre el rumbo de su progreso y de la vigencia plena de la democracia y la justicia social.

#### 6. El control y la eliminación de las actividades anti-competitivas de los agentes económicos

El punto de partida de la ley debe ser, como se ha señalado insistentemente, que los agentes económicos tienen libertad para concertar acuerdos o adoptar prácticas conducentes a la mayor eficiencia o competitividad.

Pero se observa con frecuencia que uno o más agentes económicos que ocupan una posición de dominio en un mercado relevante se aprovechan de ella para, mediante acuerdos o prácticas unilaterales, llevar a cabo prácticas que impiden o distorsionan la libre competencia.

Se entiende por posición dominante en el mercado la situación en que una empresa, por sí o conjuntamente con algunas otras empresas, está en condición de controlar el mercado pertinente para un determinado bien o servicio o un determinado grupo de bienes o servicios (Ley tipo de UNCTAD).

Dromi señala: *Se ha definido a la posición dominante como la situación de una empresa que le permite sustraerse de una competencia efectiva, de modo tal de posibilitarle actuar en el mercado sin necesidad de tener en cuenta las reacciones de sus competidores, clientes o consumidores, mientras que estos deben tener en cuenta las suyas. Esta situación puede darse por su grado de participación en el mercado, la disponibilidad de conocimientos técnicos, materias primas o capitales, que le permite determinar los precios o controlar la producción o la distribución de una parte significativa de los productos en cuestión. No necesariamente debe eliminar toda voluntad de parte de sus competidores, sino que basta con que sea lo suficientemente fuerte en conjunto, como para asegurar a estas empresas una independencia global.*<sup>31</sup>

Por mercado relevante (o pertinente) se entiende la línea de comercio en la que se ha restringido la competencia y la zona geográfica correspondiente, en cuya definición quedan incluidos todos los productos o servicios razonablemente sustituibles, y todos los competidores cercanos, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo si la restricción o el abuso diera lugar a un incremento no insignificante de los precios" (Ley tipo de UNCTAD). Dromi señala que el mercado relevante hace referencia a un mercado «determinado». Es un mercado concreto y no un concepto abstracto. Para delimitar el mercado relevante se toma en cuenta entonces un conjunto de variables, en el que se integran los productos o servicios que interesan, el espacio geográfico, un período de tiempo determinado, los consumidores y los competidores, reales y potenciales. Todo este conjunto va a encuadrar en concreto la situación en la cual se verifica la competencia y la transparencia en que se desarrollan las transacciones.<sup>32</sup>

Debe advertirse que, como anota el mismo Dromi, no toda posición dominante constituye una infracción al régimen de libre competencia. El ilícito se plantea sólo en el caso de que exista una explotación abusiva de la misma. Es decir que la figura se tipifica con el abuso, cuando se exceden los razonables límites de ejercicio de las

potencialidades favorables, provocando algún tipo de afectación a la competencia (actual o potencial). La conducta abusiva también ha sido descrita como la «explotación desleal» de una posición dominante, implicando una violación del deber general de buena fe en las relaciones negociales. Desde el momento en que una posición dominante por sí misma no está prohibida, no debería haber restricción alguna en la conducta normal y razonable de una empresa en tal situación, por ejemplo incrementando la producción, innovación, reducción de los costes, organización eficiente, etc.<sup>33</sup> Pero el mismo autor señala que sin embargo, frecuentemente es difícil distinguir la conducta permitida a una empresa que se halla en posición dominante y la prohibida por abusiva. Ello supone que será una cuestión de hecho y de grado en la que se deberán tener en cuenta aspectos como: 1) si el tipo de conducta es claramente restrictiva de la competencia o poco leal; 2) si la conducta de que se trata es una práctica normal en la industria; 3) si ya se domina el mercado; 4) si la conducta de que se trata produce algún tipo de efecto, directo o indirecto, en los competidores y clientes; 5) si la intención de la empresa en posición dominante es la de excluir a terceros, o se trata de una respuesta legítima a la competencia; 6) si existe proporcionalidad de la conducta en relación a la amenaza percibida, si es que la hubiere; 7) el aspecto temporal, puesto que la posesión de una cuota de mercado elevada no coloca a la empresa que la ostenta en una situación de fuerza, si la misma no tiene un carácter duradero; 8) la integración vertical, como es el caso de las empresas que producen, manufacturan y venden, en la medida que la integración reduzca la posibilidad de los terceros de acceder a las actividades en cuestión; 9) la capacidad financiera, en la medida que otorga poder a la empresa, que incida en su posición competitiva en el mercado. Finalmente, se debe anotar que la posición dominante admite diversos grados de intensidad, de acuerdo a las características del mercado en el que se desarrolla su existencia. Puede consistir en una influencia que no sea demasiado representativa, creciendo hasta su máxima expresión, constituida por el grado extremo de control del mercado: el monopolio, situación que implica la desaparición de la competencia.<sup>34</sup>

Las prácticas anticompetitivas son definidas como aquellas conductas emprendidas por una firma, en un mercado determinado, que por sí mismas o conjuntamente con la conducta de otros agentes asociados con ella, causan o tienen la posibilidad de causar efectos de restricción, distorsión o prevención de la competencia a nivel de producción, distribución o adquisición de bienes.<sup>35</sup>

En la doctrina se distinguen diversas modalidades restrictivas de la competencia: así, hay prácticas restrictivas unilaterales que tienen por objeto obstaculizar la actuación de la competencia en el mercado, o impedir el acceso a éste de otros posibles concurrentes, y hay prácticas colusorias cuando las acciones típicas de limitar, restringir o falsear el juego de la libre competencia se producen a través de un comportamiento concertado, un acuerdo o una decisión de una asociación de empresas que tienen por objeto o producen o pueden producir este efecto. La colusión consiste en un acuerdo entre competidores (agentes que se encuentran en el mismo nivel del canal de

distribución), que tiene por objeto causar perjuicio a otros competidores o a los consumidores.<sup>36</sup>

Igualmente, se diferencia entre:

- a) prácticas restrictivas horizontales, que son las realizadas entre empresas que operan en un mismo mercado relevante, hallándose en posición de competir entre ellas, con la finalidad de limitar, restringir o falsear el juego de la libre competencia. Carpio señala que *Cuando un grupo de empresas practica formalmente la colusión, se dice que están estableciendo un cártel y el mismo entra en la categoría de acuerdos horizontales. La cartelización consiste en un acuerdo entre un grupo de competidores que tiene por fin limitar la competencia entre ellos, lo que los convertiría en un monopolio. Una vez que se da un cártel, todos aquellos beneficios derivados de la competencia se pierden, debido a que los mecanismos de la competencia, cuya esencia es la rivalidad, son suprimidos. Simplemente cuando un grupo de competidores se carteliza, se convierte en un monopolio y actúa como tal, es decir tiene plena capacidad para alterar las condiciones de mercado.*<sup>37</sup>
- b) prácticas restrictivas verticales, que son las realizadas entre empresas que operan en distintos niveles o en fases sucesivas de la producción o la distribución de un mismo producto o servicio, así mismo con la finalidad de limitar, restringir o falsear el juego de la libre competencia; y,
- c) operaciones de concentración económica, o sea las fusiones, absorciones, establecimiento de empresas conjuntas, vinculación por medio de directores comunes, compras de acciones o participaciones societarias y otros medios de adquisición de control, sean verticales, horizontales o de conglomerados, que busquen obtener una posición dominante o monopólica que podría derivar en abusos, o crear o consolidar una estructura de mercado oligopólica o incrementar las facilidades para efectuar una coordinación de comportamientos con la finalidad de impedir o distorsionar la libre competencia.

Pero, como se ha visto antes, muchas de las prácticas y de los acuerdos pueden ser legítimos. El problema radica en establecer cuándo son tales y cuándo no. Debe distinguirse los casos en que las prácticas y acuerdos son ilegítimos, porque entrañan desviación de su objetivo natural y su empleo para suprimir o distorsionar la competencia abusando del derecho, de aquellos en que son ilegales porque el ordenamiento jurídico no puede admitirlos de modo alguno y los ha prohibido porque entrañan conductas abiertamente contrarias a derecho.

La ley deberá distinguir con toda claridad entre unos y otros: para ello, deberá realizar dos enfoques diferentes:

El primero, denominado per se, establece que ciertas prácticas o acuerdos son siempre ilegales porque constituyen por sí mismos ataques inaceptables a la competencia, a la organización económica y social del Estado o a los principios fundamentales del derecho, sin que sea necesario evaluar o probar su impacto negativo sobre la competencia, la eficiencia o el bienestar de los consumidores, siendo suficiente probar que el acto se ha producido para sancionarlo: se estaría frente a prácticas o acuerdos ilegales.

El segundo enfoque, denominado de razonamiento, para impedir o no una determinada práctica o acuerdo que pueda producir efectos anticompetitivos, parte de la evaluación de los resultados, de manera que sería legítimo realizarlos salvo que se demuestre que hubo una desviación de su fin natural y se cometió un abuso del derecho (casos de ilicitud), o que los efectos negativos sobre la competencia y la eficiencia o el impacto perjudicial sobre los consumidores sean mayores que los beneficios que se podrían alcanzar (casos de inconveniencia). *Bajo este enfoque la autoridad de control debe sopesar, caso por caso, los efectos a favor y en contra de la competencia y la eficiencia, así como evaluar su impacto sobre los consumidores. No siempre es fácil determinar lo razonable de una específica excepción a la competencia, tanto para las empresas directamente involucradas como para el bienestar público.*<sup>38</sup>

### 7. Prácticas restrictivas horizontales

Por regla general las empresas competidoras o potencialmente competidoras entre sí pueden concertar acuerdos o, en general, adoptar prácticas conducentes a alcanzar la mayor eficacia o competitividad; sin embargo, están prohibidas de llevar a cabo aquellas que impiden o distorsionan la competencia, tales como:

- a) la fijación concertada de precios u otras condiciones de venta: *La fijación de precios figura entre las formas más corrientes de prácticas comerciales restrictivas y, tanto si afecta a bienes como a servicios, se considera en muchos países ilícita per se. La fijación de precios puede producirse en cualquier escalón del proceso de producción y distribución. Puede consistir en convenios sobre precios de los productos primarios, los insumos intermedios o los productos acabados. También puede consistir en convenios relativos a formas específicas de cálculo de los precios, incluidos la concesión de descuentos y rebajas, la elaboración de listas de precios y sus variaciones y el intercambio de información sobre los precios.*<sup>39</sup>
- b) las licitaciones colusorias: *Las licitaciones colusorias son intrínsecamente anticompetitivas, pues se oponen a la finalidad misma de la convocatoria de licitación, que es la adquisición de bienes o servicios a los precios y a las condiciones más favorables. La licitación colusoria puede adoptar diferentes formas: pactos para presentar ofertas idénticas, pactos para determinar quién presentará la oferta más baja, pactos para presentar ofertas ficticias (ofertas deliberadamente infladas), pactos para no pujar uno contra otro, pactos sobre normas comunes para calcular los precios o condiciones en las ofertas, pactos para dejar fuera a los licitantes independientes, pactos para designar de antemano a los rematantes por rotación o con arreglo a criterios geográficos o de clientela. Tales pactos pueden prever un sistema de compensación de los licitantes a los que no se haya adjudicado el contrato basado en determinado porcentaje de los beneficios de los adjudicatarios con el fin de repartirlo después de cierto plazo entre los licitantes a quienes no se haya adjudicado el contrato.*<sup>40</sup>
- c) el reparto de mercados o de la clientela: *Los acuerdos entre empresas de repartición de mercados y de la clientela implican la asignación a determinadas em-*

presas de determinados clientes o mercados para los productos o servicios de que se trata. Tales acuerdos tienen por objeto, en especial, consolidar o mantener determinada estructura del comercio mediante la renuncia a la competencia por parte de las empresas competidoras respecto de su clientela o sus mercados respectivos. Tales acuerdos pueden ser restrictivos con respecto a una determinada línea de productos o con respecto a un determinado tipo de clientes.<sup>41</sup>

d) la restricción de producción o ventas, en particular por medio de cuotas; Los acuerdos de repartición de mercados también pueden concebirse en forma de asignaciones cuantitativas en vez de estar basados en una distribución de territorios o de clientela. Tales restricciones se aplican a menudo a los sectores donde hay una capacidad excedente o donde el objetivo es el alza de precios. Con arreglo a esos sistemas, las empresas suelen convenir en limitar los suministros a una proporción de sus ventas anteriores y, con objeto de velar por el cumplimiento de ese pacto, muchas veces se crea un fondo común y se exige a las empresas cuyas ventas son superiores a su cuota a que hagan pagos al fondo con objeto de compensar a las empresas cuyas ventas son inferiores a su cuota.<sup>42</sup>

e) las negativas concertadas a tratar o negociar, que pueden incluir negativas a adquirir o a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. Las negativas concertadas a adquirir o a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, o la amenaza de tal negativa, son uno de los medios más corrientes empleados para obligar a los que son miembros de un grupo a seguir la línea de conducta prescrita. Los boicoteos se consideran ilegales en varios países, especialmente cuando tienen por objeto asegurar la observancia de otros acuerdos como los de imposición colectiva de precios de reventa y los de exclusividad.<sup>43</sup> Mediante el boicot se puede limitar la competencia sea aislando y creando barreras de entrada a la empresa afectada, o precipitando la salida a las que ya están en el mercado. Sin embargo, hay que distinguir esta negativa colectiva a negociar y la legítima facultad que tiene una empresa de negarse a contratar individualmente. Esta negativa individual puede deberse a razones empresariales y se halla dentro del ejercicio de la libertad de empresa.<sup>44</sup> Lo que se prohíbe es el abuso en el ejercicio de esta libertad, con el objetivo de impedir el acceso de nuevos competidores al mercado o expulsar de él a los que ya están

f) La denegación colectiva injustificada de participación en un acuerdo, o de admisión en una asociación, que sea decisiva para la competencia. En la esfera de la producción y venta de bienes y servicios es corriente ser miembro de asociaciones profesionales y comerciales. Tales asociaciones suelen contar con ciertas normas de admisión y, en circunstancias normales, se permite el ingreso de los que reúnen tales requisitos. No obstante, las normas de admisión pueden redactarse de modo que excluyan a ciertos posibles competidores, bien estableciendo una discriminación en perjuicio de ellos, o bien creando un "coto cerrado". Sin embargo, conforme a la resolución dictada en los

Estados Unidos, intereses profesionales válidos pueden justificar la exclusión de las asociaciones profesionales de determinados individuos. La denegación colectiva de participación en un acuerdo también puede consistir en la negativa de admisión a un servicio necesario para competir eficazmente en el mercado.<sup>45</sup>

## 8. Prácticas restrictivas verticales

Al igual que lo dicho en el número anterior, por regla general las empresas pueden concertar acuerdos o en general adoptar prácticas respecto de quienes se hallan en distintos niveles o fases sucesivas en la producción o distribución de un mismo producto o servicio, conducentes a alcanzar la mayor eficacia o competitividad; sin embargo, están prohibidas de llevar a cabo aquellas que impiden o distorsionan la competencia, aunque no siempre son perjudiciales tales restricciones sino que en realidad pueden ser beneficiosas en determinadas circunstancias o estructuras del mercado,<sup>46</sup> correspondiendo a la autoridad de control examinar y determinar lo perjudicial y beneficioso, aplicando el enfoque de razonamiento.

Suelen citarse como prácticas restrictivas verticales las siguientes:

- Fijación de precios predatorios, o sea por debajo del costo para eliminar a los competidores, a fin de mantener o consolidar una posición de dominio, equivale al *dumping* en el comercio internacional. Debe anotarse que muchas veces una venta por debajo de los costos es plenamente justificable, por ejemplo para liquidar las existencias, por lo que se deberá analizar la conducta del agente a fin de establecer si se busca o no aplastar al competidor, caso en el cual se estaría ante una práctica desleal que debe ser impedida;
- la fijación discriminatoria, o sea injustificadamente diferenciada, de los precios o de las modalidades o condiciones para el suministro o la compra de bienes o servicios; en este grupo se incluyen aquellas discriminaciones que se llevan a cabo mediante políticas de fijación de precios en las transacciones entre empresas participadas que sobrefacturen o subfacturen los bienes o servicios comprados o suministrados en comparación con los precios fijados para las transacciones similares o comparables que no se realicen entre las empresas participadas;<sup>47</sup>
- la imposición de precios de reventa de los productos. Al imponer precios de reventa se limita la independencia económica del distribuidor y por tanto su capacidad para competir, pues los efectos en los precios de los distribuidores de un mismo producto y marca vienen a ser iguales a los de un cártel o acuerdo horizontal de fijación de precios entre estos distribuidores, pero desde otro punto de vista se argumenta que la fijación de precios de reventa puede ser pro-competitivo en cuanto al tener los distintos distribuidores de un mismo producto de la misma marca el mismo precio se ven obligados, para atraer clientes, a ofrecer servicios adicionales al consumidor... la fijación vertical de precios puede evitar el abuso de los minoristas y permitir al productor mantener la calidad;<sup>48</sup> estos y otros argumentos abonan a favor de la fijación de precios de reventa, pero con frecuencia lo que está ... por detrás de la fijación vertical de los precios es la

presión de los comerciantes para que los productores les aseguren un determinado margen de ganancias. También los fabricantes pueden aumentar ganancias mediante el incremento y fijación de precios a sus distribuidores. En ambos casos los perjudicados son los consumidores.<sup>49</sup> Por tanto, el comportamiento del agente económico debe ser examinado a profundidad para establecer las metas reales que pretende alcanzar y los efectos que se den en la realidad. Se puede recomendar o sugerir un precio de reventa, pero no podrá acompañarse ninguna forma de presión directa o indirecta para lograr su observancia. Muchas veces se utiliza como técnica de publicidad engañosa cuando se recomienda precios indebidamente altos para llamar la atención sobre reducciones de precios aparentemente importantes;

d) los acuerdos de exclusividad se definen como la práctica comercial en virtud de la cual una empresa recibe los derechos exclusivos, en muchos casos dentro de un territorio determinado, para la compra, la venta o la reventa de bienes o servicios. Como condición para la concesión de tales derechos exclusivos el vendedor con frecuencia exige al comprador que no distribuya ni fabrique productos competidores.<sup>50</sup> Con frecuencia estos acuerdos implican la asignación de un territorio determinado (repartición de áreas territoriales) o de un tipo determinado de clientela (reparto de clientes), es decir, un territorio en el cual y una clientela con la cual el distribuidor puede comerciar. Cabe, por ejemplo, que el distribuidor deba limitarse a vender al por mayor el producto de que se trata a los mayoristas o sólo venderlo directamente a los minoristas. La finalidad de estas restricciones suele ser minimizar la competencia interna de la una marca impidiendo el comercio paralelo de terceros. Los efectos de tales restricciones se manifiestan en los precios y las condiciones de venta, especialmente a falta de una fuerte competencia entre marcas en el mercado. Sin embargo, las restricciones a la competencia entre marcas pueden ser positivas o favorables a la competencia cuando exista en el mercado una considerable competencia entre marcas.<sup>51</sup> Estos acuerdos pueden ser procompetitivos ya que al asegurar a los productores puntos de distribución y a los distribuidores un proveedor confiable, disminuyen los costos de transacción y esto puede traducirse en menores precios para los consumidores, aparte de que el productor frecuentemente disminuye los precios que cobra al distribuidor como un incentivo o compensación por el hecho de que este no venda productos de otros fabricantes,<sup>52</sup> pero también tales restricciones pueden estar dirigidas a privar de suministros a minoristas independientes o que ofrezcan descuentos a fin de imponer precios de reventa y limitar los lugares de venta y servicio... permiten a los proveedores, cuando gozan de una posición de dominio respecto de la oferta del producto de que se trate, aislar determinados mercados entre sí y de este modo practicar la fijación de diferencial de precios según el nivel que admita cada mercado. Además, los sistemas de distribución selectiva tienden muchas veces a impedir la reventa mediante la exportación fuera del territorio asignado

por temor a la competencia de precios en zonas en las que éstos se fijan a nivel más alto.<sup>53</sup> Debe señalarse no obstante que aunque el distribuidor sea el representante exclusivo del fabricante en una determinada área o territorio, o cuando el fabricante ha regulado el número de distribuidores en esta área, puede existir sin embargo competencia con productos similares de otras marcas. Es decir, el tipo de competencia que se ha eliminado o restringido es solamente el que debería ocurrir entre distribuidores del mismo producto de la misma marca... en un mismo territorio o atendiendo a una misma clientela. Sin embargo se mantiene la competencia con similares productos de otras marcas... lo cual siembra dudas sobre si el distribuidor exclusivo ejerce realmente un poder monopólico... lo realmente perjudicial para los consumidores es restringir la competencia entre productos similares de distintas marcas.<sup>54</sup> Por ello, estas prácticas deben ser analizadas bajo el enfoque de razonabilidad;

e) ventas condicionadas o vinculadas: consiste en la subordinación del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de la persona designada por éste. El producto «vinculado» puede ser de un género totalmente diferente del producto objeto de pedido o de un producto de una línea de productos similar. Los acuerdos de venta condicionada se imponen normalmente para la promoción de los productos más difíciles de vender y, en particular, de los que están sujetos a una competencia más intensa de productos sustitutivos. El proveedor, a causa de su posición de dominio con respecto al producto solicitado, puede imponer como condición de su venta la aceptación de otros productos.<sup>55</sup> Hay aspectos positivos y negativos en estas prácticas: las ventas vinculadas pueden ser eficientes, reducir costos de producción y distribución y asegurar la venta conjunta de productos de igual calidad; pero desde otro ángulo, esta restricción puede disminuir o eliminar las oportunidades de venta de otros oferentes de los productos o servicios que han sido vinculados, transfiriendo así el poder monopólico del oferente del producto vinculante al mercado del producto vinculado y, cuando lo que se impone es una línea completa de productos, puede incluso constituirse en barrera de entrada a quienes no están en capacidad de ofrecerla;<sup>56</sup> por tanto se impone analizar estas conductas bajo el enfoque de razonabilidad.

## 9. Operaciones de concentración económica

Como señalan los autores, una vez consolidado el régimen económico liberal, se hace evidente la necesidad de evitar algunas prácticas, especialmente las consideradas desleales... En este período se consideraba que tanto los intereses del público como los de los consumidores se encontraban protegidos de una manera indirecta como reflejo de una protección de la empresa. De ahí que las leyes de libre competencia fueran elaboradas e interpretadas de modo que —como objetivo último— se protegiera a las empresas y, de modo especial, a las pequeñas. Se pensó que la mejor forma de impedir las prácticas restrictivas y promover la competencia era protegiendo a las pequeñas industrias de las grandes, evitando el creci-

miento de estas últimas. En tal sentido, gran parte de la legislación y la jurisprudencia dan cuenta de acciones llevadas a cabo contra grandes grupos económicos. Incluso la denominación de "antimonopólica" para la legislación que regulaba la competencia constituye un claro indicio de la tendencia a destruir el monopolio que existió durante décadas en la doctrina, jurisprudencia y legislación sobre la materia. Probablemente aquellas medidas cuyo objetivo fue impedir la formación y consolidación de grandes grupos económicos lograron promover efectivamente la formación de nuevas empresas y contar con mayores competidores en el mercado, pero eso no significa que el grado de competencia se haya visto incrementado. El grado de competencia de un mercado no depende del número de competidores que éste tenga; mucho menos aún tendrá alguna influencia en la eficiencia de tal mercado. Un mercado puede ser altamente competitivo si tiene a tres grandes empresas compitiendo fuertemente en él. Lo importante es que efectivamente luchen por ganar el mercado —es decir, que compitan—. De otro lado, el tamaño de las empresas es, muchas veces, expresión de una mayor eficiencia económica —expresada en mejores productos a menores costos, con el consiguiente ahorro de recursos y beneficio para los consumidores y la sociedad en general—; por tanto, destruir el tamaño, o evitar que una empresa crezca, incluso podría perjudicar la eficiencia.<sup>57</sup> Lo anterior lleva a la siguiente conclusión, que es necesario poner de relieve el objetivo de la libre competencia no debe ser, como fue concebido en un principio, destruir a las grandes empresas para proteger a las pequeñas.<sup>58</sup> Como señala Aurelio Menéndez<sup>59</sup> En relación al objeto de protección se observa el paso de una concepción centrada en la tutela de los intereses individuales de los competidores a una concepción fundada en la protección del orden económico del mercado en función del interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado... La deslealtad deja de ser primariamente entendida como un juicio de incorrección profesional... para convertirse en un juicio de inadecuación de los principios del ordenamiento económico (libre competencia, tutela del competidor, etc.) Como consecuencia de esta reorientación de la disciplina de la competencia los objetivos de la legislación cambian, ya no se trata de proteger a las empresas; El nuevo protagonista es el consumidor y la nueva meta es maximizar su bienestar como consecuencia de una mayor eficiencia productiva.<sup>60</sup>

Hay que diferenciar entre concentración económica y concentración de empresas. La primera dice relación al hecho de que la oferta (producción) de un mercado se halla en una o en pocas manos, de manera que tengan un porcentaje significativo del mismo, o sea que ocupen una posición de dominio. La concentración de poder económico se realiza porque una empresa crece internamente apoderándose de un mayor sector del mercado, o porque dos o más empresas decidan unirse, sumando así las porciones de mercado que cada una posee. La concentración del poder económico se realiza, en particular, mediante fusiones, absorciones, empresas conjuntas y otros modos de adquisición de control, como la vinculación por medio de consejeros comunes... Como regla general, el control de las fusiones tiene por objeto impedir la creación, por

medio de adquisiciones u otras combinaciones estructurales, de empresas que se vean inducidas a ejercer un poder de mercado y tengan capacidad para ello. Se estima que las fusiones en mercados extraordinariamente poco competitivos, o que crean empresas con cuotas de mercado excepcionalmente elevadas, tienen mayores probabilidades de afectar la competencia.<sup>61</sup> Las concentraciones de empresas no son negativas en sí mismas y por lo tanto no existe razón para que sean prohibidas per se, sino que ha de analizarse los efectos, bajo enfoque de razonabilidad. En la Ley tipo se señala que el análisis del control de las fusiones comprende los siguientes aspectos:

- a) definición del mercado pertinente en función de la línea de productos o el ámbito geográfico;
- b) identificación de los productos real o potencialmente competidores;
- c) empresas que pueden competir;
- d) cuotas e importancia estratégica respectiva de esas empresas con respecto a los mercados del producto; y,
- e) probabilidad de nueva entrada y existencia de barreras efectivas a la nueva entrada.<sup>62</sup>

Se suele distinguir entre uniones temporales y uniones permanentes. En efecto, las empresas pueden unirse temporalmente para lograr un fin determinado, mediante un cártel o una concentración de comportamientos; o pueden unir de modo permanente —o a largo plazo, de modo estable— sus estructuras, mediante diversos actos o contratos, tales como el contrato de fusión, la adquisición por parte de una empresa de la mayor parte de las acciones de otra, o la compra de activos... Esta distinción resulta de especial importancia, debido a que las consecuencias que pueden generar sobre el mercado una concentración de empresas estable, de largo plazo, pueden ser muy distintas de las que se derivan de una unión temporal de empresas para alcanzar un fin determinado... la unión permanente de dos empresas podría generar un mayor nivel de eficiencia en ambas, beneficiando a los consumidores y promoviendo la competencia, en lugar de restringirla. Las coordinaciones de comportamientos, en cambio, son consideradas como prácticas restrictivas de la libre competencia porque suelen conllevar algún perjuicio para competencia. En tal sentido, las coordinaciones de comportamientos generalmente son sancionadas per se, sin necesidad de hacer un análisis de las razones o las consecuencias que representan, mientras que las uniones estables merecen un tratamiento bastante menos drástico<sup>63</sup> porque se les aplica el enfoque de razonamiento.

Generalmente, cuando se habla de concentración de empresas se alude más bien a las uniones permanentes, ya que las uniones transitorias se las trata preferentemente como acuerdos restrictivos horizontales.

Las concentraciones de empresas pueden darse en tres campos:

- 1.- Concentraciones horizontales: cuando se unen dos o más empresas que han estado vendiendo el mismo producto o servicio en una zona geográfica determinada; o sea, se trata de empresas que competían en el mismo mercado relevante antes de producirse la concentración. Se señala que las concentraciones horizontales producen efectos positivos porque permiten a la empresa concentrada operar con costos unitarios más bajos, sea por lograr economías del tamaño de planta

(economías de escala), o economías multiplanta, o economías de distribución, o ahorros en gastos administrativos y de investigación; pero igualmente se anotan los efectos perjudiciales: la empresa concentrada tiene una posición dominante o monopolística, la misma que podría derivar en abusos; se crea o consolida una estructura de mercado oligopólica, lo que por sí mismo sería inconveniente; la estructura oligopólica incrementaría las facilidades para efectuar una coordinación de comportamientos.<sup>64</sup>

2) Concentraciones verticales: se producen cuando se unen dos empresas que desarrollan distintas etapas del mismo proceso productivo; se trata, pues, de la unión de dos empresas que no han estado compitiendo en el mismo mercado, sino que una de ellas cumplía el papel de proveedor de algún insumo de la otra. *Por lo general, la concentración vertical es beneficiosa sólo para las grandes empresas debido a que este tipo de integración a menudo está sujeta a economías de escala.*<sup>65</sup>

Al igual que en el caso anterior, se señalan las ventajas: reducción de los costos de producción o de los costos de transacción, o reducir costos y obtener mejoras en la distribución, o evitar costos no competitivos provenientes de mercados monopolizados o cartelizados, y finalmente obtener ahorros administrativos y de investigación. Pero también presenta efectos perjudiciales para la competencia: se puede propiciar la discriminación de precios, establecer barreras de entrada al mercado, son la vía para evitar las regulaciones en los mercados que tienen precios o tarifas reguladas.<sup>66</sup>

3) Conglomerados: existen cuando se unen dos o más empresas que actúan en mercados distintos, o sea que producen bienes o servicios que no están relacionados, por lo que entre ellas no existe ningún vínculo de competencia o de abastecedor-abastecido.

Estas concentraciones empresariales también producen beneficios al alcanzarse ahorros y economías, como en caso de que se produzcan bienes complementarios o bienes que utilizan una tecnología similar en su proceso productivo o que pueden complementarse, o el traslado del beneficio de una marca de prestigio con los consiguientes ahorros en publicidad, etc., pero puede tener efectos anticompetitivos como serían: facilitar la reciprocidad obligada, imponer las ventas atadas, coadyuvar a las prácticas de precios predatorios.<sup>67</sup>

## 10. ¿Autorización o registro?

Un tema de singular importancia y que está provocando un hondo debate, es el relativo a la manera de actuar del organismo de control, frente a las concentraciones.

Hay dos posiciones:

- El sistema europeo propugna la necesidad de que previamente a la realización de ciertas prácticas que puedan tener efectos anticompetitivos, así como para las operaciones de concentración que se encuadren en determinados parámetros, se solicite una autorización previa (ex ante), de manera que no podrían realizarse tales actividades legítimamente si es que no se ha alcanzado la respectiva autorización.
- El sistema norteamericano que fundamentalmente permite la intervención frente a los efectos anticompe-

titivos de las prácticas, y lo que se exige es únicamente una notificación previa o un registro, para dar oportunidad al órgano de control para realizar el estudio.

Indudablemente que el primer sistema implica un grado de intervención del Estado mucho mayor que el segundo, lo cual ha sido objetado por implicar una seria limitación a la libertad y exigir que el organismo de control alcance un tamaño importante para que pueda atender oportuna y acertadamente todas las solicitudes de autorización, pero en cambio tiene la ventaja de que proporciona mayor seguridad jurídica. El segundo sistema implica un riesgo para la empresa, esto es, que cuando ya ha realizado sus acciones, podrían ser declaradas ilegales y sancionadas, lo cual indudablemente provoca inseguridad jurídica.

Este tema debe ser cuidadosamente analizado, en todas sus implicaciones, ya que un mal manejo de la figura puede traer consecuencias muy perjudiciales para la economía nacional. Como señalan Quiroga y Rodríguez,<sup>68</sup> *son pocos los casos en los cuales una concentración causaría daños importantes que sobrepasaran los beneficios en eficiencia que también generan. Ello depende de una serie de elementos cuyo análisis es esencial para determinar los efectos finales de la concentración sobre el mercado. Por lo tanto, una regulación sobre concentraciones tendría que ser lo bastante flexible como para permitir un análisis de todos los factores involucrados en cada caso, para luego realizar un balance de todos los posibles beneficios y perjuicios que ocasionaría y, finalmente, determinar la conveniencia de permitir o prohibir cada concentración en particular. En cualquier caso, la decisión que se adopte tendrá como base sólo una opinión informada, es decir que se derivará del análisis por anticipado que se haga de las consecuencias que la fusión o la adquisición podría ocasionar, lo que implica que dicho análisis conlleva un importante margen de error.* Esta es, posiblemente, la principal objeción al sistema de autorización previa.

## 11. El abuso de posición dominante

Insistentemente se ha señalado que, salvo los casos de acuerdos colusorios o de competencia ilícita en que las conductas están tipificadas como contrarias al ordenamiento legal, en general no existe razón para prohibir la posición de dominio en un mercado relevante, sino el abuso de esta posición. Velilla nos trae lo expresado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, interpretando el artículo 86 del Tratado de Roma: *Declarar que una empresa tiene posición dominante no es por sí mismo un reproche sino que simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina.*<sup>69</sup>

Suelen señalarse como típicas conductas que implican abuso de posición dominante la fijación abusiva de precios, los precios predatorios, la negativa injustificada a contratar, entre otras.<sup>70</sup>

La Constitución Política de la República, en su artículo 244 N° 3 dispone que se impulse la libre competencia y se sancione, conforme a la ley, las prácticas monopolísticas y otras que la impidan y distorsionen: estas prácticas son, precisamente los abusos de posición dominante.

## 12. El control de las empresas que presten servicios públicos

Los servicios públicos y las actividades de interés económico general igualmente deben someterse a la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia; se ha de velar porque adopten y mantengan medidas que constituyan prácticas acordes con la libre competencia y, se ha de buscar el mayor beneficio a los consumidores, sea para la introducción de la competencia como para el establecimiento de excepciones y regulaciones, teniendo presente lo que dispone el artículo 249 de la Constitución Política.

La norma constitucional antes citada, en su inciso segundo establece una responsabilidad a cargo del Estado: garantizar que los servicios públicos prestados bajo su control y regulación, esto es, directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley, respondan a los principios de: a) eficiencia, b) responsabilidad, c) universalidad, d) accesibilidad, e) continuidad, y f) calidad; pero no solamente esto, sino que además velará para que sus precios o tarifas sean equitativos. No puede quedar en letra muerta el mandato constitucional.

En ningún caso se puede aceptar que los monopolios, sean públicos o privados, aunque tengan como objeto de su actividad los servicios públicos o las actividades de interés económico general, queden librados a su suerte y que puedan repetirse los abusos y las distorsiones a la economía que históricamente acompañaron a los monopolios públicos.

Actualmente existen las llamadas *leyes sectoriales*, en las que se contienen parcialmente disposiciones sobre la libre competencia; es posible que, de momento, no convenga derogar esa normatividad especializada para que rija una sola ley sobre la materia, pero en todo caso los principios que se consagren en la ley general deben regir supletoriamente en lo que no hayan previsto esas leyes especiales.

## 13. ¿Es conveniente que esta ley incorpore una normatividad general relativa a la competencia desleal?

La Ley de Propiedad Intelectual, en su libro IV contiene una amplia normatividad relativa a la competencia desleal, a más de las disposiciones legales existente en el Código Penal y otros cuerpos normativos.

El artículo 284 señala: *Se considera competencia desleal a todo hecho, acto o práctica contraria a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas.*

*La expresión actividades económicas, se entenderá en sentido amplio, que abarque incluso actividades de profesionales tales como abogados, médicos, ingenieros y otros campos en el ejercicio de cualquier profesión, arte u oficio.*

*Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, sed atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.*

Por su parte, el inciso primero del artículo 285 de la Ley de Propiedad Intelectual dice que "se consideran ac-

*tos de competencia desleal, entre otros, aquellos capaces de crear confusión, independientemente del medio utilizado, respecto del establecimiento, de los productos, los servicios o la actividad comercial o industrial de un competidor, las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o los servicios, o la actividad comercial o industrial de un competidor, así como cualquier otro acto susceptible de dañar o diluir el activo intangible o la reputación de la empresa, las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo en el ejercicio del comercio pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la calidad de los productos o la prestación de los servicios; o la divulgación, adquisición o uso de información secreta sin el consentimiento de quien las controle. Esta norma añade en el siguiente inciso: estos actos pueden referirse, entre otros, a marcas, sean o no registradas, nombres comerciales, identificadores comerciales, apariencias de productos o establecimientos; presentaciones de productos o servicios; celebridades o personajes ficticios notoriamente conocidos; procesos de fabricación de productos; conveniencias de productos o servicios para fines específicos; calidades, cantidades u otras características de productos o servicios; origen geográfico de productos o servicios; condiciones en que se ofrezcan o se suministren productos o servicios; publicidad que imite, irrespecto o denigre al competidor o a sus productos o servicios, o de una celebridad o un personaje ficticio notoriamente conocido."*

*Concluye el artículo diciendo en su inciso final: "Se entenderá por dilución del activo intangible el desvanecimiento del carácter distintivo o del valor publicitario de una marca, de un nombre u otro identificador comercial, de la apariencia de un producto o de la presentación de productos o servicios, o de una celebridad o un personaje ficticio notoriamente conocido.*

Pero lo anterior no es todo. El artículo 286 dice: *Se considera también acto de competencia desleal, independientemente de las acciones que procedan por violación de información no divulgada, todo acto o práctica que tenga lugar en el ejercicio de actividades económicas que consista o tenga por resultado:*

- El uso comercial desleal de datos de pruebas no divulgadas u otros datos secretos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable y que hayan sido presentados a la autoridad competente a los efectos de obtener la aprobación de la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos, agrícolas o industriales;*
- La divulgación de dichos datos, excepto cuando sea necesario para proteger al público y se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal; y,*
- La extracción no autorizada de datos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable para su uso comercial en forma desleal.*

Respecto de la naturaleza del derecho protegido, Joaquín Rodríguez pregunta: *¿Por qué es ilícita esa competencia? ¿qué derecho es el violado? Decir que las buenas costumbres son las infringidas cuando se habla de competencia desleal, es insuficiente, porque las buenas cos-*



tumbres lo que hacen es proteger algo y ese algo es el derecho cuya protección constituye la médula del sistema de la competencia desleal. Parece que ese derecho no es otra cosa que el aviamiento. No se comprendería la competencia desleal si no se piensa en la armonía de los diversos elementos que han sido coordinados para el cumplimiento de un fin; la competencia desleal lo es, porque infringe el derecho de propiedad al aviamiento. La protección contra los actos de competencia protegen el interés del titular de la hacienda a lo que puede llamarse su cohesión o compacidad" (Carnelutti) En este sentido, puede decirse que la competencia desleal supone necesariamente un acto desviatorio de la clientela, pues es en el público que acude a obtener mercancías o servicios de una empresa en donde claramente se exterioriza el aviamiento.<sup>71</sup>

Del análisis de la Ley de Propiedad Intelectual se concluye que ha considerado dentro de los derechos protegidos por ella al aviamiento, o sea, como dice Ascarelli, la aptitud de la hacienda como instrumento de una empresa, para producir beneficios, el plus valor de la hacienda como instrumento de una empresa respecto de la suma de los valores de los distintos bienes que la componen, aisladamente considerados.<sup>72</sup> Gutiérrez Falla señala: Es innegable que en la empresa en movimiento, económicamente hablando, existe un valor no representado por la suma total de los bienes que la integran, el hecho resalta a la vista si se tiene en cuenta que en la venta de cualquier empresa mercantil próspera el precio que ha de pedir el vendedor es mayor a la suma de los distintos elementos que componen sus activos menos su pasivo, justamente porque el conjunto coordinado de elementos que la componen, adquieren un valor plus por la posibilidad de que su uso produzca una renta mayor que la del uso de cada uno de los elementos considerados aisladamente. Este valor plus, que suele llamarse "good will" o aviamiento, resultado directo de la coordinación, utilización y selección de los factores de la producción, es uno de los fenómenos económicos más típicos e importantes de la empresa mercantil.<sup>73</sup>

Desde esta óptica, parecería innecesario que se incluya el tema de la competencia desleal dentro de una ley de promoción y protección de la competencia. Sin embargo, posiblemente no todo está dicho; cierto que las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual se preocupan de los actos desviatorios realizados frente al público en general en perjuicio de todos los demás concurrentes (tales como las falsas indicaciones de origen o de calidad y las menciones de falsos honores y condecoraciones) y frente a agentes económicos en particular aunque sin infringir pactos establecidos con el mismo (uso indebido de nombres, marcas, avisos y patentes, difamación, injurias, denigración etc.), pero escapan los actos desviatorios de competencia en relación con un concurrente determinado infringiendo determinados pactos establecidos con el mismo, así como los que se realizan en perjuicio de la organización económica y de la libre competencia en cuanto tal.

#### 14. El control

Se discute la forma del control. Hay que distinguir tres campos diferentes: la fijación de políticas, la ejecución de las mismas y el control de las prácticas (incluido el regis-

tro o la autorización de las concentraciones, según el sistema que se escoja, y la sanción de las violaciones a la ley.

Respecto de la fijación de políticas, podría ser realizada por un órgano dependiente de la función ejecutiva, lo cual implicaría un excesivo sometimiento a las decisiones políticas del gobierno de turno, lo que estaría en contradicción con la necesidad de que exista una verdadera política de Estado, como se reclama y se señaló en el apartado 5%. relativo a la promoción de una cultura de la competencia, o establecer un organismo autónomo del más alto nivel, un Consejo que se integre de representantes de las tres funciones del Estado, de las Universidades (por su capacidad científica) y de los productores y consumidores (por su interés directo), así como de quien sea la cabeza del organismo que se encargue de llevar a ejecución tales políticas; representantes que deberían ser técnicos realmente capacitados y de solvencia probada.

Respecto de la ejecución de las políticas así como del control de las prácticas anticompetitivas, que incluiría la concesión de las autorizaciones para concentraciones, si es que se opta por este sistema, o en caso contrario de recibir las notificaciones que harían las empresas que pretendan concluir una concentración, así como llevar el registro de las mismas, es necesaria la creación de un organismo que tenga a su cargo estas tareas. Podría escogerse entre:

- a) una fiscalía económica, como el caso chileno, aunque en este supuesto habría que examinar detenidamente las relaciones que este organismo tendría con el Ministerio Público;
- b) un instituto, a semejanza del IEPI, dependiente de la Función Ejecutiva, lo cual resulta inconveniente porque con frecuencia existirán conflictos por contraposición de posiciones, y aún de intereses entre esta función del Estado, las empresas y los consumidores, por lo que es necesario que el organismo tenga la mayor autonomía posible;
- c) una entidad dotada de autonomía económica, administrativa y financiera, o sea una superintendencia, como los casos colombiano y venezolano. Según la Constitución Política de la República, artículo 222, son las encargadas de controlar instituciones públicas y privadas, a fin de que las actividades económicas y los servicios que presten se sujeten a la ley y atiendan al interés general.
- d) que una de las superintendencias existentes se encargue de estas tareas, con lo cual se lograría una optimización en el empleo de los recursos humanos y físicos, así como el mayor aprovechamiento de los cuadros administrativos capacitados; pero ello podría implicar la desviación de sus fines propios, o que la actividad de promoción y defensa de la competencia no sea la prioritaria.

En todo caso, deberá cuidarse que el organismo que se cree se halle debidamente desconcentrado, a fin de dar cumplimiento a lo que dispone el artículo 124 de la Constitución Política de la República.

Respecto del conocimiento y resolución de los casos de prácticas violatorias a la ley, a su vez existen dos posibilidades:

1. que esta actividad se halle a cargo de la Función Judicial, debiendo la autoridad de control remitir los casos en que se haya establecido administrativamente la

infracción de la ley, para su conocimiento y resolución; este sistema es el aplicado en nuestro medio por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Indudablemente que el control judicial es el mejor porque garantizaría celeridad, transparencia e imparcialidad, pero hay que examinar detenidamente si puede o no operar en nuestra patria, en que la Función Judicial afronta tantos y tan complejos problemas. Si pensamos que el Estado sistemáticamente le niega la provisión de los recursos económicos suficientes, es muy difícil esperar que el control judicial pueda funcionar óptimamente. En efecto, como es de público conocimiento, en el año 2001 la Función Judicial recibió una asignación presupuestaria inferior al uno por ciento del presupuesto nacional, apenas llegó al 0.68 por ciento, lo cual produce como resultado que los servidores judiciales se hallen pésimamente remunerados —y la angustia económica por desgracia es uno de los elementos provocantes de la corrupción—; que no exista el número mínimo de judicaturas y que las existentes se vean agobiadas por el exceso de causas, con el consiguiente retardo; que haya falta de locales, muebles y equipo de manera que se opera en condiciones muy precarias; que no se puedan cumplir con mandatos constitucionales como el de la unidad jurisdiccional, o legales como el de creación de juzgados de familia, de tribunales distritales de lo contencioso administrativo y fiscal, de la jurisdicción de la propiedad intelectual; que los jueces no puedan recibir una capacitación permanente y menos todavía en materias tan nuevas y altamente técnicas como las relativas a la competencia, que no se pueda contratar los servicios de asesores especializados, etc.

Únicamente cuando se tome conciencia de la importancia trascendental que tiene para la seguridad jurídica y la vida en democracia el que exista una función judicial robusta y se le dote de los medios materiales para el efecto, se podrá pensar en que ella asuma los nuevos retos que impone la modernización del Estado, uno de los cuales es, precisamente, el control de la competencia.

En realidad, deberían tener a su cargo estas tareas los jueces y tribunales distritales de la propiedad intelectual, por ser materias muy conexas y que requieren de similares conocimientos técnicos, pero no puede repetirse el error actual, es decir, el encargo a otras judicaturas hasta que se produzca la creación de esta jurisdicción especializada (disposición transitoria décima de la Ley de Propiedad Intelectual), ya que se convierten en encargos definitivos; en efecto, han pasado más de tres años desde la expedición de la ley antes citada y no se visualiza que en un futuro próximo se lleguen a establecer los juzgados y tribunales distritales de la propiedad intelectual, por las serias limitaciones económicas y materiales antes anotadas.

2.-Que el mismo organismo de control se encargue de la sanción administrativa, pero hay que recordar que, en todo caso, *los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley* (artículo 196 de la Constitución Política de la República), lo cual implica que de las resoluciones de la autoridad administrativa podrán ser impugnadas en sede jurisdiccional, a más de que se podrán proponer acciones de amparo cons-

titucional, con la consiguiente demora que es tan perjudicial en materias como ésta en que se necesita de la celeridad tanto como del acierto.

La ley debe dotar al organismo de control de los medios idóneos para que pueda cumplir a cabalidad sus funciones, lo cual implica el reconocimiento de la importancia de sus labores y el correspondiente rango de su personal, la provisión de recursos económicos y materiales, que incluya la posibilidad de contratar especialistas en cada rama en que se presenten situaciones a su conocimiento. Igualmente, la potestad sancionadora de las infracciones a la ley debe establecerse con la suficiente energía, con penas económicas en montos significativos y la posibilidad de imponer acciones u omisiones a los infractores, como medios reparadores de los efectos perjudiciales de sus conductas.

### Bibliografía

BULLARD, Alfredo C., Los procesos de integración y el abuso de posición de dominio en el mercado: dilema de la competitividad, en *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, 4, julio-diciembre 1999, Derecho de la Competencia, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000

CARPIO, Miguel R., Análisis Económico de la Legislación de Competencia, Superintendencia para la Promoción y la Protección de la Libre Competencia, Caracas, 2001,

CORRAL, Fabián, diversos artículos publicados en *El Comercio*: El ogro monopolístico de 12.03.2001, El despotismo de lo macro de 19.03.2001; La libertad posible de 19.04.2001; Algo más que la ley de 07.05.2001; La sociedad sin reglas de 28.05.2001;

DIEZ- CANSECO Núñez, Luis José, Competencia e Integración en América Latina: su importancia y los temas que deberían ser considerados en *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia* 4, julio-diciembre 1999, Derecho de la Competencia, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000

DROMI, Roberto, Competencia y Monopolio, Argentina, Mercosur y OMC, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999

ENTRENA CUESTA, El principio de libertad de empresa, en *El modelo económico en la constitución española*, dirigido por Fernando Garrido Falla, t. I, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981

GARCÍA ECHAVARRÍA, El orden económico en la Constitución, N° 8, septiembre-octubre de 1978, de *Libre Empresa*

GARCÍA PALENCIA, Rafael, Reglas de Competencia en la Práctica: La Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo, en *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*

GUTIÉRREZ FALLA, Laureano, Derecho Mercantil, La Empresa 1, Astrea, Buenos Aires, 1985

HERRERA, Washington, Inflación y libertades económicas, artículo publicado en *El Comercio* de 15.05.2001

MACÍAS HURTADO, Miguel, Proyecto de ley peligroso, artículo publicado en *diario Hoy* de 09.04.2001

MANCERO, Alfredo, El régimen económico del Estado Ecuatoriano, en *Los grandes temas de la reforma constitucional*, Programa de apoyo al sistema de gobernabilidad democrática, Gobierno del Ecuador-BID, Quito, 1997

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, WT/WGTCP/W/80, de 18 de septiembre de 1998

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, WT/WGTCP/W/140, de 8 de junio del 2000

PÉREZ LOOSE, Hernán, Legislación antimonopolio, artículo publicado en El Universo de 19.09.2000

PITTMAN, Russell, La razón de la política de Competencia, especialmente para las economías en desarrollo, en <http://www.usia.gov/journals/ites/0299/ijes/pittman.htm>

QUIROGA, María del Rosario y RODRÍGUEZ, Miguel, La concentración de empresas y la libre competencia, Fundación J.M. Bustamante de la Fuente, Lima, 1997

RIVIERE MARTÍ, Juan Antonio, La Política de Competencia en América Latina: una nueva

área de interés para la Unión Europea, en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia 4, julio-diciembre 1999, Derecho de la Competencia, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000

RODRÍGUEZ, Joaquín, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 1980

RUIZ, Patricio, Conferencia Indicadores de Productividad y Competitividad de la Industria Manufacturera en 1996, 2ª. Parte, Quito, U.T.E.

TROYA, José Vicente y GRIJALVA, Agustín, Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador, informe de investigación, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2000

VELILLA, Marco, Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante, en Derecho de la Competencia, Belisario Betancourt et. al., Santa Fe de Bogotá, El Navegante Editores, 1998

VILLACRÉS SMITH, Luis, Monopolios, artículo publicado en diario Hoy de 10.05.2001

Ley Tipo de la UNCTAD, Publicación de Naciones Unidas, Ginebra, 2000

Iuris Dictio, revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Enero 2001, Año II, No. 3

## NOTAS

1. *Iuris Dictio*, revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Enero 2001, Año II, No. 3, pp. 48- 58
2. Diario El Comercio, 2 de mayo del 2000, p. 5A
3. El régimen económico del Estado Ecuatoriano, en los grandes temas de la reforma constitucional Programa de apoyo al sistema de gobernabilidad democrática, Gobierno del Ecuador-BID, Quito, 1997, p. 43
4. *Ibidem*
5. Competencia y Monopolio, Argentina, Mercosur y OMC, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pp. 1-12
6. Reglas de Competencia en la Práctica: La Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo, en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, N° 4, pp. 64-65
7. El principio de libertad de empresa, en El modelo económico en la constitución española dirigido por Fernando Garrido Falla, t. I, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pp. 112-113
8. El orden económico en la Constitución, N° 8, septiembre-octubre de 1978, de Libre Empresa, pp. 28 y ss.
9. *Ibidem*
10. Peter Oesterdieckhoff: Política de Competencia, en: Varios, Economía Social de Mercado: su dimensión social, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1998, pp. 16-22, tomado de: José Vicente Troya y Agustín Grijalva: Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador, informe de investigación, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2000, pp. 13-14.
11. Op. cit., p. 14
12. *ibidem*
13. El Comercio de 12. 03. 2001
14. El Comercio de 19.03.2001
15. El Comercio de 19.04.2001
16. El Comercio de 07.05.2001
17. El Comercio de 28.05.2001
18. El Universo de 19.09.2000
19. Hoy de 09.04.2001
20. Hoy de 10.05.2001
21. El Comercio de 15.05.2001
22. <http://www.usia.gov/journals/ites/0299/ijes/pittman.htm> p.4
23. Organización Mundial de Comercio, Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, WT/WGTCP/W/80 de 18 de septiembre de 1998, pp.18-19
24. Publicación de Naciones Unidas, Ginebra, 2000
25. WT/WGTCP/W/140, p. 2
26. Luis José Díez-Canseco Núñez: Competencia e Integración en América Latina: su importancia y los temas que deberían ser considerados en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia 4, julio-diciembre 1999, Derecho de la Competencia, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 50.

## NOTAS

27. (Conferencia Indicadores de Productividad y Competitividad de la Industria Manufacturera en 1996, 2ª. Parte)
28. OMC, WT/WGTCP/W/80 cit., p. 20
29. La Política de Competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea, en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia 4, citado, pp. 186-187
30. OMC: WT/WGTCP/W/80 cit., p. 21
31. Op. cit., pp. 104-105
32. Op. cit., p. 246
33. Op. cit., p. 105
34. Ibidem, p. 107
35. Miguel R. Carpio: Análisis Económico de la Legislación de Competencia, Superintendencia para la Promoción y la Protección de la Libre Competencia, Caracas, 2001, p. 4
36. Ibidem
37. Op. cit., p. 4
38. Troya y Grijalva: op. cit. p. 18
39. UNCTAD: Ley tipo, cit., comentarios, p. 28
40. Ibidem
41. UNCTAD, op. cit., p. 29
42. Ibidem
43. UNCTAD, Ley tipo, comentarios, p. 31
44. Troya y Grijalva: op. cit., p. 24
45. UNCTAD, Ley tipo, comentarios, p. 31
46. UNCTAD, ibidem, p. 41
47. UNCTAD, ibidem, p. 42
48. Troya y Grijalva, op. cit., p. 27
49. Ibidem
50. UNCTAD, Ley tipo, comentarios, p. 47
51. Ibidem
52. Troya y Grijalva: op. cit., p. 28
53. UNCTAD, Ley tipo, comentarios, p. 48
54. Troya y Grijalva, op. cit., p. 29
55. UNCTAD, Ley tipo, comentarios, p. 48
56. Troya y Grijalva, op. cit., p. 31
57. María del Rosario Quiroga-Miguel Rodríguez: La concentración de empresas y la libre competencia, Fundación J.M. Bustamante de la Fuente, Lima, 1997, pp. 39-40
58. Ibidem
59. Citado por Quiroga y Rodríguez, op. cit., p. 41
60. Quiroga y Rodríguez, op. cit., p. 42
61. UNCTAD, Ley tipo, comentarios, pp. 49-50
62. UNCTAD; Ley tipo, comentarios, p. 51
63. Quiroga y Rodríguez, op.cit., pp. 88-89
64. Quiroga y Rodríguez, op. cit., pp.101-111
65. Ibidem, p. 112
66. Quiroga Rodríguez, op. cit., pp. 111-118
67. Ibidem, pp. 118-124
68. Op. cit., p. 125
69. Marco Velilla: Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante, en Derecho de la Competencia, Belisario Betancourt et. al., Santa Fe de Bogotá, El Navegante Editores, 1998
70. Alfredo C. Bullard: Los procesos de integración y el abuso de posición de dominio en el mercado: dilema de la competitividad, en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, 4, cit., pp. 33-36
71. Joaquín Rodríguez: Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 1980, t. 1, p. 443
72. Citado por Laureano Gutiérrez Falla: Derecho Mercantil, La Empresa 1, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 43
73. Gutiérrez Falla, op. cit., pp. 43-44 La fuerza de la Ley



# Breve análisis de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia y los derechos de los niños

Farith Simon Campaña

## CONTENIDO

Introducción.

Los tribunales de menores no dicen derecho.

Aplicación restringida del artículo 7 del Código de Menores.

El principio del interés superior del niño.

Aplicación progresiva de los derechos.

Conclusión.

## A manera de introducción

En los últimos años varios fallos de la Corte Suprema de Justicia se han referido de manera directa a los derechos de la infancia y adolescencia; algunas de estas resoluciones inclusive han dado lugar a que se consideren tácitamente derogadas disposiciones del ordenamiento jurídico secundario, por estimar que están en contradicción con las disposiciones constitucionales referentes a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De especial relevancia son los fallos relacionados a la declaración judicial de paternidad (como se puede revisar en extenso en el bien logrado artículo de Lorena Cascante contenido en el número anterior de esta revista<sup>1</sup>) ya que introducen dos innovaciones esenciales al sistema jurídico: a) establecen un valor probatorio superior a la prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico), y b) derogan tácitamente aquellas exigencias establecidas en los artículos 267 y 268 del Código Civil<sup>2</sup> en las que se señalan como requisitos para la declaración judicial de paternidad la prueba de la conducta observada por ellos (los progenitores) durante la época de concepción, además de la prueba de la posible relación sexual.

En el caso del valor probatorio que se asigna al examen de ADN la consideración esencial que realiza el juzgador es de carácter científico Dado el avance de la ciencia en la actualidad cuando se trata del establecimiento de la filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidad es casi del cien por cien, por lo que su conclusión debería ser obligatorio para el juzgador de instancia.<sup>3</sup>

En el caso de la derogación tácita de los numerales tercero, cuarto y quinto del artículo 267, y en consecuencia del artículo 268 del Código Civil, la consideración esencial es referente a la protección de los derechos de la infancia y adolescencia, al establecer:

*...que las disposiciones limitantes...han quedado tácitamente derogadas por ser contrarias al principio constitucional contenido en el artículo 48 de la Constitución Política del Estado y que en todo caso en que se pruebe dentro del proceso que la madre tuvo relaciones con el presunto padre y sólo con él durante la época de la concepción, el Juez está en el deber de declarar la paternidad, sin hacer distinciones odiosas y en forma sencilla, e inclusive para el perfecto esclarecimiento de la cuestión dispondrá de oficio, como diligencia para mejor proveer el examen de histocompatibilidad, cuando ello sea posible atendiendo a la capacidad económica de las partes, al tenor de lo que dispone el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil...ya que de esta manera se hace efectiva la garantía consagrada en la norma constitucional antes citada, que dice: Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio de interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.<sup>4</sup> (el subrayado es nuestro).*

Si combinamos las consideraciones antes señaladas y lo expresado en un reciente fallo de la Primera Sala Civil y Mercantil en el que se establece que: *Pretender interpretar el artículo 267 del Código Civil como lo hace el recurrente, en el sentido de que se puede investigar la paternidad únicamente si se prueban las situaciones fácticas contempladas en esta norma, y sostener esta tesis en una época en que cabe la concepción sin siquiera la realización de la cópula mediante las técnicas de reproducción asistida, sería inconstitucional...*<sup>5</sup> (el subrayado es nuestro), tendríamos que colegir que basta el examen favorable de ADN, practicado conforme a derecho e incorporado al proceso de la misma manera, para que el juez declare judicialmente la paternidad.<sup>6</sup>

No podemos dejar de resaltar la profundidad y rigurosidad de algunos de los fallos analizados y la importancia de que en los mismos se concreten los principios y garantías de los derechos de la infancia; sin embargo nos parece que existe, en algunos casos, una interpretación restrictiva de ciertos aspectos de los derechos.

En este artículo nos interesa analizar, desde la perspectiva de los derechos de los niños, tres aspectos de los fallos de la Corte Suprema: la consideración de que los tribunales de menores *no dicen derecho*; la aplicación restringida del artículo 7 del Código de Menores; y, la interpretación del principio del interés superior del niño. En lo que se refiere a este último tema se presentarán algunas consideraciones de carácter inicial, ya que creemos que su importancia justifica un análisis posterior más profundo.

## I. LOS TRIBUNALES DE MENORES NO DICEN DERECHO

En el considerando décimo quinto del fallo antes citado se realiza el siguiente análisis:<sup>7</sup>

*En relación al vicio imputado de que el fallo viola los artículos 1 y 7 del Código de Menores, debe observarse que la primera norma citada es de naturaleza enunciativa, contiene una tesis, un supuesto, que debe completarse con una consecuencia; un efecto, para que exista la proposición jurídica completa, de manera que debe analizarse en el caso propuesto conjuntamente con la segunda norma citada; ahora bien, el artículo 7 del Código de Menores es de aplicación restringida, es un efecto aplicable única y exclusivamente a los casos sujetos a conocimiento y resolución del Servicio Nacional de Menores, y ello se debe a la naturaleza especial de los procesos de menores y efectos peculiarísimos de las resoluciones que se dicten dentro de los mismos, en que no 'se dice el derecho', sino que se adoptan medidas urgentes en protección del menor, a diferencia de los procesos de conocimiento resueltos por los jueces civiles en que 'se dice el derecho'; por ello las resoluciones del Tribunal de Menores no causan efecto de cosa juzgada sustancial en el ámbito civil, mientras que las sentencias que dictan los jueces civiles sí lo tienen en el ámbito de menores, como lo demuestra el artículo 72 literal c) del Código de Menores. Los jueces deben velar por la protección a los menores y porque tengan vigencia sus derechos fundamentales, cuidando que los procesos se sustancien con estricto apego a la ley y con la mayor celeridad; pero ello no implica que los jueces se hallen en la obligación de fallar a favor de los menores en todas las demandas que se propongan a su nombre, sino solamente en aquellas en que, por los méritos del proceso, aparezca probado su derecho... (el subrayado es nuestro).*

Estamos totalmente de acuerdo con el análisis que se realiza en el fallo, respecto al papel de los jueces, en relación a los derechos, éstos *deben velar por la protección a los menores y porque tengan vigencia sus derechos fundamentales, cuidando que los procesos se sustancien con estricto apego a la ley y con la mayor celeridad; pero ello no implica que los jueces se hallen en la obligación de fallar a favor de los menores en todas las demandas que se propongan a su nombre, sino solamente en aquellas en que, por los méritos del proceso, aparezca probado su derecho,* y respecto al efecto de los fallos de los tribunales de meno-

res en los juzgados civiles, en cuanto estos no causan cosa juzgada sustancial, sin embargo no concordamos con la primera parte del fallo que afirma que en los tribunales de menores *no se dice derecho*.

No hay duda de que los tribunales de menores (y las Cortes Distritales) tienen en la actualidad competencias propias de la actividad de un juez, algunas compartidas con otras jurisdicciones (alimentos, trabajo, patria potestad, maltrato, etc.), estas competencias jurisdiccionales se encuentran confundidas con algunas de carácter social derivadas, entre otras, de la aplicación de los numerales 5, 6, 10 y 14 del artículo 220<sup>8</sup> del Código de Menores, para las cuales se podría considerar aplicable lo dicho por la Corte Suprema, en cuanto los tribunales de menores y las Cortes Distritales *no dicen derecho*.

Si utilizamos el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil como referencia para definir la tarea jurisdiccional *La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados o jueces establecidos por las leyes*, no queda duda que los tribunales de menores y las Cortes Distritales ejercen jurisdicción.

La consideración de que algunas de las competencias de los tribunales de menores son de naturaleza jurisdiccional llevó a la Asamblea Nacional Constituyente, en cumplimiento del principio de la unidad jurisdiccional y en reconocimiento de que los niños y adolescentes son titulares de todas las garantías constitucionales, a establecer la necesidad de que exista una administración de justicia especializada al interior de la Función Judicial (nótese que el artículo 51 de la Constitución habla de *especializada* no de *especial*). Hasta que se de la reorganización, los tribunales de menores no están exentos de respetar y cumplir con las normas constitucionales especialmente las referidas al debido proceso contenidas en el artículo 24 de la Carta Fundamental, y su actuación debe hacerse partiendo del hecho que la Constitución de 1998 reconoce a las personas menores de 18 años todos los derechos, además de los específicos de su edad (arts. 6 y 49).

Por supuesto, esta disposición no puede ser entendida como una determinación del paso del Servicio Judicial de Menores,<sup>9</sup> como se encuentra organizado actualmente, a la Función Judicial. Uno de los elementos a considerar es que la Corte Nacional de Menores no ejerce ninguna competencia de carácter jurisdiccional, sino exclusivamente de naturaleza administrativa como se puede verificar al leer sus funciones en el artículo 209 del Código de Menores.<sup>10</sup>

Hay que considerar que cualquier modificación a la institucionalidad referida a los derechos de los niños debe hacerse en el marco del establecimiento de un sistema nacional descentralizado de protección integral para la niñez y la adolescencia, encargado de asegurar el ejercicio y garantía de sus derechos (art. 52 de la Constitución), que debe asumir las responsabilidades de protección social, dejando las de naturaleza y contenido jurisdiccional a la administración de justicia.

Lamentablemente el alcance del presente artículo impide realizar un examen exhaustivo del Servicio Judicial de Menores, pero no tenemos duda de la necesidad de que éste tenga una profunda transformación en todo sentido, en especial en lo que se refiere a sus competencias, compo-

ción y estructura, de forma que se cumpla con las disposiciones y exigencias constitucionales y de los instrumentos internacionales sobre los derechos de la infancia y adolescencia como concluyen los estudios que sobre los tribunales de menores y su compatibilidad con la Convención sobre los Derechos de los Niños se han realizado en el país.<sup>11</sup> Creemos que el país no puede mantener un modelo institucional creado en 1899 (año en que aparece el primer tribunal de menores en Chicago-Illinois) y que ha sido abandonado a nivel universal por ser incompatible con el reconocimiento de que niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos, y por tanto, titulares de las garantías del debido proceso.

En conclusión, creemos que la afirmación de que los tribunales de menores *no dicen derecho* podría ser interpretado como una forma de restricción de las garantías del debido proceso cuando se toman medidas de protección. Esto en principio podría ser evaluado como positivo usando consideraciones de rapidez y eficiencia, pero a la larga se convierte en una forma de limitar la aplicación de derechos constitucionalmente reconocidos a todos los habitantes del país, interpretación que obviamente contraría un principio general de derechos humanos contenido en el artículo 18 de la Constitución:

*Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos... Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.*

Creemos que el fallo cuando analiza *las medidas urgentes en protección del menor* no las está considerando como una forma concreta de garantía de los derechos, por medio de una actividad concreta de las autoridades en cumplimiento de una obligación del Estado, así como de la sociedad y la familia, de acuerdo al artículo 48 de la Constitución. Parecería que la Sala considera a las *medidas de protección* como una indeterminada y difusa actuación de *tutela personal* por parte de las autoridades. Basta citar la norma del artículo 16 de la Carta Fundamental, *El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución*, para justificar el hecho de que las *medidas urgentes* deben dictarse respetando los derechos y garantías constitucionales y considerando que sus efectos deben estar dirigidos a restituir o proteger los derechos violados o amenazados.

Es tan relevante el respeto de las garantías del debido proceso en la toma de medidas de protección, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha solicitado una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación de los artículos 8 y 25 (garantías del debido proceso) de la Convención Americana de Derechos Humanos, a los procesos en que se determinen medidas de protección.

## II. APLICACIÓN RESTRINGIDA DEL ARTÍCULO 7 DEL CÓDIGO DE MENORES

Consideramos que la Corte Suprema, en el fallo N°. 83-99 de 11 de febrero de 1999, dictado dentro del recurso de casación No. 170-97, publicado en el R.O. 159 de 29 de marzo de 1999, establece que *el artículo 7 del Código de Menores* es de aplicación restringida a los tribunales de menores se refiere exclusivamente a la primera parte de la norma de la referencia: *Los casos sujetos a conocimiento y resolución del Servicio Judicial de Menores, serán tratados como problemas humanos y no como litigios...* (el subrayado es nuestro).

Este principio es un anacronismo heredado de una época marcada por dos hechos: la judicialización<sup>12</sup> de las políticas sociales relativas a la infancia, y la consideración de los niños como *objetos* de protección. El respeto a las garantías del debido proceso, que se expresan en algunas formalidades, eran un limitante para resolver de manera rápida esos casos.<sup>13</sup> Toda la institucionalidad sobre la infancia, en la práctica, se sustentaba en la actuación de las estructuras jurisdiccionales, por tanto, se requería de formulas pseudo-protectoras que facilitaran una intervención, además de rápida, ilimitada, ya que los menores de edad eran considerados como *objetos* de protección y tutela por parte del Estado. A contramano, es justo decir, que se debe guardar un equilibrio entre el respeto a las garantías y la necesidad de eficiencia en las medidas.

De manera posterior, a los tribunales de menores se les fue atribuyendo competencias propias de la Función Judicial, esto debido al reconocimiento de que la administración de justicia era en exceso lenta. En nuestra opinión la pretendida *rapidez* con la que se resuelven los casos en los tribunales de menores se deben fundamentalmente a ciertas soluciones de carácter procesal, que vuelven inútiles las prácticas usuales que buscan el retardo de las causas y no a su estructura y composición, peor aún a la aplicación del principio analizado.

En nuestra opinión, el principio del *interés superior del niño*, en la administración de justicia debería expresarse fundamentalmente en dos aspectos:<sup>14</sup>

- 1) En la necesidad de respeto a las garantías del debido proceso, las cuales únicamente pueden ser restringidas cuando son de utilidad evidente para la protección de los derechos, por ejemplo, la reserva del proceso para terceros no involucrados; y,
- 2) En el desarrollo de una actividad probatoria destinada a desentrañar la verdad sustancial y no únicamente la verdad formal-procesal. Esto se traduce en la posibilidad de que el juez solicite de oficio las pruebas (al margen de la actividad probatoria de las partes) que considere necesarias para tener los elementos de juicio suficientes para fallar de acuerdo a los hechos,<sup>15</sup> pero en ningún caso, como lo expresa la Corte Suprema... *implica que los jueces se hallen en la obligación de fallar a favor de los menores en todas las demandas que se propongan a su nombre, sino solamente en aquellas en que, por los méritos del proceso, aparezca probado su derecho.*<sup>16</sup>

En cuanto, a la segunda parte del artículo 7 del Código de Menores, que se refiere al reconocimiento de que en los casos que ...*tengan que ver con menores pertenecientes a minorías étnicas o comunidades indígenas, se observarán, además de los principios contemplados en este Código, sus usos, costumbres y tradiciones y en lo posible, se consultará con las autoridades tradicionales de la comunidad a la cual pertenece el menor. Si una autoridad tradicional ha tomado una medida en el asunto a conocer, el tribunal deberá tomarla en cuenta y evaluarla en relación al interés superior del menor.*

Los tres elementos presentes en el segundo párrafo del artículo 7 se encuentran reconocidos a nivel constitucional: el principio del interés superior; el reconocimiento de que las nacionalidades y pueblos indígenas tienen derecho a vivir de acuerdo a sus usos y costumbres (siempre que no estén en contra de la Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos); y, el reconocimiento de la existencia de autoridades tradicionales (arts. 81 y 191).

En conclusión, no es coherente interpretar que la Corte Suprema haya querido limitar disposiciones constitucionales al ámbito exclusivo de los tribunales de menores; al contrario, la primera parte del artículo 7, en la actualidad no podría ser aplicada al margen de las garantías del debido proceso.

### III. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Como se dijo anteriormente éste es un principio fundamental en relación a la infancia y adolescencia, pero criticado fuertemente por algunos sectores que consideran que es una forma de debilitamiento de los derechos, ya que incorpora una *cláusula abierta* que podría ser interpretada de manera que restrinja los derechos: *La crítica más frecuentemente expresada por los expertos señala que se trata de un principio abierto o indeterminado. En otras palabras, su aplicación en situaciones concretas no va a conducir necesariamente a un resultado predecible. El problema reside en cómo identificar los criterios que habrá de seguir para evaluar las opciones alternativas que se le ofrecen a la persona que tiene que tomar la decisión cuando pretende actuar en defensa del interés superior del niño.*<sup>17</sup>

Otro elemento de esta *indeterminación* es el reconocimiento de la diversidad cultural y de la existencia de diferentes prácticas y pautas culturales en la crianza y cuidado de los niños y niñas. Si se lee el principio de manera *abierta* provocaría que cada comunidad, que cada persona, interprete los derechos de acuerdo a lo que considere, desde la subjetividad, lo más conveniente para cada niño o niña.

Hay que recordar que el origen del principio se ubica en el derecho de familia y se resume en una fórmula sencilla: si en un caso se enfrentan los derechos de los niños con los derechos de los adultos, la resolución debería favorecer los derechos de los primeros.<sup>18</sup>

Como lo señala Philip Alston: *...a comienzos del siglo XX el derecho consuetudinario trataba el principio (del interés superior) como la consideración principal en los conflictos de patria potestad. En consecuencia, la legislación reflejó esta nueva orientación. Así la Ley de Tutela de Menores de 1925 disponía que, en la adopción de decisiones relativas a la tutela y crianza de los niños, los tribunales tenían que hacer del bienestar del niño 'la primera y primordial consideración.'*<sup>19</sup>

A raíz de la incorporación del principio del interés superior en la Constitución y en la Convención sobre los Derechos del Niño, éste debe interpretarse en el marco de los derechos. En otras palabras, los derechos de los niños y niñas son sus *intereses*, por lo tanto cuando nos referimos al interés superior lo hacemos a la búsqueda de vigencia efectiva de esos derechos, y no a una consideración *vaga e indeterminada* que se constituye por lo que un juez autoritario/paternalista resuelva.

En concreto nos interesa resaltar los tres posibles usos del principio, por parte de la administración de justicia:

- 1) Sirve para resolver casos en los que existe colisión de los derechos del propio niño, es decir, en aquellas situaciones donde es necesario que se resuelva la limitación de algún derecho en favor de otros derechos. Por ejemplo, en los casos de maltrato intrafamiliar, los fallos deben resolver entre el derecho del niño a la integridad física y a estar libre de malos tratos, y el derecho del mismo niño a vivir en familia. La pauta que se propone para resolver este conflicto es que la medida que se tome deberá considerar la limitación del menor número de derechos, por el menor tiempo posible, de manera que la medida asegure la vigencia del mayor número de derechos y la restitución rápida de los derechos limitados.
- 2) Cuando se enfrenta el derecho del niño con los derechos de otras personas, en principio prima el derecho del primero.<sup>20</sup> Sin embargo este principio no puede ser considerado como una forma de negación de los derechos de los demás sujetos, esto exige considerar cada caso en particular y el derecho en juego, es decir el valor del bien jurídico protegido. Por otro lado en algunos casos los derechos del niño se enfrentan a derechos colectivos; aquí la aplicación del principio se vuelve más compleja, en este caso también se debería usar la regla anterior: en ningún caso se podrá legitimar violaciones a los derechos en nombre de los derechos colectivos.
- 3) Un tercer uso del principio permitiría resolver situaciones en las que no se cuenta con un marco normativo que lo recoja expresamente. En este plano se convierte en una norma de aplicación concreta, no solo una consideración.

En los fallos de la Corte Suprema sobre paternidad se ha usado el principio como consideración al resolver los casos, y como forma de prevalencia de los derechos de los niños.

En los fallos en que se usa como fundamento el principio, en general se lo hace por la vía de citar al artículo 48 de la Constitución:<sup>21</sup>

*Es oportuno destacar que las disposiciones del Código Civil sobre declaraciones judiciales de la paternidad fueron expedidas en una época plagada de prejuicios en contra de la filiación de los niños concebidos fuera del matrimonio y en que la ciencia no había logrado encontrar medios idóneos para la investigación biológica de la paternidad; el niño prácticamente era un objeto de la relación jurídica de esa investigación; los verdaderos sujetos de la relación eran los padres...Esta Sala considera que las disposiciones limitantes ... han quedado derogadas tácitamente por ser contrarias al principio constitucional contenido en el artículo 48 de la Constitución Política del Estado.*<sup>22</sup>

En cuanto a la *prevalencia de los derechos* la Corte Suprema ha sido muy clara, como lo dijimos anteriormente,



en interpretar que la misma signifique negación de los derechos de las otras personas y en particular que releve del cumplimiento de las garantías procesales:

*el principio de (sic) interés superior de los niños y sus derechos, que prevalecerán sobre los demás, es necesario destacar, que ciertamente la Constitución Política de la República del Ecuador contiene aquel precepto fundamental; pero esto no quiere decir que para proteger los intereses del niño y sus derechos ha de declararse como padre a cualquier persona, porque la declaratoria judicial de paternidad tiene efectos trascendentales, como el de la ciudadanía prevista por la Constitución. De ella resulta además el parentesco no solo entre el padre y el hijo sino también con los parientes del padre una vez que la filiación integra al hijo a toda la familia; de allí que la declaración judicial al respecto debe hacerse en base de medios de prueba ciertos e indubitables.*<sup>23</sup>

#### IV. APLICACIÓN PROGRESIVA DE LOS DERECHOS

En el fallo de 8 de noviembre de 2001 sobre el mismo tema de la declaración judicial de paternidad, la Corte realiza varias aportaciones adicionales a la interpretación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes:

1) Por primera vez se relaciona a la declaración judicial de paternidad con un derecho específico, en este caso el derecho a la identidad, superando la acostumbrada mención general al artículo 48;

Se reitera el hecho de que la normativa actual sobre derechos de los niños (en este caso el fallo se refiere a la normativa sobre declaración judicial de paternidad) supera la visión, que se contiene en varias disposiciones del Código Civil, y en otros cuerpos normativos relacionados, en los que se trata a los niños como *objetos*. La conclusión de la Corte Suprema se podría ampliar a temas tales como la tenencia, visitas, y la patria potestad, los mismos que tampoco fueron sustancialmente considerados desde esta perspectiva en el Código de Menores vigente.<sup>24</sup>

Para probar esta afirmación citaremos, como ejemplo, lo que establece el artículo 63 de dicho instrumento en cuanto al régimen de visitas: *No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieran sido sacados los hijos, visitar o recibir la visita de éstos en la forma, la frecuencia y libertad que el tribunal estime convenientes...* (el subrayado es nuestro). Es decir, la norma habla del derecho del *padre y la madre* a mantener contacto con sus hijos cuando se encuentran separados. Al contrario la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 9 numeral 3 establece que *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.* (el subrayado es nuestro).

2) El fallo establece que la normas que se relacionan a los derechos de los niños desarrollan *una garantía fundamental* y de acuerdo a lo prescrito en el artículo 18 de la Constitución se debe estar *a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia*, y cita en específico un efecto de esta norma que es la interpretación progresiva de los derechos.

3) Por nuestra interpretación, de que el principio del interés superior del niño se concreta en la búsqueda del respeto y la vigencia de los derechos, no estamos de acuerdo con que la Corte haya considerado al principio del interés superior y al derecho a la identidad como dos aspectos totalmente diferentes, como se puede verificar en la siguiente cita: *aceptar el argumento del recurrente atentaría contra el interés superior del niño y su derecho a tener una identidad.*<sup>25</sup>

Creemos de utilidad reproducir la parte pertinente del fallo aquí estudiado, porque creemos que el mismo, como se dijo antes, es un aporte a la teoría y la práctica de los derechos de los niños y niñas:

*...la ciencia ha descubierto que la paternidad de un niño es posible determinar prácticamente con total certeza a través de la prueba del ADN.- Los preceptos legales por un lado, y la ciencia, por otro, han convertido en obsoletas las reglas rígidas para la declaración judicial de la paternidad del Código Civil.- Los códigos modernos de otros países que contenían normas iguales o similares al nuestro, las han modificado radicalmente.- Es hora de que nuestra legislación siga esa corriente y establezca reglas actualizadas y precisas para el efecto.- Sin embargo, estimamos que para la declaración judicial de la paternidad los jueces y tribunales de la Función Judicial, en aplicación de los instrumentos legales citados, que han reformado tácitamente las disposiciones referidas del Código Civil, así como también de conformidad con las reglas de la sana crítica previstas por el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, uno de cuyos componentes son las bases científicas y, que tratándose de la declaración judicial de la paternidad, es la prevalencia de los dictámenes periciales basados en el examen de ADN... En este sentido, es precisa la disposición constitucional contenida en el inciso segundo del artículo 49 de la Carta Política: "Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten." Pretender interpretar el artículo 267 del Código Civil como lo hace el recurrente, en el sentido de que se puede investigar la paternidad únicamente si se prueban las situaciones fácticas contempladas en esta norma, y sostener esta tesis en una época en que cabe la concepción sin siquiera la realización de la cópula mediante las técnicas de reproducción asistida, sería inconstitucional, porque tal forma de interpretación atentaría contra el interés superior del niño y su derecho a tener una identidad, olvidando que toda norma que desarrolla una garantía fundamental debe interpretarse progresivamente y mirando la finalidad que persigue al tenor de lo que dispone el artículo 18 inciso segundo de la Constitución Política de la República..."*<sup>26</sup>

## V. A MANERA DE CONCLUSIÓN PROVISIONAL

Creemos que la Corte Suprema de Justicia, especialmente la Primera Sala Civil y Mercantil, está realizando contribuciones significativas para la protección y garantía de los derechos de la infancia desde la administración de justicia, al interpretar en un sentido progresivo lo dispuesto por la Constitución Política de la República y en los instrumentos de la materia ratificados por nuestro país, en especial la Convención sobre los Derechos de los Niños; sin embargo hay algunos elementos de estos fallos que consideramos contradicen esta búsqueda, especialmente por un uso limitado de los principios generales que informan a los derechos humanos en general, y a los derechos de los niños en particular.

## BIBLIOGRAFÍA

Lorena Cascante *Eficacia de la prueba del ADN en los juicios por declaración judicial de la paternidad*. Revista Iuris Dictio, del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Año II, No. 4. Agosto 2001.

Alberto Wray *La observancia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Administración de Justicia*. Projusticia-Unicef. 1998.

Philip Alston. *El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*. UNICEF. 1996.

Daniel O'Donnel (1990). *La Convención sobre Derechos del Niño: Estructura y contenido*. En: INFANCIA, Boletín del IIN. N° 230. Tomo 63, julio, Montevideo. p. 11.

Miguel Cillero. *El interés superior del niño*. Publicado en Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Editorial Depalma y Temis. Bogotá y Buenos Aires. Segunda Edición. 2000.

Expediente No. 310-2000, Primera Sala, R.O. 140, 14-VIII-2000.

Expediente No. 83-99, Primera Sala Civil y Mercantil, R.O. 159, 30-III-99.

Resolución No. 367 de 8 de noviembre de 2001

Expediente No. 464-99, Primera Sala, R.O. 332, 3-XII-99.

Resolución No. 367 de 8 de noviembre de 2001.

Constitución Política de la República.

Código de Menores.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Código de Procedimiento Civil.

## NOTAS

1. Lorena Cascante. *Eficacia de la prueba del ADN en los juicios por declaración judicial de la paternidad*. Revista Iuris Dictio, del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Año II, No. 4. agosto 2001.
2. Art. 267.- *La paternidad puede ser judicialmente declarada en los casos siguientes:*
  - 1o.- *Si notificado el supuesto padre, a petición del hijo, para que declare con juramento ante el juez, si cree ser tal padre, lo confiesa expresamente;*
  - 2o.- *En los casos de raptó, violación, detención o secuestro personal arbitrario de la madre, siempre que hubiese sido posible la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro;*
  - 3o.- *En el caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, o promesa de matrimonio;*
  - 4o.- *En el caso en que el presunto padre y la madre, hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción; y,*
  - 5o.- *En el caso en que el supuesto padre ha provisto o participado en el sostenimiento y educación del hijo, siempre que, con audiencia del supuesto padre, se probare que lo hizo en calidad de padre.*
3. Art. 268.- *Sin perjuicio de los otros medios de defensa, será rechazada la demanda fundada en los cuatro últimos casos del artículo anterior, si se prueba que durante el período legal de la concepción la madre era de mala conducta notoria, o tenía relaciones de tal naturaleza que hagan presumible el trato carnal con otro individuo.*
3. Expediente No. 83-99, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 159, 30-de marzo de-1999.
4. Expediente No. 83-99, Primera Sala Civil y Mercantil, R.O. 159, 30-de marzo de-1999; Resolución No. 367 de 8 de noviembre de 2001; Expediente No. 310-2000, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 140, 14-de agosto de-2000.
5. Resolución 367 del 8 de noviembre de 2001.
6. Nos parece que se debe matizar lo dicho por Corte Suprema de Justicia, ya que debería diferenciarse dos antecedentes: si la concepción se ha producido por medios naturales, relación sexual, bastaría la prueba del ADN, si la concepción se ha dado por medios científico-técnicos (reproducción asistida) sería necesario presentar pruebas respecto a la intencionalidad o no de la reproducción por parte de la persona dueña del material genético. Si se podría declarar la paternidad respecto a los donantes de esperma sería desvirtuar totalmente la intencionalidad del procedimiento científico y la voluntad de una de las partes, lo que podría prestarse a serios abusos.
7. Expediente No. 83-99.
8. 5.- *Dictar de inmediato las medidas precautelatorias, cuando las circunstancias lo exijan, para garantizar debidamente la integridad física, los derechos y bienes de los menores;* 6.- *Visitar periódicamente los establecimientos públicos y privados de protec-*

## NOTAS

*ción o rehabilitación de menores de su circunscripción, con el fin de orientar y vigilar sus labores. Debiendo informar de dichas visitas a la Corte Distrital de Menores con copia a la Dirección Nacional de Menores; 10.- Coordinar la aplicación de la Ley en favor de los menores con las organizaciones públicas y privadas vinculadas a la protección, defensa y rehabilitación de los menores; 14.- Difundir y promocionar por los medios a su alcance los derechos de los menores y las instituciones de protección que este Código establece y la forma en que la comunidad puede acceder a ellos*

9. Es evidente que la intención del asambleísta no fue el traspaso del Servicio Judicial de Menores a la Función Judicial como estructura completa, ya que estableció el paso de los jueces, es decir de quienes ejercen jurisdicción, dando un carácter de temporal a las leyes orgánicas que rigen su funcionamiento (el Código de Menores en el caso de los tribunales y Cortes Distritales de Menores). Debemos reconocer que la redacción de la transitoria no es muy feliz y podría ser interpretada desde grupos interesados, y especialmente si se le hace fuera de contexto, como un paso general de todos los órganos de los jueces policiales, militares y de menores a la Función Judicial, pero cualquier cambio debe ser hecho considerando las restantes normas constitucionales sobre: organización del Estado, derechos humanos, protección y garantía de los derechos de los niños y niñas, etc. Un argumento final a considerar es la transitoria al referirse al personal administrativo que actualmente labora en las cortes, tribunales y juzgados militares, de policía y de menores, garantiza su estabilidad y establece que pasarán a formar parte de la Función Judicial, de manera separada de quienes ejercen jurisdicción, ya que es claro éstos deben someterse a las restantes disposiciones sobre requisitos de ingreso, permanencia y ascenso de quienes ejercen jurisdicción.
10. Esto obviamente entra en colisión de las normas constitucionales respecto al gobierno y administración de la Función Judicial, ya que la Corte Nacional de Menores duplica las responsabilidades del Consejo Nacional de la Judicatura.
11. Particularmente es valioso el estudio de Alberto Wray sobre *La observancia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Administración de Justicia*. Projusticia-Unicef. 1998.
12. La judicialización significa la entrega a los jueces, o a estructuras similares, de la resolución de casos de competencia propia de la estructuras administrativas del Estado.
13. Claro que rapidez no implica efectividad de la medida, en la mayor parte de los casos no se evaluaba el verdadero impacto de la medida en la vida de los niños. Por otro lado, al no contar los espacios jurisdiccionales con opciones para resolver los casos, la mayoría de veces estos se limitaban a determinar la institucionalización de los niños.
14. Además de ser una consideración primordial en las decisiones.
15. Un elemento a considerar podría ser el del principio de prevalencia de los derechos de los niños, pero éste se lo examinará al estudiar el principio del interés superior del que consideramos se deriva este principio.
16. Expediente 83-99.
17. Philip Alston. *El interés superior del niño: hacía una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*. UNICEF. 1996.
18. Anteriormente, los fallos siempre favorecían al ejercicio de la autoridad paterna.
19. Alston. Op. Cit.
20. El principio de la prevalencia de los derechos es una derivación del principio del interés superior del niño; como se puede verificar éste no aparece en la Convención sobre los Derechos de los Niños, es retomado por la Constitución colombiana y posteriormente incorporado en nuestra Constitución.
21. Algunas de estas resoluciones fueron citadas anteriormente, al explicar los fundamentos para la derogatoria tácita de los requisitos que se exigían en el Código Civil para la declaración de paternidad.
22. Expediente No. 310-2000, Primera Sala, R.O. 140, 14-de agosto de-2000.
23. Expediente No. 464-99, Primera Sala, R.O. 332, 3-de diciembre -99
24. Es innegable que el Código de Menores vigente significó un gran avance en la adecuación normativa a esta nueva realidad sobre los derechos de la infancia y adolescencia; sin embargo consideramos que requiere una reforma integral para asegurar una adecuación sustancial y no solo formal a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de los Niños y ahora a lo dispuesto en la Constitución de 1998.
25. Resolución No. 367 de 8 de noviembre de 2001.
26. Resolución No. 367 de 8 de noviembre de 2001.

# La fuerza de la Ley

Ramiro Aguilar  
Torres

*“Nada hay más despreciable, ni peligroso que un malvado que cada noche se va a dormir con la conciencia tranquila. Muy malo es eso. En especial, cuando viene parejo con la ignorancia, la superstición, la estupidez o el poder; que a menudo se dan juntos.”*

Arturo Pérez Reverte  
(Limpieza de Sangre)

Force de loi Le *“Fondement mystique de l'autorité”* el título original de la obra de Jacques Derrida traducida como Fuerza de Ley - El fundamento místico de la autoridad<sup>1</sup> - inspira este ensayo. No encuentro otro título mejor para empezar a discurrir sobre este tema; y por ello lo tomo prestado.

Después de esta confesión preliminar, entremos en materia: uno de los graves problemas de nuestra sociedad es que reclama con insistencia: disciplina, autoridad y fuerza en el gobierno. La debilidad política de los gobiernos de los últimos años y la inseguridad ciudadana por el aumento de la criminalidad, hacen que la gente reclame un gobierno fuerte. Esta aspiración generalizada ha servido de pretexto para aventuras totalitarias en Perú y Venezuela; y para extravagancias circenses como la del 21 de enero del 2000 en Ecuador.

Es evidente la debilidad de los gobiernos elegidos democráticamente en Ecuador. Esta debilidad hace que en la práctica el país sea ingobernable. La anarquía política ecuatorianaazonada con mediocridad, frustración, picardía, fanfarronería y fatuidad nos ha llevado al extremo de haber perdido el Estado de Derecho. En Ecuador se promulgan leyes a borbotones y nadie las acata, nadie las cumple. La ley se queda impresa en el Registro Oficial y los ecuatorianos sobrevivimos como podemos, acomodándonos a la corrupción; al abuso de funcionarios públicos resentidos y vagos; al desparpajo de empleados privados vivarachos; a la ingenuidad extraña de militares politécnicos que creen en todo menos en la Constitución y la ley; a la voracidad de empresarios inescrupulosos; al miedo a la policía, a los secuestradores, a los ladrones y criminales; y, a una justicia que si no se compra, se presiona.

Los otros: funcionarios públicos, empleados privados, empresarios, policías y jueces, competentes y honrados se van quedando en silencio, conscientes de ser una minoría que puede ser perseguida e infamada.

Lo contradictorio es que el ciudadano reclame autoridad en el gobierno pero no acate la ley. ¿Cómo explicar este fenómeno?

Pascal decía que:

*Es justo que se siga lo que es justo; es necesario que se siga lo que es más fuerte. La justicia sin la fuerza es impotente; la fuerza sin la justicia es tiránica. La justicia sin la fuerza es contradicha, porque hay siempre malos; la fuerza sin la justicia es acusada. Es menester, por lo tanto, juntar siempre la justicia y la fuerza, y para eso hacer que lo que es justo sea fuerte, lo que es fuerte sea justo.<sup>2</sup>*

La justicia sin la fuerza es impotente y contradicha, la fuerza sin la justicia es tiránica y acusada. ¿De dónde viene la fuerza de la ley? Derrida nos trae una cita de Montaigne que aclara el asunto:

*...Las leyes mantienen su crédito no porque sean justas sino porque son leyes. Es el fundamento místico de su autoridad, no tienen otro [...]. El que las obedece porque son justas, no las obedece justamente por lo que debe obedecerlas.<sup>3</sup>*

He aquí el tema de fondo para nosotros. En Ecuador se perdió el *fundamento místico de la autoridad*. Yo diría más, al haberse atomizado la organización social, se ejercen actos de fuerza desde diferentes sectores que además han construido todo un discurso para justificar la ruptura y el incumplimiento de la ley.

Frente a actos ilegítimos de los particulares, el Estado debe aplicar la ley y sancionar a los responsables. Pero ¿se sanciona a alguien cuando se paralizan vías; se cierran hospitales, juzgados y escuelas o cuando hay grandes fraudes financieros? No. No se sanciona a nadie. En realidad, campea la impunidad en todos los sentidos. Entonces surge la ira profunda, esa sensación de soledad e impotencia del individuo común que perdió a su único aliado: LA LEY.

**¡Que venga alguien capaz de hacer cumplir la ley, alguien con sentido del poder, con autoridad!**

Esto no es suficiente, el liderazgo de quien ejerza la Presidencia de la República será inútil si no se apoya en la fuerza, no solamente en la fuerza pública si no en jueces y fiscales - el otro componente de la fuerza -. Pero si

un número importante de éstos son corruptos, cobardes y presionables, el líder debe ejercer fuerza sobre ellos, intimidándolos, para que sean ejecutores de los designios del régimen. O perecerá.

El asunto esta claro, el Conductor - para usar el término de Juan Domingo Perón -, tiene dos opciones: usar la fuerza de la ley y los mecanismos que ella pone a disposición del gobernante para su aplicación. O recurrir a la fuerza intimidatoria y arbitraria. La primera opción supone la existencia de una justicia que aplique la ley y sancione respetando el debido proceso y que no se venda o se deje presionar. La segunda es la única alternativa que le queda al líder cuando la justicia de su país está totalmente descompuesta y en manos de un solo partido político - que no es el suyo. Si no ejerce fuerza sobre la justicia correrá el riesgo de volverse perseguido o de ver como sus colaboradores son aniquilados políticamente por la metódica persecución de quienes controlan la justicia. En una justicia imparcial y honesta está el éxito del Conductor - es su propio contrapeso -. Lo óptimo es que se logre reconstruir la administración de justicia para que responda al derecho y no a la política o al dinero; mas en el proceso de transición no hay ambages: si no se limpian la justicia y el ministerio público, cualquier liderazgo político fracasará.

Cualquier análisis histórico puede tener dos enfoques: aquel que somete las transformaciones de los pueblos a la visión y acción de sus líderes; o aquel que las asume como una cuestión social: es la comunidad la que diseña sus derroteros, forja a sus gobernantes y les indica el camino. Maquiavelo zanjó hace cientos de años la cuestión al decir: *Era, por tanto, necesario para Moisés encontrar al pueblo de Israel, en Egipto, esclavo y oprimido por los egipcios, a fin de que ellos, para salir de la esclavitud, se dispusieran a seguirlo. Era conveniente que Rómulo no tuviera espacio suficiente en Alba, que fuera abandonado al nacer, si se quería que llegase a ser Rey de Roma y fundador de aquella patria. Era necesario que Ciro encontrara a los persas descontentos con el gobierno de los medos y a los medos blandos y afeminados por la larga paz. Teseo no podía demostrar su virtud si no encontraba a los atenienses dispersos. Estas oportunidades hicieron, por tanto, la dicha y la fortuna de estos hombres; y su virtud fuera de lo común les hizo reconocer la oportunidad que se les brindaba. El resultado fue que su patria se vio ennoblecida y su prosperidad llevada a las más altas cotas.*<sup>4</sup>

Quienes podrían dudar de lo dicho por Maquiavelo son los sociólogos ex marxistas, pero cuando se discute en estos tiempos la figura de Fidel Castro y su liderazgo sobre el pueblo cubano después de más de treinta años de producida su revolución, el tema se les complica y recurren a argumentos más sentimentales que lógicos. Pocos personajes, sin embargo, podrán personalizar el liderazgo mejor que el propio Fidel Castro.

Con el riesgo de que muchos de mis lectores me crean caduco, creo en el liderazgo personal, la humanidad lo sabe - o al menos lo presiente - y por eso busca y sigue a sus conductores. Otro ejemplo ilustrativo es Juan Domingo Perón: *El elemento básico de la noción que Perón tenía del liderazgo era la proposición de que el líder nace, no se hace. Se pueden enseñar las técnicas de conducción -*

*el término generalmente usado por Perón para denotar que la función es de coordinación y dirección hacia una meta común -, pero el arte en sí surge del don natural del individuo destinado a conducir.*<sup>5</sup> Perón sostenía que primero, el conductor se hace ver: es la base para que lo conozcan. Luego se hace conocer: es la base para que lo obedezcan. Finalmente se hace obedecer: es la base para que llegue a ser hasta infalible. Esto es tan importante que el Papa, como no es infalible providencialmente, lo ha establecido por decreto.<sup>6</sup>

El problema radica en la legitimidad, los instrumentos y los aliados del conductor. Desde luego, su origen debe ser democrático; pero en un concepto muy tangible y no necesariamente electoral; y en este campo aparentemente irrefutable, alguien me dirá ¿Y qué es más tangible que el sufragio? Lo que aparece como obvio en democracias inmersas en un Estado de Derecho, no aparece tanto en pseudo democracias como la nuestra. Uno de los problemas de nuestra sociedad es que la gente concurre mecánicamente a votar por la obligación de hacerlo, no está convencida de que su voto es en realidad una decisión. Además vota por candidatos que le impone un sistema de partidos que en la práctica monopoliza el escenario electoral. De ahí que quien gana las elecciones carece de autoridad. Y si tuviera noción de ella y quisiera ejercerla, no podría por la descomposición intelectual y moral de la legislatura y función judicial. Mientras escribo esto se me ocurre una escena: César Borgia o Napoleón I gobernando Ecuador. Probablemente hubieran tenido el fin de Bolívar. O se habrían alejado, premonitoriamente, dejando estas tierras a su suerte, en manos de Juanito Grasic o José Fouché.

Si no me creen o piensan que es demasiado pesimista lo que digo, lean esto que fue dicho por uno de los participantes del Golpe de Estado del 21 de Enero del 2001:

*Yo quisiera insistir y recordar que la Constitución ya había sido violada y cuando algo esta roto, simplemente está roto. Recordemos los casos en que el gobierno de Osvaldo Hurtado, 1982, sucretizó la deuda que había sido concedida en dólares por parte de algunos banqueros y empresarios y eso lo hemos pagado todos los ecuatorianos; luego tenemos los casos de corrupción, como Flores y Miel, el caso Gastos Reservados, caso Cospital (?), el caso Peñaranda y tantos casos de corrupción que en nombre del pueblo, de la Constitución y en nombre de la democracia se han cometido; y que los ecuatorianos, y el pueblo en general, hemos sido culpables por nuestra inmovilidad y porque con nuestro silencio cómplice hemos dejado que el país llegara a esta situación de desastre nacional y el gobierno del ex Presidente Jamil Mahuad seguía con esta política de violación a la Constitución, con el salvataje bancario, con el feriado bancario y principalmente con el congelamiento de los depósitos de los clientes de los bancos. Porque la constitución prohíbe que la propiedad privada pueda ser arrebatada y con esa decisión, Jamil Mahuad, estaba arrebatando la propiedad privada millones de ecuatorianos; por lo tanto, la constitución estuvo violada.*

*En segundo lugar, nuestra constitución define claramente en el Art. 97 numeral 14 que todos los ecuatorianos deben denunciar y combatir actos de corrupción y eso es lo que los militares, junto con el pueblo de mi país, hicimos el 21 de Enero...<sup>7</sup>*

Como podemos ver, en Ecuador se perdió el fundamento de la autoridad. Si hay que juzgar a un presidente no se recurre al juicio político, se recurre al levantamiento pero no como una revolución si no como un acto de circo.

Este pequeño artículo pretende enfocar la cuestión sin pelos en la lengua. A Ecuador le quedan dos caminos: la lucha armada o el autoritarismo cesarista.<sup>8</sup> El segundo puede ser consecuencia de la primera, así que no son excluyentes.

En efecto, o alguien lidera a quienes estamos hartos de ver cómo políticos, jueces y funcionarios públicos pícaros, oportunistas y arribistas destruyen este país; y nos unifica bajo un sólido contenido ideológico y una propuesta real y tangible de cambio estructural de la República; o por vía electoral llega alguien al poder con la noción de liderazgo suficiente para desde la presidencia dar golpes de timón que desarticulen a congresistas corruptos y jueces venales. Cualquiera de las dos posibilidades supone en-

frentamientos y ruptura del espejismo democrático en que vive Ecuador desde hace más de una década. No radicalicen las cosas, no se trata de la opción entre Fujimori y el Subcomandante Marcos o algo por el estilo. El asunto es a la ecuatoriana: entre el León Febres Cordero o algún líder dispuesto a llegar al poder por las armas; no hablo de levantamientos de pacotilla, hablo de balas, de las mismas balas que llevaron a Alfaro a remontar la cordillera de los Andes.

Hay que reencontrar el fundamento místico de la autoridad. La pregunta en el fondo es dónde esta ese nuevo Eloy Alfaro, ya que si no aparece, la opción de León Febres Cordero es la más cercana para el país. Todo depende de cuanta sangre estemos dispuestos a verter para salvar esta Patria nuestra que es, al final de cuentas, la única que los bien nacidos tenemos y podemos legar a nuestros hijos. No quisiera ver a mis hijos acribillados peleando una causa que no me atreví a pelear. Eso nunca!

## NOTAS

1. Derrida Jacques, FUERZA DE LEY "El fundamento místico de la autoridad", Tecnos, Madrid, 1997.
2. Pascal, Pensamientos, Ediciones Orbis S.A. Bs. As., 1984, Pág. 98.
3. Citado por Derrida, Ob. Cit. Pág. 29.
4. Maquiavelo Nicolás, EL PRÍNCIPE, Libresa, Quito, 1996, Pág. 84.
5. Page Joseph A., PERÓN Una Biografía, Grijalbo Mondadori 1999, Bs. As., Pág. 267.
6. Martínez Tomás Eloy, LAS MEMORIAS DEL GENERAL, Planeta, Bs. As. 2da. Edición, Mayo de 1996, Pág. 49.
7. Lucio Gutiérrez citado por Heinz Dieterich, LA CUARTA VÍA AL PODER, ABYA YALA, Quito, 2000, Pág. 62.
8. "Esta palabra viene del latín Caesar, que era el título que, juntamente con el de agosto, llevaban los emperadores romanos de la familia Julia. Como evocación del gobierno ejercido en la antigua Roma por el emperador Julio César, se conoce por cesarismo un régimen autoritario pero eficiente ejercido por un gobernante carismático, con fuerte poder personal y con respaldo popular" Borja Rodrigo, ENCICLOPEDIA DE LA POLÍTICA, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, Pág. 103.

# La Contribución Especial (un tributo complejo)

Álvaro Ojeda  
Hidalgo

## 1. ASPECTOS DE DERECHO COMPARADO

El artículo 415 de la Ley de Régimen Municipal (LRM) define a la contribución especial de mejoras como: *el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública.*

El artículo 28 de la Ley Española 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL), manifiesta que: *Constituye el hecho imponible de las contribuciones especiales la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos, de carácter local, por las entidades respectivas.*

Mientras que el Modelo del Código Tributario para América Latina (MCTAL) en su artículo 17, inciso primero, define a la contribución especial como: *el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales y cuyo producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de las obras o las actividades que constituyen el presupuesto de la obligación.* En sus incisos segundo y tercero el MCTAL menciona como formas de la contribución especial, a la *contribución de mejora* y a la *contribución de seguridad social.*

## 2. CONSIDERACIONES BÁSICAS

Como podemos apreciar, la LRM no define a la contribución especial como una especie dentro del género *tributos*, si no a un tipo de aquella: a la *contribución especial de mejoras*, que se refiere únicamente a los bienes inmuebles urbanos que son beneficiados por la construcción de cualquier obra pública.

La LRHL española se refiere, de manera más completa, a las contribuciones especiales con relación al beneficio que recibe el propietario de los bienes, sin calificar a éstos en muebles o inmuebles. Y especifica que tal beneficio puede provenir *de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos.*

Por otra parte, el MCTAL especifica que la contribución especial es un tributo cuyo presupuesto generador son los beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales (al igual que la ley española separa el concepto de obra pública del de servicio público); y, señala, pensamos que no de manera taxativa,

como las dos formas principales de tal tributo: a la contribución de mejora, que se instituye para financiar la obra pública que produce una valorización inmobiliaria; y, la contribución de seguridad social, como la prestación laboral del servicio de previsión.

Vale destacar que la LRM habla de un beneficio real o presuntivo, mientras que los otros dos sistemas mencionados se refieren a que el beneficio sea real. También, que el MCTAL considera que lo recaudado debe estar afectado a la financiación de las obras o las actividades que dan lugar al impuesto en cuestión.

## 3. EL BENEFICIO COMO EL ELEMENTO ESENCIAL

Previamente conviene sistematizar la diferenciación entre las categorías tributarias impuesto, tasa y contribución especial.

Recordemos que el impuesto es una prestación pecuniaria, exigida obligatoriamente por el Estado, mediante ley, para la cobertura del gasto público, teniendo en cuenta el principio de capacidad contributiva. La tasa y la contribución especial, a más de los requisitos mencionados, agregan el concepto de actividad estatal. Efectivamente, en el impuesto no se da una actividad estatal directa con relación al contribuyente, es un tributo sin contraprestación, mientras que en las otras dos especies señaladas siempre opera una actividad estatal directa, la relación tasa contribución especial con el contribuyente es directa e inmediata. Así, los tributos tasa y contribución especial son una prestación pecuniaria, exigida obligatoriamente por el Estado, mediante ley, para la cobertura del gasto público, teniendo en cuenta el principio de capacidad contributiva, y que presuponen una actividad estatal. Ahora bien, en la tasa tal actividad estatal no implica necesariamente un beneficio para el contribuyente, mientras que en la contribución especial sí.

Por tanto, en el caso de la contribución especial el elemento diferenciador con los otros impuestos lo constituye la ventaja real que el particular recibe, misma que se convierte en el fundamento jurídico de este tributo, de tal forma que la deuda tributaria no surge si falta el mencionado beneficio.

Del impuesto se diferencia que en la contribución especial hay siempre una actividad administrativa. De la tasa se distingue por el hecho de que, aún cuando en ambas categorías hay una actividad administrativa, en la tasa esa actividad está sustancialmente motivada por el particular

y persigue la solución de problemas individuales, aún cuando, como es lógico, no pueda tampoco olvidar el interés general, mientras que en la contribución especial esa actividad está encaminada básicamente a la satisfacción de un interés general que al mismo tiempo produce un beneficio especial a determinadas personas.

Indudablemente el principio del beneficio puede entrar en conflicto con el de capacidad económica o contributiva, empero no podría omitirse la presencia de este último (que informa todo el sistema tributario), que habrá de manifestarse, al menos, en la imposibilidad legal de exigir un pago tributario allí donde no haya capacidad económica real para responder ante él mismo.<sup>2</sup>

#### 4. ESQUEMA DE DIFERENCIACIÓN

Veamos algunos aspectos comparativos:

- a.- La LRM considera a la *contribución especial de mejoras* como el tipo impositivo básico, junto a los impuestos y las tasas; mientras que la LRHL y el MCTAL mencionan a la *contribución especial* como un tributo básico.
- Debemos considerar que el concepto genérico *tributos* se divide en las especies: impuestos, tasas y contribuciones especiales. A la vez estas últimas, las contribuciones especiales pueden ir bastante más allá que las especificadas por el MCTAL, esto es las contribuciones de mejoras y de seguridad social.
- De hecho hay toda una serie de contribuciones con fines sociales o económicos, parafiscales o no (según alguna doctrina), que caben ser consideradas en este tributo, a más de otras figuras de vialidad como el peaje.<sup>3</sup>
- b.- Por otro lado, para la LRM el beneficio lo recibe la propiedad inmueble urbana, mientras que para la LRHL, correctamente, el beneficiario es el sujeto pasivo propietario de los bienes. El MCTAL tampoco dice que el beneficio lo reciba el bien inmueble.
- Efectivamente, cuando el artículo 419 LRM estipula que *esta contribución tiene carácter real. Las propiedades beneficiadas, cualquiera que sea su título legal o situación de empadronamiento, responden con su valor por el débito tributario. Los propietarios no responden más que hasta por el valor de la propiedad, de acuerdo con el avalúo municipal actualizado, antes de la iniciación de las obras*, está cometiendo un serio error conceptual, toda vez que la relación jurídica tributaria se da entre personas. No puede afirmarse que la obligada al pago sea la propiedad beneficiada, si no que ésta constituye, más bien, una garantía privilegiada para el eventual crédito fiscal que puede darse. La deuda tributaria recae sobre las personas, no sobre las cosas: los inmuebles no pagan el impuesto, lo garantizan, lo que da lugar a otra cuestión. Esta confusión puede dar lugar a erradas confrontaciones de derechos entre contribuyentes en caso de transferencias de los inmuebles, en estricto sentido el dueño actual del inmueble no puede ser responsable por los períodos previos a su adquisición, a menos que la ley expresamente disponga su solidaridad con el anterior propietario. El artículo 27 del Código Tributario (CT) señala que los adquirentes de bienes raíces responden solidaria-

mente por los tributos que afecten a la propiedad, correspondientes hasta el año anterior en que se haya realizado la transferencia.

El equívoco conceptual señalado lleva al artículo 419 LRM a decir que *...los propietarios no responden más que hasta por el valor de la propiedad...*, lo cual no resulta acertado.<sup>4</sup>

c.- La LRM menciona que tal beneficio puede provenir por la construcción de cualquier obra pública. La LRHL es más precisa al mencionar la realización de obras públicas; el establecimiento de servicios públicos; y, la ampliación de servicios públicos. Mientras que el MCTAL habla de la realización de obras públicas o de actividades estatales, considero podemos entender que por tales se refiere a los *servicios públicos*. Consideremos que *obra pública* y *servicio público* no implican lo mismo, pues una cosa es, por ejemplo, la construcción de obras públicas como puentes o túneles viales y otra instalar redes para prestar el servicio telefónico o eléctrico. La diferencia puede en verdad ser sutil y llevamos a separar los diferentes aspectos de la actividad estatal, tema complejo en Derecho Administrativo, en cometidos de policía o control, fomento, servicio público y gestión económica. Me parece que la obra pública más que ver, realmente, con la prestación de un servicio público, debe englobarse en las actividades de gestión económica. En todo caso, la diferenciación sin ser completamente relevante para el tema que nos ocupa, tampoco deja de ser útil para aclarar conceptos y evitar posibles confusiones con relación al hecho imponible de la contribución especial.

d.- Para la LRM el beneficio puede ser real o presuntivo para las propiedades inmuebles urbanas; mientras que la LRHL y el MCTAL se decantan por que el beneficio sea real para los bienes del sujeto pasivo.

La relación causal entre la obra o servicio y el beneficio debe ser real. Esto podría dar lugar a determinados problemas interpretativos propios del concepto jurídico indeterminado; efectivamente, para la mayoría de propietarios de inmuebles el hecho de que se construya una autopista colindante con sus predios da lugar a la revalorización de los mismos al estar mejor comunicados, empero alguien que compró tal casa para alejarse, precisamente, del tránsito cotidiano de la urbe, podría considerar que tal construcción vial no es una mejora, pero un inconveniente por, digamos, el ruido que trae aparejado, o si se adquirió el fundo con fines de estudios ornitológicos o como lugar de meditación.

Por tanto, en la contribución especial no se puede considerar en forma estricta que el beneficio sea *real* para todos los contribuyentes, bastando que sea potencialmente idóneo para ocasionar un aumento del patrimonio del sujeto pasivo y por tanto de su capacidad de pago.

Incluso pueden darse casos en que la obra o el servicio público realizado no solo beneficien directamente al sujeto pasivo propietario del bien, pero a terceros, como por ejemplo en el caso de los servicios de extinción de incendios, habiendo considerado un fallo del Tribunal Constitucional español,<sup>5</sup> que el beneficio recae aquí no únicamente en los propietarios de los bienes afectados, sino también en las compañías de seguros que desarrollen



su actividad en tal ramo, debiendo por tanto las mismas tener también la calidad de sujetos pasivos por una parte proporcional del cupo tributario a pagarse.

Por otro lado, no puede olvidarse que existe también una parte de los beneficios provenientes de la obra o servicio que recae sobre la colectividad toda, y por tanto todos los habitantes del cantón deben también coadyuvar a pagar una parte, por ejemplo el 10% del costo total. La regla sería que a mayor interés general menor repercusión mediante contribuciones especiales.<sup>6</sup>

## 5. CORRIENTES DOCTRINALES

Todas las definiciones sobre esta figura tributaria deben ser entendidas desde tres posturas doctrinales: primera, una postura clásica de origen italiano, que se puede considerar restrictiva; segunda, una postura amplia, que es la más aceptada, sostenida por Giannini, A.D.; y, tercera, una postura extensiva, mantenida por Giuliani Fonrouge, C.M.

La primera, la clásica, concibe a las contribuciones especiales como *contribuciones de mejora* (así nuestra LRM) ocasionadas por el despliegue de una actividad administrativa, concretamente la realización de una obra pública o servicio del mismo carácter, hecha en interés público pero que proporciona ventajas concretas o beneficios especiales a determinados individuos propietarios de bienes inmuebles.

Einaudi considera que es una compensación pagada con carácter obligatorio al ente público, con ocasión de una obra llevada a cabo por él con fines de utilidad pública, pero que conlleva también ventajas especiales a los particulares propietarios de bienes inmuebles.<sup>7</sup>

Ingresso, en la misma línea, menciona que es una prestación obligatoria impuesta por la ley a cargo de ciertos sujetos, teniéndose en cuenta la particular utilidad diferenciada que beneficia a los mismos por ser propietarios de bienes inmuebles que reciben un aumento de valor por la obra pública.<sup>8</sup>

Por su parte, De Juano comenta que es la obligación tributaria impuesta por el Estado con carácter único a los dueños de determinados inmuebles, que se fija hasta la concurrencia sustancial del máximo de la plusvalía de la cual se benefician esos inmuebles por razón de la construcción de una obra pública de uso común.<sup>9</sup>

Como podemos apreciar, todos estos autores limitan la contribución especial a la contribución especial de mejora.

La postura doctrinal amplia la sostiene Giannini, para quien la contribución especial es un tributo debido por quienes encontrándose en una específica situación experimentan una particular ventaja económica en razón del desarrollo de una actividad administrativa, en oposición a todos los demás a quienes la propia actividad beneficia de una manera indistinta, o bien por quienes como consecuencia de las cosas que tienen o de la práctica de una industria, de un comercio o de otra actividad inducen un gasto del ente público.<sup>10</sup>

Finalmente, la tesis extensiva, mantenida por Giuliani Fonrouge, afirma que la contribución especial incluye no sólo la contribución de mejoras por valorización de los bienes inmuebles por motivo de obras públicas, sino también los gravámenes de peaje por la utilización de vías de circulación, ciertos tributos sobre vehículos y varias con-

tribuciones de tipo parafiscal.<sup>11</sup>

Ahora bien, la postura clásica, circunscribe el ámbito de las contribuciones especiales a las *mejoras* que se producen en los bienes inmuebles, al recibir éstos un incremento de valor por la obra pública realizada, llegándose a afirmar que los únicos que tienen que pagar este tributo son los propietarios de esos inmuebles beneficiados. En realidad, cualquier obra pública local puede legitimar la imposición de contribuciones especiales, pues el hecho imponible de la misma es la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio a consecuencia de la obra pública, que se puede manifestar de varias maneras, entre ellas, el aumento de valor de los bienes inmuebles, sin que ésta constituya la única manera en que aquel aparezca.

Por ejemplo, el caso del peaje resulta interesante. Es una contribución especial por la cual se exige una prestación pecuniaria a quien utilice una vía de comunicación, sea esta vial o hidrográfica, toda vez que el uso de la misma conlleva un beneficio para el particular.

Muchas obras públicas viales de gran extensión e importancia han sido construidas y mantenidas con el producto de tal recaudación. En realidad los usuarios pagan de buen grado el peaje por cuanto perciben el beneficio inmediato de utilizar, por ejemplo, una buena autopista.

Ahora bien ¿cuál es aquí el beneficio concreto? En el caso de la contribución especial de mejoras en inmuebles el beneficio está dado por el aumento de valor de tal bien como consecuencia directa de la obra pública; en el peaje el beneficio está dado por el ahorro de tiempo que obtiene el conductor-pasajero/s en ir de un punto geográfico a otro, ahorro que no tendrían si tomaran la *carretera vieja*, a más de consideraciones de seguridad y menor desgaste del vehículo (llantas, etc).

Téngase en cuenta que no deberían generar este tributo, por no producir un nuevo beneficio a los contribuyentes, las obras públicas de reparación, rectificación y sustitución y aquellas que representen un beneficio general para todos los ciudadanos de un municipio. En el primer caso porque sólo contribuyen al mantenimiento del beneficio o aumento de valor ya previamente gravadas; y, en el segundo caso, porque faltaría en ellas la singularidad del beneficio especial dado principalmente por el aumento de valor que constituye la esencia de este tributo. Para tales casos el financiamiento debería provenir de tasas o precios públicos;<sup>12</sup> se da, por tanto, un límite exigido por la naturaleza del tributo, es decir de que se trate de gastos de inversión y no gastos de reparación o conservación ni ningún otro gasto de funcionamiento de los servicios.

La doctrina extensiva resulta excesiva, aunque prestigiosos tratadistas como Giuliani Fonrouge, Villegas H.B. y Valdés Costa la acogen. Considero que ampliar el concepto de contribuciones especiales a otros gravámenes de tipo parafiscal implica desvirtuar el concepto de este tributo, por cuanto la naturaleza y carácter de la parafiscalidad difieren notablemente de la contribución especial.

La parafiscalidad no siempre acoge el principio de legalidad, indispensable en cualquier tributo; ni gestiona sus exacciones (contribuciones a secas, no contribuciones tributarias) mediante el procedimiento tributario ordinario; rompe principios presupuestarios generales y tiende a escapar al control administrativo-político; además, usualmente no toma en cuenta el principio de capacidad económica.

Por tanto, la contribución especial va más allá de la contribución especial de mejoras —corriente doctrinal clásica—, pero no llega a la parafiscalidad —postura doctrinal extensiva. Siendo por tanto el criterio amplio —postura de Giannini, A.D.— la prevalente.

## 6. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL HECHO IMPOSIBLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL

Con relación al elemento subjetivo del hecho imponible, podemos afirmar que el sujeto activo casi siempre será el municipio. Respecto al sujeto pasivo, es un tributo real, porque se toma en cuenta únicamente la riqueza gravada en considerar la situación personal del contribuyente, pero no como pretende la LRM, porque la relación jurídica tributaria se trabe entre el municipio y el inmueble.

Restringir la contribución especial a la contribución especial de mejoras, a más de lo dicho, resulta contraproducente respecto al ámbito de contribuyentes involucrados, pues a de más de los propietarios de los bienes inmuebles urbanos, cabría gravar a las personas o empresas titulares de explotaciones industriales o empresariales, cuando las obras o servicios se realicen a consecuencia de dichas explotaciones empresariales, como lo hace la LRHL española.

Efectivamente, la doctrina ha llamado a estas *contribuciones especiales mixtas*, en virtud de las cuales se admite la concurrencia de los propietarios de inmuebles y de los arrendadores de tales inmuebles cuando realicen actividad industrial o comercial, cuando ha sido precisamente esta actividad la determinante para realizar la labor municipal de obra o servicio público; así, el municipio podría emitir títulos de pago por contribuciones especiales según quien sea la persona especialmente beneficiada.

Igualmente, dentro de este concepto de contribuciones especiales mixtas, cabe el caso de las compañías de seguros en el ramo de incendios, por obras municipales contra incendios que sin duda coadyuvarían a la reducción de la siniestralidad por tal motivo.

Con referencia al elemento objetivo del hecho imponible, al ser éste el presupuesto de naturaleza jurídica o económica, fijado por la Ley, para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria, decimos que constituye el aspecto material del hecho imponible de las contribuciones especiales, la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos, de carácter local, por las entidades respectivas.

El artículo 420 LRM menciona las obras públicas consecuencia de la apertura, pavimentación, ensanche y construcción de vías de toda clase; por repavimentación urbana; aceras y cercas; alcantarillado; alumbrado público; construcción y ampliación de obras y sistemas de agua potable; desecación de pantanos y relleno de quebradas; parques, plazas y jardines; y otras obras que las municipalidades determinen mediante ordenanzas. La enumeración ejemplificativa es amplia y no taxativa.

La LRHL española sólo menciona expresamente dos supuestos: establecimiento o ampliación de los servicios

de incendios y construcción de galerías subterráneas, sin que tal determinación sea tampoco taxativa, pero sí que resulta insuficiente por lo escueta.

Es evidente que las obras públicas municipales pueden ser de muy variada gama, podemos agregar, como ejemplo, sólo con relación al agua: la construcción de redes de distribución de agua potable, de canales para la depuración de aguas servidas, muros de contención contra inundaciones, desviaciones de cursos de aguas, etc.

Empero, con relación a las obras públicas locales que tienen que ver con el agua el tema no es absolutamente claro porque, como hemos dicho, dentro de éste aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible debe darse un beneficio particular en el patrimonio del sujeto pasivo propietario del bien para que se pueda configurar la contribución especial por tanto no es suficiente que las obras mencionadas atiendan a un interés general sino que es preciso la concurrencia tanto de un interés común o general como de un beneficio especial, particularizado, pues este último concepto se destruiría si se entendiese que el beneficio común es equivalente a aquel. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de España de 5-2-1988, Repertorio de Jurisprudencia *Aranzadi*, No. 644, aclara que ... *la realización de las obras (de abastecimiento de aguas) suponen un beneficio general que abarca a todos los vecinos del Municipio, por lo que no es dable hablar de un beneficio especial para personas o fincas determinadas.*

En cuanto al aspecto espacial del elemento objetivo del hecho imponible, cabe decir que fija el lugar de realización del mismo, siendo determinante para señalar el municipio que tiene competencia para recaudar los valores devengados por la contribución especial.

Para las obras de carácter intermunicipal cabe la celebración de convenios de mancomunidad entre municipios para el establecimiento, financiación y gestión común de obras y servicios públicos en que intervengan varios municipios, teniéndose en cuenta el tamaño de la obra pública a realizarse.

Con relación al aspecto temporal, se determina el instante en que el hecho imponible se considera realizado completamente, momento en el cual se da, según la doctrina, el así llamado *devengo del tributo*. La contribución especial es sin duda un tributo periódico (contrario a instantáneo), toda vez que la realización de la obra o servicio público demora muchos períodos anuales hasta su terminación por tanto, dice el artículo 441 LRM, las contribuciones especiales podrán cobrarse fraccionando la obra a medida que vaya terminándose por tramos o partes, siendo el plazo máximo para el reembolso por parte de los contribuyentes, por regla general, de diez años, dándose descuentos por pago anticipado. Por tanto, debemos estar a aquellos períodos anuales para efectos de entender que en cada período impositivo anual surge una obligación tributaria independiente, separada de los períodos anteriores o posteriores y susceptible de cobro coactivo, sin que sea necesario esperar a que termine la realización de la obra pública para procederse coactivamente por la cuota devengada.

Finalmente, con relación al aspecto cuantitativo, los tributos pueden ser fijos o variables. La contribución especial puede ser fija, como en el caso del peaje, o variable, como con la contribución especial de mejoras. En es-

te último caso, el artículo 421 LRM determina que la cuantía será el costo total de la obra respectiva, prorrateado entre las propiedades beneficiarias; tomándose diferentes módulos para el cálculo, como la relación respecto a las medidas del frente del inmueble a la vía, la extensión del predio, o el avalúo de la tierra, dependiendo del tipo de obra de que se trate. Siempre deben tomarse en cuenta a todas las propiedades privadas beneficiadas, sin excepción alguna; y, se puede fraccionar el pago de este impuesto a los tramos terminados, conforme el avance de la obra.

Vale la pena percatarse que este tributo puede ser tanto de cupo como de cuota; así, en el caso del peaje será de cuota, pues el costo del mismo esta previamente fijado y su suma, conforme el número de autos que pasen, determina el monto total de la contribución especial recaudada. Pero en la contribución especial de mejoras, no es la cuota lo determinante si no el cupo, esto es, que se determina previamente el costo total de la obra a cubrirse por los contribuyentes beneficiados, y conforme esa resultante se establece la alícuota a pagarse.

## NOTAS

1. Por ejemplo, pago una tasa por emisión de pasaporte, la actividad administrativa estatal se da con relación a mi persona, pero bien puede acontecer que la decisión sea no concederme el pasaporte por algún motivo fundado, en tal caso mal puedo pretender la devolución de la tasa pagada porque el resultado de la gestión fue negativo. En cambio, si el municipio construye una avenida colindante con mi casa, tal carretera, sin duda, tiene una incidencia general, pero también constituye un beneficio real particular para mi patrimonio, toda vez lo revaloriza al aumentar el valor del inmueble.
2. ...La influencia preferente del principio del beneficio en cierto tipo de pagos tributarios no puede hacer desaparecer y, mucho menos contradecir, la obligada presencia del principio de capacidad contributiva en todo el ancho campo de las prestaciones tributarias, Ver González García, E., Derecho Tributario, Tomo I., Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 1997, pgs. 179 y 191.
3. Tradicionalmente se ha considerado que esta categoría tributaria está sólo integrada por la "contribución de mejoras". Autores como Seligman y Einaudi limitan el instituto a la contribución de mejoras, aunque este último autor reconoce que no es absurda su extensión a campos más vastos. Concordamos, sin embargo, con la concepción amplia de Giuliani Fonrouge, dado que sería ajeno a la realidad negar carácter tributario a gran número de gravámenes que se adecúan a la contribución especial y que tienen vigencia legal en varios países, el nuestro incluido. Nos limitaremos, sin embargo, por razones de extensión, a considerar las contribuciones de mejoras y las llamadas parafiscales, entre las cuales tiene preponderancia las de seguridad social, Villegas, Héctor B., Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, 6ta. ed., Edit. Depalma, Buenos Aires, 1997, pg. 105. Giuliani Fonrouge, C.M., menciona a la contribución de mejoras, contribuciones para vialidad, el peaje; y, contribuciones parafiscales, tales como: contribuciones de seguridad social, sindicales y profesionales, para fomento y obras especiales, y para fines de propulsión económica, ver Derecho Financiero, Volumen II., 6ta. ed., Edit. Depalma, Buenos Aires, 1997, pg. 1081.
4. El deudor no tiene facultad de liberarse de la deuda tributaria abandonando el predio o dándolo en pago si —en este último supuesto— el valor del inmueble es insuficiente para cubrir la deuda tributaria originada en dicho inmueble, Villegas, Curso..., ob. cit., pg. 252.
5. STC 233/1999.
6. Ver, Martín Queralt, J., Lozano Serrano, C., y otros, Curso de Derecho Financiero y Tributario, 11. Ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2000, pgs. 98-99.
7. Einaudi, Principios de Hacienda Pública, 6ta. Ed., Edit. Aguilar, Madrid, 1962, pg. 72.
8. Ingrosso, G., I Contributi nel Sistema Tributario Italiano, Edit. Jovene, Napoli, 1964, pg. 45.
9. De Juano, Curso de Finanzas y Derecho Tributario, Tomo II., 2 ed., Edit. Molachino, Rosario, 1971, pg. 679.
10. Giannini, A.D., Istituzioni de Diritto Tributario, 9 ed., Edit. Giuffré, Milano, 1972, pg. 58.
11. Giuliani Fonrouge, C.M., Derecho Financiero, Vol. 1., 2 ed., Edit. Depalma, Buenos Aires, 1970, pg. 278.
12. García Añohero, J., y otros, en Manual del Sistema Tributario Español, 2 ed., Edit. Civitas, Madrid, 1994, pg. 542, dice que la ambigüedad del término mejora podría llevar a sufragar con contribuciones especiales, en lugar de tasas o impuestos, gastos corrientes de funcionamiento del servicio en cuestión.

# Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador

Alvaro Galindo  
Cardona

## 1 ANTECEDENTES

La existencia de la solución alternativa de conflictos, entendida ésta como la corriente que trata de incorporar mecanismos de apoyo a la administración de justicia formal,<sup>1</sup> tiene larga data en la República del Ecuador. Nuestra legislación procesal civil ha reconocido, desde su entrada en vigencia, la importancia de la conciliación como una etapa obligatoria de los diferentes procesos de conocimiento.

Como antecedente legislativo, en 1963<sup>2</sup> se dicta la primera Ley especial sobre la materia, llamada Ley de Arbitraje Comercial, la cual regulaba el sistema arbitral como medio idóneo para la solución de conflictos entre comerciantes. Se daba a las Cámaras de Comercio la prerrogativa de prestar el servicio de forma privativa. A pesar de ser una Ley bien concebida, no fue mayor el uso y aplicación de esa normativa por desconocimiento, falta de promoción, entre otras razones.

Ya en los años '90, con el interés creciente de los gobiernos de turno y la propia Función Judicial,<sup>3</sup> empujados por la influencia de organismos bilaterales y multilaterales de crédito, se comprende la necesidad de incorporar una legislación renovada sobre la materia.

En 1997 se aprueba la Ley de Arbitraje y Mediación<sup>4</sup> (en adelante LAM), reconocida como una normativa que incorpora los conceptos doctrinarios y del derecho comparado que rigen la materia.<sup>5</sup>

Esta transformación tan acelerada de la legislación ecuatoriana se produce ante la carencia de un sistema de administración de justicia eficiente que brinde las mínimas garantías a los usuarios, convirtiéndose estas debilidades de la Función Judicial en el principal aliado para que los MASC ingresen sin resistencias demasiado fuertes. Además, las tendencias globalizadoras y la necesidad de que los conflictos puedan resolverse de una manera ágil y segura, también colaboraron con esta transformación.<sup>6</sup>

Los males que afectan a la Función Judicial ecuatoriana son similares a los que sufren las demás ramas judiciales de América Latina: lentitud en el trámite de las causas, ausencia de instrumentos tecnológicos, falta de capacitación de los funcionarios judiciales y en algunos casos, corrupción.

Todos estos hechos, que van en desmedro de la institución judicial, han permitido a que para muchas personas se vuelva atractiva la utilización de estos mecanismos a la hora de resolver sus conflictos.

Ecuador no escapa a esta realidad. En la actualidad se lleva adelante un proceso modernizador al interior de la Función Judicial, liderado por la Corte Suprema de Justicia a través de la Unidad de Coordinación del Programa de Modernización de la Administración de Justicia (Pro-Justicia). Esta Unidad, con fondos provenientes de un préstamo otorgado por el Banco Mundial (BIRF), ha contratado la ejecución de un plan piloto para la creación y puesta en funcionamiento de oficinas de mediación judicial en Quito, Guayaquil y Cuenca.<sup>7</sup>

Actualmente este proyecto ya se encuentra en su fase final y una vez que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Nacional de la Judicatura reciban el informe final, se deberán tomar decisiones trascendentales para la eventual permanencia de dichos Centros y, si es posible, su expansión a todos los distritos judiciales del país.

## 2. APLICACIÓN DEL MODELO DE MEDIACIÓN JUDICIAL

Este modelo fue diseñado tomando en cuenta las disposiciones constitucionales y legales vigentes en Ecuador. La Constitución Política,<sup>8</sup> en su artículo 191 manifiesta que *Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley*. De igual forma, el artículo 46 literal c) de la Ley de Arbitraje y Mediación, dispone que *La mediación podrá proceder: c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten*.

*Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del Juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al Juez su decisión de ampliar dicho término.*

En base a este corto pero importante literal, se diseñó un plan piloto en el cual los jueces que voluntariamente se

registraron para colaborar en el mismo han sido importantes actores de su ejecución.

Los conflictos tratados en estos centros de mediación son en materias civil, laboral, tránsito e inquilinato.

Siendo un plan piloto, se ha permitido que los centros en las tres ciudades en que se crearon, tengan sus propias peculiaridades. Una de las más importantes diferencias se da en el procedimiento que aplica el juez para realizar la derivación procesal.<sup>9</sup>

En el Centro de Mediación Judicial de la ciudad de Quito, el juez dicta una primera providencia llamada *de aceptación* en la cual se comunica a las partes que el caso ha sido seleccionado para ser enviado al centro de mediación judicial y que, si en 72 horas de notificada la providencia las partes no se pronuncian expresamente sobre su contenido, se entenderá no aceptada la propuesta del juez. Si aceptan, se dicta una nueva providencia notificando al Centro de la aceptación de las partes, para que éste a su vez, proceda a realizar la mediación.

Por otro lado, en la ciudad de Guayaquil, los jueces decidieron aplicar un modelo distinto, en el cual dictan una única providencia y si las partes no se pronuncian de manera expresa sobre su contenido, se entiende aceptada y por lo tanto el Centro inmediatamente procede a invitar a las partes a la audiencia.

Como ya se señaló anteriormente, serán los datos, al final de proyecto, los que demostrarán el éxito o fracaso de esta importante experiencia, que cualquiera sea el resultado repercutirá al futuro de la mediación en Ecuador.

### 3. LINEAMIENTOS DE LA LEY

#### DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Esta Ley fue el producto del estudio de un grupo consultivo,<sup>10</sup> proyecto que fue presentado al H. Congreso Nacional y que contó como legislador ponente al Dr. José Cordero.

La Ley está compuesta por 3 títulos (del Arbitraje, de la Mediación y de la Mediación Comunitaria), con 64 artículos en total y seis derogatorias (incluida en éstas la Ley de Arbitraje Comercial ya nombrada en este artículo).

Se enunciarán algunos aspectos que, a nuestro criterio, son importantes tener en cuenta a la hora de la aplicación de su normativa:

Del arbitraje:

- a. de acuerdo a la tendencia doctrinaria y legislativa que predomina en la materia, prevalece el concepto de la autonomía de la voluntad, dando oportunidad a las partes para diseñar su propio procedimiento, la selección y número de árbitros, si será el laudo expedido teniendo en cuenta los principios de la equidad (*ex aequo et bono*) o del derecho, etc.
- b. Se diferencia entre el arbitraje administrado y el arbitraje independiente (*ad-hoc*). El primero existirá cuando las partes se hayan sometido a un Centro de Arbitraje. El segundo, cuando las partes han pactado un procedimiento distinto al establecido por un Centro. En la actualidad, por la seguridad que presta la administración del procedimiento por parte de una institución especializada y por ser los Centros los que se han encargado de promocionar el servicio, son muy pocos los casos que se someten a un arbitraje *ad-hoc*.

- c. Se establece en el artículo 3 de la Ley que si las partes en el convenio arbitral respectivo no han pactado bajo qué principios se dictará el laudo, es decir, equidad o derecho, se entenderá que el pacto ha sido en equidad, con lo que se suple de esta forma el silencio de las partes.

Consideramos que la decisión del legislador fue acertada. Aristóteles desarrolla la idea de que es de sabios someterse a los árbitros, ya que éstos más allá de ajustarse a la Ley, deben seguir los designios de la justicia<sup>11</sup>. El árbitro debe ser un experto en la materia que es puesta a su consideración y es por esto que el mismo artículo establece que, en caso de que éstos tengan que fallar en equidad no tendrán que ser abogados. En caso de que el laudo deba expedirse en derecho, se dispone que los árbitros deberán ser abogados. De todas formas, el hecho de que los árbitros de equidad tengan una mayor flexibilidad al momento de emitir el laudo, no implica que puedan alejarse de la aplicación de los principios del debido proceso (derecho de defensa, igualdad procesal, derecho a un tribunal independiente, etc.).

- d. Se establece como concepto general al convenio arbitral, dejando atrás la diferencia que existía en la legislación entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral. El efecto jurídico del convenio arbitral es el mismo, sin importar si se pacta antes o después de surgida la controversia.<sup>12</sup> La Ley, con el fin de precautar los intereses del Estado, establece que si una institución del sector público desea someter una controversia existente a arbitraje y no existió el pacto arbitral previo, se deberá contar con el dictamen favorable del Procurador General del Estado.<sup>13</sup>
- e. Las instituciones del sector público pueden resolver sus conflictos a través de la mediación y el arbitraje. Existían algunas voces que señalaban que el Estado no podía transar y por tanto, estaba vedada a éste la posibilidad de utilizar otros mecanismos distintos al proceso judicial. La LAM establece sin dejar duda alguna, la opción del sector público de utilizar estas vías para la solución de conflictos. La limitación que establece la Ley es que, si una institución del sector público decide someter las controversias existentes o futuras al arbitraje, la relación jurídica debe ser de carácter contractual. Esto implica que el Estado ecuatoriano no puede someter a arbitraje asuntos de índole extracontractual.
- f. El convenio arbitral produce la excepción de incompetencia de la justicia ordinaria. Esto implica que, si una de las partes que pactó el arbitraje demanda ante la justicia ordinaria, la otra tiene la opción de presentar al juez la excepción de incompetencia en el momento de constatar la demanda. El juez deberá entonces declararse incompetente y ordenar el archivo de la causa. En caso de que no se presente dicha excepción, de acuerdo a la LAM, se considera que se ha renunciado al convenio arbitral, por lo que quedaría expedita la vía judicial.
- g. Los árbitros tienen la facultad legal de dictar medidas cautelares, siguiendo de esta forma las tendencias más avanzadas en el derecho comparado. Lo que sí se convierte en una novedad de la legislación ecuatoriana es

- que, si las partes así lo han acordado en el convenio arbitral, los mismos árbitros pueden ejecutar las mismas medidas, sin necesidad de requerir la ejecución a juez alguno, sino a las autoridades administrativas correspondientes. Esta facultad que da la ley a los árbitros, siempre y cuando hayan sido autorizados por las partes, nos lleva a pensar que en nuestra legislación existen todas las facultades jurisdiccionales en los árbitros, asimilándolos así a los jueces ordinarios.<sup>14</sup>
- h. Previo a la constitución del tribunal arbitral, las partes deben agotar primero la vía de la mediación. Esta deberá ser dirigida por un mediador calificado, de acuerdo a lo que establece la LAM. En caso de que no se llegue a un acuerdo o que éste sea parcial, entonces se continuará con la siguiente etapa, que es la constitución del tribunal arbitral.
- Esta etapa de mediación es importante, porque diferencia justamente un tema que muchas veces ha sido confundido por las legislaciones y por la doctrina. Si bien el arbitraje es otro de los medios alternativos de solución de conflictos, es claro que su naturaleza es adversarial, asimilándolo al proceso judicial. Fue acertada la decisión del legislador de incluir como etapa previa a la constitución del tribunal, la etapa de mediación. Esto no significa que las partes no puedan llegar a una transacción luego de que los árbitros ya están en funciones, que puede ser también producto de la intervención de los mismos árbitros.
- i. El arbitraje se desarrollará por audiencias, es decir que prima el sistema oral. La LAM recoge la tendencia del derecho comparado de optar por el proceso oral y no escrito, al cual se le atribuye la responsabilidad en gran medida de la lentitud de nuestra justicia ordinaria.<sup>15</sup>
- Se establece una primera audiencia del tribunal arbitral, llamada de sustanciación. En ésta, el tribunal decidirá sobre su propia competencia, para luego conocer las pruebas y señalar la fecha para las diligencias probatorias que hayan sido solicitadas por las partes. En caso de que el tribunal lo decida, podrá aceptar nuevas pruebas o de oficio solicitarlas. Este sistema busca que exista la buena fe procesal. Su aplicación dependerá de la correcta actuación de los árbitros, desechando pruebas o solicitudes de diligencias probatorias que se presenten con posterioridad a la demanda y su contestación, a no ser que se demuestre que efectivamente la parte no tuvo acceso o la posibilidad de presentar dichas pruebas en esa primera etapa del proceso.
- j. La duración del proceso arbitral no puede ser mayor a 150 días laborables, contados a partir de que el tribunal se ha declarado competente. Excepcionalmente, y siempre que el caso lo justifique, por acuerdo de las partes o porque así lo decreta el tribunal, este término podrá ampliarse por 150 días más. La experiencia nos dice que en la práctica, los tribunales están dictando los laudos sin necesidad de acudir a la posibilidad de prórroga del término que establece la Ley.
- k. Los laudos arbitrales no son susceptibles de recursos verticales. La única posibilidad es interponer los llamados recursos horizontales, es decir, de ampliación o aclaración del laudo. De acuerdo a la Ley y con el pro-

- pósito de precautar los principios del debido proceso, se establece una acción de nulidad contra el laudo, por causales taxativamente señaladas en la LAM.<sup>16</sup>
- l. La ejecución del laudo, en caso de ser necesario, deberá ser solicitada ante el mismo tribunal arbitral y este, sin pronunciarse sobre la procedencia del mismo, remitirá el proceso al Presidente de la Corte Superior. El juez de la ejecución deberá proceder sin aceptar excepción alguna. La LAM otorga al laudo la calidad de sentencia de última instancia y por ende, valor de cosa juzgada.
- m. Apartándose de la doctrina, la LAM establece que para que exista confidencialidad en el procedimiento arbitral, las partes deberán pactarlo expresamente. Esta, afirmamos, es una de las debilidades de nuestra legislación arbitral, ya que el principio debería ser al contrario, es decir, que se pueda prescindir de la confidencialidad siempre y cuando las partes renuncien expresamente a ella.
- n. Durante el proceso arbitral se aplicarán de manera supletoria normas sustantivas y adjetivas del ordenamiento jurídico nacional, siempre y cuando el arbitraje sea en derecho. De esta forma, el arbitraje en equidad puede cumplir su cometido, juzgando de acuerdo al leal saber y entender y la sana crítica de los árbitros.

#### Del Arbitraje Internacional:

- a. Ecuador es signatario de los tratados internacionales de arbitraje y ejecución de laudos más importantes en la materia, como son la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial<sup>17</sup> y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.<sup>18</sup>
- b. La LAM establece la posibilidad de que, tanto el sector privado como las instituciones del sector público, puedan someterse al arbitraje internacional, siempre y cuando una de ellas tenga su domicilio en un Estado diferente; o, cuando el cumplimiento de la obligación esté fuera del domicilio de al menos una de las partes; o, cuando el conflicto se refiera a un asunto de comercio internacional.<sup>19</sup>
- c. La ejecución de los laudos internacionales, de acuerdo a la LAM, se llevará a cabo de la misma forma como se ejecutan los laudos emitidos en arbitrajes nacionales. De todas formas, el juez de la ejecución deberá verificar que el laudo internacional no contravenga el Derecho Público ecuatoriano. Lo importante aquí de destacar es que la ejecución de ese laudo internacional no requiere que se inicie un juicio ejecutivo, sino que inicia desde el mandamiento de ejecución de sentencia (vía de apremio).
- d. Ecuador, en el instrumento de adhesión de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), realizó la siguiente reserva: *Ratificase la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada en la ciudad de Panamá, el 30 de enero de 1975, con la Declaración de que las entidades de derecho público ecuatoriano no pueden someterse a una jurisdicción extranjera.* Esta adhesión se realizó a través de un Decreto Supremo, previa a la restitución de la democracia en Ecuador.<sup>20</sup>
- Desconocemos la motivación, pero en el año 1992 el Estado ecuatoriano vuelve a pronunciarse sobre dicha

Convención, en los mismos términos: *Aprueba, ratifica y confirma la "CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL", cuyo texto lo declara Ley de la República y compromete para su observancia el Honor Nacional, "con la declaración de que las Entidades de Derecho Público Ecuatoriano no pueden someterse a una jurisdicción extranjera."*<sup>21</sup>

En busca de alguna explicación para dicha reserva por parte del Ecuador en el instrumento de ratificación de la CIAC, tenemos el antecedente del artículo 1505 del Código Civil Ecuatoriano. Este fue reformado por la LAM dejando vigente únicamente su primer inciso, que dispone lo siguiente: *Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.* La parte derogada expresaba lo siguiente: *Así, la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio del objeto.* Este artículo dio cabida a diversas interpretaciones y problemas, en especial, cuando el Estado ecuatoriano firmaba convenios de préstamo con entidades internacionales y en dichos convenios se pactaban cláusulas arbitrales. Para evitar inconvenientes, siendo peor el remedio que la enfermedad, en 1976 se interpreta dicho artículo mediante Decreto Supremo, en el sentido de que *el convenio de sujetarse a una jurisdicción extraña procede únicamente cuando los correspondientes contratos se celebren fuera del territorio nacional.*<sup>22</sup>

Consideramos que la reserva a la CIAC ya no tiene sentido en la legislación nacional, ya que la jurisdicción arbitral no debe entenderse como jurisdicción extraña, interpretación que es un rezago motivado por los tribunales eclesiásticos y militares de antaño.

#### De la mediación

- a. Se establece en la LAM la posibilidad de llevar a cabo la mediación, ante mediadores independientes o mediadores que formen parte de un Centro legalmente registrado ante el Consejo Nacional de la Judicatura.<sup>23</sup> Es importante tener en cuenta que los mediadores que formen parte de listas de Centros de Mediación, pueden prestar su servicio también de forma independiente.<sup>24</sup> Esta última opción es la menos utilizada, dándose a la fecha algunos casos aislados, cuando el mediador es una persona de prestigio y de confianza para las partes y éstas prefieren llevar adelante la mediación sin la intervención de un Centro.
- b. Esta figura para la solución de conflictos puede ser utilizada por las Instituciones del sector público o por el sector privado, siempre y cuando las controversias traten sobre derechos disponibles, es decir, sean susceptibles de transacción.<sup>25</sup> Se establecen tres vías para acudir a la mediación: a) por solicitud de una de las partes; b) por convenio de mediación escrito, en el cual las partes contratantes hayan pactado la mediación como vía para la solución de controversias; y, c) por disposición del juez ordinario que conozca la causa, figura que está siendo utilizada en la mediación judicial que ya se explicó anteriormente.
- c. La mediación termina, ya sea con la firma de un acta de imposibilidad de mediación o con un acta de acuerdo de mediación. La primera evita que las partes en un proceso arbitral o judicial tengan que acudir nuevamente a una audiencia de mediación o conciliación,

respectivamente. Si se firmare acta de acuerdo, ésta tendrá el valor de sentencia de última instancia y de cosa juzgada,<sup>26</sup> y se ejecutará por vía de apremio, si fuere necesario.

- d. La mediación goza de la garantía de la confidencialidad. Esta garantía cubre tanto a las partes como al mediador, ya que la LAM establece que este último no podrá ser llamado por ninguna autoridad para declarar sobre lo dicho durante la audiencia y queda inhabilitado para actuar como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes<sup>27</sup>.
- e. Los Centros, para otorgar la autorización para actuar como mediador, deberán hacerlo fundamentados en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante. No hay una regulación sobre el tipo de capacitación o la extensión de la misma, pero existe un criterio más o menos uniforme entre los Centros de exigir cursos teóricos, teórico/prácticos y observaciones de mediaciones, antes de otorgar dicha autorización. Además, los Centros que deseen prestar servicios de capacitación para mediadores deberán contar con el aval académico de una institución universitaria.
- f. La LAM, apartándose de la doctrina, la cual plantea diferencias entre las figuras de la mediación y la conciliación, establece que para los fines de esta Ley, se entenderán, tanto la mediación, como la conciliación extrajudicial como conceptos sinónimos. El antecedente de esta equiparación tiene una razón más bien práctica, ya que previo a la vigencia de la LAM existían centros de *conciliación*. Para que éstos no tuvieran problemas en su adaptación a la nueva normativa, se equipararon ambos términos.

#### De la mediación comunitaria

- a. La LAM establece que las comunidades indígenas negras, las organizaciones barriales y organizaciones comunitarias en general, podrán prestar los servicios de mediación a través de sus propios centros y sus propios mediadores debidamente capacitados. En este tema, la Ley vino a formalizar una actividad que en las organizaciones comunitarias del Ecuador ha sido una práctica de larga data. Lo novedoso de la Ley es que los acuerdos logrados ante estos Centros y mediadores tienen los mismos efectos y se ejecutan de la misma forma que cualquier acta de mediación, de acuerdo a lo establecido en la Ley.
- b. Además, la capacitación que se realice a los mediadores comunitarios, deberá tomar en cuenta las peculiaridades socioeconómicas, culturales y antropológicas de las comunidades en las que el mediador prestará sus servicios. De esta forma se garantiza una capacitación adecuada, siendo que la mediación comunitaria tiene peculiaridades especiales, que los mediadores deberán tomar en cuenta a la hora de su actuación.

#### 4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

- a. La mediación y el arbitraje son los dos mecanismos de solución de conflictos, alternativos al proceso judicial, que se encuentran mayormente regulados en nuestra legislación nacional.
- b. La negociación ha estado reconocida por el Código Civil ecuatoriano, que regula el contrato de transac-

ción entre partes que desean precaver un litigio o terminar uno ya iniciado. Esta modalidad era la utilizada por los Centros de Mediación, previo a la vigencia de la LAM.

- c. El arbitraje internacional es una institución jurídica que ha tenido detractores, consideramos que debido a los rezagos de la doctrina Calvo y a conceptos tradicionales de soberanía, que han sido superados con el texto actual de la LAM.
- d. Es importante que luego de un proceso de capacitación de mediadores y árbitros llevado a cabo por los centros de mediación y arbitraje de las Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, se inicie un proceso de capacitación de abogados, para que conozcan a

profundidad el nuevo rol que deben asumir en su actuación como abogados asesores durante una mediación o abogados litigantes en un proceso arbitral, para que se deje de lado las prácticas tradicionales de la profesión, encaminada muchas veces a la dilatación del proceso. Este nuevo esquema del litigio arbitral debe ser internalizado por el nuevo abogado que se requiere.

- e. El legislador ecuatoriano, consciente de la importancia de la resolución de conflictos a través de estas vías, ha dictado una serie de normas, en el ámbito de la contratación pública y privada, en la cual hace una remisión expresa a la LAM para la solución de los problemas que se puedan presentar en estos esquemas contractuales.<sup>28</sup>

## NOTAS

1. En la obra *El Arbitraje*, editorial Abeledo Perrot, de las doctoras Feldstein de Cárdenas y Leonardí de Herbón, se afirma que No es cierto que el arbitraje se recomiende o se instale como alternativa a una justicia estatal ineficiente, por el contrario, el arbitraje necesita para su mejor desenvolvimiento de una justicia estatal eficaz. Criterio que compartimos, ya que los jueces deben entender al arbitraje y la mediación como afines a sus funciones y no como una traba o competencia frente a su actividad jurisdiccional.
2. Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963, publicado en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963.
3. En el año 1995 se presenta un estudio denominado Plan Integral para la Modernización de la Administración de Justicia en el Ecuador, en el que participan sectores público y privado, convirtiéndose en el eje central del proceso de reforma ecuatoriano.
4. Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997.
5. Sobre el tema, remitirse al trabajo *Introducción General: Los medios de resolución alternativos de disputas en la Legislación Ecuatoriana*, del Dr. Ramón Jiménez Carbo, publicado en la obra *Medios Alternativos de Solución de Conflictos*, ProJusticia, 1997.
6. Ya lo anotaba William E. Davis, destacado consultor internacional, al decir que La ineptitud por parte de los sistemas formales de dar una respuesta adecuada es reconocida en todo el hemisferio. Esta condición tiene muchas causas. Las causas más frecuentemente identificadas incluyen: corrupción, retraso judicial, procesos legales que enfatizan el debido proceso y no la resolución del conflicto, asistencia financiera inadecuada, una demanda por servicios jurídicos que sobrepasa la oferta, y la organización de los juzgados.
7. El consorcio encargado de la ejecución del proyecto está conformado por la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo y la Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
8. Constitución Política de la República del Ecuador, publicada mediante Decreto Legislativo en el Registro Oficial No. 1, del 11 de agosto de 1998.
9. El concepto Derivación Procesal no está contemplado en la legislación ecuatoriana, pero es ampliamente reconocido por procesalistas que consideran que lo hace el juez al enviar el caso a un centro de mediación es una derivación del mismo.
10. Este grupo consultivo se constituyó en 1996 y estuvo conformado por distinguidos juristas de la ciudad de Guayaquil y contó con la participación de los directores de los Centros de Mediación y Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil. El grupo fue coordinado por el autor de este artículo, como Director Regional de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo a la época.
11. Es propio de los hombres razonables recurrir a un árbitro, antes que a un juez, porque el primero no atiende sino a la justicia, mientras el juez mira solamente a la Ley; el arbitraje ha sido inventado para hacer valer la equidad. Aristóteles. Cita realizada por el Dr. Carlos Larreátegui M., en su obra *Contribución al Estudio del Arbitraje Privado*. Quito, 1982.
12. El compromiso arbitral, es decir, el pacto que debían las partes realizar si querían someter el conflicto ya surgido al arbitraje, era casi imposible lograr en la legislación derogada por la LAM, ya que el poner a las partes de acuerdo en un momento en el que tal vez a una de ellas no le interese el arbitraje, era un esfuerzo infructuoso.
13. El artículo 4 de la LAM establece que: para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse a arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se



## NOTAS

quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento. La Procuraduría General del Estado ha sido una Institución aliada del sistema arbitral. Esto lo demuestra los informes que presenta constantemente esta institución como requisito previo a la firma de contratos con el Estado, en los cuales siempre se incluye la posibilidad de pactar el arbitraje como fórmula para la solución de conflictos.

14. Sobre el tema, se discute si la naturaleza jurídica del arbitraje en Ecuador es de carácter contractual o jurisdiccional. Si bien es la voluntad de las partes la que da a los árbitros la posibilidad de conocer sobre sus controversias, no es menos cierto que esta posibilidad que tienen las partes, nace de la Ley. Además, se menciona también que los árbitros al no gozar de uno de los elementos de la jurisdicción, el imperium, no puede afirmarse que gocen de aquella. Pero como lo dejamos anotado en este trabajo, la LAM da la proibilidad a las partes para que éstas a su vez les den a los árbitros la facultad de ejecutar medidas cautelares.

15. En este sentido, la Constitución Política incorporó en 1998 el mandato de que los procesos deberán ser orales y estableció una vacatio legis de 4 años para que las judicaturas y la legislación se adaptaran a este cambio. Es decir que a partir de agosto del año 2002 todos los procesos deberán ser por audiencias orales.

16. El artículo 31 establece 4 causales: no haber sido citado con la demanda y que esto haya causado indefensión; se limite el derecho de defensa; no se haya notificado la práctica de pruebas; y, que se haya concedido más de lo reclamado o se resuelva sobre algo no sometido al arbitraje (ultra y extra-petita).

17. Registro Oficial No. 875 de 14 de febrero de 1992.

18. Registro Oficial No. 240 de 11 de mayo de 1982.

19. Debe tomarse en cuenta que para que una institución del sector público pueda someterse a arbitraje internacional se requerirá la autorización de la máxima autoridad de la institución. Previamente, se requiere que el Procurador General del Estado haya emitido informe favorable.

20. Registro Oficial No. 729 de 12 de diciembre de 1978.

21. Registro Oficial No. 875 del 14 de febrero de 1992.

22. Decreto Supremo, publicado en el Registro Oficial No. 193 del 15 de octubre de 1976.

23. El Consejo Nacional de la Judicatura, de acuerdo al artículo 52 de la LAM, es la institución encargada de llevar adelante el registro de los Centros de Mediación. Hasta la fecha se han registrado mas de 20 centros en el país. La Institución encargada del registro de Centros de Arbitraje es la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador.

24. En el reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito se prohíbe que los mediadores que formen parte de sus listas, presten sus servicios de manera independiente. Al momento de la aprobación de esté disposición, el autor de este trabajo formaba parte del Directorio de dicho Centro, dejando sentada su inconformidad con dicha disposición, por considerar que limita el Derecho Constitucional al trabajo y la libre competencia, principios que deben ser defendidos en una sociedad de libre mercado.

25. Ha sido tal el éxito de la figura desde la vigencia de la LAM que en la actualidad la Procuraduría General del Estado presta los servicios de mediación a través de su propio Centro. Se ha especializado en temas de contratación pública.

26. Es aceptado que la sentencia ejecutoriada tiene el valor de cosa juzgada, pero entendemos que el legislador no quiso dejar duda alguna respecto a la fuerza jurídica de este documento.

27. Se ha planteado la imposibilidad de que de acuerdo a nuestra legislación, se pueda utilizar el mecanismo del Med-Arb por la disposición del artículo 49 de la LAM. Consideramos que esa interpretación es errónea, ya que como lo afirmamos ya en este trabajo, la base de la LAM es la autonomía de la voluntad de las partes y si éstas, libre y voluntariamente, deciden que el mediador tenga la potestad de pronunciarse por no alcanzar un acuerdo durante la mediación, dándole a dicho pronunciamiento el carácter de vinculante, no hay razón para que no pueda así pactarse.

28. Reglamento a la Ley de Defensa del Consumidor, Registro Oficial No. 287, de 19 de marzo de 2001. Ley de Contratación Pública, Registro Oficial No. 272, de 22 de febrero de 2001. Reglamento a la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones, Registro Oficial No. 252, de 25 de enero de 2001. Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, Suplemento No. 144, de 18 de agosto de 2000, entre otras normas.

# Eficacia de la prueba del ADN en los juicios por declaración judicial de paternidad

## La Corte Suprema de Justicia ha resuelto que se trata de una prueba de altos niveles de confiabilidad, por sus características

Por lo tanto, según el artículo 100 del Código de Procedimiento Civil, y en virtud de lo establecido en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de ADN es una prueba de altos niveles de confiabilidad, por sus características científicas.

La resolución n.º 17097, que se sigue por investigación de paternidad, dice lo siguiente:

**DÉCIMO-QUINTO:** Respecto de los cargos por violación de las garantías del Debido Proceso Civil, se resuelve: Dado el carácter de la prueba de ADN, en la medida en que se trata de un método científico de alta confiabilidad, no se examina respecto de la validez de la prueba, sino que el proceso de investigación de paternidad debe ser objeto de una prueba de investigación de paternidad, por lo que se declara inoponible la prueba de ADN, en virtud de lo establecido en el artículo 100 del Código de Procedimiento Civil, y en virtud de lo establecido en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de ADN es una prueba de altos niveles de confiabilidad, por sus características científicas.

### SECCIÓN JURISPRUDENCIA

**Lorena Cascante**  
**Eficacia de la prueba del ADN en los juicios por declaración judicial de paternidad**

El artículo 100 del Código de Procedimiento Civil, y en virtud de lo establecido en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de ADN es una prueba de altos niveles de confiabilidad, por sus características científicas.

La prueba de ADN es una prueba de altos niveles de confiabilidad, por sus características científicas.

La prueba de ADN es una prueba de altos niveles de confiabilidad, por sus características científicas.

La prueba de ADN es una prueba de altos niveles de confiabilidad, por sus características científicas.

La prueba de ADN es una prueba de altos niveles de confiabilidad, por sus características científicas.

La prueba de ADN es una prueba de altos niveles de confiabilidad, por sus características científicas.

La prueba de ADN es una prueba de altos niveles de confiabilidad, por sus características científicas.

NOTAS

## Eficacia de la prueba del ADN en los juicios por declaración judicial de paternidad

Lorena Cascante

*La Corte Suprema de Justicia ha reiterado que se trata de una prueba de altos niveles de confiabilidad, por sus características científicas.*

La Ley de Casación en su artículo 19, inciso segundo, establece que *La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema*; esta norma le atribuye a la Corte Suprema una facultad colegisladora, que se concreta cuando en sus fallos, un mismo punto de derecho, es reiterado tres veces.

Esta triple reiteración es la que permite que la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal de justicia alcance una función creadora, constituyéndose en una fuente importante de derecho. Su importancia radica principalmente en que la jurisprudencia es, como lo dice el autor argentino Alberto G. Spota, *el medio principal por el cual el derecho va armonizándose con las exigencias de la vida jurídica, o sea, con las necesidades éticas, sociales y económicas prevalentes*. Pero sobre ella, dice además: *Entre el ideal de la certeza y estabilidad de las normas a fin de que la seguridad en el tráfico jurídico no quede lesionado, y aquel ideal de que el derecho se acerque a la justicia, desempeña la jurisprudencia su altísima función de armonizar lo que aparentemente resulta contradictorio: armonizar aquella certeza y estabilidad de la norma con lo fluyente y variable que en su eterno devenir nos presenta la vida del derecho.*<sup>1</sup>

De ahí que el estudio que se haga de la jurisprudencia constituye un aporte valioso para mejor comprender el derecho que nos rige.

Lo dicho sobre la jurisprudencia se refleja en los fallos que a continuación se analizan; y sobre los cuales diremos que introducen en nuestro ordenamiento jurídico, en especial en la actividad probatoria en los juicios que se siguen por declaratoria judicial de paternidad, una prueba de eficacia probatoria plena: el examen pericial del ácido dexosirribonucleico, o más conocido como la prueba del ADN; y que lo hacen, fundamentados en las reglas que regulan el *correcto entendimiento humano*, siguiendo las palabras de E. Couture, o de la sana crítica, como se las conoce en nuestro ordenamiento procesal (art. 119 CPC); pero sobre todo, fundamentados en la necesidad de que los casos sobre paternidad de menores sean resueltos conforme al mandato de velar por *el interés superior de los niños* contenido en la Constitución Política de la República del Ecuador (artículo 48), en los documentos internacionales ratificados por Ecuador (numeral 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y en las leyes especiales (artículo 6

del Código de Menores), y que en este caso específico se contraponen al tratamiento que sobre el tema establece el Código Civil en lo relativo a la declaración judicial de la paternidad y de la maternidad.

Pero antes, veamos qué dicen las sentencias de casación referidas:

La resolución n° 83-99, dictada dentro del juicio ordinario n° 170-97 que se sigue por investigación de paternidad, dice lo siguiente:

**DÉCIMO CUARTO:** *Respecto de los cargos por violación de los artículos 267 del Código de Procedimiento Civil y 18 regla 3ª del Código Civil, se considera: Dado el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata del establecimiento de la filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidades es casi del cien por cien, por lo que su conclusión debería ser obligatoria para el juzgador de instancia, pero ha de advertirse que esta fuerza de convicción no lo es de cualquier informe pericial ni tampoco de cualquier examen; en efecto, a) debe tratarse de un examen genético o de histocompatibilidad (ADN) según su naturaleza específica de conformidad con la ciencia biológica, pero de ninguna manera están dotados de esta certeza los exámenes somáticos y hematológicos comparados; b) el peritaje ha de haberse actuado conforme a derecho, dando cumplimiento a lo que dispone el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil, es decir, el perito designado debe aceptar el cargo y jurar desempeñarlo fiel y legalmente, ya que si no ha precedido esta aceptación, el informe del perito carecerá de valor, al tenor de lo que dispone el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, y esto porque el perito que actúa en auxilio del juez asume una responsabilidad especialísima, que inclusive le puede acarrear responsabilidades en los planos civil y penal si es que no actúa con fidelidad y enmarcado dentro del ordenamiento legal pretendiendo inducir al juez a error; y c) el informe ha de tener una conclusión terminante, absoluta, en la que se señale que la probabilidad es casi del cien por cien, ya que de ser impreciso y dubitativo, el juez de instancia no estará obligado a atenerse, contra su convicción, al juicio de perito, por lo tanto, si el juzgador de instancia ha establecido que un perito no aceptó el cargo ni juró desempeñarlo fiel y legalmente, no podrá aceptar su informe como prueba idónea al tenor de lo que disponen los artículos 260 y 121 del Código de Procedimiento Civil, y si, ha-*

biéndose presentado informes periciales de exámenes simplemente somáticos y hematológicos comparativos que no son concluyentes tanto por su misma naturaleza como por su redacción resultan imprecisos y dubitativos, no obstante que el juzgador de instancia insistió en su pedido a los peritos a fin de que precisaran el porcentaje de posibilidad de paternidad que tendría el demandado sin que este requerimiento haya sido atendido por los peritos, tal juzgador no está obligado a atenerse contra su convicción al juicio de los peritajes, ya que el aceptar o no el dictamen pericial en estas circunstancias es de su exclusiva incumbencia y responsabilidad, no pudiendo el juzgador de casación imponerle convicción diferente. Por último, no se advierte que en el fallo impugnado se haya violado la regla tercera del artículo 18 del Código Civil, ya que en ninguna parte del mismo se encuentra que a una palabra técnica se la haya dado sentido diferente de aquel que debía darse según esta regla, vicio que de otra parte no se ha concretado en el libelo de agravios de la recurrente. Por lo tanto, no procede este cargo contra el fallo impugnado.

Más adelante, en el mismo fallo, se dice:  
**DÉCIMO SEXTO:** La Sala, en fallo No. 671, de 2 de octubre de 1998, las 10h00, dictado dentro del recurso de casación No. 16-98 expresó su posición doctrinaria respecto del tema de la declaración judicial de paternidad, haciendo suyas las palabras del Doctor Juan Larrea Holguín, quien en su obra "Igualdad de los cónyuges e igualdad de los hijos" (C.E.P. Quito, 1967, pág. 85) dijo "En cuanto al fondo mismo de la investigación de la paternidad nuestro Código requiere una modernización en el sentido de facilitar la prueba de la paternidad..." y aún antes, en 1966 (Derecho Civil del Ecuador, T. III, p. 228) afirmó: "Puede sorprender que nuestra Ley permita la declaración de la paternidad solamente cuando se prueben las relaciones sexuales ilícitas que reúnan alguna de aquellas circunstancias que las convierten en particularmente graves, al punto de que normalmente serán delitos. Esto se debe, sin duda a la dificultad que ha hallado el legislador para vencer la mentalidad dominante en épocas pasadas, contrarias en general a la investigación de la paternidad... Si la Ley de modo más sencillo, y sin hacer distinciones odiosas, permitiera la declaración judicial de paternidad siempre que se demuestre que la madre tuvo relaciones sexuales con el presunto padre y solo con él, durante la época de la concepción, se facilitaría mucho la investigación de la paternidad... Poco humanitaria y poco lógica, y poco práctica, resulta, pues, en este punto nuestra Ley". La reforma del Código Civil que se produjo por Ley No. 256-CLP promulgada en el Registro Oficial No. 446 de 4 de junio de 1970, confirmada en su vigencia por Decreto Supremo 180 publicado en el Registro Oficial No. 34 de 7 de agosto de 1970, que incluyó una modificación relativa a la exigencia de prueba por escrito en la hipótesis del numeral 3º del artículo 300, actual artículo 267, aunque "constituyó un notable avance en la materia, a favor de los hijos" (Juan Larrea Holguín: Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, 4a. ed. CEP, Quito, s/a, p. 437), sin embargo no ha bastado para que deje de ser sorprendente la posición de nuestro derecho positivo sobre la materia, la que sigue siendo poco humanitaria y poco

lógica; la Sala considera que las disposiciones limitantes antes señaladas han quedado tácitamente derogadas por ser contrarias al principio constitucional contenido en el artículo 48 de la Constitución Política del Estado y que en todo caso en que se pruebe dentro del proceso que la madre tuvo relaciones sexuales con el presunto padre y solo con él durante la época de la concepción, el juez está en el deber de declarar la paternidad, sin hacer distinciones odiosas y en forma sencilla, e inclusive para el perfecto esclarecimiento de la cuestión dispondrá de oficio, como diligencia para mejor proveer, el examen de histocompatibilidad, cuando ello sea posible atendiendo a la capacidad económica de las partes, al tenor de lo que dispone el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil, conforme lo reclama con tanta razón el autor citado, ya que de esta manera se hace efectiva la garantía consagrada en la norma constitucional antes citada, que dice: "Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás." (Resolución publicada en el Registro Oficial n° 159 de 29 de marzo de 1999 y en la Gaceta Judicial Serie XVI n° 1, p. 29).

La resolución n° 183-99, dictada dentro del juicio ordinario n° 150-98 que se sigue por declaración judicial de paternidad, dice lo siguiente:

**CUARTO:** Es oportuno destacar que las disposiciones del Código Civil sobre declaraciones judiciales de paternidad fueron expedidas en una época plagada de prejuicios en contra de la filiación de los niños concebidos fuera del matrimonio y en que la ciencia no había logrado encontrar medios idóneos para la investigación biológica de la paternidad, el niño prácticamente era un objeto de la relación jurídica de esa investigación; los verdaderos sujetos de esa relación eran los padres; pues la conducta observada por ellos durante la concepción del hijo era la determinante para la declaración judicial de la paternidad, o no. El actual Código de Menores; la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que el Ecuador es parte y es Ley de la República por haber sido ratificada y publicada en el Registro Oficial, y la Constitución Política de la República del Ecuador, consagran preceptos que difieren sustancialmente de las disposiciones del Código Civil. De otro lado, la ciencia ha descubierto que la paternidad de un niño es posible determinar prácticamente con total certeza a través de la prueba del ADN.- Los preceptos legales por un lado, y la ciencia, por otro, han convertido en obsoletas las reglas rígidas para la declaración judicial de la paternidad del Código Civil.- Los códigos modernos de otros países que contenían normas iguales o similares al nuestro, las han modificado radicalmente.- Es hora de que nuestra legislación siga esa corriente y establezca reglas actualizadas y precisas para el efecto. Sin embargo, estimamos que para la declaración judicial de la paternidad los jueces y tribunales de la Función Judicial, en aplicación de los instrumentos legales citados, que han reformado tácitamente las disposiciones referidas del Código Civil, así como también de conformidad con las reglas de la sana crítica previstas por el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, uno de cuyos competentes son las bases científicas y, que tratándose de la declaración judicial de la paternidad,

es la prevalencia de los dictámenes periciales basados en el examen del ADN. Por cierto estos dictámenes han de ser de laboratorios serios y confiables ciñéndose a las ritualidades previstas en el Código de Procedimiento Civil para la prueba pericial.

Pero además, el mismo fallo introduce el siguiente efecto importante:

*En vista de que en todos los casos, esto es sin excepción, en la administración de justicia se debe aplicar el principio del interés superior del niño, preceptuado por el artículo 48 de la Constitución y el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, las resoluciones sobre filiación de menores concebidos fuera del matrimonio dictadas sin la prueba del ADN, o de otras de igual o mayor valor que la ciencia vaya descubriendo, no causarían autoridad de cosa juzgada sustancial.* (Gaceta Judicial Serie 16 n° 1, p. 37)

Finalmente la resolución n° 480-99, dictada dentro del juicio ordinario n° 62-99 que se sigue por investigación de paternidad, y que recoge el criterio expuesto en el proceso de casación n° 268-98, mediante resolución n° 464-99, dice lo siguiente:

*De acuerdo con la doctrina consagrada por nuestro ordenamiento legal, la filiación resulta por los vínculos de la sangre. Respecto de la prueba de la maternidad no hay dificultad porque se manifiesta por el embarazo y el parto, hechos materiales visibles. En cambio, la paternidad resulta de la concepción y la concepción no puede establecerse materialmente mediante el testimonio de terceros o exámenes morfológicos. Estos elementos de prueba constituyen simples indicios, conjeturas, probabilidades que hagan presumir las relaciones sexuales de los presuntos padres en la época de la concepción. En la actualidad, los avances de la ciencia han permitido encontrar un medio de prueba fehaciente para la investigación biológica de la paternidad y determinar prácticamente con total certeza el padre de una persona. Es la prueba del ADN, la misma que no se ha realizado en el presente juicio.*

Más adelante en el fallo se recoge el criterio: *Las resoluciones judiciales sobre filiación de menores concebidos fuera del matrimonio dictados sin la prueba del ADN, o de otras de igual o de mayor valor que la ciencia vaya descubriendo, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial, como ya lo dijo esta Sala en fallo pronunciado en el juicio N° 150-99 de 22 de marzo de 1999 mediante Resolución 183-99 y la Resolución N° 464-99, dictada el 1 de septiembre de 1999 en el proceso de casación N° 268-99.*

Analicemos en detalle algunos aspectos que aportan los fallos citados.

### 1. La valoración de la prueba judicial

En un proceso, cuando el juez adopta una decisión sobre la litis, lo hace fundamentado en la prueba; es indispensable, como enseña Hernando Devis Echandía, que el juez se considere convencido por ella y decida con arreglo a lo que considera que es la verdad; aunque dicho convencimiento no sea más que una creencia de que conoce la verdad.<sup>2</sup>

Ahora bien, aquella operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse del contenido de la prueba, es lo que se conoce como valoración o apreciación de la prueba.<sup>3</sup>

Los autores Eduardo Couture y Jaime Guasp vinculan la valoración con la determinación de la eficacia concreta de la prueba sobre la decisión que el magistrado debe expedir.<sup>4</sup>

Guasp sostiene que, dado que la función de la prueba es producir la convicción psicológica del Juzgador en torno a la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado, apreciar la prueba procesal no puede querer decir sino expresar el resultado psicológico de las operaciones probatorias: exteriorizar la convicción del juez tal como ésta surge al finalizar los actos de prueba. Y dice además este autor coincidiendo en ello con Devis Echandía, que la convicción psicológica del juzgador no es un ente ideado teóricamente, sino una realidad, si bien una realidad que consiste en una creencia.

Para Leo Rosenberg, la valoración o apreciación de la prueba es el examen de si la prueba está lograda, según este autor; esto se realiza mediante la comparación del resultado de la prueba con el tema.<sup>5</sup>

Santiago Pereira Campos, participante en las Xas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Uruguayo, en lo atinente a actividad probatoria distingue entre los conceptos de eficacia y valoración de la prueba; y dice: la eficacia de la prueba está conformada por su poder de convicción sobre el juez; la valoración es la operación intelectual de juzgarla, valorarla.<sup>6</sup>

Sin embargo, aún para aquellos autores que no distinguen entre valoración y eficacia, la valoración conlleva una operación mental; y en ella, como lo dice Devis Echandía, entran en juego algunas operaciones sensoriales e intelectuales como la percepción, la representación y el razonamiento; pero también intervienen las reglas de la sana crítica (lógica basada en reglas de la experiencia: físicas, morales, sociales, psicológicas, técnicas, científicas, etc.) y otros conocimientos científicos y técnicos.<sup>7</sup>

### 2. Prueba legal o prueba tasada vs. prueba libre o apreciación conforme a la sana crítica

Este convencimiento o certeza, o determinación de la eficacia, puede ser de dos tipos: personal (llamada también moral, subjetiva y real) y legal (llamada también subjetiva y formal); el primero, cuando el convencimiento o certeza deriva de la libre apreciación por parte del juez de la prueba; y del segundo tipo, cuando el convencimiento o certeza deriva del mérito obligatorio que la ley le asigna a una prueba determinada.<sup>8</sup>

Estos dos tipos corresponden, cada uno, a dos sistemas que la doctrina llama: 1. sistema de tarifa legal o prueba legal; y 2. sistema de libre convicción o pruebas libres.

Refiriéndose al sistema de tarifa legal, E. Couture, siguiendo a Carlos Furno, sostiene que: *Pruebas legales son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio; es decir que, por un acto de autoridad, se aspiraba a señalar de antemano el resultado de los procesos intelectuales del juez.*<sup>9</sup> En cambio, sobre la sana crítica opina que este sistema introduce un principio regulador, ya no del resultado de la valoración, sino de la actividad intelectual del juez frente a la prueba.<sup>10</sup> Este principio consiste en reglas que son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano; en ellas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez.<sup>11</sup> Estas reglas no le permiten al juez razonar discrecional o arbitrariamente; pero son preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.<sup>12</sup>

Es importante resaltar, como lo hace Couture, que el sistema de la sana crítica o libre apreciación, si bien da libertad al juez para determinar la eficacia de la prueba, no es un sistema arbitrario. Santiago Pereira Campos afirma que en

el sistema de la libre convicción, el valor o mérito probatorio es determinado por el juez, pero éste debe —de todos modos— fundar su fallo. Este autor, siguiendo las enseñanzas de Teitelbaum, sostiene que el sistema de la prueba racional o sana crítica excluye la predeterminación legal de la prueba, pero no implica discrecionalidad total, sino determinadas reglas lógicas y de experiencia que el juez debe seguir, y si bien la ley no regula su eficacia, consagra ciertas normas que en definitiva son reglas de lógica y de experiencia, como la edad de los testigos, que no se les permita leer apuntes al tiempo de la deposición. Las reglas de la sana crítica proyectadas en la prueba constituyen un *standard* jurídico: su valor como tal radica en que consisten en una parte suficientemente precisa (las reglas de la lógica formal) y en otra lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia) como para procurar la justicia de las situaciones particulares; así, que los hombres mantienen una línea habitual de conducta, que los hechos se desenvuelven de acuerdo con las previsiones regulares de la experiencia<sup>13</sup>.

Sobre las reglas probatorias legales, que es como Rosenberg se refiere a la prueba tasada, dice que ellas conducen a establecer la verdad o falsedad de una afirmación, sin tener en cuenta la convicción judicial, pero pone énfasis de que deben haberse cumplido los presupuestos de que hace depender la ley los efectos de ese establecimiento.<sup>14</sup> Caso contrario, el juez deberá valorar la prueba conforme a la sana crítica.

Ahora bien, históricamente el sistema de tarifa legal representó un avance trascendental en la administración de justicia y en el ordenamiento jurídico general de los Estados, al excluir los medios bárbaros, fanáticos o matemáticos que caracterizaron un determinado período.

E. Couture, cita algunos ejemplos de pruebas legales o tasadas: en el Fuero Real de España estaba excluido, por regla general, el testimonio de la mujer. Sin embargo, eran admitidos sus dichos para atestiguar cosas que fueron oídas o hechas, en baño, horno, molino, río, fuente, hilados, tejidos, partos, hechos mujeriles y no en otra cosa. El Espéculo graduaba el valor de los testigos imponiendo al juez sobrios criterios de estimación. Los ancianos deben ser más creídos que los mancebos, *porque vieron más y pasaron más las cosas*. El hidalgo debe ser creído más que el villano, *pues parece que guardará más de caer en vergüenza por sí, y por su linaje*. El rico debe ser más creído que el pobre, *pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa*. Y más creído debe ser el varón que la mujer, porque tiene el seso más cierto y más firme. La Partida Tercera, en cambio, está muy dominada por el criterio de la prueba aritmética. Dos testigos idóneos hacen plena prueba que obliga al juez. Si las dos partes presentan testigos en igual número, prevalecen los que son de mejor fama. Si los testigos de ambas partes son de igual fama, predomina el mayor número. Si se trata de probar la falsedad de un instrumento privado, se requieren dos testigos. Si la falsedad se encuentra en instrumento público no alcanzan dos, sino que se requieren cuatro. Para probar el pago cuando la deuda consta en instrumento público, son indispensables cinco testigos. En los pleitos sobre testamentos se requieren siete testigos, y ocho si el testador fuese ciego, etc.<sup>15</sup>

Sin embargo, a criterio del autor colombiano Devis Echandía *la civilización occidental ha superado su necesidad desde hace dos siglos y sólo por nefasta tradición se conservó en el proceso civil hasta hace pocos años*.<sup>16</sup>

De igual criterio es Jaime Guasp, para quien el sistema de la prueba legal o tasada tiene que ser científicamente rechazado; por cuanto estima que *las normas de derecho son inidóneas para ordenar una eficacia probatoria, dado el sentido de la prueba misma*. Pues siendo la norma jurídica un imperativo, va dirigida a inclinar en cierto sentido la voluntad de un sujeto y no es apta por naturaleza para imponerse frente a otras actividades de la personalidad, entre ellas, las creencias. Y dice aún más: *El fenómeno de la prueba legal o prueba tasada constituye una anormalidad jurídica, ya que, destinadas, por esencia, todas las operaciones probatorias a convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado, en el momento de llegar a la obtención del resultado de dichas operaciones se prescinde de tal convicción y se la sustituye por un imperativo legal*.<sup>17</sup>

Couture es coincidente en que la prueba legal correspondió a una etapa histórica en la cual el legislador aspiraba a regular de antemano, con la máxima extensión posible, la actividad mental del juez en el análisis de la prueba.<sup>18</sup> Pero Devis Echandía sostiene que esto hoy no se justifica, por cuanto la preparación de los jueces es mayor.

Pese a lo dicho, Devis Echandía también indica cómo las normas o reglas de la sana crítica pueden transformarse en reglas de carácter jurídico, en el sentido de que se convierten en mandatos legales imperativos que el juez debe aceptar y aplicar sin valoración subjetiva o personal; y es que, como indica el autor citado, es evidente que las normas consagradas en la tarifa legal son reglas lógicas y de experiencia acogidas por el legislador de manera abstracta, con el fin de dirigir el criterio del juez; o sea, son la lógica y la experiencia del legislador, mas no la del juez ni la del abogado litigante. En un sistema de libre apreciación existe además la diferencia sustancial de que esas reglas son concretas, para casos específicos examinados, mientras que en la tarifa legal son abstractos o de carácter general. Son las reglas de la sana crítica que constituyen un *estándar jurídico*, esto es, un criterio permanente para la valoración de la prueba judicial; pero no son inflexibles ni estáticas; porque son tomadas del normal comportamiento social e individual, que está sujeto a las leyes de la evolución cultural, técnica, científica, moral y económica. Su naturaleza y flexibilidad son similares a las de *las reglas o máximas de la experiencia*.<sup>19</sup> A criterio del autor, estas reglas provienen de la legislación, pero en ausencia de éstas, han sido las costumbres judiciales las que han regulado la actividad probatoria, desde tiempos antiquísimos; y lo han hecho, ora sujetando al juez a reglas abstractas preestablecidas que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o ausencia de determinados medios de prueba (que es el sistema conocido como tarifa legal); ora otorgándole, por el contrario, facultades para que haga una libre valoración personal y concreta del material probatorio.<sup>20</sup>

En igual sentido, Jaime Guasp afirma que *Las reglas de la sana crítica o del criterio humano o son definidas jurídicamente por la ley o la jurisprudencia, y entonces se convierten en preceptos de derecho y hacen de la prueba una prueba tasada, o bien no se consideran como mandatos, sino como simples indicaciones, y la prueba sigue siendo libre, con lo que la alusión a tales reglas resulta teóricamente, aunque no prácticamente estéril*. Y por ello, el autor español sostiene que aunque la ley atribuye cierto valor específico a la eficacia de ciertas pruebas particulares, el Tribunal Supremo, a través de su jurisprudencia, ha admitido la

apreciación conjunta de la prueba, que devuelve al juzgador la libertad de valorar la pruebas.<sup>21</sup>

Pietro Castro justifica el establecimiento de ciertas reglas acerca del valor de las pruebas no sólo en la persistencia de ciertos criterios antiguos, sino también en la necesidad de proteger a determinados medios de prueba, por razones de conveniencia y de seguridad jurídica.<sup>22</sup>

Sobre lo dicho, nos interesa resaltar lo siguiente:

1.- El sistema de valoración conforme a la prueba tasada tiene, al igual que el sistema de libre apreciación, fundamento en las reglas de la sana crítica; entre las cuales está la sujeción del pensamiento a las leyes de la técnica científica.

Como se vio en los fallos analizados, la prueba del ADN, gracias al avance de la ciencia, ha alcanzado un grado de confiabilidad muy alto; por lo que negar su valor sería desconocer los estudios científicos al respecto.

2.- Para que la prueba del ADN sea obligatoria para el juzgador, y conforme se confirma en uno de los fallos, debe cumplir con ciertos presupuestos o requisitos: a) debe tratarse de un examen genético o de histocompatibilidad (ADN) dotados de certeza; se excluyen los exámenes somáticos y hematológicos comparados; b) el peritaje ha de haberse actuado conforme a derecho, dando cumplimiento a lo que dispone el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil; y c) el informe ha de tener una conclusión terminante, absoluta, en la que se señale que la probabilidad es casi del cien por cien. Como bien señalan los fallos, si la prueba no reúne dichos requisitos, el juez no estará obligado a atenerse contra su convicción; con lo cual la prueba pierde su carácter de legal o tasada.

3.- El establecimiento de una prueba cuyo grado de convencimiento está determinado en la ley (prueba tasada), tiene su fundamento en la sana crítica, pero también se justifica por el interés que permite tutelar.

Vimos que la jurisprudencia da vida a las normas jurídicas ajustándolas al normal comportamiento social e individual, pero también, permite aplicar a una realidad concreta una tendencia que puede no estar manifestada en el conjunto de la legislación. En los fallos citados, la Corte Suprema declara tácitamente derogadas las normas del Código Civil, por ser contrarias a principios *del interés superior del niño*; y resuelve que para declarar la paternidad bastará con una prueba de ADN al menor, sin importar la conducta observada por los padres durante la concepción del hijo; todo ello evidencia la razón o conveniencia de fijar para estos casos una prueba tasada.

4.- La Corte Suprema, a través de sus fallos de triple reiteración, asigna un valor adicional a la prueba del ADN que consiste en que aquellas resoluciones sobre filiación de menores concebidos fuera del matrimonio dictadas sin la mencionada prueba no causarían autoridad de cosa juzgada sustancial o material. Dicha declaración abre la puerta para que se pueda renovar la contienda en iguales condiciones, dejando de lado el principio del *non bis in idem*, y prevaleciendo aquel del interés superior del niño.

5. Finalmente, cabe resaltar que si bien los fallos se refieren a la prueba del ADN, la Corte deja abierta la posibilidad de que otras pruebas de igual o mayor valor que la ciencia vaya descubriendo tengan el mismo valor probatorio y efecto procesal.

## NOTAS

1. Spota, Alberto, El Juez, El Abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia, 2da. Reimpresión, editorial Depalma, Buenos Aires, 1989.
2. Devis Echandía, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Tomo II: Pruebas Judiciales, décima edición, editorial Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994, p. 70.
3. Devis Echandía, op. cit., p. 99.
4. Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición, editorial Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 257; Guasp, Jaime, Derecho Procesal Civil, Tomo I, tercera edición, editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 338.
5. Rosenberg, Leo, Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo 2, editorial Ediciones Jurídicas Europa-América EJEA, Buenos Aires, 1955, p. 206.
6. Actividad probatoria: sus diferentes momentos: 1) proposición, 2) admisión, 3) ordenación, 4) asunción, 5) valoración Relato General Xas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Selva A. Klett, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1 /1999, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
7. Devis Echandía, op. cit. p. 100 a 101
8. Devis Echandía, op. cit., p. 80
9. Couture, op. cit., p.268
10. Couture, op. cit. P. 270
11. Couture, op. cit., p. 270
12. Couture, op. cit., p. 271
13. Revista de Derecho Procesal Uruguayo, op. cit., p. 76
14. Rosenberg. P 207
15. Couture, op. cit., p. 269
16. Devis Echandía, op. cit., p. 33
17. Jaime Guasp, op. cit., p. 338 y 339
18. Couture, op. cit. p. 270
19. Devis Echandía, op. cit. p. 102
20. Devis Echandía, op. cit., p. 33
21. Jaime Guasp, op. cit. p. 339
22. Pietro Castro, P. 152

**JOSE MANUEL OTERO LASTRES.** Autor de numerosas publicaciones y conferencista internacional, el doctor Otero Lastres es Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Alcalá, Madrid.

**MARCO MATÍAS ALEMÁN.** El doctor Alemán se ha desempeñado, entre otros cargos, como Administrador de Programa de la División de Cooperación para el Desarrollo, Organización Mundial de Propiedad Intelectual - OMPI. Ha sido también Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial, en Colombia.

**ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ.** Abogado de prestigio, el doctor Ponce ha ejercido las cátedras de Sucesiones y Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica de Quito. Es autor de ensayos jurídicos sobre ambas ramas del Derecho.

**ÍÑIGO SALVADOR CRESPO.** Además del ejercicio profesional el doctor Salvador dicta la materia de Derecho Internacional Privado en la Pontificia Universidad Católica de Quito.

**FALCONI PUIG & ABOGADOS.** Estudio jurídico con sede en Quito, Ecuador. Una de sus principales áreas de ejercicio es la propiedad intelectual.

**LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA.** Profesor de Derecho Administrativo en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ha sido Presidente, y en la actualidad es Magistrado del Tribunal Andino de Justicia, con sede en Quito, Ecuador.

**FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA.** Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lima y Canciller del Perú. Es autor de varios tratados y estudios relativos al Derecho, y uno de los más prestigiosos juristas de América Latina.

**ERNESTO LÓPEZ FREIRE.** Doctor en Jurisprudencia y catedrático universitario, ha sido vocal del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales. En la actualidad ejerce libremente el Derecho.

**ANDRÉS FERNÁNDEZ-SALVADOR.** Es Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica de Quito, en donde ha ejercido la cátedra de Derecho Civil de los Contratos. Tiene una maestría en Derecho Internacional del Graduate Institute of International Studies, de Ginebra.

**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.

**RAMIRO AGUILAR TORRES.** Profesor de Derecho Procesal Penal en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ejerce libremente la profesión de abogado.

**ÁLVARO OJEDA HIDALGO.** Es Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica de Quito y por la Universidad de Salamanca, España. Es profesor de Derecho Romano en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

**ÁLVARO GALINDO CARDONA.** Vicedecano del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Director del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito. En la actualidad está estudiando para obtener una maestría en la universidad de Georgetown, en Washington D.C.

**LORENA CASCANTE.** Es profesora de Teoría del Proceso en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Trabaja en su tesis doctoral.